



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
MAESTRÍA DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA
INTERVENCIÓN DEL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN: EL PROBLEMA
DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS**

Trabajo presentado como requisito parcial para optar al Grado de Magíster en
Derecho Constitucional

Autor: Urbina Freites, Carlos Luis

Tutor: Canova González, Antonio

Caracas, septiembre de 2021

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
MAESTRÍA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi carácter de tutor del trabajo presentado por el ciudadano Urbina Freites, Carlos Luis, titular de la cédula de identidad V-13.620.699, para optar al Grado de Magíster en Derecho Constitucional, considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los 15 días del septiembre de 2021.



Doctor Antonio Canova González

C.I. V-9.880.302

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
MAESTRÍA DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA
INTERVENCIÓN DEL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN: EL PROBLEMA
DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS**

Autor: Carlos Luis Urbina Freites
Tutor: Antonio Canova González
Fecha: Septiembre, 2021

RESUMEN

Finalizada la segunda guerra mundial, se producen importantes reformas en los sistemas europeos de justicia constitucional. Si bien se mantiene la idea de un tribunal constitucional único y de un recurso especial de inconstitucionalidad, surgen mecanismos que permiten a la justicia constitucional conocer de controversias incidentales, que se resuelven atendiendo a las circunstancias específicas del caso analizado. Este análisis subjetivo de la constitucionalidad implica una superación de la dicotomía rechazo/anulación, y los tribunales constitucionales comienzan a producir sentencias interpretativas de tipología diversa, en las que se abstienen de anular la disposición legal cuestionada en la medida en que ésta sea (o no sea) interpretada en un determinado sentido. La constitucionalización del ordenamiento jurídico ha supuesto que todo conflicto relevante encuentra una solución posible en algún principio constitucional. Las constituciones de la postguerra, dotadas de garantía judicial, dejan de ser cartas políticas, y se caracterizan, además, por contener fórmulas vagas, y por incluir principios contradictorios y de igual jerarquía, que coexisten, y cuya aplicación preferente dependerá del análisis judicial de las particularidades de un caso concreto. Se produce también la hipertrofia de la justicia constitucional, que con la excusa de garantizar la aplicación de derechos fundamentales, dicta sentencias innovando el ordenamiento jurídico y no aplicándolo. Se han vuelto protagonistas los jueces activistas que se sienten poco vinculados con la ley y ajenos a las limitaciones presupuestarias. Se analiza en esta investigación si existe, o si debería existir, un límite a tal proceder.

Palabras clave: Estado constitucional; neoconstitucionalismo; tipología de sentencias; activismo judicial; sentencias interpretativas; sentencias manipulativas; sentencias exhortativas; división de poderes; límites de la justicia constitucional.

Índice General

	PP.
Carta de aceptación del tutor	i
Resumen	ii
Introducción	1
Capítulo I	
EL ESTADO CONSTITUCIONAL. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO, EL NEOCONSTITUCIONALISMO, Y LOS PROBLEMAS ASOCIADOS.	
Del estado legislativo al estado constitucional	5
La constitucionalización del estado de derecho. Noción e implicaciones.	13
El modelo constitucionalista o judicialista, versus el modelo democrático o legalista.	15
Caracterización del neoconstitucionalismo y las dificultades derivadas:	16
Origen	16
Concepto de “neoconstitucionalismo”; acepciones y discusiones asociadas.	18
El rol de la ley en el neoconstitucionalismo.	21
La coexistencia de principios contradictorios de igual rango.	24
El rol del juez en el neoconstitucionalismo.	30
Moral y neoconstitucionalismo.	41
El neoconstitucionalismo y los riesgos asociados.	45
Capítulo II	
TIPOLOGÍA DE LAS SENTENCIAS QUE DICTAN LOS	

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES AL EJERCER EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.	
Origen de las sentencias interpretativas en el sistema europeo de justicia constitucional surgido en la segunda postguerra.	68
El principio de interpretación conforme.	73
El principio de deferencia hacia el legislador democrático.	74
Propuestas de clasificación de las sentencias.	77
Capítulo III	
LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL AL EJERCER EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. EL ÁMBITO DE LO POLÍTICO COMO LÍMITE EN LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE LA LEY.(La tensión entre el juicio de constitucionalidad, y el juicio político o de oportunidad.)	107
Conclusiones	142
Referencias bibliográficas	145

Introducción

El estado social ha redefinido el rol del juez y de la justicia constitucional. El constitucionalismo original procuró diseñar y establecer sistemas de control del poder con el propósito de frenar los eventuales intentos de dominación que pudiesen acometer facciones enfrentadas en detrimento de la libertad de sus rivales.

El constitucionalismo actual, construido en Europa a partir de la segunda postguerra, descansa sobre bases bastante diferentes. Lejos de limitar el poder del estado, lo legitima, lo ensancha; y en lugar de crear las condiciones idóneas para el desarrollo del individuo, se basa en un ideal de felicidad o de desarrollo colectivo, que otorga al estado un papel interventor, planificador y fundamentalmente prestador, con vocación para dirigir y diseñar la vida social. Izquierdas y derechas, aunque con distintos argumentos, coinciden en las bondades del estado de bienestar, que se construye a partir del desarrollo de derechos subjetivos contenidos en constituciones sustantivas, no formales, y que son, además, directamente exigibles por los ciudadanos. Resolver el problema de quién y cómo paga la cuenta del festín es uno de los grandes problemas actuales de la sociedad y del derecho constitucional.

Aunque ciertos rasgos originales persisten, el papel del juez constitucional en este ordenamiento jurídico constitucionalizado guarda muy poca relación con la idea de justicia propia del sistema kelseniano. Bajo estos nuevos estándares, un buen juez constitucional, uno realmente destacado y con proyección exitosa, sería aquel que se muestre proactivo, ingenioso, progresista, activista; el que con sus decisiones logre desarrollar y declarar derechos que, aunque no estén escritos, puedan llegar a extraerse o deducirse de principios y valores superiores. Por el contrario, un juez anticuado, retrogrado o conservador, es aquél que pretenda resolver los problemas mediante la vetusta técnica de la subsunción, o en todo caso aquél que todavía se esmere en dictar decisiones predecibles basadas en el derecho escrito.

En este nuevo escenario todo es relativo. Puede llegarse a una conclusión o a la contraria, atendiendo siempre a las circunstancias particulares del caso concreto. La

constitución, por su parte, aporta sólo una guía, permite tomar un rumbo interpretativo, pues en sus normas escritas se encuentran ideas o principios que podrían justificar una posible solución, pero también otra.

La ley, otrora protagonista de las revoluciones decimonónicas, tiene hoy un papel bastante precario, limitado. Muestra inequívoca de esa erosión del poder de los parlamentos, es que, en el plano material, son muchos los legisladores convocados a producir normas en el estado social: el gobierno; la administración, los funcionarios técnicos, los particulares legalmente habilitados, el parlamento, y también, los jueces constitucionales, que sintiéndose directamente habilitados por la constitución, crean derecho a través de sus sentencias interpretativas.

Lo medular del asunto es que en este nuevo orden la jurisdicción constitucional controla a todos y no es controlada por nadie. El único límite, se postula, viene dado por la honorabilidad y sano juicio de los jueces, que deberán autocontenerse para no hacer un uso excesivo del poder ilimitado que se les ha concedido. Por algún motivo se asume que en el estado constitucional los jueces tienen el mejor criterio, y a los ciudadanos sólo les queda confiar en su bonhomía y en sus excelsas cualidades humanas. Podría pensarse, por tanto, que una buena justicia constitucional dependerá del diseño de un buen procedimiento para la elección de los jueces.

En este neo sistema, el poder del juez constitucional se ejerce no sólo mediante la anulación de la ley, como propugnaba el antiguo sistema kelseniano, sino a través de órdenes o mandatos positivos cuyo propósito podría incluir el enmendar, corregir o complementar una norma, cuando no dictarla directamente, siempre que se detecte que el legislador ha vulnerado la constitución, violación que pudiese configurarse cuando entre todas las opciones de política pública posibles, el legislador no haya optado por la *mejor*, esto es, por aquella que, según el prudente y superior criterio del juez, garantizase de forma *óptima* un derecho constitucional.

Otra consecuencia de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, es que la justicia constitucional se sentirá llamada a resolver conflictos intersubjetivos mediante la aplicación directa de la constitución; actividad que resulta

particularmente compleja y etérea, si se considera que una de las características más señaladas del nuevo constitucionalismo es la coexistencia de principios contradictorios de igual rango, lo que conlleva a que el juicio de constitucionalidad implique en la mayoría de los casos una *ponderación*.

Esta concepción de la justicia constitucional rompe con la idea originaria que tenía como objetivo el diseño de instituciones y mecanismos para acotar el poder. Si bien la justicia constitucional nació en los Estados Unidos de América bajo la premisa de que ni siquiera la voluntad general soberana representada en el parlamento tenía el poder de modificar lo establecido en la constitución, resultaba entonces claro que las decisiones de oportunidad, mérito o conveniencia, de orden político, correspondían al poder legislativo y no al judicial. La justicia constitucional actuaba para evitar que el legislativo cambiara la constitución a través de sus actos, pero, salvo esto, el legislativo era soberano y autónomo para legislar libremente sobre materias de su competencia. Esta idea original no es del todo válida en el constitucionalismo actual, pues los jueces, capaces de decidir en base a principios, a veces no escritos, estarían habilitados para entrometerse en la actividad legislativa, incluso por razones de conveniencia, en procura de la mejor y óptima protección de un determinado derecho.

Esto podría convertir a los jueces en entidades habilitadas para definir políticas públicas de teórica aplicación preferente a las que sean decididas por el legislativo. La suerte de esas políticas públicas judiciales, es decir, si llegaran a ser efectivamente implementadas o si quedarán en la teoría de la sentencia, dependerá, a la postre, de la dura e implacable realidad de la factibilidad financiera y presupuestaria.

En todo este sistema, algo no está del todo claro. ¿Qué autoriza a pensar que los jueces tendrán mejor criterio que el legislador para definir una política pública?; ¿de dónde emana el poder de los jueces para innovar y crear normas positivas?; ¿por qué podrían los jueces basar sus decisiones en normas no escritas deducidas de un derecho pre-positivo?; ¿por qué es más legítimo el criterio de un tribunal que el

criterio del parlamento?; ¿existe un límite a la actividad de interpretación judicial?, y si es así, ¿cómo se hace valer?

Pues bien, este nuevo poder de los tribunales constitucionales se ejerce a menudo a través de las denominadas sentencias interpretativas, entendiendo por tales aquellas que lejos de limitarse a anular un determinado precepto constitucional, podrían “salvarlo”, desatendiendo a su literalidad, y concluyendo que de él debe entenderse algo distinto de lo que se deduce de su lectura. Esta facultad de *torcer* la letra de la ley cuestionada, se ejerce al límite en el caso de las llamadas sentencias manipulativas, esto es, aquellas en la que «se la interpreta haciéndole decir lo que de ninguna manera dice», caso en el cual el juez constitucional «deja de ser un legislador negativo para convertirse en legislador positivo, algo que no debiera suceder, pues el TC, que puede controlar al legislador, lo que no puede es sustituirlo». (Aragón, 2021, p. 51).

La definición y el desarrollo de una determinada política pública es un proceso complejo, que involucra el análisis de muchos aspectos, entre ellos el financiero y presupuestario. En el plano político, implica el debate parlamentario, la conquista de mayorías, las consultas a distintos factores sociales, la asesoría de técnicos y especialistas, y la construcción de consensos o pactos transaccionales entre las fuerzas políticas representadas. Ninguno de estos procesos se cumple cuando la norma emana de un juez constitucional.

El presente trabajo se propone, en primer lugar, describir cómo opera y cuáles son las características de este nuevo constitucionalismo; en segundo lugar, realizar una descripción del poder actual de los jueces constitucionales y de los tipos de sentencias que podrían producirse; y finalmente hacer una valoración general de las consecuencias que se derivan de este nuevo modo de entender el constitucionalismo y la jurisdicción constitucional.

CAPÍTULO I

EL ESTADO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO, EL NEOCONSTITUCIONALISMO, Y LOS PROBLEMAS ASOCIADOS.

1.- Del estado legislativo al estado constitucional.-

Señala Ferrajoli (2009), que el concepto de estado constitucional de derecho, es el resultado de una evolución: el estado de derecho premoderno precede al Estado legislativo de derecho, y éste antecede al estado constitucional.

La formación del derecho en el estado premoderno, no fue legislativa, sino esencialmente jurisprudencial y doctrinal. En éste «no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes» (*op.cit.*, p. 15), tales como la iglesia, los príncipes, las corporaciones, etc., en el que nadie tenía la exclusividad de la creación de normas jurídicas. La teoría del derecho premoderno, era el iusnaturalismo, de modo que no resultaban relevantes los mecanismos, formalidades ni procedimientos de formación de las normas, sino la justicia y la racionalidad intrínseca. Es el derecho formado por la tradición, por los doctores, por las tesis y las antítesis, constantemente reelaborado y revisado por criterios de autoridad y de sabiduría.

La validez del derecho premoderno dependía «no ya de la forma de su producción, sino de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos» (*ibid.*). El rol de la jurisprudencia era esencialmente creador o productor de derecho, ya que «en ausencia de un sistema exclusivo y exhaustivo de fuentes positivas, era precisamente el Derecho natural el que valía, como sistema de normas a las que se suponía intrínsecamente «verdaderas» o «justas», esto es «como parámetro de legitimación tanto de las tesis de la doctrina como de la práctica judicial» (*op.cit.*, p. 17).

La Revolución Francesa introducirá un nuevo paradigma: el principio de legalidad. Con él surge la idea de Estado legislativo de derecho, cuya nota

característica más importante es que el estado asume el monopolio de producción de las normas jurídicas, atendido a procedimientos y formalidades preestablecidas.

El principio de legalidad, es «una consecuencia del dogma rousseauiano de la voluntad general, en virtud del cual no se aceptan ya poderes personales; todo el poder es el de la Ley, toda autoridad que pueda ejercitarse es la propia de la Ley», y por ello sólo «La Ley otorga, y a la vez limita, la autoridad de los agentes, que, como tales, son sólo servidores de la Ley» (García de Enterría, p. 162).

La autoridad y la validez de la ley, se fundamentan precisamente en el cumplimiento de las normas establecidas para su creación, sin que apliquen limitaciones materiales o sustantivas en la actividad legislativa, y sin que sea jurídicamente relevante la calificación de las normas dictadas como *justas*.

El positivismo es la teoría del derecho propia del *estado legal*, y esto conlleva también a un cambio de paradigma en la jurisdicción, «que deja de ser producción jurisprudencial del Derecho y se somete a la ley y el principio de legalidad como únicas fuentes de legitimación» (Ferrajoli, 2009, p. 16).

El estado legislativo de derecho ofrecerá a los ciudadanos garantías importantes. El sistema centralizado y único de creación de normas jurídicas aporta certeza y seguridad; la generalidad y abstracción de la ley va en pro de la igualdad y la libertad, y, en teoría, otorgan protección frente a la arbitrariedad de los gobernantes; se introducen normas sobre distribución de la carga de la prueba y sobre el derecho a la defensa que tienden a reducir la discrecionalidad judicial y favorecen su independencia; la libertad como ideario, constituye un derecho público subjetivo, configurándose como un derecho a la legalidad, en el sentido de un «derecho a oponerse a la opresión que no venga en nombre de la Ley, a oponerse a toda posibilidad de ser afectados en la esfera de los intereses personales si no es por disposición expresa de la Ley» (García, p. 162). Sin embargo, los contenidos materiales de la ley son judicialmente incuestionables, y las constituciones sólo tienen el valor de cartas políticas dada la inexistencia de un sistema de justicia constitucional. De hecho, la famosa ley 16-24 de agosto de 1790, proclama:

la separación radical entre la Administración y la Justicia, entendida en el sentido de que los tribunales no podrían (literalmente, porque es muy expresiva la frase) molestar de la manera que fuese a las operaciones de los cuerpos administrativos... ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones». (*op.cit.*, p. 164)

El estado legal dará paso al estado constitucional de derecho. Su surgimiento en Europa, ocurre en la segunda postguerra, y sus notas distintivas son la existencia de una constitución rígida, y un sistema de justicia constitucional que asegura el control de la constitucionalidad de las leyes en términos sustantivos.

Según Ferrajoli (2009), tres rasgos caracterizan al Estado Constitucional de Derecho. En primer lugar, cambian las condiciones de validez de la ley, que dependen «no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales» (p. 18).

En segundo lugar, la Constitución no sólo regula la forma de producción de la ley, sino que «impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales» (*ibid.*), cuya violación debe ser corregida por la jurisdicción.

Y en tercer lugar, cambia el rol de la jurisdicción, que ya no se limitará a fiscalizar el cumplimiento de la ley, sino que deberá abstenerse de aplicarla cuando ésta sea contraria a la Constitución, de modo que «el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional» (*ibid.*). Tiene encomendada la jurisdicción una nueva misión desconocida para el positivismo formalista, que consiste en el «señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten» (*op.cit.*, p. 19).

En resumen, el derecho premoderno, fundado en el iusnaturalismo, se caracterizaba por la inexistencia de un sistema unitario de fuentes. Este dio paso al estado legislativo de derecho, basado en el positivismo (llamado por Ferrajoli paleo-

iuspositivista), que se caracterizó por el «monopolio estatal de la producción jurídica» (*op.cit.*, p. 17). Las diferencias entre ambos sistemas son sustanciales en cuanto al título de legitimidad del derecho: «que ya no es la autoridad de los doctores, sino la fuente de producción; no la verdad, sino la legalidad; no la sustancia, es decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos» (*ibid.*).

Y el Estado legislativo de derecho, a su vez, dio paso al estado constitucional de derecho, cuyos elementos definatorios serían el surgimiento de constituciones rígidas y la adopción de sistemas sustanciales de justicia constitucional. De este modo los términos “ius-constitucionalismo”, “constitucionalismo jurídico”, “estado constitucional de derecho”, o “constitucionalismo”, servirían para designar al «constitucionalismo rígido de las actuales democracias constitucionales, cualquiera sea su concepción filosófica y metodológica», que se contrapone al “Estado legal” o “Estado legislativo de derecho”, caracterizado por «la existencia positiva de una *lex superior* a la legislación ordinaria» (Ferrajoli, 2012, p. 15).

No hay coincidencia sobre cuál es la concepción filosófica que rige al Estado constitucional de derecho; sin embargo, hay dos grandes orientaciones. Unos lo conciben como una «expansión o perfeccionamiento» del positivismo jurídico, llamado por Ferrajoli neo-positivismo o iuspositivismo reforzado; y otros lo conciben como «una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista» (*op.cit.*, p. 12), con la salvedad de que «quienes sostienen una concepción anti-iuspositivista del constitucionalismo no siempre se consideran iusnaturalistas», sino que se declaran, «más bien, no-positivistas o post-positivistas» (*op.cit.*, p. 16).

Algunos autores observan enorme similitud entre las fuentes de legitimidad y las formas de creación del derecho del estado premoderno, y las del estado constitucional. En ambos hay pluralidad de fuentes, en el sentido de que no hay un monopolio de creación estatal: en el estado premoderno el derecho emana de los sabios, la doctrina, las corporaciones, la iglesia, la jurisprudencia; y en el estado constitucional, emana de los académicos, de los jueces, de los intérpretes. La

legitimidad del derecho en ambas concepciones no guarda relación con los procedimientos formales de creación de la ley, pues en el estado premoderno dependerá de la justicia, de la verdad, de la racionalidad de sus contenidos; y en el estado constitucional dependerá del contenido de los principios ético morales y del resultado del juicio de ponderación.

En efecto, Vial-Dumas (2019), ha sostenido que la constitucionalización del ordenamiento jurídico ha originado un nuevo derecho “bidimensional”, en el que «la ciencia jurídica y la jurisprudencia parecen erigirse como dos de las principales fuentes del derecho» (p. 199), y que surge debido su desdoblamiento en dos: «un ordenamiento universal y otro particular (estatal) y a menudo plural que se ve determinado y limitado por el primero» (*Ibid.*). De allí su similitud con el derecho premoderno:

Igual que en el mundo premoderno, hoy el derecho parece independizarse poco a poco del poder político estatal al abrirse ostensiblemente a estas fuentes de creación de orden universal cuya legitimidad proviene, sobre todo, de la *auctoritas* de quienes las generan. En otras palabras, los jueces son cada vez más libres para adoptar decisiones guiadas por la doctrina y la jurisprudencia, incluso en contra de la letra de la ley, en la medida que esas fuentes se construyen sobre un texto abierto como es la Constitución. El juez de la modernidad, al menos al nivel del relato, vio restringida su actividad a un juicio, el que debe hacer de los hechos con el fin de aplicar la norma válida que corresponde. El juez posmoderno, igual que el premoderno, está llamado, al menos en algunos ámbitos, a realizar dos juicios, el juicio sobre los hechos y el juicio sobre las normas que pueden aplicarse a esos hechos; en ese segundo juicio se sirve de la dimensión universal del derecho posmoderno para ampliar, restringir o suprimir la dimensión legal (*Ibid.*).

Para entender con precisión el contenido de los términos constitucionalismo y neoconstitucionalismo, es relevante la distinción que realiza Ferrajoli (2012, p. 16),

entre constitucionalismo principialista o argumentativo, y constitucionalismo normativo o garantista (que es la posición por él seguida).

El constitucionalismo principialista o argumentativo, se caracteriza por «la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos a las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil» (*op.cit.*, p. 17), confiada no a la subsunción, sino a la ponderación legislativa y judicial; y parte de una negación o rechazo al positivismo jurídico, ya que éste no resultaría idóneo «para dar cuenta de la nueva naturaleza de las democracias constitucionales» (*op.cit.*, p. 18). El positivismo jurídico, que tiene como principal rasgo distintivo la separación entre moral y derecho, y entre validez y justicia, no se acomoda bien a esta concepción, toda vez que las nuevas constituciones han incorporado «principios de justicia de carácter ético-político, como la igualdad, la dignidad de las personas y los derechos fundamentales» (*Ibid.*). Es una concepción “no positivista” del Derecho.

Según Ferrajoli, los rasgos generales del denominado constitucionalismo principialista o argumentativo, son los siguientes: (i) «el ataque al positivismo jurídico y a la tesis de la separación entre Derecho y moral»; (ii) la consideración de que «los derechos constitucionales establecidos no son reglas sino, antes bien, principios en virtual conflicto y, por ello mismo, objeto de ponderación y no de subsunción»; y (iii) la concepción del Derecho como «una «práctica social» confiada, sobre todo, a la actividad de los jueces». De estas tres ideas se deriva que «el Derecho es en realidad lo que hacen los tribunales y, más en general, los operadores jurídicos, y consiste, en última instancia, en sus prácticas interpretativas y argumentativas» (*op.cit.*, p. 19).

El neoconstitucionalismo se correspondería con estas tendencias anti-iuspositivista, no-positivista o post-positivista, que tienen en común la concepción de: gran parte de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos fundamentales, como principios ético-políticos; y que adoptan una distinción cualitativa y estructuralmente fuerte de principios y reglas, los

primeros objetos de argumentación y ponderación, las segundas objeto de aplicación en forma de la subsunción. (*op.cit.*, p. 16)

En cambio, el constitucionalismo normativo o garantista, defendido por Ferrajoli, se caracteriza «por una normatividad fuerte, de tipo regulativo», que parte de la premisa de que «la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas», pues incorporan garantías tanto de prohibición de lesión, como se aseguramiento de las obligaciones prestacionales (*op.cit.*, p. 17).

Se distinguen tres significados del constitucionalismo normativo o garantista.

Como modelo de Derecho, se caracteriza «por la positivización también de los principios a los que debe someterse la entera producción normativa», que constituye un sistema de límites y vínculos en garantía del derecho de igualdad y de libertad, «impuestos esencialmente en garantía de los derechos sociales», y que requieren de la intervención judicial para la anulación de las leyes inválidas (*op.cit.*, p. 21).

Como teoría del Derecho, se caracteriza «por la distinción y virtual divergencia entre validez y vigencia, dado que admite la existencia de normas vigentes», en tanto que fue formalmente cumplido su procedimiento de creación, pero que resultan inválidas «por resultar incompatibles con las normas sustanciales sobre su producción» (*op.cit.*, p. 22). Son entonces relevantes las nociones de antinomias, que se producen por la indebida producción de normas inválidas por su contraste con la Constitución; y el de lagunas, que se producen por la omisión de la producción de leyes de actuación de las normas constitucionales y en particular, de los derechos sociales.

Y como filosofía y teoría política, el garantismo, consiste en una teoría sustancial (además de formal) de la democracia, que se articula en cuatro dimensiones: derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales.

El constitucionalismo garantista se diferenciaría del principialista, en tres aspectos, (i) por el rechazo de la conexión entre Derecho y moral; (ii) por el rechazo

de la contraposición cualitativa entre principios y reglas; y (iii) por el rechazo al rol asignado a la ponderación, en oposición a la subsunción, en la práctica judicial. Los riesgos que Ferrajoli advierte en el constitucionalismo principalista o argumentativo, esto es, del neoconstitucionalismo, son:

a) una suerte de dogmatismo y de absolutismo moral conexo con el constitucionalismo conocido concebido como cognoscitivism ético; b) el debilitamiento del rol normativo de las constituciones y, por ello, de la jerarquía de las fuentes; c) el activismo judicial y el debilitamiento de la sujeción de los jueces a la ley y la certeza del Derecho que, a su vez, debilitan las fuentes de legitimación de la jurisdicción (p. 24).

La clasificación y la terminología propuesta por Ferrajoli en el trabajo anteriormente referido, dará lugar a una polémica doctrinal, pues algunos autores, entre ellos Atienza (2012) y Comanducci (2012), cuestionarán a Ferrajoli por haber incurrido en imprecisiones. Sobre esto ha señalado Atienza:

Pues bien, las que ha llamado «tesis directas» son manifiestamente falsas; quiero decir, yo nunca he sostenido ninguna de esas tesis. No creo que los derechos debamos verlos (simplemente) como reglas o como principios, y, naturalmente es absurda la idea de que en las argumentaciones que tienen lugar a propósito de los derechos, la subsunción no juega ningún papel, como lo es también pensar que la identificación de un derecho supone siempre la resolución –por vía ponderativa– de un conflicto entre principios. (*op.cit.*, p. 71)

Es forzoso advertir que, dada la inexistencia de una teoría del derecho que los desarrolle, los términos constitucionalismo y neoconstitucionalismo, son equívocos. Sobre este aspecto ha señalado García (2008):

Se suele señalar que el llamado neoconstitucionalismo es una doctrina de caracteres un tanto difusos. (...).

En cualquier caso, nos hallamos ante una teoría que no ha encontrado aún plasmación completa y coherente en una obra central y de referencia, por

lo que sus caracteres deben ser espigados de aquí y de allá, más contruidos como descripción del común denominador de una tendencia genérica actualmente dominante y presente en la teoría constitucional y iusfilosófica de hoy, en particular en la propia jurisprudencia de numerosos tribunales constitucionales, que como balance a partir de una obra canónica con perfiles bien precisos y delimitados. Esa impregnación neoconstitucionalista hoy está muy presente en numerosos escritos teóricos y sentencias, pero puede que esa falta de definición clara, de rigor analítico y de empeño fundamentador en sus propios cultivadores sea una de las bazas que alimentan el éxito del neoconstitucionalismo.

En todo caso, el constitucionalismo principialista o argumentativo y el constitucionalismo normativo o garantista, más allá de las diferencias señaladas, tienen en común su vocación por habilitar a los órganos del Estado, principalmente al poder judicial, para el otorgamiento y desarrollo de derechos sociales previstos en la Constitución. Puede asumirse, por tanto, como cierto que el constitucionalismo lejos de fijar límites a acción del Estado, procura empoderarlo, para tratar de lograr la consecución de contenidos constitucionales prestaciones y lograr la satisfacción de necesidad colectivas o de orden social.

2.- La constitucionalización del estado de derecho. Noción e implicaciones.-

Ha señalado Cea (2005), para caracterizar el nuevo paradigma que constituye el estado constitucional de derecho, que este «humaniza la letra, hasta entonces inerte, del ordenamiento jurídico, llenándola de valores y principios de los cuales no puede prescindir el intérprete que obra de buena fe» (p. 47).

Los contenidos de este nuevo paradigma, serían, «la revalorización de la persona humana, de su dignidad y derechos inalienables»; la idea de una nueva legitimidad política, que supone «el ejercicio del gobierno con sujeción a la Constitución, cuya parte dogmática, abarcando las garantías jurisdiccionales, es anterior y superior al instrumento de gobierno»; la supremacía, sustantiva y formal,

de la Constitución, de lo que se deriva la «fuerza normativa, propia y directa, de los valores, principios y normas incluidos en su texto y en el bloque de la constitucionalidad»; la no necesidad de la «intermediación, previa ni ulterior, de la ley para que las disposiciones constitucionales pasen al libro de la vida»; la subordinación de la ley a la constitución; y «un rol protagónico, activo o dinámico, de todos los jueces en el despliegue de las potencialidades humanistas de la Constitución» (*op.cit.*, p. 48).

Guastini (2009), señala como manifestaciones de la constitucionalización en Italia, la rigidez de la constitución; la garantía jurisdiccional; la fuerza vinculante; la sobreinterpretación; la interpretación conforme de las leyes; la aplicación directa de la constitución por parte de los jueces comunes y la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.

Interesa destacar el aspecto de la sobreinterpretación de la constitución, cuyo resultado inmediato es la extracción de normas no expresas del texto constitucional a partir de principios. Sobre esto, Guastini señala dos consecuencias importantes.

En primer lugar, debe partirse de la premisa de que los principios no tienen a priori un campo de aplicación determinado, sino que son capaces de generar una cantidad innumerable de normas ulteriores, lo que origina «una Constitución tendencialmente «completa», es decir, conteniendo normas idóneas para decidir cualquier controversia (especialmente cualquier controversia relativa a la legitimidad constitucional de las leyes)» (*op.cit.*, p.63).

Y, en segundo lugar, la fácil aplicación de los principios para resolver un caso determinado, ya que «las normas específicas se aplican a modo de «todo o nada» (all-or-nothing), mientras que todo principio siempre es susceptible de «ponderación» a la luz de otros principios (lo que supone una valoración en torno a su «importancia» relativa). Y puede suceder que, como resultado de la ponderación, el principio en cuestión simplemente sea inaplicado, dejado a un lado». (*Ibid.*).

3.- El modelo constitucionalista o judicialista, versus el modelo democrático o legalista.

Afirman Gascón, M. y García, A. (2015), que las relaciones entre la ley y la Constitución, pueden clasificarse en razón de su grado de vinculación en dos grandes sistemas, denominados, modelo constitucionalista o judicialista, y modelo democrático o legalista.

El modelo constitucionalista o judicialista, se caracteriza por los siguientes rasgos: (i) en él «la Constitución encierra un proyecto político bastante bien articulado o cerrado y al legislador le corresponde su simple ejecución»; (ii) la Constitución «pretende determinar en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias»; (iii) el modelo está basado en la «idea de que la Constitución predetermina la solución a todos los conflictos, de modo que la ley sólo puede concebirse como una concreción de las abstractas previsiones constitucionales»; y (iv) el modelo se denomina justicialista, porque en él, los jueces, los ordinarios, pero sobre todo el constitucional, son «quienes terminan desempeñando un papel fundamental en la determinación de las normas que deben configurar el sistema en cada momento» (pp. 4457 y ss.).

El modelo democrático o legalista, parte de un principio distinto. Sus rasgos pueden resumirse así: (i) la Constitución «se limita a fijar las reglas de juego de la competencia política, pero sin pretender participar directamente en el mismo»; (ii) la Constitución «sólo determina quién manda, cómo manda y, en parte, hasta dónde puede mandar», pero el contenido, lo que haya de mandarse, «es algo que, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador»; (iii) el modelo se denomina democrático en razón de que «se basa en la idea de que la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos, sino que señala tan sólo las reglas de juego y el marco abierto de valores donde el legislador puede moverse», de modo que «dentro de este marco caben opciones políticas de muy distinto signo»; y (iv) el modelo se denomina también legalista, porque «en él es el poder político en cada momento quien se encarga de hacer realidad lo que en la

Constitución sólo aparece como posible». El sistema estaría regido por el respeto a la discrecionalidad del legislador democrático y por el principio de la legalidad, y la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley sólo es posible cuando esta exceda los límites de acción previstos en la Constitución. (pp. 4462 y ss.)

Como puede notarse, ambos sistemas encarnan un modo radicalmente distinto de entender el estado de derecho y el rol de la jurisdicción.

4.- Caracterización del neoconstitucionalismo y las dificultades derivadas.

4.1.- Origen.-

Señala Carbonell (2010), que el neoconstitucionalismo busca explicar el conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir a partir de la segunda guerra mundial, sobre todo a partir de los años setenta del siglo veinte, y que tales Constituciones se caracterizan (i) por no limitarse «a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas «materiales» o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos»; por contener «amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos», y «por las profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos» (p. 154).

Refiere el autor que muchos países que han logrado «avanzar en procesos de consolidación democrática» (¡entre los ejemplos «representativos» señala la experiencia constituyente venezolana de 1999!), han creado tribunales constitucionales que han dejado «claro para todos los actores que los derechos de los ciudadanos no podían ser objeto de ninguna clase de regateo político ni estaban a la libre disposición de los partidos con representación parlamentaria» (*op.cit.*, p. 156).

Siguiendo el trabajo de Guastini (2009), señala, que la sobreinterpretación constitucional, se produce cuando los jueces, constitucionales y ordinarios, que son los interpretes constitucionales, «no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva utilizando

cuando sea posible el argumento *a simili*»; y que de esta labor judicial interpretativa «se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política y, por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico» (*op.cit.*, p. 160).

Sobre la aplicación directa de las normas constitucionales, señala que ésta tiene que ver con dos aspectos, a saber, con «el entendimiento de que la Constitución rige también las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos»; y con «que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio» (*op.cit.*, p. 161).

Refiere que la interpretación conforme de las leyes ocurre «cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso concreto la interpretación X1 de una ley o la interpretación X2, opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma (de manera más completa) con algún mandato constitucional» (*op.cit.*, p. 162)

Y, sobre la influencia de la Constitución en las relaciones políticas, afirma que consiste en varios elementos, en el que destaca «que los órganos constitucionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de *self restraint* frente a lo que en una época se ha llamado las *political questions*, sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional» (*Ibid.*).

En la misma línea argumental neoconstitucional, señala Pozzolo (2010) que las constituciones contemporáneas han demostrado una fuerza expansiva notable que ha impuesto una tendencia «a la concreción de al menos algunos principios y valores expresos», y que por ello «no se ha determinado sólo un respeto que podría llamarse «omisivo-respetuoso» de la Constitución, sino que se ha producido su declinación positiva en derechos exigibles por parte del ciudadano» (p. 170). Por ello afirma:

Lo que al parecer caracteriza de modo peculiar al Estado constitucionalizado respecto de lo que habitualmente se llama «Estado de

Derecho» es precisamente el papel del juez. En ese contexto el mito de una jurisdicción mecanicista se tiene que disolver definitivamente. Se trata de una transformación del papel de la jurisdicción que se ha desarrollado con el paso del tiempo y, en cierto modo, de forma espontánea, una especie de proceso de adecuación a los cambios de la política y de la sociedad contemporánea. Esto refleja una ruptura entre la realidad sociopolítica y el modelo jurídico que, sin duda alguna, debería suscitar en el constitucionalismo garantista una profunda reflexión. (*op.cit.*, p.182).

Se tiene, por tanto, que el neoconstitucionalismo, según los citados autores, es un término que se refiere a la experiencia constituyente de varios países en la segunda mitad del siglo XX, que ha dado lugar a diseños constitucionales en los que no hay espacios reservados para la discrecionalidad legislativa o administrativa, toda vez que el poder judicial, en aplicación directa de principios, tiene la facultad de resolver cualquier asunto (esto es, inconstitucionalidad de leyes, o cualquier otro) con el propósito de hacer valer de forma óptima derechos constitucionales de contenido social.

4.2.- Concepto de “neoconstitucionalismo”, acepciones, y discusiones asociadas.-

Ha señalado Comanducci, que el constitucionalismo «ha sido fundamentalmente una ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales», que «tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, al iusnaturalismo», y que, por un lado, sostiene la tesis de la conexión identificatoria entre derecho y moral, y, por otro, tiene como adversario directo el positivismo ideológico (p. 89).

Prieto (2003, 2007, 2009), distingue tres contenidos del término “neoconstitucionalismo”, y señala que éste puede significar (i) un tipo de Estado de Derecho; (ii) una teoría del Derecho; y (iii) una ideología.

Como ideología, el término neoconstitucionalismo presenta tres dimensiones. La primera, constituye una «filosofía política que considera que el Estado constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política» (2009, p. 123), y que presenta como más relevante inconveniente «la objeción democrática o de supremacía del legislador», según la cual «a más Constitución y mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias». (*op.cit.*, p. 124).

La segunda dimensión del neoconstitucionalismo como ideología, puede resumirse así: «dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho, al menos allí donde existe cabe sostener una vinculación necesaria entre el Derecho y la moral y postular por tanto alguna forma de obligación de obediencia al Derecho» (*Ibid*).

Y la tercera dimensión, denominada constitucionalismo dogmático, representa una nueva visión de la interpretación, que propugna «bien la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no sólo descriptiva por parte del científico del Derecho» (*Ibid*).

Como Estado de Derecho, el neoconstitucionalismo «es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas» (*Ibid*). La primera de ellas es el constitucionalismo norteamericano originario, cuya principal característica es la supremacía constitucional a través de la garantía judicial de la Constitución, pero que conciba la Constitución como:

pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico (*op.cit.*, p. 125).

La segunda tradición, es la concepción constitucional nacida de la revolución francesa, que «concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político

bastante bien articulado, generalmente con el programa directivo de una empresa de transformación social y política» (*Ibid.*), en el que, a diferencia del modelo norteamericano original, la Constitución:

no se limita a fijar reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc. (*Ibid.*).

En definitiva, afirma Prieto que el neoconstitucionalismo, como modelo de Estado de Derecho, «reúne elemento de estas dos tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional» (*op.cit.*, p 126). De la tradición norteamericana originaria toma la garantía jurisdiccional y la desconfianza hacia el legislador; y de la tradición revolucionaria francesa toma la idea de establecer un programa normativo sustancial, que no se limita a la organizar y limitar el poder.

La fusión de ambas tradiciones del constitucionalismo conllevaría a «una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces». (*op.cit.*, p. 127). O dicho de otro modo:

Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas. En cierto modo, es éste el dilema que viene a resolver el neoconstitucionalismo, apostando por una conjugación de ambos modelos: Constituciones normativas garantizadas. (*op.cit.*, p. 128)

Finalmente, el neoconstitucionalismo entendido como una teoría del derecho, ofrece una nueva explicación alejada del positivismo propio del Estado legislativo de Derecho. Los rasgos más sobresalientes de esta nueva teoría del derecho:

pueden resumirse en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas

las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas. (*op.cit.*, p. 131)

Sobre la omnipresencia de la constitución, realiza Prieto consideraciones muy importantes, que contribuyen a esclarecer cuál es el verdadero contenido y alcance del término neoconstitucionalismo. Afirma que la constitución:

ofrece un denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, etc., de manera que es difícil concebir un problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación y, lo que es más preocupante, en ocasiones distintas orientaciones en el texto constitucional: libertad, igualdad –formal, pero también sustancial– seguridad jurídica, propiedad privada, cláusula de Estado social, y así una infinidad de criterios normativos que siempre tendrán alguna relevancia. (...) Es lo que se ha llamado a veces el efecto «irradiación» o «impregnación» del texto constitucional; de alguna manera, todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser referente supremo para la solución de los casos. (*op.cit.*, p. 132)

En razón de las circunstancias antes expuestas, afirma el autor que «el constitucionalismo desemboca en la omnipresencia judicial» (*Ibid.*).

4.3.- El rol de la ley en el neoconstitucionalismo.-

El nuevo paradigma, la constitucionalización, ha supuesto el resquebrajamiento del principio de legalidad en su concepción decimonónica o

liberal. La vinculación del juez a la ley es relativa, es derrotable, es ahora sólo una posibilidad, y está condicionada al juicio de valor que realice el juez sobre la idoneidad axiológica de la ley. Sólo superado satisfactoriamente este análisis, la ley será aplicada. Por ello afirman Gascón, M. y García, A. (2015):

el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente se había interpretado como vinculación del juez a Derecho pero sobre todo a la ley, ha pasado a entenderse como vinculación del juez a los derechos y principios constitucionales pero no a la ley, lo que resulta polémico desde el punto de vista del principio democrático. (p. 173).

El denso contenido material de la Constitución «ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas y en la medida en que esas esferas están confiadas a la garantía judicial, el legislador pierde lógicamente autonomía» (Prieto, 2007, p. 123). En el neoconstitucionalismo la Constitución «“impregna” cualquier materia de regulación legal, y entonces la solución que dicha regulación ofrezca nunca se verá por completo exenta de la evaluación judicial a la luz de la Constitución» (*Ibid.*). El rol de la ley en el neoconstitucionalismo podría explicarse desde dos puntos de vista. La vinculación del juez en el principialismo de Dworkin, ha sido explicada por Da Silva (2018), en los siguientes términos:

El juez sólo está vinculado a la ley – y la ley sólo se identifica como “Derecho” en la perspectiva del juez – cuando su contenido se derive de la *mejor interpretación constructiva de la práctica*, a la vista de un balance entre los principios de equidad, justicia y debido proceso. Y la verdad es que, si así son las cosas, lo que vincula al juez, en última instancia, no es en absoluto la ley, sino la *mejor interpretación constructiva de la práctica*, con relativa independencia del procedimiento, de la institucionalidad, de la jerarquía e incluso del propio desacuerdo en la concreción de los principios morales. Un juez que, “*all things considered*”, haya encontrado la mejor respuesta moral, está obligado a aplicarla. A ella, por lo tanto, se dirige su *deferencia*. (p. 118)

Mientras que el valor de la ley en la teoría de Robert Alexy, se explica a través del juicio de la ponderación: la vinculación a la ley constituye un mandato de optimización. Las reglas se informan de un principio sustancial de la validez material, y de un principio formal de validez basado en la forma y en la autoridad; como en toda ponderación ambos principios concurren y coliden, con diferentes resultados posibles según las circunstancias de cada caso. Sobre el particular, señala Da Silva:

Lo que es particular en el pensamiento de ALEXY es que la aplicación de la ley (y aquí asumo que la ley tiene, en el lenguaje alexyano, por lo general la estructura de regla) está sometida a un esquema amplio de razonamiento por principios. Las reglas también pueden entenderse como la conjunción de dos tipos de principio: el principio material que le ofrece justificación y el principio formal que determina su cumplimiento. En realidad, la diferencia definitoria entre *regla y principio* radica en la presencia, en la dimensión de las reglas, de un principio distinto – el principio formal – que sustenta autoritativamente la regla. Pero ese principio formal es un principio como otro cualquiera: colide con el principio material opuesto a la regla *cuando menos* en un razonamiento de segundo orden, con el modesto fin de contribuir a la definición de los valores de las premisas epistémicas que integran la fórmula del peso.

El rol bastante débil de los principios formales es todavía más evidente cuando se tiene en cuenta que, según ALEXY, el ámbito de discrecionalidad del legislador equivale al “empate” en la ponderación. Es decir: cuando la ponderación no sea capaz de definir *correctamente* la precedencia entre principios, debe reconocerse el margen de acción del legislador. Si es posible, en cambio, alcanzar el *correcto* balance entre principios (incluidos en dicho balance los principios formales), entonces la ponderación legislativa, que genera una regla jurídica, debe reemplazarse por la ponderación judicial. Si esto es así, *no cabe deferencia alguna al legislador* cuando el juez esté convencido de que

hay un balance *correcto* entre principios y que este balance no es, como cuestión obvia, el que está plasmado en la ley. (p. 141).

Como puede apreciarse, el valor de la ley en el neoconstitucionalismo difiere sustancialmente del que correspondía en el estado legislativo de derecho. La ley no es ya vinculante en todo caso, ni es reflejo de la soberanía popular expresada en el parlamento; es sólo un elemento a considerar en una determinada controversia, y es derrotable, siempre que su contenido material difiera o colide con la moral constitucional, o siempre que como resultado del juicio de ponderación deba ceder ante otro principio axiológicamente superior.

4.4.- La coexistencia de principios contradictorios y la ponderación.-

Afirma Ferreres (2007), que «la abundancia de conceptos esencialmente controvertidos, así como la existencia de frecuentes colisiones entre disposiciones, hacen del texto constitucional (en la parte relativa a los derechos y las libertades) un texto especialmente indeterminado» (p. 38). Por ello señala Prieto (2007), que el neoconstitucionalismo «no representa un pacto en torno a unos pocos principios comunes y coherentes entre sí, sino más bien un pacto logrado mediante la incorporación de postulados distintos y tendencialmente contradictorios» (p. 123); e incluso, que puede afirmarse que «detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o contradice» (*op.cit.*, p. 122).

Tratándose de constituciones caracterizadas por contar con un denso contenido sustantivo, y por tener, además, una clara vocación de aplicación en cualquier conflicto intersubjetivo, la coexistencia de principios contradictorios de igual rango supone un problema verdaderamente significativo, con efectos prácticos de gran calado.

Uno de los efectos inmediatos de este premeditado diseño es que cualquier solución es posible para cualquier controversia. Esa idea es absolutamente coincidente y armónica con el rol casi totalitario que el neoconstitucionalismo asigna

a la jurisdicción, en el sentido de que, sin importar el derecho escrito, la decisión última de cualquier controversia dependerá siempre del mejor criterio del juez.

El carácter eminentemente ambiguo de las previsiones constitucionales, la aplicabilidad de un pretendido derecho prepositivo (no escrito), la sempiterna tensión entre regulaciones opuestas y contradictorias, y el protagonismo judicial, son los pilares que sostienen al neoconstitucionalismo. Su efecto inmediato es que todo el sistema jurídico queda impregnado de un interesado relativismo en el que cualquier solución es posible. Si por suerte el juez es bueno, honesto, comedido y cabal, así será la sentencia; si, por el contrario, el juez está movido por un interés bastardo o inconfesable, o si simplemente el juez obra en consonancia con su propia convicción moral, siempre habrá una contradicción que deba ser resuelta mediante la ponderación para poder así llegar a la solución deseada. Esto ha sido bien explicado por Gascón y García (2015), que señalan:

Además, estos principios y valores constitucionales ni siquiera reflejan una concepción uniforme de la justicia. Son principios y valores tendencialmente contrastantes, por lo que la eventual presencia de varios de ellos en un caso concreto (cosa por lo demás muy frecuente) deja al juez sin guía para la acción: se abre un ancho margen para la discrecionalidad judicial, pues es el juez quien debe ponderar los principios en juego y decidir razonablemente (o sea, discrecionalmente) cuál de ellos ha de prevalecer en ese caso concreto. En suma, la necesariamente abierta interpretación de las normas constitucionales, impregnadas de valores de justicia, así como la presencia en la mayoría de los casos de valores y principios constitucionales contrastantes entre sí, parece que conduce inevitablemente a que en la resolución del caso concreto terminen triunfando las opciones valorativas del juez sobre las del legislador. (pp. 200 y ss.).

De este modo, en una controversia, por ejemplo, sobre el cumplimiento de un contrato de arrendamiento habría un principio constitucional que dará la razón al

propietario arrendador (propiedad, libre empresa, autonomía de la voluntad, etc.), y otro que dará la razón al arrendatario (derecho a la vivienda, a la vida, a la dignidad de la persona, etc.); y como en este sencillo ejemplo, en cualquier asunto sometido a la jurisdicción, podrá, con fundamento en un principio constitucional, ser resuelto en un sentido, o en el contrario, siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Es preciso señalar también que la contradicción entre principios constitucionales tendría una naturaleza diferente a las denominadas “antinomias normativas”.

Las antinomias o contradicciones normativas, también llamadas antinomias en abstracto o internas, se resuelven a través de la aplicación de criterios que determinan la validez o invalidez, o aplicación o inaplicación de una norma. En cambio, los conflictos o colisiones entre principios, que suelen denominarse antinomias contingentes, en concreto o externas; involucran derechos fundamentales, valores fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos; y no pueden ser dirimidos a través de los métodos o criterios propios del positivismo.

Las antinomias normativas suelen clasificarse en aparentes y auténticas. Las primeras, se configuran cuando «al menos una de las normas originadoras del conflicto carece de validez jurídica (en sentido de pertenencia al sistema)»; y las antinomias auténticas ocurren cuando todas las normas involucradas en el conflicto son jurídicamente válidas (Martinez-Zorrilla, 2015, p. 1.315). En el primer supuesto, en el de las antinomias aparentes, no estaríamos frente a un problema verdadero, en el sentido de que la colisión no es tal en cuanto que una de las normas involucradas en realidad no es válida; mientras que, en el segundo caso, el problema es genuino, porque ambas normas involucradas son igualmente válidas.

Las antinomias auténticas se resuelven a través de criterios de validez, y las antinomias aparentes, a través de criterios de aplicabilidad. Ambos criterios se diferencian así: «mientras que la validez hace referencia a la pertenencia de una norma al sistema, la aplicabilidad se refiere a la posibilidad de poder utilizar una

norma como razón para poder justificar o fundamentar una determinada decisión jurídica» (*op.cit.*, p. 1.316).

Los criterios para la resolución de antinomias aparentes, esto es, los relacionados con la validez de una de las normas involucradas en el conflicto, son: a) el criterio de competencia; b) el criterio de jerarquía; y c) el criterio cronológico.

Los criterios para la resolución de antinomias auténticas, esto es, los criterios relacionados con la aplicabilidad de una de las normas involucradas en el conflicto, son: a) criterio de jerarquía; b) criterio cronológico; c) criterio de especialidad; y d) criterio de prevalencia.

Sin embargo, como se advirtió, estos criterios resultan inadecuados para resolver contradicciones entre principios constitucionales. Estos se abordan a través de un procedimiento propio y distinto, la ponderación, dado que las normas en conflicto son y seguirán siendo igualmente válidas y aplicables, y ninguna cederá de manera definitiva frente a la otra. Explica Martínez-Zorrilla, que para la resolución de estas contradicciones constitucionales:

Se ha adoptado habitualmente una visión más cercana al del análisis de los dilemas en el ámbito de la filosofía moral; esto es, concibiendo el problema desde la perspectiva del agente que ha de tomar (y justificar) una decisión –habitualmente un órgano jurisdiccional– cuando se enfrenta a razones que apuntan hacia respuestas distintas e incompatibles (*op.cit.*, p. 1.325).

La ponderación, afirma García (2016), «está indisolublemente unida a la concepción del derecho que niega la separación entre derecho y moral» (p. 11); por tanto, el sistema parte de la premisa de que todos los valores morales que informan a la constitución se encuentran en armonía, y que cualquier contradicción entre principios sería tan solo aparente. Así las cosas, no habría lugar a espacios reservados a la discrecionalidad política del legislador; antes, por el contrario, para cada caso de aparente conflicto constitucional habría una «decisión correcta única», que corresponde al juez detectar. Por ello afirma:

Esa decisión correcta única, de raigambre moral, a simple vista no se capta y el legislador suele desconocerla, pero ni se le escaparía el dworkiniano juez Hércules ni deja de aparecerse al alexyano tribunal que pondera como Dios manda. La decisión correcta, porque la suponemos, la hay; porque la hay, la hallaría siempre un juez plenamente sabio; y porque los jueces de carne y hueso tan perfectamente sabios no son, tienen que ayudarse de un buen método que haga su decisión tan objetiva como una medición o un pesaje: la ponderación. Mano de santo. (*op.cit.*, p. 13).

Se conoce como «judicialización del proceso legislativo», el fenómeno, propio del Estado constitucional, caracterizado porque en el proceso de formación y motivación de sus decisiones los jueces constitucionales están llamados a realizar análisis de proporcionalidad a través de la aplicación de diferentes test, lo cual implica que deben «volver a realizar el proceso de toma de decisiones del legislativo o de la autoridad pública, con el fin de evaluar la legalidad constitucional de las disposiciones o medidas adoptadas» (Melero, 2018, p. 75)

El análisis de la proporcionalidad, sostiene Melero, no es una práctica homogénea en los diversos modelos de justicia constitucional. Un primer modelo llamado comúnmente el modelo europeo, asume una proporcionalidad optimizadora de principios, esto es, entiende los derechos como mandatos de optimización. El segundo modelo, propio de los países del *common law*, concretamente Canadá y Reino Unido, concibe los derechos como “triumfos”, o como “escudos”, y consiste en una proporcionalidad «restrictiva de la acción política» que lejos de ser optimizadora, está «al servicio del ideal liberal del «Gobierno limitado», dado que pretende servir de base para restringir la acción política en beneficio de los derechos individuales y de grupo» (*op.cit.*, p. 76).

Esta idea de proporcionalidad restrictiva, «presupone una división de poderes entre los órganos públicos representativos (Parlamento y Gobierno) y los órganos jurisdiccionales», de modo que «Los tribunales están en un lado de la división

constitucional, encargados de representar los intereses individuales de los portadores de derechos, mientras los Parlamentos y los Ejecutivos se sitúan en el otro, representando el interés colectivo» (*op.cit.*, p. 77). Es esta bipartición, corresponde a los jueces decidir en cada caso cómo sus decisiones pueden contribuir al bien común, pero respetando siempre su legitimidad y sus competencias.

En cambio, la idea europea de la optimización de los principios, «presupone que la cuestión sustantiva (acerca de cuándo una limitación de los derechos está justificada) puede y debe formularse con independencia de la cuestión formal» (*op.cit.*, p. 78), de modo que no está acotada por la forma de división del poder público. La proporcionalidad optimizadora, «está diseñada para resolver del mejor modo posible la cuestión sustantiva de cuándo una limitación de un derecho está justificada» (*Ibid*).

Se dice también que la proporcionalidad optimizadora es esencialmente neutral, en el sentido de que no está estructurada para ayudar a definir al poder judicial cuál es su concreta responsabilidad en relación con los demás poderes públicos en la salvaguarda de la proporcionalidad; en cambio, la proporcionalidad restrictiva parte de la premisa de que corresponde al tribunal una función supervisora, esto es, que su análisis consistirá en una revisión de las decisiones que corresponden esencialmente a otros órganos del estado, el legislativo y el ejecutivo, lo que implica, necesariamente, que el examen del asunto que realice el juez «debe tomar como base de su análisis el razonamiento del legislador o del funcionario público que tomó la decisión impugnada» (*op.cit.*, p. 80). Por esta razón, en este sistema, «los tribunales supervisores no deben hacer su propio juicio sobre la proporcionalidad de la medida adoptada como si ocuparan el lugar del agente decisor principal» (*op.cit.*, p. 83), y al tratar de proteger derechos constitucionales deben ser respetuosos de las decisiones políticas y de oportunidad tomadas por el Parlamento o por el Gobierno. Es este el origen de la doctrina de la “deferencia debida” o “auto-restricción judicial”.

Ambos análisis de la proporcionalidad, la optimizadora europea y la restrictiva, procuran objetivos bien distintos:

La proporcionalidad optimizadora está diseñada para encontrar la mejor solución posible a un conflicto de deberes o una colisión de principios. Para la concepción restrictiva, en cambio, el test de proporcionalidad es una forma de averiguar si la justificación aportada por el agente decisor principal es razonable en una sociedad democrática, es decir, si dicho agente tuvo en cuenta de forma apropiada los diferentes intereses y consideraciones en conflicto (*op.cit.*, p. 87).

4.5.- El rol del juez en neoconstitucionalismo.-

El Estado constitucional de derecho asigna al poder judicial, y especialmente al juez constitucional, un rol creador. El rol del juez en este sistema, queda perfectamente explicado y sintetizado en uno de los epígrafes con lo que Prieto (2007) explica el neoconstitucionalismo como teoría del derecho: «omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario» (p. 121)

En la lógica positivista, correspondía al juez la aplicación de la ley mediante operaciones lógico formales de subsunción; en el neoconstitucionalismo, en cambio, el juez constitucional opera con una lógica distinta, pues impregnado como está el ordenamiento jurídico por la constitución material, y teniendo la constitución vocación y capacidad para ofrecer soluciones directas a las controversias, el juez asume un rol tuitivo, a cuyos fines debe encontrar el contenido y significado *justo* que se derivan de los principios constitucionales. La ley, y la propia literalidad de la constitución, deben encontrar legitimidad y respaldo en un derecho pre-positivo y pre-constitucional, que corresponde al juez encontrar y determinar siguiendo su prudente arbitrio.

El neoconstitucionalismo supone la existencia de un orden de valores provisto de poder resolutivo, con capacidad para ofrecer una respuesta correcta a cada controversia que involucre derechos, principios y valores constitucionales (García, 2008, p. 29). Luego, esa predeterminación constitucional de la respuesta única y correcta, exige la existencia de:

un órgano que vele por su efectiva plasmación para cada caso, y tal labor pertenece a los jueces en general y a los tribunales constitucionales en particular, ya sea declarando inconstitucional normas legisladas, ya sea excepcionando, en nombre de la Constitución y sus valores y derechos, la aplicación de la ley constitucional al caso concreto, o ya sea resolviendo con objetividad y precisión conflictos entre derechos y/o principios constitucionales en el caso concreto (*Ibid.*).

Siendo que la respuesta correcta está determinada por el contenido axiológico de la constitución, el juez constitucional al decidir «no ejerce discrecionalidad ninguna (Dworkin) o la ejerce sólo en aquellos casos puntuales en los que, a la luz de las circunstancias del caso y de las normas aplicables, haya un empate entre los derechos y/o principios constitucionales concurrentes (Alexy)» (*Idem.*).

Se sostiene entonces que han sido superadas «las tesis relativas a la naturaleza mecánica de la función judicial como meros aplicadores del derecho»; y que en su lugar, «el carácter de lo político queda reducido a una mera graduación «cuantitativa» del grado de creatividad», por lo que «la interpretación del juez constitucional tiene inevitablemente una discrecionalidad considerable» (Ferrer, 2009, p. 301), y la sentencia ya «no se limita a la predictiva fórmula de predicción silogística» (Mejía y Pérez, 2015, p. 38)

En este contexto, y superado como ha quedado el principio que postulaba el monopolio de la ley como fuente de creación del derecho, el juez constitucional asume también un rol creador. Cappelletti, (1982), en un trabajo clásico, distingue dos formas de creatividad judicial, la de naturaleza totalmente fisiológica y la de carácter patológico.

La segunda, la de carácter patológico, tiene lugar cuando el poder legislativo, el ejecutivo, o ambos a la vez, han abandonado sus funciones, en el sentido de haber incurrido en omisiones, ambigüedades, contradicciones normativas, etc. Ante tales incumplimientos, que pueden ser el origen de incumplimientos constitucionales, «no puede afirmarse que una creatividad supletoria más importante por parte de los jueces

deba ser tachada de violación de los límites institucionales que les corresponden», ello cuando esta «suplencia se base en el texto o espíritu de la Constitución» (p. 14). Afirma el autor que en este caso el problema verdadero es de orden práctico, y se circunscribe a determinar si en un determinado contexto los jueces son o no capaces de «asumir satisfactoriamente esa misión de creación, evolución, transformación o modernización del Derecho que, aunque se encuentre en el espíritu de la Constitución, no ha sido cumplida adecuadamente por el legislador» (p. 14), o en general, por el gobierno. En este caso, la legitimación deviene, precisamente, del incumplimiento inconstitucional del obligado, y se denomina patológica porque supone que los poderes públicos se encuentran en desequilibrio, en el sentido de que un poder negativo se impone a un poder de signo positivo motivado por la debilidad de éste.

En cambio, se refiere a creatividad fisiológica, cuando los poderes públicos se encuentran en equilibrio. De ello es ejemplo el sistema norteamericano, en el cual la fortaleza de un poder genera a su vez la fortaleza de los otros poderes en un sistema de recíprocos controles. En este medio equilibrado, el poder judicial es titular de un importante rol creador, pues la actividad de interpretación conlleva necesariamente a la de innovación. De nuevo, el problema será de orden práctico pues la audacia o la contención del tribunal constitucional dependerá de su real factibilidad de la reacción de los otros poderes públicos, y de otros centros no oficiales de poder, como la opinión pública. La legitimidad democrática de estas decisiones judiciales no deviene de que el juez ejerza la representación de un electorado, sino de que sean respetadas las garantías básicas del “derecho natural” (*op.cit.*, p. 16).

Se ha sostenido que el activismo judicial, entendido como el «ejercicio de las funciones jurisdiccionales, asumiendo cierto protagonismo en el tema de reconocimiento y protección de garantías de los ciudadanos y por supuesto promoviendo una dinámica fluida de creación de derecho» (Mejía y Pérez, p. 32), es un proceder característico de los jueces en el estado constitucional.

De allí la importancia de lograr una definición del término “activismo”, y de tratar de encontrar algunos elementos o rasgos característicos de este tipo de proceder judicial.

Señala Atienza (2019), que el término “activismo judicial” es equívoco o poco claro. En España, calificar a un juez como activista tiene un sentido marcadamente peyorativo: «un juez activista es uno que actúa como no debería actuar un juez»; en Latinoamérica esta calificación tiene un significado positivo, elogioso: «activista es el juez que se toma en serio lo que constituye la función esencial de la jurisdicción: la defensa de los derechos fundamentales de las personas (individual y colectivamente consideradas)»; mientras que en los Estados Unidos, el término, utilizado a partir de los años cuarenta, no fue en su origen negativo, pero se torna así a partir de los años cincuenta, «en la época en la que la Corte Suprema de ese país empezaba a desempeñar un papel relevante en el desarrollo de una cultura de los derechos» (*op.cit.*, p. 21).

Atienza, propone una definición de juez activista: es el juez «que decide una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el Derecho» (*op.cit.* p. 22). Advierte, sin embargo, que esta definición sólo es comprensible si se tiene en consideración dos ideas que le sirven de presupuesto. La primera, es que los jueces deben decidir siguiendo los criterios normativos preestablecidos en el ordenamiento jurídico, es decir, están vinculados por la constitución y las leyes no porque el contenido de éstas coincida con las convicciones morales y políticas del juez, sino por la fuente de la que proceden, de modo que resultan vinculantes incluso en los casos en los que el juez pudiera tener fundadas razones para no compartir o rechazar alguno de sus contenidos. La segunda, es que los criterios normativos del ordenamiento jurídico deben conducir a una solución única y correcta para cada caso, pues de otro modo, si se tratase de un derecho maleable, el activismo jurídico carecería de sentido, pues no existiría la noción de límite aplicable.

Aquí la noción de “límite”, resulta esencialmente graduable, en el sentido de que una mayor indeterminación del ordenamiento jurídico, supondrá mayores zonas de penumbra, es decir, límites menos precisos en la actuación judicial.

Advierte el autor, que un juicio fundado en activismo «no puede emitirse en abstracto, sin considerar una serie de circunstancias referidas al contexto teórico y al contexto práctico del juez» (*op.cit.* p. 24).

Entiende por contexto teórico, la posición de quién emite el juicio respecto a los límites jurídicos de la justicia constitucional, en el sentido de que un intérprete situado en una posición más formalista del Derecho (sugiere como ejemplo el garantismo de Ferrajoli), juzgará que resulta activista un determinado proceder que podría no ser calificado como tal si quien lo analiza es alguien partidario de una posición principialista o argumentativa (sugiere como ejemplo a Dworkin).

Y entiende por contexto teórico del juez, en primer lugar, el mayor nivel de desarrollo y organización del Estado para la defensa de los derechos fundamentales, en el sentido de que, en ausencia de proactividad judicial, un Estado desarrollado otorgará otras múltiples posibilidades de tutela del derecho vulnerado, mientras que en estados donde la actividad prestacional es precaria la alternativa al activismo sería la total desprotección del justiciable; y en segundo lugar, la posición del juez activista en el poder judicial, en el sentido de que suele reconocerse mayor poder tuitivo a los tribunales supremos o constitucionales, que a los jueces ordinarios y de inferior jerarquía, de modo que aplicaría la máxima de que existiría una mayor propensión a calificar un pronunciamiento cuando este no emane de un tribunal constitucional o supremo.

Entiende Atienza que el formalismo y el activismo son extremos que deben ser evitados, pues constituyen posiciones límite que dan lugar a desviaciones, que en el caso de formalismo se manifestaría en «prescindir de los fines y valores que dan sentido a la práctica jurídica (al para qué interpretar)»; y en el caso del activismo, se manifestaría en «prescindir de los medios, de las formas; en no tomar en cuenta que si la interpretación es tan relevante en el Derecho, ello se debe precisamente al papel

que juega en él la autoridad» (*op.cit.* p. 25); por eso afirma que el juez deferente hacia el legislador no es el que privilegia el formalismo, sino «el que trata de encontrar un equilibrio adecuado entre las exigencias de la autoridad y la necesidad de satisfacer los fines y valores que caracterizan al Derecho del Estado constitucional» (*op.cit.* p. 26).

La crítica al activismo judicial, y a la erosión a la seguridad jurídica que ella supone, es resumida por Atienza en estos términos:

En los últimos tiempos, fenómenos como la constitucionalización del Derecho, la crisis de la política y el consiguiente aumento del poder de los jueces han llevado a muchos a considerar que el activismo judicial, el gobierno de los jueces, constituye una seria amenaza para el Estado de Derecho. Si los jueces no se sienten vinculados por el tenor de las normas establecidas por el legislador, sino que consideran que pueden (deben) resolver los casos que se les presentan (los casos, digamos, difíciles) acudiendo a los principios y los valores constitucionales y, por ello, no subsumiendo, sino ponderando, entonces lo que está en riesgo es la seguridad jurídica y el resto de los valores que hace posible el imperio de la ley: de manera muy significativa, la autonomía, que dejaría de existir si las decisiones de las autoridades no fueran previsibles (*Idem.*).

Responde a esta crítica de la siguiente manera. En primer lugar, aduce que el «razonamiento ponderativo no tiene por qué ser visto como un procedimiento arbitrario de justificación de decisiones»; y, en segundo lugar, señala que «la idea de que los jueces han de decidir siempre recurriendo exclusivamente a la subsunción, sin apelar a principios y valores, no pasa de ser, en el mejor de los casos, una ilusión» (*op.cit.*, p. 27). Sin embargo, sí reconoce que el aumento del poder de los jueces, que es propio del Estado constitucional, supone riesgos, uno de los cuales es el activismo judicial.

Pero aclara, que, si bien el activismo judicial es un riesgo, no es el mayor riesgo, pues el mal que más dañinamente afectaría a los sistemas de justicia en España y en Latinoamérica, sería, según el autor, el formalismo exacerbado:

De lo que adolece la judicatura (hablando en términos generales) no es, yo creo, de una tendencia a prescindir de la letra de la ley y a remontarse a principios de filosofía moral y política a la hora de resolver los casos que se le presentan, sino más bien de entender el Derecho de una manera excesivamente estrecha, literalista y formalista (*Idem.*).

Concluye con una reflexión: ¿Por qué un juez no debe tomar una decisión si él piensa que esa es la más justa? La principal razón para negar a los jueces el poder de decidir libremente, entiéndase, sin apego al marco jurídico preestablecido, es que el poder judicial «responde al derecho de los ciudadanos a ser juzgados exclusivamente de acuerdo con los parámetros establecidos en el Derecho» (*Idem.*), esto es, sin dejarse influir por factores ajenos al Derecho mismo. Además, porque la judicatura no dispone de medios para poder efectuar un control de las consecuencias de las decisiones que pudiesen dictarse en un esquema de decisión judicial libre; porque existiría el riesgo que de esa libertad de decisión sea utilizada por los jueces para perpetuar esquemas conservadores; y porque los juicios morales son esencialmente falibles y porque estarían desprovistos de la legitimidad democrática con la que sí cuenta el legislador (*Idem.*).

El rol del juez constitucional en el constitucionalismo actual, vale decir, en el neoconstitucionalismo, ha sido tratada de modo especial por Zagrebelsky (2008). Su análisis parte, en primer lugar, de contraponer la función actual de la jurisdicción constitucional a dos ideas, o riesgos, que fueron advertidos por Kelsen en su clásico trabajo ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?, publicado en la revista *Die Justiz* (1930-1931). Las advertencias formuladas por Kelsen estaban dirigidas contra las normas constitucionales indeterminadas, y a la reducción del vicio de inconstitucionalidad material a vicio formal.

Sobre el primer punto, debe considerarse que una de las principales críticas formuladas por Carl Schmitt al sistema kelseniano, fue que contribuía a disfrazar bajo el ropaje de jurisdicción a las decisiones de índole político-legislativas, o político-constitucionales. Kelsen era consciente de este riesgo y temió que se produjese un desplazamiento del poder político hacia los tribunales constitucionales. Para evitar esta indeseable consecuencia, procuró que el diseño del juicio constitucional estuviese desprovisto y liberado de interferencias político-ideológicas, y advirtió que no les es dado a las cortes constitucionales fundar sus decisiones en principios de derecho natural, que presentan un grado tal de indeterminación que permitiera a cada intérprete observar en él los contenidos de su preferencia.

Señaló, además, que el mismo riesgo se presenta si las constituciones consagrasen principios de esta índole, tal como ocurre con las ideas de equidad, justicia, igualdad moralidad etc., sin precisar sus contenidos. Una constitución plagada de conceptos maleables, cuyo contenido podría ser definido caprichosamente por el intérprete en un momento dado, podría implicar el desconocimiento de la ley y de la voluntad de las fuerzas políticas parlamentarias. Entonces, para evitar el desplazamiento del poder del parlamento hacia un órgano extraño, como lo es el Tribunal Constitucional, Kelsen propugna que la constitución debe evitar incluir principios de contenido abierto, que induzcan a imprecisiones terminológicas, y afirma que, si se quiere restringir el poder de los tribunales constitucionales y el carácter político de sus funciones, debe reducirse al máximo la discrecionalidad que las leyes le atribuyen. Señala, además, que las normas constitucionales que un tribunal está llamado a aplicar y que establecen y determinan el contenido de otras leyes futuras, como ocurre en el caso de las normas sobre derechos fundamentales, no deben redactarse en términos demasiado genéricos.

Sobre esta advertencia kelseniana, Zagrebelsky señala que en las constituciones actuales las normas que mantienen la estructura de reglas han quedado inadvertidas, y que ya las constituciones no son textos normativos en el sentido entendido por el positivismo jurídico, pues «estos textos son ricos, precisamente en

aquellas proposiciones que Kelsen invitaba evitar» (*op.cit.*, p. 251). Frente a la posición monista que entiende al derecho como producto íntegramente legislativo, defiende el dualismo jurídico, que postula que el derecho tiene dos dimensiones, formal, expresada en la ley y en sus procedimientos de creación, y material, constituida por principios que forman un derecho material pre-positivo, cuyo contenido no es disponible por el legislador. Según esto, si bien la ley es formalizada a través de procedimientos lógicos, el derecho material preconstitucional debe basarse en «instrumentos culturales imposibles de formalizar» (*op.cit.*, p. 252); si bien el derecho formal puede ser objeto de una ciencia, «el derecho no legislativo solicite más bien “prudencia”, como conciencia del sentido de su tarea que se refleja en la interpretación» (*Ibid.*).

De allí que la labor del juez constitucional del siglo veintiuno, consista en dar con el justo contenido material pre-constitucional o pre-positivo que nutre y da sustantividad a los principios expresados en esas normas constitucionales abiertas. El neoconstitucionalismo no teme a se produzca un desplazamiento del poder del parlamento hacia la jurisdicción constitucional, porque da por superada la premisa positivista de que en ausencia de ley (o en presencia de una ley precaria: vaga, imprecisa, indeterminada), sólo hay política, y esto es así, porque postula la existencia de un derecho material o sustancial no legislativo.

Sobre el segundo aspecto, relativo a los motivos del recurso de inconstitucionalidad, advierte Zagrebelsky que la posición kelseniana restringe o reduce los motivos del juicio de inconstitucionalidad de las leyes materiales a aspectos formales relacionados con el procedimiento de formación. Señala que esta posición pudo tener algún sentido histórico cuando se procuraba la preservación de la democracia a través de la omnipotencia de la ley dictada según los procedimientos constitucionales, en resguardo de mantener intacto el “derecho a la última palabra” a favor del legislador democrático, pero que esta posición formalista y reduccionista no es sostenible en la actualidad, y no se corresponde con el propósito sustancial de la

constitución. Ya no es de recibo la premisa de que el contenido lícito es todo aquél que ha sido deliberado en la forma constitucional exigida.

El rol del juez constitucional en el juicio de inconstitucionalidad de la ley, no está circunscrito al control formal del procedimiento de creación, sino que se extiende a la defensa de los contenidos materiales y sustantivos de la constitución, con la advertencia de que estos contenidos esenciales no son objeto de discrecionalidad política, pues forman parte de un derecho pre-constitucional indisponible, «no modificables a través de los procedimientos legislativos previstos por su propia modificación» (*op.cit.*, p. 254). De este modo, cuando de derecho material pre-constitucional se trata, el “derecho a la última palabra” corresponderá siempre a los jueces, y no a la ley o a los legisladores, pues se trataría de un «derecho material independiente de su forma definida positivamente» (*op.cit.*, p. 255).

Las dos tesis (o advertencias) kelsenianas antes expuestas, conformarían un “derecho constitucional cerrado”, o “particularismo constitucional”, y se caracterizarían por la reducción de todo el derecho a la ley soberana, y por la relevancia por el derecho a todo lo que es interior al ámbito de la soberanía. Esta idea se contrapondría el “derecho constitucional abierto”, que daría lugar a un “derecho constitucional internacional”, en el cual pierde relevancia la noción de territorio y soberanía, y ganan interés las ideas de dependencia o interdependencia, en la que los principios constitucionales tienen alcance universal, y recogen valores trascendentes como la vida, la dignidad, la igualdad, los derechos humanos y las libertades colectivas e individuales, la paz, la justicia, etcétera.

En síntesis, la idea de “constitucionalismo abierto”, implica que «las distancias y las separaciones sobre las que se pudieron apoyar constituciones particulares se están reduciendo o superando»; y que «Aumentan las implicaciones constitucionales que prescinden de la división de la tierra en territorios, de la división de los pueblos de la tierra en poblaciones sometidas a soberanías distintas» (*op.cit.*, p. 257).

La apertura del derecho constitucional, implicaría, además, una tendencia hacia la transversalidad, hacia la universalidad, en el sentido de que esos principios comunes podrían constituir un acervo o patrimonio moral-constitucional de aceptación general. Por ello afirma Zagrebelsky que la interpretación de los principios constitucionales «cuando la jurisprudencia se inspira en orientaciones comunes, puede progresivamente formarse un mínimo común denominador constitucional ultraestatal, “administrado” por jurisdicciones constitucionales locales, donde se puedan encontrar respuestas comunes a cuestiones con repercusiones generales» (*op.cit.*, p. 259). Se trataría de una nueva noción de supra-constitucionalidad, construida a través de principios materiales abiertos, comúnmente aceptados, no limitado a los territorios nacionales, sino parte de un movimiento integrador, de experiencias comunes, a partir de las cuales se comparten experiencias diversas de solución e interpretación judicial, movidos por la concordancia de intenciones. A ello el autor lo denomina “constitucionalismo cosmopolita” (contrapuesto a un constitucionalismo exclusivamente nacional), que se habría formado por la voluntad-necesidad de muchos de mantener un diálogo constante y abierto sobre los grandes temas del derecho público, a través de relaciones institucionalizadas en asociaciones, conferencias y asociaciones de alto nivel de tribunales constitucionales.

Señala también que el constitucionalismo actual se nutre a través de experiencias compartidas, de tareas de comparación entre sistemas jurídicos, y de sistemas de cooperación; y que en la actualidad el «intercambio de experiencias entre ordenamientos ha sido focalizado como problema de derecho constitucional general, en la forma de controversia acerca de la utilización y la cita por parte de las Cortes de materiales normativos y jurisprudenciales “externos”» (*op.cit.*, p. 262).

Desestima las críticas que advierten un riesgo a la reducción del poder político nacional de los parlamentos debido a la influencia de criterios contenidos en sentencias extrajeras, pues afirma que:

Generalmente, las críticas de este género son motivadas con respeto a la autonomía de lo “político”, lo que, en nuestros días, significa espacios libres de decisión democrática. Esta exigencia, que tiene sus buenas razones, se soluciona en la crítica al activismo judicial, a la tendencia a usar extensivamente las normas constitucionales indeterminadas, etcétera. Pero aquí nada de esto se cuestiona. Se trata sólo del “sentido” que hay que dar a la actividad judicial. La perspectiva de un derecho constitucional abierto no es en lo absoluto, en línea de principio, más peligrosa que la discrecionalidad del legislador democrático, de la perspectiva contraria. Los abusos son igualmente posibles en uno y en otro caso» (*op.cit.*, p. 265).

Se refiere, por tanto, a la «la formación de un patrimonio común de principios constitucionales materiales, producidos en el concurso de las múltiples sedes donde se elabora derecho constitucional» (*op.cit.*, p. 267), y es en este contexto cuando queda definido el rol del juez constitucional del siglo XXI: «ser, al mismo tiempo órganos de su constitución y del “federalismo de las constituciones”, estando obligados a una doble fidelidad, hacia una y otra»; y asumir la responsabilidad de «promover un desarrollo, que sin traicionar su naturaleza de jueces, no de legisladores, concilien las diferencias de los elementos en la convergencia del movimiento» (*Ibid.*).

4.6.- Moral y derecho en el neoconstitucionalismo.-

En el estado constitucional «Las propias cartas constitucionales se han convertido en documentos de positivación de la moral, lo que contribuye a reafirmar el papel del juez en detrimento del legislador» (Gascón, M. y García, A., 2015, p. 194). Los principios constitucionales, que consagran derechos, «son el reflejo de concepciones de la moralidad»; son, por tanto «moral positivada o, como también se ha dicho, Derecho natural positivado» (*Ibid.*). En este modelo, corresponde a la constitución, «además de organizar las cuestiones relativas al reparto de

competencias», el «establecer una serie de principios morales abstractos que limitan el ejercicio del gobierno democrático» (Melero, 2017, p. 201).

Según Barberis (2009), el principal rasgo distintivo entre el neoconstitucionalismo respecto al iuspositivismo y al iusnaturalismo, es «la idea que el Derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos» (p. 260).

El autor explica que el positivismo decimonónico, propio del estado de derecho legislativo, circunscribía la validez de la ley al respeto de los cauces formales para su creación, de allí la advertencia de Kelsen, en el sentido de procurar evitar la inclusión de cláusulas principialistas en la constitución dado el temor de que estas conllevaran a niveles inaceptables de discrecionalidad judicial que arrebataran a los parlamentos democráticos su rol de legisladores. Ese positivismo ha evolucionado hacia posiciones más sustantivas, y ejemplo de ello es el neo-positivismo propugnado por Ferrajoli, que establece como parámetro de validez de la ley formal su conformidad con los contenidos materiales de la constitución.

Señala también que actualmente las corrientes positivistas podrían clasificarse en duras (o excluyentes); y débiles (o inclusivas). Si bien ambas mantienen la negación de una conexión identificativa necesaria entre derecho y moral, las corrientes débiles morigeran esta posición, al sostener que «la moral, a pesar de ser diferente o distinguible frente al derecho positivo, podría ser contingentemente incluida», en el sentido de que «el derecho positivo bien podría remitir a valores morales» (*op.cit.*, p. 263).

El neoconstitucionalismo se diferencia del positivo inclusivo en que insiste o mantiene la tesis iusnaturalista de la conexión inclusiva entre el derecho y moral; pero se diferencia del iusnaturalismo, y con ello se aproxima al positivismo inclusivo, «en cuanto sitúa tal conexión en el nivel de los principios fundamentales o constitucionales, que desde siempre es el campo de reflexión del constitucionalismo» (*op.cit.*, p. 264).

El presupuesto fundacional del neoconstitucionalismo es el principio de unidad del razonamiento práctico o imperio de la moral. Esto implica que la base que justifica o sustenta toda norma o interpretación jurídica es, en definitiva, de eminente naturaleza moral. Sobre esta idea, García (2009), explica lo siguiente

En un plano conceptual el neoconstitucionalismo es, bajo la versión aquí defendida, antilegalista porque rechaza la común pretensión legalista de positivistas y jusnaturalistas de contemplar el Derecho como un sistema de normas determinado, cerrado y estático que se halla *ahí afuera* y que presenta (o no, pues el sentido de la respuesta es considerado aquí secundario) relaciones con otros sistemas de normas determinado, cerrado y estático *ahí fuera*: la moral. La concepción del Derecho como sistema, su objetualización, el dualismo Derecho/moral y el esencialismo de la propia pregunta «¿qué es el Derecho?» son presupuestos en el plano conceptual de JP (de jusnaturalistas y positivistas) incompatible con un planteamiento neoconstitucionalista coherente (p. 257)

Sobre este aspecto, sobre la conexión entre el derecho y la moral, y sobre las implicaciones que de ello se deriva, concretamente a través de la ponderación, es particularmente relevante el trabajo de García (2016). Allí sostiene que son tres los aspectos que definen el neoconstitucionalismo. En primer lugar, que en él la constitución constituye «un orden objetivo de valores o un catálogo de objetivos morales, de modo que hasta las reglas constitucionales más elementales o precisas (...) han de verse como enteramente subordinadas a y condicionadas por esos objetivos morales supremos». En segundo lugar, que «ese catálogo de supremos objetivos morales en que la Constitución en su esencia consiste proviene o es reflejo de la moral objetivamente verdadera», y no de cambiantes circunstancias históricas sociales o culturales coyunturales. Y, en tercer lugar, la tesis de la armonía, según la cual los valores morales de la Constitución «están en el fondo en armonía, no en dialéctica tensión o en una contradicción que nos aboque a la decisión política por obra de las mayorías democráticas» (*op.cit.*, p. 12). Refiriéndose a la ponderación

como mecanismo de resolución de las antinomias entre principios constitucionales, señala:

La teoría de la ponderación, tal como se expresa en autores como Alexy y tantos otros, está indisolublemente unida a la concepción del derecho que niega la separación entre derecho y moral, porque entiende que la naturaleza esencial o última del derecho es moral, que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general y que siempre pueden y deben las razones para la decisión resultantes de la norma jurídico-positiva cotejarse o ponderarse con las razones morales en general. Caiga quien caiga. Unas veces servirá ese expediente para ampliar algún derecho del ciudadano o para exonerarlo de alguna obligación frente al Estado, pero en otras oportunidades el resultado podrá ser el inverso, el de que al ciudadano se le deje de aplicar alguna garantía legal o constitucionalmente establecida o el de que al ciudadano se le imponga, frente al Estado, alguna obligación no jurídico-positivamente sentada. (*op.cit.*, p. 11)

En otro de sus trabajos (García, 2008), al analizar las similitudes entre los postulados constitucionalistas y las antiguas doctrinas iusnaturalistas, señala:

las aparentemente novedosas tesis del neoconstitucionalismo actual tienen completísimo precedente en esa síntesis entre la corriente doctrinal denominada Jurisprudencia de Valores y el constitucionalismo axiológico que dominó la teoría y la práctica constitucional alemana en los años sesenta del siglo XX. Sumado lo uno y lo otro, tendríamos que el sistema jurídico es en su fondo o principal sustancia un sistema axiológico, que los valores que están en la cima de tal sistema han sido positivados en la Constitución y que, en consecuencia, la Constitución es simultáneamente la norma suprema del sistema jurídico y del sistema de la moral objetiva. El Derecho se moraliza y la moral se juridifica, y moral objetiva y verdadera y Derecho objetivo y verdadero serán la misma cosa. Lo que para cada caso ese sistema bipolar o desdoblado determine lo descubrirán

en última instancia los jueces, que habrán de ser, se supone, no sólo buenos técnicos del Derecho, sino supremos sacerdotes de la verdad moral, intérpretes ya no sólo del significado de los enunciados constitucionales y legales, sino, y por encima de eso, sumos garantes de la vigencia y objetiva efectividad de la verdadera moral y la auténtica justicia (p. 67).

Es por tanto un aspecto propio del neoconstitucionalismo, la imbricación entre derecho y moral.

5.- El neoconstitucionalismo y los riesgos asociados.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico, la concepción de que rige un derecho pre positivo determinado por la moral, y la idea de que la resolución de un caso concreto no puede lograrse mediante la subsunción sino a través de la ponderación de varios principios de igual rango en pugna, genera ciertamente, consecuencias importantes que afectan la previsibilidad de las decisiones judiciales y la seguridad jurídica.

En primer lugar, supone ciertamente un problema el pretender encontrar el verdadero sentido y alcance de la constitución fuera de su texto, fuera del significado de sus palabras. Esta concepción hace que resulte prácticamente inocuo o irrelevante considerar en el proceso de decisión judicial de una controversia, lo expresamente previsto en la constitución, pues siempre podrá echarse mano de razones morales no escritas que pueden propiciar una colisión entre principios contradictorios, que terminarán resolviéndose mediante la ponderación. Así las cosas, el tal supuesto carecería de toda relevancia lo establecido en el texto de la constitución, ya que todo conflicto sería reconducible a ser decidido mediante la aplicación de principios no escritos y en tensión. Tener una constitución escrita, o no tenerla, sería en la práctica, poco relevante, porque el acervo sustantivo que integraría el derecho moral pre-positivo, sería siempre determinado por el juez.

Villaverde (2018), se ha referido a esto como el “constitucionalismo líquido”, que consiste en «un paulatino proceso de disolución del contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales» (p. 532). El autor defiende la positividad de la regla constitucional como garantía de la certeza jurídica, y señala lo siguiente:

La Constitución es una norma sólida, superior a todas, formalmente identificable y distinta a otras, que contiene reglas constitucionales, no por lo que regulan, sino por su posición respecto de las demás, de la que gozan únicamente por estar en ella. Reglas que son supremas porque son indisponibles para los poderes que ellas mismas crean. Ni el que tiene el poder de crear reglas, ni el que tiene el poder de ejecutarlas, ni el que tiene el poder de hacer que se cumplan pueden crear, alterar o eludir las reglas de la Constitución. No hay factor humano (moral) que dispense de la regla constitucional (ni de cualquier otra regla jurídica). La positividad de la regla, que es puesta y vale por haberlo sido, es la garantía de su función primordial en el Estado constitucional democrático de derecho: asegurar la certeza del derecho, de la certidumbre sobre la decisión jurídica, de la confianza en el otro porque sé a qué atenerme; el destierro del factor humano (*op.cit.*, p. 546).

Y con específica referencia al neoconstitucionalismo y a su afán por relativizar el contenido positivo de la constitución mediante la constante apelación al argumento de conflictos entre principios y a la consecuente necesidad de ponderación, señala:

De este modo la Constitución se convierte en una simple norma orientativa, en un mero pretexto argumental en la ponderación judicial entre distintos principios, bienes y derechos en conflicto. A mi juicio, éste no deja de ser el ánimo que alienta movimientos como el neoconstitucionalismo, el constitucionalismo transnacional o global, o ideas como la “constitución en red” o el “derecho constitucional común

europeo”, según los cuales, todo lo importante es constitución, y lo importante es lo que forma parte o es consistente con ese nuevo derecho natural de la modernidad líquida en que consiste una especie de sustancia constitucional común y global. Qué les puedo decir si además la Constitución se diluye en el diálogo entre tribunales, especialmente sus derechos fundamentales. Otro de los modismos inopinadamente admitidos e incorporados al lenguaje de un constitucionalismo empeñado en licuar la constitución (p. 554).

Otro problema asociado al neoconstitucionalismo, es que ha producido una mutación del rol de la jurisdicción constitucional, ya que so pretexto de tutelar los derechos fundamentales, sobre todo los de contenido social que implican una prestación a cargo del estado, ha terminado por convertirse en una instancia de revisión de la legislación ordinaria por razones de mérito o conveniencia, bastante alejada del juicio de inconstitucionalidad. De este modo, el neoconstitucionalismo, que estimula en la judicatura una actitud activista y poco deferente, entiende legítimo que a través de la interpretación constitucional se corrijan los juicios o criterios políticos del legislador, mediante sentencias que directamente innovan el ordenamiento jurídico creando, modificando o complementando políticas públicas.

En la racionalidad neoconstitucional el juicio de inconstitucionalidad de la ley ya no tiene como objeto determinar la adecuación de la norma a la constitución; la constitución no constituye un límite a la actuación del legislador que decide discrecionalmente dentro de su ámbito competencial, sino que representa un modelo positivo, un ideal, un camino a seguir, un ideal social a conquistar. En este contexto, el rol del juez constitucional será analizar si el legislador optó por la “mejor” y “más eficiente” forma de tutelar determinado derecho, siendo que, en caso contrario, se reputaría legítimo que los jueces dicten normas positivas para tutelar en mayor medida, de forma “óptima”, el derecho fundamental que no fue tutelado a tope por la ley. Sobre este aspecto Melero (2018), ha señalado lo siguiente:

El supuesto auditorio de los jueces constitucionales europeos es, en muchos casos, el legislativo y el ejecutivo, los cuales están directamente interesados en mejorar la legislación en caso de que los jueces la encuentren defectuosa. En este tipo de interacción, los tribunales constitucionales europeos ofrecen con frecuencia instrucciones directas y específicas sobre cómo volver a redactar una ley inconstitucional para salvar su constitucionalidad. De ahí que los autores no duden en calificar al Tribunal Constitucional como «una tercera cámara legislativa», con «una capacidad especializada en cuestiones constitucionales», «que reenvía sus versiones constitucionalmente mejoradas de los proyectos legislativos a las otras dos cámaras para su ulterior consideración» (Shapiro y Stone Sweet, 1994: 404). Es la propia configuración institucional de estos tribunales lo que los capacita y empuja a operar como genuinos legisladores constitucionales.

Por otra parte, un modelo centralizado no solo recorta la libertad de los poderes electos, sino que impide a la judicatura cumplir la función que corresponde plenamente a sus rasgos institucionales. En términos de Genaro R. Carrió (1991: 157), esta función consiste en «poner coto con prudencia a los eventuales excesos legislativos, caso por caso, a la luz de las exigencias de la Constitución». (p. 95).

Otro problema propio del neoconstitucionalismo, derivado de los tópicos antes expuestos, es la no previsibilidad en la decisión judicial, lo cual, es obvio, atenta contra la seguridad jurídica, esencial del estado de derecho. Esto ocurre dado que los jueces constitucionales, a través de la interpretación y la argumentación y bajo el pretexto de ejercer un rol tuitivo, estarían legitimados para torcer la literalidad de la ley, y crear normal bajo la treta de estar interpretando un texto dudoso. Sobre este problema ha afirmado Gómez (2019), que la afectación a la seguridad jurídica ocurre: cuando se espera de los órganos jurisdiccionales que adopten decisiones que *fuerzan* el tenor de la norma hasta hacerla irreconocible. Algo que

sucede, a veces, en aras de una visión expansiva de los derechos fundamentales con decisiones que pretenden suplir las carencias del poder político pero que vienen a ocupar el ámbito de discrecionalidad que solo a él corresponde (poniendo en riesgo no solo la seguridad jurídica sino la división del poder, otro de los pilares del constitucionalismo) (p. 344)

Pero el asunto tiene también repercusión y efectos concretos en materia económica, financiera, presupuestaria, política, en la organización de la forma de gobierno y en la democracia. El problema de la importancia de la interpretación constitucional y la relevancia de encontrar sus precisos límites, ha sido sintetizado por Gascón (2016), así:

Ese interés por la interpretación constitucional se justifica al menos por dos razones. De un lado —y como es obvio— porque la especial posición que la constitución ocupa en el sistema hace que sus interpretaciones tengan una incidencia mayor que la de cualquier otro texto jurídico. De otro —y, sobre todo—, porque tales interpretaciones con frecuencia transforman el sistema, lo modifican o recrean; y esa «modificación» puede llegar a ser reprobable cuando traspasa los límites del juicio de constitucionalidad para adentrarse directamente en el espacio de la política (p. 205).

Todo aquello que la jurisdicción constitucional concede a través de sus decisiones interpretativas, tiene un costo económico, financiero, que afecta el funcionamiento del estado y la administración de las partidas presupuestarias.

Cuando el juez, bajo el argumento de desarrollar al máximo un principio constitucional, impone nuevas obligaciones al estado que no fueron previstas en la ley, está alterando las finanzas públicas; puede, sin saberlo, estar generando un déficit, o puede estar dictando una sentencia demagógica sin ninguna posibilidad de ejecución real.

Sobre esto, es relevante comentar, en relación con el ámbito financiero y presupuesto, la advertencia que formula Romboli (1996) sobre la “paradoja” del caso

italiano, y que se produce porque el legislador está sometido a una importante limitación en su labor de creación normativa, que viene dada por el artículo 81 de la Constitución italiana, que establece que «Cualquier otra ley que lleve aparejados gastos nuevos o mayores deberá indicar los medios para hacer frente a los mismos».

Esa norma, que supone un importante régimen de disciplina fiscal para la aprobación de políticas públicas por parte del parlamento, no aplica para la actividad de interpretación constitucional desarrollada por la Corte Constitucional, de modo que ésta puede virtualmente dictar sentencias interpretativas de contenido normativo sin estar sometida a limitación alguna, pudiendo dar lugar, a través de lo establecido en sus decisiones, manipulativas, aditivas, etc., a gastos no previstos en el presupuesto.

El problema de fondo, es la posibilidad cierta de que estas sentencias progres se tornen de imposible ejecución al colisionar frontalmente con la dura, implacable y antipática realidad financiera. Es este un problema actual, sobre todo en el ámbito de los derechos sociales, sobre el que ha advertido Eto (2011) que se origina:

en el hecho de que el activismo judicial que se refleja en muchos tribunales o cortes constitucionales al momento de otorgar tutela o amparo a los derechos fundamentales sociales, contrasta duramente con las posibilidades de actuación real de las sentencias que ordenan dicha protección. En otros términos, la polémica se ha suscitado en torno a la ejecución de las sentencias que declaran la violación de un derecho social y que ordenan, en consecuencia, un accionar positivo de parte del Estado para remediar dicha vulneración. Dado que dicha ejecución resulta muchas veces onerosa y depende del accionar político de las entidades estatales, lo decidido por los tribunales en la sentencia muchas veces queda solo en el plano de las buenas intenciones, ocasionando con ello — según los críticos— el descrédito de la justicia constitucional. (p. 116)

Varios ejemplos pueden dar cuenta de los peligrosos efectos de las sentencias interpretativas en un ordenamiento jurídico.

Bouzat (1998, p. 284), señala un caso relevante de control incidental de la constitucional en el sistema argentino. Los hechos fundamentales del caso son los siguientes. En Argentina un juez contencioso administrativo de primera instancia sentenció en fecha 20 de septiembre de 1991 que el Instituto para Ayuda Financiera para el Pago de Retiros y Pensiones Militares debía pagar en efectivo a la demandante las sumas correspondientes a una pensión que le había sido otorgada en una sentencia firme previa. Tal decisión estuvo fundamentada en la declaratoria de inconstitucionalidad para el caso concreto de la Ley de Consolidación No. 23.982 (B.O. del 23 de agosto de 1991), que por razones de emergencia económica establecía para las obligaciones a cargo del estado (como la pretendida por la accionante), o bien un régimen de pago diferido, o bien el pago a través de “Bonos de Consolidación” emitidos con vencimiento a diez años.

La inaplicación de la ley se fundamentó en el hecho particular de que la demandante contaba con noventa y dos años de edad, lo cual permitió al juez concluir que someter dicha acreencia al régimen general de pago previsto en la ley, implicaría, «por el desenvolvimiento natural de los hechos», una negativa implícita de pago, contrariando la voluntad del legislador que parte de reconocer la voluntad de pago del Ejecutivo. Contra esta decisión apeló el representante del estado, resultando ratificada la sentencia por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Ejercido el recurso extraordinario por la demandada, correspondió el conocimiento del asunto a la Corte Suprema de Justicia, que en fecha 29 de abril de 1993, dictó una sentencia en la cual, en consideración a las circunstancias específicas del caso, declaró procedente la desaplicación de la Ley, por considerar que si bien era legítima, pues fue sancionada con el objeto de remediar la grave situación económico-financiero en que se encontraba el Estado argentino, ésta no previó ninguna excepción al régimen general de diferimiento de pagos que pudiese ser aplicada al caso analizado, razón por la cual su aplicación en el caso concreto, considerando la edad de la acreedora, implicaría la imposibilidad de que ésta lograse el cobro del crédito que le fue otorgado por sentencia firme.

En el caso antes explicado la Corte declara que la ley cuestionada, en general es legítima, pues el diferimiento de las obligaciones de pago del estado se justifica por una situación de emergencia económica; sin embargo, fue determinante para su desaplicación la circunstancia de que la acreedora tuviese la edad de noventa y dos años, pues se establece que, en su caso específico, era seguro que la muerte ocurriría antes del pago. Ahora bien, ¿en qué situación se encuentra el acreedor que no tiene noventa y dos años, pero sí noventa?; ¿qué ocurriría con un acreedor que tuviese sesenta años pero también una enfermedad terminal?; tratándose de pensiones de vejez ¿no es lógico suponer que muchos acreedores están en la imposibilidad de esperar el plazo de vencimiento de los bonos, precisamente porque es bastante probable su muerte?; ¿cada acreedor tendría que iniciar un juicio a los fines de que el juez –que no el legislador– ofrezca una situación particular?; ¿y si el juez estima que en algunos casos el vencimiento del bono sería constitucional a cinco años, pero no a diez, puede modificar los plazos de vencimiento?; ¿cada acreedor debe ser sometido a un reconocimiento médico a los fines de prever si está o no en capacidad de aguardar por los plazos de pago previstos en la ley? Es muy probable que muchos jubilados mueran antes de que concluya el juicio llamado a desaplicar esa ley en el caso concreto.

También debe tomarse en cuenta que es de suponer que el presupuesto de gastos del país fue aprobado sobre la base de que la moratoria aplicaría a la totalidad de las prestaciones estatales. Ahora bien, si la justicia constitucional comienza a elegir a cuáles acreedores excluir del régimen general de la ley y a ordenar en tales casos el pago inmediato y en efectivo de las deudas, es lógico preguntarse ¿cómo se afrontará el problema fiscal que originan estas sentencias?; ¿qué partida presupuestaria de gastos tendrá que ser reducida a los fines de que el Estado de cumplimiento a las sentencias interpretativas que excluyen en casos concretos la aplicación de la ley?; ¿no debería la justicia constitucional también dar respuesta a estas interrogantes?

En casos como este pareciera más razonable encontrar una solución adecuada y consensuada en el seno del propio poder legislativo, y no, en un caso concreto, en la justicia constitucional.

Otro ejemplo latinoamericano más reciente, lo constituyen las sentencias 10-18-CN y 11-18-CN, ambas de 12 de junio de 2019, dictadas por la Corte Constitucional ecuatoriana, al conocer de la consulta planteada por tribunales de la Provincia de Pichincha, en acciones de protección intentadas por dos parejas del mismo sexo, que demandaron tutela judicial alegando la violación de sus derechos constitucionales a la igualdad y a la no discriminación, por haberle sido negada la formalización de sus matrimonios en el registro civil.

Las normas legales cuestionadas, los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, establecían que el «Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente»; y que «El matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación». Mientras que el artículo 67 de la Constitución, establece que «El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal».

La Corte Constitucional, obviando la literalidad del artículo 67 de la Constitución y con finalidad de otorgar protección a las parejas LGBTI, declaró la inconstitucionalidad de las normas legales examinadas, y resolvió que:

- (i) La Constitución, de acuerdo al artículo 67, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención, [...] reconocen el derecho al matrimonio entre hombre y mujer y el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo [...].
- (ii) Son inconstitucionales los fragmentos de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (LGIDC)

siguientes: en ambas disposiciones legales, la expresión «un hombre y una mujer» y, en la primera, el término «procrear».

(iii) Declarar [...] la inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva, según corresponda, de los antedichos fragmentos de los artículos 81 y 52 a fin de que el tenor de estas disposiciones quede así: «Art. 81.-Matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente». (Marcheco, 2020, p. 190).

Sobre este caso, señala Marcheco (2020), que «las críticas que se le dirigen a la sentencia radican en sus excesos argumentativos, en la falta de rigor técnico y en la manipulación del lenguaje jurídico al realizar interpretación constitucional para provocar un resultado justificable únicamente desde la convicción ideológica o moral de la mayoría del tribunal, pero no estrictamente desde la vigencia del ordenamiento jurídico al que están sometidos» (*op.cit.*, p. 191); y que, a fin de cuentas, «se ha producido, vía sentencia, la modificación del contenido explícito de la Constitución mediante la introducción de una prescripción contraria a una norma constitucional con un sentido claro; esto es, se ha transformado la definición de matrimonio como unión entre personas de distinto sexo en la de unión «entre personas» con independencia del sexo» (*op.cit.*, p. 192).

Pero las sentencias interpretativas no sólo impactan la estructura del Estado en el ámbito fiscal y presupuestario. La interpretación constitucional constituye un elemento medular en la distribución y en el control del poder político del estado, y por ello ha afirmado Starck (2011):

Ninguno de los argumentos esgrimidos debe llamar a engaño en cuanto a que en el caso concreto, el poder entre el Parlamento y la Corte Constitucional se distribuye según se interprete la Constitución. El poder particular de un tribunal constitucional reside en su prerrogativa de interpretación. Por eso, en un Estado de control de constitucionalidad judicial, la interpretación constitucional es una materia extremadamente delicada. (p. 90)

Y en el mismo sentido, ha señalado Ahumada:

Que la existencia de jurisdicción constitucional altera la dinámica del juego democrático es claro. Por mucho que se haya insistido en el carácter meramente arbitral de los jueces constitucionales, a los que simplemente correspondería la garantía del *fair play*, en los términos de la constitución, entre los auténticos actores políticos, resulta innegable que su presencia y actividad tiene el efecto de influir no sólo sobre el modo en que se comportan tales actores sino también sobre la manera en que se conduce el debate político y sobre sus resultados. La jurisdicción constitucional es, ella misma un factor político» (p. 69),

Latinoamérica ofrece dramáticos ejemplos concretos de que la interpretación judicial de la constitución ha sido utilizada como arma arrojada contra las normas constitucionales y legales que procuran acotar el poder.

La irrupción de la justicia constitucional en, por ejemplo, el relajamiento de los controles al régimen de reelección presidencial en algunos países latinoamericanos es prueba de ello, y los casos en los que, contra lo establecido en la literalidad de la constitución, se ha autorizado la reelección presidencial (Oscar Arias en Costa Rica, Daniel Ortega en Nicaragua, Evo Morales en Bolivia, y Nayib Bukele en El Salvador), son claros ejemplos de un ilegítimo exceso.

En Costa Rica el artículo 132, inciso 1 de la Constitución de 1949, establecía que «No podrá ser presidente ni vicepresidente: 1.- El que hubiera servido la Presidencia en cualquier lapso dentro de los ocho años anteriores al período para cuyo ejercicio se verificare la elección, ni el vicepresidente, o quien lo sustituya, que la hubiera servido durante la mayor parte de cualquiera de los periodos que comprende los expresados años».

A través de un procedimiento de enmienda constitucional (reforma por la Ley 4349), en julio de 1969, el artículo 132 de la Constitución cambió, y estableció que «No podrá ser presidente ni vicepresidente: El presidente que hubiera ejercido la presidencia durante cualquier lapso, ni el vicepresidente o quien lo sustituya, que la

hubiera ejercido durante la mayor parte de un período constitucional». Con esta reforma constitucional se prohibió la reelección presidencial.

La sentencia 2771 de 2003, anuló la reforma de 1969, efectuada al artículo 132, inciso 1, de la Constitución, «por lo que retoma vigencia la norma según disponía antes de dicha reforma, que permitía la reelección presidencial» (Romero, 2013, p. 128). Los principales efectos de esta sentencia, fueron, «el primero y principal era que no podía hacerse una enmienda constitucional (vía reforma parcial) que perjudicara o disminuyera un derecho ya consagrado por la Constitución. El segundo consistía precisamente en confirmar que el derecho a la reelección es un derecho fundamental, de allí la lesión al procedimiento» (Martínez-Barahona, 2010, p. 730).

En Nicaragua el artículo 147 de la Constitución Política, inequívocamente establece que «No podrá ser candidato a Presidente ni Vicepresidente de la República: a) el que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que la hubiere ejercido por dos períodos presidenciales». Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, a través de la sentencia No. 8 de fecha 30 de septiembre de 2010, resolvió a través de una «AUTOCUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD planteada por LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL al existir fundamentalmente una antinomia constitucional EN Y ANTE LA LEY en este caso EN Y ANTE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, entre la Parte Dogmática Vs. Parte Orgánica», autorizó la reelección del presidente en ejercicio Daniel Ortega.

Pero el caso más emblemático sobre el abuso de la interpretación constitucional como herramienta para lograr la dominación política, por el desarrollo de los hechos y por el frontal desconocimiento de la voluntad popular, fue el fallido intento de reelección de Evo Morales en Bolivia.

El artículo 168 de la Constitución Política de Bolivia, establece que «El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del

Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua»; mientras que la Ley del Régimen Electoral (Ley 026 de 30 de julio de 2010), reproduce la limitación que la Constitución establece para la reelección.

Luego de aprobado por el legislativo una reforma de la Constitución, el 5 de noviembre de 2015 fue publicada la Ley 757, por la cual se convocaba un «Referendo Constitucional Aprobatorio en circunscripción nacional, para que el pueblo boliviano mediante la democracia directa y participativa y en ejercicio de su poder soberano, apruebe o rechace la reforma del Artículo 168 de la Constitución Política del Estado» (Artículo 2).

Establecía el artículo 4 de dicha Ley, que la pregunta formulada a los electores sería la siguiente:

"¿Usted está de acuerdo con la reforma del Artículo 168 de la Constitución Política del Estado para que la Presidenta o Presidente y la Vicepresidenta o Vicepresidente del Estado puedan ser reelectas o reelectos por dos veces de manera continua?. Por Disposición Transitoria de la Ley de Reforma Parcial de la Constitución Política del Estado, se considera como primera reelección al periodo 2015 - 2020 y la segunda reelección el 2020 - 2025. SI NO"

El referéndum se llevó a cabo en la fecha prevista en la Ley, el día 21 de febrero de 2016, y el resultado incuestionado fue de 51,3% para la opción del no (2.682.517 votos), contra 48,7% para la opción del sí (2.546.135 votos); motivo por el cual no quedó aprobada la reforma constitucional propuesta, y por consiguiente, sólo era constitucionalmente posible una única reelección, por lo que Evo Morales no podría postularse a una tercera reelección para el período 2020-2025.

Luego del rechazo popular a la reforma de la Constitución, un grupo de parlamentarios afectos a Morales interpone por ante el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, una acción de inconstitucionalidad abstracta, y demandan la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley del Régimen Electoral (que

reproducían el artículo 168 de la Constitución que limitada la reelección presidencial a una sola vez), así como la inaplicación de las normas constitucionales, «respecto a la limitación de la reelección por una sola vez de manera continua por contradicción intra-constitucional de los arts. 26 y 28 de la misma Norma Suprema y por contradecir convencionalmente los arts. 1.1, 23, 24 y 29 de la citada CADH, concordante con los arts. 13, 133, 256 y 410.II de la CPE».

La sentencia No. 0084/2017 de fecha 28 de noviembre de 2017, toda una pieza de neoconstitucionalismo, declara que hay una antinomia infraconstitucional entre principios, y aplicando el método de la ponderación concluye que se han violado derechos fundamentales de Evo Morales y, declara:

1º De acuerdo a lo dispuesto por el art. 256 de la Norma Suprema, declarar la APLICACIÓN PREFERENTE del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser la norma más favorable en relación a los Derechos Políticos, sobre los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución Política del Estado, en las frases: “por una sola vez de manera continua” de los arts. 156 y 168 y “de manera continua por una sola vez” de los arts. 285.II y 288, conforme a los fundamentos jurídico constitucionales expresados en la presente Sentencia Constitucional Plurinacional; y, 2º Declarar la INCONSTITUCIONALIDAD de los arts. 52.III en la expresión “por una sola vez de manera continua”; 64 inc. d), 65 inc. b), 71 inc. c) y 72 inc. b) en el enunciado “de manera continua por una sola vez” de la Ley del Régimen Electoral –Ley 026 de 30 de julio de 2010–.

Es cierto que autorizados autores favorables a las tesis neoconstitucionalistas han criticado la referida sentencia y la han propuesto como un mal ejemplo de activismo judicial (Atienza, 2019, p. 24); sin embargo, constituye un claro ejemplo de como la interpretación judicial ilimitada, entendida en términos de moral y principios, puede producir resultados impresentables.

El caso de El Salvador es también un claro ejemplo de cómo una retorcida interpretación constitucional puede ser el artilugio para burlar las normas constitucionales que protegen el principio democrático de alternabilidad y limitan la reelección presidencial.

El artículo 152, numeral 1 de la Constitución de la República de El Salvador, prohíbe de forma absoluta la reelección presidencial, disponiendo que «No podrán ser candidatos a Presidente de la República: 1º- El que haya desempeñado la Presidencia de la República por más de seis meses, consecutivos o no, durante el período inmediato anterior, o dentro de los últimos seis meses anteriores al inicio del período presidencial». El artículo 75, prevé una sanción de pérdida de la condición de ciudadano, aplicable a «Los que suscriban actas, proclamas o adhesiones para promover o apoyar la reelección o la continuación del Presidente de la República, o empleen medios directos encaminados a ese fin». Para disipar cualquier duda sobre la voluntad constituyente de no autorizar la reelección, el artículo 248, establece que «No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de Gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República».

Un ciudadano salvadoreño, Salvador Enrique Anaya Barraza, interpuso una demanda ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuya pretensión era la pérdida de los derechos de ciudadanía de la ciudadana Nancy Marichel Díaz de Martínez, alegando que ésta habría apoyado a través de declaraciones públicas la reelección del actual presidente Nayib Bukele, configurándose así la causal de pérdida de ciudadanía prevista en el artículo 75, numeral 4 de la Constitución. La demanda fue admitida a trámite en febrero de 2021; y fue decidida por la sentencia definitiva 1-2021 del 3 de septiembre. En el ínterin, ocurrieron hechos que alteraron la integración del órgano judicial.

El 28 de febrero de 2021 se llevaron a cabo las elecciones legislativas en El Salvador, que fueron ganadas ampliamente por el partido de gobierno y sus aliados. El 1 de mayo de 2021 tuvo lugar la sesión de instalación de la nueva Asamblea

Legislativa, y su primera decisión, con 64 votos a favor y 19 en contra, fue aprobar con dispensa de trámite la destitución de los magistrados principales y suplentes de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, alegando que éstos no se encontraban calificados para ejercer el cargo por haber dictado decisiones inconvenientes para el manejo de la pandemia Covid-19. La designación de los nuevos magistrados concluyó en junio de 2021.

El 3 de septiembre de 2021, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sobreseyó la causa; y mediante un ejercicio interpretativo concluyó que la constitución, lejos de prohibir la reelección, establecía un derecho del presidente a postularse para una reelección inmediata. ¿Los argumentos? Los de siempre: (i) Que la función de interpretación le permite «en función del ser humano- ir no solo adaptando y desarrollando en el tiempo el carácter reforzado de protección a los derechos fundamentales, sino también, la determinación y reconocimiento de los denominados derechos emergentes»; (ii) Que la Sala, «al ser el máximo y último intérprete de la Constitución debe, a efectos de dar solución al caso concreto sometido a su conocimiento, auxiliarse de elementos históricos en su contraste con la realidad y momento de que se trate, a fin de lograr la interpretación adecuada al texto constitucional del cual se busca encontrar un significado»; (iii) Que «Uno de los problemas o retos de la interpretación constitucional radica precisamente en ciertas características propias de los textos constitucionales, entre las cuales destaca su carácter concentrado y abierto, así como el contenido axiológico que contiene. Además de estos aspectos, interesa también destacar el carácter meramente enunciativo de la Constitución»; (iv) Que «La Constitución no tiene como objeto entrar al detalle de cada uno de los aspectos que pretende abarcar, esto porque se espera que su contenido sea fácilmente adaptable a las realidades y sociedades futuras a fin de proporcionar la máxima estabilidad posible»; y que «la única manera de que el texto de una Constitución se adapte fácilmente a la realidad de protección de los derechos fundamentales, a pesar de su carácter meramente enunciativo, es con la aplicación de la interpretación constitucional y en ese punto ocupa un rol

indispensable esta Sala de lo Constitucional como máximo y último intérprete de la Constitución».

En fin, toda esta argumentación iba destinada a establecer que la reelección presidencial, inequívocamente prohibida por la letra de la constitución, debía entenderse, por vía de interpretación, como un derecho fundamental.

Un ejemplo en sentido contrario lo ofreció la justicia colombiana. El artículo 197 de la Constitución de 1991, establecía: «No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia». Alvaro Uribe Vélez, fue elegido presidente el 26 de mayo de 2002 para un único período, que finalizaría en agosto de 2006. Sin embargo, en el año 2004 el Congreso de la República dictó el Acto Legislativo N° 2, a través del cual se autorizó una única reelección presidencial: «Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos».

Demandada la inconstitucionalidad del Acto Legislativo N° 2, la Corte Constitucional lo declaró conforme con la Constitución (exequible) por sentencia C-1040-05. Uribe que es entonces reelecto por mayoría abrumadora para un nuevo período presidencial que iniciaría en agosto de 2006 y finalizaría en agosto de 2010, pretendió luego una segunda reelección; y es así como en el año 2009, el Congreso aprueba la Ley 1.354, mediante la cual se convocó un referéndum a los fines de reformar nuevamente el artículo 197 de la Constitución, así:

ARTÍCULO 1o. El inciso 1o del artículo 197 de la Constitución Política quedará así:

“Quien haya sido elegido a la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, podrá ser elegido únicamente para otro período”.

Aprueba usted el anterior inciso.

Sí: ()

No: ()

La Corte Constitucional, al ejercer el control previo de la constitucionalidad de la convocatoria a un referéndum para reformar la Constitución, dictó la sentencia C-141-2010, de fecha 6 de febrero de 2010, a través de la cual declaró inconstitucional (inexequible) la Ley, por considerar, entre otras razones, que:

De tornarse efectiva la segunda reelección, el tercer período del Presidente desconocería la regla de alternación en el ejercicio del poder político, preservaría por un lapso prolongado las tendencias ideológicas propugnadas por el gobierno, así como los equipos encargados de desarrollar las políticas y propiciaría la continuidad de la mayoría dominante, con notable retraso de la renovación, fuera de lo cual la posibilidad de designar, postular e influir en la composición de otros órganos públicos destruiría la coordinación constitucional de los distintos períodos y tendría por resultado el acrecentamiento del poder presidencial y la pérdida de eficacia de los controles sobre la actuación del Presidente.

De esta manera, la justicia constitucional colombiana limitó la pretensión reeleccionista del presidente Uribe; realizó un control preventivo de la constitucionalidad que abarcó aspectos sustantivos de la consulta, excediendo la competencia constitucional que restringía el objeto del control a «vicios de procedimiento en su formación» (artículo 241,2); y en definitiva, consideró razonable y constitucionalmente legítima una reforma de la Constitución que autorizara una única reelección, pero no consideró constitucional un referéndum cuyo propósito era abrir la posibilidad de una segunda reelección.

Sobre estos procesos, y sobre el rol de la justicia constitucional en tales casos, son relevantes los trabajos de Martínez-Barahona, 2010, y Canova, 2009; así como la Opinión Consultiva OC 28/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 7 de junio de 2021, en la que señaló:

Los Estados americanos asumieron la obligación de garantizar el ejercicio efectivo de la democracia dentro de sus países. Esta obligación implica que los Estados deben realizar elecciones periódicas auténticas, y tomar

las medidas necesarias para garantizar la separación de poderes, el Estado de Derecho, el pluralismo político, la alternancia en el poder y evitar que una misma persona se perpetúe en el poder (supra párrs. 43 a 85 y 103 a 126). De lo contrario, el sistema de gobierno no sería una democracia representativa.

En general, sobre los abusos de la interpretación constitucional, y sobre la ilegitimidad de las sentencias manipulativas en regímenes autoritarios donde se encuentra en extremo degradado el principio de separación de poderes, pueden consultarse abundantes ejemplos en Brewer (2014, 2017) y Urosa (2011).

Recientemente el sistema de justicia interamericano ha ofrecido también un ejemplo de franca intromisión judicial en la definición de políticas públicas de un país miembro bajo el argumento de asegurar de manera óptima la protección de los derechos sociales. Se trata de la sentencia de fecha 23 de agosto de 2018, *caso Cuscul Piraval y otros contra Guatemala*, en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordena la responsabilidad del Estado por violación a los derechos a la salud de varias pacientes de VIH que alegaron no haber sido suficientemente protegidos, y ordena medidas de protección, de atención y de indemnización a favor de los accionantes.

Esta sentencia es relevante, porque en ella establece la Corte la obligación estatal de lograr la realización efectiva de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a través de la «realización de acciones para la consecución del pleno goce de estos derechos». Señala la sentencia:

De esta forma, la dimensión progresiva de protección de los DESCAs, si bien reconoce una cierta gradualidad para su realización, también incluye un sentido de progreso, que requiere la mejora efectiva de las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables. En esta lógica, la obligación de realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección

integral de los derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal. Este riesgo ocurre en relación con personas que viven con el VIH que no reciben atención médica adecuada.

Se aprecia que la Corte interviene el rango de acción del legislador y de la administración, al juzgar la idoneidad de las medidas de gobierno específicas que deberían adoptarse para garantizar de forma óptima el derecho social a la salud. Sobre este importante precedente Herrera (2019) ha señalado lo siguiente:

Sobre este primer asunto, cabe señalar que si en los derechos internos de los Estados parte se debate y considera improcedente que los tribunales, incluido el tribunal constitucional, determinen en sus sentencias las políticas a través de las cuales los Congresos y Gobiernos deben asegurar los llamados “derechos sociales”, por considerar que ello implicaría una usurpación de funciones, además de una acción inútil en la medida que los jueces desconocen los recursos, dificultades y medios con que cuentan y a los que se enfrentan las autoridades competentes para cumplir con esa obligación, con mayor razón cabe argumentar lo mismo respecto de tribunales regionales como la Corte IDH, ya que ella no tiene atribuida ni la competencia ni dispone del conocimiento adecuado para, respecto de cada Estado parte de la CADH, determinar a través de qué políticas deben asegurarse los DESCAs.

Constituye un evidente exceso o extralimitación de la Corte IDH el siquiera proponerse una meta semejante, alegando que con ello estaría logrando eficazmente disminuir el número y gravedad de las violaciones a estos derechos humanos. Es confundir el plano del deber ser con el del ser. Los costos, mecanismos, amplitud, eficiencia, eficacia y estabilidad con que en cada país se pueden respetar y garantizar estos derechos, cuya naturaleza es en sí misma debatible, es tan variable como incierta, no

obstante existir la obligación internacional de adoptar medidas progresivas para asegurar, a cada vez más personas, su disfrute.

En algunos Estados será a través de la acción de particulares, más que de la propia acción estatal, que se logrará un mejor aseguramiento de estos derechos; en otros tal vez ocurra a la inversa; mientras que, en otros tantos, acaso por seguir la tesis del monopolio estatal del deber de atender y satisfacer estas necesidades humanas llamadas “derechos sociales”, será el incumplimiento de esta obligación internacional la regla que se observará, por más condenas y medidas de reparación preventivas.

Pero los problemas asociados a las sentencias interpretativas, y a su capacidad para socavar la división de poderes y las potestades del legislador, no son exclusivos ni propios de los regímenes autoritarios; por ello, es verdad, podría argumentarse que los ejemplos anteriormente propuestos (los relativos a la reelección presidencial en América Latina) no son del todo apropiados.

Paradójicamente, los problemas asociados a la sustantividad de las constituciones, a su aplicación inmediata a todo asunto y a la proliferación descontrolada de interpretaciones judiciales progresistas, son propios de las democracias consolidadas, y concretamente, se acomodan bien a las democracias europeas en cuya tradición se otorga al estado un rol tuitivo de los derechos fundamentales y del bienestar colectivo. Sobre esta idea afirma Ahumada (2005):

La perturbación que en la ideología constitucional americana provocó y sigue provocando la figura de un Estado omnipresente implicado en la sociedad mediante una red cada vez más tupida de derechos, deberes y obligaciones recíprocos no se siente como tal por los europeos. En cierto modo, la discutida construcción de la «dimensión objetiva» de los derechos fundamentales, la idea de que el Estado se obliga no sólo a respetar los derechos fundamentales sino también a protegerlos y a poner las condiciones para su realización y disfrute efectivo, es muy europea, por cuanto se adapta sin demasiada dificultad a la visión más paternalista

del Estado arraigada en el continente. Por otra parte, se trata de un desarrollo casi inevitable, que como ahora diré deriva muy *naturalmente* del proyecto constitucional de establecer una democracia, cuando «la democracia» se define en términos sustantivos» (pp. 214 y 215).

Pues bien, una cosa es que se afirme como un hecho incuestionado que los tribunales constitucionales crean e innovan a través de sus sentencias, y otra distinta sería desconocer que existen serias dudas sobre la legitimidad de la justicia constitucional para obrar de tal modo en algunos supuestos.

Para significar la importancia y relevancia del problema planteado, y las constantes tensiones que en Italia se produce entre los órganos políticos (legislativos) y Corte Constitucional, es relevante lo mencionado por Groppi (2003), en el que refiere lo siguiente:

No obstante, la general aceptación y aprecio del funcionamiento de la Corte Constitucional, no son infrecuentes las críticas a veces bastante ásperas sobre sus sentencias, emitidas en nombre de la democracia mayoritaria. Más allá de las palabras, un síntoma de estas dificultades está constituido por los varios proyectos de reforma constitucional dirigidos a incidir en las funciones y la composición de la corte. Entre ellos, uno ha llegado a buen fin: la ley constitucional número 2 de 1967 ha reducido la duración en el cargo de los componentes de la corte de 12 a 9 años y ha introducido la prohibición expresa de prorrogatio de sus miembros, tumbando así la orientación asumida por la corte, que había por el contrario reconocido, en su propio reglamento, aplicable la institución a los jueces constitucionales. Otros proyectos de reforma, por el contrario, no han completado su iter, pero son de todas formas significativos: por ejemplo el elaborado en el 2001 por el ministro para las reformas constitucionales Bossi, dirigido a atribuir a sujetos políticos (Parlamento y regiones), por mayoría, el nombramiento de nueve de los quince jueces de la corte (en lugar de los cinco electos actualmente por el Parlamento,

por mayoría calificada), o bien el presentado en 1998 como consecuencia de una intervención aditiva de la corte en materia de pruebas penales (sentencia número 361 de 1998), dirigido a impedir a la Corte Constitucional la adopción, en el futuro, de sentencias con carácter manipulativo. Además, como síntoma de la misma dificultad podría aducirse el hecho de que en 1999, por primera vez, el Parlamento italiano ha desatendido una sentencia de la Corte Constitucional, aunque fuera recurriendo a un instrumento normativo apropiado, como lo es la reforma constitucional. La ley constitucional número 2 de 1999 constituye un ejemplo de la utilización, por parte del Parlamento, de ese “derecho a la última palabra” que representa en verdad el último recurso de la política: en otros términos, de una reforma constitucional hecha “contra” la Corte Constitucional.

En definitiva, es un problema relevante, que compromete no sólo el presupuesto y las finanzas públicas, sino la propia estructura democrática de los órganos del poder público. La importancia del problema a investigar puede sintetizarse en la siguiente frase de Walter Murphy (citado por Ahumada, 2005):

Si el principal peligro en la democracia representativa es que los representantes electos terminen por creerse “el pueblo”, el peligro principal de la democracia constitucional es que agentes no responsables ante el electorado terminen por confundir sus propios valores con los del sistema político (p. 223)

CAPÍTULO II

TIPOLOGÍA DE LAS SENTENCIAS QUE DICTAN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES AL EJERCER EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.

1.- Origen de las sentencias interpretativas en el sistema europeo de justicia constitucional surgido en la segunda postguerra.

Explica Zabrebelsky (2010, p. 431), sobre el origen de las sentencias interpretativas en Italia, que el artículo 136 de la Constitución, sólo previó un sistema de control concentrado y una concepción abstracta del control de la constitucionalidad de las leyes. Dicha norma establecía que la eficacia de la anulación se limitaba a una abrogación de la ley inconstitucional, en el sentido de que la sentencia estimatoria del recurso de inconstitucionalidad tendría necesariamente efectos erga omnes y pro futuro, con lo cual las situaciones de hecho previas al momento de la anulación continuaban regidas por lo establecido en la ley inconstitucional.

El control incidental de la constitucionalidad de las leyes, no previsto en la Constitución, fue contemplado en una ley constitucional posterior (la número 1 de 1948), que estableció la posibilidad de que en el marco de un determinado procedimiento judicial, un juez ordinario, al tener dudas sobre la constitucionalidad de la ley aplicable a un caso concreto, remitiese el asunto a la Corte Constitucional cuando el juicio ordinario en cuestión no pudiese ser resuelto con independencia de la cuestión de constitucionalidad sometida a consulta. En tal supuesto, el proceso ordinario quedaría en suspenso hasta tanto se produjese la decisión de la Corte Constitucional. Esta decisión no podía fundarse en un análisis abstracto de la ley cuestionada, sino que tendría necesariamente que «incidir sobre las posiciones subjetivas que son objeto del juicio *a quo*», con lo cual «la concepción abstracta se vuelve insostenible» (p. 429). De este modo «lo que originalmente era una

concepción objetiva y abstracta del control de la constitucionalidad se ha transformado en una concepción subjetiva y concreta» (p. 430).

Esta nueva posibilidad de control incidental de la constitucionalidad de una ley, sólo es factible cuando tal ley resultaba relevante y de indispensable aplicación para juzgar un caso judicial concreto, no era compatible con los tipos de las sentencias constitucionales propias del control concentrado, a saber, la sentencia estimatoria, que anula la ley hacia el futuro y con efectos generales, y la sentencia desestimatoria, que rechaza la constitucionalidad alegada.

Según Zagrebelsky el juez ordinario o juez *a quo*, necesitaba que le fuese dada una norma para resolver el caso controvertido (*op.cit.*, p. 433). No bastaba la anulación general y con efectos pro futuro de la ley; era necesario resolver el caso concreto aplicando una norma. Por ello afirma:

La pura y simple anulación sería suficiente en un ordenamiento de tipo radicalmente liberal en el cual cada norma de ley positiva pueda considerarse como una excepción al principio general de libertad: eliminada la ley inconstitucional, se expandiría el principio de libertad y el juez podría hacer referencia a ello para decidir el caso. Empero, nuestros ordenamientos constitucionales son mucho más complicados en la medida en que los derechos constitucionales no se reducen en absoluto a la defensa frente a la injerencia del poder público, puesto que exigen, para valer, intervenciones positivas y normas que los protejan y los expandan. Estos son, en síntesis, los motivos que explican el florecimiento de una tipología de decisiones (sentencias interpretativas, estimatorias y desestimatorias, parciales, aditivas, sustitutivas, correctivas, de principio, etc.) inexplicable dentro de la lógica del juicio abstracto de constitucionalidad, pero fácilmente comprensible en la lógica del juicio concreto (*Ibid.*).

La concepción abstracta del control de la constitucionalidad de la ley, implicaba que la Corte Constitucional italiana debía indefectiblemente optar entre rechazar la

inconstitucionalidad alegada, o anular la ley. Las sentencias interpretativas nacen por razones prácticas, debido a la necesidad de resolver controversias concretas mediante la aplicación de normas, evitando la crisis que constituye la eliminación de la ley del ordenamiento jurídico.

Varios autores coinciden en sostener que el origen de estas sentencias interpretativas está relacionado con la necesidad de evitar la crisis o el vacío jurídico que supone la anulación con efectos absolutos propia del sistema kelseniano. Sobre este punto, Fernández (2011), señala que:

Durante bastante tiempo, en la justicia constitucional europea se vino operando con unas categorías dogmáticas perfectamente entrelazadas que no admitían matices. Así, la inconstitucionalidad supone la nulidad, y esta nulidad de origen (*void ab initio*) propicia una sentencia declarativa —«*di mero accertamento*», como se dice en Italia— a la que se anudan unos efectos *ex tunc*. Declarada la inconstitucionalidad del acto legislativo, su efecto consiste en la definitiva y total eliminación del ordenamiento, no *ex nunc* sino *ex tunc*, de todo efecto de la norma declarada inconstitucional (p. 133).

Advierte también que este paradigma ha quedado en Europa ampliamente superado, en el sentido de que la única consecuencia posible de la inconstitucionalidad de la ley no es su anulación erga omnes:

Han debido pasar bastantes años y, sobre todo, constatar cómo los Tribunales Constitucionales (y el español no ha sido una excepción) han «puenteado» en numerosas ocasiones las previsiones legales, dando a sus sentencias unos efectos en ocasiones inéditos en los textos legales que los regulan, para que la doctrina científica europea pueda constatar, de un lado, que el esfuerzo de ceñir la jurisdicción constitucional a firmes límites materiales, institucionales o funcionales casi se asemeja al intento de la cuadratura del círculo, y de otro, que lejos de suponer la creatividad puesta de manifiesto por un buen número de Tribunales Constitucionales,

también entre ellos el español, a través del diseño de nuevas técnicas decisorias, una muestra de su arbitrio y falta de respeto a la ley, tal actuación es una prueba irrefutable de que no estamos ante órganos ciegos que ignoren las consecuencias que para la colectividad tienen sus decisiones (recordemos el adagio *fiat iustitia pereat mundus*), con el peligro que ello entraña, pues un *summum ius* puede traducirse a veces en una *summa iniuria*. (*op.cit.*, p. 133)

Según Fernández, las sentencias interpretativas, por su similitud con la regla norteamericana del precedente vinculante (principio de *stare decisis*), no sólo han supuesto «un importante elemento de convergencia entre los dos tradicionales modelos de justicia constitucional», sino que también han «otorgado un auténtico rol normativo a los Tribunales Constitucionales, que les aleja de la visión que de ellos tenía Kelsen como «legisladores negativos»» (*op.cit.*, p. 132).

Acosta (1998), ha señalado que la liberación del dilema rechazo/anulación «la logra el juez constitucional mediante la sentencia interpretativa, que salva la constitucionalidad de la ley atacada desentrañando e imponiendo un significado de la disposición de la misma considerada inconstitucional compatible con la Constitución», y que «Interpretando la disposición legislativa considerada inconstitucional de manera que extra un significado de ella conforme a la Constitución, el Tribunal Constitucional evita anularla» (p. 288).

Según el autor (*op.cit.*, p. 289), las razones de orden práctico que determinaron el surgimiento de las sentencias interpretativas, fueron, (i) el miedo al vacío del juez constitucional y su preocupación por preservar la seguridad jurídica, lo cual logra con la superación de la alternativa rechazo/anulación; (ii) la incapacidad del poder legislativo de reaccionar frente a las sentencias de anulación de ley, y su escasa diligencia a la hora de cubrir los vacíos que produce la sentencia anulatoria simple, lo cual ocurre por diversos factores, como las dificultades propias de la estructura bicameral, la dificultad de encontrar consensos, y las frecuentes disoluciones; (iii) la circunstancia de que el grueso de los asuntos que debe resolver la

jurisdicción constitucional guardan intensa conexión con la jurisdicción ordinaria; y (iv) por la aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos, que permite al tribunal constitucional evitar provocar vacíos legislativos inútiles.

Del mismo modo, ha afirmado Casal (2000), refiriéndose a las razones que justifican el principio de interpretación conforme, que éste «no sólo responde a la necesidad de evitar vacíos normativos, sino también al propósito de respetar en lo posible la función concretizadora del legislador» (p. 140).

Gambino (1997), en sentido similar, ha expresado que son dos las razones que motivaron la superación de la dicotomía simple entre sentencias estimatorias y desestimatorias:

Por una parte, el *horror vacui* –la preocupación por no crear vacíos en el ordenamiento jurídico– motivó que la *Corte Costituzionale* introdujese una nueva categoría decisional que le permitiese, por vía interpretativa, eludir la declaración de inconstitucionalidad de la norma. Y esto también como una consecuencia de la falta de una respuesta rápida del legislador para suplir los vacíos producidos por las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad de una norma. Por otra parte, porque el Tribunal Constitucional –juzgando las normas y no las disposiciones– se ha autoreconocido la capacidad de interpretación del texto legislativo. Y esto es posible ya que en una misma disposición se pueden encontrar una, dos o varias normas contradictorias, incluso, entre sí; o una norma puede ser la consecuencia de distintas disposiciones (p. 297).

Y Macho (2019), sobre las razones que conllevaron a la superación del modelo europeo originario que entendía al tribunal constitucional como un órgano legislativo de signo negativo, y que ocasionó el surgimiento de las sentencias interpretativas, señala, (i) que las constituciones surgidas en Europa a partir del fin de la segunda guerra mundial incluyeron un entramado de principios y valores cuya característica fundamental fue su carácter vago o ambiguo, lo cual «hace que los mismos resulten susceptibles de diversas interpretaciones, lo que permite efectuar un

profundo —y, en no pocas ocasiones, controvertido— examen de una legislación que, además, es cada vez más abundante como consecuencia del amplio intervencionismo de los Poderes públicos» (p. 245) y, (ii) el hecho de que «En determinados casos, la declaración de nulidad puede no reparar —e incluso empeorar— la situación causada por una disposición que se estima inconstitucional», y plantea como ejemplo «las consecuencias que podría tener la declaración de nulidad de partidas presupuestarias correspondientes a ejercicios económicos ya cerrados» (p. 246).

2.- El principio de interpretación conforme.-

Según Ferreres (2007), el principio de interpretación conforme es una primera consecuencia de la dignidad democrática de la ley, según el cual la ley aparece revestida de una especial dignidad como consecuencia de su aprobación por el Parlamento, que es «el órgano del Estado que está en la mejor posición institucional para expresar la voluntad popular», toda vez que es elegido democrática y periódicamente por votación universal (p. 38). Es esta doctrina de la interpretación conforme la que con frecuencia «da lugar a las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional» (p. 39).

De esta manera, se entiende que el juicio de anulación de la ley tiene una connotación especial, que debe llevar al juez a evitar la crisis que supone su anulación a menos que éste sea inevitable, ello en razón de que la ley es el fruto final de un proceso esencialmente democrático. El juez debe «actuar con especial cuidado a la hora de decidir si una ley debe declararse inconstitucional»; y su análisis debe partir de «una actitud de confianza hacia el legislador democrático», y debe presumir que «éste actuó motivado por los valores constitucionales» (*Ibid.*).

En consecuencia, conforme al principio en cuestión, si el texto de la ley admite diversas lecturas, debe preferirse aquella que resulte acorde con la Constitución, y debe, por tanto, evitarse su anulación. El principio puede ser enunciado así:

en caso de duda acerca de cuál de las varias interpretaciones posibles del texto legal es la correcta, el juez constitucional debe optar por aquella interpretación bajo la cual la norma identificada es compatible con la Constitución, o rechazar aquellas interpretaciones bajo las cuales la norma identificada es incompatible con la misma. (*op.cit.*, p. 38).

En el mismo sentido, afirma Cruz Villalón (2008):

La ‘interpretación conforme’, o más exactamente la variante de los “fallos interpretativos”, viene permitiendo al Tribunal Constitucional determinar, en positivo, el sentido preciso que conviene dar a una norma, como condición de su declaración de inconstitucionalidad, y ello con la única reserva de que la literalidad del precepto sea capaz de “soportar” razonablemente esta interpretación. Todo esto es moneda corriente en los Tribunales Constitucionales, sin que la técnica en sí misma se haya considerado ilegítima. Por el contrario, el mecanismo permite a estos órganos operar con una cirugía menos traumática. El problema puede ser el de su generalización y, sobre todo, el de hasta dónde se puede llegar con esta ingeniería. Porque la “interpretación conforme” ni puede convertirse en la regla ni, sobre todo, permite cualquier discurso. Confrontado con situaciones límite, o que, sin llegar a tanto, se le acercan, un Tribunal Constitucional puede pensar que la sentencia interpretativa es el único espacio en el que se le permite moverse (pp. 727 y 728).

3.- El principio de deferencia hacia el legislado democrático.

La segunda consecuencia que se desprende de la dignidad democrática de la ley, es el principio de deferencia hacia el legislador democrático, según el cual, «el juez debe interpretar el texto constitucional de tal modo que sus decisiones acerca de la ley no socaven el sistema de relaciones institucionales que en un democracia representativa deben regir entre el Parlamento y juez constitucional» (Ferrerres, 2007, p. 42); lo que se traduce en que el juez, a la hora de ponderar las razones para una

eventual declaratoria de inconstitucionalidad de ley, debe tener en consideración el hecho de que la ley emana de un parlamento democráticamente electo (*Ibid.*).

Las implicaciones de este principio han sido señaladas por Da Silva (2018), en los siguientes términos:

- a) el *juez deferente* es el juez que, por razones de carácter autoritativo y procedimental, debe ser capaz de tomar una decisión que tal vez no hubiera tomado si le fuera otorgado el poder de valorar todas las circunstancias relevantes del caso. Por lo tanto, se trata de un juez capaz de frustrarse.
- b) el *juez deferente* debe, además, entender su actividad en términos institucionales. Interpretar y aplicar el Derecho es una actividad institucional, que se lleva a cabo en el seno de un sistema dinámico y estructurado de manera jerárquica.
- c) el *juez deferente* no necesita comprender su relación con la ley en términos de la diferencia analítica entre texto y norma. Esa es una distinción que puede tener su lugar en la actividad del teórico, pero no capta lo que resulta esencial en el contexto institucional en el que el juez está llamado a interpretar y aplicar el Derecho.
- d) el *juez deferente* debe entender la ley en tanto que decisión autoritativa del legislador. Por ello, la constitución del marco que contiene las posibilidades interpretativas de la norma aplicable depende no sólo de factores lingüísticos, sino también – y de modo fundamental – *de la comprensión que el intérprete mantiene de su propia autoridad*.
- e) el *juez deferente* debe suponer que la norma general a la que se encuentra vinculado a menudo le confiere un espacio de decisión – a veces más amplio, a veces más restringido – en el que se ejerce una relativa discrecionalidad. Dar por sentada la tesis descriptiva de la discrecionalidad es importante para que el juez sea consciente de la parcela de poder que de modo inevitable es llamado a ejercer.

f) el *juez deferente* debe aceptar la prioridad de la legislación en la aplicación del Derecho (“positivismo presuntivo”).

g) el *juez deferente*, aunque sea consciente de la prioridad de la legislación, debe suponer que no siempre la letra de la ley conlleva un resultado correspondiente con su razón subyacente. Pero la aplicación del sentido convencional de las palabras de la ley debe tener prioridad en su actividad (“formalismo presuntivo”).

h) el *juez deferente* debe entender el recurso a las justificaciones subyacentes como parte de su cometido; es decir, como parte de la función de llevar a cabo la continuidad del proceso de producción del Derecho. Sin embargo, y como se trata de dar continuidad al proceso y no de reconstruirlo, el juez debe hacerlo en la dimensión justificatoria de las leyes.

i) el *juez deferente* debe comprender que la justificación subyacente de la ley es la que alude a la decisión autoritativa previa del legislador. No se trata, por lo tanto, de concebir la ley primariamente en tanto que producto de una ponderación de principios *sustantivamente correcta* (desde la perspectiva del juez) a la luz de los derechos fundamentales.

j) el *juez deferente*, en consonancia con lo anterior, debe entender la ley como el producto de una decisión inteligible, anclada en propósitos e intenciones. Así, cuando se trate de ajustar la aplicación de la ley – en virtud de la expresión impropia (o sub y sobreinclusividad) de su texto – debe intentar reconstruir el plan del legislador, lo que es tanto como decir que debe *presentar su decisión como algo que pudiera dar continuidad a la decisión autoritativa del legislador*. (*op.cit.*, p. 364 y ss).

De los principios antes mencionados, se deduce que la actividad de interpretación judicial admite la objeción de constituir un elemento contra mayoritario en la medida en que puede atentar contra lo decidido por mayorías democráticamente electas. De allí que se apela a una actitud cauta, respetuosa,

prudente del juzgador a la hora de intervenir y cuestionar la ley, que es el acto emanado del poder público que por excelencia representa a la mayoría. La tendencia sugerida es evitar, en la medida de lo posible, entrar a cuestionar lo que ha sido ya discutido, negociado y aprobado por los máximos representantes populares.

4.- Propuestas de clasificación de las sentencias.

Como se refirió anteriormente, dos principios rigen el examen que realiza el juez constitucional al analizar el recurso de inconstitucionalidad. En primer lugar, el examen jurisdiccional tiene como cometido la depuración objetiva del ordenamiento jurídico, y por ello «el Tribunal no se encuentr(a) absolutamente vinculado por las pretensiones de las partes», por lo que «en aras del interés público superior que preside el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, pueda pronunciarse sobre preceptos de una misma ley que no fueron expresamente impugnados», así como también puede «fundar la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados en la infracción de cualquier precepto constitucional, aunque éste no se hubiere invocado por las partes» (Caamaño, Gómez, Medina y Requejo, 1997, p. 43).

El segundo principio que rige el examen jurisdiccional del recurso de inconstitucionalidad es el de la conservación, según el cual «la ley, como expresión de la voluntad popular, únicamente debe ser declarada contraria a la Constitución cuando no exista posibilidad alguna de salvar interpretativamente sus contenidos» (*Idem*). En todo caso, la sentencia dictada no responde a la lógica estimación/desestimación, ya que:

la consecuencia más significativa que se deriva del principio de conservación de la ley es la posibilidad de que su enjuiciamiento no concluya exclusivamente con una simple declaración de conformidad o disconformidad de la ley con la Constitución. Entre uno y otro extremo existe un abanico de posibilidades, que van desde las denominadas sentencias interpretativas de rechazo hasta las aditivas y manipuladoras,

pasando por declaraciones de mera anulabilidad de la norma legal impugnada. (*op.cit.*, p. 44)

Sobre este punto, ha afirmado Fernández (2011), que con el principio de conservación de la ley:

se trata de compatibilizar la primacía de la Constitución y la salvaguarda, allí hasta donde sea posible, de la voluntad del legislador, finalidad que aún se hace más necesaria si se tiene presente el principio de presunción de constitucionalidad de las normas jurídicas, que adquiere su máxima fortaleza cuando de una norma legal se trata, y que, entre otras consecuencias, se traduce en la inexcusabilidad de optar, entre las varias interpretaciones posibles de una norma, por aquella que posibilita el mantenimiento de la norma en el ordenamiento al entenderla de un modo compatible con la Constitución. En fin, piénsese en que el principio de conservación de la norma coadyuva positivamente al mantenimiento del principio de seguridad jurídica en cuanto evita vacíos jurídicos a los que, como regla, siempre se anuda una cierta inseguridad (*op.cit.*, p. 131).

Las sentencias interpretativas no son en la actualidad inherentes o exclusivas de los procedimientos incidentales de control de la constitucionalidad de las leyes. Ciertamente, hemos visto que el origen de las sentencias interpretativas en Europa está asociado al cambio en el modelo que supuso la incorporación de procedimientos incidentales de control de la constitucionalidad de las leyes, particularmente en Italia, a sistemas que sólo estaban familiarizados con los mecanismos de control concentrado.

De este modo, al incorporarse al sistema la vía incidental, la jurisdicción se vio forzada a efectuar un análisis de la disposición legal objetada tomando en consideración su aplicación a las circunstancias del caso concreto, es decir, se hacía necesario un análisis de la norma aplicada, no abstracto, pues el juez, que estaba realizando el juzgamiento de un determinado conflicto intersubjetivo tenía como

objetivo, en ese procedimiento incidental, encontrar la legítima norma aplicable a la situación que juzgaba.

Sin embargo, en el estado actual del asunto, no sería correcto asumir que la actividad creadora que ejercen los jueces constitucionales está circunscrita a los procedimientos incidentales. Sobre el particular es relevante la explicación ofrecida por García (1998):

Introducimos en este apartado el caso de las Sentencias interpretativas, porque se ha afirmado, como en el caso de Marín Pageo, que «... el fallo interpretativo se acomoda menos al sentido del recurso de inconstitucionalidad que al de la cuestión de inconstitucionalidad» ya que, «al conocer la cuestión de un recurso de constitucionalidad, ..., no se cuenta aún con experiencia apreciable, por lo general, sobre la interpretación y aplicación del precepto impugnado, lo que pone en cierto riesgo la eficacia del pronunciamiento interpretativo del Tribunal». Pues una interpretación de ley ajena a cualquier problema singular de aplicación tiene siempre –para la citada autora– algo de aventura.

Sin embargo, esto no lo ven así todos los sectores doctrinales. Este es el caso de Jiménez Campo, quien afirma que «...del total de sentencias dictadas en recurso y en cuestión, que son desde los inicios del Tribunal hasta la fecha, 198, sentencias interpretativas, es decir, aquellas que contienen en el fallo una interpretación o una remisión a una interpretación son 45. Prácticamente todas son en recurso, 39, sólo 6 en cuestión». Permittedose decir, «que el que sólo sean 6 en cuestión y 39 en recurso, es muy normal, porque en la cuestión de inconstitucionalidad suele estar de más la sentencia interpretativa, o, en otras palabras dicho, en la medida en que la cuestión se ha promovido hay que estar o se está ya ante una interpretación cualificada, con una cualificación como la que da un órgano judicial, ... no es tan fácil no es tan sencillo separar de esa interpretación para construir otra que quizás sea legítima, pero que no es

la que de verdad abriga como duda al legislador y dictar una sentencia interpretativa (p. 142)

Dicho esto, conviene hacer referencia a los criterios de clasificación de las sentencias propuestos por varios autores.

Caamaño, Gómez, Medina y Requejo, (1997, p. 71), advierten que es posible identificar diversos tipos de sentencias que no encajan plenamente en las categorías puras de estimatorias o desestimatorias, y que sintetiza en sentencias interpretativas y sentencias manipulativas.

Según ellos, las sentencias interpretativas, son normalmente desestimatorias, en el sentido de que declaran la constitucionalidad del precepto impugnado siempre que éste se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considere adecuado. Su fundamentación «encuentra un anclaje en el principio de conservación de la Ley y en su exigencia de interpretación conforme a la Constitución..., de tal modo que, cuando una norma permite diversas lecturas, el Tribunal Constitucional podrá identificar cuál o cuáles de ellas se cohonestan con el texto constitucional, sin verse constreñido a declarar inconstitucional la disposición legal» (*op.cit.*, p. 75).

Señalan los autores que el Tribunal Constitucional español, a través de las sentencias iniciales, precisó varios límites, a saber, (i) en la sentencia 5/1981 precisa el tribunal que es «un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso»; que «no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes»; y que el Tribunal Constitucional «es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos de la Constitución»; (ii) en la sentencia 11/1981, señala que no puede el Tribunal Constitucional «tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional»; y (iii) en la sentencia 22/1985, que el principio de conservación de las normas «no alcanza, como es obvio, a ignorar o desfigura el sentido de enunciados legales meridianos». (*op.cit.*, p. 76)

De todo ello concluyen los autores que «las posibilidades de dictar una sentencia interpretativa terminan justamente allí donde comienza a forzarse el tenor literal del precepto objeto del control» (*Ibid.*).

Las sentencias manipulativas, en cambio, son «aquellas que, yendo más allá de una simple interpretación conforme, entrañan una verdadera transformación del significado de la ley» (*Ibid.*).

Las sentencias manipulativas se clasifican en varios subtipos, a saber:

Sentencias de inconstitucionalidad parcial, que son «aquellas en las que no se declara la nulidad del entero precepto impugnado, sino únicamente una palabra o un inciso», de modo que «la supresión de una parte de una disposición puede alcanzar una notable virtualidad transformadora del alcance que el legislador quiso dar a la misma» (*op.cit.*, p. 77).

Sentencias aditivas, en las que «se declara inconstitucional el precepto en la medida en que el legislador no ha tomado en consideración algo que, constitucionalmente debió prever», de modo que «la inconstitucionalidad no reside en lo que la disposición dice, sino en lo que omite» (*Ibid.*).

Y sentencias constructivas, cuyo ejemplo en España es la sentencia 53/1985 sobre el proyecto de ley de despenalización del aborto. En ella el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de un precepto «no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12», en el cual se señalan garantías específicas que debían añadirse a la disposición impugnada para hacerla conforme con el texto constitucional, es decir, la sentencia constituye «un verdadero mandato dirigido al legislador». (*Ibid.*).

Otro autor, Acosta, (1998), clasifica las sentencias del Tribunal Constitucional italiano en dos clases, simples y complejas (p. 285).

Las sentencias simples, son aquellas mediante las cuales el Tribunal Constitucional «sólo hace de «legislador negativo», en el sentido kelseniano, o sea,

anula legislación»; mientras que las sentencias complejas, son aquellas mediante las cuales «puede hacer también de «legislador positivo», es decir crear Derecho» (*Ibid.*).

Las sentencias simples, que como se señaló anteriormente son las previstas en el artículo 136.1 de la Constitución italiana, son de dos clases: sentencias de admisión, «con las que el juez constitucional «acoge», en cuanto la considera «fondata», la petición que le ha llegado por vía incidental o por vía directa de declarar inconstitucional una determinada norma, y, en consecuencia, la anula, siendo por ello también llamadas dichas sentencias de anulación»; y sentencias de rechazo, «que desatiende la petición de declaración de inconstitucionalidad, al considerarlas «non fondata»» (*Ibid.*).

En el proceso de surgimiento de las sentencias complejas, el autor distingue tres etapas. En la primera etapa surge el primer tipo de sentencia compleja, la sentencia interpretativa de rechazo, cuyo nacimiento ubica a partir de la sentencia número 8 de 1956 del Tribunal Constitucional italiano. En esta categoría de sentencia el Tribunal Constitucional «no declaraba en su parte dispositiva (fallo, *decisum*) inconstitucional la norma atacada, pero sí establecía en su fundamentación (*ratio decidendi*) que la norma fuese adaptada por el legislador a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, de la que emanaban directrices no obligatorias para modificar la norma controvertida y conformarla a la Constitución» (*op.cit.*, p. 286).

Este tipo de sentencias demostraron ser poco eficaces, pues no había mecanismo legal de hacerlas cumplir de manera forzosa, principalmente por el hecho de que la orden en ella contenida se ubicada en la parte motiva del fallo y no en la parte dispositiva.

La segunda etapa, que se desarrolla en los años sesenta, viene dada por el surgimiento de las sentencias interpretativas de admisión, cuya característica principal es que «la interpretación de la norma opuesta a la realizada por el Tribunal Constitucional es declarada inconstitucional, y por tanto nula, en la parte dispositiva de la sentencia» (*Ibid.*). Además, la parte dispositiva del fallo incluye un reenvío a la parte motiva, con el fin de aclarar las razones, los fundamentos y el alcance de la

decisión estimatoria del recurso. Según el autor, se trataría ya de una sentencia de contenido normativo, dotadas de efectos erga omnes.

A partir de los años sesenta, «el control de la constitucionalidad entra en Italia en un proceso de la máxima complejidad y de creatividad creciente» (*op.cit.*, p. 287), comenzando una tercera etapa con el surgimiento de las sentencias manipulativas, en el que el Tribunal Constitucional se constituye en legislador, en creador de derecho. Así, el Tribunal Constitucional no sólo podía declarar contrarias a la Constitución unas líneas, proposiciones, o palabras del texto, sino que, adicionalmente, pasaba a determinar la norma que se encontraba privada de eficacia aun sin estar en el texto legislativo, pudiendo, incluso, anular disposiciones no escritas, deducidas de las disposiciones legislativas examinadas o de su conexión con otras (*Ibid.*).

Dentro de las sentencias interpretativas, Acosta distingue tres tipos. En primer lugar, las denominadas sentencias interpretativas *restrictivas*, mediante las cuales puede el juez constitucional limitar o reducir el alcance de la ley. Este tipo de sentencias, a su vez, puede clasificarse en interpretativas restrictivas *neutralizantes* e interpretativas restrictivas *aniquilantes*, según se atenúe o se desvitalice totalmente la fuerza normativa de la ley. Y una tercera subcategoría ubicada entre estas dos, es la sentencia interpretativa restrictiva *alternativa*, en la cual el tribunal constitucional separa dos interpretaciones posibles de la ley con el objetivo de expulsar una de ellas del ordenamiento jurídico, con efecto obligatorio. (*op.cit.*, p. 290). Según el autor, la sentencia restrictiva *alternativa*, es una típica técnica italiana, que se diferencia de la técnica alemana de la interpretación conforme, y de la técnica francesa de la interpretación *neutralizante*, esta última caracterizada por que la interpretación excluida figura en la parte dispositiva del fallo.

En segundo lugar, las sentencias interpretativas *constructivas* o *manipulativas*, que, a la inversa de las restrictivas, enriquecen el texto de la ley y extienden su alcance, incorporando elementos novedosos que permiten salvarla y ponerla en conformidad con la Constitución. A su vez, las sentencias interpretativas

constructivas se subdividen en *aditivas*, *sustitutivas* y sentencias *de delegación* o *habilitación*.

Las sentencias *aditivas*, añaden o amplían literalmente, o en otro sentido, el texto legal controvertido, y mediante esta técnica consigue el juez constitucional controlar las omisiones de la ley y las omisiones del legislador.

Las sentencias *sustitutivas*, con la cual se logra un cambio o metamorfosis completo del sentido de la ley. Según el autor, esta técnica supone una interpretación a dos tiempos, pues consigue, en un primer momento, retirar de la disposición discutida una norma o fragmento de la norma contrario a la Constitución, e inmediatamente, introduce una nueva norma conforme a las exigencias constitucionales. El tribunal primero demuele la norma impugnada, y luego reconstruye, conforme a los principios constitucionales.

Las sentencias *de delegación* o *habilitación*, en las que el tribunal tras declarar inconstitucional una ley, indica los principios que habrá de contener otra sobre el mismo objeto para ser constitucional. (*op.cit.*, p 292).

Y, en tercer lugar, las sentencias interpretativas *directivas*, cuyo «rasgo más sobresaliente (...) estriba en que van dirigidas expresamente al Gobierno, a las autoridades administrativas y a los jueces ordinarios», y procuran determinar no una regla, sino un principio, que, en nombre del respeto a la Constitución, orientará la conducta del aplicador de la ley, sin por ello predeterminarla (*Ibid.*). Estas se dividen en directivas *simples* y *reforzadas*, según el mayor o menor grado de generalidad de los principios determinados.

Gambino (1997), independientemente de su carácter estimatorio o desestimatorio, propone la siguiente clasificación de las resoluciones de la Corte Constitucional italiana, dictadas en el marco del control incidental de la constitucionalidad de la ley:

Sentencias *correctoras*, que se limitan a corregir la interpretación que de la norma cuestionada ha efectuado el juez a quo en su auto de remisión», y en ellas «lo que se hace es advertir al juez que ha interpretado incorrectamente la ley, no teniendo

en cuenta, por ejemplo, la doctrina sentada por el Tribunal de Casación (*op.cit.*, p. 302).

Sentencias interpretativas *de conformidad*, que «serían el resultado de una manipulación de los textos legales que lleva a atribuir a la ley un significado diferente del que resultaría de su formulación y que la hace conforme a la Constitución» (*op.cit.*, p. 303).

Sentencias interpretativas *desestimatorias*, «que son aquellas en las que la Corte estima que existe una forma de interpretación de la noma de la ley impugnada acorde con la Constitución y, por lo tanto, desestima la cuestión de inconstitucionalidad. El fallo de la sentencia nos conduce a la motivación de la misma» (*Ibid.*).

Sentencias interpretativas *estimatorias*, en las que «se declara inconstitucional una de las posibles interpretaciones de la ley»; sin embargo, el autor entiende que se trata de sentencias en desuso, «puesto que en aquellos casos en que la jurisprudencia otorgue una interpretación contraria a la Constitución, la Corte Costituzionale declara la ilegitimidad de toda la disposición» (*op.cit.*, p. 304).

Sentencias *de estimación parcial o limitada*, mediante las cuales la Corte «elimina aquella parte de la norma que considera incompatible con la Constitución», es decir, la anulación del dispositivo de produce en relación con uno de los posibles significados extraíbles o deducibles; y se diferencian de las interpretativas estimatorias, en que «mientras en estas últimas existen dos interpretaciones alternativas, en las sentencias de estimación parcial existen varias interpretaciones no alternativas, pero deducibles acumulativamente del texto legal» (*op.cit.*, p. 305). Este tipo de sentencias suelen incluir la expresión «en cuanto y en la parte que» (*Ibid.*).

Sentencias *integradoras o aditivas*, a través de ellas la Corte «añade al texto de la norma un algo que se considera necesario» para obtener su legitimidad y adecuarla a la Constitución (*op.cit.*, p. 308). Estas sentencias suponen la constatación de una omisión ilegítima del legislador. A través de una «cuestión de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad resuelta con una

sentencia aditiva, se pide y se obtiene una extensión de la norma que no sería posible (dado su tenor literal, la prohibición de analogía que rige la materia, su contenido particular o excepcional, el contenido taxativo en el que se produce, etc.) a través de una interpretación normal del juez» (*Ibid.*).

Y finalmente, sentencias *a término* (denominadas también *estimatorias con fecha*), que indican «el *diez a quo* a partir del cual se inicia la inconstitucionalidad» (*Ibid.*). Sus supuestos son variados, y van desde la inconstitucionalidad sobrevenida «por violación del principio de igualdad hasta los supuestos de anacronismo legislativo; desde el problema de las declaraciones de inconstitucionalidad que conlleven un aumento de los gastos hasta los supuestos de restricción temporal de los derechos tutelados» (*op.cit.*, p. 309).

Guastini (2009) afirma que la interpretación conforme de las leyes comporta en Italia una importancia que «aun queriendo, sería difícil de exagerar» (p. 63), y que implica que tal actividad interpretativa es practicada por la Corte Constitucional y por los jueces ordinarios, dando lugar a los siguientes tipos de sentencias: interpretativas en sentido estricto y sentencias manipuladoras.

La sentencia *interpretativa en sentido estricto*, es aquella que «no versa directamente sobre una disposición legislativa, es decir, sobre el texto de la ley en cuanto tal, sino, en lugar de ello, sobre una –solo una– de las normas expresadas en el texto y, por lo tanto, sobre una de las posibles interpretaciones (ya que toda norma es el resultado de una interpretación determinada)» (*op.cit.*, p. 64). Éstas se clasifican a su vez en sentencias interpretativas *de rechazo* y sentencias interpretativas *de aceptación*.

Las de rechazo se fundamentan en lo siguiente:

Frente a una disposición legislativa que admite dos interpretaciones, de las cuales la primera resulta en una norma inconstitucional, mientras la segunda da lugar a una norma conforme con la Constitución, la Corte Constitucional declara que la duda de legitimidad constitucional no está fundada *a condición de que* la disposición en cuestión sea interpretada en

el segundo modo, o sea en el sentido de expresar una norma conforme a la Constitución (*Ibid.*).

Las sentencias interpretativas *de aceptación* o *de anulación*, se fundamentan en lo siguiente:

Sucede frecuentemente que, frente a una disposición legislativa que ...admite dos interpretaciones alternativas, una conforme con, la otra disconforme con la Constitución, la interpretación normalmente aceptada por los jueces comunes... sea la segunda, es decir, aquella de la cual resulta una norma inconstitucional. ...

En estos casos la Corte declara que la cuestión de legitimidad constitucional es fundada y que la disposición de que se trata es inconstitucional. Y sin embargo, la Corte no anula la disposición en cuanto tal –es decir, independientemente del modo en que es interpretada–, sino solamente una de sus interpretaciones, diciendo que la disposición es inconstitucional *en cuanto que* sea interpretada de modo inconstitucional, o bien *en la parte en la que* expresa una norma inconstitucional (*Ibid.*).

En este supuesto «la disposición en cuestión conserva su validez, pero su interpretación inconstitucional –o, más precisamente, la norma que de ahí deriva– en definitiva es anulada con efectos *erga omnes*». (*op.cit.*, p. 65)

Las sentencias *manipuladoras* o *normativas*, son «aquellas sentencias de aceptación en las cuales la Corte Constitucional no se limita a declarar la ilegitimidad constitucional de las normas que le son sometidas, sino que además –comportándose como un legislador– modifica directamente el ordenamiento con el objeto de armonizarlo con la Constitución» (*Ibid.*). Se clasifican en *aditivas* y *sustitutivas*.

Las *aditivas*, son «aquellas en las cuales la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, *en la parte en que no expresa cierta norma* (que debería expresar para ser conforme con la Constitución)» (*Ibid.*). Normalmente este tipo de decisiones se fundamentan en el derecho a la igualdad, y «en casos de

este género la Corte frecuentemente declara que la disposición es constitucionalmente ilegítima en la parte que no confiere el mismo derecho a» otros sujetos. (*Ibid.*)

Se discute si se trata o no de una sentencia de anulación, pues la disposición no es efectivamente anulada, ya que de ser este el caso los sujetos originalmente protegidos por la norma perderían el derecho que le fue concedido, cuando en realidad lo conservan, siendo que «En realidad, lo que hace la Corte es más bien *agregar* una nueva norma al ordenamiento: la norma que confiere el mismo derecho subjetivo también a los sujetos» no incluidos. (*Ibid.*). Mientras que otros opinan que «la Corte no declara la ilegitimidad constitucional de la norma de que se trata... sino de otra norma, no expresa, extraída del texto mediante el argumento *a contrario*: la norma que niega el mismo derecho a los sujetos» no incluidos (*Ibid.*).

Y finalmente las sentencias *sustitutivas*, son aquellas en las que la Corte «declara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, *en la parte en la que expresa cierta norma en lugar de otra*: una norma distinta que debería expresar para ser conforme con la Constitución». En estos casos «la Corte no se considera satisfecha con una pura y simple anulación: la Corte declara que la norma es inconstitucional en la parte en la que confiere el poder de que se trata al órgano O1, y no al órgano O2... Dicho de otra manera: la norma sometida a la Corte es sustituida por una norma distinta, creada por la propia Corte» (*op.cit.*, p. 66).

Señala Macho (2019), que «cuando el debate sobre la objeción contramayoritaria parecía zanjado y esta se entendía como un mal menor inherente al sistema democrático-constitucional, la aparición de dos cuestiones diferentes... ha reavivado la discusión». (p. 236).

Se refiere el autor, por una parte, al surgimiento en países del commonwealth de diseños de ingeniería constitucional bajo la denominación de “constitucionalismo débil”, en los que ya no son los jueces constitucionales, sino los parlamentos, «los que ostentan la «última palabra» en la toma de decisiones colectivas, propiciando lo que destacados sectores doctrinales han calificado como un provechoso «diálogo

interinstitucional» entre la justicia constitucional y los órganos representativos». (*Ibid.*).

Y, en segundo lugar, al surgimiento en algunos sistemas de justicia constitucional europeos, de un nuevo tipo de sentencias, denominadas sentencias *bilaterales*, que procuran «propiciar un diálogo interinstitucional al llamar a la colaboración del legislador en la enmienda de la inconstitucionalidad de la ley, atenuando también así la objeción contramayoritaria». (*Ibid.*).

El término constitucionalismo dialógico o débil, se refiere a la relación que, por medio de determinados mecanismos, se articula entre dos instituciones: los jueces constitucionales y los Parlamentos. Relación que versa sobre la determinación de la constitucionalidad de las leyes, de forma que cuando se detecte alguna disconformidad entre una ley y la norma cimera del ordenamiento, «ambos» órganos participen en el restablecimiento de dicha conformidad (*op.cit.*, p. 237).

Se trata de sistemas en los cuales los jueces constitucionales no tienen la última palabra; y se contraponen a los sistemas de constitucionalismo fuertes, cuya característica es que los jueces imponen sus criterios y puntos de vista al legislador (*Ibid.*).

En los sistemas de constitucionalismo débil (o “new Commonwealth constitutionalism”), rigen «Formas débiles de control judicial de la constitucionalidad» (weak judicial review), y en estos «pese a que los jueces cuentan con un mandato constitucional para controlar la adecuación de las leyes a los contenidos constitucionales, existe algún tipo de mecanismo que permite al legislador recuperar la «última palabra» en la toma de decisiones colectivas» (*op.cit.*, p. 238).

Se trata de un sistema que privilegia el diálogo institucional entre poder judicial y poder legislativo, cuyas principales bondades consisten en enriquecer el proceso deliberativo en los procesos de decisión, y combatir la objeción contramayoritaria que tradicionalmente se ha formulado contra los sistemas de justicia constitucional.

El autor analiza el caso específico del sistema de justicia constitucional canadiense, en cuyo artículo 33 la Constitución prevé que el Parlamento Federal o las Asambleas legislativas provinciales «pueden dictar leyes estableciendo expresamente que las mismas, o algunas de sus disposiciones, serán válidas aun cuando vulneren los derechos y libertades recogidos en los arts. 2 y 7 a 15 de la Constitución» (*op.cit.*, p. 239).

Este mecanismo podría tener efectos jurídicos previos o posteriores a una eventual sentencia dictada por el Tribunal Supremo; y así:

podría hablarse de cláusula *override*, cuando la misma se utiliza después de un pronunciamiento estimatorio del Tribunal Supremo para salvar la constitucionalidad de la ley —lo que, de hecho, supone devolver al Legislativo la última palabra en la toma de decisiones colectivas— y, por otro, podríamos referirnos a la cláusula *notwithstanding* en sentido estricto cuando el órgano legislativo recurre a ella *a priori*, es decir, antes incluso de que el Tribunal Supremo tenga la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. En este último supuesto lo que sucedería no es tanto que la última palabra sobre la adecuación de una ley a la Constitución vuelva de los jueces al Legislativo, sino que este último impediría la posibilidad de que aquellos se pronunciasen. (*Ibid.*).

Para la implementación de este «artificio», la Constitución exige dos condiciones, a saber, en primer lugar, que el legislativo haga mención expresa a este mecanismo, con lo cual es imposible su implementación tácita o implícita, y se logra seguridad en cuanto a que el legislativo ha echado mano conscientemente de esta herramienta, con el correspondiente costo político implicado; y en segundo lugar, su carácter eminentemente transitorio, ya que sólo puede regir por un período de cinco años prorrogables.

Este mecanismo surge como una fórmula de pacto político tendente a proteger la autonomía de los parlamentos provinciales, que veían en el recién instaurado

mecanismo de justicia constitucional, que rompía con la tradición inglesa de supremacía del parlamento, un riesgo al ejercicio de sus competencias.

Este mecanismo nunca ha sido usado por el Parlamento Federal. Sin embargo, obviando esta realidad, el autor realiza las siguientes consideraciones sobre su existencia y conveniencia:

En primer lugar, «la mera existencia de esta institución permite superar la comúnmente denominada dificultad contramayoritaria en la medida en que sustrae la «última palabra» a los jueces constitucionales para devolvérsela al Poder Legislativo» (*op.cit.*, p. 243). El elevado costo político que supondría su implementación es un factor evidentemente desestimulante, por lo que no ha ocurrido ningún caso de vulneración a los derechos de las minorías.

En segundo lugar, es un mecanismo de aplicación excepcional «diseñado para que el legislador responda a los tribunales cuando no esté convencido de la argumentación sobre la que se sostiene la declaración de inconstitucionalidad y tenga razones de peso que esté dispuesto a exponer en público, sin sonrojarse, para oponerse a la interpretación que de los derechos y libertades han hecho los jueces» (*Ibid.*).

Y finalmente, afirma el autor que «no parece razonable poder blindar una ley ex ante, esto es, utilizar la cláusula con la pretensión de evitar un pronunciamiento de los tribunales acerca de la constitucionalidad de la disposición que está tratando de protegerse», y que «Es obvio que esta posibilidad no promueve sino que impide el diálogo entre ambas instituciones» (*op.cit.*, p. 244), poder judicial y legislativo.

En cuanto al sistema europeo el autor distingue las sentencias *interpretativas* o *intermedias* (sentencias interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, etc.), que denomina *unilaterales*, en el sentido de que suponen la actuación exclusiva del juez constitucional modificando inmediatamente la norma inconstitucional; de las sentencias *bilaterales*, que según la doctrina, son aquellas en las que «la «última palabra» en la toma de decisiones públicas no es tanto que no recaiga en la justicia constitucional como que se comparte con el legislador,

propiciándose así un diálogo interinstitucional que convierte la reparación de la ley inconstitucional en un «proceso» más que en un acto unilateral» (*op.cit.*, p. 247).

La objeción contramayoritaria que produce la actuación de los tribunales constitucionales a través de las sentencias intermedias o unilaterales, quedaría superada con las sentencias bilaterales, pues en estos casos «la tradicional tensión entre jueces constitucionales y legisladores a la que venimos refiriéndonos se ve profundamente suavizada, si es que no totalmente eliminada» (*Ibid.*).

Señala entonces como ejemplos de este tipo de sentencias bilaterales, el caso austríaco y el alemán. En el primero de ellos, el Tribunal Constitucional austríaco puede optar por diferir en el tiempo los efectos de la derogación de la ley inconstitucional, y mientras dicho plazo no se cumpla la ley objetada continúa vigente y en aplicación, salvo al supuesto de hecho que motivó la declaración de inconstitucionalidad. La idea de esta anulación diferida es «la de dar un plazo al legislador para que sea este el que enmiende la norma declarada inconstitucional» (*op.cit.*, p. 249).

De este modo parece superarse la objeción contramayoritaria, ya que «aunque sigue siendo el Tribunal Constitucional el que mantiene la «última palabra» a la hora de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes —y suya es la decisión de recurrir o no a este mecanismo—, lo cierto es que, siempre que el mismo sea utilizado y que el legislador actúe dentro del plazo que le ha sido concedido en la sentencia lo que ocurrirá en la práctica será que el TCA se limitará a identificar la incompatibilidad de la norma enjuiciada con la Constitución, siendo el legislador quien tendrá en su mano remediar tal situación», produciéndose una suerte de «reenvío legislativo» (*op.cit.*, p. 250).

El sistema de justicia constitucional alemán ofrece las sentencias declarativas de inconstitucionalidad o de mera incompatibilidad, «que no llevan aparejada la nulidad», y cuya aplicación ha logrado «evitar tanto los problemas técnicos que acarrea una declaración de nulidad como respetar la libertad de configuración del legislador ordinario» (*op.cit.*, p. 251).

Señala el autor que no está claro cuál es el efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma cuestionada en el período interino, ya que el propio Tribunal Constitucional Federal ha producido regulaciones y decisiones contradictorias.

Aun admitiendo la posibilidad de que la norma cuestionada resulte de plena aplicación durante el período de transición, advierte que, si bien «la aplicación transitoria de la normativa inconstitucional puede no resultar especialmente agradable, sobre todo cuando se trate de una legislación discriminatoria» se trataría en todo caso de «un precio razonable a pagar por evitar una intromisión por parte del Tribunal Constitucional en las funciones propias del legislador» (*op.cit.*, p. 252)

Finalmente, Macho alude al caso español, en el cual el Tribunal Constitucional, si bien carece de una habilitación legislativa específica para dictar exhortaciones de esta naturaleza, «ha adoptado sentencias donde se declara la mera incompatibilidad de una disposición legislativa con algún precepto constitucional, o pronunciamientos donde la eficacia de la nulidad queda diferida en el tiempo por medio de un plazo que el Tribunal otorga al legislador para que enmiende la constitucionalidad de la ley» (*op.cit.*, p. 254), planteando ejemplos concretos para demostrar tal afirmación.

Los modelos fuertes se corresponden con los surgidos en Europa con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y se caracteriza porque en ellos se privilegia la tutela de los derechos fundamentales a través de la conformación de sistemas de justicia constitucional dotados de amplias facultades para interpretar la Constitución y para ejercer el control constitucional de las leyes sin limitación alguna.

La característica fundamental de este constitucionalismo fuerte o principista, es que produce «un aumento considerable del poder interpretativo de los jueces y, como consecuencia, un riesgo de debilitamiento de la democracia» (Melero, 2017, p. 201).

La supremacía constitucional en los sistemas fuertes radica en la combinación de dos principios. El primero, una constitución escrita rígida, para cuya reforma se

precisa procedimientos agravados y de mayorías calificadas. El segundo, un sistema de justicia constitucional que confiere a los jueces el poder de desaplicar o anular las leyes que sean consideradas contrarias a los derechos fundamentales previstos en la Constitución. Los procedimientos de reforma constitucional resultan tan engorrosos y complejos, por el amplísimo consenso social y político que reclaman, que difícilmente podrá lograrse por esta vía revertir o modificar lo establecido por la jurisdicción constitucional. De este modo, el poder real de los jueces constitucionales en los sistemas fuertes, vienen dado por el nivel de rigidez de la Constitución (Melero, *op.cit.*, p. 202). Esto es así, al punto que dentro de los sistemas fuertes se admite un subgrupo, el de los sistemas *extra-fuertes*, que son aquellos que admiten la posibilidad de que la justicia constitucional pueda declarar inconstitucional ciertas reformas de la constitución, lo cual se logra, bien a través de “cláusulas de intangibilidad” o de “cláusulas de eternidad”, que prohíben las reformas de ciertos derechos, aunque tales cláusulas pudiesen ser reformadas ; o, en defecto de estas, a través de la elaboración de la “doctrina de la estructura básica”, que sostiene que «los jueces pueden identificar por sí mismos los principios y valores constitucionales que actúan como límites infranqueables para el legislador ordinario y el poder de reforma constitucional, pudiendo revocar las reformas constitucionales que se consideren contrarias a tales principios» (*Ibid.*). Se distingue también una versión débil del constitucionalismo extra-fuerte, que admite la posibilidad de que a través de procedimientos de reforma constitucional pueda decidirse en contra de lo establecido en decisiones del tribunal constitucional.

Ha señalado también Melero, que en la polémica entre modelos fuertes y débiles de justicia constitucional, «no se discute la necesidad y/o la deseabilidad del control judicial de constitucionalidad de las leyes»; sino por el contrario, «la discusión gira en torno a cuál es el mecanismo o diseño institucional que nos parece más apropiado para realizar dicho control en una sociedad democrática» (*op.cit.*, p. 199).|

Los sistemas débiles de justicia constitucional, llamados también sistemas en los que el poder judicial, tiene la “penúltima palabra”, «no constituyen procedimientos concebidos para la adopción de decisiones *finales* en materia de derechos fundamentales en una comunidad política». (Moreno, 2008, p. 465). En ellos, los tribunales constitucionales carecen, en primera instancia, de poder anulatorio sobre las leyes del parlamento, pero conservan la competencia de objetar la ley, que, si bien no es anulada, provoca su reenvío al legislativo a efectos de que sea modificada o reformada, a fin de adaptarla a los principios constitucionales indicados por la sentencia.

Estos sistemas débiles de control constitucional, encuentran dos tipos de justificación, una positiva, y otra negativa.

Se ha sostenido, desde el punto de vista negativo, que estos sistemas débiles se justifican porque «al no otorgar la palabra final a un órgano de naturaleza jurisdiccional, no parecen violentar, al menos *prima facie*, los requerimientos de integridad procedimental e instrumental que deben revestir los procedimientos para la adopción final de decisiones» (*op.cit.*, p. 466).

Desde el punto de vista positivo, se justifican porque representan «la mejor manera de compatibilizar los dos principios tradicionalmente opuestos de la supremacía judicial y de la soberanía parlamentaria» (*Ibid.*).

Los sistemas débiles de justicia constitucional, se fundamentan en la teoría del diálogo interinstitucional, según la cual los tribunales constitucionales y los parlamentos desarrollan un diálogo constante a efectos de determinar un adecuado balance entre los principios constitucionales y las políticas públicas (*op.cit.*, p. 467); es decir, hay una ideal colaborativo de protección de los derechos humanos (Melero, 2017, p. 201). En este modelo, los tribunales no tienen la última palabra sobre la invalidez de una ley, y serán los parlamentos los que conserven siempre la potestad de modificar o revocar una ley cuya constitucionalidad ha sido cuestionada a través de una sentencia desprovista de efectos anulatorios.

Críticas a la teoría del dialogo interinstitucional:

a.- Su carácter retórico (crítica de Tremblay): Según el autor, los tribunales deben interpretar la constitución «de acuerdo a su leal saber y entender, y no entablar ninguna suerte de “diálogo” a la hora de determinar qué decisión adoptar»; de este modo, «el argumento sugiere que la propia naturaleza de la función judicial impide la viabilidad del diálogo», toda vez que el poder judicial, habiendo detectado que la ley vulnera la Constitución, carecería de márgenes de negociación o de flexibilización para entablar un diálogo. (*op.cit*, p . 468)

b.- La crítica formulada por Sinnott-Armstrong: Puede sintetizarse mediante el presente ejemplo:

Así como no puede haber diálogo cuando una esposa objeta a su marido el que éste desee llevar a cabo una acción, y el marido responde, “No me importa, lo haré igual”, lo mismo puede decirse de una legislatura que, en respuesta a una decisión judicial, decida emplear la facultad de revisar una determinada interpretación judicial que invalida una ley: “No nos importa, haremos prevalecer la ley de cualquier manera” (*op.cit.*, p. 469).

Sobre esta crítica, y sobre el ejemplo propuesto, señala Moreno que «el diálogo podría no llegar a prosperar desde el punto de vista de la actitud del órgano legislativo, lo cual dependerá de las condiciones y del medio en éste desarrolle su actividad, algo que resulta puramente contingente» (*Ibid.*). En algunos sistemas, dependiendo de diversos factores, el poder legislativo podría acoger sin dificultad las observaciones de la sentencia constitucional. En otros, por razones políticas, sociales, económicas, etc., el legislativo podría aferrarse a su posición inicial, e insistir en la legitimidad de la ley cuestionada. Según esta crítica, los sistemas débiles, en lugar de propiciar un diálogo entre poderes, podría ser un factor generador de una crisis orgánica, de consecuencias indeseables.

c.- La posible redundancia: Advierte Moreno que podría ocurrir que aun admitiendo la disposición del poder legislativo para tomar en cuenta las objeciones e instrucciones emanadas de la justicia constitucional, puede que el debate parlamentario, y todos los agentes internos y externos del parlamento involucrados en

el proceso de formación de la ley, «no hagan sino reproducir, al menos en la gran mayoría de casos, posturas que ya son bien conocidas en las legislaturas a raíz del tratamiento originario de la cuestión» (*Ibid.*). En otras palabras, sería bastante probable que el “diálogo” propuesto por la sentencia constitucional, procure el reexamen de asuntos que fueron harto debatidos y suficientemente analizados por el órgano legislativo, motivo por el cual es de prever que la decisión del parlamento será reafirmarse en su posición inicial, que fue concienzudamente adoptada.

d.- La actitud paternalista de la justicia constitucional: Según esta crítica, sería inconveniente la premisa fundamental de los sistemas débiles de justicia constitucional, de otorgar a los tribunales constitucionales un rol paternalista, dedicado a «“ayudar” a una legislatura incapaz de deliberar adecuadamente por sí misma o de tomar en cuenta con seriedad los valores constitucionales a la hora de adoptar sus decisiones» (*op.cit.*, p. 470). Esta crítica señala que no es comprensible que «a pesar de que las legislaturas son cuerpos colegiados integrados por cientos y cientos de representantes electos, los jueces deben cumplir la función de “tutelar” la calidad del proceso político». (*Ibid.*).

Romboli (1996), realiza una clasificación de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional italiana en procesos de control incidental de la constitucionalidad de las leyes, y distingue entre sentencias de *desestimación* o de *falta de fundamentación*, que son aquellas «a través de las cuales la Corte excluye que exista el vicio de inconstitucionalidad en los términos en los cuales éste ha sido denunciado por el juez *a quo*», y decisiones de *estimación* o de *inconstitucionalidad*, esto es, aquellas en las que, «por el contrario, la Corte declara la contradicción entre las disposiciones impugnadas y los principios constitucionales» (p. 60).

Entre las sentencias de desestimación, señala las de *falta de fundamentación* o *desestimación* y los *autos de manifiesta falta de fundamentación*; y, las que resultan de mayor interés para el tema a investigar, las sentencias *interpretativas*.

Las sentencias de *falta de fundamentación* son usadas por la Corte para «indicar que se trata de una cuestión de fácil solución en el sentido precisamente de la

falta de fundamentación» (*op.cit.*, p. 61). En un primer momento fueron usadas «en el caso en que la cuestión planteada hubiese sido ya antes abordada y resuelta por la Corte constitucional» (*Ibid.*), y en otros casos, los menos, para «indicar que una cuestión, si bien planteada por primera vez, debía tenerse como caracterizada por una absoluta falta de consistencia, verificable *ictu oculi*, o bien debía considerarse de fácil solución sobre la base de una sentencia anterior con la que la Corte había resuelto una cuestión análoga» (*Ibid.*).

Cuando la cuestión de constitucionalidad tiene por objeto una disposición que ha sido previamente declarada inconstitucional, la Corte acudió al *auto de manifiesta inadmisibilidad*; y para las otras hipótesis, la Corte ha acudido a las decisiones de *manifiesta falta de fundamentación*, que sueles declarar que «la cuestión no debería ni siquiera haber sido remitida a su examen, no pudiéndose albergar ni siquiera una duda sobre su fundamentación, dada la clara y manifiesta inconsistencia» (*Ibid.*).

Las decisiones de *manifiesta falta de fundamentación* están caracterizadas por una motivación muy exigua, prácticamente inexistente, «que podría recordar de alguna manera a las decisiones procesales motivadas *per curiam* del Tribunal Supremo norteamericano» (*Ibid.*). La principal objeción del autor respecto de este tipo de autos no guarda relación con su exigua motivación, sino con «la falta de rasgos claros para el presupuesto en cuestión; esto es, cuándo y en qué condiciones puede decirse que existe una situación de «manifiesta falta de fundamentación», sobre todo obviamente en aquellos casos en los cuales la Corte examina una excepción de constitucionalidad nueva, abordada por primera vez en su jurisprudencia» (*op.cit.*, p. 62).

El segundo supuesto de sentencias *desestimatorias*, son las denominadas *interpretativas*, esto es, aquellas «a través de las cuales la Corte llega a una resolución de desestimación, pero suministra al mismo tiempo una interpretación de la disposición impugnada que sirve para «salvarla» de la declaración de inconstitucionalidad» (*Ibid.*). Lo característico de este tipo de sentencias, es que «se declara infundada la cuestión de constitucionalidad planteada, pero «*en los términos*

previstos en la motivación», enviando así a la interpretación correctiva suministrada en la motivación de la decisión» (Ibid.).

La decisión interpretativa *desestimatoria* tiene respecto de los demás jueces un efecto persuasivo. De hecho, un determinado juez podría no compartir ni aceptar la interpretación emanada de la Corte Constitucional, en cuyo caso tendría la posibilidad de replantear esta cuestión de constitucionalidad, sin que pueda considerarse la misma manifiestamente infundada. En este caso, la Corte Constitucional tendría posibilidad de reafirmarse en la interpretación asumida en la sentencia previa, declarando esta vez la inconstitucionalidad de la ley. Este mecanismo se denomina “doble resolución” (*op.cit.*, p. 63)

Clasifica las decisiones *estimatorias*, en sentencias de *inconstitucionalidad totales*, «cuando producen la eliminación del ordenamiento jurídico de la disposición impugnada en todos los posibles significados derivables de la misma» (*Ibid.*); o *parciales*, cuando «contradicción con la Constitución y, por tanto, la eliminación afecte solamente a una entre las posibles normas deducibles de aquella disposición, la cual queda, por tanto, en vigor en lo que atañe a todas las demás» (*Ibid.*); y se caracteriza por «por la fórmula, contenida en el fallo, según la cual una disposición es declarada inconstitucional «*en la parte en que*» prevé o dispone algo» (*op.cit.*, p. 64).

Otra categoría la constituyen las sentencias *manipulativas*, esto es, aquellas en las que «la Corte procede a una modificación e integración de las disposiciones sometidas a su examen, de manera que éstas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente del original» (*Ibid.*). Estas se clasifican en *aditivas* y *sustitutivas*.

En las *aditivas*, «la Corte declara inconstitucional una cierta disposición, en tanto en cuanto deja de decir algo («*en la parte en la que no prevé que*»); mientras que en las *sustitutivas* se caracterizan «por el hecho de que con ellas la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra» (*op.cit.*, p. 65).

Técnicamente, la sentencia manipulativa sustitutiva se compone de dos partes: «una que demuele el contenido de la disposición impugnada» y «otra que lo reconstruye, a través de la cual la Corte procede a dotar a la misma disposición de un contenido diferente, en línea con los principios constitucionales» (*Ibid.*).

Están también las *sentencias de declaración de ilegitimidad constitucional derivada*, esto es, aquellas que declaran la nulidad de otras leyes no impugnadas, cuya inconstitucionalidad se deriva como consecuencia de la decisión dictada.

Romboli advierte que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional hay siete hipótesis en los cuales resulta procedente la inconstitucionalidad derivada, a saber, (i) cuando «la declaración de inconstitucionalidad se extiende a otras y diferentes disposiciones que coinciden, junto a la/s impugnada/s, en que producen el efecto considerado por la Corte como inconstitucional»; (ii) cuando «la Corte ha extendido la declaración de inconstitucionalidad a otras disposiciones que contienen la misma, idéntica expresión considerada inconstitucional, o bien han hecho referencia o llamada expresa a la disposición impugnada, o incluso han regulado nuevamente la misma materia, reproduciendo de manera idéntica la disposición declarada inconstitucional»; (iii) la «declaración de ilegitimidad constitucional de disposiciones cuya única razón de ser era la de dictar una regulación instrumental para la regla sustancial considerada contradictoria con la Constitución»; (iv) «por la consideración de que la supervivencia de las mismas plantearía una contradicción insuperable con la resolución de estimación y, sobre todo, con las finalidades que con la misma se han querido alcanzar»; (v) cuando la Corte «ha considerado que debía extender la declaración de inconstitucionalidad a la nueva regulación que había mientras tanto derogado la impugnada al considerar que esta última, aun habiendo regulado de manera diferente la materia *de qua* no contiene una regulación que baste para sustraerla de los mismos vicios encontrados en la reglamentación precedente»; (vi) cuando la Corte para hacer efectiva la inconstitucionalidad declarada, extiende la declaración «a la regulación instrumental, a través de decisiones de tipo aditivo, que vienen así a representar la parte «constructiva» de una intervención de la Corte que

tiene su momento «demolitorio» en la resolución de inconstitucionalidad de la disposición impugnada»; y (vii) cuando «la Corte hace referencia a la *ratio decidendi* contenida en la decisión, llegando a declarar constitucionalmente ilegítima una disposición diferente de la impugnada por el juez a *quo* y a la que hace referencia el auto de remisión, por cuanto la considera análoga o semejante, y afectada en consecuencia del mismo vicio de inconstitucionalidad» (*op.cit.*, p. 68).

Alude también a nuevos tipos de sentencias destinados a aplazar en el tiempo los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Un primer grupo de sentencias, tienden a limitar los efectos retroactivos de las decisiones de la Corte. Se trata de las decisiones de *ilegitimidad constitucional sobrevenida*, «a través de las cuales se tiende a aplazar en el tiempo los efectos de la declaración de inconstitucionalidad» (*op.cit.*, p. 70). Al respecto, distingue dos supuestos, a saber, la ilegitimidad constitucional sobrevenida *en sentido estricto* o *en sentido propio*; y «aquella que en cambio llega al mismo resultado de limitar la eficacia retroactiva de las declaraciones de inconstitucionalidad a través de un equilibrio entre los diferentes valores constitucionales que están concretamente en juego» (*op.cit.*, p. 71).

En las sentencias de ilegitimidad constitucional sobrevenida *en sentido estricto* o *propio*, la Corte Constitucional «afirma que una determinada regulación, conforme con el dictado constitucional en el momento de su entrada en vigor, ha devenido en inconstitucional sólo después, tras sobrevenir acontecimientos posteriores, por lo que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad debe producirse a partir del momento en el que tal condición se ha verificado efectivamente» (*Ibid.*). Por tanto, «ley impugnada pierde su eficacia, no desde el momento de su entrada en vigor, sino desde un momento posterior (aquel en el que ha devenido en inconstitucional)». (*Ibid.*).

En las sentencias de ilegitimidad constitucional sobrevenida por equilibrio entre valores, la Corte:

considerando que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, al tutelar y garantizar ciertos valores, produciría al mismo tiempo efectos negativos respecto a otros, también merecedores de tutela a nivel constitucional, difiere la eficacia de su resolución de manera que se reduzcan o eliminen dichos efectos negativos, e indica, por tanto, un momento a partir del cual la disposición impugnada debe considerarse inconstitucional (*op.cit.*, p. 72).

Un segundo grupo de sentencias, tienden a retardar los efectos de las decisiones de admisión, y entre ellas se cuentan las *resoluciones de incompatibilidad* (que se clasifican en las de *inconstitucionalidad verificada, pero no declarada*; y las de *desestimación con verificación de inconstitucionalidad, todavía constitucional*); y las *sentencias aditivas de principio* (y dentro de éstas, el subtipo de *declaración de inconstitucionalidad con delegación al parlamento*).

A través de las decisiones de *incompatibilidad*, la Corte desestima el asunto, no sin antes advertir que la normativa analizada se encuentra en contradicción con determinados principios constitucionales, y en tales casos la Corte «lanza mensajes explícitos al legislador y a los jueces, observando que, cuando vuelva a examinar la cuestión, la estimará y declarará inconstitucionales las disposiciones impugnadas» (*op.cit.*, p. 73).

En los casos de inconstitucionalidad verificada, pero no declarada, la Corte decide diferir la anulación, procurando una intervención del legislador que repare la contravención detectada. Con este proceder, la Corte impone como límite a su poder «el necesario respeto a la discrecionalidad del legislador, por lo que la motivación se despliega enteramente en el sentido de la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas» (*Ibid.*).

Y en los casos de desestimación con verificación de inconstitucionalidad, todavía constitucional, «la Corte estima que la ley impugnada, por el momento, es conforme a la Constitución, pero esto sólo en consideración al carácter temporal que tiene o se supone que tiene la regulación impugnada»; a la vez que advierte «al

legislador de que, si dicha regulación pasa de temporal a permanente o no es modificada dentro de un cierto plazo, se convertirá en inconstitucional y la Corte no podrá sino declararlo a través de una resolución de inconstitucionalidad» (*Ibid.*).

Finalmente, están las denominadas sentencias *aditivas de principio*, en las cuales la Corte Constitucional «sigue la misma técnica de las sentencias aditivas», pero «con la diferencia de que en nuestro caso no se introduce una regla inmediatamente actuante y aplicable, sino que se fija un principio general que debe ejecutarse a través de una intervención del legislador, pero al que puede ya, dentro de ciertos límites, hacer referencia el juez en la decisión de los casos concretos». (*op.cit.*, p. 75).

Un subtipo de las sentencias aditivas de principio, son las *declaraciones de inconstitucionalidad con delegación al parlamento*. En ellas el juez constitucional estima la cuestión de constitucionalidad, por lo que «las disposiciones impugnadas se declaran inconstitucionales, pero en lo que concierne a la eficacia de tal declaración, se hace una remisión a los «principios» y sobre todo a los «plazos» indicados en la motivación» (*op.cit.*, p. 76), «amenazando, si esto no sucede, con la adopción de «decisiones adecuadas para aquella situación»» (*Ibid.*).

Díaz (2012), propone dos sistemas de clasificación de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español, uno formal, basado exclusivamente en lo expresado en la parte dispositiva del fallo, y otro material, que atiende a la operación que realiza la sentencia sobre la ley impugnada, y que considera todo el contenido normativo del fallo.

La clasificación *formal*, distingue entre sentencias *estimatorias* y *desestimatorias*.

Las *desestimatorias* se dividen en *puras* (o *simples*), que son aquellas que se limitan a «desestimar el recurso o cuestión interpuesto» (*op.cit.*, p. 337), pudiendo incluso pronunciarse expresamente sobre la constitucionalidad de la ley; *interpretativas de desestimación*, que son aquellas que declaran «la constitucionalidad del precepto “si se interpreta” o “interpretado” en el sentido que el

propio Tribunal señala» (*Ibid.*), y que normalmente incluye una remisión a la parte motiva del fallo; y *otras modalidades de desestimación*, que pueden incluir las sentencias que *declaran que una ley no es todavía inconstitucional*, pero que pudiera llegar a serlo si no se modifica la regulación, y las sentencias de *apelación*, en las que se declara la inconstitucionalidad del precepto pero en lugar de anularlo se exhorta al legislador a modificarlo en un determinado sentido y plazo para adecuarlo mejor a las exigencias constitucionales (*op.cit.*, p. 338).

Las *estimatorias*, a su vez, se clasifican en la de estimación *total*, esto es, aquellas que «declaran la inconstitucionalidad y nulidad del precepto o preceptos impugnados»; y las de estimación *parcial*, que a su vez admiten dos subtipos, a saber, la de *estimación parcial respecto al texto de la disposición impugnada* «en las que se declara la inconstitucionalidad de una o varias palabras, o de un inciso textual del precepto impugnado»; y las de *estimación parcial respecto a la norma*, que son aquellas que si bien declaran la inconstitucionalidad del precepto impugnado, «dicha inconstitucionalidad no se refleja en una parte, palabra o inciso concreto de su texto, sino que afecta en realidad a parte del contenido normativo derivado del mismo». (*op.cit.*, p. 338).

Estas modalidades de sentencias de estimación parcial constituyen sentencias interpretativas de estimación, pero respecto a ellas aplica la siguiente distinción:

Sentencias interpretativas de estimación *en sentido estricto*, que son aquellas en las que se señala la inconstitucional de «una entre las varias interpretaciones que *alternativamente* pueden derivar del precepto cuestionado» (*op.cit.*, p. 339).

Sentencias interpretativas de estimación «que declaran la inconstitucionalidad de una norma o parte del contenido normativo derivado conjuntamente del texto impugnado» (*Ibid.*). Este tipo se corresponde con las que la doctrina italiana denomina sentencias *manipulativas*, y a su vez admiten la siguiente distinción: *reductoras*, que son aquellas que «señalan que el precepto es inconstitucional “en la parte en que...” o “en cuanto...” prevé o incluye “algo” contrario a la norma fundamental» (*Ibid.*); *aditivas*, que son aquellas que «indican que un artículo es

inconstitucional “en cuanto no prevé...”, o “no incluye”, o “excluye” “algo” que debería incluir para ser completamente conforme a la Constitución» (*op.cit.*, p. 340); y *sustitutivas*, aquellas «cuyo fallo afirma que el precepto es inconstitucional “en cuanto prevé” o señala “algo”, en lugar de “otra cosa” que debería prever para ser constitucional» (*Ibid.*).

Y finalmente, otros tipos de sentencias interpretativas estimatorias, como aquellas que declaran la inconstitucionalidad de la ley sin declarar su nulidad, o las que establecen un plazo para que el legislativo reforme la norma en determinado sentido, o las que establecen que una disposición legal no es aplicable en determinado territorio, o que sólo es aplicable supletoriamente en el mismo. (*op.cit.*, p. 341).

La clasificación material, como se mencionó anteriormente, atiende a «los efectos realmente producidos por el fallo en el *contenido normativo* del precepto cuestionado» (*op.cit.*, p. 342), y aplican para este análisis las siguientes premisas. Primero, «toda sentencia que no es de desestimación pura, es de estimación parcial», pues constituye un reproche al precepto impugnado y refleja una necesidad de adecuar al menos parte de éste a la Constitución; segundo, «todas las sentencias interpretativas son materialmente estimatorias», pues entienden que al menos una de las interpretaciones posibles es inconstitucional; y tercero, que «todas las sentencias que formalmente son interpretativas de desestimación, materialmente son interpretativas de estimación en sentido amplio», pudiendo ocurrir, en determinados casos, que estas sentencias rechacen una, o varias, o todas menos una, de las interpretaciones que pueden derivar de un precepto, por lo que serán materialmente estimativas en sentido estricto; o pudieran ser sentencias formalmente desestimatorias que “encubren” pronunciamientos aditivos, reductores o sustitutivos; o pudieran ser sentencias formalmente aditivas que contienen un pronunciamiento materialmente reductor (*op.cit.*, p. 343).

Atendiendo al criterio material, las decisiones constitucionales se clasifican en *sentencias de desestimación pura*, que son «las que desestiman el recurso o cuestión, sin rechazar ninguna interpretación de la ley, ni modificar ni alterar su contenido

normativo»; y *sentencias materialmente de estimación parcial*, esto es, todas las demás, pues recuérdese que «toda sentencia que no es desestimación total, es de estimación parcial» (*op.cit.*, p. 344).

Las *sentencias materialmente de estimación parcial*, se clasifican, a su vez, *sentencias interpretativas en sentido estricto*, que son aquellas que «“eligen”, entre las varias interpretaciones de un precepto, aquélla o aquéllas conforme a la Constitución, o “descartan” la o las inconstitucionales» (*Ibid.*); las *sentencias materialmente manipulativas*, que «entienden que el contenido normativo derivado conjuntamente del precepto es en parte inconstitucional» (*Ibid.*), por lo que proceden a ampliar, recudir o a sustituir dicho contenido normativo (estas se clasifican en aditivas, reductoras o sustitutivas, nociones antes explicadas); y, *otras sentencias materialmente estimatorias*, que son aquellas que englobaría todos los demás supuestos en lo que el fallo «realiza materialmente en reproche a la constitucionalidad del precepto», aunque no declare su nulidad.

El trabajo de Díaz (2012), fue elaborado durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, y por ello incluyó reflexiones sobre el artículo 39 de la Ley, aun en proyecto, que fue a la postre aprobado sin incluir las innovaciones propuestas.

Esta norma incluía modalidades valoradas positivamente por el autor, que de alguna manera ya habían sido creadas por la jurisprudencia, pero que encontraban regulación expresa en el proyecto de Ley; nos referimos a la inconstitucionalidad sin nulidad, a la nulidad diferida, y a la inconstitucionalidad por deficiencia normativa.

La reforma legislativa propuesta comportaba como novedad «la ruptura del vínculo, antes insoslayable, entre la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad del precepto impugnado» (*op.cit.*, p. 347).

CAPITULO III

LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL AL EJERCER EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. EL ÁMBITO DE LO POLÍTICO COMO LÍMITE EN LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE LA LEY.

En el modelo kelseniano de justicia constitucional, el monopolio para la anulación de las leyes correspondía a un tribunal único y especializado, cuya función «como la del legislador, consistía en crear normas jurídicas de alcance general, lo cual está vedado a los tribunales de justicia; sólo que dichas normas generales, como se limitan a anular o suprimir leyes, tendrían un signo negativo». (Canova, 2002, p. 75).

Esto implicaba la absoluta exclusión de los tribunales del sistema de justicia constitucional, que se justificaba, entre otras razones, por el exiguo contenido material o sustantivo de la constitución. El tribunal constitucional, único legitimado para anular la ley, era extraño a la estructura del poder judicial. Con este diseño, procuraba Kelsen «evitar el riesgo de un «gobierno de los jueces», peligro sentido por amplios sectores de la doctrina europea de la época». (Fernandez, 2011, p. 128)

El modelo kelseniano se basaba en la confrontación en abstracto de dos normas jurídicas, dilucidando su contravención a través de operaciones lógico silogísticas. De este modo Kelsen:

estaba rechazando el subjetivismo radical implícito en algunas de las teorías jurídicas de la época, como sería el caso de la Escuela libre del Derecho (*Freirechtsbewegung*) y de la comunidad del pueblo (*Volksgemeinschaft*) y reivindicando la búsqueda de la objetividad y de la racionalidad perdidas en amplios sectores jurídicos y judiciales de la Alemania de Weimar. (Fernandez, 2011, p. 128).

O como afirma Gascón (1994), el diseño de un Tribunal Constitucional ajeno a la justicia ordinaria se justificaba, desde el neopositivismo kelseniano, por el objetivo de instaurar un razonamiento jurídico fundado en la razón y en la lógica, para lo cual debía cumplir dos exigencias:

en primer lugar, verificar un juicio abstracto de normas donde quedase excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, por cuanto tales valores e intereses son la fuente y el vehículo de la subjetividad y de la ideología, y en segundo término, adoptar como exclusivo parámetro de enjuiciamiento una Constitución concebida como regla procedimental y de organización y no como generadora de problemas morales y sustantivos. (*op.cit.*, p. 65).

Con el fin de la segunda guerra mundial el desarrollo del sistema de justicia constitucional experimentó un viraje en lo que concierne al rol de los tribunales constitucionales, que tiene «su máxima expresión en el denominado proceso de judicialización de la política», en el que los jueces adquieren «la posición de árbitros definitivos del proceso político y guardianes de los postulados valorativos consagrados en la Constitución» (Combellas, 2013, p. 73).

Hasta entonces los dos grandes sistemas de justicia constitucional, el americano y el kelseniano, eran modelos puros que se dividían entre control difuso, el primero, y control concentrado, el segundo; pero, «las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial han pasado a asumir de una manera decidida la posibilidad de que exista un tercer sistema nacido de la combinación de los dos anteriores» (Garrorena, 2011, p.108).

El diseño kelseniano que implicaba la confrontación en abstracto de dos normas, un proceso autónomo o especial para enjuiciar la constitucionalidad de la ley, un único órgano de control ubicado fuera del poder judicial, la necesaria dicotomía rechazo/anulación, y los efectos erga omnes de las decisiones, dio paso a un sistema diferente, en el cual, si bien se mantenía el monopolio de la anulación de las leyes en un órgano único, este órgano podía enjuiciar la constitucionalidad de una ley no sólo a través de un procedimiento autónomo especial, sino también por vía incidental, dando lugar a un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley *en su aplicación* al caso concreto.

En la nueva justicia constitucional europea, los jueces ordinarios, que no tienen el poder de anular la ley, sí tienen el de detectar que su aplicación en un proceso específico que está bajo su conocimiento podría ser inconstitucional, en cuyo caso pueden plantear lo conducente al órgano único especializado, a fin de que éste juzgue el asunto atendiendo a las circunstancias del caso concreto. En este análisis el tribunal especializado no realizará una verificación abstracta de la constitucionalidad de la ley cuestionada, sino que, entendiendo que esta norma es absolutamente relevante e indispensable para la resolución de ese específico conflicto intersubjetivo, determinará si la aplicación de la ley a esa situación particular, es o no contraria a la constitución.

Entendiendo que el análisis que realiza el juez constitucional en ese caso concreto no es un análisis abstracto, en el sentido kelseniano, cobra entonces relevancia la distinción entre disposición o enunciado, y norma, «según el cual mientras la primera se refiere al texto normativo según lo que se deriva de su expresión literal y prescindiendo de su interpretación, la segunda indica su prescripción que el intérprete extrae de la disposición» (Romboli, 1997, p. 23); de modo que los jueces tienen la necesidad «de interpretar el significado abstracto del "enunciado legal" y extraer, de allí, las "normas" que aplicarán a los asuntos o procesos de los cuales conozcan» (Canova, 2005-2006, p. 14).

Al ser posible extraer de una determinada disposición o enunciado varias normas, según las circunstancias de cada caso concreto, «Hay "normas" que salen de una "disposición" que son incompatibles con la Constitución mientras que, otras, que incorporen alguna precisión o matización, quedarían incólumes al escrutinio de inconstitucionalidad» (Canova, 2005-2006, p. 14).

Esto origina una segunda diferencia relevante. En el sistema kelseniano la sentencia sobre la constitucionalidad de la ley debía, o bien desestimar el asunto, o bien anular la ley cuestionada con efectos erga omnes. El sistema actual no atiende a esa misma racionalidad, ya que, de una disposición, que en principio es constitucional, podrían extraerse normas singulares que no se acomodan bien a las

circunstancias de un determinado caso; dicho de otro modo, de una disposición determinada podrían extraerse normas constitucionales, y normas que, atiendo a razones particulares de un determinado caso, podrían no serlo tanto.

Cuando el juez constitucional detecta que la aplicación de una norma a un caso concreto podría resultar inconstitucional, pero que en general, la disposición en sí misma no lo es, tiene la posibilidad de, en principio, mediante una sentencia desestimatoria del recurso, corregir la aplicación que en el caso concreto podría conllevar a la inconstitucionalidad, ordenando que la norma impugnada sea interpretada de determinada manera; o dicho de otro modo, puede el juez constitucional “salvar” la disposición cuestionada, el declarar la improcedencia del recurso y no anularla, fundando tal declaratoria de improcedencia en que se siga o se excluya una determinada interpretación de la norma en el caso concreto.

Con este proceder el juez evita la crisis que supone la anulación de la ley, por cuanto ello originaría un indeseable vacío en el ordenamiento jurídico, y a su vez logra obtener o extraer de la disposición legal una norma que será útil para dar adecuada solución al caso enjuiciado. Queda rota así la tradicional relación entre inconstitucionalidad y nulidad, en el sentido de que en el análisis judicial una vez detectada aquella, no necesariamente debe producirse ésta.

Y es precisamente en este punto donde comienza a percibirse el problema. Del rol de legislador negativo que atribuyó Kelsen a los tribunales constitucionales, la justicia constitucional ha mutado, y ha asumido tareas creadoras, «más propias de las funciones que ha de desempeñar el legislador democrático, lo que supone tanto un riesgo para la división de poderes como un «agravamiento» de la dificultad contramayoritaria «clásica»» (Macho, 2019, p. 245).

A través de la interpretación constitucional «Ya no solamente se contradice al legislador democrático cuando una ley se estima inconstitucional sino que, en ocasiones, incluso se usurpan sus funciones» a través de las denominadas sentencias “intermedias”. (*op.cit.*, p. 235).

Cuando los jueces interpretan la Constitución para, a partir de allí, enmendar, reparar o modular el contenido de las leyes impugnadas, para obtener mejores normas que permitan una solución más constitucional que la que estuvo originalmente prevista por el legislador democrático, están cumpliendo una función de creación, y no de aplicación. En tal sentido ha afirmado Ahumada (2005):

la función principal de los Tribunales Constitucionales en democracias consolidadas, en un contexto de estabilidad y normalidad constitucional, no es la de expulsar del ordenamiento leyes inconstitucionales. Esta es sin duda su competencia más extraordinaria y la que hace de ellos órganos singulares, pero no la que caracteriza su función, que tiene mucho más de «constructora» y de «reparadora» que de «destructiva». Aun aceptando que la jurisdicción constitucional sigue justificándose primordialmente por la necesidad de garantizar la integridad de los principios estructurales del Estado constitucional, permanentemente en riesgo por la actividad de sus propias instituciones, reducir la misión de los Tribunales Constitucionales a la de guardianes del estado de cosas fijado por una Constitución en un momento dado es desconocer su real poder. (p. 51)

Tal proceder en principio parece loable, pues permite obtener una solución constitucional al caso concreto, y evita aplicar la consecuencia originalmente prevista en la ley, que, si bien pudiera ser tolerable en la mayoría de los casos, resultaría inconstitucional dadas las especiales circunstancias de “ese” caso analizado.

Este poder que la jurisdicción constitucional ha asumido ha dado pie para que el tribunal, a través de sus sentencias, regule situaciones especiales que originalmente no fueron previstas en la ley; añada supuestos adicionales a los que ya estuvieron previstos en un primer momento en la ley; suprima supuestos que sí estuvieron expresamente previstos en la ley; ordene al legislador democrático que proceda a aprobar leyes con determinado contenido en determinado plazo; e incluso, para regular supuestos o asuntos que nunca fueron considerados por el legislador; todo

ello, bajo el argumento de que la intervención judicial era indispensable para asegurar la aplicación de la constitución.

Sin duda, esta actividad, en principio legítima, supone en mayor o menor grado la incursión de la justicia constitucional en la actividad legislativa.

Lo dicho hasta ahora sólo permite concluir que la jurisdicción constitucional cumple un rol que excede, por mucho, el de legislador negativo. La jurisdicción constitucional, al conocer por vía principal o incidental sobre la constitucionalidad de las leyes, ha asumido una labor creadora, que en su manifestación más básica, se ejerce enmendando por vía de la interpretación judicial una disposición legal cuestionada, y extrayendo de ella normas constitucionalmente adecuadas para un caso concreto que no necesariamente se desprenden de la literalidad de la disposición, y que se manifiesta de manera más enérgica, mediante la incorporación en el ordenamiento jurídico, a través de las sentencias, de regulaciones distintas de las que se desprenden del contenido de la ley.

En este nuevo rol de la justicia constitucional, el problema no es determinar si se produce o no la creación de normas por los tribunales constitucionales al desplegar una actividad de interpretación de la ley conforme a la constitución; el problema estriba en saber si existe algún límite para tal actividad. O como ha señalado Alexy (2007), «lo que está en discusión no es *si* el Tribunal Constitucional tiene competencias de control en el ámbito de la legislación, sino tan sólo cual es el *alcance* de las mismas» (p. 484).

La técnica de las sentencias interpretativas, entendiendo por tales «aquellas que emiten un pronunciamiento no sobre el enunciado de la ley, sino sobre una norma que de él puede deducirse mediante el empleo de los métodos habituales (¡a veces no tan habituales!) de interpretación» (Rubio, 1988, p. 30), goza de una aceptación general, a tal punto que, suele decirse, ha sido la base del prestigio de la Corte Constitucional italiana y del Tribunal Constitucional Federal alemán, cuya creación y funcionamiento se consideran «dos hitos cruciales» en el sistema de justicia europeo de la postguerra (Combellas, 2013, p. 73). Rubio se ha referido a ellas como un

«Procedimiento plausible, mediante el cual los Tribunales Constitucionales europeos logran un resultado más próximo al típico del sistema norteamericano» (*op.cit.*, p.30).

Según el autor, distinto es el caso de las denominadas sentencias manipulativas, «cuya verdadera naturaleza queda a veces encubierta porque la manipulación se opera mediante la anulación, en apariencia inobjetable, de una o varias palabras, sin las cuales cambia el contenido normativo del enunciado legal», y cuyo contenido, estima, resulta «menos respetuoso con el legislador» (*op.cit.*, p. 37). Sobre ellas advierte:

Su utilización puede ser aplaudida por quienes ven en él la única vía razonablemente rápida para acomodar a los valores constitucionales ordenamientos inspirados en principios bien distintos, pero violenta al máximo el sistema de división de poderes, que es el fundamento mismo de toda la arquitectura constitucional. (*op.cit.*, p. 38)

Por ello afirma Gascón (1994), refiriéndose particularmente a un subgrupo de sentencias manipulativas, las aditivas, que ellas:

suponen la extensión del contenido normativo de un precepto a un supuesto de hecho no previsto en el mismo, con lo que el TC claramente introduce en el ordenamiento una norma, que es ley para los jueces y Tribunales ordinarios, pero que no ha sido querida por el legislador (p. 72).

En el mismo sentido señala Romboli (1996), que la jurisprudencia constitucional italiana, «ha elaborado algunos tipos de decisión no presentes originariamente en el instrumental a disposición de la Corte y no deducibles de la letra de la ley» (p. 64). Afirma que, el término sentencias manipulativas se refiere a cierta tipología de sentencias a través de las cuales «la Corte procede a una modificación e integración de las disposiciones sometidas a su examen, de manera que éstas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente del original», y advierte, además, que «Este tipo de resoluciones, como se

puede imaginar, ha creado notables discusiones en la doctrina, e incluso despertado reticencias por parte de los jueces» (*Ibid.*).

Por ello, advierte que «Las resoluciones manipulativas han planteado el problema de la legitimación de la Corte Constitucional para llevar a cabo intervenciones, y, por tanto, tomar opciones, que corresponden exclusivamente al legislador» (*Ibid.*).

En el mismo sentido, afirma Acosta (1988), que el problema que se deriva de las sentencias interpretativas «no es, sin embargo, el de sus causas o fuentes, con ser el mismo tan inútil de esclarecer, sino el de su legitimidad, que guarda estrecha relación con la importancia cuantitativa y la riqueza de tipos» (p. 289); y en el mismo sentido, han señalado Caamaño, Gómez, Medina y Requejo, (1997) que el problema que las sentencias manipulativas plantean, es:

determinar en qué medida el Tribunal Constitucional, cuando las utiliza, lejos de limitarse a desempeñar su función natural de «legislador negativo», no está de hecho introduciendo en el ordenamiento jurídico normas de nueva creación, usurpando así el ámbito de libertad de configuración política que sólo al legislador corresponde (p. 78).

En definitiva, el problema que supone la actividad creadora de la justicia constitucional, es complejo y relevante, ya que si bien es cierto que su función innovadora no es total, en el sentido de que sus interpretaciones parten de una normativa preexistente, sí ostentan un altísimo grado de libertad, por el que pueden dictar normas desde un punto de vista material, sin estar sometidos a ninguno de los procedimientos constitucionales de creación, ni a las limitaciones políticas, técnicas y formales propias de la actividad legislativa (Santamaría, 1997). Por ello señala:

en el tema que nos ocupa lo verdaderamente relevante respecto de la jurisdicción constitucional es la conclusión a la que podemos llegar: a través de sus resoluciones, el TC crea Derecho, y si bien es cierto que la anterior afirmación debe ser matizada desde el momento en que la creación que lleva a cabo el TC no es una creación «libre» al estar

supeditada a la interpretación de un Derecho preexistente que no ha sido elaborado por él mismo e incluso vinculada a sus decisiones anteriores, también lo es que la actividad del TC se dirige frecuentemente a interpretar preceptos constitucionales «vagos», siendo aquí donde el TC dispone de un margen más amplio de maniobra y donde la concreción última y efectiva de estos preceptos puede depender de diversos factores políticos, ideológicos o de «sensibilidad iusfilosófica» respecto del ordenamiento. (*op.cit.*, p. 153).

El problema de la función creadora de la justicia constitucional y sus límites, se vuelve mucho más complejo debido a varios factores.

En primer lugar, el denso contenido material de las constituciones aprobadas a partir de la segunda postguerra, que ya no se limitan al esquema positivista kelseniano de organizar y asignar competencias a poderes públicos y a establecer los procedimientos y cauces formales para la creación de la ley, sino que cuentan con amplios contenidos de derechos fundamentales. Por ello afirma Ahumada (2005) que el constitucionalismo europeo «está sin duda inspirado en ese orden constitucional mutado que es el norteamericano post-*New Deal*», pero también en la tradición continental, por lo que está siempre presente «una noción de Estado que conserva el rasgo feudal de la obligación de protección a cambio de lealtad» (*op.cit.*, p. 214). A ello se suma como un relevante factor de complejidad el hecho de que los contenidos de la constitución están frecuentemente constituidos por valores y principios, muchas veces enfrentados y de contenido contradictorio, a tal punto que un determinado problema podría tener una solución en un sentido si se aplicasen determinados principios o valores constitucionales, y podría tener otra solución en sentido contrario si se aplicasen otros principios y valores constitucionales igualmente vigentes y de igual rango (Prieto, 2007, p. 122).

En segundo lugar, las formulas vagas, imprecisas, equívocas, con que esas constituciones han sido redactadas. Por ello ha señalado Casal (2000), que se atribuyen como elementos característicos de las disposiciones constitucionales «su

elasticidad o flexibilidad», así como «su carácter incompleto, imperfecto, fragmentario o lagunoso» (p. 127); o como afirma Aragón (1998), la constitución:

al ser la norma superior del ordenamiento, sus prescripciones tienden a presentarse con una alta dosis de generalidad, lo que no significa exactamente «abstracción»; y de otro porque al ser, al mismo tiempo, la norma básica del ordenamiento, es decir, la norma por donde pasan «todos los hilos del derecho», sus prescripciones suelen tener un marcado carácter sintético»

En el caso de la Constitución Democrática, estas consecuencias se acentúan «dado que su doble (y no por necesidad contradictoria) significación valorativa y abierta dota de un carácter inevitablemente «principista» a muchos de sus preceptos»

La interpretación de la Constitución adquiere así «no sólo una mayor «intensidad», sino también una mayor «extensión» que en el ámbito de las normas subconstitucionales». (p. 116)

En tercer lugar, el desarrollo un ordenamiento jurídico constitucionalizado, lo cual implica que los contenidos constitucionales son directamente aplicables, sin intermediación legal, a cualquier controversia intersubjetiva posible, esto es, que la constitución, con su densa sustantividad, ofrece respuestas materiales a todo asunto, con lo cual queda también redefinido, disminuido o relativizado, el rol de la ley.

En cuarto lugar, el hecho de que el rol de la justicia constitucional no es sólo el de enjuiciar o controlar la constitucionalidad de la ley, sino el de encontrar la mejor solución con base en la constitución, a toda controversia, con lo cual el contenido de la ley sólo es un elemento más a considerar en el análisis.

En quinto lugar, el hecho de que la constitución, que como se expresó antes, está llena de contenidos vagos y contradictorios, está dotada de garantía judicial, esto es, su contenido puede hacerse cumplir por los tribunales hasta por la fuerza, y a través de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. Esto implica, que en un

momento dado, todos estos principios de contenido impreciso pueden servir de base para justificar la ejecución forzosa de un fallo.

En sexto lugar, el hecho de que, según la necesaria conexión entre derecho y moral que asume el neoconstitucionalismo, la solución correcta de un asunto podría incluso no encontrarse en la literalidad de alguna disposición constitucional, sino en normas morales superiores -un derecho pre-positivo-, que aunque no esté en el texto de la constitución, le antecede.

Y, en séptimo lugar, porque en la racionalidad del sistema, el único ser legitimado para encontrar la solución correcta a todo asunto es el juez constitucional; es mejor juez aquél que tenga una más elevada capacidad de encarnar en sus decisiones los contenidos de la constitución, y esta misión no puede verse entorpecida por el contenido de la ley, ni por las omisiones asociadas a la actividad política propia de los parlamentos. La actividad de juez en los denominados “caso difíciles”, consiste, según el canon neoconstitucional, en identificar mediante la ponderación la única solución moralmente correcta en un mar de principios iguales y contradictorios, y en tal labor el derecho escrito tiene una importancia verdaderamente discreta.

La aplicación directa de la constitución a toda controversia, y la concepción de que las leyes no se dictan en el marco de la constitución sino en ejecución de ella, son aspectos propios de una idea de “constitución total” capaz de determinar todo el ordenamiento jurídico.

Como se señaló en el capítulo primero, autores como Guastini (2009), entienden por constitucionalización del ordenamiento jurídico un proceso de transformación radical:

al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales», y que se caracteriza por «una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales».
(p. 49)

Son estos los verdaderos efectos del neoconstitucionalismo: genera «una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente» (Carbonell, p. 155). Ha funcionado soportado en tribunales constitucionales proactivos, que suelen interpretar de forma extensiva derechos constitucionales sin estar sometidos a ningún tipo de control ni de restricción.

Esto significa que, de algún modo, en el neoconstitucionalismo el juez pasa del legislador; se desinteresa de la ley; y anda por libre, resolviendo conflictos y pretendiendo tutelando derechos fundamentales bajo el argumento de la aplicación directa de los principios previstos en la constitución, o incluso extrayéndolos de ella aunque no estén escritos.

Ahora bien, de lo expuesto se deduce (i) que la justicia constitucional lejos de limitarse a anular leyes, tiene un rol creador, que ejerce a través de sentencias interpretativas por las que de hecho reforma, modifica o innova el ordenamiento jurídico; (ii) que tal proceder ha pretendido fundamentarse es la necesidad de ejercer un rol tuitivo de los principios y valores constitucionales, con la gravedad de que los contenidos de la constitución, son de difícil inteligencia, al ser ambiguos, vagos, imprecisos y contradictorios; (iii) que la constitucionalización de ordenamiento jurídico implica la vocación de la constitución para resolver todo asunto jurídicamente relevante a través de su aplicación directa; (iv) que el contenido material o sustantivo de la constitución está en buena medida representado por principios y valores que si bien tienen igual rango y jerarquía, ofrecen soluciones contradictorias a un mismo problema, con lo cual, según los postulados neoconstitucionalistas, debe necesariamente acudir a la ponderación judicial y a la idea de la jerarquía axiológica entre principios; y (v) que la constitución garantiza la eficacia de los derechos fundamentales a través de un sistema objetivos de valores «una moral objetiva, de carácter prepositivo y con un grado de precisión y una capacidad de determinación de las soluciones constitucionalmente correctas muy superior a la de los puros enunciados constitucionales» (García, 2008, p. 54).

Aceptar como válidas todas estas premisas implica aceptar que los jueces, a través de la interpretación judicial, tienen un poder ilimitado; que se encuentran poco vinculados por la ley y por la literalidad de la constitución, y que son libres, bajo el argumento de ejercer una función tuitiva de derechos fundamentales, de legislar y definir políticas públicas sin control alguno.

Esto supone una clara intromisión en la función legislativa, que funciona bajo la lógica de las mayorías parlamentarias; de respeto a las minorías; de la construcción de consensos; de la definición de políticas públicas guiadas por ideales políticos; de limitaciones técnicas y presupuestarias, etc.

¿Existe o debería existir algún límite en la actividad de los tribunales constitucionales en su labor de intervención de la legislación a través de la interpretación de la constitución?; ¿es consustancial con el estado democrático de derecho afirmar que hay un ámbito reservado a la discrecionalidad política del legislador que no debe ser invadido por la actividad judicial?; ¿Deben quedar tribunales constitucionales inexorablemente vinculados por las decisiones políticas de oportunidad que emanan del poder legislativo en la definición de políticas públicas?; ¿Esta vinculación de la justicia constitucional a la ley debe producirse también en los casos en los que las leyes regulen el desarrollo de derechos constitucionales, e incluso cuando la opción política elegida discrecionalmente por el legislador no sea la que desarrolle de forma óptima (según criterio judicial) algún derecho fundamental previsto en la Constitución?

Es este el problema más dramático con el que se topa la justicia constitucional. Algunos, como Brewer, admiten sin cortapisas que es poco lo que podría hacerse para controlar el poder de los jueces constitucionales:

«Por ello, la pregunta mencionada: ¿Quién custodia al custodio?

No tiene respuesta, y sólo una elección sabia de los miembros de las Cortes Constitucionales, puede evitar que en determinados momentos se clame por la respuesta». (Brewer, 2014).

Este asunto ha sido tratado por la doctrina de diversos modos, y no existe unanimidad en torno a cuáles son los límites precisos de la justicia constitucional. Hay quienes cantan loas a los jueces progresistas; pero otros advierten que esta actividad creadora de los jueces supone un serio escollo para la democracia.

En todo caso, son recurrentes las críticas al exacerbado e ilimitado poder de innovación de los jueces constitucionales al interpretar la Constitución. Por ello ha afirmado Ahumada:

Si por el contrario se acepta o, por lo menos, no se combate la evidencia de que decidiendo sobre derechos constitucionales los jueces intervienen en el diseño de políticas, es posible sortear el enojoso asunto de la existencia de un «Derecho de los derechos» suprapositivo, aunque, a cambio, es irremediable enfrentarse con la famosa «dificultad contramayoritaria». (p. 125)

Diez-Picazo (1985), advirtió temprano sobre el resurgimiento vigoroso de un *derecho judicial*, a través de sentencias «que no sólo resuelven en justicia los casos concretos, sino que establecen reglas o doctrinas con una pretensión de sobrevivir a ese caso concreto y que carecen de una directa vinculación con la ley» (p. 22). Con preocupación alertó sobre la generalización y trivialización de esta práctica, señalando, además, dos «cantos de sirena» que intentaban desviar el derecho hacia tendencia:

Se encuentra, en primer lugar, la utilización *ad nauseam* de las cláusulas generales, en cuya fase de concreción el margen de arbitrio judicial es indudablemente extraordinario... La técnica de «acomodación» de las leyes a la Constitución, que se produce formalmente por vía interpretativa, pero que en rigor va más allá de la vía interpretativa, conduce a la misma solución. Una difusa influencia de la cultura norteamericana, recibida por vías no siempre expertas, no es ajena a este fenómeno, y tengo la impresión de que se generaliza por doquier... Es característico y curioso que cuando en ellas se pretende hacer una aplicación de la Constitución, lo que a veces se invoca son los valores supremos y entre ellos el

principio de justicia. Lo que quiere decir, lisa y llanamente, que la aplicación de la Constitución lleva directamente, sin ninguna intermediación, a la creación judicial del Derecho. Piénsese, para cerrar el círculo, lo que significa una acomodación de la ley a la Constitución (ex art. 5 LOPJ) para ajustaría al artículo 1º y al valor supremo justicia. Me parece que hay que tratar de favorecer frente a todo ello una vigorosa reacción, que, en aras de la brevedad, sintetizaré en tres puntos: una revaluación de la ley y por consiguiente un nuevo jacobismo, acompañado naturalmente de la necesaria mejora de la calidad técnica de las leyes; una buena dosis de escepticismo y una tendencia restrictiva en la aplicación directa de la Constitución, no yendo nunca más allá de los genuinos supuestos en que la aplicación directa es posible y aun en estos casos no perdiendo nunca el hilo de la intermediación de la ley; abandonar la tentación de un Derecho judicial dando un nuevo énfasis al mandato del artículo 1.7 del Código Civil de resolver los asuntos ateniéndose al sistema de fuentes establecido. (*op.cit.*, pp. 22 y 23).

Y Gozáini (2008), ha señalado que la desconfianza que genera la justicia constitucional «se proyecta también al tipo de sentencias constitucionales, sobre todo las anotadas como aditivas o manipulativas que, aun sin quererlo (¿o sí?) convierten al Tribunal Constitucional en un legislador con más fuerza y poder que el propio Parlamento» (p. 170).

No hay un límite preciso que permita, por ejemplo, diferenciar cuando una sentencia deja de ser interpretativa simple para convertirse en manipulativa. El problema de la legitimidad de las decisiones innovadoras, o intermedias, surge siempre que el juez otorga un sentido a la ley que no se desprende de su literalidad.

Siguiendo a Macho (2019), el problema que supone aceptar la legitimidad de las decisiones interpretativas, puede resumirse así:

La problemática que este tipo de sentencias constitucionales plantea se ve agravada por el hecho de que no suelen encontrar asidero en derecho

positivo, siendo los propios tribunales constitucionales los que, por medio de una interpretación muy laxa de sus propias leyes reguladoras —cuando no actuando al margen o en franca oposición a lo que estas establecen— han ido introduciendo por la vía de los hechos este tipo de pronunciamientos». (p. 246).

Por ello expone como tesis que:

la dificultad contramayoritaria se ve agravada por las «sentencias unilaterales», con las que no solo se contradice la voluntad mayoritaria — como ocurre cuando simplemente se anula una disposición legislativa—, sino que el teóricamente «legislador negativo» va más allá, llegando a entrometerse en funciones propias de los órganos legislativos» (p. 247).

Y concluye afirmado que el Tribunal Constitucional español, con este tipo de pronunciamiento «excede la función nomofiláctica (propia de un legislador negativo) para, al imponer una única interpretación de las disposiciones, ejercer una función nomotética, de selección de opciones (propia de un legislador positivo)» (p. 253).

Si la flexibilidad constitucional implica que, dentro de la constitución, el legislador democrático es libre de definir determinadas políticas públicas a través de la ley, deberá concluirse que es cuestionable la legitimidad del poder del juez constitucional de irrumpir en el ordenamiento jurídico corrigiendo, reformando, o directamente dictando normas de contenido general.

Aragón (1986) se ha referido a este problema en diversos trabajos, defendiendo la función recreadora de la justicia constitucional y el poder limitado y comedido del Tribunal Constitucional:

En la judicatura puede que no haya espacio, como se ha dicho en frase célebre, para convertir al iudex en príncipe, pero sí lo hay, especialmente en la judicatura constitucional, para intentar destronar al legislador. Una teoría de la interpretación que descansa en una teoría constitucional «adecuada» debe evitar esa ilegítima usurpación, que no sería sólo

contraria al orden constitucional sino también a la seguridad jurídica.
(1986, p. 128)

En sentido similar, refiriéndose al carácter recreador y no creador de la justicia constitucional, ha señalado:

De este modo, la Constitución no tiene por qué «ser sólo» lo que su intérprete «quiere» que sea, porque la norma constitucional no resulta enteramente disponible en su aplicación, de tal manera que cuando esa aplicación se produce jurisdiccionalmente, el órgano judicial no «crea» la norma constitucional, sino que la «recrea». La Constitución no «es lo que los tribunales dicen que es», por la sencilla razón de que el órgano jurisdiccional tiene unos límites teóricos (lo que la Constitución dice de sí misma), normativos (el razonamiento jurídico) que le vienen dados y que no puede legítimamente traspasar. Ni el juez es simplemente «la boca que pronuncia las palabras de la Constitución», si, en nuestro sistema jurídico, es tampoco el libre conformador de ella. (1998, p. 117)

Y analizando específicamente el problema que supone el neoconstitucionalismo, ha expresado que:

Por la extraordinaria complejidad normativa de los textos constitucionales, a lo que se añade el hecho, incuestionable, de que junto con unas prescripciones que han de ser obedecidas por todos los poderes constituidos (si no no sería una Constitución) la norma suprema ha de contener también normas dotadas de una clara capacidad de apertura para garantizar el pluralismo democrático de tal modo que en el marco constitucional quepan políticas legislativas distintas, la operación de interpretar la Constitución resulta distinta de la de interpretar la ley, por más complicada, más difícil, más delicada y por ello necesitada de unas técnicas propias capaces de ayudar a obtener, con objetividad, esto es, a través de un argumentación jurídicamente correcta, el sentido que cabe atribuir a las normas constitucionales para hacerlas efectivas habida

cuenta de la muy especial singularidad, que por su naturaleza y carácter, dichas normas suelen tener. Por ello, la función de los jueces (y sobre todo del juez constitucional como supremo intérprete de la Constitución) posee una dimensión “recreadora” de la Constitución que no se puede negar, pero con el límite de que, al interpretarla, no pueden, en modo alguna, disponer libremente de ella. La Constitución será, y ello es obvio, lo que su supremo intérprete diga que es, pero, al mismo tiempo, esa función interpretadora tiene límites que el juez constitucional no puede transgredir, porque es el supremo intérprete de la Constitución, sí, pero no supremo dueño. (2015, p. 101).

Finalmente, en uno de sus trabajos más recientes, en el que analiza las perspectivas de desarrollo y evolución de la justicia constitucional, advierte sobre ciertos escollos y riesgos que deben ser superados para asegurar la fortaleza democrática del sistema, y se ha referido a medidas que deberían aplicarse a los fines de garantizar «el buen futuro del Tribunal». Allí se aborda específicamente al problema de las sentencias interpretativas, y recomienda específicamente:

d) La reducción, en la medida de lo posible, de las sentencias interpretativas para no contribuir a las situaciones de inseguridad jurídica que, a veces, suelen producir, y, sobre todo, para que el Tribunal evite convertirse en legislador positivo, lo que no se corresponde con su naturaleza jurisdiccional. La interpretación constitucional de las leyes, que es, por supuesto, una obligación, tiene límites derivados del tenor inequívoco de los preceptos legales, límites que no debieran traspasarse, pues el Tribunal está para controlar las leyes, no para legislar. (2019, p. 35)

Es de igual modo relevante la advertencia de Ahumada (2005), referida a que el sostenimiento de la autoridad de los tribunales constitucionales podría verse afectada por su intromisión en asuntos eminentemente políticos, por lo que es deseable que su actividad de circunscriba al ámbito jurisdiccional:

la intervención frecuente del tribunal constitucional en la determinación de cuestiones cuya solución, en principio, debe dejarse al proceso político, a la larga puede afectar negativamente su autoridad ...es apreciable la tendencia por parte de los tribunales constitucionales a retirarse con el paso del tiempo del primer plano de la arena política y a concentrarse progresivamente en una función de carácter más «minimalista» y con rasgos más marcadamente judiciales, más enfocada al control de la aplicación conforme a constitución de las leyes y a la garantía de los derechos constitucionales. (p. 306)

Sobre este aspecto, son también muy relevantes los trabajos de Gascón (1994, 2008, 2016); y de Gascón y García (2015).

En ellos se aborda el problema de cómo la intervención de la justicia constitucional en ámbitos reservados a la política legislativa, constituye un exceso ilegítimo. El planteamiento general (Gascón, 2016) es el siguiente:

la ley, en tanto expresión del principio democrático, sigue teniendo una autónoma razón de ser y un ámbito propio, en el que el juicio de constitucionalidad no puede incidir. De ahí derivan —insistamos en ello— dos consecuencias obvias para los jueces: 1) Los *jueces ordinarios* están sujetos al principio de legalidad, sin que —con la excusa de hacer valer la constitución— puedan invadir el espacio de la política; y 2) El *juez constitucional* debe realizar su función en el marco de una separación rigurosa entre las cuestiones políticas y las de constitucionalidad. La función del Tribunal Constitucional no es la de sustituir al Parlamento, que goza de una innegable libertad política. *No es, por tanto, la de fijar la «mejor» ley desde la perspectiva constitucional, sino tan solo eliminar aquellas que resulten intolerables.* Por ello, en su tarea de controlar la constitucionalidad de la ley, el Tribunal no debe entrar a valorar los móviles políticos que impulsaron al legislador, y mucho menos sugerir o directamente imponer una opción política determinada. En pocas

palabras, el Tribunal Constitucional no debe influir en la dirección política del país. (2016, p. 206)

Seguidamente analizan una serie de técnicas o de herramientas utilizadas por los tribunales constitucionales en su labor de interpretación de la constitución, la primera de ellas, la técnica de la interpretación conforme, la cual estiman legítima, no sin advertir riesgos:

Se trata, pues, de un principio interpretativo extremadamente trivial que deriva de la primacía constitucional y que, dentro de las interpretaciones *plausibles* de la ley, discrimina entre las que son compatibles con la constitución y aquellas que no lo son. Pero —nótese— la interpretación conforme discrimina entre las *interpretaciones plausibles* de la ley; esto es, las que no sean incompatibles con su *semántica*, en conjunción obviamente con la *sintaxis* y la *pragmática*. Por eso cuando, so pretexto de llevar a cabo la interpretación conforme, el juez (constitucional u ordinario) «retuerce» intolerablemente el sentido de la ley está ejerciendo, lisa y llanamente, funciones políticas. Y esto es precisamente lo que a veces sucede cuando un Tribunal Constitucional dicta una sentencia interpretativa. (*op.cit.*, p. 207)

Nótese que la autora no encuentra en las sentencias interpretativas nada de reprobable; todo lo contrario, las juzga legítimas, pues ellas «conjugan la primacía de la constitución con la conservación de las leyes, y en este sentido se muestran «deferentes» con el legislador, en la medida en que respetan su libertad de configuración normativa» (*op.cit.*, p. 208). Sin embargo, advierte en ellas un riesgo importante:

con la excusa de la interpretación conforme, el juez constitucional podría terminar imponiendo una interpretación de la ley «extraña» o «forzada», es decir, una interpretación que claramente *no se deduce* de su texto según los cánones interpretativos tradicionales. Se traspasarían así los límites de la interpretación conforme (que vienen marcados por las interpretaciones

plausibles de la ley) para realizar una simple alteración del ordenamiento, una invasión del ámbito que la constitución reserva al legislador (*op.cit.*, p. 208).

Define las sentencias manipulativas, como «aquellas que se dictan cuando *ninguna de las interpretaciones plausibles* del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad, pero no obstante no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto» (*Ibid.*). En este caso, puede el tribunal evadir o “salvar” la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley procediendo de dos maneras, la primera, «*modificando su texto* para provocar una interpretación constitucional del mismo (por ejemplo, anulando un inciso o una o varias palabras del texto a fin de cambiar su sentido)»; y la segunda, «forzando sus posibilidades interpretativas (o, si se quiere, haciendo una interpretación *contra legem*) a fin de que resulte compatible con la constitución» (*Ibid.*).

Señala la autora que:

Las sentencias manipulativas en general, y las aditivas en particular, solo parecen admisibles cuando «introducen» *normas constitucionalmente exigidas*, o sea, cuando la nueva norma que deriva de la sentencia sea necesaria para proteger algún bien constitucional y, además, no haya otra forma de hacerlo que la establecida en la sentencia: en estos casos resulta indiferente que esa «corrección» legislativa la lleve a cabo el Tribunal Constitucional o el legislador. (*op.cit.*, p 209).

Advierte también que en los casos en que existen varias posibilidades legislativas para superar a inconstitucionalidad, la interpretación introducida a través de una sentencia manipulativa «es una forma de arrebatar al legislador su libertad de configuración normativa, que violenta, por tanto, el principio democrático y el de separación de poderes» (*Ibid.*), y propone, como mejor solución, que «los problemas que las sentencias manipulativas plantean cuando las normas que introducen no son exigidas podrían solventarse dictando una sentencia de *mera inconstitucionalidad*» (*op.cit.*, p. 214).

Observa en la ponderación judicial un riesgo de elusión de la legalidad, y de vulneración del principio democrático y de separación de poderes, y al respecto afirma que:

«se lo pone muy fácil» a los jueces que desean eludir la aplicación de ley porque consideran injusta la solución que da para el concreto caso que se juzga. Pero de este modo da cobertura a una especie de uso alternativo del Derecho, a un activismo judicial cuyos riesgos son evidentes. Se abandona el gobierno de la ley para adentrarse en un incierto gobierno de los jueces. (*op.cit.*, p. 213).

De los mencionados trabajos pueden extraerse dos conclusiones fundamentales. La primera, en Gascón (2016), es un cuestionamiento a la ligereza judicial en el empleo de la técnica de la interpretación conforme y de la ponderación:

los lances «paralegislativos» que se realizan en nombre de la justicia constitucional (y en virtud del principio de interpretación conforme) y el uso alegre y desenfadado de la ponderación constituyen intervenciones muy cuestionables en el espacio que la constitución reserva a la política y menoscaban el principio democrático y el respeto por la legalidad (*Ibid.*).

Y la segunda conclusión, en Gascón (2008), es la relativa a la autocontención judicial como mecanismo para mantener una sana y adecuada separación entre juicio de constitucionalidad de la ley, y oportunidad política legislativa:

Teniendo en cuenta que el parámetro de control que ha de usar la jurisdicción constitucional es una constitución cargada de cláusulas abiertas y principios materiales de justicia de significado altamente conflictivo, parece que lo único que cabría hacer es diseñar los mecanismos para conjurar los riesgos de “gobierno del Juez constitucional” y en todo caso pedir de la jurisdicción constitucional un ejercicio de autocontención; un *self restraint* que permita mantener las saludables fronteras entre el juicio de constitucionalidad, por un lado, y el juicio político y de legalidad, por otro. Sólo si esta saludable contención

se consigue podremos conciliar la exigencia de garantizar la efectividad de la constitución con la de garantizar una política democrática, decidida conforme a los mecanismos de producción democrática legislativa (p. 710).

Las precedentes consideraciones se alejan del credo neoconstitucional, y aunque reputan legítima la interpretación constitucional que da lugar a las sentencias de contenido positivo, reconocen que el legislador democrático tiene un margen exclusivo de actuación en la definición y desarrollo de políticas públicas en las que obra movido por razones de mérito o conveniencia.

La idea de que el legislador democrático ostente un rango propio de decisión no susceptible de intervención judicial a través de la interpretación constitucional, es manifiestamente rechazada, por ejemplo, por Alexy (2007), que sobre este aspecto ha señalado lo siguiente:

En el centro del prolongado y arduo debate acerca de la jurisdicción del Tribunal Constitucional se encuentra la pregunta de cómo equilibrar las competencias del Tribunal Constitucional y las del legislador. Una solución perfecta consistiría en un sistema de reglas que para cada caso diera exactamente una respuesta a la pregunta acerca de si el Tribunal desborda su competencia cuando, de alguna forma, interviene frente al legislador. Sin embargo, una solución semejante no sólo no está a la vista, sino que también puede preguntarse si, dado el enraizamiento del problema en ciertos asuntos fundamentales, podrá lograrse alguna vez una solución semejante. En todo caso hay algo que parece seguro: fórmulas generales tales como la «judicial *self-restraint*» (auto-restricción judicial) no son de mucha ayuda (p. 483).

Por ello, Alexy no teme a un juez inmiscuido en el ámbito de la oportunidad política reservada al legislador; por el contrario, encuentra legitimidad a tal intromisión siempre que se justifique en el empeño del juez de tutelar un derecho fundamental:

El punto de partida es que los derechos fundamentales, en la medida en que tienen el carácter de derecho del particular frente al legislador, son posiciones que, por definición, fundamentan deberes del legislador y limitan sus competencias. El mero hecho de que un Tribunal Constitucional cuando, por razones de derecho fundamental, constata violaciones de los deberes y de la competencia del legislador, interviene necesariamente en el ámbito de la legislación, no basta para fundamentar la objeción que denuncia la existencia de un desplazamiento institucional del objeto de la competencia del legislador hacia el Tribunal. Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de esos derechos, no representa un ejercicio inconstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido sino también ordenado por la Constitución (p. 484).

Una posición más ecléctica es la de Zagrebelsky (2011), que, distingue entre constitucionalismo y legalismo como nociones claves para precisar el lugar del legislador en el Estado constitucional.

El constitucionalismo, señala, «envuelve completamente la legislación en una red de vínculos jurídicos que debe ser recogida por los jueces, ante todo por los jueces constitucionales», y entiende a la constitución, como «un programa positivo de valores que ha de ser «actuado» por el legislador». El legalismo, contrariamente, «se preocupa por la autonomía del legislador y por eso exige que el control de la jurisdicción sobre el legislador discorra dentro de límites compatibles con tal autonomía», y entiende a la Constitución, como «un bosquejo orientativo que ha de ser simplemente «respetado» por el legislador». (*op.cit.*, p. 151).

Advierte que en las concepciones europeas «toda construcción conceptual que no reconozca a las razones del legislador un lugar adecuado e independiente debe

tenerse como un peligro para el equilibrio constitucional», pues «la legislación tiene un fundamento constitucional propio» (*Ibid.*). Por ello expresa lo siguiente:

Teniendo en cuenta la relación de tensión entre Constitución y democracia, se comprende lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación. Se justifican así todas las reservas ante los diversos intentos puestos en marcha para desplazar la línea de confín de esta relación en favor de la jurisdicción y negar a la ley el valor que le pertenece en cuanto tal. (*op.cit.*, p. 152)

Explica que el “uso alternativo del derecho”, constituyó en los años setenta un intento que consistía en «derivar directamente de los principios constitucionales reglas aplicables en sede judicial como alternativa, precisamente, a las establecidas por el legislador»; que en tal práctica incurre la Corte Constitucional italiana «cuando pretende decidir las cuestiones de constitucionalidad sin limitarse a eliminar la ley inconstitucional y a diferir al legislador la aprobación de una nueva regla»; y que debilita los derechos del legislador y el carácter político de su función, cuando establece reglas que extrae directamente de la Constitución, y la indica sin ninguna alternativa a través de una interpretación cerrada del marco constitucional (*Idem.*).

Sin embargo, Zagrebelsky reputa como legítima la actividad de creación de normas del juez constitucional en los casos en que ésta pueda «resultar necesaria para satisfacer en el caso concreto pretensiones fundadas en derechos reconocidos por normas constitucionales de principio, cuando falten reglas legislativas acordes con tales principios», ya que en ausencia de leyes, «excluir la posibilidad de esa integración judicial del ordenamiento tendría como consecuencia el vaciamiento de derechos reconocidos por la Constitución» (*op.cit.*, p. 153).

En su criterio, el peligro de que la interpretación constitucional invada el espacio legítimo del legislador:

no existe cuando la derivación de la regla la hacen los jueces ordinarios, cuya jurisprudencia puede ser siempre superada por una diferente valoración del legislador en el marco de las posibilidades

constitucionales. El peligro existe, en cambio, cuando, cuando es la Corte constitucional la que impone la regla, presentándola como algo exigido por la Constitución. En este caso hay verdaderamente un riesgo de exceso de «juridificación» y «constitucionalización» de la vida política, riesgo que no puede silenciarse en nombre del consenso sobre los contenidos de las normas establecidas por la Corte constitucional (*Ibid.*).

Otros autores, han cuestionado la legitimidad de un sistema de justicia constitucional desmedido en la labor de creación de normas. Entre ellos puede mencionarse, refiriéndose al sistema alemán, a Stern (2009), que ha alertado sobre los peligros que supondría una desmedida actividad interpretativa capaz e invadir el ámbito natural de acción del legislador democrático:

El Tribunal Constitucional no puede conducirse como un super-legislador, y el Parlamento tiene que valorar debidamente sus tareas legítimas como órgano estatal supremo que es elegido directamente por el pueblo en la regulación general de los intereses de la comunidad; en ambos encontramos el Derecho Constitucional como regla suprema. Este es el fundamento del Estado constitucional. Ni el estado jurisdiccional constitucional ni el Estado de los jueces es el ideal del Estado constitucional. Los efectos beneficiosos de la jurisdicción constitucional, que prevalecen en conjunto para nuestro Estado, no pueden ocultar la aparición de peligros, que residen precisamente en esta jurisdicción. (p. 68)

Otros trabajos muy relevantes para la investigación son los de Starck (1998, 2011). En el primero de ellos desarrolla la idea de que la Constitución constituye marco para las políticas públicas de distinta tendencia, cuya definición corresponde al legislador democrático:

La Constitución representa un marco para el legislador, es decir, no exige de modo absoluto determinadas regulaciones legales, sino que solamente pone límites al legislador. El buen orden constitucional consiste

precisamente en que no todo está regulado por la Constitución, de modo que con ello quede abierto el necesario campo de acción para los órganos competentes del Estado. *El proceso político* en el Estado constitucional exige que las cuestiones sustanciales estén sometidas a la decisión de la mayoría y que no sea decidido todo a través de la interpretación de la Constitución. La adecuada asunción de *la Función de los tribunales ordinarios*, que consiste en aplicar el Derecho al caso concreto, exige así mismo un campo de juego, que las leyes garantizan y deben garantizar en diversa medida (1998, p. 25).

Y advierte también sobre los peligros asociados al principio de proporcionalidad, en el sentido de que no debe asumirse que la única solución posible a una controversia jurídica es la óptima resultante de la aplicación directa de la Constitución:

las concreciones tienen lugar dentro del carácter marco de la Constitución y no lo determinan, *ex novo*, cada vez. En el adecuado equilibrio legal o judicial entre las posiciones de libertad garantizadas con carácter de derecho fundamental y los deberes constitucionales de protección, la aplicación del principio de proporcionalidad no debe conducir a que sólo una solución —la óptima— sea constitucional, a que las exigencias de la prohibición de desproporción por exceso (*Übermaßverbot*) o por defecto (*Untermäßverbot*) se encuentren en un punto. Un determinismo constitucional de este tipo desconocería el carácter marco de la Constitución, absorbería completamente al Derecho ordinario y desembocaría en una continua superrevisión procesal. (1998, p. 26)

En el segundo de los trabajos señalados, aborda varios aspectos medulares, el primero de ellos, el rol que debería corresponder a la ley en el Estado constitucional, el debilitamiento del parlamento, y la aplicación directa de la Constitución en todo asunto:

El debilitamiento del parlamento como institución responsable de las leyes que se proyecta, en forma oculta primero, y luego cada vez más manifiesta, tiene graves consecuencias: las leyes ya no se dictan en el marco de la Constitución, sino para cumplir con los principios constitucionales. Tal cumplimiento incita a buscar una creciente perfección; la ley, siempre imperfecta en términos de la Constitución, caduca y requiere ser perfeccionada mediante interpretación. Como consecuencia, pierde su necesaria confiabilidad, independencia y autoridad. Tal situación debilita al sistema político. En un orden social en el que las leyes, tradicionalmente, son poco respetadas y en el que pueden imponer su voluntad aquellas personas que tienen poder social, la autoridad de la ley necesita de un cuidado especial, pues ésta es un instrumento principal para la garantía de la igualdad jurídica. Esta importante condición para el desarrollo y afianzamiento de las relaciones del Estado de Derecho, no debe ser cuestionada por el Tribunal constitucional a través del control de las leyes, desconociendo el carácter marco de la constitución, e interpretando la constitución como si de ella se derivaran soluciones “óptimas” de modo directo.

La legislación y la política legislativa ya no se guían por criterios razonables, haciendo valer aspectos económicos y administrativos-técnicos. Cumplir con la Constitución es la única legitimación de la política legislativa. O bien ocurre que la argumentación jurídica se viste con el ropaje de la doctrina constitucional. Según esta opinión, tal como la luna recibe la luz únicamente del sol, la ley es iluminada exclusivamente por la Constitución. (2011, p. 88)

Afirma Starck, que «La supremacía de la Constitución, interpretada en términos jurídicos estrictos, exige una limitación conceptual de la Constitución como marco de referencia en beneficio de una legislación producto de la voluntad política» (*op.cit.*, p. 89); y que la Constitución, sin limitarse a ser organizativa, tiene plena

sustantividad al «incluir instrucciones a los poderes públicos de velar por ciertos bienes jurídicos y cumplir con mandatos cuando éstos poseen la claridad necesaria y cuando pueden ser ejecutados sin perjuicio de la circunstancias situación económica» (*Ibid.*). Pero, aun en estos casos, «la concreción de estos programas quedará a criterio de la legislación sancionada en el marco del presupuesto» (*Ibid.*), pues corresponde el legislador la determinación de las prioridades en el cumplimiento de las bases programáticas de la Constitución.

Según Starck, «En el marco de la Constitución debe haber espacio suficiente para decisiones democráticas sustanciales que pueda adoptar el órgano legislativo», y señala que:

Las reglas propias de a interpretación de las leyes deben aplicar también a la Constitución. El intérprete debe considerar las palabras de la Constitución y su relación gramatical, además de tener en cuenta su lugar en el sistema constitucional y su génesis. También pueden hacerse consideraciones de orden teleológico, aunque no totalmente desligadas de las consideraciones anteriores. Es difícil imaginarse una sentencia de una Corte Constitucional que no observe estas reglas convencionales de la interpretación de las leyes. Semejante decisión sería considerada totalmente impropia, cuando no arbitraria. (*op.cit.*, p. 90)

Y finalmente, sobre el rol que corresponde a la justicia constitucional al interpretar la Constitución, señala:

Las ideas acerca de una colegislación y compensación de un déficit político no son parte de la tarea judicial. La función de la Corte Constitucional, que controla la constitucionalidad de las leyes, consiste en hacer una defensa más bien conservadora de la Constitución contra un embate de la mayoría parlamentaria. Si la Corte Constitucional cumple una función legislativa, será en todo caso una legislación negativa como ocurre cuando se declara la nulidad de cierta norma legal. Sus argumentos con los que fundamenta la nulidad de la ley pueden contener sugerencias

para mejorar la legislación. La decisión de recoger estas sugerencias o preferir una solución constitucional alternativa, es responsabilidad exclusiva de la mayoría parlamentaria, como institución encargada de legislar. (*op.cit.*, p. 92)

La Constitución como norma abierta, y la imposibilidad de sostener que su sustantividad condicione a priori la solución de cualquier problema jurídico relevante, ha sido también desarrollada por Casal (2000). Allí señala varias ideas relacionadas con este aspecto:

La Constitución no debe ser interpretada como si ostentara un ámbito material de invalidez incondicionado, es decir, como si estuviera destinada a ofrecer respuestas frente a todo problema jurídico. Una concepción maximalista de la Constitución, que pretendiera obtener de ésta, por vía deductiva, la solución de todo interrogante jurídico, atentaría contra el resto del ordenamiento jurídico y contra el pluralismo político que la misma Constitución propugna, pues cerraría puertas que ésta ha dejado abiertas al proceso político y al juicio de quienes en cada momento ejercen el poder (p. 130).

Es cierto que el juez constitucional está llamado a censurar las leyes incompatibles con la Constitución, pero «debe tolerar aquéllas que, aun cuando no ofrezcan la más constitucional de las soluciones imaginables, tengan cabida en el amplio marco de lo constitucionalmente permisible» (*op.cit.*, p. 143)

La idea central de entender a la Constitución como una norma abierta, es que ella «traza solamente los linderos dentro de los cuales ha de desarrollarse la lucha política» (*op.cit.*, p. 134). Por ello «El carácter abierto de la Constitución repercute en sus relaciones con las normas legales, las cuales no pueden ser entendidas como una simple ejecución de la primera», pues «es muy extenso el ámbito de materias situadas al margen de la Constitución, en las cuales el legislador interviene con fundamento en valoraciones exclusivamente políticas o técnicas» (*Ibid.*).

Algunos autores, como Melero (2018), encuentran que resultaría más adecuado para el estado de derecho un sistema de diálogo institucional entre judicatura y parlamento; pero advierte que esta idea sería adecuada para modelos democráticos sólidos y suficientemente consolidados:

En lugar de plantear la cuestión como si tuviéramos que elegir entre el control de los jueces o el control de los legisladores, es preferible buscar un diseño en el que ambos puedan colaborar en la realización de los mismos valores constitucionales. Un diseño institucional basado en el control y diálogo recíprocos es el que mejor garantiza una democracia con un alto grado de deliberación pública. (*op.cit.*, p. 92)

Ahora bien, aunque ambos modelos tratan de fomentar una cultura de la justificación, creo que la que promueve el modelo centralizado no se corresponde con el ideal de una sociedad democrática consolidada. (*op.cit.*p. 93)

Sin embargo, advierte también que en sistemas políticos más inestables, o en procesos de transición hacia la democrática, cobra mayor sentido admitir un mayor grado de intromisión de la justicia constitucional en la actividad legislativa. La justificación de esta idea se encontraría en la necesidad de otorgar una mayor garantía a los derechos humanos, sobre todos en situaciones que tienen como antecedentes inmediatos regímenes totalitarios:

El propio espacio institucional de estos tribunales depende, en gran medida, de su grado de activismo, a diferencia de lo que ocurre con los tribunales ordinarios de justicia, los cuales gozan de una mayor flexibilidad para juzgar con qué grado de intensidad van a ejercer su función de revisar la constitucionalidad de las leyes. De este modo, la protección de los derechos humanos en un modelo centralizado produce un sistema altamente garantista, en donde los legisladores se ven forzados a elevar el rigor de sus argumentos a propósito de la compatibilidad de las leyes con los derechos protegidos. Por este motivo, este modelo puede

considerarse especialmente propicio en contextos de transición democrática, en los que se requiere una reconstrucción completa del sistema político (como ocurrió en los países europeos después de la traumática experiencia totalitaria, o como acontece actualmente en la transición democrática de sociedades con un pasado de opresión y falta de libertades) (*Ibid.*).

En todo caso, el problema de la legítima competencia constitucional del legislador sigue estando presente, pues el autor no deja de advertir que «esta separación puede utilizarse por los jueces constitucionales para abandonar «la perspectiva de la aplicación del derecho» y convertirse en auténticos legisladores constitucionales» (*Ibid.*).

Reconocer o negar que el legislador democrático tiene una competencia constitucional propia, exclusiva y no susceptible de intervención judicial, para la definición de políticas públicas por razones de mérito o conveniencia, dependerá en última instancia del modelo de estado que se pretenda instaurar.

El neoconstitucionalismo niega al legislativo tal competencia exclusiva; desconoce que existe un “ámbito de lo político” intangible para la justicia constitucional, pues entiende que los jueces, en cumplimiento de un rol tuitivo de los derechos fundamentales, están habilitados para encontrar en cada caso concreto la protección óptima de tales derechos a través de la ponderación. Se parte de la premisa de que existe una única solución correcta para cada caso, fundamentada en la moral, esto es, en un derecho pre-positivo, que deberá ser descubierto por el juez al ponderar los distintos principios involucrados, y que tiene existencia y sustancia propia, independiente de la ley, e incluso, independiente de la literalidad de la constitución. Este sistema confía su funcionamiento al bien obrar judicial; y asume sin dificultades que contra lo decidido por el juez, no hay posibilidad de maniobra política de ninguna naturaleza.

La otra concepción alternativa, implica reconocer que el legislador, legítimo y democrático representante de la voluntad popular, tiene competencia orgánica exclusiva para la definición de sus políticas públicas; que éstas son esencialmente disponibles para los órganos del poder público, y que están supeditadas a aspectos técnicos, financieros, presupuestarios, ideológicos, políticos, y de índole similar. Se concibe la constitución como un límite al poder, en el sentido de que la actividad del legislativo debe cumplir y respetar determinados aspectos esenciales, pero, salvo esto, el legislador puede obrar soberanamente. En este sistema el juez tiene un alto grado de vinculación con la ley y con las normas constitucionales escritas, lo cual no es óbice para que despliegue una legítima actividad de interpretación constitucional en la medida en que esto no llegue a constituir innovación legislativa.

El neoconstitucionalismo implica riesgos. Confiar el funcionamiento del sistema a la moral de un juez, es una idea, cuando menos, peligrosa, y en el mejor de los casos ingenua. Importantes argumentos permiten cuestionar la legitimidad democrática de las sentencias manipulativas, y la posibilidad de menoscabo a la democracia, a la separación de poderes y a la seguridad jurídica, son ciertas. Es atinada la reflexión de García (2008) sobre el punto es cuestión:

Por todas esas razones, un profesor neoconstitucionalista nunca dirá de una sentencia que puede ser correcta, vistos los hechos y Derecho en mano, pero que él discrepa por tales o cuales motivos; dirá simplemente que es errónea porque el tribunal no ha ponderado como es debido y porque no da cuenta de lo que la axiología constitucional, la Constitución sustancial, dicta para ese caso. Y basta conocer cuál es la adscripción política del neoconstitucionalista de turno y con qué patrones morales comulga para poder anticipar con toda certeza qué fallo reputará como el único correcto para cada caso que, a tenor de su ideología, le parezca relevante. Así, acaba por haber tantos derechos únicos y verdaderos y tantas únicas soluciones constitucionalmente correctas para cada caso como neoconstitucionalistas nos topemos con ideologías diversas. Todos

sacerdotes de un único credo, la Constitución como sistema objetivo de valores, pero pluralidad de iglesias, de dogmas incompatibles y de teologías, y cada cual llevando el agua a su molino, pero diciendo que no es el molino suyo, sino la Constitución objetiva.

El progreso real de una sociedad está asociado a una institucionalidad fuerte, a la certeza del derecho aplicable, a la previsibilidad de las decisiones judiciales, a la limitación del poder del Estado, y al diseño de instituciones y mecanismos que de antemano hagan imposible o frustren los eventuales intentos de una facción por hacerse del poder total. Por tanto, postular que el límite de la función judicial de interpretación es la autocontención judicial, es decir, que es el propio tribunal constitucional el que por ética y rectitud debe restringir su propio poder, es tanto como admitir la inexistencia de límites materiales.

Lo cierto es que el límite a la discrecionalidad judicial es el gran problema pendiente y no resuelto que afecta la legitimidad la justicia constitucional.

Algunos autores postulan la necesidad de una “constitución de detalle” como remedio a la discrecionalidad judicial, argumentando (i) que «cuanto más específicos sean los términos utilizados en la Constitución, en mayor grado se reducirá la indeterminación interpretativa y, por tanto e margen de discreción judicial»; (ii) que «la abstracción aumenta el riesgo de que se produzcan colisiones entre las diversas disposiciones constitucionales»; y (iii) que existe «una correlación entre abstracción e indeterminación interpretativa» (Ferrerres, 2007, p. 90). Este autor propone admitir un cierto grado de abstracción en las normas constitucionales, con énfasis en la presunción de legitimidad de la ley y en el afianzamiento del principio de deferencia al legislador democrático. Otros autores plantean un replanteamiento al principio de la legalidad y la reivindicación de formalismo jurídico (Laporta, 2007), y un retorno hacia Constituciones más formales o procedimentales. Cabe advertir al respecto que el neoconstitucionalismo podría resultar inmune a estas soluciones, pues, de nuevo, basa su proceder en la imbricación entre derecho y moral, y en la existencia de un

derecho pre-positivo, de modo que resultaría poco afectado por reformas positivas a la Constitución.

El respeto a la democracia exige, en mi opinión, reconocer que corresponde el legislador decidir con exclusividad sobre materias que constituyen el ámbito de lo político.

Conclusiones

1.- El estado constitucional se caracteriza por la existencia de constituciones dotadas tanto de un denso contenido sustantivo, como de sistemas de justicia constitucional. Estos textos incluyen amplios catálogos de derechos subjetivos, incluidos derechos económicos, sociales y culturales, que determinan la obligación del estado de acometer actividades de prestación.

2.- Los modelos originarios de justicia constitucional han sufrido una afectación radical. El sistema positivista kelseniano, formalista y basado en los sistemas de fuentes, ha sido sustituido por sistemas que procuran enjuiciar la constitucionalidad de la ley bajo parámetros sustanciales y no formales. El poder de la justicia constitucional ha superado ampliamente el binomio anulación/desestimación, y en su lugar, han surgido sentencias que procuran analizar la constitucionalidad de la ley en cuanto su aplicación al caso concreto.

3.- A través de los fallos interpretativos, el juez constitucional puede “salvar” una ley evitando su anulación, fijando la interpretación constitucionalmente correcta. Esta actividad interpretativa está regida por los principios de interpretación conforme y de deferencia al legislador democrático. Aunque formalmente existe un tribunal y un procedimiento especializado para enjuiciar la constitucionalidad de la ley, lo cierto es que a través de la interpretación la justicia constitucional termina analizando la aplicación de la ley a los casos concretos.

4.- El neoconstitucionalismo postula que la justicia constitucional se ejerce a través de la ponderación de principios constitucionales, y no a través de la simple subsunción. Se asume, además, que existe una imbricación entre el derecho y la moral, lo que trae como consecuencia que el juez debe ponderar y determinar la única solución correcta entre principios constitucionales contradictorios de igual rango. Se

asume la existencia de un derecho pre-positivo, de aplicación preferente a lo establecido por el derecho escrito.

5.- Dentro de las sentencias interpretativas, existe un subtipo, las manipulativas. A través de ellas, los jueces constitucionales, so pretexto de tutelares derechos fundamentales, pueden llegar a establecer interpretaciones radicalmente reñidas con el texto de la ley. Si bien con este proceder se evita la anulación de la ley, esta técnica es de cuestionable constitucionalidad, pues supone la sustitución del poder judicial en la actividad de creación de la ley.

6.- A través de las sentencias interpretativas, los tribunales constitucionales, bajo el pretexto de tutelares derechos fundamentales, pueden llegar a intervenir en decisiones sobre diseño, implementación y desarrollo de políticas públicas, cuya competencia constitucional corresponde al poder legislativo. Además del problema que representa que un poder contramayoritario, como lo es el judicial, legisle en materias propias del parlamento, estas sentencias corren el riesgo cierto de ser demagógicas, intrascendentes e irrelevantes, toda vez que la factibilidad de la ejecución de una política pública dependerá, al menos, de la disponibilidad presupuestaria y de la acción ejecutiva de gobierno.

7.- El neoconstitucionalismo parte de la premisa de que el juez constitucional está habilitado para intervenir la actividad legislativa a efectos de asegurar la óptima protección de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, y si se acepta tal postulado, no habría límites materiales para reconducir la actividad de interpretación constitucional.

8.- Otros autores consideran que sería contrario a la democracia, al principio de separación de poderes, y a las normas constitucionales sobre distribución del poder público, admitir que los jueces constitucionales tengan el poder de innovar en la

legislación. De acuerdo a esta posición, debe reconocerse una vinculación del juez constitucional a la literalidad de la constitución, y debe admitirse que el establecimiento de políticas públicas, corresponde al gobierno y al legislador, y que en tales casos la constitución plantea límites y exigencias, pero no contiene un proyecto positivo preconcebido.

9.- Cuando los jueces constitucionales irrumpen en la actividad legislativa a través de sentencias interpretativas, producen legislación sin estar sometidos a ningún límite material ni formal. El proceso de aprobación de una ley por el parlamento supone la construcción de consensos, alianzas y acuerdos; límites técnicos, financieros, presupuestarios; el ejercicio de mayorías políticas obtenidas a través del voto popular; etc.; mientras que innovar la legislación a través de una sentencia es un proceso definitivamente ajeno a toda la dinámica legislativa.

10.- La idea de justicia constitucional propia del neoconstitucionalismo, que se funda en la tutela judicial ilimitada de los derechos fundamentales, compromete la separación de poderes, la seguridad jurídica y la democracia.

Referencias Bibliográficas

- Acosta, J. (2008). *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A.
- Ahumada, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*. Navarra: Thomson Civitas.
- Alexy, R. (2007) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aragón, M. (1986). La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, 85-136. Disponible:<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=319&IDA=24798> [Consulta: 2020, Marzo 1]
- Aragón, M. (1998). La eficacia jurídica de la Constitución. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aragón, M. (2015). Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la Constitución. *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*, 4, 1, pp. 83.104. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/36.pdf> [Consulta: 2020, Enero 15]
- Aragón, M. (2019). El futuro de la justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(1), 11-41. Disponible: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/issue/view/3531> [Consulta: 2021, Enero 15]
- Aragón, M. (2021). Cuarenta años de Tribunal Constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(1), 35-55. Disponible: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/issue/view/4125> [Consulta: 2021, Agosto 3]
- Atienza, M. (2012). Dos versiones del constitucionalismo. *Un debate sobre el constitucionalismo*, pp. 69-84, Madrid: Marcial Pons.
- Atienza, M. (2019). Siete tesis sobre el activismo judicial. *Ipsa iure*, 46, 22-28. Disponible:<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2d24ce004abe1cc1a286ead>

- [1306a5ccd/IPSO+JURE+46_%282%29_compressed.pdf?MOD=AJPERES&CA_CHEID=2d24ce004abe1cc1a286ead1306a5ccd](https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=356&IDA=25428) [Consulta: 2020, abril 3]
- Barberis, M. (2009). Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 259-278. Cuarta Edición. Madrid: Editorial Trotta.
- Bouzat, G. (1998). La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad) (A propósito de la Sentencia 24-493 de la Corte Suprema Argentina, caso Iachemet, M.a L. vs. Armada Argentina). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54, 273-285. Disponible: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=356&IDA=25428> [Consulta: 2020, abril 1]
- Brewer, A. (2014). La patología de la justicia constitucional. Tercera Edición. Caracas: Funeda. Disponible: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2014/11/9789803652739-txt.pdf> [Consulta: 2020, abril 1]
- Brewer, A. (2017). El juez legislador y la patología de la justicia constitucional. *Tratado de Derecho Constitucional*, XIV, Panamá: EJV. Disponible: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/01/BREWER-TRATADO-DE-DC-TOMO-XIV-9789803652944-txt.pdf> [Consulta: 2020, abril 1]
- Caamaño, F., Gómez, A., Medina, M. y Requejo J. (1997). *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Madrid: McGraw Hill.
- Canova, A. (2002). Rasgos generales de los modelos de justicia constitucional en Derecho Comparado: (2) Kelsen. *Revista de Derecho Constitucional*, 6, 65-88.
- Canova, A. (2005-2006). La inconstitucionalidad de la ley. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, 60-61, 11-38.
- Canova, A. (2009). Una copita de vino tinto: Contratiempos de una Constitución en la Esquina de Dos Pilitas (la reelección presidencial indefinida). *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 133, 145-158.

- Carbonell, M. (2010). El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. En Carbonell M. y García L. (Editores). *El canon neoconstitucional*, pp. 153-164. Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Casal, J. (2000). La apertura de la constitución al proceso político y sus implicaciones. *Constitución y constitucionalismo hoy*, pp. 125-148. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo.
- Cappelletti, M (1982). El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4, 9-33. Disponible: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=306&IDA=24579> [Consulta: 2000, abril 1]
- Cea, J. (2005). Estado constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005(1), pp. 43-56, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.
- Comanducci, P. (2009). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En Comanducci, P., Agumada, M. y Ganzález, D. *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, pp. 85-122, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Disponible: http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/Libros_Publicados_2/POSITIVISMO_JURIDICO_Y_NEO_CONSTITUCIONALISMO.pdf [Consulta: 2020, abril 1]
- Comanducci, P. (2012). «Constitucionalismo»: Problemas de definición y tipología. *Un debate sobre el constitucionalismo*, pp. 11-50, Madrid: Marcial Pons.
- Combellas, R. (2013). *Estado de Derecho, Crisis y Renovación*. Caracas: Fondo Editorial de la Universidad Arturo Michelena.
- Da Silva, P. (2018). *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional* (tesis doctoral). Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España. Disponible: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/686465/da_silva_moreira_pedro.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consulta: 2020, abril 1]

- Díaz, F. (2012). Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español. En Ferrer, E y Silveiro, J. (Coordinadores). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, pp. 329-357, Asunción: UNAM-DIL-CSJ. Disponible: https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/La%20Ciencia%20del%20Derecho%20Procesal%20Constitucional.pdf [Consulta: 2020, abril 1]
- Diez, L. (1985). Constitución, ley, juez. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 15, 9-23. Disponible: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=317&IDA=24761> [Consulta: 2020, abril 20]
- Eto, G. (2011). Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales. *Pensamiento Constitucional*, 15, 107-126.
- Fernández, F. (2011). El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. *Pensamiento Constitucional*, 15, 127-192. Disponible: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3062/2909> [Consulta: 2020, abril 20]
- Ferrajoli, L. (2009). Pasado y futuro del Estado de Derecho. En Carbonell, M. (Coordinador). *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 13-30. Cuarta Edición. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2012). Constitucionalismo principista y constitucionalismo garantista. *Un debate sobre el constitucionalismo*, pp. 11-50, Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, E. (2009). Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Constitucional comparado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 13, 267-306. Disponible: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44435> [Consulta: 2020, abril 20]
- Ferreres, V. (2007). Justicia constitucional y democracia. Segunda Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Gambino, S. (1997). La jurisdicción constitucional de las leyes. La experiencia italiana desde la óptica comparada. En Ruíz-Rico, G. (Editor). *La aplicación jurisdiccional de la constitución*, pp. 250-312 Valencia: Tirant lo Blanch.
- García, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta.
- García, J. (2016). ¿Qué es ponderar? *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 13, 1-22. Disponible: <https://revistas.uam.es/ria/issue/view/699> [Consulta: 2020, abril 20]
- García, J. (2008). Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. En Mantilla, F. (Coordinador) *Controversias constitucionales*, Bogotá: Universidad del Rosario. Disponible: <https://core.ac.uk/download/pdf/86444324.pdf> [Consulta: 2020, mayo 20]
- García, S. (1998). El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, 38, 159-208. Disponible: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas?IDR=1&IDN=38&IDA=22227> [Consulta: 2021, agosto 22]
- Garrorena, A. (2011). *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gascón, M. (1994). La justicia constitucional: entre jurisdicción y legislación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41, 63-87. Disponible: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=343&IDA=25176> [Consulta: 2020, mayo 20]
- Gascón, M. (2008). Justicia constitucional: La invasión del ámbito político. En Ferrer, E. y Zaldivar, A. (Coordinadores). *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, Vol. 1. Teoría

- General del Derecho Procesal Constitucional, pp. 689-708, México: UNAM-IMDPC-Marcial Pons. Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2555/93.pdf> [Consulta: 2020, mayo 20]
- Gascón, M. y García, A. (2015). *La argumentación en el derecho: algunas cuestiones fundamentales*. Segunda Edición. Lima: Palestra Editores S.A.C. Edición de Kindle.
- Gascón, M. (2016). Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces? *Teorder*, 20, 204-215. Disponible: <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/458> [Consulta: 2020, mayo 20]
- Gómez Montoro, A. (2019). En defensa del estado constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 117, 341-348. Disponible: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1426&IDA=38862> [Consulta: 2021, mayo 13]
- Gozáini, O. (2008). Sobre sentencias constitucionales y el efecto erga omnes. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008, pp. 165-192, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.
- Groppi, T. (2003). ¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y Jueces comunes en la experiencia italiana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 107, 481-504. Disponible: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/118> [Consulta: 2021, mayo 13]
- Guastini, R. (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En Carbonell, M. (Coordinador). *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 49-73. Cuarta Edición. Madrid: Editorial Trotta.
- Herrera, L. (2019). Naturaleza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): ¿Tribunal de casos concretos o tribunal suprarregional

- convencional?, *Revista Jurídica Digital Uandes*, 3(2), 69-75. Disponible: <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/issue/view/6> [Consulta: 2021, mayo 13]
- Macho, A. (2019). De la dificultad contramayoritaria al diálogo interinstitucional: mecanismos de equilibrio en la relación justicia constitucional–poder legislativo. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(1), 231-260. Disponible: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/issue/view/3531> [Consulta: 2021, mayo 13]
- Marcheco, B. (2020). El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional (comentarios críticos a las sentencias sobre el matrimonio igualitario en el Ecuador). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, 185-205. Disponible: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1440&IDA=39102> [Consulta: 2021, mayo 13]
- Martínez-Barahona, E (2010). Las Cortes Supremas como mecanismo de distribución de poder: El caso de la reelección presidencial en Costa Rica y Nicaragua. *Revista de Ciencia Política*, 30(3), 723-750. Disponible: <http://ojs.uc.cl/index.php/rcp/issue/view/558> [Consulta: 2021, mayo 1]
- Martínez-Zorrilla, D. (2015) Conflictos normativos. En Fabra, J., y Rodríguez, V. (Editores). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Volumen 2, pp. 1307-1347. México: Unam. Disponible: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12688> [Consulta: 2020, febrero 13]
- Mejía, J. y Pérez, R. (2015). Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes, *Justicia*, 27, 31-41. Disponible: <https://biblat.unam.mx/hevila/JusticiaBarraquilla/2015/no27/2.pdf> [Consulta: 2020, febrero 13]
- Melero, M. (2017). Constitucionalismo débil. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 13, 198-210. Disponible: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3814/2386> [Consulta: 2020, febrero 13]

- Melero, M. (2018). Optimización de principios frente a limitación del gobierno: Dos concepciones del análisis de proporcionalidad, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 73-102. Disponible: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1406&IDA=38570> [Consulta: 2020, febrero 13]
- Moreno, D. (2008). *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica* (tesis doctoral). Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Disponible: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/18597/DDPG_%20Control%20judicial%20de%20la%20ley%20y%20derechos%20fundamentales.pdf;jsessionid=64A66DBAFE0311B45A899CDCC4690489?sequence=1 [Consulta: 2021, enero 13]
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid, Editorial Trotta, S.A.
- Pozzolo, S. (2010). La concepción neoconstitucionalista de la Constitución. En Carbonell M. y García L. (Editores). *El canon neocostitucional*, pp. 165-184, Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Prieto, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Prieto, L (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra
- Prieto, L. (2009). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En Carbonell, M. (Coordinador). *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 123-158. Cuarta Edición. Madrid: Editorial Trotta.
- Romboli, R. (1996). La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 48, 35-80. Disponible: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=350&IDA=25304> [Consulta: 2020, noviembre 13]

- Romboli, R. (1997). La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Italia. *Cuadernos de Derecho Público*, 7, 15-40.
- Romero, J. (2015). Derecho constitucional y reelección presidencial. Sentencia del Tribunal Constitucional No. 2771 del 2003. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 136, 123-160. Disponible: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/21548> [Consulta: 2020, noviembre 14]
- Rubio, F. (1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22, 9-51. Disponible: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=324&IDA=24875> [Consulta: 2020, enero 14]
- Santamaría, J. (1997). *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Madrid: Dykinson.
- Starck, C. (1998). Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 53, 11-32. Disponible: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=355&IDA=25399> [Consulta: 2021, marzo 14]
- Starck, C. (2011). *Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Dykinson.
- Stern, K. (2009). *Jurisdicción Constitucional y Legislador*. Madrid: Dykinson.
- Urosa, D. (2011). *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Vial-Dumas, M. (2018). Los jueces y la ciencia del derecho en el nuevo orden constitucional, Una comparación entre el mundo premoderno y la posmodernidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, 177-204. Disponible: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1392&IDA=38351> [Consulta: 2021, marzo 14]

- Villalón, C. (2008, octubre). *El estado del Tribunal Constitucional*. Ponencia presentada en el la Universidad de Pau et des Pays de l'Adour en el coloquio celebrado bajo el epígrafe “Treinta años de aplicación de la Constitución Española”. Francia. Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/28.pdf> [Consulta: 2021, agosto 14]
- Villaverde, I. (2018). El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI. *Revista da Ajuris*, 144 (45), 529-555. Disponible: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/908> [Consulta: 2021, agosto 14]
- Zagrebelsky, G. (2008). El juez constitucional en el siglo XXI. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 249-268. Disponible: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25297.pdf> [Consulta: 2021, agosto 14]
- Zagrebelsky, G. (2010). Realismo y concreción en el control de constitucionalidad. El caso de Italia. En Carbonell M. y García L. (Editores), *El canon neoconstitucional*, pp. 427-440, Madrid: Editorial Trota.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trota.