

# EL JUEZ ORDINARIO ENTRE LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD (1)

Manuel ARAGÓN REYES  
Catedrático de Derecho Constitucional  
de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Observaciones preliminares. 2. El Estado de Derecho como Estado constitucional de Derecho. Su recepción en Europa. 2.1 Un primer modelo basado en dos jurisdicciones separadas. 2.2 Un segundo modelo, el actual, basado en dos jurisdicciones conectadas. La mezcla de un modelo norteamericano de Constitución y un modelo europeo de jurisdicción. 3. Problemas derivados de la doble vinculación de los jueces a la Constitución y a la ley. 3.1 En el plano teórico. 3.1.1 Constitución como norma, supremacía de los jueces y menoscabo de la ley. 3.1.2. Los jueces ordinarios como jueces constitucionales. El Estado constitucional como forma mixta. 3.2 En el plano de la práctica. 4. Singularidades y límites del modelo europeo de relaciones entre Constitución, jueces y ley. 4.1 Diferencias con el modelo norteamericano. 4.2 La función de los jueces en un Derecho constitucional principialista. 4.3 El papel de la ley en los derechos fundamentales. 4.4 El papel del Tribunal Constitucional en la «configuración» de los derechos fundamentales. 5. El Derecho, entre la Constitución y la ley. Estado de Derecho y división de poderes. 5.1 El lugar de la ley en el Estado constitucional. 5.2 Derecho, jueces y poder político. 5.3 Estado de Derecho y democracia. 5.4 «Promoveatur ut removeatur»

## 1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

**E**L problema de la vinculación de los jueces a la ley, que es el objeto principal de esta ponencia, no debe hoy ser abordado desde una perspectiva que podríamos llamar «antigua», esto es, desde el punto de vista de la sumisión del juez a la ley y no al capricho, al arbitrio o al Derecho natural. En un Estado de Derecho ya no caben consideraciones de ese género, pues la «justicia del cadí» no

---

AFDUAM I (1997), pp. 179-202.

(1) El texto que sigue respeta al máximo posible la exposición oral de la ponencia presentada el 25 de septiembre de 1996 en el I Encuentro (1996) organizado por el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

es algo que hoy quepa discutir, sino directamente condenar, dicho esto, por supuesto, en su sentido más fuerte, es decir, con el Código Penal en la mano. Como el punto de partida del que debo arrancar es el de que los jueces, en España y en los demás países civilizados, imparten justicia aplicando el Derecho vigente, el problema de la vinculación de los jueces a la ley ha de abordarse desde una perspectiva que podríamos llamar «moderna», esto es, la propia de un Estado constitucional de Derecho, y esa perspectiva no es otra que la doble sumisión de los jueces a la Constitución y a la ley. Hoy, podría decirse sin exageración alguna, los principales problemas que existen en la vinculación de los jueces a la ley derivan de que también están vinculados a la Constitución. Desde esa perspectiva, pues, voy a tratar el asunto objeto de mi ponencia.

Con una salvedad, de la que debo advertir: voy a ceñirme a los problemas que se originan en el interior de los ordenamientos nacionales, especialmente el español, claro está. Por ello no voy a tratar de los condicionantes que para el problema de la vinculación de los jueces a la ley proceden de los procesos de integración supranacional. Sería interesante, por supuesto, tener en cuenta lo que aporta a la reflexión sobre aquel problema el sometimiento a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Estrasburgo, y a la del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de Luxemburgo. A nadie se le escapa, por lo demás, la transformación que para el entendimiento del concepto y posición de la ley supone la existencia misma del Derecho comunitario europeo. Pero introducir ese plano en mi trabajo podría hacerlo excesivamente complejo, sin mucha ganancia, ya que probablemente esa complejidad no vendría al alterar sustancialmente los términos del problema. Un problema que, como dije más atrás, me parece que se circunscribe, en su dimensión más profunda, al hecho de la doble vinculación de los jueces a la Constitución y a la ley.

Por ello debo comenzar esta ponencia recordando, a continuación, algunas ideas muy poco originales, por cierto, pero de ineludible alusión, acerca del Estado constitucional de Derecho, de su significado y de su recepción en Europa.

## **2. EL ESTADO DE DERECHO COMO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. SU RECEPCIÓN EN EUROPA**

### **2.1 Un primer modelo basado en dos jurisdicciones separadas**

Como bien se sabe, la consideración de la Constitución como norma suprema del ordenamiento y, en consecuencia, el entendimiento del Estado de Derecho como el sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución y, bajo ella, a las demás normas jurídicas, será una novedad que en Europa sólo se produce de

manera plena a mediados de este siglo. El Estado de Derecho ya no se identificará exclusivamente con el principio de legalidad como había ocurrido en el siglo XIX.

Es cierto que ya en los primeros decenios del siglo XX la idea de que la Constitución era no sólo norma política (como en el XIX) sino también norma jurídica se había extendido en Europa como consecuencia, principalmente, de la doctrina de Kelsen, y también es cierto que en Checoslovaquia (aunque allí muy efímeramente) y Austria, en 1920, y en España, en 1931, se había trasladado esta doctrina a la práctica con la creación de los primeros Tribunales Constitucionales. Sin embargo, tales ejemplos del primer tercio de este siglo no significaron enteramente la conversión del Estado de Derecho en Estado constitucional de Derecho, en cuanto que, con los matices o aclaraciones a que ahora me referiré, la Constitución, que en aquellos ordenamientos vinculaba al legislador y era aplicable, claro está, por el propio Tribunal Constitucional, no llegó a extender plenamente su fuerza vinculante a la totalidad de los poderes públicos.

La cuestión de inconstitucionalidad (introducida en Austria en 1929 e incluida en el modelo español de 1931) no venía a alterar sustancialmente el primitivo esquema kelseniano de que la Constitución sólo establece obligaciones jurídicas para el legislador, ya que al impedir a los jueces constatar la invalidez de la ley contraria a la Constitución lo que significaba más bien es un refuerzo de la idea de que los jueces no podían aplicar las normas constitucionales. El recurso de amparo tampoco rompía frontalmente ese sistema, pese a que supusiera una brecha en el mismo. Y no lo rompían porque el amparo austriaco no suponía exactamente entonces que todos los jueces pudiesen aplicar, directa e incondicionadamente, los derechos constitucionales y el amparo español de nuestra segunda República tampoco, ya que sólo preveía que unos juzgados especiales («de urgencia») entendiesen de lo que podría denominarse el amparo ordinario, como requisito previo al conocimiento del asunto por el Tribunal de Garantías Constitucionales; aquellos órganos judiciales, de «urgencia», que podrían ser considerados, creo, como una especie de «juzgados constitucionales», no llegaron ni siquiera a crearse.

El sistema europeo de «juridificación» de la Constitución en el primer tercio del siglo XX fue, pues, con leves variaciones, el kelseniano: la Constitución era aplicable sólo por el Tribunal Constitucional; los jueces ordinarios no aplicaban la Constitución sino la ley. El sistema se basaba en dos jurisdicciones separadas, la de constitucionalidad y la de legalidad (2).

---

(2) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pp. 55-59.

## 2.2 **Un segundo modelo, el actual, basado en dos jurisdicciones conectadas. La mezcla de un modelo norteamericano de Constitución y un modelo europeo de jurisdicción**

A partir de la segunda postguerra mundial se pone en práctica en algunos países europeos un modelo de justicia constitucional que se separa del kelseniano aunque no llega a identificarse, ni mucho menos, con el norteamericano. Se queda a medio camino. Por un lado, se recibe lo que podría llamarse «modelo norteamericano» de Constitución, en el sentido de aceptarse que la Constitución es norma jurídica que vincula a todos los poderes del Estado (y en algunos extremos y con determinados efectos incluso a los propios particulares), de tal manera que ya no será la Constitución exclusivamente fuente del Derecho sino también fuente inmediata de derechos (y de competencias de los órganos públicos) y como tal aplicable por todos los jueces y no sólo por el Tribunal Constitucional (3). Por otro lado, la necesidad, subsiguiente, de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, significará que todos los jueces han de llevar a cabo tal interpretación constitucional y, lo que es más indicativo aún, que tal interpretación han de efectuarla según las pautas determinadas por el supremo aplicador e intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, que así se convierte, de manera inexorable, en el supremo tribunal del Estado, por encima del tribunal de casación, aunque a éste, quizá por inercia, se le siga llamando el «Tribunal Supremo».

Ahora bien, razones muy conocidas llevaron a que en Europa no se eliminase la sumisión de los jueces a la ley (al «imperio de la ley», que suele ser la fórmula utilizada), no reconociéndoseles, pues, la facultad de inaplicar la ley por razón de inconstitucionalidad. Esa facultad y además con efectos anulatorios *erga omnes* sólo se atribuiría al Tribunal Constitucional.

El modelo resultante, el actual europeo de justicia constitucional, seguirá contando, como en los años veinte y treinta, con dos jurisdicciones, una «especial», concentrada en un solo órgano, el Tribunal Constitucional, y otra «ordinaria», ejercida, de manera difusa, por todos los juzgados y tribunales integrantes de la organización del Poder Judicial. Pero, a diferencia de lo que ocurría en el modelo kelseniano, ya no se trata de dos jurisdicciones (una de «constitucionalidad» y otra de «legalidad») estrictamente separadas, ni por el Derecho que aplican (ambas aplican ahora la Constitución y la ley) ni por los actos sometidos a su conocimiento (ambas entienden de actos y reglamentos, e incluso, en relación con la ley, sólo tiene el Tribunal Constitucional el monopolio de rechazo, pero no el control exclusivo de ella).

---

(3) *Vid.*, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pp. 63-103.



Uno de los rasgos más significativos de este sistema será, pues, el del doble sometimiento de los jueces: a la Constitución, que han de cumplir y, por lo mismo, no pueden ignorar o inaplicar, y a la ley, a la que están sometidos y de la que no pueden disponer, lo que significa que no pueden inaplicarla por razón de invalidez. La solución de esta aparente contradicción estará en la cuestión de inconstitucionalidad, que permite que los jueces, no pudiendo disponer de la ley, no estén obligados tampoco a aplicarla cuando la consideren inconstitucional. Por medio de la cuestión se hace posible la supremacía jurídica de la Constitución en todos los ámbitos del ordenamiento sin que se rompa el principio de la sumisión de los jueces a la ley; esto es, se hace posible que los jueces estén sometidos, al mismo tiempo, a la Constitución y a la ley.

### **3. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA DOBLE VINCULACIÓN DE LOS JUECES A LA CONSTITUCIÓN Y A LA LEY**

#### **3.1 En el plano teórico**

##### **3.1.1 CONSTITUCIÓN COMO NORMA, SUPREMACÍA DE LOS JUECES Y MENOS CABO DE LA LEY**

La fórmula, aparentemente sencilla, de resolución del problema derivado de la doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley, basada en la implantación de la cuestión de inconstitucionalidad, no puede ocultar, sin embargo, las muchas complejidades teóricas y prácticas que ese modelo encierra.

En el plano de la teoría la complejidad deriva, sobre todo, de la naturaleza jurídica de la propia Constitución y, por ello, de la dificultad de su interpretación-aplicación con los instrumentos del positivismo. Para garantizar el pluralismo la Constitución ha de contener las suficientes normas abiertas, cuya concreción, por ello, corresponde más al legislador que al juez; para cumplir su misión de ser la norma básica (y no sólo suprema) del ordenamiento (de un ordenamiento que abarca la casi totalidad de las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales) la Constitución ha de albergar muchas cláusulas generales, en forma de principios y de valores. Estas características de la Constitución no son el resultado sólo de una determinada corriente actual del constitucionalismo sino de la consideración de la Constitución como norma jurídica suprema, con todas sus consecuencias, y entre ellas la muy relevante de que los derechos proclamados por la Constitución, los derechos fundamentales, son directamente aplicables sin necesidad de mediación legal. De ahí precisamente lo razonable de las críticas al «positivismo legalista» como forma de interpretación constitucional que se han venido realizando desde las perspectivas «principalistas» u «ordinamentalistas».

Todos estos problemas, perfectamente conocidos, están bien condensados, creo, en el importante libro de Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite* (4). Allí se viene a decir que como consecuencia de la transformación experimentada por el Estado de Derecho del siglo XIX, al convertirse en el Estado constitucional de nuestro tiempo, los derechos ya no dependen de la ley, sino de la Constitución. Ese cambio, se dirá, posee un significado especialísimo, en cuanto que no es de grado, sino de cualidad. Los derechos *ex lege* podían ser entendidos como reglas; los derechos *ex Constitutione* han de ser entendidos como principios (por su flexibilidad, para ser adaptables al caso; su mayor nivel de abstracción por acumulación de consenso; su amplio grado de apertura por respeto al pluralismo). Ello impone, pues, un nuevo modo de concebir el Estado de Derecho, que pasa a ser Estado de «derechos»; y un nuevo modo de entender el Derecho mismo, que ya no puede captarse bajo el método positivista. Los derechos valen hoy independientemente de la ley. Para interpretar y aplicar los derechos no sirve la *scientia iuris*, sino que se precisa de la *iuris prudentia*, capaz de incorporar la realidad a la norma a través del caso y de utilizar la equidad para buscar la solución normativa a través del principio de proporcionalidad. El Derecho constitucional de nuestro tiempo (con esa expresión Zagrebelsky no se refiere a una disciplina científica o académica, sino al Derecho de la Constitución, es decir, a la aplicación de la Constitución) ha de utilizar por ello razonamientos propios del Derecho natural. Tal situación (sigue opinando Zagrebelsky) parece que nos aproxima al modelo norteamericano y, como ocurre allí, hoy en Europa la función de los jueces está llamada a adquirir igual o superior importancia que la propia del legislador.

Hasta aquí, pues, Zagrebelsky, de cuya posición teórica es un fiel resumen, creo, lo dicho en el párrafo anterior. Ante ello caben algunos comentarios:

a) Efectivamente, los derechos constitucionales son algo más que reglas jurídicas. Quizás resulte exagerado decir que sólo son principios jurídicos (con lo que ello supondría: todos los derechos fundamentales serían entonces de estricta configuración legal), aunque algunos sí tengan esa estructura, especialmente los derechos de prestación, pero es difícil negar, en todo caso, que son reglas con un gran componente de principios (5).

b) Es claro que la interpretación de la Constitución es bien distinta de la interpretación de la ley, pero no sólo por una razón de grado (porque la Constitución contenga más cláusulas generales que la ley), sino de cualidad (porque las inconcreciones de la Constitución, a diferencia de lo que ocurre en la ley, no permiten acudir a otra norma superior para resolverlas).

---

(4) Torino, 1992. (Hay traducción al español, realizada por Marina Gascón y edit. en Madrid, 1995, con el título de *El derecho dúctil*.)

(5) R. ALEXYS: *Teoría de los derechos fundamentales*, edic. española, Madrid, 1993, pp. 135-138.

c) Es cierto que el Derecho constitucional europeo tiende a ser un «Derecho constitucional por principios» (y no por reglas) y que ello puede conducir a:

— La introducción de la moralidad en el Derecho (como sostiene Dworkin) o al menos a una cierta absolutización de determinados valores materiales. En ese sentido dirá Zagrebelsky (6) que «La primera de las grandes tareas de las Constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley».

— La introducción de un razonamiento jurídico basado en la prudencia y no en la certeza (o en la necesidad). Zagrebelsky lo expresa bien (7): «la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación. La “concordancia práctica” o el ‘balanceo entre bienes jurídicos» dirigido por el principio de proporcionalidad (...) entran dentro de este enfoque».

— La consideración de los jueces como órganos más del Derecho que del Estado. Es decir, no sólo desligados de la ley, sino de todas las instituciones políticas estatales. Ello significaría entender que Estado y Derecho son entidades separables y que los jueces, más que al Derecho emanado del Estado se deben al elaborado (de manera conceptual) por la propia cultura jurídica.

d) Parece razonable sostener, en fin, que el actual sistema constitucional europeo fomenta una aproximación al modelo norteamericano de la función del juez, en el que, como decía Hamilton en «El Federalista», se concibe a los tribunales como un «cuerpo intermedio entre la sociedad y el Estado».

### 3.1.2 LOS JUECES ORDINARIOS COMO JUECES CONSTITUCIONALES. EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO FORMA MIXTA

La consecuencia de un enfoque como el que acaba de exponerse, que extrema el principalismo constitucional y desliga los derechos de la ley, no puede ser otra, desde luego, que la práctica equiparación, como también se ha señalado, del modelo judicial europeo con el modelo judicial norteamericano: en Europa, como en los Estados Unidos de América, todos los jueces serían, pues, jueces constitucionales. El Estado constitucional ya no podría ser calificado como una forma pura, una democracia, sino como una forma mixta, en la que la democracia de la ley estaría templada (corregida) por la aristocracia de los jueces. Estos compondrían, pues, una especie de nueva *noblesse de robe*.

Más aún, una concepción así conduce, de manera casi inevitable, a reconocer a los jueces una posición superior a la del propio legislador, argumentándose, y

(6) *Op. cit.*, p. 57.

(7) *Id.* p. 170.

así lo apunta Zagrebelsky (8), que los jueces están en mejores condiciones que el legislador para «concretizar» los derechos fundamentales. La jurisprudencia aparecería adornada de unas virtudes (medura, conocimientos jurídicos, objetividad) de las que la legislación carecería (los legisladores, además de defectuosos juristas, serían siempre parciales, escasamente neutrales ante el pluralismo). La clase política parlamentaria, poco dada al sosiego y a la meditación, no parecería la más idónea para realizar una actividad intelectual, de cultura (y no sólo de cultura jurídica), como es la proyección de los derechos fundamentales en la vida del Derecho. El Derecho, los derechos, serían, pues, algo demasiado importante para dejarlo en manos de los políticos (9).

La profunda capacidad deslegitimadora del Parlamento y, más en general, de la democracia representativa que pueden tener las argumentaciones de este tipo (por otra parte ya suficientemente conocidas y repetidas desde hace muchos decenios) no hace falta subrayarlo.

### 3.2 En el plano de la práctica

Aunque sea de manera muy breve, entre otras razones porque algunas de las consecuencias prácticas de estos problemas teóricos ya se han ido apuntando más atrás al hilo de ellos, no está de más alertar sobre las dificultades que presenta conciliar en el plano de la práctica la doble vinculación de los jueces a la Constitución y a la ley. El mandato de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con una Constitución que contiene principios y valores puede llevar (en España tenemos ya sobrados ejemplos) a que los jueces se desliguen de la ley por entenderse más ligados a la Constitución y, sin acudir siquiera al planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, inapliquen la ley y en su lugar apliquen no ya reglas o principios constitucionales, sino valores constitucionales (10) o incluso valores que a veces ni siquiera están directamente expresados, como tales, en el texto de la propia Constitución.

---

(8) *Op. cit.*, pp. 70-77 y 127-129, principalmente.

(9) Esta idea de la «superioridad» jurídica del juez sobre la ley no es nueva, claro está. Por acudir a un buen ejemplo, también en el famoso discurso rectoral de Otto Bachof de 1959, «Jueces y Constitución», puede detectarse muy claramente una apreciación de la mejor «calidad» del juez que del legislador en el proceso de «realización» del Derecho (pp. 35-59, muy especialmente p. 52, de la edición española, Madrid, 1963).

(10) Parece razonable sostener que los valores no deben tener eficacia directa sino sólo indirecta o interpretativa. Acerca de ello y más en general de los límites de la jurisprudencia de valores me remito a mi trabajo *Constitución y democracia*, Madrid, 2.<sup>a</sup> edic., 1990, pp. 84-97. Una crítica muy acertada a la posibilidad de que el juez utilice los valores como normas de primer grado se encuentra en los votos particulares de los magistrados Díez-Picazo y Rubio Llorente en la STC 53/1985. En el mismo sentido *vid.* F. RUBIO LLORENTE, prólogo al libro «Derechos fundamentales y principios constitucionales», de F. Rubio Llorente y otros, Madrid, 1995, especialmente pp. XI-XVI.

Reconocer que estas consecuencias prácticas son difícilmente evitables a partir de determinados planteamientos teóricos no significa, ni mucho menos, sostener que su remedio puede estar en devolver a la ley el lugar supremo que antes ocupó (eso supondría, sencillamente, destruir el Estado constitucional) o en recuperar el modelo de las dos jurisdicciones separadas (casi inédito en la realidad pasada y de imposible instauración en el presente dado el actual concepto de Constitución) o en impedir la labor de creación jurídica que desempeña la jurisprudencia (algo que resultaría también imposible en el sistema de Derecho de nuestro tiempo). Su significado, o quizás mejor su pretensión, mucho más modesta y creo que mucho más razonable, es sólo llamar la atención sobre algunos excesos del modelo teórico que pueden auspiciar, en gran medida, aquellas consecuencias prácticas. Esas observaciones críticas son las que a continuación van a exponerse.

#### 4. SINGULARIDADES Y LÍMITES DEL MODELO EUROPEO DE RELACIONES ENTRE CONSTITUCIÓN, JUECES Y LEY

##### 4.1 Diferencias con el modelo norteamericano

Aunque la importante función creadora del Derecho que desempeñan los jueces en el modelo norteamericano se basa en razones y circunstancias bien conocidas (entre estas últimas, la vigencia del *common law* y el ejercicio de la jurisdicción constitucional difusa), no faltan allí las críticas a lo que algunos entienden como excesivo poder de los jueces sobre el legislador, no tanto en lo que se refiere a la inaplicación de la ley por contradicción frontal con reglas constitucionales, cuanto a la sustitución de los criterios políticos del legislador por el criterio «valorativo» del juez.

Desde posiciones teóricas no coincidentes, ni mucho menos, se comparte, sin embargo, la tesis de la «deferencia a la ley» y por lo mismo la puesta en cuestión del activismo judicial por diversos autores y personalidades de relieve en el mundo jurídico, como John H. Ely (11), Robert Bork (12) o Antonin Scalia (13). Me parece que lo sustancial de estas críticas está bien reflejado en el artículo de Henry P. Monaghan que lleva por título *Our perfect Constitution* (14). Allí dirá

---

(11) *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass. 1980.

(12) *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, 1990.

(13) *Originalism: The Lesser Evil*, Cincinnati Law Review, 57 (1989).

(14) New York University Law Review, vol. 53, mayo-junio 1981.

que «Algunos abogados, muchos jueces y quizás bastantes comentaristas académicos extraen de la Constitución una autorización a los tribunales para anular los resultados del proceso político sobre la base de unos principios generales de moralidad política no derivados inmediatamente de los textos constitucionales o de las estructuras que la Constitución crea» (15).

El problema, como es lógico, reside en un determinado concepto del Derecho, de tal manera que es a partir de éste como se comprende la posición que ocupa el juez. Por ello la crítica a aquel activismo judicial tiene que sustentarse en la previa crítica a ese concepto del Derecho en que se basa. De ahí que Monaghan sitúe en un entendimiento excesivamente «principlista» del Derecho la raíz del problema; y así dirá: «El Profesor Dworkin echa sobre las espaldas de los tribunales la tarea de hacer efectiva nuestra “moralidad constitucional”, fundamentalmente los principios morales “presupuestos por el Derecho y las instituciones de la comunidad”» (16). Es sintomático que el libro (bastante dworkiano, creo) de Zagrebelsky comience precisamente con el siguiente párrafo: «Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto» (17); es decir (y así se explicita en el libro más adelante), lo verdaderamente fundamental en el Derecho no es el texto de la ley, ni siquiera el texto de la Constitución, sino los principios y valores que dan significado a esos textos y los «sostienen» (lo que significa no sólo que están fuera de ellos, sino que son superiores a ellos). De análoga manera, Bachof (18) ya hablaba de «un orden de valores que —no en sus detalles, pero sí en las normas fundamentales que lo constituyen y legitiman— ha sido considerado por la Constitución como anterior a ella misma» o de «un orden de valores anterior al Derecho y al que éste está sujeto».

En el fondo, pues, lo que hay no es otra cosa que un entendimiento de la Constitución y, en general, del Derecho como un sistema material de valores. Frente a ello, como es perfectamente conocido, se han manifestado otras corrientes más apegadas al normativismo, que no postulan la vuelta a un estricto positivismo jurídico (de difícil encaje hoy en un modelo de Constitución como el presente), pero que defienden una concepción más objetiva del Derecho y por lo mismo menos valorativa o sustancialista. Valores adjetivos frente a valores materiales, democracia procedimental frente a democracia sustantiva; esta podría ser la crítica que hemos ejemplificado con las citas de Monaghan y que cerramos con una última (que es también, precisamente, la frase con que Monaghan termina su ar-

---

(15) *Op. cit.*, p. 353

(16) *Op. cit.*, p. 359. Los términos «principios morales presupuestos por el Derecho y las instituciones de la comunidad» son utilizados por RONALD DWORKIN en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, p. 126. En la edición española, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, p. 144.

(17) *Op. cit.*, p. 3

(18) *Op. cit.*, pp. 28 y 36, respectivamente.

título): «En resumen, quizás la Constitución garantiza sólo una democracia representativa y no un perfecto gobierno» (19).

No es este el lugar para extenderse acerca la polémica sobre la Constitución como norma abierta y la Constitución como sistema material de valores (20). Respecto de algunos de sus aspectos, sin embargo, volveremos más adelante. Lo que ahora interesa apuntar, frente a algunos importadores acrícticos del modelo norteamericano como panacea para resolver los problemas del Derecho europeo, es que aquel modelo también tiene bastantes problemas, entre ellos su gran capacidad de generar excesos de judicialismo, como han puesto de relieve algunos de sus principales estudiosos.

De todos modos, lo que parece más importante es constatar algo que no conviene perder de vista: que el modelo europeo continental (y por ello el español) es bien distinto del norteamericano. Aquí el parlamentarismo, la codificación, la idea rousseauiana de ley, la separación estricta entre Parlamento y Poder Judicial han sido unos factores que, desde el siglo XIX hasta hoy, generaron un sistema político y jurídico que tiene como una de sus bases fundamentales la vinculación de los jueces a la ley y, por lo mismo, la prohibición de que puedan disponer de ella. De ahí que en Europa no se estableciese el control de constitucionalidad difuso, sino el concentrado. Por otro lado, en la cultura jurídica europea carecemos de los instrumentos (que la cultura jurídica norteamericana sí ha creado) que permitiesen ordenar (en última instancia, unificar) la actividad de todos los jueces aplicando la Constitución e inaplicando la ley.

#### 4.2 La función de los jueces en un Derecho constitucional principialista

Dicho todo lo anterior, también hay que reconocer, como ya se apuntó más atrás, que aunque el sistema europeo sea distinto del norteamericano, parece difícil negar que hoy el Derecho de la Constitución es un Derecho «por principios» (por utilizar los términos de Zagrebelsky), esto es, que tenemos (y en España muy claramente) una Constitución principialista (21). Y ello origina unas consecuencias que han de aceptarse, entre las que se cuentan un mayor margen de discrecionalidad en la interpretación jurídica y, por lo mismo, un reforzamiento de la importancia del papel de los jueces en el Estado de Derecho, que pasa a ser, así, Estado jurisdiccional de Derecho. Todo ello es, sin duda alguna, positivo para la libertad e igualdad de los ciudadanos. No hay Derecho sin jurisdicción, ni Estado

(19) *Op. cit.*, p. 396

(20) Lo he tratado en otros lugares, entre ellos en *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, 1995, pp. 42-60.

(21) Sobre el término «Constitución de principios» (y su opuesto, «Constitución de detalle») puede verse RONALD DWORKIN, *Life's Dominion*, New York, 1993, pp. 119 y ss.

de Derecho sin independencia judicial, ni derechos sin jueces. La función judicial es, en consecuencia, una de las actividades públicas más fundamentales. Todo eso es obvio, como lo es también que la jurisprudencia tiene hoy la consideración indudable de fuente del Derecho.

Además, la existencia misma de los derechos fundamentales como derechos inmediatamente aplicables refuerza el papel de los jueces. Como bien se sabe, los derechos fundamentales lo son en cuanto que son derechos constitucionales, esto es, en cuanto que su efectividad no depende absolutamente de la ley (de la mayoría política de cada momento); ahora bien, dado que las normas constitucionales sobre derechos son, inevitablemente (por más genéricas), algo bien distinto de las precisas reglas legales, el campo de la jurisdicción en la concretización de los derechos alcanza una notable amplitud. Por otro lado, la necesidad de «constitucionalizar» el ordenamiento conduce a la interpretación de todas las normas que lo componen de conformidad con los preceptos de la Constitución, que muchas veces contienen cláusulas dotadas de un alto grado de indeterminación, lo que proporciona al juez, que es el intérprete-aplicador por excelencia de las normas, un amplio margen a la hora de extraer de ellas su sentido.

Ambas circunstancias refuerzan, como ya se señaló, el poder de los jueces, sin duda alguna, y por ello contribuyen al deslizamiento, prácticamente inevitable, de la democracia constitucional del presente, según se apuntó más atrás, hacía su configuración como una forma mixta de gobierno en que la democracia de la ley se encuentre corregida por la aristocracia de los jueces. Sin embargo, para reducir los riesgos de desequilibrio del sistema, que, por la naturaleza de las cosas (o mejor dicho, por la naturaleza del Derecho actual) tendería a hacer prevalecer la jurisprudencia sobre la legislación, es preciso abogar por unas medidas de reequilibrio (curativas) o contrapeso (preventivas) a cargo de la propia cultura jurídica consistentes en la utilización de la teoría jurídica y no de la filosofía moral en la aplicación de la Constitución o, en suma, en potenciar el normativismo y reducir la jurisprudencia de valores. Ese podría ser, quizá, el camino para que el Estado de Derecho no acabase convirtiéndose en Estado de Justicia (22). El primero procura certeza, previsión, seguridad, esto es, igual libertad para todos, mientras que el segundo, como autorizadamente se ha dicho tantas veces, sería el caldo de cultivo de la de arbitrariedad, es decir, de la desigualdad.

---

(22) Que es algo distinto al «Estado jurisdiccional de Derecho ya aludido». El Estado de Justicia sería aquél, en el que como decía ERNEST FORSTHOFF, «es el propio juez quien decide, apoyándose en el Derecho, sobre cuándo está él mismo sujeto a la ley y cuando deja de estarlo» (la cita es de su obra *Die öffentliche Verwaltung*, 1959, p. 44, y la tomo de O. BACHOF, *op. cit.*, p. 16). Parece razonable sostener, como lo hace Bachof, que la situación que Forsthoff critica, es decir, la transformación del Estado de Derecho en Estado de Justicia no era (ni es) la real, todavía, en el Estado constitucional alemán (ni en el español o cualquier otro europeo occidental), aunque exista el peligro de ello, al menos si se trasladasen a la práctica las teorías de algunos autores o se convirtiesen en mayoritarias las todavía, por fortuna, minoritarias actuaciones de algunos jueces.



De todos modos, esas medidas de autocontención quizá no basten y es muy probable que sea preciso, además, crear límites externos (normativos) que impidan el desequilibrio. Y ello sólo se consigue reduciendo el número de aristócratas. Si, dada la tendencia difícilmente evitable hacia el Derecho constitucional principialista, la jurisdicción va a terminar imponiéndose sobre la legislación, al menos habría que procurar que los jurisprudentes capaces de disponer de la ley queden estrictamente reducidos a los doce miembros del Tribunal Constitucional, de tal manera que, de entre todos los órganos jurisdiccionales, sólo él (de tan especiales características por su composición y legitimación) tenga atribuida la capacidad de corregir al legislador democrático. En este sentido no existen más que buenas razones para conservar, y de manera muy estricta (mediante las más severas garantías normativas), el modelo europeo de justicia constitucional concentrada.

Además, reducida la jurisdicción aplicadora de principios y valores por encima de la ley (una jurisdicción que sin duda es necesaria, dada la naturaleza de la Constitución democrática) a un sólo órgano, el Tribunal Constitucional, no sólo ocurre que se reduce la aristocracia, sino que, utilizando unos términos más exactos, esa aristocracia se convierte en electiva, o mejor dicho, en parte de la democracia misma, en cuanto que, aunque sea en atención exclusiva a sus méritos jurídicos («juristas de reconocida competencia» y dilatada experiencia), todos los magistrados del Tribunal Constitucional (a diferencia de lo que ocurre con los jueces ordinarios) son designados por instituciones del Estado que son producto directo (el Parlamento) o indirecto (el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial) de la representación popular.

#### 4.3 El papel de la ley en los derechos fundamentales

La ley no es ya la norma primaria del Derecho, que lo es la Constitución, pero sigue siendo (o debe seguir siendo) la norma primordial del ordenamiento como ha recordado, con indudable autoridad, el Profesor Díez-Picazo y Ponce de León (23), de manera que por debajo de la Constitución corresponde esencialmente a la ley (y no a los jueces) el desarrollo de las reglas y principios constitucionales (24). Y ello es así, de un lado, por razones de legitimidad democrática evidentes: la democracia parlamentaria significa que las decisio-

---

(23) Vid. especialmente, *Constitución, ley, juez*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 15, septiembre-diciembre 1985, pp. 9-23.

(24) Aparte de las razones basadas en el principio democrático también pueden existir razones epistemológicas para sostener la mejor calidad de la ley sobre la decisión judicial. Tales razones explican la conocida frase de Aristóteles de que «es mejor legislador el pueblo que el gobernante más sabio». Acerca de la preferencia del «constructivismo epistemológico» sobre el «elitismo epistemológico» en la formación del Derecho vid. CARLOS S. NINO: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1992, pp. 203 y ss.

nes principales (sobre todo las generales, esto es, las contenidas en normas jurídicas) deben ser tomadas por el Parlamento, única institución del Estado representativa de la totalidad del pueblo; de otro lado, por razones basadas en la garantía del pluralismo: corresponde a la mayoría electoral desarrollar una «política legislativa» sobre todos los aspectos de la gobernación de un país, y ello no excluye una política legislativa sobre los derechos fundamentales, respecto de los cuales la Constitución asegura, frente al pluralismo, sólo su contenido esencial, pero no el completo y detallado régimen del ejercicio de cada derecho. Esa fue la doctrina, bien razonable, sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1981, y que es una doctrina que nunca debería abandonarse.

Frente a lo dicho por algunos, de que en materia de derechos fundamentales la mejor ley es la que no existe, y frente a la formulación, más inteligente, de Zagrebelsky, de que es preferible que sea el juez y no el legislador el que «concrete» los derechos fundamentales (25), es preciso sostener que corresponde «constitucionalmente» al legislador desarrollar (concretar) los derechos fundamentales y, en esa misma línea de entendimiento, que la reserva de ley en la materia tiene no sólo el significado de una obligación impuesta al legislador (que es algo mucho más relevante que el mero límite a la potestad reglamentaria), sino también el sentido, positivo, de una garantía para el pleno ejercicio de los derechos.

Es la ley (y no los jueces) la que puede facilitar un disfrute «general», esto es, igual para todos, de los derechos fundamentales, la que puede garantizar una mayor eficacia de los derechos clásicos de libertad, la que puede dotar de eficacia frente a terceros los derechos constitucionales y la que ha de intermediar, necesariamente, en los derechos prestacionales para que éstos puedan, simplemente, adquirir el nombre de tales, es decir, de facultades de exigir y obtener jurídicamente respaldadas por obligaciones públicas legalmente establecidas.

#### **4.4 El papel del Tribunal Constitucional en la «configuración» de los derechos fundamentales**

La pertinencia, e incluso la bondad, del desarrollo de los derechos fundamentales por parte del legislador no significa desconocer la diferencia que existe entre la «definición» de los derechos y su «concreción» y, por lo mismo, el distinto papel que la jurisdicción y la ley juegan en uno y otro supuesto. Es cierto, como ha dicho Alexy, que lo que hoy sean los derechos fundamentales enunciados por la Constitución es definido, esencialmente, por la jurisprudencia del Tribunal

---

(25) *Op. cit.*, pp. 62-77

Constitucional (26), que ha ido concretando al amplio margen de posibilidades interpretativas que los enunciados constitucionales ofrecen. Efectivamente, como ya se adelantó más atrás, los derechos contenidos en la Constitución son reglas con un alto componente de principios y, por ello, susceptibles de diversos desarrollos o «concretizaciones», no sólo en cuanto a la completa regulación de su ejercicio, sino incluso en cuanto a la determinación de su núcleo mínimo o contenido esencial.

Esta realidad presta un sólido apoyo a la idea de que sea el legislador y no el juez ordinario quien concrete los derechos fundamentales, como ya se ha repetido a lo largo de este trabajo. Pero también presta un argumento de gran peso a favor de la idea de que sólo sea el Tribunal Constitucional el que «defina» el contenido constitucional de esos derechos. Lo que significa, claro está, también un argumento muy sólido a favor de la existencia del recurso de amparo, instrumento que permite al Tribunal Constitucional sentar, de manera plena, esa interpretación con carácter vinculante y, por lo mismo, unificar la doctrina sobre la materia.

Esa necesidad de unificación jurisprudencial (o lo que es igual, de aplicación igual de los derechos fundamentales) no se resuelve sólo a través de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que la vaguedad o «generalidad» del enunciado constitucional se puede trasladar muchas veces a la ley, cuyo texto sobre los derechos puede ser tan poco preciso como el de la Constitución. Además, si sólo existiera la cuestión de inconstitucionalidad se forzaría mucho a los jueces (más aún de lo que ya les fuerza el art. 5.3. de la Ley Orgánica del Poder Judicial) a interpretar «constitucionalmente» la ley (y ello significaría que también estarían forzados a «definir» el propio derecho constitucional). Dicho en otras palabras, lo que fueran los derechos constitucionales dependería no tanto del Tribunal Constitucional cuanto de todos los jueces si sólo a ellos estuviese confiada su tutela jurisdiccional. En España, y en Alemania, los derechos fundamentales son definidos por el Tribunal Constitucional no sólo porque éste sea el supremo intérprete de la Constitución o porque tenga atribuido el control de constitucionalidad de las leyes, sino, principalmente, porque tienen encomendado el recurso de amparo (27).

---

(26) *Op. cit.*, p. 23. El texto de la cita es: «Si la discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el terreno movedizo de su génesis, habría que contar con un casi interminable e ilimitado debate de opiniones. El hecho de que, en gran medida, tal no sea el caso se debe esencialmente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A lo largo de su praxis jurisprudencial de más de treinta años, ha ido introduciendo cada vez más precisiones dentro del amplio campo de posibilidades que otorga el texto constitucional. Lo que hoy son los derechos fundamentales es definido, principalmente, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal».

(27) La labor «definidora» de los derechos fundamentales que realiza el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo se manifiesta, sobre todo, con ocasión de las colisiones entre los derechos constitucionales. La resolución de estos problemas obliga, casi inevitablemente, a acudir a una interpretación «principalista» de los derechos (esto es, a hacer jugar su dimensión institucional u objetiva).

Incluso podría decirse, con mayor exactitud, que el Tribunal Constitucional será, en plenitud, el supremo intérprete de la Constitución en la medida en que tenga atribuido el recurso de amparo.

## **5. EL DERECHO, ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY. ESTADO DE DERECHO Y DIVISIÓN DE PODERES**

### **5.1 El lugar de la ley en el Estado constitucional**

Todo lo dicho hasta aquí, como ha podido notarse, tiene un sentido muy claramente crítico frente a una tendencia, observable en nuestra cultura jurídica, a sobrevalorar la Constitución e infravalorar la ley. No se trata sólo de una especie de «fetichismo» constitucional, quizás comprensible entre nosotros después de tantos años en España sin Constitución, sino del olvido, como ya más atrás se ha puesto de manifiesto, de algunas notas esenciales de nuestra democracia parlamentaria, que es una forma de Estado que sitúa a la ley en un lugar primordial del sistema jurídico y al principio de igualdad ante la ley en el centro mismo de ese sistema.

Es cierto, y no debe ocultarse, que en la infravaloración de la ley pueden influir no sólo determinadas corrientes doctrinales o el activismo de algunos jueces, sino también, y muy destacadamente, la ineficacia del propio legislador, que a veces elabora textos legales técnicamente defectuosos (en España tenemos buenas muestras de ello en los últimos tiempos). Mejorar la legislación se presenta así como una necesidad incuestionable, precisamente para que la ley gane autoridad. Hacer leyes de mejor calidad es, creo, un buen camino para que se las respete. No obstante, me parece que la causa principal del problema que estamos examinando no radica tanto en la desconfianza ante la ley cuanto en la excesiva confianza ante la Constitución.

Que la Constitución es Derecho, que todo el ordenamiento a ella está subordinado y de conformidad con ella debe interpretarse, que la ley contraria a la Constitución es inválida, que los españoles tenemos derechos fundamentales porque son derechos constitucionales, todo ello es, por ventura, una realidad en España a partir de 1978. Ahora bien, que la Constitución desplaze a la ley de manera que problemas de arrendamientos urbanos, de operaciones bancarias, de disciplina urbanística, de contratación laboral, de seguridad social, de contratación administrativa, etc., hayan de resolverse aplicando la Constitución, como si éste fuese la única disposición normativa de nuestra Nación y en ella se contuviesen las reglas resolutorias de todos los conflictos, parece, cuanto menos, improcedente.

Frente a esa tendencia (real, aunque por fortuna aún no mayoritaria en la doctrina y en los aplicadores del Derecho) hay que afirmar, enérgicamente, que la ley

sigue siendo, sobre todo en un Estado democrático, la expresión más ordinaria del Derecho (esto es, la decisión normadora producto, en cada momento, del juego legítimo del pluralismo político); que la Constitución ha dejado (en mayor o menor grado, según la materia) un margen de discrecionalidad al legislador que los juristas (incluyendo a los jueces, claro está) han de respetar; que sólo cuando no existe ley para el caso pueden los jueces aplicar directamente la Constitución (si la norma constitucional, por su estructura, permite esa aplicación directa); que si existe la ley, ésta no puede ser inaplicada por los jueces por considerarla inconstitucional, sino que deben, en ese caso, plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, único órgano competente en nuestro Estado para hacer valer la Constitución por encima de la ley. El principio de constitucionalidad debe ser entendido como un enriquecimiento, y no como una sustitución, del principio de legalidad (28).

Un autor tan relevante, y tan decidido partidario del principialismo, como es el Profesor García de Enterría, lo ha dicho con palabras bien certeras: «Desde el momento en que ha quedado claro que hay que operar directamente con valores, la operación aplicativa es todo menos mecánica, lo cual ha restituido a los jueces su papel esencial de asegurar la efectividad del orden jurídico como instrumentos cualificados e imprescindibles de éste (...). No se trata, con ello, bien entendido, de proclamar la libre creación judicial del Derecho, ni la rebelión del juez contra la Ley (...). La Ley sigue siendo insustituible, porque (...) es ella misma la expresión del principio democrático (...). Por otra parte (...) los principios de seguridad jurídica y de certeza del Derecho (...) llevan también a mantener la preeminencia de la Ley en la sociedad democrática» (29).

Difícilmente se podría decir mejor, aunque yo añadiría algún matiz acerca de la frase «operar directamente con valores», aclarando que siendo éstos aplicables, si están constitucionalizados, sólo debieran ser utilizados como normas de segundo grado, esto es, con eficacia indirecta o interpretativa, y nunca como normas de primer grado y por lo mismo con eficacia directa.

## 5.2 Derecho, jueces y poder político

Los problemas de la vinculación de los jueces a la ley están conectados, por supuesto, con los derivados de la división de poderes. De ahí que sea necesario detenerse algo en esta otra faceta del asunto de que estamos tratando, y muy espe-

---

(28) Entendido el principio de legalidad, en su acepción que parece más correcta, como sujeción a la ley parlamentaria. Vid. F. RUBIO LLORENTE, *Principio de legalidad*, en «La forma del poder», Madrid, 1993, pp. 333-367.

(29) *La democracia y el lugar de la ley*, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 92, octubre-diciembre 1996, pp. 619-620.

cialmente en las relaciones entre el Gobierno y los jueces, porque tienen mucho que ver con las relaciones entre los jueces y la ley.

La distinción entre ejecutivo, legislativo y judicial, pese a las transformaciones que ha experimentado el Estado constitucional en los últimos dos siglos sigue teniendo sentido como pilar de ese Estado en la medida en que no se trate de una distinción puramente formal sino que incluya también ingredientes materiales, de tal manera que se impida que los jueces gobiernen o legislen, el parlamento juzgue o gobierne y el gobierno legisle o administre justicia. La concepción material de los poderes del Estado es, así, un asunto crucial en el sistema de la división de poderes y hoy de urgente tratamiento, especialmente en España, por tantas razones, entre ellas las muy actuales relativas al control judicial de los actos del Gobierno. Desde luego que juzgar a la Administración (incluso controlando su actuación discrecional) no es administrar; eso ya está claro hace bastante tiempo, por fortuna. Pero no es menos cierto que sustituir la decisión discrecional de la Administración por la decisión discrecional del juez sí es administrar (o gobernar).

De igual manera, una cosa es la sumisión de todos los poderes al Derecho, y por lo mismo a los jueces (no siempre y necesariamente a los jueces ordinarios, pues también determinados actos del poder, al menos en el modelo constitucional europeo, sólo están sometidos a los tribunales constitucionales), y otra bien distinta la suplantación del Gobierno y la Administración por los órganos judiciales. La solución de este problema no es simple, ni mucho menos, puesto que si bien todo Estado de Derecho es, necesariamente, Estado jurisdiccional de Derecho, todos los poderes del Estado no pueden reducirse a uno sólo llamado poder judicial, que además no es elegido por los ciudadanos ni responde políticamente ante nadie (30).

Lo anterior no quita para que la sumisión a las normas, propia del Estado de Derecho, signifique, como no puede ser de otra manera, sumisión al control judicial. El gobierno de las leyes y no de los hombres supone que el poder no puede actuar fuera del Derecho y, en consecuencia, que el Derecho es aplicable (*rectius*: aplicable jurisdiccionalmente) a las actuaciones de todos los poderes del Estado. Como es bien sabido (31), el problema no sufre, además, grandes cambios por el hecho de que el Parlamento y el Ejecutivo se elijan (directa o indirectamente) por

---

(30) Lo que no significa desconocer el origen democrático (aunque *ex Constitutione* y no mediante el sufragio) del poder judicial en el Estado constitucional democrático, así como tampoco desconocer que el poder judicial es, muy probablemente, la «rama menos peligrosa» del poder público (por utilizar, adaptada al problema que examinamos, la célebre expresión de la obra de ALEXANDER BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, New Haven, 1962). Es claro que un legislativo o un ejecutivo desatados de sus límites pueden representar un mayor peligro para el Estado constitucional. La historia contemporánea (que es la del Estado constitucional) ha conocido dictaduras «parlamentarias» y, por supuesto, «gubernamentales», pero no «judiciales». Pero ello no es obstáculo para criticar la desvirtuación de la democracia que puede esconderse en un excesivo predominio de los jueces sobre las leyes.

(31) Por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 2.ª ed., 1996, pp. 112-134

el pueblo. El poder democrático no está, por causa de su legitimación popular, exento de la sumisión al Derecho. Al contrario, es la democracia precisamente el sistema de gobierno que más se identifica con la exigencia de controles (sociales, políticos y jurídicos). Pero tampoco podemos descargar exclusivamente sobre la espalda de los controles jurídicos (judiciales, por excelencia) la corrección del sistema y, por lo mismo, la garantía de su no corrupción. La excesiva judicialización de la política conduce, necesariamente, a la politización de la justicia.

El mejor modo de evitarlo no es, por supuesto, acotar una esfera de inmunidad gubernamental: los «actos políticos», o los «actos de dirección política», como si esto último, la «dirección de la política», fuese una de las actividades materiales del Gobierno (32) y no una característica de toda la actividad gubernamental, que es como debe considerarse. Al contrario, lo que procede es llevar a cabo, sin merma de la sumisión de todo acto de poder a la jurisdicción (todo acto con relevancia jurídica, como es lógico), una ampliación y revitalización de los controles políticos, especialmente de los controles parlamentarios, para que no todos los problemas de la política acaben en los tribunales de justicia.

### 5.3 Estado de Derecho y democracia

Tratar de la vinculación de los jueces a la ley (y a la Constitución) es también tratar de las relaciones entre el Estado de Derecho y el Estado democrático. Es bien conocido que para algunos (en los Estados Unidos de América y en España, por citar dos lugares, que podrían ampliarse a otros más) el Tribunal Constitucional (o el Tribunal Supremo norteamericano) son una especie de poder constituyente permanente que puede completar e incluso adaptar («enmendar» dirían los norteamericanos) la Constitución dando lugar a una «Constitución viviente» que va sufriendo cambios por obra de quien así no es sólo su supremo intérprete sino también su supremo hacedor. Para otros, en cambio, entre los que me cuento (y se cuentan algunos más, tanto españoles como norteamericanos, por seguir con la misma muestra) el Tribunal Constitucional sólo es el supremo intérprete de la Constitución, pero no el poder constituyente permanente, que únicamente corresponde al pueblo si la Constitución es democrática y, como la nuestra lo es, si la

---

(32) Error que en los últimos tiempos se ha pretendido cometer en España, no sólo mediante al Proyecto de Ley de reforma de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sino también a través del Proyecto de Ley del Gobierno, que se encontraba igualmente en tramitación parlamentaria cuando se produjo la última disolución de las Cámaras. Las críticas de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en ese sentido, al Proyecto de Ley de reforma de la Jurisdicción Contencioso-administrativa están, sobre todo, en su libro ya citado, pp. 225-300. La crítica, también en el mismo sentido, al Proyecto de Ley del Gobierno puede verse en los trabajos de M. ARAGÓN y otros, en el *Comentario al Proyecto de Ley del Gobierno*, edit. por la Universidad Carlos III, Madrid, 1996.

Constitución se acata por todos los poderes del Estado, incluido, claro está, el propio Tribunal Constitucional. Eso no significa, por supuesto, desconocer, sino por el contrario valorar muy positivamente la actividad del Tribunal de concreción y recreación de la Constitución. Lo que supone negarle la capacidad de reformarla, entre otras cosas porque la propia Constitución ha establecido para ello un específico procedimiento atribuido, como no podía ser menos, al poder político y no al poder jurisdiccional.

Para algunos, el principio de legalidad vincula al Gobierno y la Administración, pero no tanto a los jueces, capaces de operar mediante unos principios y valores que sobrepasan a la ley misma. Para otros, entre los que me cuento, los jueces están sometidos a la ley y no pueden aplicarla de manera que la contradigan, ni siquiera cuando observen que esa ley puede ser contraria a la Constitución (y sólo a ella, incluyendo, por supuesto, los principios y valores que la Constitución contiene, no los ajenos a la Constitución misma, que nunca han de prevalecer sobre la ley), exigiéndoseles en tal caso que planteen la cuestión al Tribunal Constitucional. Los jueces no pueden inaplicar la ley, aunque tampoco deben aplicarla si la consideran inconstitucional. Ese es nuestro sistema (y no importa repetirlo una vez más), bien distinto aquí del norteamericano, en el que todos los jueces y tribunales son al mismo tiempo «ordinarios» y «constitucionales», es decir, jueces de la legalidad y jueces de la constitucionalidad.

Con decir esto se dice muy poco, por supuesto, aunque ese poco ya sea relevante, creo, para orientar un determinado modo de aplicar y, por lo mismo, de interpretar el Derecho (33). Hace falta mucho más: adentrarse en los problemas que plantea el hecho de que en toda aplicación de las normas hay o puede haber un elemento de recreación de ellas, es decir, y con otras palabras, tratar de los límites de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Es muy cierto, como ha indicado sagazmente Zagrebelsky y ya recordamos más atrás (34), que hoy la «scientia iuris» ha de ser complementada por la «iuris prudentia», dado que el modo de conocimiento propio de la dogmática positivista no basta para la comprensión teórica y la aplicación práctica del Derecho actual.

Ocurre, sin embargo, que debajo de este problema formal, o si queremos, estructural, de fuentes del ordenamiento y de teoría del Derecho, se esconde un problema de poder, es decir, un problema político-constitucional. Este papel, relevante, de los jueces en la vida del Derecho y en la «adaptación» de la

---

(33) Entiendo la interpretación en sentido amplio, esto es, comprensiva tanto de la subsunción genérica como de la subsunción individual, o por utilizar otros términos, que incluye las dos operaciones de búsqueda del sentido del enunciado normativo y de calificación del caso para subsumirlo en la norma.

(34) *Op. cit.*, pp. 167-173.



ley (e incluso, cuanto se trata de jueces constitucionales, en la creación de la ley, en cuanto legisladores negativos y también positivos, y para algunos incluso en la «creación» de la Constitución), nos conduce a plantearnos necesariamente la tensión que ello introduce en la democracia. Es muy probable, como también ya hemos advertido más atrás, que en los ordenamientos del presente, y por esos motivos, no estemos en presencia de una forma pura de democracia, sino de una forma mixta, en la que la democracia de la ley se encuentre corregida o templada por la aristocracia de los jueces. Esto, que puede aceptarse como una descripción, no tiene por qué aceptarse sin embargo, acriticamente, en el plano de la teoría, o de los principios, o convertirse en un paradigma. Lo real puede ser racional, pero no siempre razonable.

El problema incluso se complica más aún cuando se repara en que los jueces no son, al menos en Europa continental, los únicos creadores de la doctrina jurídica, sino que muchas veces se limitan a «consagrar» jurisprudencialmente la doctrina de los autores. En este juego de poderes, en esta «forma mixta» de gobierno entran así en liza los juristas, más destacadamente, los profesores. De esta manera, a la conocida frase de que la ley es más inteligente que el legislador habría que añadir que lo que en realidad ocurre es que los juristas son más inteligentes que la ley. La técnica, o si queremos elevarla de dignidad, la ciencia jurídica es capaz así de corregir a la política, o visto desde otra perspectiva, la aristocracia de los funcionarios y expertos es capaz de corregir la democracia basada en el sufragio universal. E incluso esta forma mixta puede intentar legitimarse mediante la razón añadida de que, frente a una democracia de partidos, animada por el particularismo (e incluso, podrían decir algunos, por la corrupción), los juristas vienen a representar, verdaderamente, el interés general, esto es, el interés del Estado de Derecho.

No estoy haciendo una caricatura, ni mucho menos. Ni trivializando un fenómeno que es de importancia capital, creo, para la salud del Estado democrático de Derecho. Máxime en la medida en que al integrarse hoy la «prudencia» (la capacidad de previsión, las exigencias del caso, la «razonabilidad», la «ponderación», los valores) en la ciencia del Derecho (y de ese modo en la teoría de la interpretación jurídica y, por lo mismo, en la aplicación del Derecho), la política no se separa tan fácilmente de la justicia acrecentándose, sin duda alguna, los riesgos del activismo judicial. Frente a ello no queda otra solución, me parece, que la de limitar el poder de los jueces (por otra parte, el constitucionalismo significa eso: limitar todos los poderes), no restándoles ámbitos de control, sino reduciendo su papel de creadores de normas para impedir, al menos, que sean los dueños del Derecho en lugar de sus servidores. La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos no está referida sólo a la Administración, sino también a los jueces.

#### 5.4 «Promoveatur ut removeatur»

Promover para remover. Es posible que ello esté ocurriendo en el Derecho, al menos en las ideas jurídicas de algunos autores y en la jurisprudencia de algunos tribunales. Lo que podríamos llamar «exceso de constitucionalización», consistente en la conversión de todo el Derecho en Derecho Constitucional y, por lo mismo, de toda la interpretación legal en interpretación constitucional, puede dar paso, al menos según se postula en determinados escritos audaces, a la conversión del Derecho Constitucional en Filosofía del Derecho y, por ello, de la interpretación constitucional en interpretación puramente axiológica. El trayecto puede prolongarse incluso, en la medida en que, para algunos, la Filosofía del Derecho debe transmutarse en pura lógica o en estricta sociología.

A lo largo de ese camino el Derecho acaba por desaparecer. A medida que va alcanzando una aparente dignidad (pasando de simple técnica a filosofía moral o a sociología o incluso a economía si se extreman algunos desarrollos del análisis económico del Derecho) lo jurídico va perdiendo autoridad: una autoridad que para el Derecho sólo proviene de su capacidad de garantizar la libertad y la seguridad en condiciones de igualdad. La forma, como decía Ihering, es hermana gemela de la libertad y enemiga jurada de la arbitrariedad. Buscar la llamada justicia material es un propósito plausible. Hacerlo con olvido e incluso menosprecio de las formas jurídicas es un despropósito que acaba siempre pagándose muy caro.

La Constitución es «la forma del poder», como ha dicho muy bien Rubio Llorente (35), pero la ley es, probablemente, la forma más genuina del Derecho. Sin Constitución no hay poder democrático, pero sin ley es muy difícil que haya Estado de Derecho. Los juristas (incluidos, claro está, los jueces) deben tener muy presente que convertir todo el Derecho en un Derecho de «principios», transformar toda la justicia en «justicia constitucional», poner al Derecho (y no sólo a la Constitución) por encima de la ley, interpretar las normas anteponiendo criterios morales, sociológicos o económicos a los criterios estrictamente jurídicos e incluso a veces a los mismos enunciados gramaticales de los propios textos normativos puede significar «promover» la juridicidad... para removerla.

El mismo Zagrebelsky (36), después de haber postulado el reconocimiento de un amplio papel para los valores y los principios en la vida del Derecho, termina, al final de su libro, retrocediendo claramente en esa postura y advirtiendo que si bien «el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como *partes* del derecho y no como *todo el derecho* (...) puede pretender, tanto de los jueces como de

---

(35) «La forma del poder», *cit.*, p. XXVI: «Lo que para mí define la Constitución es su función y ésta es precisamente la de dar forma al poder, es decir, la de crearlo: *forma dat esse rei* (...). La Constitución es forma (*constitutiva*, si se me permite la redundancia) del poder porque *es* su pretensión de legitimidad».

(36) *Op. cit.*, pp. 212-213

la Corte Constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático. Podemos, por tanto, corregir la afirmación con que comenzamos este epígrafe (37). Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier *señor del derecho* hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos».

A esta posición, ya más moderada, sólo se faltaría quizá, para reducir en mayor medida el riesgo de arbitrariedad (porque no es sólo el riesgo de atenuación de la democracia el que se fomenta con las tesis «judicialistas»), una decidida apuesta por residenciar sólo en Tribunal Constitucional (o sólo en él de manera última y definitiva) ese papel fundamental de «garante de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derecho y justicia» que Zagrebelsky parece atribuir de manera difusa a todos los jueces. Una forma de conseguirlo sería a través del recurso de amparo, lo que dicho sea de paso significaría reconocer el carácter prácticamente necesario de ese recurso en el sistema europeo de justicia constitucional. Quizás no sea preciso que el recurso se extienda al ámbito de todos los derechos fundamentales (la sobrecarga de trabajo que ello supone lo estamos experimentando en España y Alemania), pero sí que al menos exista para un derecho y con un determinado sentido: el derecho a la tutela judicial efectiva, que se entendería vulnerado cuando los jueces aplicasen el Derecho de manera inconstitucional (por contradicción con sus normas materiales o estructurales, entre ellas la que los somete a la ley y les veda inaplicarla por razón de validez).

Como no podía ser de otra manera, el problema de la vinculación de los jueces a la ley acaba siendo un problema de jurisdicción y así debe ser abordado. En el fondo, de lo que se trata, entonces (y ello vuelve a situarnos en el plano al que ya aludí desde el principio mismo de esta ponencia), es de poner de manifiesto la estrecha conexión entre las dos jurisdicciones (que ya no puede considerárselas separadamente como de «constitucionalidad» y de «legalidad») y la muy especial

---

(37) Esa afirmación es: «La unidad del derecho, según las exigencias del Estado constitucional, nos ha llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional. Podríamos así terminar considerando a los jueces como los actuales *señores del derecho*, pues en ellos, efectivamente, se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos y la justicia» (*op. cit.*, p. 208).

función que, en consecuencia, el Tribunal Constitucional ha de desempeñar, no sólo como monopolizador de la apreciación de la inconstitucionalidad de la ley, sino también como supremo Tribunal de la interpretación «constitucional» de todo el ordenamiento, lo que quiere decir guardián último de su unidad («garante de la su complejidad estructural», en palabras ya citadas de Zagrebelsky). Porque, en realidad, en el actual sistema jurídico español, y en el alemán, principalmente, Tribunal Supremo, en el sentido más estricto de la palabra, ni hay ni debe haber más que uno, lo que ocurre es que no es el que así se llama en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino el que así es designado en el artículo primero de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Desconocer esa realidad o intentar ocultarla sólo contribuye a aumentar la confusión en el seno del ordenamiento, lo que no provoca más que inseguridad en perjuicio de quienes, al fin y al cabo, son los principales destinatarios de las normas: los propios ciudadanos.