

Ángela Figueruelo Burrieza  
y Luis-Quintín Villacorta Mancebo\*

# **La relación entre el Legislador y el Tribunal Constitucional: una panorámica sobre el control y la cooperación a desarrollar**

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. PARA SITUAR LA CUESTIÓN.—1.1. Aspectos substanciales: perspectiva genérica.—1.2. Mención a las vías procedimentales: teleología compartida.—II. ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, EN PARTICULAR, EN CUANTO ÓRGANO DE CONTROL DE LA LEGISLACIÓN.—III. UN INTENTO ABREVIADO DE AQUILATAR LA RELACIÓN CONSTITUCIONAL SUSTANCIALMENTE COOPERATIVA ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR.—3.1. La situación real de este aspecto.—3.1.1. Órganos o poderes forzosamente cooperativos por exigencia del principio democrático.—3.1.2. Los Derechos Fundamentales auténticamente eficaces refuerzan aún más la necesidad de cooperación.—3.1.3. La apertura a la reversibilidad de la jurisprudencia constitucional al servicio nuevamente de la cooperación.—3.2. A la búsqueda del equilibrio: rechazo definitivo de la fraseología de la espectacularidad pretendida, y quizá parcialmente lograda de modo ocasional.—3.3. Otra muy corta alusión matizadora, en este caso, tocante al Derecho de la Unión Europea.—IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SU FUNCIÓN ESTIMULANTE EN CUANTO POTENCIAL-EVENTUAL INICIADOR DE LA LEGISLACIÓN Y COMPLEMENTO DE LA MISMA.

## RESUMEN

*La Constitución española de 1978 incorporó la jurisdicción constitucional como consecuencia lógica de la evolución del Estado Democrático de Derecho, a cuyo modelo nos incorporara (art. 1.1). Y, en el Estado constitucional, todos los poderes del Estado, incluido el Legislador, están vinculados a la Constitución en su calidad de Derecho de*

---

\* Catedráticos de Derecho Constitucional.

*aplicación directa. Es tarea del Legislador y de su órgano de control último, el Tribunal Constitucional, dotados ambos de legitimidad democrática, guardar, mantener y desarrollar la Constitución de forma cooperativa, y en cuanto tarea común, suelo firme que no han de abandonar. La relación estructural entre ambos órganos es de vez en vez problemática, y de verdadera envergadura político-constitucional. Ante tal tesitura, la aspiración irrenunciable ha de ser el equilibrio que, por naturaleza, va a ser inestable.*

*PALABRAS CLAVE: Vinculación constitucional; Legislador; Tribunal Constitucional; legitimación democrática; cooperación funcional de poderes.*

## ABSTRACT

*The Spanish Constitution of 1978 incorporated the constitutional jurisdiction as a logical consequence of the evolution of the Democratic State of Law, to whose model it will incorporate us (Article 1.1). And, in the constitutional State, all the powers of the State, including the Legislator, are linked to the Constitution in its capacity as a Right of direct application. It is the task of the Legislator and its ultimate control body, the Constitutional Court, endowed both with democratic legitimacy, to keep, maintain and develop the Constitution in a cooperative manner, and as a common task, firm ground that they must not abandon. The structural relationship between both bodies is sometimes problematic, and of true political-constitutional scope. Given such a situation, the unwavering aspiration must be the balance that, by nature, will be unstable.*

*KEYWORDS: Constitutional linkage; Legislator; Constitutional Court; democratic legitimization; functional cooperation of powers.*

## I. PARA SITUAR LA CUESTIÓN

### 1.1. Aspectos sustanciales: perspectiva genérica

Vamos a considerar, por indudable su interés, algunos aspectos esenciales de la relación delicada entre dos órganos constitucionales del Estado Democrático de Derecho: el Parlamento y el Tribunal Constitucional, siendo este el más joven desde el plano de su incorporación a la estructura organizativa estatal, y al que sin embargo se otorgan por los padres constituyentes amplias responsabilidades y gran “libertad” en la interpretación (evolutiva) de la Constitución. Un rol (función) desconocido para la historia constitucional europea hasta el final del segundo decenio del siglo XX, y que parece deberse inicialmente a cierta desconfianza en los mecanismos más estrictamente políticos, situándose sin embargo en la tensión entre el Derecho y la política (delimitados en sentido lato), que salta de vez en vez en la discusión pública y no concierne solo al debate académico; porque, trascendiendo, la “Justicia constitucional, independientemente de su forma

de manifestación”, es “algo problemático y no de forma ocasional, sino de manera necesaria y permanente”, constituyendo un verdadero “problema político-constitucional”, temática que, adicionalmente, carece de “una solución absoluta y definitiva”<sup>1</sup>.

Del modo bien nos resulta sobradamente conocido, y de acuerdo con lo establecido nítidamente por la Constitución española de 1978 (en adelante CE), la legislación está sujeta al orden constitucional diseñado, obviamente, por la aludida Norma Suprema del ordenamiento jurídico español<sup>2</sup>, del que por demás es su parte general<sup>3</sup>; a su orden jurídico-político<sup>4</sup>, que se impone a todos los poderes del Estado y es fundamento de su actividad. El Legislador se halla ahora incluido tocante a esa vinculación, pues su “soberanía” (limitada) tiene idéntica fuente-norma que el propio principio estructural del Estado de Derecho: la Constitución, que dispone del carácter de norma política y jurídica suprema e inviolable, en cuanto limitación y racionalización del poder y fortalecimiento del proceso político libre, plural y vivo, y tales premisas van a permitir su consideración en cuanto ordenación jurídica estatal fundamental, siendo ello a tener muy en cuenta<sup>5</sup>. Expresa a propósito con claridad meridiana mediante fórmula declarativa

<sup>1</sup> JAVIER PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 16.

<sup>2</sup> Cuestión que, dice nuestro Tribunal Constitucional, “aun cuando no se proclame expresamente en ninguno de sus preceptos, se deriva sin duda del enunciado de muchos de ellos, entre otros de sus artículos 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, y es consustancial a su condición de norma fundamental; supremacía o rango superior de la Constitución frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales, que afirmamos en la Declaración 1/1992 (F1)”, y, debido a ello, “la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el artículo I.6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución”, texto recogido por la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional; en la que dicho sea de paso, parece superarse el concepto de *Grundnorm* (Norma fundamental) kelseniana, como norma “presupuesta”, pensada, e hipótesis “necesaria” de partida, frente a la Constitución jurídico-positiva como norma suprema “puesta”. Y bien conocida y clásica la STC 16/1982, de 28 de abril: la Constitución es “una norma jurídica, la norma suprema del ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos” están sujetos a ella; o con parecidos términos es también clásica la STC 80/1982, de 20 de diciembre.

<sup>3</sup> STC 112/1989, de 19 de junio.

<sup>4</sup> La normatividad constitucional apelante a su especificidad jurídica debido a los efectos desplegados, siempre orientados a fortalecer la unidad política, permitiendo el despliegue de eficacia de los valores constitucionales y operando al mismo momento como control del proceso los procesos de poder [*Machtprozesse*], algo bien analizado por THORSTEN KINGREEN, “Vorrang und Vorbehalt der Verfassung”, en: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Josef Isensee / Paul Kirchhof (editores), Bd. XII, *Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen*, 3.ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2014, pp. 293 y ss; asimismo puede verse HEINRICH LANG, “Funktionen der Verfassung”, en: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Josef Isensee / Paul Kirchhof (editores), Bd. XII, *Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen*, 3.ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2014, pp. 415 y ss. Ambos autores ponen en un primer plano el inevitable doble carácter político-jurídico inherente a la Constitución democrática, en el cual radica su propia esencia; lo que no es cosa distinta del refinamiento, pasando por numerosos autores intermedios, de la tesis clásica bien esgrimida por HEINRICH TRIEPEL, que se opusiera rotundamente a la pura normatividad kelseniana, y definiera a la Constitución como “un Derecho para la Política”, *Staatsrecht und Politik*, Walter de Gruyter, Berlin-Leipzig 1927, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, en: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 5, Walter de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1929, pp. 7-8.

<sup>5</sup> Por todos, HORST EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Duncker & Humblot, Berlin 1953.

el artículo 9.1 de la CE, cómo la Constitución española dado su carácter de norma jurídica suprema del ordenamiento que configura, vincula (de igual modo que el resto del orden jurídico) al Legislador en calidad de Derecho de aplicación directa; y repite retórica-vinculatoriamente esa sujeción para todos los poderes públicos el artículo 53.1 CE para enfatizar tocante a los “derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II” del Título I, los cuales, “con independencia de que hayan sido desarrollados o no por el legislador, «vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos»”<sup>6</sup>, siendo los mismos lógicamente de aplicación directa “sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo”<sup>7</sup>. Importante tarea de concretización constitucional en una forma jurídica de Estado democrática delimitada por un conjunto de valores materiales, los cuales, ciertamente impulsan la vida constitucional, pero proscriben su puesta a disposición libremente en virtud de los intereses de la mayoría gubernamental pertinente, puesto que también limitan a esta en cuanto debe someterse a los Derechos Fundamentales; y ahí es cuando puede entrar en escena el Tribunal Constitucional con efectos correctores de concretizaciones legislativas constitucionalmente desafortunadas por inconstitucionales en el desarrollo de los Derechos Fundamentales<sup>8</sup>.

Consecuentemente, vemos declarado que, por exigencia de la propia naturaleza de las cosas, en Democracia, cual es nuestra forma jurídica de Estado, rige en su conjunto como principio autopocéntrico que el poder estatal constituido se encuentra vinculado-sometido a la Constitución<sup>9</sup>, e indudablemente a la totalidad de ordenamiento jurídico por ella constituido y organizado; volvamos a recordar que el texto articulado de la Constitución española dice en su mismo inicio que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

En el Estado Democrático de Derecho, nos topamos venturosamente desde el momento primero con el reconocimiento de la Dignidad humana como valor supremo del orden jurídico-político y fundamento del mismo, junto con la protección de los Derechos individuales, el libre desarrollo de la personalidad, o el imperio de la Ley (art. 10.1 de la CE). Y, reiterando lo dicho escuetamente arriba y ahora para singularizar acerca del órga-

<sup>6</sup> Por todas, STC 169/2003, de 29 de septiembre.

<sup>7</sup> Por todas, STC 39/1983, de 17 de mayo.

<sup>8</sup> BVerfGE 7, 377, 404.

<sup>9</sup> Esta vinculación o sujeción de los poderes públicos a la Constitución en el ejercicio de sus funciones, consecuencia “obligada de su carácter de norma suprema”, dirá el Tribunal Constitucional español, “se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos”, STC 101/1983, de 19 de noviembre, y hasta aquí la declaración hasta puede compartirse; distinta opinión tenemos respecto la consecuencia radical que de inmediato establece, la cual, sin poder detenernos en el asunto, sí vamos a cuestionar: “mientras los primeros (ciudadanos) tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts. 30 y 31), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir, que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido”.

no (poder) en inmediatez con la soberanía popular (las Cortes Generales representan al pueblo español, “del que emanan todos los poderes del Estado” expresa el art. 2.1 de la CE), encomienda a la Cortes Generales su representación (art. 66.1 de la CE), eligiéndose las mismas “por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto” (arts. 68.1 y 69.2 de la CE)<sup>10</sup>. Pero, como decimos, asegurada la primacía incondicionada de la Constitución en cuanto elemento indispensable del Estado constitucional constituido, también el Legislador se halla plenamente sometido y vinculado por la Constitución, además de instituido (constituido) por esta. La Constitución tiene prioridad absoluta (primacía y supremacía) sobre la Ley<sup>11</sup>, y naturalmente sobre todas las normas integrantes del escalón legislación, siendo la pauta o modelo por el que ha de regirse el Legislador, al que establece sus límites de actuación<sup>12</sup>; además, las constituciones del Estado social son todas constituciones-fundamento o constituciones-programa, y no meras constituciones-marco, con independencia de que hablemos frecuentemente para referirnos a la Norma Suprema y su carácter delimitador, de marco constitucional<sup>13</sup>. A la Constitución del Estado Social y a sus pertinentes funciones sociales concretas, le corresponde sí establecer límites, pero es también inequívoco mandato y directriz tocante a la realización del orden social que promete, esto es, en función del orden substancial que proclama, constituye además un plan que regula normativamente funciones procedimentales y materiales, supone un decidido intento proyectivo de configurar el futuro sociopolítico de un Pueblo, de una Comunidad política concreta,

<sup>10</sup> A veces parece tenerse cierta pretensión así como de pasar de largo, a un segundo plano como mínimo, que el Senado, denominado “Cámara de representación territorial” (aunque luego no responde de hecho a tal inicialmente declarada naturaleza), previo a esa definición, tal como hemos recordado, es porque así lo quiso el propio titular de la soberanía popular, una de las dos cámaras que representan al Pueblo español.

<sup>11</sup> A esta primacía de la constitución se referiría la temprana STC 4/1981, de 2 de febrero: “El Tribunal Constitucional –art. 161.1 a) de la Constitución– es competente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley, y de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales de acuerdo con el artículo 163 de la propia Constitución. Mediante estos procedimientos, dice el artículo 27 de su Ley Orgánica, «el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados»”.

<sup>12</sup> Clásica, por la referencia a esos límites vinculantes para el Legislador, la STC 76/1983, de 5 de agosto: “las Cortes Generales, como titulares «de la potestad legislativa del Estado» (art. 66.2 de la Constitución), pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello, pero esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución, y, en todo caso, lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de este, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no solo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél”.

<sup>13</sup> Si resumimos con FRIEDRICH MÜLLER, el sentido “político de una Constitución en la Historia, es ser un orden fundamental determinante de una determinada comunidad, comprendidas en ella sus fuerzas divergentes”, *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 257.

mediante la incorporación de ideas guía y directrices materiales que marquen la incorporación del proceso político y la eficacia del Estado<sup>14</sup>.

Al constituir el Pueblo soberano el Estado Democrático de Derecho español, reiteramos, la Constitución diseñaría y con su entrada en vigor lograría su propia prioridad jurídica indispensable e incondicionada<sup>15</sup>, al igual que sucede en el resto de ordenamientos de idéntica legitimidad democrática, como característica de un Estado constitucional de corte moderno, y lo ha hecho además atribuyendo al Tribunal Constitucional, en lo que ahora nos interesa resaltar, una función de control muy considerablemente amplia, siguiendo para ello en importante medida como modelo el diseño previamente perfilado a cargo de la Ley Fundamental de Bonn y su Derecho constitucional de desarrollo. En este sentido, el Estado de Derecho constituido se materializa, vemos, también con la recepción de los elementos que aporta la jurisdicción constitucional. Esa incorporación, y la amplia pluralidad de competencias atribuidas al Tribunal Constitucional español a los efectos de garantía (art. 161 de la CE)<sup>16</sup>, para guardar y hacer guardar, mantener y desarrollar la Constitución cual norma suprema y el Derecho Constitucional de ella proveniente, ha convertido a nuestro Estado Democrático de Derecho, si nos apoyamos en la dicción de *Peter Badura* para calificar al Estado alemán por considerarla igualmente válida y plástica, en un Estado constitucional de configuración específica. La institucionalización del Tribunal Constitucional, o de las jurisdicciones constitucionales en general, se ha dicho repetidamente, es la consecuencia lógica en Europa de la evolución-transformación del Estado de Derecho, y un (el) gran logro del Estado Constitucional de Derecho<sup>17</sup>. El Estado Democrático de Derecho

<sup>14</sup> La doctrina científica alemana, y por su influencia una parte importante de la europea occidental, ha desarrollado-adaptado los postulados que defendiera RUDOLF SMEND (en un momento histórico-temporal distinto, en los albores del sistema democrático) acerca del carácter programático de la Constitución como proyecto y consiguiente tarea en orden a integrar al conjunto de la ciudadanía en el Estado, "Verfassung und Verfassungsrecht", en: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2.ª ed., 1968, Duncker & Humblot, Berlin, especialmente pp. 187 y ss. Ha repetido así muy machaconamente la considerada doctrina científica que la Ley Fundamental de Bonn contiene una "Constitución núcleo" (fundamento) generadora toda ella de unidad política y estabilidad (integradora), que es razón de su éxito incesante, para expresarlo con THOMAS OPPERMANN, "Deutschland in guter Verfassung? – 60 Jahre Grundgesetz", en: *Juristen Zeitung*, 64. Jahrgang, Heft 10, 2009, p. 482.

<sup>15</sup> Por todas, la STC 76/1988, de 26 de abril, afirmará el "carácter de norma suprema de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes del Estado (art. 9) y que resulta del ejercicio del poder constituyente del pueblo español, titular de la soberanía nacional, y del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE)".

<sup>16</sup> Eso sí, este artículo y su contenido, está precedido, obvio es, por los artículos 159 y 160, encargados de fijar la composición y organización del órgano. Sin embargo, valoramos en términos de superior coherencia desde la óptica del principio democrático, es el orden regulador de los poderes Legislativo e incluso Ejecutivo, atendiendo a la prelación de contenidos por nosotros reclamado.

<sup>17</sup> La doctrina científica alemana ha venido trayendo al recuerdo en este punto la frase de CARLO SCHMID, uno de los más destacados diputados de las primeras legislaturas de la República de Bonn, cuando manifestara que la cuestión del poder vinculante *erga omnes* de las disposiciones del Tribunal Constitucional y de los tribunales en general (con alcance diferente según los supuestos) sobre los demás órganos estatales respondía a la esencia de la concepción del Estado del momento histórico-concreto, y se traducía, según manifestara, en la diferencia entre Estado de nudo poder y Estado de Derecho.

requiere desde su esencia de la jurisdicción constitucional<sup>18</sup>, no la prevé como prescindible, todo lo contrario; pero únicamente cuando es preciso valorar la juricidad o antijuricidad de la legislación frente a la Constitución pasa a transformarse el Tribunal Constitucional en un “poder” más fuerte que el Legislador, y la Constitución logra hoy en día su “vigencia” para esos supuestos, en la medida en que el Tribunal Constitucional la conduce hacia su validez real<sup>19</sup>.

Tocante a la competencia concreta respecto de la que pretendemos verter alguna reflexión, ciertamente, la tarea de control de la acción desarrollada por el Legislador constituye únicamente una de las encomendadas a nuestro Tribunal Constitucional, si bien, creemos no equivocarnos en demasía si la calificamos como una de las más importantes que ha de desarrollar, cuestionando respetuosamente a quienes tan, vamos a decir “kelseniana”, y ya “bastante trasnochadamente” en buena medida, la califican como la más importante o la tarea por antonomasia dentro del contexto global de su función constitucional<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Señalaba MAURICE HAURIOU en los albores del Estado constitucional cómo se sentía verdaderamente la “necesidad de controlar los parlamentos porque su legislación, movida por las pasiones electorales, se ha convertido en una peligrosa amenaza para las libertades, *Précis de Droit Constitutionnel*, 2.<sup>a</sup> ed., Recueil Sirey, Paris, p. 636; y en ese momento histórico, categórico HANS KELSEN, al afirmar que la legislación “está absolutamente subordinada a la Constitución, como la justicia y la administración lo están a la legislación”, toda vez de seguirse la tesis de que el Parlamento se ha de considerar un órgano de libre creación del Derecho y no como un órgano de aplicación del mismo constitucionalmente vinculado, se está ignorando que realmente no se ha de contar con el Parlamento “para realizar la subordinación a la Constitución”, y debe ser “un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra institución estatal, a quien compete la anulación de los actos inconstitucionales”, “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, en: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Tomo XXXV, 1928, pp. 197 y ss.

<sup>19</sup> UDO STEINER, “Der Richter als Ersatzgesetzgeber – Richterliche Normenkontrolle – Erfahrungen und Erkenntnisse”, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 54. Jahrgang, Heft 40, 2001, pp. 2919 y ss.

<sup>20</sup> Entendemos que son las coordenadas espacio-temporales las encargadas de marcar cuál es la competencia o tarea más importante a desarrollar por el Tribunal Constitucional en ese Estado constitucional de configuración específica considerado. La que consideramos es la línea dominante dentro de la literatura jurídica alemana, sostiene que el recurso de amparo ha supuesto un especial fortalecimiento de la posición del Tribunal Constitucional Federal, y uno de los factores determinantes conducente a su notable aceptación por los ciudadanos, puede verse INGO VON MÜNCH, “El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político de la República Federal de Alemania”, en: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pp. 269 y ss.

Ahora bien, generalizando, con el riesgo alto que ello siempre implica, si debiéramos decantarnos por una, lo haríamos apuntando a la garantía de los Derechos Fundamentales, constitutivos del orden objetivo de valores supremo. Y, trascendiendo si cabe, la tarea resumida del Tribunal Constitucional, en su carácter de uno de los órganos constitucionales supremos, se resume con la frase de que está concebido y obligado a realizar alta política constitucional, reconociendo se mueve en terrenos complicados, puede verse así las medidas reflexiones de ERHARD DENINGER, “Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik”, en: *Das Recht der Republik. Festschrift für Ingeborg Maus*, Hauke Brunkhorst / Peter Niesen (editores), Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999, pp. 288 y ss; y categórico, aunque con otra evidente intención, CARL SCHMITT, por ejemplo: “Ninguna ficción, por extrema que fuese, podría impedir que cualquier persona considerara semejante Tribunal como una instancia política, y lo valorara como tal”, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 70. El italiano TEMISTOCLE MARTINES, hará referencia a la “forza politica” de la *Corte Costituzionale*, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Dott. A. Giuffrè, 1957, pp. 310-311. Asimismo, esta toma de posición que esbozamos, a nuestro entender, fue perfectamente sintetizada centre nosotros por JAVIER PÉREZ

La Constitución española, por demás, no se ha limitado solamente a establecer un conjunto de reglas y procedimientos en orden a prever y garantizar la lícita lucha ordenada para la permisibilidad de la libre concurrencia y competencia a entablar y desarrollarse de modo ordenado entre las fuerzas políticas respecto de la detentación del poder, adicionalmente, ha incorporado el fundamento de unos principios esenciales de cara a la convivencia de las personas y grupos en que se integran, las garantías de los elementos institucionales básicos, y el conjunto de las valoraciones comunes más trascendentales, todo lo cual, en tanto consenso fundamental o básico, se ha hecho con la pretensión de conferir unidad (política) y estabilidad a la colectividad, luego Comunidad política concreta. Bloque material que no podía, ni puede en Constitución alguna, quedar al libre albedrío de mayorías políticas temporales que por esta misma razón cambian constantemente tras intervalos temporales. En el inicio del Estado Democrático y del asentamiento de la jurisdicción constitucional en Europa, *Charles Eisenmann* dejaría perfectamente explicado la incorporación necesaria de esta última, señalando únicamente cabían “dos opciones: dejar al cuidado del legislador la garantía de la Constitución, o confiar a los jueces la tarea de asegurar su respeto por parte de aquel. Hay que escoger entre una cosa u otra. ¿Puede ser dudosa la elección?”<sup>21</sup>. El Legislador parte de la norma constitucional y es esta la base firme sobre la que ha de permanecer, aunque necesitado de igual modo de concretización actualizante o actualizadora; recordemos el reconocimiento definitivo de que “*Verfassungsinterpretation ist Konkretisierung*”<sup>22</sup>; no debe nunca abandonar el citado suelo, está obligado a mantenerse, a sustentarse en él, sin perjuicio de su reconocida amplia libertad de configuración al desarrollar su también esencial tarea de concretización. Como hemos apuntado, controlar que esto último se desarrolle con sujeción a esos parámetros, es una de las principales tareas encomendadas al Tribunal Constitucional español.

---

ROYO, y manifestaría a tal efecto: “Instrumento importante para la protección de la minorías, en este caso más en el sentido de defensa de la Sociedad frente al Estado, desprovisto por tanto de coloración política inmediata, pero que no por ello ha sido menos relevante para que la sociedad de que se trate sea una comunidad política civilizada, es la intervención del Tribunal Constitucional en la esfera de los derechos fundamentales y las libertades públicas”, *Tribunal Constitucional.. op. cit.*, pp. 45 y 46, y siguen siendo de muy recomendable frecuente repaso su análisis, apoyado en cualificada literatura jurídica, acerca de la “carga política de la Justicia constitucional”, algo “inegable”, y cuya incidencia en el proceso político “depende de diversos factores, la mayor parte de las cuales escapa al control del propio Tribunal Constitucional”, p. 47; en parecidos términos CÉSAR LANDA ARROYO, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, PUCP-MDC, Lima, 1999, pp. 127 y ss. Por el contrario, la perspectiva jurisdicista puede verse por todos en IGNACIO DE OTTO, “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la interpretación constitucional”, en: *Tribunal Constitucional*, Vol. II, AA.VV., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 1948 y ss.

<sup>21</sup> CHARLES EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* (1928), Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1928, ahora en *Economica-Aix en Provence-PUAM*, Paris, 1986, p. 105.

<sup>22</sup> KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.<sup>a</sup> ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1999, p. 24.



Aunque la cuestión es bastante más compleja, y en ello no nos podamos detener ahora, incluso pareciendo un tanto difícil de articular con lo poco ya expresado más arriba, el Estado constitucional podemos arriesgarnos a afirmar que, en último extremo, concede prioridad al Derecho (constitucional) sobre la política; si bien, no ignoramos que tal como de manera muy plástica lo haya expresado ejemplificativamente por todos *Dieter Grimm*, el Derecho constitucional no es cosa distinta de política cuajada o coagulada<sup>23</sup>. Con todo, nadie en su sano juicio va exigir que el Legislador asuma responsabilidad por implementar su línea política, pero sí es responsable desde el plano del debido respeto a las reglas jurídico-constitucionales (y a las legítima-legalmente de desarrollo de las mismas), y naturalmente está obligado a respetar y garantizar los criterios valorativos que recogen los textos de los preceptos constitucionales que luego él desarrolla al llevar a cabo su tarea concretizadora.

Si hacemos una anticipada valoración global muy de conjunto acerca de esta problemática constitucional centrada en el asunto de la relación de control entre el Tribunal Constitucional y el Legislador, bien puede afirmarse, como ya se ha vislumbrado de lo dicho, que estamos en presencia de un ámbito considerablemente extenso y susceptible de contemplarse bajo numerosos aspectos. Resumiendo, quizá quepa entender que son tres esencialmente los aspectos dominantes y que bien se observa pasan a un primer plano en el los análisis de este tipo, aunque nosotros los vamos a tener conjuntamente en cuenta. De una parte, se trata de la matización acerca de las áreas “conflictivas” y correspondientes tensiones que surgen entre el Legislador y el Tribunal Constitucional, a consecuencia de que ambos tienen conjuntamente la función y la obligación de desarrollar la Constitución. En segundo lugar, emerge muy pronto el aspecto referido a la cuestión de qué va a ser objeto de control constitucional y sobre qué normas se verificará. En fin, se trata en tercer lugar dentro de esta primera fila de cuestiones, de la cuestión que atañe a la densidad y la profundidad del control al necesitar conjugarse la densidad y la profundidad del control jurisdiccional y el margen –amplio– de configuración correspondiente al Legislador. En todo caso, creemos estar legitimados para abordar las cuestiones desde esa integrada perspectiva apuntada, porque, debido a su naturaleza, no se trata de cuestiones y aspectos de la problemática global perfectamente delimitados, hay por el contrario continuos solapamientos y dependencias en diversas cuestiones. Sin embargo, la problemática de carácter técnico-jurídico del control jurisdiccional de la legislación, la vamos a dejar prácticamente fuera de este contexto considerado ahora.

---

<sup>23</sup> DIETER GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991. Trascendiendo, deberíamos remontarnos, como mínimo, a la cuestión de apuntar qué es el Derecho mismo, y su relación o más bien parte de la Sociedad; pero de nuevo se nos dispensará no entrar en el asunto por esta vez, e incluso así resultará en alguna otra.

## 1.2. Mención a las vías procedimentales: teleología compartida

Aludiendo muy someramente, con todo, a esta cuestión técnica jurídico-procesal, contamos con la existencia de varias vías de acceso al objeto de someter una norma con fuerza-rango de ley al examen-control del Tribunal Constitucional español, dotado a tales efectos del conocido “monopolio de rechazo” de las estimadas inconstitucionales, o bien en la parte así determinada, cuando ello resulte indispensable. Al carecer nuestro ordenamiento de un recurso (de amparo) a presentar directamente por lesión de Derechos Fundamentales contra una norma con rango Ley de modo individual similarmente a los recursos constitucionales individuales (*Verfassungsbeschwerden*)<sup>24</sup>, las coexistentes vías directas están representadas por el instrumento del procedimiento abstracto de control de normas (*abstrakte Normenkontrolle*) o recurso (directo) de inconstitucionalidad [art. 161.1.a) de la CE], y por el descrito como concreto (incidental) control de normas (*konkrete Normenkontrolle*) iniciado a cargo de un juez o tribunal al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, originado por una institución “independiente” distinta de las integradas en la jerarquía estatal pero sí obviamente en su estructura, conforme a los términos establecidos por el artículo 163 de la CE<sup>25</sup>; no es un control de constitucionalidad indirecto, surge indirectamente cabría quizá decir como consecuencia de la sustanciación de otro proceso ante la jurisdicción ordinaria<sup>26</sup>. No obstante,

<sup>24</sup> Por nuestra parte, hubiéramos preferido el seguimiento de este modelo, bien valorado en general por la doctrina científica alemana atendiendo a sus resultados, aunque también se ha apuntado críticamente como problemas centrales el que resulta elevado volumen de demandas ciudadanas, y se sitúa como objeción al lado de los límites del ejercicio jurisdiccional constitucional en el conjunto del sistema de división de poderes constituido, cuestiones abordadas con rigor y objetividad por MEINHARD SCHÖEDER, “Strengthening of constitutional law”, en: *New Challenges to the German Basic Law. The German contribution to the Third World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Christian Starck (editor), Nomos, Baden-Baden, 1991, pp. 25 y ss; pero, además de la eficacia, como se ha dicho, refuerza el principio de legitimidad de las minorías ciudadanas en cuanto a la defensa de sus Derechos Fundamentales. Nuestro Tribunal Constitucional ha aclarado bien las posibilidades que caben entre nosotros, por ejemplo en la STC 74/1997, de 23 de abril: “el proceso de amparo no es la vía adecuada para la impugnación directa de las leyes y que, por lo tanto, de la posible inconstitucionalidad de una ley solo podrá conocer este Tribunal a través de dicha vía cuando ello resulte imprescindible para corregir la lesión del derecho fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que se dice contrario a la Constitución (STC 206/1990); es decir, para que este Tribunal, en el cauce de un recurso de amparo, pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto legal previamente tiene que constatar que, mediante la aplicación del mismo, se ha producido una concreta lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo (SSTC 113/1987 y 153/1988)”.

<sup>25</sup> Respecto del muy similar control concreto alemán de normas, se ha manifestado entre otras cuestiones algo que nos interesa, como es el que este tipo de control supone o persigue la protección del Parlamento frente a los órganos judiciales, asegurando con ello la autoridad del primero, del “legislador del momento”, KARL SCHLAICH – STEFAN KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10.<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, München, 2015, pp. 111 y ss.

<sup>26</sup> No podemos detenernos en ello, pero la concretización actualizadora de la Constitución y de la LOTC, estimamos requeriría de pronunciamientos menos ramplones que los aparentemente clarificadores, que son más bien simplificadores, acerca de la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad, como el siguiente a reproducir, alejado de la cooperación internormativas: “El llamado juicio de relevancia —que la decisión del proceso a quo dependa de la validez de la norma cues-

los diversos conflictos constitucionales (Título VI de la LOTC, en desarrollo constitucional) pueden igualmente dar lugar al control de “leyes” por el Tribunal Constitucional<sup>27</sup>, según es obvio el criterio de la Constitución. Acerca de los dos procedimientos directos de control de constitucional-

---

tionada (art. 35.2 LOTC)—, se erige en uno de los requisitos esenciales para impedir que la cuestión de inconstitucionalidad pueda quedar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad, lo que sucedería si se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que se suscita (por todas, STC 175/2016, de 17 de octubre, FJ 2), de manera que el control de constitucionalidad se convierta en un control abstracto (entre las últimas, SSTC 1/2016, de 18 de enero, FJ 2; y 175/2016, de 17 de octubre, FJ 3). Constituye, pues, una de las más esenciales condiciones procesales de las cuestiones de inconstitucionalidad la de que su planteamiento no desborde la función de control concreto o incidental de la constitucionalidad de las leyes, lo que sucede cuando la duda planteada por el órgano judicial no es determinante de la decisión adoptar y, por tanto, de la validez de la norma (en los términos en que ha sido acotada) no depende el fallo”, según la STC /2017, de 11 de mayo. Superior acierto supuso la redacción del artículo 5.3 de la LOPJ: “Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 5.3), se establece que “*procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional*”.

<sup>27</sup> La amplitud de competencias encomendada al Tribunal Constitucional español, se “complementa”, por demás, con la llamada “cláusula abierta” del artículo 161.1.d) de la C.E., posibilitante de la atribución a su jurisdicción de competencia para “conocer” de más “materias”, conforme a lo ahí en ese precepto previsto. Podemos recordar que la tan valorada e influyente *Verfassungsbeschwerde alemana*, a interponer (eso sí, una vez agotadas las vías judiciales ordinarias) por cualquier particular que considere vulnerado su Derecho(s) Fundamental a través de cualquier tipo de acto legislativo, ejecutivo o judicial, fue consecuencia de la incorporación de tal recurso ante el *Bundesverfassungsgericht*, algo que llevara a cabo la Ley del Tribunal Constitucional Federal de 12 de marzo de 1951, pasando a integrarse en la Ley Fundamental de Bonn a través de la reforma de esta llevada a cabo por la Ley de revisión de esta, de 29 de enero de 1969, y forma parte integrante del actual artículo 93.1.4.º de la *Grundgesetz*. El precedente de este tipo de recurso pudiera situarse en la Constitución Política del Estado de Yucatán (México), de 1841, cuyo artículo 25 dispuso: “*Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare*”, puede consultarse ALFONSO NORIEGA, *Lecciones de amparo*, 9.ª ed., Porrúa, México, 2009. La legitimación individual al objeto de permitir a los ciudadanos instar la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes, es rechazada por el Tribunal Constitucional recordando a través del ATC 6/1981, de 14 de enero, que la Constitución fija “un sistema de *numerus clausus* taxativo y riguroso, que elimina la acción popular directa, y que deja sin derecho a accionar la inconstitucionalidad directamente a los ciudadanos y particulares a título individual y a las agrupaciones y organizaciones de cualquier condición que no sean las antes enumeradas, seguramente en atención a razones de prudencia política y de seguridad y normalidad jurídica”. De forma mediata, sí puede considerarse que el artículo 55.2 de LOTC da entrada a los ciudadanos en el control de constitucionalidad de la legislación, para los supuestos de procedimientos iniciados por la calificada a cargo del Tribunal Constitucional también como “auto cuestión de inconstitucionalidad”, dirá la STC 139/1988 de 21 de marzo, para los consabidos supuestos en los que es la Sala la encargada de elevar al Plena la cuestión, sobre la temática, ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA, “Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad”, en: *Revista Europea de Derecho Constitucional*, núm. 21, pp. 245 y ss. Ahora bien, en diversos momentos el Tribunal Constitucional deja claro que es él quien plantea la autocuestión de inconstitucionalidad, que tal como ha sido recordado por diversos autores, con mayor precisión la Ley del Tribunal Constitucional de Baviera se referirá para tales supuestos por medio de su artículo 53.2 de *interne Verfassungsgerichtshofvorlage*. En todo caso, si bien el objetivo inicialmente perseguido va encaminado a dar satisfacción a la legítima pretensión de un ciudadano consistente en que le sea aplicada una Ley constitucional y no la depuración del ordenamiento y ni siquiera la defensa de la Constitución, sí se halla ello en su fundamento y termina siendo su resultado final, así PABLO PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 128.

dad, pronto diría la misma jurisdicción constitucional española: “El Tribunal Constitucional –art. 161.1 a) de la Constitución– es competente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley, y de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales de acuerdo con el artículo 163 de la propia Constitución. Mediante estos procedimientos, dice el artículo 27 de su Ley Orgánica, «el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados». De acuerdo con los preceptos expuestos, no puede negarse que el Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, según el artículo 1 de su Ley Orgánica, es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquella de las leyes preconstitucionales impugnadas, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la Disposición Derogatoria”<sup>28</sup>.

Respecto de la finalidad última perseguida, la defensa de la constitucionalidad de las leyes, *Pedro Cruz Villalón* acercaría adecuadamente desde el punto de vista teleológico ambos procedimientos, pasando a señalar que la “designación constitucional de nuestra actual «cuestión de inconstitucionalidad» como «control concreto» se debe, sin duda, a su mayor proximidad con el control judicial incidental”, pero la califica de “equivoca”, toda vez puede darse “a entender que se trata de dos maneras de controlar la validez de una norma, siendo así que el juicio de control opera en ambos casos con las mismas categorías normativas, con el mismo objetivo y con las mismas consecuencias”<sup>29</sup>.

Por su parte, el propio Tribunal Constitucional español ciertamente ha hecho referencia a las “características específicas” de cada uno de los dos procedimientos, pero en el contexto definidor de la cuestión de inconstitucionalidad, ciertamente vinculada a un específico interés jurídico subyacente y tramitada de modo incidental, dirá que el recurso “del mismo nombre”, constituye un instrumento de carácter claramente objetivo “destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene

<sup>28</sup> STC 4/1981, de 2 de febrero.

<sup>29</sup> PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 43, de ahí que prosiga afirmando: emplear la terminología alemana del *konkrete Normenkontrolle*, debería hacerse matizando que estaríamos ante un “control concreto *impropio*”, mientras al hacerse referencia a “nuestro actual «recurso de inconstitucionalidad» como «control abstracto» se puntualizase de alguna manera diciendo «control abstracto en sentido estricto»; y esta valoramos es la similar postura mantenida en relación al ordenamiento italiano por FRANCESCO PIZZETTI – GUSTAVO ZAGREBELSY “*Non manifesta infondatezza*” e “*rilevanzza*” nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1972, pp. 105 y ss; o VALERIO ONIDA – MARILISA D’AMICO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale*, Vol. 1: *Il giudizio in via incidentale*, G. Giappichelli, Torino, 1998. Una opinión distinta, muy inferiormente compartida por nosotros, es la sostenida por JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, toda vez considera que ambos procedimientos tienen su propia especificidad, y ello termina por afectar “irremediabilmente al juicio mismo que hace el Tribunal”, “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, en: *La jurisdicción constitucional en España*, AA.VV., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 76.

dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites”, para seguir afirmando cómo ambos persiguen el “objetivo común” de preservar “la constitucionalidad de las leyes”, finalidad que puede ser perseguida “a través de estas dos vías procesales que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada”, en tanto a “diferencia del recurso, que solo puede ser iniciado por los órganos que enumeran los artículos 161.1 de la Constitución y 32 de la LOTC, y solo dentro del plazo que fija el artículo 33 de la misma, la cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada por cualquier órgano judicial (art. 163 de la Constitución y 35.1 de la LOTC), sea cual sea la fecha de entrada en vigor de la norma legal cuestionada”, y, de este modo, la superior “amplitud relativa de la cuestión de inconstitucionalidad no la convierte, sin embargo, ni en un instrumento procesal que quepa utilizar para transferir al Tribunal Constitucional la decisión de litigios concretos, que pueden ser resueltos sin acudir a las facultades de que este Tribunal dispone para excluir del ordenamiento las normas inconstitucionales, ni, menos aún, para buscar a través suyo una depuración abstracta del ordenamiento, que normalmente debe ser obra del legislador ordinario, y que solo a través de una acción cuya titularidad corresponde a muy escasos órganos o partes muy cualificadas de ellos, y es ejercitable únicamente dentro de un breve plazo preclusivo, ha sido atribuida a este Tribunal”, en fin, la cuestión de inconstitucionalidad “no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución”<sup>30</sup>.

Es más, el propio Tribunal Constitucional español, una vez subrayara la “trascendencia del requisito de relevancia para la preservación de la correcta utilización del cauce de la cuestión de inconstitucionalidad”, razona que en el momento de determinar “el objeto de este tipo de proceso constitucional debe tenerse presente que, aunque la cuestión de inconstitucionalidad deba plantearse ineludiblemente con ocasión de la aplicación de un precepto legal concreto a un caso determinado, el objeto de control es el precepto considerado en abstracto, el contenido del mismo en cuanto normativa objetiva y efectos potenciales objetivos”<sup>31</sup>; y

---

<sup>30</sup> STC 17/1981, de 1 de junio. Y, entre otras, la STC 274/2000, de 15 de noviembre, recuerda que si bien el Tribunal Constitucional “ha distinguido entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad como manifestaciones procesales distintas” las dos tienen “un sustrato común”, toda vez “ambas tienen por objeto el enjuiciamiento de normas, en un caso mediante su impugnación directa e indirecta en el otro (STC 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 2)”. Registremos de pasada, que nos parece más adecuada la posición que se ha fijado en Alemania respecto de la necesidad de que el órgano judicial *a quo* realice un auténtico juicio previo de inconstitucionalidad para presentar la cuestión, en vez de resultar suficiente el mero juicio de duda de inconstitucionalidad como ha terminado por consolidarse de modo prevalente entre nosotros, puede verse para la situación alemana ERNST BENDA, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland”, en: *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Christian Starck / Alfred Weber (editores), Nomos, Baden-Baden, 1986, p. 132.

<sup>31</sup> Cierto, también se ha discutido y delimitado, acerca del control de la formación de una decisión legislativa y el control del resultado material de la misma en el que se basa, admitiendo que

también admite que si bien a efectos de diferenciar “la cuestión del recurso de inconstitucionalidad, en algunas Sentencias de este Tribunal se haya calificado a la primera como proceso de control concreto, con esta expresión se ha querido destacar el hecho de ser un proceso que tan solo puede plantearse con ocasión de la aplicación del precepto cuestionado a un caso concreto y siempre que de su validez dependa el fallo suspendido en el proceso judicial; sin embargo, una vez promovida la cuestión, el objeto y el tipo de control es en lo sustancial idéntico al del recurso de inconstitucionalidad ya que en los dos casos se trata de contrastar en abstracto el precepto legal con las normas que integran el llamado bloque de la constitucionalidad”<sup>32</sup>.

Los efectos son los mismos para ambos procedimientos y definidos por los artículos 161 y 164 de la Constitución, despliegan efectos jurídicos de cosa juzgada y se imponen *erga omnes* a todos los poderes públicos, alcanzando inclusive a la jurisprudencia dictada por el propio Tribunal Constitucional (art. 40.2 de la LOTC). En tal sentido, como regla general son declaradas nulas las disposiciones normativas que resultan inconstitucionales, e incluso se extiende la misma por conexión a las relacionadas por ellas; como habitualmente se afirma, son expulsadas del ordenamiento jurídico<sup>33</sup>. Se imponen de este modo a todos los poderes y autoridades públicas, para expresarlo con *Karl Schlaich* al juzgar la jurisprudencia constitucional alemana, las concepciones jurídicas por la misma manifestadas “en materia de Derecho constitucional”<sup>34</sup>. Y lo dejaría muy claro nuestro Tribunal Constitucional desde su primera sentencia al señalar que actúa como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC), de modo “que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos. Corresponde, por ello, al Tribunal Constitucional, en el ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos. En este punto, es suficiente, en lo que ahora importa, el recordar lo que dicen los artículos 9.1 y 53.1 de la CE”<sup>35</sup>.

---

no pueden ambos ser separados nítidamente, en tanto el criterio de superior rango para el control constitucional viene a ser el principio de proporcionalidad, estructuralmente difícil de utilizar aquí, y debe recurrir fundamentalmente a los objetivos perseguidos por la legislación que cobran relevancia a efectos de medición de los excesos; y el principio opera asimismo para la densidad del propio control llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, de su margen de decisión, valoración y estimación, conceptos todos ellos constitutivos ante todo de etiquetas lingüísticas, porque el control va a depender mucho del ámbito técnico sobre el que se proyecte, así como de la fuerza y voluntad creadora del órgano.

<sup>32</sup> STC 161/1997, de 2 de octubre.

<sup>33</sup> Más cuestionable es para nosotros el hecho de que, con carácter general, la estimación de la inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley así declarada por la jurisprudencia constitucional, afectará sí a tal norma, pero “la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

<sup>34</sup> KARL SCHLAICH, “Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, en: *Quaderni Costituzionale*, núm. 3, 1982, p. 581.

<sup>35</sup> STC 1/1981, de 26 de enero.

## II. ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, EN PARTICULAR, EN CUANTO ÓRGANO DE ÚLTIMO CONTROL DE LA LEGISLACIÓN

Terminamos de ver que el Poder legislativo ya no es en el Estado Constitucional la única instancia u órgano responsable dentro del contexto de la organización; es ahora “tan, tan responsable”, que él mismo viene obligado (en definitiva por el Pueblo) a dar cuenta de su actuación, de su actividad, ante otro órgano instituido también por la Constitución emanada obviamente de la soberanía popular, legitimado para controlar sus resoluciones y corregirle declarándolas nulas de modo y con fuerza vinculante en sus decisiones, cuando la respuesta de desarrollo constitucional que haya proporcionado adolezca de tachas de inconstitucionalidad<sup>36</sup>.

La constatación de esta que sería normalidad, como hemos procurado esbozar, ha dado lugar sin embargo a tensiones, lo que entra hasta dentro de lo previsto, e incluso a problemas estructurales mucho menos justificables, pero que atañen a aspectos fundamentales como es por excelencia el de la cuestión atinente a la propia legitimación de la jurisdicción constitucional; y, aun trascendiendo, tropezamos a poco que se levante la vista, con el del uso controvertido-defectuoso de la Constitución misma, que no queda naturalmente resuelto con la institucionalización del Tribunal Constitucional, órgano susceptible también de malemployar la Constitución y carente de jurisdicción (que es por demás rogada<sup>37</sup>) universal para atajar todas la eventuales vulneraciones de la Constitución, aunque se hubiera convertido taumáticamente en infalible; aquí también se ha apoyado la estrategia de alguna crítica irreal, para apostar a favor de una especie de repudio antológico de la jurisdicción constitucional. En efecto, acerca de la función controladora del Tribunal Constitucional, siempre como hipótesis, e incluso realidad, planea la sombra de un eventual problema planteado porque lleve a cabo un manejo equivocado de la Constitución, al ser este un comportamiento deficitario que obviamente no solo afecta al Legislador, también es necesario percatarse que resulta perfectamente posible asimismo tal errado hacer respecto del actuar práctico de la jurisdicción constitucional.

---

<sup>36</sup> Para Más cuestionable es para nosotros el hecho de que, con carácter general, la estimación de la inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley así declarada por la jurisprudencia constitucional, afectará sí a tal norma, pero “la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

KARL SCHLAICH, “Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, en: *Quaderni Costituzionale*, núm. 3, 1982, p. 581.

STC 1/1981, de 26 de enero.

Para esta cuestión presente de la especial problemática suscitada por las decisiones emitidas a cargo de la jurisdicción constitucional, desde la experiencia italiana que bien puede generalizarse al menos en sus rasgos esenciales, tocante a su repercusión y también en cuanto a las relaciones con los demás poderes y órganos constitucionales, podemos remitirnos a GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 2.ª ed., Il Mulino, Bologna, 1986, especialmente pp. 355 y ss.

<sup>37</sup> Como es conocido, el Tribunal Constitucional austriaco tiene reconocida desde su inicio la facultad de analizar de oficio la constitucionalidad de una Ley que la estima dudosa, para los supuestos en que la misma ha de emplearse como base de una decisión suya.

Ciertamente, si el Parlamento está integrado por los representantes inmediatos del Pueblo soberano y elegidos así directamente, aunque lo sean conviene recordar por períodos temporales, no han sido pocas las ocasiones en las que ha surgido el interrogante acerca de si existe y de dónde proviene, la legitimación del Tribunal Constitucional para llevar a cabo el control de ese tan señero órgano que tiene atribuido el ejercicio de “la potestad legislativa del Estado” o la aprobación de “sus Presupuestos” (art. 66.2 de la CE) mediante “Ley” (art. 134.1 y 4 etc. de la CE). Este cuestionamiento, como decimos, se ha hecho con alguna frecuencia, y era hasta previsible y no tan lógico desde la misma institucionalización de la jurisdicción constitucional<sup>38</sup>, teniendo también algún eco entre nosotros. El embate es fuerte, y ha distado de resultar una mera anécdota como consecuencia, porque desde este concentrado particular ha habido pretensiones de dirigir un auténtico “torpedo contra la línea de flotación” de la jurisdicción constitucional, con la finalidad de cuestionar su posición dentro de la arquitectura constitucional que enmarca la convivencia democrática, órgano al que insólitamente se ha llegado a acusar de falta de legitimidad para proceder a la corrección del Legislativo llegando a la declaración de nulidad de las leyes, siendo así que resulta el único situado en inmediatez con la soberanía” y frente al cual adolecería de déficit democrático; o, en todo caso, dispondría de una inferior legitimidad de la que disfruta el tan aludido Parlamento, dada su condición de representante directo o por antonomasia del Pueblo soberano. Parecen los últimos tiempos mostrativos de un declinar de estos errados postulados, y quizá no estén tales corrientes argumentales tan dispuestas al arrastre por ellas mismas y el derroche de esfuerzos incesantes e inútiles (desde la base a la cumbre y el proseguido viceversa), cargando con la pesada carga debido a su ceguera frente a los acontecimientos estructural-democráticos.

Y, si nos dejamos llevar por esa premisa “sísifoconiana” e ilusoria, completamente ficticia, al entenderla sin embargo intrínsecamente más o menos correcta, pudiera hasta caerse en la tentación de compartir la aparentemente válida conclusión acerca de que el presunto-real déficit democrático de la jurisdicción constitucional<sup>39</sup>, al menos el que resultaría de su comparativa con el Parlamento, vendría a proyectarse en todo caso escasa o nulamente compatible con la función de control nada menos que sobre el mismo órgano legislativo, y encomendada al Tribunal Constitucional. Ahora bien, semejante planteamiento y enmarque de la cuestión, incurre en un error fundamental, que arranca, él sí, de un severo déficit de comprensión del

---

<sup>38</sup> Cabe recordar, como hecho JAVIER PÉREZ ROYO, que la jurisdicción constitucional no sería “en sus orígenes un indicador de buena salud democrática, sino todo lo contrario”, aunque, afortunadamente, se haya insertado después con plena lógica en la estructura del Estado constitucional, *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 40; en parecidos términos PEDRO DE VEGA GARCÍA, “Prólogo”, en: *Defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 16.

<sup>39</sup> Ese discurso ficticio-anquilosado parece domina su cuestionamiento inexplicable y pareciera querer conjurar de MAURO CAPPELLETTI, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1985, pp. 9 y ss.



principio democrático o de la Democracia como uno de los principios estructurales del Estado (art. 1.1 de la CE) que tiene su fuente en la Constitución creada por la voluntad colectiva del Pueblo, y es así la manifestación más significativa de la legitimidad democrática.

Por exigencia del citado principio democrático, de perseguir ser realmente respetuosos con el mismo y dejándonos orientar por él, la legitimidad del Tribunal Constitucional no puede medirse por la mayor o menor “cercanía” al Pueblo, estimada desde la vertiente del ejercicio por este del derecho de sufragio, manifestado claro mediante el acto de la votación tras cortos periodos temporales. Ya hemos dicho que la legitimidad del Tribunal Constitucional, desde el punto de vista de su condición de órgano de control del Legislador, era la derivación previsible del Estado de Derecho evolucionado a impulsos del principio democrático, para arribar al consabido Estado constitucional, y se compagina adecuadamente con la lógica inherente al mismo. De recordar a este tenor la institucionalización de la Constitución de Weimar de 1919, la primera Constitución democrática racional-normativa en el Continente europeo, apunta muy bien *Pedro Cruz Villalón* que sin duda “había en el artículo 13.2 CW, y en ello lleva razón W. Jellinek, era la «célula germinal» (*Keimzelle*) de una justicia constitucional entendida en su sentido moderno, es decir, centrada en el control abstracto de la supremacía de la norma constitucional. El que la germinación no se produjera bajo el ordenamiento constitucional de Weimar no es lo decisivo. El artículo 13.2 CW dio lugar a la conceptualización del «control abstracto» y allanó el camino para su comprensión bajo el régimen de la *Grundgesetz* de Bonn”<sup>40</sup>.

Si hemos mantenido que no es susceptible de medirse la legitimidad del Tribunal Constitucional desde la variante de su cercanía al acto de votación popular en el Estado constituido, y si, adicionalmente, también ha sido recordado que vincular la política a la *ratio* de la Constitución (insistimos, a su vez “política cuajada” expresada mediante un texto dotado de positividad) forma parte esencial del Estado Democrático de Derecho, es perfectamente no previsible, antes bien resulta del todo necesario y mostrable como justo, la singularidad presente en la organización constitucional de una instancia capaz de verificar y actualizar la antedicha vinculación y que es donde reside la prerrogativa de la interpretación suprema de la Constitución atribuida a la jurisdicción constitucional<sup>41</sup>. Todo ello en el marco de un procedimiento equilibrado, ponderado, de interpretación-concretización y aplicación normativa, bien estructurado y cuanto mejor así sea más valioso funcionalmente resultará. Aunque distamos de tener por cierta la afirmación, en demasía deslizada, acerca de que sea la jurisdicción constitucional la encargada de convertir en rea-

<sup>40</sup> PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control...*, op. cit., p. 125.

<sup>41</sup> Por todos en este sentido CHRISTIAN STARCK, “Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?”, en: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Christian Starck (editor), Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen, 1976, pp. 516 y ss.

lidad al Estado constitucional una vez arranca la organización con unos valores manifestados desde el proceso constituyente, no es menos cierto que sí hay en ello una parte a tener en cuenta vamos a decir de acierto. La contribución del Tribunal Constitucional, verdaderamente, es posible desde el momento en el cual el Estado constitucional se instituye al servicio de la convivencia así como su mejora, y como tal centro unitario de poder a cargo del Pueblo “activo”<sup>42</sup>, colocando este cual marca constitutiva a la Constitución normativa de carácter supremo en el vértice del ordenamiento que crea. Ahora bien, una vez articulada esa premisa, la realidad continuadamente realizándose de ese Estado constitucional como organización al servicio (algo totalmente relevante) del Pueblo activo, recibe el mismo Parlamento de la jurisdicción constitucional orientaciones, correcciones e impulsos muy determinantes en aspectos sociopolíticos que suelen ser cruciales con alguna frecuencia para la vida comunitaria<sup>43</sup>. Estamos ante el calificado “bien precioso” (“preciado”, como calificativo para otros), que, entre nosotros, albergamos importantes dudas haya recibido la consideración y trato correspondiente al mentado carácter, al menos siempre.

Desde la realidad democrática, acontece con la naturaleza y legitimidad del órgano que comentamos, algo tan profundo como sencillo de comprender. De este modo, nuestro Estado constitucional nacido hace cuarenta años de las entrañas mismas, obra de sus aspiraciones y por la actuación del Pueblo español, ha legitimado institucional-orgánicamente al Tribunal Constitucional (Título XIX de la CE), habiéndolo dotado ya de la mano y al nivel del Poder constituyente de la legitimidad que le es propia, específica desde su origen; plenamente democrática y que da normalidad al Estado democrático: una consecuencia natural a partir del momento en el que la Constitución deja de ser mera retórica política o simple obligación moral o cívica, pasando a asumir la cualidad de norma jurídica.

---

<sup>42</sup> Por todos al efecto de este indispensable pueblo activo en Democracia, FRIEDRICH MÜLLER, *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie - Elemente einer Verfassungstheorie* VI, 2.<sup>a</sup> ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1997, *passim*.

<sup>43</sup> Sin ir más lejos, aunque nada menos, es anquilosada y ramplona la postura fácilmente encontrada y defendida por quienes reclaman que la actuación del Tribunal Constitucional debe traducirse en aclarar si un Derecho Fundamental (cuyos textos positivos proclamadores presentan estructuras abiertas por excelencia) fue o no vulnerado por cualquier poder público, el Legislador incluido. De una parte, hay que expresar que los Derechos Fundamentales también pueden ser violados por un poder social o por un mero ciudadano. De otro lado, el Tribunal Constitucional asimismo está obligado a participar en la conformación del contenido del Derecho Fundamental, en la perfilación de su ámbito de protección, así como contribuir a integrar concretizando la tarea de esta naturaleza que previamente haya realizado el Legislador, cuando se demanda su intervención; solo así estará a la altura de sus responsabilidades en la defensa de las garantías constitucionales de los Derechos Fundamentales. Lo contrario será dejar desprotegidos en cierta medida a los ciudadanos y a merced de las decisiones de una mayoría parlamentaria, lo cual no significa que el Tribunal Constitucional deba posicionarse en su contra, solo reivindicamos su insustituible función desarrollada con rigor en la protección de los Derechos Fundamentales y de los principios de justicia comunitarios; pero no es tampoco una institución contra-mayoritaria, por fuerte que se configure, ni perturba la regla de la decisión mayoritaria.

Naturalmente, forma de modo decidido parte integrante y arquetípica de esa legitimidad de la jurisdicción constitucional, el que adicionalmente el Tribunal Constitucional desarrolle y cumpla con su función de control haciéndolo de manera exclusiva en el seguimiento de un procedimiento también específico, formalmente previsto y ordenado, de creación jurídica, de concretización constitucional adecuada nuevamente calificado. Superados esos repudios ilógicos, y ontológicos o no, hay que insistir acerca de la inidoneidad y equivocidad de cuantos planteamientos cuestionen la legitimidad del Tribunal Constitucional tomando como referente la cercanía del Pueblo que evoca el acto de votación temporalmente repetido cada cuatro años como máximo; esto es profunda y anacrónicamente vuelto al pasado oligárquico que parece añorarse, tan poco glorioso sociopolíticamente valorado.

Emana institucionalmente la legitimidad del órgano de la misma Constitución producto de la soberanía popular, que ha colocado la legitimación de la jurisdicción constitucional como idéntica cualitativamente, al lado e incluso para algunos con el mismo peso (equilibrio) que la otorgada periódica y temporalmente a nuestros representantes e integrantes de las “representativas” Cortes Generales del Pueblo español globalmente estimado. Para más recuerdo, este nuestro Pueblo, votó no solo para la constitución de las Cortes constituyentes, ratificó la Constitución mediante referéndum en diciembre de 1978. Luego, puestos a medir distancias legitimantes, no apreciamos tantas distancias maratónicas de diferencia, si es que alguien logra convencernos de la presencia de estas. La legitimación institucional recibida desde la Constitución misma, viene complementada de otra parte y se desarrolla-concretiza calificando la tarea encomendada al Tribunal Constitucional como jurisdiccional y a él mismo de “jurisdicción”; jurisdicción que como bien recordara *Vezió Crisafulli* relativo a la *Corte Costituzionale* italiana, ni se incluye en el orden jurisdiccional ordinario, “ni siquiera pertenece a la organización jurisdiccional en el sentido más amplio del término”, y se mantiene “ajeno” (no fuera malo) a los “órganos estatales tradicionalmente conocidos”, requerido ello, enlazando bien claramente con ideas kelsenianas, debido a tratarse de un “poder independiente cuyo papel consiste en asegurar el respeto a la Constitución en todos los ámbitos”<sup>44</sup>. Ejercicio de “jurisdicción” que, a su vez, puede fácilmente distinguirse de los procesos de decisión propios de las instancias o poderes más estrictamente políticos, tanto por los modos de creación jurídica como por el *status* de sus integrantes encargados de resolver, particularmente por la independencia y cualificación que bien se registran constitucionalmente: doce “miem-

---

<sup>44</sup> VEZIO CRISAFULLI, “Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie”, en: *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, núm. 35, 1968, p. 130, y al implicar la jurisdicción constitucional el final del dogma decimonónico de la *omnipotente de la loi*, se frenaría con su incorporación la soberanía del Parlamento, vale decir, la soberanía de la mayoría parlamentaria, aunque esta se oculte tras la fórmula mágica “*volonté du peuple*”, con lo cual, Italia había huido de la democracia absoluta para constituir una democracia liberal, p. 86.

bros” nombrados ellos como “juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional” y “serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato” (art. 159.1.2 y 5 de la CE); todo lo cual no es irrelevante, ni debemos caer en el aserto de que ello resulta poco más que un bonito alarde lingüístico llamado a quedar más o menos en una hipótesis hasta complicada de realizarse. Ante decisiones de inconstitucionalidad o posibilidad de las mismas, referidas sobre todo a decisiones que afectan a temas más delicados políticamente, no nos engañemos, llegan presiones al Tribunal Constitucional cara a orientar o pretender hacerlo, su decisión, y esta se producirá en varias ocasiones, siguiendo en el postulado del principio de la “propia naturaleza de las cosas”; ante estas situaciones planteadas, efectivamente... siempre está la válvula de escape proporcionada por la institución del voto particular, no existe obligación alguna para adoptar decisiones por unanimidad. Al recordar que la figura del voto particular ha sido consagrada por la LOTC, aclara de modo impecable *Manuel Rodríguez-Piñero*, que su función “no es de liberación de responsabilidades sino de asegurar la independencia individual del juez constitucional dentro del órgano colegiado, demostrando que ha podido ejercer su función con libertad, según su conciencia y sin presiones internas o externas, y que ha podido contribuir a depurar la argumentación que lleva a la resolución final, favoreciendo la evolución de la jurisprudencia constitucional”<sup>45</sup>.

La legitimidad de ambos órganos constitucionales supremos es única, como también lo es la de los fenómenos: Derecho y Política, forman una unidad de legitimidad que trae causa naturalmente del principio democrático: legitimidad objetiva y plena de origen, que viene a coincidir, si bien reparamos, con la propia legitimidad democrática de la Constitución, a la que ineludiblemente se someten tanto los ciudadanos como la totalidad de los poderes públicos, al modo confirma el artículo 9.1 de la CE. La cuestión debe darse por cerrada, como planteara por ejemplo *Helmut Simon*, y en lugar de seguir con cualquier tipo de recelo tocante a la legitimidad de la jurisdicción constitucional, desplazar el foco de atención a la delimitación más perfecta posible respecto de dónde se deben situar los límites de actuación de un órgano constitucional bien consolidada<sup>46</sup>. Desde esta crítica de fondo completamente infundada, como bien se ha expuesto, se tiende el puente cara a un cuestionamiento casi permanente de esa perspectiva que siempre se mantiene por algunos sectores cara a propagar la deslegitimación y descrédito de la jurisdicción constitucional<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> MANUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, “La protección jurídica de la posición institucional del Tribunal Constitucional”, en: *El futuro de la justicia constitucional*, AA.VV., Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 16-17.

<sup>46</sup> HELMUT SIMON, “Verfassungsgerichtsbarkeit”, en: *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans-Jochen Vogel (editores), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1983, p. 1277.

<sup>47</sup> MANUEL PULIDO QUECEDO, “El debido respeto al Tribunal Constitucional”, en: *RArTC*, núm. 20, 2003, BIB 2003/1562.

### III. UN INTENTO ABREVIADO DE AQUILATAR LA RELACIÓN CONSTITUCIONAL SUSTANCIALMENTE COOPERATIVA ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR

#### 3.1. La situación real de este aspecto

##### 3.1.1. *Órganos o poderes forzosamente cooperativos por exigencia del principio democrático*

Esa última diferencia reflejada telegráficamente en las líneas previas, que afecta a la singularidad del procedimiento resolutorio seguido por el Tribunal Constitucional cara al desenvolvimiento de su competencia de control, y al *status* de los magistrados que adquieren la “condición de miembros” (art. 153.3 de la CE) del mismo, conforman en buena medida y explican la relación constitucional básica entre ambos órganos constitucionales. Y, como prolegómeno además de casi afirmación conclusiva, cabe destacar a nuestro modo de ver que guardar-defender, mantener y desarrollar la Constitución, no constituye de manera alguna un monopolio de la jurisdicción constitucional, es por el contrario una tarea y más bien una obligación incumbente a todo poder del Estado y, por ende, sobra hasta reiterar que también corresponde al Legislador.

Consecuentemente, centrados en esa tarea que concierne a la salvaguarda, el mantenimiento, desarrollo y garantía del Derecho constitucional en sentido recto, el Legislador y el Tribunal Constitucional no pueden en modo alguno verse o entenderlos como dos órganos enfrentados o que pueden hacerlo; contrariamente, el artesanado constitucional les diseña pensando en que van a cooperar decididamente, vienen obligado a ello. De producirse el control y, tal vez, la corrección de resoluciones debidas al órgano Legislativo, no se tratará nunca, si ha existido fidelidad constitucional o vale decir de modo más concreto corrección funcional, de un supuesto en que uno de los dos haya abandonado o quiera deliberadamente vulnerar la Constitución y el otro lo quiera impedir, sino que respecto del contenido normativo albergado y predefinido constitucionalmente caben en sentido propio opiniones divergentes, disparidad de criterios en su respectiva estimación como por cierto se dan y aún más frecuentemente respecto a cualquier otra Ley. En ese caso, por demás el habitual, solamente se trata de la cuestión, aunque ello resulte sí importante, qué contenido entendido de la Constitución debe en última instancia prevalecer en los supuesto de discrepancia acerca de la fidelidad a la Constitución. Esta atribución de a quién corresponde la última palabra para los casos de disentir, está plenamente dentro de la lógica del Estado constitucional, es una especie de cláusula de cierre del sistema jurídico y, en consecuencia, deben quedar marginadas, completamente descartado, el recurso a conceptos ya arcaicos tales como “órgano detentador de la soberanía interna” o titular de la “competencia de competencias”, por ser recursos heurístico-explicativos a cuyo empleo no cabe sensatamente recurrir; son la expresión

de construcciones con pretensiones totalizantes y meramente idealizadas desde la ficción, no vemos otra “ventaja” a estas formulaciones rituarías que se evidencia por medio de una semántica bien poco prudente.

No tan ocasionalmente se produce asimismo a cargo de algunos sectores doctrinales la sobrevaloración del derecho reconocido a favor de la jurisdicción constitucional para decidir en última instancia sobre concretizaciones constitucionales que entran en controversia, porque ello hace pasar a un segundo plano, dicen, la importancia y el peso del Legislador inmediatamente legitimado dentro del proceso de desarrollo constitucional. Pues bien, a estas posturas les es de oposición lo mentado en el apartado acerca del “juego” (intento de) de notificaciones, pero, adicionalmente, tampoco tienen en cuenta de modo suficiente y muy en particular, cómo el Legislador es el que propiamente produce (aprueba) las leyes y con ello interpreta-concretiza la Constitución cuando procede al desarrollo de la misma: es constitucionalmente hablando el “intérprete primero” de la Constitución<sup>48</sup>, siendo la jurisdicción constitucional el “intérprete” segundo, y siempre reclamada su actuación por los sujetos constitucionalmente legitimados. Dado finalmente tiene prioridad la decisión del Tribunal Constitucional para los supuestos de concretizaciones constitucionales divergentes (reten-gamos que son cuantitativamente los menos), sin embargo, es siempre al Legislador al que corresponde “la primera mano”; no hay *creatio ex nihilo* a cargo de la jurisdicción constitucional, actúa a partir de experiencias concretizantes previas que pueden ser legítimamente cuestionadas.

El desarrollo primero que corresponde de modo anticipado sin excepción al Legislador, cobra constitucionalmente especial relevancia cuando la misma Constitución encarga de manera expresa a este la concretización, desarrollo de criterios, reglas y procedimientos, aunque se manifiesten por medio de una Ley cual fuente subordinada (reserva de Ley, en nuestro ordenamiento, tanto ordinaria como orgánica, garantía esencial que es bien intensa en la Constitución de 1978, al contener específicamente números mandatos expresos dirigidos al Legislador exigiéndole que legisle). El Tribunal Constitucional ha mostrado cierta tolerancia cara a la admisión de colaboraciones internormativas para los supuestos de reserva (se dice relativa) constitucional de Ley (colaborar con la Ley “para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada”, dirá el Tribunal Constitucional), potenciando aún más la función del Legislador, sobre manera, en aquellos casos en los que califica la reserva como absoluta. Institución de la reserva para crear obligatoriamente Derecho por el Legislador que no solo tiene una función jurídico-estatal importante desde la vertiente del Estado de Derecho, como nos parece ha primado nuestro Tribunal Constitucional<sup>49</sup>,

---

<sup>48</sup> Por todos JAVIER PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 64 y ss, entre otros momentos.

<sup>49</sup> Efectivamente la definición jurisprudencial que se ha hecho canónica de la reserva de Ley, remite a la STC 83/1984, de 24 de julio: “Este principio de reserva de Ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado”, coloca en primer

toda vez debiera anteceder su contemplación desde el prisma del principio democrático: su función es garantizar que el Parlamento atienda a su función legislativa y no deje en manos del Ejecutivo la adopción de decisiones importantes sino que sean tomadas por el primero<sup>50</sup>. Es este el verdadero significado del mandato constitucional: “habrá de ser solo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva (...) con relación a los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es, pues, imposible una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre –como se dijo en el fundamento jurídico 4.º de la STC 83/1984, de 24 de julio–, que estas remisiones «sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», de tal modo que no se llegue a «una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir»<sup>51</sup>.

De cualquier modo, fuera o al margen de los supuestos en los que existe mandato específico de legislación previsto por la Norma Suprema, el Legislador en coherencia con la opción política que domina en el mismo como mayoría, desarrolla el modelo político-normativo constitucionalmente prefigurado mediante una multitud de leyes, y todo ello pone de relieve que esa citada “primera mano” de concretización dada por el Legislador tiene un peso e intensidad constitucional muy profunda en sí misma considerada, con lo cual, es difícil apartarle de la primacía político-jurídica en el orden del Estado constitucional; aunque nuestra diseñada forma de gobierno parlamentaria haya sufrido una mutación constitucional muy acusada desde el

---

lugar su conexión o derivación del principio estructural del Estado de Derecho, cuando a nuestro modo de ver, debería ser el principio democrático el que ocupara el primer plano. Esto último entendemos si se refleja el voto particular formulado por el magistrado D. Manuel Aragón Reyes a la STC 136/2011, de 13 de septiembre: “El principio democrático resulta, en efecto, ser elemento capital para aprehender el concepto de ley en nuestra Constitución. Entendida la democracia como democracia pluralista, el Parlamento como órgano de representación de todo el pueblo y el Gobierno sólo como órgano de representación de la mayoría, la reserva a la ley de determinadas materias significa señaladamente la reserva a un determinado procedimiento de emanación normativa, el procedimiento legislativo parlamentario, dotado de las características de contradicción, publicidad y libre deliberación que le son propias y que lo diferencian sustancialmente del procedimiento de elaboración normativa gubernamental”.

<sup>50</sup> Con mayor detalle, LUIS VILLACORTA MANCEBO, *Reserva de Ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1993, *passim*.

<sup>51</sup> STC 99/1987, de 11 de junio.

plano de la realidad, desplazando el centro de gravedad hacia el Ejecutivo mucho más de lo que, desde nuestra valoración, hubiera sido deseable. El Tribunal Constitucional español se ha referido en varias oportunidades al amplio margen de libertad del Legislador, señalando que la Constitución le permite “convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad. Como ya dijimos en una de nuestras primeras Sentencias (STC 11/1981, FJ 7.º) «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo». El legislador es libre dentro de los límites que la Constitución establece para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional (...) El legislador no es un mero ejecutor de la Constitución (STC 209/1987, FJ 3.º), sino que actúa con libertad dentro de los márgenes que ésta le ofrece, y siendo la ley expresión de la voluntad popular, este Tribunal debe ejercer sus competencias, como hemos dicho en varias ocasiones, «de forma tal que no imponga constricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas» (STC 108/1986, FJ 18), pues «la labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas» (STC 11/1981, FJ 7.º)”<sup>52</sup>. Asimismo tiene nuestro Tribunal Constitucional declarado que “no ostenta representación alguna en virtud de la cual pueda recabar por su voluntad libre el poder de ir en contra de lo querido por la voluntad de la representación popular o dejar sin efecto provisionalmente la promulgación acordada” de las leyes<sup>53</sup>.

### 3.1.2. *Los Derechos Fundamentales auténticamente eficaces refuerzan aún más la necesidad de cooperación*

Esa primera mano legislativa aludida, y la tremenda trascendencia mostrada y explicitada textualmente del Legislador para la vida sociopolítica del Estado, se manifiesta sobre todo en lo concerniente al núcleo esencial de la Constitución, el orden axiológico de valores supremo traducido muy fundamentalmente en el sistema de Derechos Fundamentales proclamados, que,

<sup>52</sup> STC 194/1989, de 16 de noviembre.

<sup>53</sup> ATC 141/1989, de 14 de marzo; y, por ejemplo, el ATC 90/2010, de 14 de julio, recuerda que no es posible “enervar la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados, ya que una y otra impiden que pueda acordarse alguna limitación a la aplicabilidad de la ley estatal como consecuencia de su impugnación ante este Tribunal. En efecto, la Constitución no prevé que, tras su entrada en vigor, la ley estatal pueda ver impedida su aplicabilidad mediante una medida suspensiva o cautelar, mientras que esa previsión sí se contempla en relación con las disposiciones de las Comunidades Autónomas cuando las impugne el Gobierno de la Nación (art. 161.2 CE). Tal entendimiento se concreta de manera categórica en el artículo 30 LOTC, al disponer: «La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas”.



en particular no son realizables si carecen de una infraestructura legal, esto es, implementada por el Parlamento (reserva de órgano y lógicamente de procedimiento). La reserva de Ley tiene auténtica trascendencia práctica, sobre todo, en lo tocante a la delimitación y concretización de los Derechos los Derechos Fundamentales: reservas de Ley para la regulación del ejercicio y el desarrollo de los Derechos Fundamentales (reservas generales de los arts. 53.1 y 81.1 de la CE, que conviven con otras varias específica), lo dicen todo a este efecto. Derechos Fundamentales proclamados que conforman “los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10.1 de la Constitución, fundamento del orden político y de la paz social”, y, en consecuencia, resulta indiscutible “la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución”, deduciéndose de ahí tanto la “obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales”, como asimismo la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan”, mandato constitucional encaminado a vincular “especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales los impulsos y las líneas directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”<sup>54</sup>. No albergando tampoco duda alguna el Tribunal Constitucional acerca de su “carácter vinculante para todos los poderes públicos (...) desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional”<sup>55</sup>. En otros momentos, ha sostenido igualmente que los Derechos Fundamentales, adicionalmente, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, y destaca cómo al tiempo “se erigen en componentes estructurales básicos del mismo en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política (STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 4.º). La significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que reputa a tal fin necesarias”<sup>56</sup>.

Ante un supuesto advertido de inactividad u omisión legislativa, el mismo Tribunal Constitucional también manifestaría tratarse de un Derecho Fundamental precisado a efectos de “su desarrollo y plena eficacia” de “la *interpositio legislatoris*”, si bien asimismo admite su exigibilidad no está condicionada al momento del desarrollo legislativo, porque su “reconoci-

<sup>54</sup> STC 53/1985, de 11 de abril.

<sup>55</sup> STC 80/1982, de 20 de diciembre.

<sup>56</sup> STC 129/1989, de 17 de junio.

miento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales”, pues como reiteradamente ha venido señalando el mismo Tribunal, recuerda, “los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos”, de ahí el “hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su artículo 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo”<sup>57</sup>. Con todo, una argumentación de este tipo, es más un punto de partida y apertura a ulteriores intervenciones concretizantes, pues no ofrece criterio alguno completamente identificado de las exigencias jurídicas propias del Estado constitucional.

Esto ha supuesto una verdadera transformación de la Constitución debido a la eficacia evolucionada de los Derechos Fundamentales como clave del ordenamiento, algo que ha sucedido en los diversos sistemas socio-políticos de vida democrática, como es recogido por ejemplo para la realidad italiana, Estado en el cual se valora haber dado ello lugar a una judicialización del ordenamiento, habiendo encontrado en los Derechos Fundamentales y principalmente en los Derechos sociales, económicos y culturales, casos límite para la jurisprudencia y la doctrina del Derecho constitucional, debido sobre todo al nuevo rol de la *Corte costituzionale* como juez en la política<sup>58</sup>. De este modo, entre nosotros, el Tribunal Constitucional español ha resultado determinante en orden con la interpretación-concretización de los Derechos Fundamentales, sin duda alguna, tocante a la relación entre el ciudadano y los poderes públicos, y ello de modo decimos satisfactorio, al haber contribuido muy decisivamente a que hoy se vean fuertemente arraigados en la conciencia de los ciudadanos quienes ya se confían solo a dejar sus Derechos en manos de los representantes del Pueblo por mucha que hayan de considerarse inicialmente participantes de buena fe en el pluralismo democrático y exigen con firmeza su efectividad de la práctica del Estado<sup>59</sup>; por el contrario, no valoramos que alcance el mismo nivel cuando ha de enfrentarse a la problemática de las relaciones jurídicas estatuidas por ciudadanos entre sí, y aún en inferior medida cuando se hacen entre los ciudadanos y los poderes sociales.

Como vemos, por mucho que el Tribunal Constitucional del momento pretendiera dar rienda suelta a su imaginación hermenéutica y creatividad semántica, tendría además de la propia brida de la naturaleza y composición del órgano: doce magistrados reclutados cuidadosamente entre juristas de alto prestigio constitucional (la calidad de las personas designadas es un factor muy importante, y trascendiendo, también lo es las que integran los órganos proponentes, de modo que la literatura jurídica alemana ha llegado a hablar a este propósito de una legitimidad de neutralidad desde el punto

<sup>57</sup> STC 15/1982, de 23 de abril.

<sup>58</sup> DIETRICH MICHAEL, *Der italienische Verfassungsgerichtshof – Status und Funktionen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pp. 221 y ss.

<sup>59</sup> Puede verse al efecto FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, “La judicialización del derecho constitucional”, en: *Revista del Foro* (Lima), año LXXXI, núm. 1, 1993, pp. 112 y ss.

de vista del sistema de reclutamiento de los jueces constitucionales)<sup>60</sup>, nunca se encuentra su control suspendido en el vacío, siempre arranca del examen y de las razones que aporta la “primera mano” del Legislador, y poco a poco de un estudio de la propia Constitución concretizada al haberse ido decantando a través del corpus de jurisprudencia constitucional que forma. La comprensión que finalmente haga el Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad de las leyes sometidas a su control, se encuentra desde un principio sometida en cierto modo a una especie de restricción no precisamente desdeñable impuesta por la decisión previa adoptada a cargo del Legislador, y, por demás, su misión no consiste como en ciertas ocasiones se insinúa en llegar a alcanzar un resultado óptimo sino en llevar a cabo la verificación respecto de si las leyes producidas por el Legislador contravienen o no la Constitución, sus procedimientos u orden material de valores, e incluso se esfuerza por salvar la constitucionalidad de la Ley si aún puede mantenerse su validez gracias a la existencia de tolerancias interpretativas muy concretas que salvan su existencia o pervivencia en el ordenamiento positivo: interpretación conforme. Todo lo cual dista entendemos de poder calificarse a la jurisdicción constitucional de un órgano incontrolable y potencialmente invasor e imperialista que terminara por decidir prácticamente todo.

En similares términos, manifestaría nuestro Tribunal Constitucional por ejemplo en el año 2004, que el “criterio hermenéutico reiteradamente aplicado por este Tribunal consiste en que cuando son admisibles dos interpretaciones de un mismo precepto legal y una es ajustada al bloque de la constitucionalidad y la otra resulta disconforme con este, debe adoptarse la primera, en tanto que es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan solo la inconstitucionalidad de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo otra interpretación (SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1; 571981, de 13 de febrero, FJ 6; 122/1983, de 16 de febrero, FJ 6; 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18; 152/2003, de 17 de julio, FJ 7; o 98/2004, de 25 de mayo, FJ 8). Permitiendo, como hemos visto, el artículo 90 de la Ley 20/1991 que se cuestiona, sin mayor esfuerzo, una interpretación conforme con el bloque de la constitucionalidad, debe rechazarse que dicho precepto vulnere los artículos 81 y 150.2 CE, y 19 y 20 LOFCA”<sup>61</sup>.

### 3.1.3. *La apertura a la reversibilidad de la jurisprudencia constitucional al servicio nuevamente de la cooperación*

Aunque más arriba afirmamos que siempre planea la duda acerca del acierto-desacuerdo en el cual puede incurrir el Tribunal Constitucional, dado

---

<sup>60</sup> La situación temporal acerca del estado en que se encuentren los dos órganos constitucionales, es de nuevo muy importante en atención a este factor humano.

<sup>61</sup> STC 156/2004, de 21 de septiembre.

el sistema decisorio estructurado, implica el mismo que no puedan existir de hecho sentencias o decisiones últimas equivocadas, al margen de que lo sean fueran. Con todo, tenemos la apertura a la reversibilidad de la jurisprudencia constitucional, lo que tal vez, y así será frecuentemente en caso de cambio, a raíz de que realmente una mutación en la realidad se ha producido, pero bien puede abrirse camino trascurrido el tiempo, el punto de vista de que la decisión (última) previa temporalmente discurría equivocadamente; aquí estimamos que el Tribunal Constitucional debería estar más pendiente de la estimativa sobre la evolución que ha de sufrir un principio tan acusadamente dinámico como el de igualdad y lo que debieran ser las potencialidades transformadoras de la misma, a lo cual asimismo podría perfectamente contribuir el Tribunal Constitucional, o bien dicho más moderadamente a reforzar la mismas cuando saltara la ocasión. Y, en fin, en tales casos, puede darse la circunstancia bien fácilmente a suceder, que entretanto haya vuelto a producirse el acto de una nueva “primera mano” a cargo del Legislador, ya estamos ante una hipótesis de control desde parámetros alterados a los que vuelve a estar un tanto atada la primacía decisoria del Tribunal Constitucional, encontraremos un terreno propicio y el tiempo estará maduro para promover soluciones jurisdiccionales diferentes. Incluso dentro de la perspectiva de normatividad tradicional, aunque evolucionada y matiza, podemos como refuerzo acudir a *Ernst-Wolfgang Böckenförde* como aserto de apoyo lo dicho, y desde el presupuesto de que la comprensión de la normatividad constitucional es imposible de entender y explicar separada de la realidad o segmento de la misma a ordenar, y puesto que lo “regulado y lo por regular se corresponden entre sí” no pudiendo ser aislados el uno del otro, va a ser “razonable que las transformaciones del ámbito normativo, esto es, de las circunstancias del objeto, de las condiciones vitales etc., afectadas por el programa normativo, lleven a una modificación del efecto ordenador de la norma en el marco de la interpretación”<sup>62</sup>, pues es del todo evidente que la jurisdicción constitucional ni puede ni debe estar vinculada perpetuamente a sus propios precedentes. Al decidir en última instancia acerca de la interpretación constitucional, se diría entre nosotros, la jurisprudencia constitucional ha de ser necesariamente evolutiva, al objeto de adaptar el texto de la Constitución a las mutables situaciones históricas<sup>63</sup>; vale decir, estamos ante la adaptación de la Constitución y del ordenamiento a los cambios sociales o jurídicos, con la finalidad de dar cumplimiento a la exigencia de adecuación de su sentido “a las circunstancias del tiempo histórico”<sup>64</sup>. Efectivamente, el Tribunal Constitucional, en cuanto actúa a instancia de parte, requiere al objeto de variar su jurisprudencia fundamentalmente de cambios legislativos en la materia acerca de la cual ya se ha pronunciado y es requerida de nuevo su decisión, o bien que le sometan a

---

<sup>62</sup> ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 194.

<sup>63</sup> Por todos, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1981, pp. 141 y ss.

<sup>64</sup> STC 31/2010, de 28 de junio.

consideración los órganos legitimados para ello normas conexas con aquellas respecto de cuya doctrina quiera por estimarlo necesario cambiar.

En nombre de la Constitución puede perfectamente acontecer, obvio es, que el Tribunal Constitucional actúe también como intérprete pretendidamente “auténtico” del orden jurídico ordinario, cuando ello supone dos consecuencias poco positivas para el equilibrio de poderes: se invade ámbito competencial del Legislador de un lado, y también, de otra parte, menoscaba la función de los tribunales ordinarios y especializados a los que corresponde la interpretación de las leyes ordinarias<sup>65</sup>. Sin embargo, estamos obligados a reconocer una realidad incuestionable y creciente, imparable: a la apertura legítima a la jurisdicción constitucional de la interpretación del orden jurídico ordinario, de su significado, como consecuencia del imparable efecto irradiación de los Derechos Fundamentales, de su contenido constitucionalmente definido, combinado con el tópico hermenéutico de la “interpretación-conforme” a la Constitución, que permite al Tribunal Constitucional definir estrictamente el contenido-significado de una Ley ordinaria, fijando un específico significado como el único compatible con la Constitución, y descartando las demás por inconstitucionales; tesis inventada por la jurisdicción constitucional alemana a partir de 1955 y que exige el respeto al “sentido y la finalidad de la Ley”, lo cual es bien elástico. En todo caso, este aparente respeto o deferencia para con el Legislador, bien se ha subrayado, constituye un instrumento de doble filo, porque supone la injerencia en el ámbito de “autonomía” que corresponde al orden jurídico ordinario, y, en segundo lugar, atendido sea el “efecto constitucionalización” que trae consigo, sí termina por implicar una restricción de la libertad configuradora del Legislador. Con todo, debido a argumentos ya esgrimidos, unidos a algunos otros que pretendemos aún verter, incluso puede orientarse la cuestión de otro modo (no exactamente inverso), nos referimos a la posibilidad de enfocar el tema desde la perspectiva de la situación de “privilegio” de la que todavía goza la legislación en el marco de convivencia democrática, nos referimos ahora con el modelo de jurisdicción constitucional concentrada. Unido a lo anterior, está la inmensa problemática que la plantea la no tan infrecuente invasión o ausencia de respeto del ámbito de la jurisdicción ordinaria, que debería ser objeto de estudios detenidos, asunto que ha preocupado por excelencia a la literatura constitucional alemana, donde se ha criticado ocasionalmente con fuerza la denominada praxis ofensiva de la jurisdicción constitucional y denota la envergadura del problema del establecimiento de límites entre ambas jurisdicciones, llegando a la afirmación de que el *Bundesverfassungsgericht* trata a modo de un verdadero escolar a la jurisdicción ordinaria<sup>66</sup>. El Tribunal

---

<sup>65</sup> Puede verse MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, “Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, pp. 99 y ss.

<sup>66</sup> ULRICH STEINWEDEL, “Spezifisches” Verfassungsrecht und “einfaches” Recht - Der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen, Nomos, Baden-Baden, 1976, pp. 43 y ss.

Constitucional español ha tratado en algún momento de frenar ese “expansionismo”, manifestando que es intérprete y guardián de la Constitución pero no del resto del ordenamiento jurídico<sup>67</sup>, lo cual pues no deja de ser una exclamación un tanto en el desierto, y el mismo Tribunal tiene declaraciones inevitables como cuando al hacer referencia a la supremacía de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico, reconoce estamos ante “el contexto obligado al que ha de referirse la aplicación de las Leyes, teniendo, por ello, los Jueces y Tribunales el deber de ejercer su función jurisdiccional de conformidad con los valores, principios y derechos constitucionales, y ello no solo en los supuestos de interpretación declarativa de las normas jurídicas, sino también en la llamada interpretación integradora”<sup>68</sup>.

### **3.2. A la búsqueda del equilibrio: rechazo definitivo de la fraseología de la espectacularidad pretendida, y quizá parcialmente lograda de modo ocasional**

En tal caso visto, es responsabilidad especial del Legislador democrática-inmediatamente legitimado por períodos temporales breves, desarrollar el encargo constitucional de que el orden jurídico situado en la posición tan importante del segundo escalón del ordenamiento para la adaptación del mismo a las exigencias político-sociales mutadas y a la alteración de las concepciones jurídicas. Todo lo cual nos permite insistir en la postura acerca de los efectos vinculantes y la prioridad en la discrepancia de concretizaciones constitucionales inmediatas, las encontremos realmente en bajo la reserva de lo posible y para situaciones que son más bien ocasionales, todo lo cual permite dar de nuevo la razón al ponderado *Peter Badura*, en el sentido de que la primera mano del Legislador nunca se va a marchitar y es la que verdaderamente se mantiene en situación de auténtica reserva constitucional<sup>69</sup>.

La adscripción constitucional de ambas funciones estatales, el orden estructural jurídicamente articulado al efecto, no podemos definirla de una manera breve y concisa mediante el recurso precisamente a fórmulas genéricas, y menos si estas son las tan estereotipadas “politización de la justicia” de una parte, o “judicialización de la política” de otro lado, que des-reflejan por completo algo que es por naturaleza definible como equilibrio inestable y oscilante por ello, pero que no queda definido con las tachadas desviaciones extremas. La caracterización del marco global de cualquier relación constitucional (ya bastante contrastada por demás esta que nos ocupa) entre órganos constitucionales supremos, nunca va a poder ser aclarada con “definiciones” hiperbólicas y como decimos extremas; después podrán incluso darse experiencias vamos a decir un poco a la ligera “puntuales”, referidas a

<sup>67</sup> STC 78/1984, de 9 de julio.

<sup>68</sup> STC 103/1990, de 4 de junio.

<sup>69</sup> PETER BADURA, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 6.ª ed., C.H. Beck, München, 2015, pp. 115 y ss.

“momentos” que sí pueden surgir excepcionalmente, y hasta dejarse reflejar en cierta medida por esas desmesuradas calificaciones que hasta podrían hacer justicia al caso.

Aunque a veces se pretenda hacer o mostrar al Tribunal Constitucional como una especie de comité de salud pública y que decida adicionalmente en tales casos sin fisuras, por unanimidad, persiguiendo al tiempo ahogar la figura tan relevante del voto particular, buscando con ello la espectacularidad de las decisiones jurisdiccionales, precisamente donde la política debió y está obligada a adelantarse, o bien sus tomas de posición han sido claramente insuficientes e inadecuados, empantana aún más el tema que se insinúa de nuevo va a durar *ad infinitum* por carencia de resolución racional conclusiva.

Dicho lo anterior, la deplorada con frecuencia debilidad decisoria del Parlamento, estimada de carácter general, y en particular por comparación con el Tribunal, debería de entrada centrarse inicialmente en el bloque gobierno-grupo(s) parlamentario que le apoya (lo de los grupos de oposición y la necesidad de potenciar a esta como alternativa, ahora ni la podemos mínimamente documentar<sup>70</sup>), trae otras causas bien distintas conducentes a no pocos fracasos funcionales del Poder Legislativo. Nadie le obliga jurídicamente, y no debería hacerlo políticamente a obedientes adelantamientos dictados autoritativamente desde fuera, y la consecuencia además de situarse en la picota ante la opinión pública, muestra la tendencia política a esconderse detrás del Tribunal Constitucional cuando “pintan bastos”. Ese equilibrio a lograr, es asumido por algunas sentencias tempranas del Tribunal Constitucional español, y lo visualizamos, por ejemplo, en afirmaciones tales como las seguidamente vamos a reproducir cuando hace referencia a que la relación entre los órganos legislativos que realizan “la representación del pueblo (art. 66 de la Constitución) y la propia jurisdicción constitucional, atendida sea la naturaleza de la misma y “el lugar que ocupa en un Estado social y democrático de Derecho”, tiene su traducción en un hecho a resaltar: “la ley, como emanación de la voluntad popular, solo puede ser derogada o modificada por los representantes de esa voluntad, y solo para el caso de que el precepto legal infrinja la Constitución se ha concedido a este Tribunal la potestad de anularla. Esta potestad solo puede ser utilizada, sin embargo, cuando así lo exigen razones muy graves y sólidas (...)

---

<sup>70</sup> Sobre lo cual ya llamara la atención hace decenios con rotundidad HANS-PETER SCHNEIDER, fundamentalmente observado en términos relativos y de adecuación al tiempo no mucho se ha reforzado a esta al efecto, cuando bien analiza sistemáticamente el autor la temática de la función de la Oposición parlamentaria, cuestión que valora central en el debate político-constitucional, al afectar a médula y a la estructura del sistema parlamentario, y, en particular, de la forma de gobierno parlamentaria, postulando la resolución de problemas en el tema desde la incorporación de aspectos exigidos por la teoría democrática, y en tal sentido la jurisdicción constitucional está llamada a operar como importante garantía de los derechos de la oposición y de las minorías parlamentarias, *Die Parlamentarischen Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1: *Grundlagen*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1974, *passim*; ofrece una visión de este último aspecto en perspectiva comparada LUCA MEZZETTI, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare, Modelli europei a confronto*, Maggioli, Rimini, 1992, y en su más reciente *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2008.

cuando estas razones sólidas y graves no existen, el respeto al legislador exige que este Tribunal se abstenga de hacer pronunciamiento alguno<sup>71</sup>. Y no será suficiente una leve contradicción de la norma legislativa con la Constitución, deberá tratarse de una relación de desconformidad, de falta de correspondencia, de ausencia de idoneidad para apreciar la incompatibilidad-atentatoria e infracción directa (invalidez en sentido lato) frente a la Norma Suprema<sup>72</sup>.

### **3.3. Otra muy corta alusión matizadora, en este caso, tocante al Derecho de la Unión Europea**

Desde una consideración muy genérica vamos a hacer referencia telegráfica a la incluso calificada, por algunos, presencia masiva del Derecho europeo en los ordenamientos estatales. Sin llegar nosotros a entender que sea ese el nivel ya alcanzado, a estas alturas nadie en su sano juicio va a decir lo contrario y sí vamos a reconocer como innegable, desde luego, la fácil constatación de la presencia de “legislación” europea, dada su amplia difusión y la profundidad del mismo en muchas cuestiones, que principalmente vemos relevantes en el área comprensiva de la materia económica.

Es correcto en este aspecto lo oficial y doctrinalmente señalado, dejándose bien claro con habitualidad, esto es, que respecto de las directivas no estamos en presencia de derecho originaria y substancialmente estatal; queremos significar lo por todos sabido: el estar ante la presencia de un derecho europeo e incorporado mediante trasposición de directivas emanadas del mismo. Por lo tanto, esta legislación recibe la primera mano o configuración substancial originaria, e incluso detallada frecuentemente, de parte de una voluntad política distinta del Legislador nacional, aun cuando formalmente se promulgue con la apariencia de tal, pero la fórmula de trasposición deja bien claro cuál es su fuente de producción. Consiguientemente, al tratarse de derecho europeo traspuesto, predefinido-definido en tales instancias y no originariamente estatal, ya no se encuentra plenamente sometido al eventual control del Tribunal Constitucional y no es “medido” conforme a los parámetros y criterios del Derecho constitucional español con carácter general, pues solo alcanzará ese control a los supuestos y en la medida en que se haya dejado un espacio abierto de desarrollo y a través de ello resultara expresa la voluntad política del Legislador estatal. El Tribunal Constitucional ha prácticamente suspendido aquí el control con arreglo al “baremo” de los Derechos Fundamentales, afirmando que la protección de los mismos queda garantizada por el Tribunal de Justicia europeo

<sup>71</sup> STC 17/1981, de 1 de junio.

<sup>72</sup> En este sentido JORGE MIRANDA, “Tribunal Constitucional”, en: *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, de Jorge Miranda / Rui Medeiros, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 712 y ss.



y viene aceptando no ejercer su jurisdicción al objeto de valorar el Derecho de la Unión según los parámetros de los Derechos Fundamentales en tanto sean protegidos de manera suficiente en el propio ámbito jurídico europeo, sin desistir de entrar en la revisión de esa ordenación jurídica para los supuestos en los que se infrinja de manera ostensible, grave y continuada el ordenamiento de la Unión<sup>73</sup>, tanto al adoptarse decisiones frente a los fundamentos que otorgan competencias para una actuación comunitaria como tocante a la protección a los Derechos Fundamentales en el ámbito europeo<sup>74</sup>.

Por ello, ámbitos relevantes de legislación no quedan adscritos al control del Tribunal Constitucional, y perderá el mismo importancia en orden a su control, por pasarse esos bloques legales al nivel europeo. No obstante la ampliamente discutida, y quizá hasta exageradamente, sentencia de nuestra jurisdicción constitucional dictada el año 2014<sup>75</sup>, recuerda sí, que corresponde al Derecho de la Unión Europea, a través de distintos mecanismos, garantizar “el presupuesto para la aplicación de su primacía, que no es otro que el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales, entre las que se encuentran los derechos fundamentales” (acepta de nuevo el principio de primacía del Derecho supra-estatal de la Unión), toda vez es el TJUE el encargado de apre-

---

<sup>73</sup> La STC 58/2004, de 19 de abril, recuerda que “no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad (...), al no pertenecer al ámbito de nuestra competencia ‘la salvaguardia del respeto de las normas de Derecho comunitario, existiendo en dicho ordenamiento órganos y procedimientos adecuados a este fin’ (STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 8)” ; sin embargo, de inmediato matiza en el sentido de que lo anterior no inhabilita al propio Tribunal Constitucional “para revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno ‘de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los artículos 14 a 30 CE [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y título III LOTC]’ [STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)]. Ello porque ‘en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que este tenga a los efectos de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución’ [STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)]”.

<sup>74</sup> Para una profundización en la esencia de esta cuestión y desarrollo de la misma, remitimos a XABIER SANTIESTEBAN ARZOZ, y en particular su análisis de la titubeante, y hasta parcialmente revisora STC 26/2014, de 13 de febrero, en la que no aplica propiamente el no aplica el principio de primacía del Derecho de la Unión, y consecuentemente tampoco el sistema de protección de los Derechos Fundamentales de la Unión, empleando un tanto inesperadamente ahora el canon hermenéutico y vía real ofrecida por el artículo 10.2 de la C.E. al objeto de reinterpretar el contenido absoluto del Derecho Fundamental del artículo 24.2 de la C.E., conforme a la jurisprudencia emanada tanto del TEDH como del TJUE, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015; VICENTE GIMENO SENDRA – ANTONIO TORRES DEL MORAL – PABLO MORENILLA ALLARD – MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ, *Los derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional*, 2.<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, 2017, pp. 228 y ss. La existencia aquí de un permanente desafío tocante a la delimitación de competencias entre las jurisdicciones constitucionales estatales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido bien analizada, centrada en el ámbito alemán pero más ampliamente ejemplificativa, por CHRISTIAN PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, München, 1991, pp. 665 y ss.

<sup>75</sup> Que se ha valorado como una revisión de la doctrina previa bien representada por la STC 91/2000, de 30 de marzo.

ciar la validez de las normas europeas de conformidad con el Derecho primario (y no la CE)<sup>76</sup>; sin embargo, caso de no cumplir o no hacerlo debidamente con su función la Unión Europea, fundamentalmente el Tribunal de Justicia mismo, dada su condición de intérprete supremo de los Tratados, desde el apoyo en el principio de la soberanía del Pueblo español y la supremacía de nuestra Constitución, posibilitan al Tribunal Constitucional español ocuparse de los problemas que eventualmente surjan en tal tesitura, considerados ahora inexistentes, con lo cual, vino a actualizar buena parte de su argumentación de la denominada “válvula de seguridad” o “reserva de jurisdicción” advertida previamente<sup>77</sup>; y sentencia reiterativa-atributiva ahora tocante a que la preocupación de una jurisdicción constitucional estatal está perfectamente justificada caso de detectar la rebaja del nivel de garantías constitucionales de un Derecho Fundamental en un Estado integrante de la Unión Europea<sup>78</sup>. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, lógicamente, pone en principio las cosas más fáciles, porque se rige por el principio de complementariedad con los Derechos Fundamentales de las constituciones nacionales, en lugar de estarlo por el principio de complejidad como ocurre con el CEDH<sup>79</sup>. Con todo, ante un situación muy similar que se ha seguido en Alemania, asimismo evocan allí el enorme desafío que presenta la delimitación de las competencias entre el Tribunal Constitucional Federal encargado de tutelar y desarrollar los Derechos Fundamentales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos encargado de la protección frente a las violaciones de los derechos, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Puntualiza adecuadamente GUILLERMO ESCOBAR ROCA, cómo desde la STC 130/1995, de 11 de septiembre, jurisprudencia posteriormente reiterada, se viene aceptando que nuestros órganos judiciales ordinarios dejen sin aplicación “las leyes que juzguen incompatibles con el Derecho de la Unión (rompiendo así el monopolio de rechazo de leyes del propio Tribunal Constitucional), cuestión esta que se considera (sorprendentemente) irrelevante desde el punto de vista constitucional”, *El Derecho, entre el Poder y la Justicia – Una introducción crítica al sistema jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 215

<sup>77</sup> Nos referimos a la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre.

<sup>78</sup> Para dar continuidad a este breve apunte, entre las numerosas aportaciones que se han escrito, remitimos a ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA, “El «diálogo aparente» entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo. Comentarios a propósito de la STC que resuelve el recurso de amparo núm. 6922-2008 (Caso Melloni)”, en: *Derechos y libertades en la sociedad actual*, edición de ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA / MARTA LEÓN ALONSO, Comares, Granada, 2015, pp. 1 y ss; LUIS I. GORDILLO PÉREZ / ARIANE TAPIA TRUEBA, “Diálogos, monólogos y tertulias Reflexiones a propósito del caso Melloni”, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 22, 2014, Disponible en: [http://www.ugr.es/~rede/REDCE22/articulos/09\\_gordillo\\_tapia.htm](http://www.ugr.es/~rede/REDCE22/articulos/09_gordillo_tapia.htm); FRANCISCO JAVIER DONAIRE VILLA, “El diálogo del Tribunal Constitucional español con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Euroorden y los derechos fundamentales: el asunto Melloni”, en: *CEF Legal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 174, 2015, pp. 63 y ss.

<sup>79</sup> RAINER ARNOLD, “Fundamental Rights Review in Europe: Substitution or Standard Control?”, en: *Globalization, Technologies and Legal Revolution*, Francesco Palermo / Giovanni Poggeschi / Günther Rautz / Jens Woelk (editores), Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 189 y ss.

<sup>80</sup> CHRISTIAN PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht...*, op. cit., pp. 665-666.

#### IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SU FUNCIÓN ESTIMULANTE EN CUANTO POTENCIAL-EVENTUAL INICIADOR DE LA LEGISLACIÓN Y COMPLEMENTO DE LA MISMA

Cabe destacar resumiendo, que tal como bien es reconocido y dicho por doquier, el desarrollo mediante la pertinente concretización de la Constitución es también y ante todo asunto del Poder legislativo de modo genérico, conforme ya aludimos, pasa a ser constitucionalmente necesario cuando la Norma Fundamental establece supuestos expresamente previstos de mandatos de legislación a través de la reserva de Ley, de intensidad acusada, reiteramos, en la Constitución de 1978, y son bastantes asimismo los casos en los cuales el constituyente no decretó expresamente la obligación de legislar pero sí ha manifestado sugerencias a tal finalidad o meras llamadas de atención. Así, cuando en el supuesto primero –reserva/mandato de legislar– el Legislador se mantiene en activo, el Tribunal Constitucional debería estar capacitado para dictar obligaciones al Legislador, vinculación ahora reforzada cuya obligación pudiera incluso someterse a plazos y con las sanciones consiguientes, como sucede en otros ordenamientos, caso por ejemplo del alemán, pero aquí nuestro Tribunal Constitucional poco o nada ha arriesgado. Un inactivo Legislador no tiene motivo de queja ni lamento justificativo frente al Tribunal Constitucional cuando adopte este decisiones del tenor aludido, mediante las cuales asuma ese rol activo, por molesto que lo pueda parecer al Legislador; ante su inactividad, pereza o ritmo bajo de este último, incluso bloqueo político por debilidad parlamentaria (a veces se emplea en Alemania para caracterizar la situación, la frase: “esperando a lo que diga Karlsruher”), no existen serios motivos para quejarse de un Tribunal Constitucional denunciante de tales, ni debe sentir extrañeza el órgano legislativo respecto de que le marque las pautas a seguir.

También podemos aludir muy someramente a la relativización que ha sufrido históricamente el “parlamentarismo”, principalmente en los últimos decenios, al ser desplazado de su posición central, siguiéndose la tendencia creciente, principalmente en los ámbitos técnicos y económicos, a sustituir las decisiones parlamentarias por regulaciones extramuros del Parlamento<sup>81</sup>. Y, en fin, la entrada inevitable del Tribunal Constitucional cuando se somete a su control legislación en la que el Parlamento es considerablemente confuso, al que le ha llegado a recordar: “el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse (...) y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se produzcan perplejidades”<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> RICHARD A. POSNER, “The Rise and Fall of Administrative Law”, en: *Chicago-Kent Law Review*, 1996, pp. 953 y ss; con parecidos términos RAINER ARNOLD, “Régulation économique et démocratie politique en Allemagne”, en: *Régulation économique et démocratie*, Martine Lombard (editor), Dalloz-Sirey, Paris, 2006, pp. 83 y ss.

<sup>82</sup> SSTC 46/1990, de 15 de marzo, y 146/1993, de 29 de abril.

Distinta cuestión son las sugerencias de legislación ahora referidas a las que pueda hacer el Tribunal Constitucional, aspecto en el que se ha puesto hiperbólicamente el grito en el Cielo cuando nuestra jurisdicción ha dicho algo, más bien poco, acerca de la cuestión; casos por ejemplo bien conocidos de las SSTC 53/1985, de 11 de abril, o la 76/1983, de 5 de agosto. Si puede reconocerse ahí una llamada de atención orientativa u ofrecimiento de ciertas pautas, pero ello dista mucho de que el Tribunal Constitucional tuviera la pretensión de convertirse en una especie de “*preceptor legislatoris*”, por parafrasear la expresión crítica del entonces magistrado del *Bundesverfassungsgericht* contenida en su voto particular a la sentencia referida al Impuesto sobre el patrimonio del año 1995, por considerarla “autoritaria” y entender adolecía, al ir más allá de lo que hubieran sido pautas constitucionales diversas y legítimas sobre un determinado tema regulable, al estarle vedado pronunciarse sobre un hipotético contenido constitucional estimado obligatorio, originando con ello la entrada de un “dogmatismo constitucional acerca de la imposición fiscal” por haber dado autoritativamente instrucciones al Legislador, hasta incluso llegar a incluir detalles “como los métodos de valoración”<sup>83</sup>. Sin embargo, entendemos que estas actuaciones han sido mucho más aisladas de lo que valoran los críticos (a veces fuertemente tales, cierto), pues el Tribunal Constitucional Federal alemán, apelando a su autocontención ha reiterado sostenidamente en su jurisprudencia la necesidad de respetar el ámbito de libre configuración política constitucionalmente garantizado en favor de los demás órganos constitucionales, asunto que le corresponde a él en última instancia preservar cuando reclaman su actuación. Pero no le fija por definición al Parlamento el marco (pautas) substancial de su labor legislativa, excepto en las situaciones de “conflicto”; y reconoce expresamente las dificultades para delimitar de manera nítida su propia competencia frente al propio Legislador, a quien corresponde el espacio configurador más amplio y dispone en principio de “discrecionalidad”, dentro naturalmente del ámbito constitucional, acerca de la modalidad, dimensión y momento de cumplir con las funciones estatales encomendadas. Asimismo, hemos expresado que no es de manera alguna función de la jurisdicción constitucional verificar-revisar si la legislación ha alcanzado el resultado más apropiado, mucho menos el más justo, ni siquiera el más razonable<sup>84</sup>; no se trata tampoco de

<sup>83</sup> Puede consultarse ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, “Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation”, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 52. Jahrgang, Heft 1, 1999, pp. 9 y ss.

<sup>84</sup> Entre muchas otras, podemos citar al efecto, las: BVerfGE 73, 301, 315; BVerfGE 81, 156, 205; BVerfGE 91, 346, 363; BVerfGE 94, 166, 200; BVerfGE 98, 169, 204; o la BVerfGE 99, 341, 352. Hay buenas reflexiones acerca, entre otras, de esta cuestión, por ejemplo, en el completo estudio de RICHARD HÄUSSLER, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung – Ein Beitrag zu Geschichte und Rechtsstellung des Bundesverfassungsgericht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994; y en las obras colectivas Bernd Guggenberger / Thomas Würtenberger, *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Nomos, Baden-Baden 1998, o la más reciente e interdisciplinaria, si bien más bien desde la óptica de la Ciencia política, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, edición de Robert Chr. von Ooyen / Martin H. W. Möllers, Springer, Berlin, 2006: el Tribunal Constitucional, dirán los autores en su “Einführung: Recht gegen Politik – politik- und

sustituir la concretización legislativa por la jurisdiccional decidida por el Tribunal Constitucional, pues corresponde a este la más circunspecta tarea conducente al logro del objetivo de lograr la depuración del ordenamiento jurídico y de asegurar la mayor eficacia de sus resoluciones “sobre el cuerpo social”<sup>85</sup>.

Si más arriba mencionamos que la evolución del Estado constitucional pone de relieve cómo la jurisdicción constitucional, a través de la fuerza vinculante de sus decisiones, envía orientaciones, correcciones e impulsos muy determinantes en aspectos sociopolíticos relevantes para la vida comunitaria, podemos recordar que incluso en Estados próximos, y en ello debería repararse más por nosotros, caso por ejemplo de Italia, donde llegara a hablarse por ejemplo de la “guerra de Cortes”<sup>86</sup>, y fueran fuertes e incluso graves los conflictos con el Legislador<sup>87</sup>, paulatinamente los acontecimientos han terminado por dar lugar a que la *Corte Costituzionale* haya terminado por ganar un importante espacio político capaz de complementar, subsidiariamente, la tarea desenvuelta por el Legislador, mediante una amplia diversidad de tipos de sentencias “moduladas” de control constitucional de la Ley que muy “imaginativamente” (de modo particular las llamadas “manipulativas”, con a su vez diversas variantes) han desarrollado allí en aquellas latitudes, al modo ya observara *Nicola Occhicupo*<sup>88</sup>. Y la doctrina científica portuguesa admite la posibilidad legítima de que el Tribunal Constitucional emita decisiones atípicas en cuanto al objeto, al contenido y respecto a los efectos, originando una variedad de sentencias: “*as interpretativas, as reductivas, as aditivas e as substitutivas*” desde la perspectiva del objeto; *de aviso, injuntivas, apelativas y directivas*, desde la consideración de su contenido; en fin, tocante a los efectos, distinguirán las *normativas*, las *aditivas*, y las *substitutivas*<sup>89</sup>.

También podemos tomar nota para mejor provecho de nuestra praxis (y a modo de cautela), de lo manifestado para evaluar la trayectoria alemana de jurisdicción constitucional, donde se ha sostenido que al Tribunal Federal Constitucional federal le corresponde, en última instancia y de manera vin-

---

rechtswissenschaftliche Versäumnisse bei der Erforschung des Bundesverfassungsgerichts”, pp. 9-13, viene siendo un poderoso actor político en el sistema del gobierno alemán, y está plenamente colocado en el campo de la tensión entre la política y el Derecho, de modo que el proceso político y las implicaciones políticas y jurídicas de la jurisprudencia constitucional están siempre e inevitablemente en primer plano, lo cual se halla en el propio fundamento de la jurisdicción constitucional, y este debe ser el enfoque metodológico de análisis.

<sup>85</sup> MARC CARRILLO LÓPEZ, “Prólogo”, en: *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 8.

<sup>86</sup> NICOLA ASSINI, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la “Guerra delle due Corti”*, Giuffrè, Milano, 1973.

<sup>87</sup> GUSTAVO ZAGREBELSKY, “La Corte costituzionale e il legislatore”, en: *Il Foro Italiano*, núm. 2, 1981, pp. 246 y ss.

<sup>88</sup> NICOLA OCCHICUPO, “La Corte costituzionale come giudice di ‘opportunità’ delle leggi”, en: *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività*, edición de Nicola Occhicupo, Il Mulino, Bologna, 1978, pp. 31 ss.

<sup>89</sup> VITALINO CANAS, “Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional: a garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público”, en: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, núm. 2, 2003, pp. 227 y ss.

culante, el poder de interpretar la Constitución, cuando resuelve mediante decisiones vinculantes consultas constitucionales que se le han dirigido, y desde la estimación forzosamente incorporada respecto de que la Constitución es al mismo tiempo, y en el sentido específico de la palabra, Derecho político (ya hemos reproducido nosotros: política cuajada), al direccionar en favor del bienestar común la lucha de relevantes actores estatales y sociales, sentado a tal finalidad coordinadas y límites, lo cual, por la propia naturaleza de las cosas, inevitablemente ha conducido a considerables discrepancias en orden a la interpretación constitucional entre el Tribunal Federal Constitucional y los otros órganos constitucionales “más políticos”; sin embargo y con todo, su jurisprudencia al final se ha hecho valer hasta el presente, ciertamente, no sin críticas procedentes tanto de ámbitos políticos como científicos, determinando en importante medida la vida constitucional y la realidad jurídica propias de la República Federal de Alemania<sup>90</sup>. En todo caso, aun cuando viene admitiéndose sin excesivas discrepancias que la realidad constitucional del país ha sido definida considerablemente por la jurisdicción constitucional, ello no oculta lo que se estima controvertido de varias de sus decisiones, lo cual ha conllevado la crítica (a veces bastante dura, con expresiones tan gráficas como: “Supralegislador”, “Guardián moral de la Nación”, “el único lobby eficaz de la familia”, “único rayo de esperanza en el paisaje siniestro de la legislación fiscal, frente al dominio del oportunismo político”, e incluso le han denominado “Consejo de los Dioses de Karlsruhe”)<sup>91</sup>, centrada en señalar que el Tribunal Constitucional Federal ha tenido en importante medida la pretensión de materializar un “orden total” de diseño jurisdiccional con la deliberada pretensión de comprender la casi integridad de la vida política y social<sup>92</sup>: “*totale Juridizierung des Leben*”<sup>93</sup>.

Con todo, son críticas tan acentuadas en momentos muy concretos pero no tan infrecuentes<sup>94</sup>, en materias frecuentemente de Derecho la-

<sup>90</sup> ANDREAS VOSSKUHLE, “Artikel 93, § 32”, en: Hermann Von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, *Grundgesetz Kommentar zum Grundgesetz: Artikel 83 bis 146*, 6.ª ed., Bd. III, Franz Vahlen, Frankfurt am Main, 2010.

<sup>91</sup> Puede verse ERNST BENDA, “Wirklich Götterdämmerung in Karlsruhe?”, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 48. Jahrgang, Heft 38, 1995, pp. 2470-2471.

<sup>92</sup> Es un clásico el libro de MAURO CAPPELLETTI, *Giudici Legislativi*, Giuffrè, Milano, 1984, donde plantea con reconocida sensibilidad la problemática suscitada por el necesario algunos límites procesales y sustantivos a la creación judicial. Muy esclarecedora ha resultado en términos similares de preocupación, desde siempre, las aportaciones de FRIEDRICH MÜLLER, ahora desde consideraciones más estructurales, de quien podemos ejemplificativamente remitir a su “El Derecho de creación judicial, formulado desde el punto de vista de la Teoría del Derecho”, en: *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 28, 2013, pp. 57 y ss; y más ampliamente, con superior detalle, a su libro *Richterrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986.

<sup>93</sup> KONRAD REDEKER, “Der moderne Fluch der Versuchung zur Totalität”, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 48. Jahrgang, 1995, p. 3370.

<sup>94</sup> Muy significativos ya desde sus llamativos títulos, las siempre sólidas aportaciones de JOSEF ISENSEE, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik”, en: *Das Bundesverfassungsgericht. Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, edición de Michael Piazolo, Mainz-München, 1995, pp. 49-59 “Bundesverfassungsgericht— quo vadis?”, en: *Juristen Zeitung*, Jahrgang. 61, 1996, pp. 1085 y ss. Y son de alto interés asimismo, las condensadas reflexiones de GERHARD ROBBERS, “Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit – Möglichkeit und Inhalt von «Formeln» zur Bestimmung von verfassungsgerichtlicher Kompetenzweite”, en: *Neue*

boral, fiscal, de familia, protección del Derecho a la vida (destaca aquí la conocida como segunda sentencia sobre el aborto que estableciera pautas muy detalladas e incluso forzosas acerca de la configuración del concepto de la protección estatal), ante situaciones en las cuales del Tribunal Constitucional Federal se cuestiona el no haberse limitado a marcar los límites de la libertad de configuración que corresponde al Legislador, pues habría pasado más o menos de la raya fronteriza al establecer los contornos más precisos de la legislación algo siempre de discernir de forma terminante por mucho esfuerzo que se haga, afectantes a valores y objetivos constitucionales esenciales que no han sido atendidos por el Parlamento de cualquier orientación o composición política, y, en lógica consecuencia, tampoco por el Ejecutivo. Claro está, las pautas no son meras recomendaciones o propuestas, sino derivaciones concretizantes de preceptos constitucionales, y, a poco que se repare, observamos tienen naturalmente “calidad constitucional”, remarca la literatura jurídica alemana; comparten, por así expresarlo, el rango constitucional de los preceptos cuyo contenido concretizan, y salvo muy escasas excepciones, es hasta una trivialidad afirmar que no resulta posible precisar de modo concluyente si en los distintos concretos casos han sido erróneas o acertadas. Ahora bien, la exigible cautela del Tribunal Constitucional no está reñida con el arrojo cuando la situación lo requiera, y dependerá no poco la cuestión del estado de los otros poderes estatales, pero la decisión no puede adoptarse por motivos de propia conveniencia. Determinar cuándo la concretización jurisdiccional cruza el umbral de lo excesivo y trazar una raya delimitadora con la concretización correcta, va a ser siempre algo inseguro, faltará siempre la solidez de su resultado, y a lo sumo podrá lograrse el aludido equilibrio inestable.

Volviendo por último con brevedad sobre el “efecto cementación”, en fin “constitucionalización”, operado por las resoluciones de la jurisdicción constitucional, cabe incluso de prisa manifestar, que la aparente eternidad de las resoluciones del Tribunal Constitucional, habrán así de ser calificadas con el término poco justificable de “eternidad impropia”, tendrá como mucho el carácter de vinculatoriedad dentro de límites estrechos. Es última palabra vinculada al tiempo, considerado este fraccional, además de las ataduras previas mencionadas entre las que evidentemente no se reseñaron todas. Dicho más sencillamente, las decisiones del Tribunal Constitucional están asociadas a situaciones concretas en el tiempo; son decisiones temporales, su ultimidad, pues, es siempre relativa. Incluso las situaciones son perfectamente susceptibles de cambiar no exclusivamente por haberlo hecho sus bases reales. Aunque resulta cierto que la autovinculación de la jurisdicción constitucional es un postulado clásico, llevarla a lo hiperbólico tiene aparejado el debilitamiento e incluso la pérdida más o menos acusada

---

*Juristische Wochenschrift*, 51. Jahrgang, Heft 14, 1998, pp. 935-941, así como la breve enjundiosa alerta debida a la siempre brillante pluma de HANS-PETER SCHNEIDER, “Acht an der Macht! Das BVerfG als «Reparaturbetrieb» des Parlamentarismus?”, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 52. Jahrgang, Heft 18, 1999, pp. 1303-1305.

de la vinculación externa<sup>95</sup>, por ello, los conceptos jurídicos fundamentales y las concretizaciones jurídicas exigibles, también pueden cambiar, están obligados al cambio sostenido, por más prudente que deba ser. Enlazando una norma legal que fue constitucional a una altura temporal, puede volverse visiblemente a perfilarse constitucionalmente disconforme, sea porque la propia norma constitucional debe ser susceptible de una interpretación evolutiva, sea por la alteración de los presupuestos fácticos o jurídicos que existieran en el momento de su producción por el Legislador, sea por cualquier otro motivo, y ahí actuará de nuevo la jurisdicción constitucional en garantía e impulso del Legislador del presente<sup>96</sup>. Sectores doctrinales alemanes han tratado de construir una especie de “derecho de autoentrada” a equilibrar con el reclamado y bastante idílico e indeterminado *self restraint* de la jurisdicción constitucional<sup>97</sup>, que justificaría la penetración de la jurisdicción constitucional mediante una prerrogativa de esta naturaleza en el campo de acción del Legislador inactivo y a partir de mandatos constitucionales definidos, cuando la primera intensifica su función por autoconciencia, y llega a fijar plazos, pautas específicas e incluso colma lagunas de ordenación y desarrollos jurídicos; siempre ha estado y va a estar ahí la problemática o fenómeno jurídico de que, por esa antedicha autoconciencia, la jurisprudencia de las supremas instancias deban ocuparse del establecimiento de “principios jurídicos generales es algo propio de la naturaleza de los tribunales superiores”, una situación jurídica “normal” aunque bien colmada de problemas.

La relación entre el Tribunal Constitucional y el Legislador, ámbito al que nos hemos circunscrito, denominada a veces el auténtico “punto fuerte de la Justicia constitucional”<sup>98</sup>, si hacemos una reflexión que abarque no solo a la experiencia española y la comprendemos junto con otras que nos son muy próximas, debería concebirse sin reparos como armónica y cooperativa de atenernos al “fondo” de lo admitido hasta aquí, sin embargo, ha podido suscitarse con alguna frecuencia una cierta conflictividad larvada o abierta, si bien estos choques más o menos acusados no son por así decirlo homogéneos ni mucho menos ajenos a los tiempos políticos. Existen así

<sup>95</sup> Bien vista esta cuestión a cargo de BERNHARD SCHLINK, “Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft: im Wandel”, en: *Juristen Zeitung*, 62. Jahrgang, Heft 16, 2007, pp. 157 y ss.

<sup>96</sup> VITALINO CANAS, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., Lisboa, 1994, p. 99.

<sup>97</sup> Nos alineamos ciertamente con KONRAD HESSE cuando cuestionara decididamente el archireiterado judicial *self restraint* cuando el Tribunal Constitucional se mueve en el ámbito de las funciones de control que constitucionalmente le han sido atribuidas, especialmente en la que valora la función más importante a desarrollar como es la protección de los Derechos Fundamentales, pues ha de exigírsele al Tribunal siempre, en lugar de contención, una decidida intervención, al margen de los eventuales riesgos de conflictos que con esa actitud puedan suscitarse con otros órganos constitucionales, “Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en: *Ausgewählte Schriften*, edición de PETER HÄBERLE / ALEXANDER HOLLERBACH (editores), en comunicación con WILFRIED FIEDLER, FRIEDRICH MÜLLER, HANS-PETER SCHNEIDER y RUDOLF STEINBERG, C.F. MÜLLER, HEIDELBERG, 1984, pp. 311 y ss.

<sup>98</sup> JAVIER PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 72.



focos de tensión muy variados, áreas y momentos susceptibles de agrupamiento de maneras diversas en función de las dependencias y posibilidades de influencia recíproca del Legislador y el Tribunal Constitucional. Nuestro esbozo, ante una cuestión de tales dimensiones, básicamente, ha perseguido seguir apuntando algunos de estos problemas o dificultades de encaje tocante a la distribución de funciones entre ambos órganos constitucionales supremos, sin embargo llamados a cooperar por exigencia del Estado constitucional regido por el principio democrático.