

LA IDEOLOGÍA CONSTITUCIONAL DE LOS VOTOS PARTICULARES AL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA LO 2/2010

Miguel Revenga Sánchez

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz

Sumario: 1. La tesis de la regulación *lagunosa* de la potestad de suspender la vigencia de la ley. 2. Los argumentos de fondo: el peligro de los daños irreversibles como consecuencia del transcurso del tiempo (*periculum in mora*) y la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) en las pretensiones de los recurrentes. 3. La *ideología constitucional* de los votos particulares. Nota bibliográfica.

Con fecha 14 de julio, el Tribunal Constitucional dictó el Auto 90/2010 en el que, por una mayoría de 7 de los 11 miembros que actualmente componen el Tribunal, acordó denegar la solicitud de suspensión formulada por los demandantes en el Recurso de Inconstitucionalidad contra ciertos artículos de la Ley Orgánica 2/2010, “de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”. El Auto despliega sus razonamientos a lo largo de tres Fundamentos Jurídicos dedicados, respectivamente, 1) a resumir los argumentos de los recurrentes en favor de la

suspensión de la vigencia de la ley; 2) a expresar las razones por las cuales la suspensión de la vigencia de una ley recurrida es una medida extraordinaria, e inviable, a falta de previsión que expresamente la autorice; y 3) a rebatir la principal de las líneas de razonamiento empleadas por los solicitantes de la suspensión, a saber, que el artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal (LOT) proscibiría la suspensión de la ley *in toto*, pero no la de preceptos aislados de la misma, y subsidiaria (o más bien, cumulativamente a la pretensión principal), que las impropiedades regulativas de dicho artículo

deberían corregirse mediante el planteamiento de la oportuna autocuestión de inconstitucionalidad.

Dado que el parecer de la mayoría es adverso a la posibilidad misma de una suspensión que no contempla el diseño procesal del Recurso de Inconstitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, el Auto no llega a entrar en el debate sobre los motivos de fondo que esgrimen los recurrentes al hilo del par de requisitos exigidos tradicionalmente para la adopción en sede jurisdiccional de medidas cautelares: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. El *periculum* causado por el inexorable paso del tiempo vendría aquí a concretarse, al decir de los recurrentes, en vulneraciones irreversibles del derecho a la vida, mientras que la *apariencia de buen derecho* de la pretensión surgiría del propio comportamiento de un legislador renuente a acatar ciertas líneas argumentativas utilizadas por el TC cuando falló, en 1985, el recurso previo contra el proyecto de ley orgánica que posibilitó la despenalización del aborto en determinados supuestos.

Uno y otro razonamiento encuentran acogida favorable en todos y cada uno de los cuatro votos particulares suscritos por los magistrados Gay Montalbo, Delgado Barrio, Rodríguez Zapata y Rodríguez Arribas. Tres de ellos suscriben además la tesis de que la existencia de una laguna en el artículo 30 de la LOTC vendría a justificar la necesidad de colmarla mediante el “descubrimiento” de la potestad implícita de suspender la vigencia de la ley durante la sustanciación del recurso de Inconstitucionalidad.

En lo que sigue exponemos por separado, y discutimos, éste y los demás razonamientos que aparecen en los votos particulares. Y en un momento posterior detallaremos las razones por las que nos parece que subyace en ellos una teoría constitucional no ya equivocada en el plano de la interpretación jurídica, sino errónea en lo que se refiere al emplazamiento de la jurisdicción constitucional, y a los límites que enmarcan la función de la misma en el constitucionalismo de nuestros días.

1. LA TESIS DE LA REGULACIÓN LAGUNOSA DE LA POTESTAD DE SUSPENDER LA VIGENCIA DE LA LEY

El artículo 30 de la LOTC cierra el Capítulo I, sobre “Disposiciones Generales”, del Título dedicado a los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. Y establece, como es sabido, una regla general y una excepción. La regla es taxativa: “La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley (...)”. Hasta tanto recaiga una decisión sobre su validez, la ley queda, pues, como remacha el texto de la disposición, *vigente* y en disposición de producir efectos mediante su *aplicación* normal y rutinaria. La excepción no es más que la transposición al texto de la LOTC de lo previsto en el artículo 161.2 de la CE en cuanto a la posibilidad de que el Gobierno impugne ante el TC “disposiciones y resoluciones” autonómicas, en cuyo caso los efectos suspensivos sobre la norma recurrida son automáticos, quedando sujetos a la revisión que, en un plazo no superior a cinco meses, habrá de realizar el TC. Pasaremos por alto el problema de que, al realizar la transposición desde la CE a la LOTC, el legislador cambió “disposiciones y resoluciones” por “Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las Comunidades autónomas”. Podemos pasarlo por alto porque ello ha estado en la base de un problema, el de la *debilidad* de la ley autonómica con respecto a la estatal, que no afecta al asunto del que aquí tratamos. El Auto 90/2010 se las tiene que ver con la solicitud de suspensión de la vigencia de una Ley Orgánica y en un procedimiento de control de constitucionalidad en vía directa o principal; sin que haya nada en la solicitud que pueda emparentarse con la llamada deriva competencial del control de constitucionalidad de la ley autonómica ni sobre el papel que en tal control le corresponde desempeñar al Presidente del Gobierno. La solicitud tampoco se mueve en el ámbito del conflicto positivo de competencias planteado por un Gobierno autonómico, ni se

formula en el marco de un Recurso de Amparo. El lector disculpará lo obvio del recordatorio, pero se trae a colación por si sirve de pretexto para dar un vistazo al régimen de las medidas cautelares en los procedimientos constitucionales. Y especialmente, para llamar la atención sobre el carácter rigurosamente excepcional con el que el artículo 56 de la LOTC, en todos y cada uno de sus seis Apartados, concibe el ejercicio de la potestad de suspensión “de la ejecución del acto o sentencia impugnados”, así como el de la adopción de otras medidas cautelares, en manos del Tribunal. Las prevenciones afectan incluso a la suspensión de los efectos del acto o sentencia cuando aquélla pudiera parecer plausible por su conexión inmediata con dudas sobre la constitucionalidad de la ley que indujeran a la Sala, o a la Sección, a plantear ante el Pleno la autocuestión. En tal caso, el artículo 56.2 *in fine* de la LOTC condiciona la suspensión a la no concurrencia de “perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, (o a) los derechos fundamentales o libertades de otra persona”.

La suspensión de los efectos de los actos jurídicos y sentencias, antes de la finalización del proceso constitucional, no es, pues, una cuestión baladí que el tribunal pueda decretar sin un concienzudo examen de las circunstancias del caso. Y si tal es el modo con el que la LOTC se aproxima a la cuestión, tratándose de actos y sentencias, ¿cómo puede argumentarse en favor de la suspensión de la ley, no obstante la terminante regla en contrario formulada por el artículo 30 LOTC? La respuesta, según ya hemos dicho, está emparentada con esa categoría de la teoría general del Derecho a la que tanta devoción mostró el viejo positivismo del ordenamiento como un sistema coherente, sistemático y completo. Me refiero, claro está, al descubrimiento, por parte de quienes discrepan de la mayoría, de una *regulación deficiente y lagunosa* en el referido artículo 30 LOTC, como consecuencia de la incapacidad de éste para hacer frente a un supuesto de hecho, excepcional e inédito, cual sería la entrada en vigor de la ley recurrida. Para llegar a tal conclusión, los votos particulares combinan los razonamientos dirigi-

dos a mostrar el carácter rigurosamente inédito de un desafío como el planteado por la producción de efectos de la ley, ante la eventualidad de futuras tachas de inconstitucionalidad, con las argumentaciones concebidas para desembocar en el referido carácter *lagunoso* de la norma en cuestión. El intento se pone en marcha mediante dos vías complementarias. La primera consiste en contraponer el régimen de la suspensión de leyes conectado directa o secuencialmente a la activación de un proceso constitucional (y, por consiguiente, sin margen para la apreciación del juez) con un (supuesto) régimen de suspensión *facultativa* que quedaría al criterio y decisión del Tribunal. Lo que pudiéramos llamar el régimen jurídico de la suspensión de normas derivado de la sustanciación de procesos constitucionales está regulado de manera explícita en la Constitución, bien en sentido favorable a la suspensión de la norma (artículo 161.2 CE), o bien en sentido adverso a ella, tal y como dispone el artículo 163 *in fine*: “cuando un órgano judicial considere (...) que una norma con rango de ley, aplicable al caso, (...) pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, *que en ningún caso serán suspensivos*”. Al margen de esos dos supuestos contemplados en la Constitución, viene a decirse, quedó el caso del Recurso de Inconstitucionalidad. Y de tal silencio, o falta de posicionamiento constitucional sobre el asunto, el voto de Delgado Barrio extrae una conclusión con la que no podemos menos que estar de acuerdo: una ley que confiriera al TC tal potestad no sería contraria a la Constitución. Con lo que ya no lo estamos tanto es con la consecuencia, o paso adelante, que el voto defiende, en ausencia de ley, para legitimar sobre el vacío la facultad de suspensión en manos del TC.

La segunda de las vías complementarias ensayada en los votos de Delgado Barrio, Rodríguez Zapata y Rodríguez Arribas para demostrar la existencia de una laguna que el TC debe colmar, es aun más alambicada que la anterior. Podemos denominarla “teoría de la *naturalidad* de los efectos suspensivos”, y viene a decir lo siguiente: al desarrollar la Constitución, el legis-

lador de la LOTC optó en 1979 por un sistema en el que era inherente al control de constitucionalidad en vía directa diferir la entrada en vigor de los Estatutos y de las leyes orgánicas, *rectius*, de los proyectos de Estatutos y de los proyectos de leyes orgánicas, a un momento posterior a aquel en el que el TC dictara sentencia. El tenor del artículo del artículo 30 de la LOTC vendría a ser entonces el que es (y ha sido desde siempre) como consecuencia del contraste originario entre control preventivo con efectos suspensivos *versus* control sucesivo sin efectos suspensivos. En otras palabras, un artículo, el hoy derogado artículo 79 de la LOTC, y otro (el tantas veces citado artículo 30 de la misma ley) fueron proyecciones complementarias de una concepción del control de constitucionalidad de la ley que llevaba el carácter abstracto del mismo hasta el máximo grado posible, esto es, hasta propiciar que la decisión sobre la validez de la ley pudiera realizarse, en ciertos casos, en ausencia de vigencia de la misma. Pues bien, al haber trastocado la Ley Orgánica 4/1985, de supresión del recurso previo, el entero diseño de tal sistema de jurisdicción constitucional con control abstracto en su grado máximo (y, por tanto, en el que los efectos suspensivos del recurso previo se tenían por *naturales*), la reforma habría producido sobre el artículo 30 el *efecto colateral* de haber causado una laguna que ahora correspondería colmar mediante la oportuna lectura *creativa* del mismo: la vigencia y la aplicación de la ley (en su conjunto) no se puede suspender, pero sí la de todos o algunos de los preceptos recurridos, a criterio del tribunal, puesto que ni la letra de la ley, ni lo que el propio TC dijo al refrendar la constitucionalidad de la LO 4/1985 (STC 66/1985) proscriben tal posibilidad. Como señala Delgado Barrio, invocando la doctrina de esta última sentencia a propósito de la presunción de constitucionalidad de la ley, y el carácter excepcional de la suspensión de la eficacia de la misma, la “excepcionalidad de la suspensión no es imposibilidad o prohibición, sino posibilidad aunque, desde luego, evidentemente difícil” (Voto Particular, Punto 4).

La estrategia para salvar la dificultad ya se ve en qué consiste: en presentar el caso en exa-

men como un supuesto en el que el silencio de la ley (contra la evidencia, por cierto, de una regulación clara y taxativa), y lo novedoso del caso, desautorizan las llamadas realizadas por la mayoría a los precedentes jurisprudenciales del propio TC, obligando al juzgador a establecer una regla *ad hoc* que calme el *horror vacui* producido por la laguna normativa. Tal estrategia nos sitúa ante lo que la teoría general del derecho creo que denomina lagunas *impropias* o lagunas *ideológicas*, esto es, aquellas que emergen no de las insuficiencias o de los déficits de regulación de los que pueda adolecer el texto de la ley, evaluado a la luz de su pretensión de regular algo de modo completo, sino de los contrastes que realiza el operador jurídico entre la ley, tal cual es, y la ley tal y como, a juicio del mismo, debería ser. Una laguna, pues, *de iure condendo*, no *de iure condito*, esto es, una cuya fuente —por continuar con la *hidráulica jurídica*— no es el texto de la ley en sí mismo, sino la insatisfacción que le produce al observador comprobar que la ley no ha regulado las cosas tal y como debiera haberlo hecho. Pero el problema, como enseguida veremos, es que la labor del juez constitucional se enmarca en limitaciones preestablecidas, que no pueden manipularse o desconocerse sin dañar el prestigio, ni erosionar la autoridad, del órgano que tiene asignada la delicada función del control de constitucionalidad de la ley.

2. LOS ARGUMENTOS DE FONDO: EL PELIGRO DE LOS DAÑOS IRREVERSIBLES COMO CONSECUENCIA DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO (*PERICULUM IN MORA*) Y LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO (*FUMUS BONI IURIS*) EN LAS PRETENSIONES DE LOS RECURRENTES

En un mundo ideal, esto es, en uno en el que se cumplieran a machamartillo las previ-

siones referidas al *tempus* de los trámites procesales, y especialmente el previsto para dictar sentencia, el despliegue del recurso de inconstitucionalidad, desde la presentación del mismo, se ajustaría a la secuencia 15 días para personarse y formular alegaciones más 10 días (o excepcionalmente, mediando resolución motivada, 30) para dictar sentencia (artículo 34.2 LOTC). En un mundo ideal las dudas de constitucionalidad planteadas por el recurso contra la ley Orgánica 2/2010 podrían haber quedado despejadas con anterioridad incluso a la efectiva entrada en vigor de la ley, sin que la decisión sobre un texto ya publicado, pero en *vacatio*, hubiera supuesto, en nuestra opinión, atentar contra el diseño de nuestro sistema de control. La ley fue publicada, en efecto, en el BOE de 4 de marzo, pero no entró en vigor hasta el 5 de julio, es decir, hasta transcurridos los cuatro meses de *vacatio* desde el día siguiente al de la publicación establecidos por la Disposición Final Sexta.. El recurso del Partido Popular ingresó en el Registro del Tribunal el día 1 de junio, pero la providencia admitiéndolo a trámite lleva fecha de 30 de junio, lo cual significa que el tiempo que se invirtió en dictar una providencia admitiendo a trámite el recurso contra una ley a la sazón en *vacatio*, podría haber bastado, insisto, si viviéramos en un mundo ideal, para resolver sobre el fondo de la pretensión.

Como no es el caso que el mundo de los órdenes jurisdiccionales, incluido el constitucional, roce siquiera el ideal del cumplimiento en plazo de las previsiones procesales, es por lo que el recurso contra la Ley Orgánica 2/2010 puede presentarse como aquel que representa un caso único, por la gravedad de las consecuencias que comportaría la producción de los efectos buscados en la misma, si en un momento futuro, aquel en el que recaiga la resolución definitiva, ésta conlleva la nulidad de los preceptos recurridos. Los recurrentes llaman, por cierto, a una “tramitación sumaria” (*sic*) del recurso, cosa que, como no deja de advertir el Abogado del Estado, no responde a ningún tipo de tramitación prevista o permitida por la LOTC. Si se suma, en cambio, a la solicitud de

una Tramitación preferente, como también lo hace la mayoría del Tribunal cuando expresa, en las líneas finales de sus razonamientos, el compromiso de dar “carácter prioritario” a la tramitación y resolución del recurso.

Los votos particulares coinciden, en efecto, como ya hemos dicho, en la idea de que nunca antes el tribunal había tenido que decidir, al hilo de un recurso de inconstitucionalidad, sobre la pretensión dirigida a suspender la vigencia de una ley que incide, de un modo tan directo y profundo, sobre el derecho a la vida. Ese carácter excepcional del caso es el que, según los votos particulares, debería haber llevado a la mayoría a decidir a favor de la suspensión, colmando la supuesta laguna normativa, o bien, pese admitir expresamente que no hay tal laguna, identificando el caso como un “caso límite en el ámbito del Derecho (...) que enerva la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados establecida en la CE y en la LOTC” (voto Gay Montalbo).

Hay que recordar, de entrada, que cuando hablamos de vulneraciones de los derechos fundamentales, no es, ni mucho menos, infrecuente que las mismas lo sean con carácter consumado e irreversible. El restablecimiento en la integridad del derecho o libertad pública, así como la remoción de los obstáculos que hayan impedido su pleno ejercicio (por parafrasear expresiones utilizadas por la propia LOTC en el artículo sobre los contenidos posibles de las sentencias favorables al amparo) no es algo que esté siempre al alcance del tribunal. A menudo la sentencia del TC es el equivalente a una “victoria moral”, cuyo valor objetivo, dirigido a proclamar el contenido del derecho constitucionalmente exigido, sobrepasa con mucho la dimensión subjetiva o el efecto real sobre los intereses defendidos al interponer el amparo. Con lo que acabo de afirmar no intento banalizar los efectos traumáticos que, a buen seguro, acarrearía la declaración de inconstitucionalidad de ciertos contenidos de una ley como la que entró en vigor el 5 de julio de 2010; simplemente estoy diciendo que cuando se produce la vulneración de algún derecho fundamental, el daño tiende a ser irreversible y el remedio jurisdiccio-

nal, un paliativo, cuyo alcance depende de muchos factores y, entre ellos, la propia naturaleza del derecho fundamental vulnerado.

Desde la óptica de la excepcionalidad o de la situación-límite, y bajo el presupuesto de unos imperativos “principalistas” que más parecen de justicia natural que de Constitución, los autores de los votos particulares desbrozan el camino que, según ellos, debería haber conducido a la inmediata suspensión de la vigencia de la norma. Y lo hacen invocando ciertos *obiter dicta* de la STC 53/1985, la sentencia que, bajo la especie de la resolución interpretativo-aditiva que todos conocemos, ha sido, hasta la entrada en vigor de la LO 2/2010, el *corpus* jurisprudencial de referencia en la materia. Los pasajes seleccionados de la STC 53/1985 son aquellos —presentes, sobre todo, en los Fundamentos 3 a 5— en los que la mayoría dispensa a la vida humana el tratamiento de valor superior del ordenamiento, al tiempo que califica al derecho reconocido en el artículo 15 CE el carácter de derecho esencial y troncal, en cuanto “supuesto ontológico” sin el que el resto de los derechos no tendrían sentido. El voto particular de Tomás y Valiente hizo de tales jerarquizaciones axiológicas y descubrimientos de valores superiores que la Constitución no proclama, el eje central de su discrepancia. Tomadas en su literalidad, que es lo que parecen hacer ahora, exacerbándolas, quienes las traen a colación, tales consideraciones se revelarían, por lo demás, como absolutos incompatibles con cualquier regulación del aborto, cualquiera que ella fuera. La cuestión es que para fundamentar la supuesta necesidad de la suspensión *extra legem*, los votos particulares orillan todo lo demás; y especialmente que el “todos” a quienes el artículo 15 confiere la titularidad del derecho a la vida equivale a todos los nacidos, lo que no significa, como bien sabemos, que el ordenamiento jurídico pueda desentenderse de la suerte del *nasciturus* sin vulnerar claramente exigencias y obligaciones que se derivan de la Constitución.

El voto de Rodríguez Zapata añade al repertorio de los alegatos en favor de la suspensión la denuncia, dirigida contra la mayoría, de haber

operado interesada y selectivamente en la cita de los precedentes. Según dicho voto, un lejano Auto del Tribunal, el 120/1983, de 21 de marzo, serviría como prueba de que la vigencia de los preceptos de una ley puede dejarse en suspenso, aún faltando cobertura legal para hacerlo. Curiosamente, dicho Auto no tiene otro *leit motif* que el principio de conservación de actos, un principio al que el Auto en cuestión califica de “esencial en Derecho Público”. Lo que se debatía en el mismo es si estaba al alcance del Tribunal suspender la vigencia de una Ley Orgánica (la LO 6/1983, que reformó la de Elecciones Locales) contra la que se había interpuesto un recurso previo de Inconstitucionalidad, dentro del plazo de los tres días desde el establecimiento parlamentario del texto definitivo, que es lo que estipulaba el derogado artículo 79.2 LOTC. El problema surgió como consecuencia de un error, por precipitación, en el proceso conducente a la sanción, promulgación y publicación de la norma, fruto del cual ésta apareció publicada en el BOE sin esperar a que expirara el plazo de los tres días para recurrir. Pues bien, el Tribunal se enfrenta a la alternativa de remediar el vicio *in procedendo* suspendiendo la vigencia de la ley, o bien cercenar de plano el derecho de los recurrentes a la sustanciación de un recuso que ya no podría ser previo. Avocado el asunto por el Pleno, 8 de los 12 magistrados se decantan por admitir el recurso, pero suspendiendo únicamente, por aplicación del principio antes mencionado, la vigencia de los artículos recurridos. La sentencia, la STC 38/1983, llegaría, por cierto, en menos de dos meses desde la fecha del Auto, pero lo más llamativo es que será difícil encontrar alegatos tan contundentes contra la existencia, en manos del Tribunal, de la facultad de suspender la vigencia de normas, como los que suscribieron entonces los magistrados Rubio Llorente y Tomás y Valiente (a los que se adhieren Ángel Latorre y Manuel Díez de Velasco). “Como intérprete supremo de la Constitución, se lee en el voto de Rubio Llorente, (el Tribunal) puede declarar la nulidad de los preceptos legales que sean contrarios a aquella, pero sólo al término de un proceso y mediante una decisión razonada, pues su autoridad es sólo la autoridad de la Constitución, y

no ostenta representación alguna en virtud de la cual pueda recabar para su voluntad libre el poder ir en contra de lo querido por la voluntad de la representación popular, o dejar sin efecto, aunque sea provisionalmente, la promulgación acordada por el Rey” “El Tribunal, dice el de Tomás y Valiente, no tiene en ningún caso atribuciones para suspender una ley, y menos aún para graduar en términos de equidad lo que de ella debe suspenderse”.

3. LA IDEOLOGÍA CONSTITUCIONAL DE LOS VOTOS PARTICULARES

El control de constitucionalidad de la ley es un mecanismo que ha acabado por generalizarse en las democracias de nuestros días. Practicado de manera pionera, aunque muy circunstancial, en los Estados Unidos, y respaldado en el terreno de la (gran) teoría jurídica gracias a las aportaciones de Kelsen sobre el carácter de la Constitución y el problema de su defensa, resurgió con inusitada vitalidad después de la Segunda Guerra Mundial. Ello ocurrió en Alemania y en Italia, pero después, también, allí donde se fueron concretando por doquier las diversas oleadas democratizadoras del siglo XX. La jurisdicción constitucional y el control de la ley pertenecen hoy al “paisaje” de la democracia tanto como el sufragio universal y el compromiso de respetar los derechos humanos. Pero la cuestión es que, apareciéndonos los tres componentes citados, como partes de un mismo engranaje cuya urdimbre está en la Constitución, no hay nada de natural en que funcionen de manera coordinada y sin tensiones entre ellos. Mientras uno está concebido para dar expresión a una voluntad política de carácter contingente y variable, los otros dos están pensados para preservar la calidad del entorno, en el que ésta se manifiesta y hace posible.

La suerte de cualquier Constitución normativa guarda estrecha relación con su habilidad para anticiparse a los conflictos y establecer el modo de resolverlos. Pero la previsión de hojas

de ruta y cauces de pacificación sirve de poco si falta voluntad de atenerse a las limitaciones establecidas, o si aquellos a quienes corresponde velar porque se cumplan, interpretan las limitaciones de manera contrapuesta a la razón que las justifica. La llamada *dificultad contramayoritara* de la jurisdicción constitucional expresa, como pocas, la contradicción entre la lógica política de la decisión por mayorías y la lógica de la decisión pautada, y en manos de unos pocos, por referencia a la interpretación jurídica. Es una contradicción de tipo teórico, pero es, sobre todo, una contradicción susceptible de generar graves problemas prácticos cuando lo que subyace en las visiones contrapuestas que surgen de aplicar una u otra lógica, es quién manda sobre la Constitución, esto es, quién tiene la última palabra sobre lo que ella dispone o prohíbe.

Es posible que haya un punto de exageración en esta forma de referirse al *conflicto sobre la última palabra*. En lugar de recrearse en él, dando por sentado lo inevitable de lecturas divergentes de la Constitución por parte de legisladores y jueces, siempre he considerado preferible ponderar lo mucho que la jurisdicción constitucional puede contribuir a hacer plausible el modelo de la democracia deliberativa. La mejor “ingeniería constitucional” hace tiempo que está entregada a la tarea de diseñar cauces de colaboración entre los intérpretes *políticos* y los intérpretes *jurídicos* de la Constitución, pues con el conflicto y el “choque de trenes” no hay nada que ganar, mientras que con el diálogo, y la consideración recíproca, y con cultura constitucional del debate y la búsqueda de la mejor solución razonable, la calidad de la democracia se acrecienta.

Con conflicto o con cooperación, de lo que no cabe duda es de que el juez constitucional ha cobrado en las democracias de nuestros días un protagonismo que puede defenderse con razones muy variadas: por su capacidad para realizar una lectura moral de la Constitución, capaz de hacer que triunfen los derechos (Dworkin), o bien por su idoneidad para romper los muros de exclusión y de silencio que pudieran alzarse contra ciertas razones merecedoras de considera-

ción (Ely). Pero ello siempre bajo el presupuesto de que el ámbito de lo que está al alcance del juez constitucional es algo legalmente predeterminado, esto es, establecido de antemano por la Constitución y, en su caso, por el legislador encargado de desarrollarla. La predeterminación del sistema de control tiene que ver con lo que Alexy denomina la “dogmática de los márgenes de acción” del legislador y del juez constitucional, un factor que, a juicio del autor alemán, es clave para resolver los dilemas que hoy surgen de la contraposición entre el “Estado de legislación” y el “Estado de jurisdicción constitucional”. Y lo mismo cabe decir, por su potencial pacificador fundado en sólidas razones de legitimidad democrática, del par de criterios guía de la actuación judicial en el control de constitucionalidad de la ley: la presunción de que ésta es legítima, y la deferencia del juez para con el legislador (Ferrerres Comella).

Uno y otro de ambos criterios de conducta parten de la base de que declarar la falta de validez de una ley es siempre algo que entra en conflicto con la dignidad democrática de ésta;

y presupone, por supuesto, una ley vigente y en disposición de cumplir los objetivos para los que fue aprobada. Y así, y no de ninguna otra manera, aparece configurado el control de constitucionalidad de la ley en el sistema español. Manipular las reglas que lo dirigen mediante interpretaciones extravagantes del derecho, o recurriendo a poderes implícitos o “normatividades inmanentes a la naturaleza de las instituciones” desmentidas por la claridad de tales reglas, es un ejemplo de paternalismo jurisdiccional y de desconfianza hacia la capacidad de discernimiento constitucional de la mayoría. Y aunque bien sé que nada hay de desafección democrática en los autores de los votos objeto de este comentario, es un modo de proceder que evoca el irracionalismo anti-positivista, del que hicieron gala ciertos jueces de la Alemania de Weimar, al imponer sus particulares concepciones del derecho y la justicia frente a lo que ellos calificaban de “abusos de la discrecionalidad del legislador”, o de ataques dirigidos por éste contra la conciencia jurídica de la comunidad.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

La “debilidad” de la ley autonómica, por comparación con la estatal, debido, entre otras razones, al régimen de suspensión automática de su vigencia en las impugnaciones deducidas contra la misma por el Gobierno, es un argumento recurrente de la obra colectiva *La suspensión de las leyes autonómicas en los procesos constitucionales*, Barcelona, Institut d’Estudis Autònomicos, 2005. Algún autor como Rafael Jiménez Asensio (*La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Madrid, Marcial Pons/IVAP, 2001) llega al extremo de hablar de “presunción de inconstitucionalidad” de la ley autonómica. La llamada “dificultad contramayoritaria” de la jurisdicción constitucional es una expresión de Alexander Bickel (*The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962), popularizada hoy por obra de quienes dirigen sus dardos contra la preponderancia cobrada en nuestros días por la jurisdicción constitucional en detrimento de la decisión parlamentaria; véase, por todos, Jeremy Waldron, “The Core Case against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, 115 (2006), 1346 ss. “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual” es el título de una obra colectiva coordinada por Eliseo Aja, Barcelona, Ariel, 1998, con aportaciones de Schäffer (Austria), Weber (Alemania), Romboli (Italia), Bon (Francia), Jiménez Campo (España) y Nunes de Almeida (Portugal). Razono mi preferencia por un sistema que abra canales de colaboración entre el legislador y el artífice del control de constitucionalidad en “Notas sobre justicia constitucional e interpretación de la Constitución (o en defensa de la Constitución como diálogo)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 16 (2005), pp. 141 y ss. Las referencias a Dworkin y a Ely son las “canónicas”: del primero, *Los derechos en serio*; Barcelona, Ariel, 2004, y del segundo, *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1997. Y las que realizo a Alexy y a Ferreres Comella se refieren, respectivamente, a sus trabajos *Teoría de los derechos fundamentales*; Madrid, CEC, 1997 y *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEC, 1997. Finalmente, para el conflicto de la Alemania de Weimar a propósito de las pretensiones de control de la ley por el juez ordinario, remito *in toto* al libro de Giuseppe Volpe, *L’ingiustizia delle leggi*, Milán Giuffrè, 1977.

Fecha de recepción: 12 de octubre de 2010

Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2010