

“LA CONSTITUCION COMO NORMA JURIDICA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”, DE EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA (*)

FERNANDO SAINZ MORENO

I

Este libro ofrece la más original e innovadora construcción que en la doctrina jurídica española se ha realizado sobre la naturaleza de la Constitución de 1978 y sobre la función que, en consecuencia, se confiere al Tribunal Constitucional. Es una aportación decisiva para el enraizamiento de la Constitución en el orden jurídico español, decisiva en cuanto que obliga a tomar postura frente a ella, a asumirla o rechazarla; decisiva, pues, en cuanto que está presente en la interpretación dogmática y en la aplicación judicial de nuestra Constitución. La oportunidad de su temprana y audaz —en el buen sentido del término— publicación, en el momento mismo en que jueces, Administración, abogados y profesores comenzaban a tomar decisiones y postura ante la Constitución, la viveza y firmeza con que se exponen las ideas centrales de la argumentación —que incitan a la adhesión o a la crítica, a la polémica estimulante, buscada sin duda por el autor—, la naturaleza misma de los temas seleccionados, todos vitales para la vida jurídica y solución «constructiva» a que son sometidos, ha producido el hecho de que este estudio sea el punto de referencia que orienta en nuestros días la dogmática jurídica española, bien para seguir sus directrices o bien para declararse contrario a ellas.

Este es un libro de ideas y de principios, no una exégesis o comentario de textos. En gran medida es un libro sobre el método jurídico para entender y aplicar la Constitución. El sistema de ideas que en él se expone está ordenado con el criterio de ofrecer una vía para la comprensión activa y positiva de la norma fundamental para la realización de sus valores. No se buscan posibles errores o contradicciones del texto constitucional, sino que se desta-

(*) Segunda edición, Editorial Civitas, Madrid, 1982.

can sus elementos más vivos y operantes, sus principios para mostrar cómo la Constitución misma ofrece soluciones a posibles defectos.

Que la ley sea más inteligente que el legislador es, a mi juicio, el lema que preside este libro y toda la producción jurídica de GARCÍA DE ENTERRÍA. Por ello su autor no hace alarde de descubrir errores, lagunas o contradicciones en los textos de la Constitución, sino todo lo contrario: de demostrar que, bien entendida la norma, ésta subsana esos «sinsentidos». (Por ejemplo, véanse las pp 78 y ss., sobre el problema del monopolio de declaración de inconstitucionalidad de las leyes —arts. 53, 1, y 161 de la Constitución—; páginas 152 y ss., sobre el control por el Tribunal Constitucional de los reglamentos de las Comunidades Autónomas —arts. 153 y 161, 2, de la Constitución—.) Sin abandonar el carácter de norma «positiva» que la Constitución tiene, sin admitir que cualquier interpretación sea válida, esto es, sin admitir que sea el intérprete quien invente la Constitución, GARCÍA DE ENTERRÍA muestra, sin embargo, cómo el método jurídico permite, o más bien exige, encontrar en el derecho positivo soluciones nuevas para nuevos problemas que quizá el legislador ni siquiera tuvo posibilidad de imaginar, siguiendo para ello el método de los principios, no cualesquiera, sino los que resultan del ordenamiento vigente.

Esta construcción «principalista» preside también la exposición «histórica» que el libro ofrece sobre la génesis de la concepción normativa de la Constitución (pp. 41 y ss., 50 y ss.) y sobre la jurisdicción constitucional (páginas 123 y ss.). Se trata de dar sentido a esa evolución, el sentido de potenciar y clarificar la realidad cuyo origen se estudia. El autor «construye» esa evolución tomando de la caótica sucesión cronológica de hechos e ideas sólo aquello que, al final, ha sido determinante de la realidad actual, determinante tanto por afirmación como por rechazo, aquello, pues, que delimita positiva y negativamente la figura de la institución actual. Es una construcción que muestra lo que contribuye a la vitalidad de la idea o de la institución actual, y lo que puede conducir a su ruina, y que prescinde de la descripción pormenorizada de todo lo demás, de lo que no tiene ya ningún sentido actual. A mi juicio, se trata de una construcción histórica desde el presente y para el futuro, una construcción que aun siendo histórica pretende, pues, tener un valor normativo actual. No es una exposición de aquello que preocupaba a los sujetos de la historia en el momento en que vivieron—esto es, situada en el pasado—, sino una explicación del sentido que esa evolución tiene para nosotros en cuanto orden de ideas de valor actual. Esta unidad de sentido inspira también la selección de las fuentes y la fijación del momento en que se sitúa el arranque de las dos evoluciones estudiadas. Se trata, pues, en ambos casos, de un estudio de «antecedentes históricos», con el valor y el alcance que a éstos confiere el artículo 3.º del Código Civil.

La Constitución como norma jurídica «engendra una necesidad nueva que no tienen las Constituciones meramente mecanicistas: la necesidad de defi-

nir límites al poder por relación a los ciudadanos o, en otros términos, derechos de éstos tanto a una vida privada exenta de poder, como a la dominación e instrumentación de este poder por los ciudadanos, como, en fin, a las actuaciones positivas del Estado para promover la libertad efectiva y la igualdad» (p. 176). Aquí es donde el Tribunal Constitucional desempeña su capital papel. ¿Cómo se ha formado la jurisdicción constitucional?, ¿qué legitimidad tiene?, ¿qué riesgos entraña y qué beneficios aporta a la comunidad? y, sobre todo, ¿con qué criterios de fondo adopta sus decisiones? Estas son las cuestiones a las que se dedica la segunda parte de este libro.

Los dos estudios que forman el libro presentan dos perspectivas de un mismo tema. La explicación de la Constitución como norma jurídica necesita apoyarse en la función jurisdiccional y ésta, por su parte, tiene sentido en la medida en que la Constitución sea una norma jurídica. De ahí que la línea argumental de ambos estudios presente continuas interconexiones y deba ser objeto de una exposición unitaria.

En síntesis, la línea argumental de este libro es la siguiente:

II

1. «El ordenamiento es un todo y el *deus ex machina* de ese todo unitario es la Constitución» (p. 19), a través de la cual se expresa la concepción europea de unos derechos innatos o preestatales en el hombre que el Estado no sólo ha de respetar, sino también garantizar y hacer efectivos. Desde esta concepción resulta hoy inadmisibles la disolución del concepto de Constitución en la noción de Estado (tesis de que el Estado no «tiene» constitución, sino que «es» constitución). La Constitución es, por el contrario, un instrumento jurídico cuya finalidad esencial es hacer efectiva la idea—hoy «dogma universal», aunque no siempre realizado—de unos derechos fundamentales «que aseguren el libre desenvolvimiento de los ciudadanos como personas singulares y solidarias y que, a la vez, permitan la decisiva participación de los mismos en el funcionamiento y en el control del sistema político» (p. 47).

Lo que aquí se entiende por Constitución es muy claro: «El pueblo decide por sí mismo establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función, y, a la vez, participar en el mismo de manera predominante, si no exclusiva, de modo que los ejercientes del poder sean agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios» (p. 44). El poder, según esta tesis, es una construcción de la sociedad o pueblo, un instrumento del que el pueblo se sirve, pero nunca superior a la sociedad misma.

Por ello la Constitución no puede ser, según la concepción que de ella tiene GARCÍA DE ENTERRÍA, un instrumento legal que ordene la vida social como una concesión del Estado, sino que debe ser un instrumento jurídico

que exprese «el principio de la autodeterminación política comunitaria», así como «el principio de la limitación del poder» (p. 45).

Esta manera de concebir la Constitución —y todo lo que en este libro se trata— está movida e inspirada por el valor supremo de la libertad. «La libertad es consustancial a la idea misma del poder como relación entre hombres. El concepto de un poder absoluto es intrínsecamente contradictorio. Nadie puede estar sometido a otro sin negar su propia esencia humana.» (página 46). A garantizar esta libertad esencial, haciendo al mismo tiempo posible que la Constitución sea una norma eficaz para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas (art. 9.º, 2, CE), dedica su esfuerzo principal el autor del libro. La Constitución es derecho positivo, tiene un valor normativo propio y es el contexto que determina la interpretación de todo el ordenamiento jurídico. Pero esto no conlleva a aplicar a la Constitución el método positivista, sino todo lo contrario: el método principialista, aquel que abre las vías de evolución y del cambio sin hacer perder a la norma su carácter de derecho positivo.

Una de las claves de este apasionante libro radica, a mi juicio, en que en él se muestra el método que hace de la Constitución un orden abierto sin dejar de ser orden, una vía de progreso sin que la idea de posibles alternativas futuras impidan encontrar en las normas una solución actual.

2. El análisis de los *fundamentos del valor normativo de la Constitución* (pp. 49 a 61) está determinado por la concepción material y ética expuesta («Documentos solemnes... proclaman esta idea como la verdadera ética universal de nuestro tiempo, quizá el último residuo ético irreductible de una civilización más bien desmitificadora, si no nihilista» —p. 47—). De modo que aunque la palabra «Constitución» se utilice en nuestro tiempo también para designar realidades distintas, incluso radicalmente incompatibles con la expuesta, no es el fundamento normativo de esas denominadas Constituciones lo que en el libro se analiza, sino el de las Constituciones que establecen un orden democrático de libertad.

La investigación de los orígenes del nuevo Estado constitucional así entendido, en el que la ley fundamental vincula tanto a los ciudadanos como a las autoridades, lleva a GARCÍA DE ENTERRÍA a desarrollar la siguiente tesis:

— La supremacía normativa de la Constitución es una creación del constitucionalismo norteamericano, surgida de la lucha de los colonos frente a la Corona inglesa, lucha en la que éstos invocaron la existencia de un derecho natural superior al derecho positivo e inderogable por éste. Un derecho más alto, *higher law*, en que se funda la rebelión (p. 51). Frente a la doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento como una innovación frente a la evolución de la tradición que ésta representa, los juristas americanos buscan su apoyo en COKE (su famosa decisión del *Bonham's case* de 1610) y en LOCKE para justificar el control por el juez de la legislación que se opone

a ese derecho fundamental (la idea de la *judicial review* —pp. 52 y ss.—), cuya formulación, aunque no se incorpora literalmente al texto de la Constitución, es enunciada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 1803 *Marbury v. Madison* (p. 55 y, más adelante, pp. 176 y ss., especialmente nota 118).

— La recepción en Europa del principio de supremacía constitucional no se produce hasta el período posterior a la primera guerra mundial. Durante el siglo XIX, en cambio, la prevalencia del «principio monárquico» (pp. 55 y 56) había configurado a las Constituciones del continente europeo como «simples códigos formales de articulación de los poderes del Estado», de modo que «el orden jurídico no tenía otro enlace con la Constitución que el de proceder de las fuentes del derecho que ésta definía». Pero en la posguerra de 1919 la situación ha cambiado y el sistema de justicia constitucional penetra en Europa (p. 56) por dos vías: *a*) por la vía de la Constitución de Weimar (que establece un Tribunal al que se confían los conflictos entre los poderes constitucionales), y *b*) por la vía de la Constitución austriaca de 1920, inspirada por Kelsen. En el sistema kelseniano de justicia constitucional que GARCÍA DE ENTERRÍA contrasta con el sistema norteamericano (jurisdicción «concentrada» en lugar de la «jurisdicción difusa» americana—si bien esta última paliada por el principio *stare decisis*—y sistema de «legislación negativa», esto es, de declaración *ex nunc*, no *ex tunc*, por tanto, efecto constitutivo y no declarativo de las sentencias) se quiso evitar, posiblemente, el peligro del gobierno por los jueces. El Tribunal Constitucional en el sistema kelseniano —concluye GARCÍA DE ENTERRÍA—, «en lugar de competidor del Parlamento, termina siendo su complemento lógico; no puede indagar la relación de adecuación de la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina la eventual injusticia de la ley), sino que, como depositario de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciará sólo la validez de la ley, por vía de simple lógica racional, desvinculada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales, actuando, pues, como un legislador negativo» (p. 58).

— El sistema de justicia constitucional que se introduce en España por la Constitución de 1978 sigue, en general, los principios del sistema austriaco, pero apartándose de él en un punto esencial (pp. 60 y 61): mientras que en el sistema kelseniano la Constitución no es «aplicada» como una norma superior, de modo que «no hay una relación entre la Constitución y la ley, sino entre la Constitución y el legislador», en cambio, en el sistema español de 1978 la Constitución «tiene un valor normativo y vinculante directo que, sin mengua del monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes atribuido al Tribunal Constitucional [arts. 161, 1, *a*), y 163], afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos (art. 9, 1) y que, por tanto, necesariamente es aplicable en mayor o menor medida, pero efectivamente, por todos los jueces y Tribunales».

3. *El valor normativo de la Constitución española* (pp. 63 y ss.) se manifiesta en su eficacia directa frente a ciudadanos y poderes públicos. Por tanto, el Tribunal Constitucional no tiene la exclusiva en la aplicación de la Constitución (aunque tenga la exclusiva en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, lo que es cosa distinta), siendo esta aplicación potestad y deber de todas las autoridades.

¿Cómo se articula técnicamente el valor normativo directo y general de la Constitución? GARCÍA DE ENTERRÍA lo expone en estos términos:

— El monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional sólo alcanza a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes («monopolio de rechazo»), no a cualquier aplicación de la Constitución (p. 65), sin perjuicio de que el Tribunal pueda también conocer de los reglamentos de las Comunidades autónomas (véanse pp. 152 y ss. y nota 64 sobre la superación de la aparente contradicción entre los artículos 153 y 181, 2, de la Constitución), lo que implica que la prohibición de declaración de inconstitucionalidad por otros Tribunales y Juzgados no alcanza ni a normas de rango inferior a ley ni a actos jurídicos públicos o privados. E implica también que no se prohíbe, sino que se obliga a los órganos judiciales a realizar «juicios de constitucionalidad positiva» (de conformidad de la ley con la Constitución) y a interpretar constitucionalmente la totalidad del ordenamiento (p. 66).

— De modo que por lo expuesto, y de acuerdo con los principios de «sometimiento al imperio de la ley» y de *iura novit curia*, a todos los Tribunales corresponde, al menos: a) el enjuiciamiento previo de constitucionalidad a los efectos de hacer un juicio de posible inconstitucionalidad de la norma con el consiguiente planteamiento de la llamada «cuestión de inconstitucionalidad», o un juicio positivo de constitucionalidad que condiciona toda aplicación de una ley; b) el juicio de posible inconstitucionalidad de los reglamentos; c) el juicio de inconstitucionalidad de actos jurídicos públicos y privados, y d) la interpretación de la totalidad del ordenamiento conforme a la Constitución.

— La vinculación de los tribunales y de todos los sujetos públicos y privados a la Constitución se extiende a «todas» las normas constitucionales, de modo que aquí no cabe la distinción entre artículos de aplicación directa y artículos programáticos, sin valor normativo. Incluso aquellos preceptos constitucionales contenidos en el capítulo III del título primero («principios rectores de la política social y económica»), que sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, sin embargo, «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (art. 53, 3, CE). En definitiva, todos los preceptos constitucionales, cualquiera que sea el grado de su «concentración» (véanse pp. 223 y ss.), son aplicables. No existen en la Constitución declaraciones a las que no haya que dar valor normativo (p. 71)

— Pero si en todas sus partes y preceptos la Constitución tiene «valor normativo», en ciertas materias la Constitución es de aplicación directa como norma de decisión de cualquier clase de procesos. Esto sucede cuando la Constitución ha derogado por sí misma las leyes anteriores contrarias a sus regulaciones y se ha convertido en una regla de aplicación directa y primaria. En estos casos el juez ordinario está obligado a aplicar directamente el precepto constitucional, sin necesidad de que el Tribunal Constitucional declare previamente inconstitucionales las leyes en contradicción con dicho precepto (p. 72). GARCÍA DE ENTERRÍA agrupa estos casos en tres grupos de supuestos:

A) Aplicación directa de la Constitución en cuanto a la regulación de los derechos fundamentales. La cuestión está clara cuando la contradicción con la Constitución procede de leyes anteriores a la Constitución. ¿Pero qué sucede cuando en esta materia de los derechos fundamentales una ley posterior a la Constitución contradice a la Constitución? ¿Puede el juez aplicar directamente la Constitución o debe, primero, plantear la cuestión de inconstitucionalidad? A esta pregunta, tan importante, GARCÍA DE ENTERRÍA responde distinguiendo (pp. 78 y ss.) entre los supuestos de «tutela directa» (en los que el juez deberá atenerse al «contenido esencial» de los derechos sin esperar al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, pues ello iría contra la «preferencia y sumariedad» que ordena el artículo 53, 2, CE) y los demás supuestos en que habrá de aplicar la regla común del sometimiento de la cuestión al Tribunal Constitucional.

B) Aplicación directa de la parte organizatoria y habilitante de los poderes constitucionales, materia en la que tradicionalmente se ha reconocido valor normativo directo a la Constitución (pp. 79 a 82).

C) Por último, aquellas materias de contenido no directamente político reguladas por leyes anteriores a la Constitución que estén en contradicción con ésta. La aplicación directa de la Constitución en estos casos requiere precisar el alcance de la cláusula derogatoria de la Constitución (disposición derogatoria, apartado 3).

La cuestión parece clara, expone GARCÍA DE ENTERRÍA, en relación a todas las normas que regulan derechos fundamentales, así como la organización, competencia y funcionamiento de los poderes; en el supuesto de que aquí se produzca una contradicción, la cláusula derogatoria produce sus efectos sin necesidad de que intervenga el Tribunal Constitucional. En cambio, en relación a las demás materias, la cuestión exige realizar un análisis más detenido del problema. Se trata —dice GARCÍA DE ENTERRÍA— de un problema de primera importancia para precisar el efecto normativo de la Constitución misma y su lugar real en el sistema. En la primera versión de su estudio, publicada antes de que el Tribunal Constitucional dictara sus primeras sentencias, GARCÍA DE ENTERRÍA propuso que se concentrara en el Tribunal Constitucional la competencia para declarar derogada la legislación anterior a

la Constitución que, en materias distintas de los derechos fundamentales y de la organización, competencia y funcionamiento de los poderes fuera contraria a la Constitución. La atribución en exclusiva de esa competencia al Tribunal Constitucional tendría la ventaja de garantizar la seguridad jurídica y de lograr una doctrina más coherente. Sin embargo, las primeras sentencias del Tribunal Constitucional han seguido un criterio distinto (Sentencia de 2 de febrero de 1981 y de 8 de abril de 1981), distinguiendo entre supuestos de clara contradicción en que los jueces ordinarios pueden por sí mismos declarar la derogación y supuestos en los que se planteen dudas al juzgador en cuyo caso éste debe formular una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA recoge en la segunda versión de su estudio (la que se incluye en el libro objeto de esta reseña, páginas 87 a 94) tanto la doctrina de esas sentencias como la posición discrepante del magistrado Rubio Llorente (que en su voto particular propone distinguir netamente entre derogación—aplicable a la legislación anterior a la Constitución y reservada a los jueces y Tribunales ordinarios—e inconstitucionalidad—sólo aplicable a la legislación posterior y reservada al Tribunal Constitucional—), y opone frente a ellas la objeción de que adolecen de una «debilidad pragmática visible» (p. 92). Debilidad que consiste en consagrar una grave inseguridad jurídica al dejar a una multiplicidad de centros de decisión resolver un problema que exige un juicio previo de inconstitucionalidad. «La derogación o no derogación pasa por un juicio previo de inconstitucionalidad —"inconstitucionalidad sobrevenida"—, y ese juicio previo tiene exactamente el mismo contenido tanto si la ley contrastada es posterior, como si es anterior a la Constitución» (p. 93). Tal juicio exige no sólo utilizar conceptos sumamente abiertos, sino además una «interpretación de la Constitución entera», cuyo cometido, por ello, debe encomendarse al Tribunal Constitucional, lo que tiene, además, la ventaja de que las sentencias de éste producen efectos *erga omnes*, lo que favorece también a la seguridad jurídica. GARCÍA DE ENTERRÍA concluye, pues, sugiriendo que, aunque haya quedado establecido el sistema impuesto por las sentencias citadas, sin embargo, es deseable que los jueces planteen la cuestión de inconstitucionalidad cada vez que adviertan una contradicción entre una norma anterior a la Constitución y los principios generales de ésta, en lugar de proceder a declarar derogada la norma sin más en materia tan delicada.

4. La posición que la Constitución ocupa en el ordenamiento jurídico obliga a interpretar éste, en cualquier momento de su aplicación, en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales. El origen del principio de «interpretación conforme a la Constitución» (pp. 95 a 103) está en el proceso de constitucionalidad de las leyes: «Antes de que una ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha ley con la Constitución» (p. 96). Este principio conecta con la «presunción de constituciona-

lidad de las leyes», de modo que sólo será declarada inconstitucional una ley cuando no exista sobre ello duda razonable.

La interpretación de una norma «conforme a la Constitución» no sólo obliga a determinar cuáles son los principios constitucionales, el «orden de valores» que hacen que la Constitución tenga una «unidad material de sentido» (pp. 97 y ss.), sino que también conlleva a la necesidad de realizar una interpretación de los principios constitucionales mismos (pp. 100 y ss. y, más adelante, pp 209 a 238). Tal modo de actuar impone algunas consecuencias, que GARCÍA DE ENTERRÍA esquematiza en torno a los siguientes postulados: La Constitución es el «contexto» de todas y cada una de las leyes, reglamentos y normas del ordenamiento a efectos de su interpretación y aplicación (art. 3.º, 1 CC). La Constitución prevalece no sólo en la «interpretación declarativa», sino también en la «interpretación integrativa» (art. 1.º, 4 CC). Resulta prohibida cualquier construcción interpretativa y dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio a los valores constitucionales. Las normas constitucionales son, pues, «normas dominantes» frente a todas en la concreción del sentido general del ordenamiento. La doctrina legal que resulta de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene un valor preeminente frente a cualquier otro cuerpo jurisprudencial, preeminencia tanto en el caso de que la sentencia declare la inconstitucionalidad de una norma como en el de que sólo realice una interpretación en consonancia con la Constitución, aunque en este último caso o prevalezca como ley, sino como tal doctrina y sólo en cuanto que la intervención del Tribunal Supremo supoga una colisión con la Constitución.

5. De todo lo cual resulta la función preeminente que aquí desempeña el Tribunal Constitucional y la necesidad, pues, de analizar su configuración jurídica.

El origen de la jurisdicción constitucional lo sitúa GARCÍA DE ENTERRÍA en la «invención norteamericana de la *judicial review* («clave de la bóveda de la formidable construcción histórica que han sido y siguen siendo los Estados Unidos», p. 128), la cual, aunque rechazada inicialmente en la Europa de la restauración, tanto por la derecha («principio monárquico») como por la izquierda («prevalencia del sustrato efectivo del poder»), fue recibida después de la Primera Guerra Mundial a través de la obra de KELSEN, con algunas modificaciones (jurisdicción concentrada, etc., véase p. 131), y quedó definitivamente enraizada en Europa tras la trágica experiencia, que condujo a la Segunda Guerra Mundial, de comprobar que el legislador puede llegar a ser la mayor amenaza para la libertad (p. 133).

La Constitución de 1978 ha incorporado a nuestro ordenamiento la jurisdicción constitucional—que tiene entre nosotros un efímero precedente en el Tribunal de Garantías Constitucionales—y lo ha hecho con plenitud de competencias. GARCÍA DE ENTERRÍA—que fue uno de los autores del anteproyecto de la Ley orgánica del Tribunal—las agrupa en cuatro órdenes de

cuestiones: *a)* recursos sobre la constitucionalidad de las leyes (pp. 139 y ss.); *b)* recursos de amparo (pp. 143 y ss.); *c)* conflictos constitucionales (pp. 131 y siguientes), y *d)* control previo de inconstitucionalidad (pp. 155 y ss.).

6. El análisis de las posibilidades y de los riesgos de la justicia constitucional, esto es, el estudio de las objeciones críticas contra el sistema de justicia constitucional y la respuesta a estas objeciones es una de las partes más brillantes de este libro.

La cuestión de si los graves problemas que se someten al Tribunal Constitucional pueden o no ser resueltos por el derecho («¿son susceptibles de reconducirse a soluciones jurídicas con parámetros preestablecidos?»), y la cuestión de la legitimidad del Tribunal («¿cuál es la fuente de ese formidable poder—y más grave aún—, su legitimidad democrática?») han hecho de la jurisdicción constitucional el centro de una polémica en la que se pone de manifiesto el eterno problema de la relación entre la política y el derecho. Y aquí GARCÍA DE ENTERRÍA centra la cuestión situándola entre las dos objeciones fundamentales que se han levantado contra la jurisdicción constitucional. De un lado, el argumento de que la ley conflictiva no puede ser el fundamento de la decisión sobre su propio contenido, argumento desarrollado por Carl SCHMITT y analizado con todo rigor en este libro (pp. 159 y ss.: «La decisión que resuelve las dudas sobre el contenido de una determinación constitucional no puede deducirse del propio contenido dudoso: por ello esta decisión en su esencia no es una decisión judicial»), y de otro el argumento «jacobino», como lo denomina GARCÍA DE ENTERRÍA, de la prevalencia absoluta de la Asamblea (pp. 183 y ss.): «En el jacobinismo histórico—dice el autor, página 164—aparece el mito de la Asamblea—la "Convención"—como el lugar donde se posa el Espíritu Santo o, en términos más secularizados, el espíritu colectivo infalible y certero en una suerte de unión mística lograda a través del debate incesante y de la catarsis que éste procura.» En torno a ambos argumentos, entre otros, que el autor analiza (el carácter conservador del derecho, dique contra las mutaciones—p. 165— y, sobre todo, la crisis norteamericana de la *judicial review*—pp. 167 y ss.—, que GARCÍA DE ENTERRÍA descubre para el pensamiento español al ser hasta ahora desconocida, desde esta perspectiva, en los planteamientos doctrinales de nuestra literatura jurídica), se sintetiza la crítica fundamental que se ha formulado contra los Tribunales Constitucionales. Sin embargo, esas objeciones tienen respuesta.

Es cierto que los Tribunales Constitucionales deciden conflictos políticos, pero lo característico es—dice GARCÍA DE ENTERRÍA, p. 178—que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos, y esto no sólo formalmente (según la famosa objeción de SCHMITT, de que la justicia constitucional sólo es judicial en la forma), sino materialmente, por medio de la razón llamada derecho.

Ahora bien, el derecho constitucional exige un método interpretativo específico para que el juez constitucional no pierda de vista en ningún momento las consecuencias prácticas (i. e. políticas) de la resolución que está llamado a dictar (p. 179). Y esto en un sentido que puede ser distinto del que afecta al juez ordinario, porque aquí *summum ius summa iniuria* no significa tanto que la ley puede ser injusta en su aplicación a un caso singular, como que lo justo en el caso individual lesione los valores generales. El problema está, pues, en determinar «qué influencia le es permitida al juez conceder a esas eventuales consecuencias sobre su sentencia» (p. 180). Y GARCÍA DE ENTERRÍA concluye citando a OTTO BACHOF: «... esas consecuencias sólo puede tomarlas en cuenta en el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento» (p. 183).

De la fidelidad en la aplicación del método jurídico depende la pervivencia del Tribunal como institución básica de un sistema jurídico, esto es, «depende exclusivamente de sí mismo, de su autenticidad y de su rigor» (página 185). Los Tribunales Constitucionales deben acertar a «imputar razonablemente a la norma suprema sus decisiones singulares...», «... sólo así tendrán autoridad para seguir siendo aceptados por la comunidad en el ejercicio de su formidable poder» (p. 184). La objeción tópica de que esto conduciría a «una utópica sustitución de la política por el derecho carece de toda consistencia». «No es cierto que la justicia constitucional intente eliminar a la política para ponerse en su lugar; por el contrario, una de las funciones básicas de la jurisdicción constitucional es la de mantener abierto el sistema, la de hacer posible su cambio permanente, el acceso al poder de las minorías...» Y se comprende fácilmente «que esta apertura del sistema sea más posible cuando la asegura un Tribunal Constitucional como intérprete de una Constitución democrática, que cuando queda confiada a la buena voluntad del partido en el poder en cada momento» (p. 188). La aplicación del método jurídico a la imposición de la eficacia real de una Constitución no desplaza ninguna pretensión política legítima, pero fuerza «a las que se pretenden como alternativas a la Constitución existente a presentarse como tales y a conquistar el poder constituyente» (p. 189). Por otra parte, la justicia constitucional es un «formidable instrumento de integración política y social de la sociedad a la que sirve» (p. 192). La justicia constitucional no disuelve el Estado en jurisdicción, no elimina la política ni la democracia, antes bien acendra su sentido..., «y lejos de abocar a situaciones críticas en las situaciones de conflicto, contribuye poderosamente a su purificación, es un instrumento incomparable de "paz jurídica" y de renovación de los consensos fundamentales, que son los que sostienen la Constitución» (página 195).

7. El razonamiento anterior conduce limpiamente a la tesis central de GARCÍA DE ENTERRÍA sobre la *posición jurídica del Tribunal Constitucional* y sobre su *legitimidad*. Si el Tribunal Constitucional declara nulas las decisio-

nes del legislador contrarias a la Constitución, y esa declaración de nulidad, tomada dentro del marco de la Constitución, obliga al legislador que quiera mantener su postura a promover la modificación de la Constitución, está claro que la posición del Tribunal está directamente relacionada con la revisión de la Constitución. «En la articulación entre justicia constitucional y revisión, se hace patente la posición jurídica del Tribunal» (p. 198). Al Tribunal corresponde desvelar las reformas solapadas de la Constitución que se presentan como simples reformas legislativas, y obligar a que éstas se formulen abiertamente como tales reformas constitucionales, esto es, como modificaciones del texto constitucional, por el procedimiento y con las garantías establecidas para ello. Se trata, pues, de reconducir al poder constituyente lo que es de su competencia y mantener al poder legislativo dentro de la suya, dentro del mandato constitucional. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional actúa como «comisionado del poder constituyente», teniendo por función «sostener la efectividad del sistema constitucional» (p. 197), no como órgano soberano, sino como comisionado de quien detenta la soberanía. Esta radica en el poder constituyente, al cual el Tribunal está sometido y de la cual dependen no sólo su existencia, sino sus mismas decisiones (véanse pp. 200 y ss. sobre la revisión de las decisiones del Tribunal por el poder constituyente).

8. Y GARCÍA DE ENTERRÍA cierra su análisis situando como tema central de la jurisdicción constitucional, en la actualidad, el de los criterios de fondo que fundamentan las decisiones del Tribunal. Y aquí desarrolla la tesis que ya aparece apuntada en otros pasajes de este libro y en estudios anteriores (sobre todo en sus «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho», *RAP*, 40, 1983) de la interpretación de la Constitución inspirada en el mantenimiento de un orden abierto (v. exposición de las doctrinas de ELY y de HÄBERLE, pp. 210 y ss.), tesis que, sin embargo, hay que entender corregida en su alcance por la declaración que el autor hace en la primera parte del libro: «*La concepción material y ética de la libertad, que parte de una idea integral del hombre, es lo sustancial y es de ella de donde deriva una sociedad abierta; por tanto, parece erróneo elevar esta última a criterio básico desde el cual la libertad quedaría instrumentalizada como simple arbitrio técnico*» (p. 101).

Tal interpretación es, en todo caso, una interpretación jurídica cuya peculiaridad radica tanto en la necesidad de una especial valoración de las consecuencias a que conduce (v. más atrás, pp. 179 y ss.) como, sobre todo, en la aplicación de conceptos abiertos («concentrados», en la exposición de GARCÍA DE ENTERRÍA; «conceptos» y «no concepciones», véanse pp. 226 y ss.) y que se expresa no como un acto de poder, sino por la vía del derecho, mediante «la explicación, persuasión y justificación razonada».

III

En mi opinión, otro de los temas centrales de este libro es el tratamiento del método jurídico. Aunque el autor no lo presenta como tal, el lector termina con la impresión clara de que, en el fondo, de lo que en él se trata es de cómo se puede razonar «jurídicamente» sobre una materia en la que el derecho y la política parecen inescindibles. Este modo de pensar «jurídico sobre cuestiones políticas» supone una respuesta, no formulada como tal, pero evidente al problema fundamental que la crítica ideológica del derecho plantean a los juristas. ¿Es el jurista consciente de los prejuicios que sostienen sus razonamientos? ¿Es consciente del carácter opinable de sus directrices? ¿De qué manera puede lograrse que la imposición autoritaria de decisiones—actos o normas—opinables no dañe la pretensión de justicia en la cual descansa la legitimidad del derecho? La respuesta histórica a esta pregunta ha sido el Estado constitucional. En él se aúna el reconocimiento del carácter positivo del derecho con la aspiración hacia una razón natural. El Estado constitucional no define el criterio de lo justo, sino que abre un espacio para que los distintos proyectos de justicia lleguen a hacerse positivos dentro de los límites de ese espacio. Esta es la idea que, a mi juicio, constituye la directriz interna del libro, cuya fundamentación entronca claramente con la concepción del autor sobre un orden jurídico abierto, en el cual «la tarea de la ciencia jurídica es el descubrimiento, conexión e ilustración de principios generales» («Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho», *RAP*, 40, 1963).

Desde esta perspectiva la primacía del derecho sobre la política no descansa en una diferencia dada, esencial, entre política y derecho, sino en un juego de relaciones complejo y matizado. Y así, lo que este libro pone de evidencia es la virtualidad política de la Constitución entendida y vivida como norma jurídica.

El eje del pensamiento expuesto por GARCÍA DE ENTERRÍA se centra, a mi juicio, en la idea de someter al derecho un reino «dejado al capricho y al arbitrio de los políticos, el reino de *la Constitución concebida no como simple decisión existencial, consumada en un momento único y remitida en su suerte todos los avatares y las pasiones de la lucha política ulterior, sino como una norma jurídica efectiva que articula de manera estable los elementos básicos del orden político y social y que es capaz de funcionar normativamente como clave de bóvedas del sistema jurídico entero*» (p. 187). Para ello es necesario actuar desde una determinada actitud y aplicando un cierto método. Método que en este libro proyecta su luz, sobre todo, en dos puntos: 1. En el uso de una construcción dialogante, más que dialéctica, con las posiciones e ideas contrarias que históricamente van formando, por superación y afirmación razonada, la tesis que se expone. Por esta vía se

consigue no sólo exponer, contrastadas y, por tanto, con perfiles más nítidos, las tesis que se defienden, sino también mostrar su estado de evolución permanente. Tal método exige, claro es, acertar a descubrir cuáles son esas fuerzas determinantes y construir con ellas el campo de acciones y reacciones en que viven. Dos luminosos ejemplos de este modo de razonar son, en mi opinión: a) La presentación de la concepción normativa de la Constitución entre el ataque de la derecha monárquica («principio monárquico») y el de la izquierda hegeliana («la constitución reducida a la estructura real que la subyace y soporta») —véanse pp. 41 y ss. y 129 y ss.—, y b) la presentación de la justicia constitucional situada entre la crítica de SCHMITT («no cabe aquí una decisión judicial en cuanto al fondo, sólo en cuanto a la forma») y la del jacobismo asambleario («dogma de la soberanía parlamentaria») (véanse pp. 159 y ss.) 2. Y, por otra parte, en el desarrollo de una concepción del derecho que ve en éste una realidad mucho más compleja que la que resulta de concebir el orden jurídico como producto exclusivo de la Asamblea legislativa. La irónica referencia que el autor hace al «espíritu colectivo e infalible y certero» de la Asamblea (véase p. 164) refleja, en mi opinión, una vivencia práctica auténtica y apasionadamente jurídica de lo que es el Derecho y de las fuerzas que lo alimentan, muy especialmente, de la participación capital de los jueces y de los juristas en su formulación.

El autor, en fin, contagia al lector de la ilusión que en él ha despertado la nueva Constitución («en la Constitución de 1978 tiene el vivir de los españoles una firme esperanza» —dice en el prólogo—) mostrando los efectos de orden y libertad que en la vida social produce la aplicación jurídica de la Constitución, esto es, su aplicación por la vía artesanal «que pasa de la norma a la decisión mediante la explicación, persuasión y justificación razonada».

RESEÑA BIBLIOGRAFICA (*)

* Esta sección ha sido elaborada por los siguientes miembros del Departamento de Documentación del Centro de Estudios Constitucionales, habiendo sido coordinada por *Germán Gómez Orfanel*, Director de dicho Departamento.

Ricardo Banzo.
María Eulalia Castellanos.
Matilde Fernández Cruz.
María Luisa Marín Castán.
María Dolores Paz.

Paloma Saavedra.
Concepción Sáez Lorenzo.
Julián Sánchez García.
Nina Sánchez Martínez.

Con la colaboración de *Joaquín Abellán* (Director del Departamento de Estudios).

