

CONSTITUCION Y REMISION NORMATIVA

Perspectivas estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FORMA Y JERARQUÍA: 1. *Jerarquía lógica y jerarquía positiva. Remisiones explícitas y determinación de las normas constitucionales.* 2. *Abstracción y concreción de normas. Enunciado formal, contenido normativo y remisiones implícitas.*—III. LA DETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS CONTENIDOS NORMATIVOS JURÍDICAMENTE POSIBLES: 1. *Determinación directa y principal: la Constitución en sentido formal.* 2. *Determinación por remisión: a) Por remisión expresa a determinadas formas. Los derechos fundamentales y el bloque de la constitucionalidad; b) Por remisión implícita. Enunciado y norma.*—IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO PODER CONSTITUIDO CONSTITUYENTE.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

Definir supone siempre sustraer: encuadrar en un concepto la idea de lo definido implica necesariamente una labor de selección en cuyos resultados es inevitable la desatención de ciertas magnitudes y matices o, cuando menos, la atención insuficiente. Clasificar en función de previas definiciones supone, además, que las sustracciones sucesivas terminen por desdibujar la esencia misma de lo que se pretende definir. Elaborar diversos conceptos de Constitución y proceder a la clasificación de los mismos con arreglo a los criterios más variados —práctica ésta en la que C. Schmitt no es sino el más señero de los adelantados— constituye por ello la mejor evidencia de las intenciones desjuridificadoras que para con las normas constitucionales albergan quienes en apariencia sólo pretenden matizar, ordenar y... definir hasta el vaciamiento, esto es, hasta que de la progresiva definición no resulte más que el desconcierto (1).

(1) Una exhaustiva exposición de los distintos conceptos de Constitución habitualmente manejados puede verse en K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I,

En modo alguno se pretende dar con estas páginas, si aún cabe, mayor pábulo al rito de la confusión. Se trata en ellas, simplemente, de destacar, por un lado, la necesidad de operar en todo caso con un concepto unitario de Constitución —unidad que sólo se alcanza con su definición en términos de pura forma y a la que, como habrá de verse, en nada perjudica la pluralidad de contenidos que, decididos por los órganos tutelares del sistema, a ella pueden imputarse—, y por otro, de cohonestar con el anterior punto de partida las soluciones requeridas por la dificultad que para un concepto como el *propuesto* representa la existencia en nuestro Ordenamiento de un régimen privilegiado de enjuiciamiento para ciertas formas normativas, en cuya verificación el órgano al que se encomienda su ejercicio ha de servirse en no pocas ocasiones de parámetros de fiscalización situados extramuros de la forma normativa constitucional. El objeto de este trabajo tiene, por tanto, un doble contenido: de una parte, analizar la naturaleza jurídica del denominado «bloque de la constitucionalidad», no en forma casuística o excesivamente apegada a los términos en los que este conjunto de normas aparece y opera en el Derecho positivo español, sino en el marco de la Teoría general de las normas, único modo, a mi juicio, de aprehender en su totalidad el problema como paso previo a su adecuada tipificación jurídica y a la consiguiente elaboración de los mecanismos de articulación entre estas normas y las que no se integran en el citado «bloque». De otro lado, y como consecuencia del anterior punto de partida, la unidad del concepto de Constitución manejado y la interpretación del «bloque de constitucionalidad» a partir de la categoría de la remisión normativa obliga a centrarse en un segundo aspecto aparentemente distinto del primero, pero íntimamente conectado con él en su origen y en sus consecuencias. Se trata de las facultades creativas, no ya de simples normas, sino de verdaderas normas constitucionales, que la técnica de la remisión normativa confiere a los órganos encargados de ejercer la jurisdicción constitucional. Según habrá de verse, el proceso de concreción de las normas constitucionales puede discurrir por cauces muy diversos; en unos casos a través de remisiones realizadas expresamente por la propia Constitución a favor de determinadas formas inferiores, ya con carácter imperativo (supuesto en el que se encuadran, por ejemplo, las leyes orgánicas), ya de forma contingente (caso de los Estatutos de Autonomía), y en otros, los que aquí habrán de llamarse de «remisión implícita», en beneficio de aquellos órganos que, por desempeñar funciones tutelares del conjunto del Ordenamiento, se erigen en destinatarios últimos de la más relevante de las remisiones: la consistente en decidir de modo definitivo la forma en la que las prescripciones abstractas se convierten en mandatos específicos, concretados en el espacio, en el tiempo y en la figura de los sujetos afectados. Se pretende, en suma,

conjugar la unidad de la Constitución como forma jurídica con la pluralidad de contenidos que en dicha forma pueden albergarse, tratando de explicar que si bien no es correcto escindir el concepto de Constitución en dos categorías, la formal y la material, tampoco es acertado exagerar dicha unidad formal hasta el extremo de olvidar la inevitable pluralidad de contenidos que toda forma constitucional presenta. La pluralidad se da en todo caso en el interior de la forma, no en su entorno ni a costa de su unidad como tal forma.

La configuración de ciertas normas formalmente infraconstitucionales como parámetros del enjuiciamiento de la constitucionalidad de normas que revisten su misma forma se presenta, en efecto, como argumento de no poco calibre en favor de la dualidad conceptual de la Constitución; dualidad de conceptos de la que terminan por deducirse, alternativamente, dos órdenes de consecuencias: la extensión a estadios inferiores de cualidades que propiamente deben residenciarse en el constitucional o la disolución de este primer estadio como efecto ineludible de la identificación de normas constitucionales en niveles subsiguientes (2).

Jurídicamente, la identificación de la Constitución no plantea, en principio, dificultad alguna en aquellos Ordenamientos en los que, entre las distintas formas normativas positivamente instauradas, existe una forma denominada expresamente Constitución (3). Con todo, tal denominación resulta de todo

Munich, 1977, págs. 51 y sigs.; asimismo, cfr. M. GARCÍA PELAYO: *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1984, caps. II, III y IV. Ejemplo clásico de una diversificación de conceptos tan prolija como intencionada es la ofrecida por C. SCHMITT en su *Verfassungslehre*, Berlín, 1928, §§ 1 a 5 y § 7, autor en quien «se encontrará una variedad de conceptos de Constitución tan extraordinaria y desorientadora que sólo puede explicarse como resultado del intento consciente de negar la supremacía de la Constitución misma» (I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2.^a ed., Barcelona, 1989, pág. 23).

(2) Disolución que permite hablar de una «desconstitucionalización del Estado» (P. CRUZ VILLALÓN: *La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa*, «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», 4, 1982, págs. 53 y sigs.), en el sentido —destacado por F. RUBIO LLORENTE: *El bloque de constitucionalidad*, REDC, 27, 1989, pág. 24— de que en nuestro sistema se ha «sustraído a la Constitución formal una parte, la más importante, de las normas de delimitación competencial», con lo que la «Constitución» total de nuestro Estado compuesto se encuentra escindida en dos partes.

(3) La denominación es propiamente irrelevante. En realidad, lo decisivo es tan sólo que su reforma deba ser en todo caso expresa, nunca implícita. Con ello se hace posible identificar en todo momento a la Constitución; de lo contrario —permitiendo implícitamente su reforma— sería imposible determinar su contenido, convirtiéndose la Constitución en una ley más, dado que las normas de este último tipo nunca podrían ser tildadas de inconstitucionales, al no poder calificarse como antijurídicas a las leyes que la contradigan, sino únicamente como normas que la reforman. La contradicción entre Constitución y ley nunca se resolvería con la nulidad de esta última, sino con la reforma de aquélla. Al respecto, cfr. I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., págs. 62 y sigs.

punto irrelevante (4) si con ella no se formaliza norma jurídica alguna, es decir, si bajo la expresión Constitución no se albergan prescripciones, sino, en el mejor de los casos, meras directrices incapaces de generar vinculaciones jurídicas o, más comúnmente, simples declaraciones programáticas de imposibles consecuencias normativas (5). De forma constitucional —como, por lo demás, de forma jurídica *stricto sensu*— puede únicamente hablarse por relación a normas jurídicas cuya peculiar expresión positiva no persigue otros efectos que su instalación en un determinado estadio del proceso de producción de normas, con la consiguiente atribución, en función del estadio ocupado, de un peculiar régimen de relaciones internormativas que se traduce básicamente en la imposibilidad de su alteración por las que le siguen y en la posible modificación de éstas por aquélla (6). La forma Constitución no es sino la expresión positiva de un conjunto de normas jurídicas ubicadas en la primera de las fases de todo Ordenamiento en el que se haya verificado la diferenciación, en el proceso de producción de normas, entre fases de creación y fases de aplicación (7). Presupuesto necesario de la forma es, pues, el carácter jurídico de lo formalizado y, a su vez, condición necesaria de esto último es la sanción jurídica de su contravención. En este sentido, nada distingue a las normas constitucionales de las que le siguen en el curso del proceso de producción de normas. La única peculiaridad entre una y otras radica estrictamente

(4) Irrelevante desde el punto de vista puramente jurídico, ya que, como forma de organización del poder, la Constitución ha cumplido históricamente su cometido garantista de las libertades individuales aun antes de convertirse en una verdadera norma de Derecho. Como señala I. DE OTTO: *op. ult. cit.*, pág. 13, «la finalidad garantista del constitucionalismo (europeo) se persigue por una vía interna (...) al aparato del poder del Estado, de modo que Estado constitucional significa Estado organizado con arreglo a ciertos principios, pero no necesariamente sumisión de los poderes del Estado a normas situadas por encima de ellos...».

(5) Históricamente, la Constitución, al menos en Europa, ha realizado un ejercicio tan imposible como inútil: ha alcanzado su *estar* en el Ordenamiento antes de llegar a *ser* parte del mismo. Se ha localizado hasta hace relativamente poco tiempo «por encima» del Ordenamiento, lo que es muy distinto a colocarse en su parte superior. Al respecto, cfr. R. WAHL: *Der Vorrang der Verfassung*, «Der Staat», 20, 1981, págs. 485 y sigs.

(6) Al respecto, cfr. K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pág. 86.

(7) Así, I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., pág. 14, quien señala que «el concepto de Constitución sólo es comprensible si se parte de un dato básico de los ordenamientos jurídicos modernos: la distinción entre creación y aplicación de normas y la atribución de la primera función a uno o varios órganos que ocupan una posición de supremacía en la organización jurídica y que desarrollan su función normadora de un modo más o menos permanente. El presupuesto primero de la Constitución es, por tanto, la existencia de la función legisladora en el sentido amplio de este término, como función de crear normas. Esa función normadora puede, a su vez, dividirse en varios planos subordinados entre sí, supuesto en el cual el término legislación se reserva para el que ocupa una posición superior».

tamente en la posición de superioridad absoluta en que las primeras se encuentran respecto de las segundas. Allí donde hay jerarquía, esto es, allí donde existen distintas modalidades de formalización de las normas jurídicas (8), hay Constitución, por no ser la Constitución más que aquella norma que ocupa el primer lugar entre las jerárquicamente organizadas. La Constitución será aquella forma que, denominada o no con tal expresión, se encuentre jerárquicamente por encima de las restantes formas. Todas las subsiguientes, con independencia de su objeto y procedimientos de elaboración, le están subordinadas (9).

Obviamente, la relevancia que para la jurisdicción constitucional tienen ciertas formas infraconstitucionales (10) requiere una explicación; no, sin embargo, la que pueda extraerse de la cualificación de las mismas como formas no constitucionales encubridoras de normas que materialmente tienen tal condición. La explicación más conveniente, a mi juicio, pasa por la previa indagación del modo en el que se opera en los Ordenamientos positivos el

(8) La jerarquía constituye el mejor indicio de la existencia de distintas vías de formalización de normas jurídicas, dado que en esencia aquélla no es más que un criterio —básico, pero no único— de resolución de las contradicciones que pueden surgir entre formas jurídicas distintas. Sobre el principio jerárquico, cfr. H. KELSEN: *Die Funktion der Verfassung*, en *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, vol. II, Viena, 1968, págs. 1971-1979 (1978 y sig.).

(9) Lo definitorio de las normas constitucionales no es su materia, sino la posición que ocupan en el Ordenamiento, lo que supone que «su destinatario no es necesariamente el legislador, sino que pueden ser también inmediata y directamente vinculantes para órganos cuya función es aplicar las normas que el legislador crea», de lo contrario, «si dijéramos que la Constitución es el conjunto de normas cuyo objeto es la legislación, los órganos cuya función es aplicar las leyes sólo estarían mediata o indirectamente sujetos a la Constitución, que únicamente les vincularía en la medida en que las leyes hubiesen cumplido los preceptos constitucionales (...). La Constitución sería una norma acerca de la ley como fuente del Derecho, pero no sería ella misma fuente del Derecho» (I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., pág. 16). Asimismo, cfr. H. KELSEN: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5, 1929, págs. 35 y sigs.

(10) Se trata de aquellas formas que, junto a la Constitución formal, sirven a los órganos tutelares del Ordenamiento para verificar la constitucionalidad de las restantes formas del mismo. En puridad debiera hablarse de «juridicidad» antes que de «constitucionalidad», ya que este último término debe reservarse para los enjuiciamientos cuyo único parámetro sea la forma constitucional. Si se califica de inconstitucional a una norma estatal de rango legal que contradice a otra de rango inferior al de la Constitución —un Estatuto de Autonomía, por ejemplo— aduciendo que con dicha contradicción se está atentando «mediatamente» contra esta última, no hay entonces razón alguna que impida calificar del mismo modo a una norma reglamentaria que contradiga a una ley ordinaria, ya que aquélla está vulnerando «indirectamente» la Constitución al no respetar la ordenación jerárquica que en ella se establece entre las distintas normas. Es evidente que la existencia del Tribunal Constitucional distorsiona en muchos casos la identidad de la Constitución, ya que se suele concebir por tal todo lo que sirva a aquél para el desarrollo de sus funciones.

tránsito desde la más absoluta indeterminación de sus normas iniciales hasta la más absoluta concreción de sus últimas normas. El precipitado final del Ordenamiento es siempre fruto de un proceso de decisiones sucesivas enmarcadas en el ámbito procedimental diseñado por el conjunto del sistema normativo. Este ámbito procedimental —que alberga, a su vez, en su seno tantos ámbitos particulares de procedimientos de producción de normas como enunciados resulten de las actuaciones normativas verificadas en cada una de sus fases (11)— ofrece en todo caso un margen más o menos amplio para cada concreta decisión, en definitiva, para que en él se comprendan distintas normas particulares. Entendida la Constitución como el marco procedimental de la generación de todos los ámbitos procesales de producción de normas jurídicas particulares, la existencia de formas infraconstitucionales a las que se reconoce el carácter de parámetro de la constitucionalidad de otras formas idénticas o similares puede entonces explicarse como la consecuencia de las habilitaciones constitucionalmente realizadas en orden a la utilización de los diferentes procedimientos que en ella se establecen. Estas habilitaciones constitucionales, inevitables en todo Ordenamiento en el que la generación de sus normas es el resultado de un proceso de progresiva concreción de las condiciones desencadenantes de la fuerza por él organizada, confieren al sistema normativo una dinamicidad característica mediante la cual pueden llegar a desdibujarse los contornos —perfectamente nítidos desde el punto de vista estático— de las diferentes fases por las que discurren sus normas desde el inicio del Ordenamiento hasta sus estadios terminales y con la que, de otra parte, puede verse dificultada la identificación en cada momento de los contenidos normativos, que, siendo constitucionalmente posibles, son, además, jurídicamente relevantes. Entre estas habilitaciones, por último, ocupan lugar preferente —y a ellas se dedica la última parte de este trabajo— las implícitamente realizadas a favor de los órganos tutelares del Ordenamiento, en concreto, del Tribunal Constitucional. La abstracción de las prescripciones constitucionales se concreta, pues, mediante sucesivas decisiones, realizables unas en determinadas formas jurídicas a las que la propia Constitución se remite expresamente —sea imperativamente para que sólo en ellas se decidan ciertos aspectos de sus mandatos (por ejemplo, la reserva de ley), sea de forma contingente en la medida en que se habilita a algunas formas para la realización de actividades de concreción que en otro caso habrán de verificarse por formas subsidiarias (por ejemplo, Estatutos de Autonomía y leyes del artículo 150 de la Constitución)— y realizables a la postre todas ellas, incluidas las con-

(11) Sobre la dinamicidad de los Ordenamientos, cfr. H. KELSEN: *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Viena, 1960, págs. 198 y sigs.

creciones últimas de los mandatos para cuya determinación la Constitución no se remite a forma alguna, por las formas jurídicas elaboradas en el último estadio del proceso de producción de normas.

II. FORMA Y JERARQUIA

1. *Jerarquía lógica jerarquía positiva.*

Remisiones explícitas y determinación de las normas constitucionales

El de Constitución ha de ser siempre un concepto referencial (12), toda vez que la existencia de diferentes formas positivas de exteriorización de las normas integrantes del Ordenamiento requiere una ordenación jerárquica de las mismas a los efectos de resolver cuantas contradicciones internormativas pudieran derivarse por causa de los diferentes contenidos con los que los habilitados para producir dichas formas doten definitivamente a las mismas (13). En tal ordenación jerárquica, la Constitución es siempre aquella forma localizada en la cúspide del sistema; forma ésta que, en la medida en que a su través se manifiesta una verdadera norma de Derecho, ve asegurada su observancia por las formas que le suceden mediante la sanción jurídica con la que el Ordenamiento reacciona ante sus contravenciones, esto es, ante las inmisiones que en su ámbito de actuación se verifiquen desde formas jurídicas subordinadas.

Ello no obstante, el concepto de Constitución como norma suprema de la

(12) Carácter relativo que le viene dado por su condición de norma fundamentadora de las restantes. Al respecto, cfr. H. Kelsen: *Die Funktionen der Verfassung*, cit., pág. 1978.

(13) Sobre los conflictos entre normas y sus formas de resolución, cfr. H. Kelsen: *Reine Rechtslehre*, cit., págs. 209 y sigs. y 271 y sigs.; en su obra *Derogation*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, vol. II, cit., págs. 1429 y sigs., Kelsen sostiene —revisando la postura mantenida en la *Reine Rechtslehre*— que un conflicto normativo no es una contradicción lógica y que para resolverlo no puede aplicarse el principio lógico de la no contradicción. La razón estriba en que dos normas sólo pueden entrar en conflicto si ambas son igualmente válidas; el conflicto normativo al que aquí se hace referencia no es al que puede surgir entre dos normas jurídicamente correctas, sino al existente entre normas que positivamente se encuentran en diferentes planos de validez, condicionando la una la existencia jurídica de la otra. Sería por ello más acertado hablar de conflicto entre una norma válida y un proyecto de norma cuya validez, esto es, cuya conversión en norma se hace depender de su respeto a lo en aquélla dispuesto. De interés para el conocimiento de las tesis de H. Kelsen al respecto en sus últimos años es su *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, 1979, así como las discusiones epistolares que sobre el problema de la aplicación de la lógica al Derecho mantuvieron este autor y U. Klug, y que se ofrecen en una cuidada edición del Centro de Estudios Constitucionales bajo el título *Normas jurídicas y análisis lógico*, con un estudio preliminar de E. Bulgin.

que deriva la validez de las restantes normas integrantes de un Ordenamiento positivo lleva en ocasiones a considerar que si lo decisivo en tal concepto es la condición causal de la Constitución respecto de las normas que le están subordinadas, participan igualmente del carácter constitucional todas aquellas normas que condicionan, desde el punto de vista lógico, la existencia de las restantes.

La atribución a cada norma de una peculiar forma de exteriorización positiva de su contenido —o, más precisamente, de exteriorización del ámbito procedimental de producción de normas concretas a partir de enunciados de mayor o menor abstracción y generalidad— genera en los Ordenamientos más complejos, o puede al menos generar en ellos, una alteración más o menos sustancial de los esquemas lógicos de relación existentes entre las normas que lo componen, dado que las modalidades de positivación adoptadas por cada sistema pueden no corresponderse con el régimen de relaciones normativas imperantes desde el punto de vista lógico. Esta posible asimetría, que en modo alguno puede, por demás, ignorar ciertos límites (14), suscita en ocasiones la impresión de que en los Ordenamientos positivos las relaciones internormativas están sometidas a un doble régimen: por un lado, al que resulta de los condicionamientos lógicos que a toda norma le imponen aquéllas de las que lógicamente trae su causa, y por otro, al derivado de los límites que a su contenido confieren las formas positivas superiores y con respecto a las cuales puede no existir relación lógica alguna. Jurídicamente, sin embargo, la única relación internormativa relevante es la positivamente creada por cada Ordenamiento; de lo contrario, si se atribuye relevancia jurídica a relaciones de cualquier otra especie, se incurre —bien que por una vía distinta a la tradicionalmente utilizada para estos fines— en puro y simple iusnaturalismo, entendiendo genéricamente por tal todo intento de explicar las relacio-

(14) Sería absurdo, por ejemplo (absurdo sólo permitido al poder —omnímodo— constituyente, como lo demuestra la Disposición derogatoria de la Constitución, en la que se sustrae la vigencia a la norma de la que lógicamente procede el texto constitucional: la Ley para la Reforma Política) invertir positivamente la relación de dependencia lógica existente entre dos normas haciendo que la lógicamente superior pase a estar subordinada a las que le están supeditadas desde el punto de vista lógico. Con ello las normas lógicamente superiores resultarían jurídicamente irrelevantes (como efectivamente lo es la Ley para la Reforma Política respecto de la Constitución vigente, positivamente huérfana de causa), toda vez que en, último término, la creación de nuevas normas dependerá finalmente de lo decidido por la positivamente superior. La derivación ilógica de una norma respecto de su superior en nada afectaría a su juridicidad, ya que ésta debe constatararse mediante su cotejo con aquella a la que está subordinada desde el punto de vista positivo. Si se quiere que la relación lógica tenga alguna trascendencia, las normas entre las que se establece deben, cuando menos, tener asignada una posición positiva de distribución de competencias.

nes entre normas al margen de los criterios positivamente instaurados para ello por cada Ordenamiento (15). La asimetría, evidente en muchos casos, entre los condicionamientos normativos lógicos y los positivos no deja de producir, obviamente, significativas consecuencias, señaladamente en lo que al régimen de fiscalización de la juridicidad de las normas se refiere. Con todo, su significación se limita a los supuestos en los que una norma formalmente superior haya decidido conferirles relevancia alguna, siendo, pues, tal relevancia consecuencia directa de dicha decisión y no teniendo, también por ello, mayor extensión que la que ésta decida atribuirle. En ningún caso cabe deducir de esta atribución cualificaciones que alteren jurídicamente la naturaleza que positivamente tiene reconocida la norma en cuestión.

En todo sistema organizado de normas es posible identificar una que constituye el presupuesto lógico de las restantes. En puridad, de Ordenamiento puede hablarse siempre que se identifiquen dos normas: la norma primera, condicionante *in abstracto* de la actuación de la fuerza, y la norma última, configuradora *in concreto* —por referencia a un ámbito espacio-temporal determinado y a unos sujetos igualmente determinados— de las condiciones abstractamente prefiguradas por aquélla. Ningún Ordenamiento, sin embargo, se limita a formalizar positivamente un esquema tan sencillo; antes al contrario, las exigencias que a él se dirigen desde el entorno cuya regulación se pretende requieren mayor complejidad en su estructura. Se exige así, en principio, una dilación en lo que al momento de aplicación efectiva de la fuerza organizada se refiere, lo que se consigue con el establecimiento de nuevas fases positivas entre las dos lógicamente necesarias (16). Con ello aparecen en el Ordenamiento una pluralidad de normas —tantas como fases de concreción instauradas entre la primera y la última del proceso normativo— habilitadas por la primera de todas ellas para concretar con determinada intensidad el contenido recibido de las que les anteceden y, en algunos casos, para realizar tales tareas de concreción con carácter exclusivo. En cualquier caso, la existencia de diferentes normas hace preciso singularizarlas formalmente al objeto de poder determinar el estadio del proceso normativo del que resultan, así como, en su caso, el ámbito de actuación que en él mismo se le tiene reservado. Esta pluralidad de formas (de concreciones —si se quiere— de una misma norma en diferentes grados) exige ordenar las relaciones entre las diferentes formas de manera que cualquier posible conflicto entre ellas se

(15) En cierto modo, la Constitución ha sido durante largo tiempo en Europa un límite metajurídico (véase *supra*, pág. 118, nota 5).

(16) Al respecto, cfr. J. L. REQUEJO PAGÉS: *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989, pág. 113, nota 38.

resuelva con la prevalencia de una sola norma en cada caso. Si se trata de conflictos resultantes de la concreción normativa simultánea y contradictoriamente realizada por dos formas distintas, la solución ha de venir por la vía de la prevalencia de la forma elaborada en la fase anterior sobre la generada en las sucesivas; si, por el contrario, el conflicto surge entre formas a las cuales se han atribuido en principio ámbitos de actuación diferentes y de imposible confusión, el conflicto habrá de resolverse ateniéndose a los términos en los que la forma superior a las ahora en conflicto ha delimitado el marco de actuación de cada forma. Tanto en uno como en otro casos el conflicto entre normas se resuelve por otra formalmente superior: en el primero de los supuestos es la forma suprema, ordenadora de las restantes, la que confiere a una forma (que por ello es superior) la habilitación para causar la invalidez de otra que proceda a concretar el contenido normativo excediendo el límite o desconociendo las condiciones que para la realización de tal cometido le impone la superior; en el segundo caso, la solución viene dada directamente por la norma delimitadora de los ámbitos de actuación de cada forma. No es una de estas formas, por tanto, la que provoca *per se* la invalidez de la contradictoria, aunque tampoco propiamente en el primer caso la invalidez deriva de modo inmediato de la norma formalmente superior, sino de la norma primera que dispone que en caso de conflicto éste ha de resolverse con la prevalencia de una forma sobre otra (17).

En definitiva, la ordenación jerárquica de las distintas formas positivas se realiza comúnmente respetando las relaciones lógicas de dependencia existentes entre cada norma y aquellas de las que trae su causa. Con todo, la jerarquía positiva no tiene por qué ser mera traducción de los condicionamientos lógicos a que toda norma está sometida en el proceso de su generación. Y ello básicamente porque positivamente es posible que la generación de normas esté condicionada a la satisfacción de requisitos que desde el punto de vista lógico pueden ser perfectamente irrelevantes, al tiempo que la dependencia lógica de una norma respecto de otra no tiene por qué sustanciarse necesariamente en una relación de dependencia positiva. Jurídicamente, toda norma depende de las que formalmente le son superiores, por más que, desde el punto de vista lógico, pueda haber formas que condicionan su existencia, pero que revisten formas jurídicas de idéntico rango jerárquico o con las que no existe relación jerárquica de ninguna especie; estas últimas no tendrán más relevancia jurídica, a los efectos de condicionar positivamente la validez de las normas por ellas lógicamente condicionadas, que la que en cada caso decida atribuirles una forma superior a ambas; en ausencia de decisión de

(17) Véase *infra*, págs. 142 y sigs.

esta especie la superioridad lógica no produce consecuencias jurídicas de ningún género.

2. *Abstracción y concreción de normas.
Enunciado formal, contenido normativo
y remisiones implícitas*

Con la ordenación jerárquica de las distintas formas positivas el Ordenamiento organiza las relaciones entre los productos normativos resultantes de la actuación, en cada fase del proceso de producción de normas, de los sujetos jurídicos habilitados para ello. Sin embargo, en cada una de las fases intermedias que, junto con los estadios primero y último, conforman la totalidad del proceso normativo, los operadores del sistema jurídico no hacen sino concretar progresivamente, mediante sucesivas decisiones, el marco de generación de normas diseñado por las fases precedentes. En efecto, en cada una de dichas fases los sujetos actuantes concurren en la tarea de configurar en términos generales y abstractos el enunciado de las normas que integran el Ordenamiento. Con todo, será el destinatario último de tales enunciados, esto es, el órgano tutelar del conjunto del Ordenamiento, el que habrá de decidir, esta vez con carácter definitivo, cuál es el contenido último de la norma establecida en cada uno de los enunciados anteriormente elaborados. Puede cabalmente decirse que es éste el órgano potencialmente destinatario de toda norma dado que, como garante del sistema, es decir, como órgano habilitado para la verificación de la corrección jurídica de las normas finalmente proyectadas sobre el entorno que el Ordenamiento está llamado a regular, a él compete examinar el contenido decidido por cada uno de los órganos que le preceden en su actuación. Esta fiscalización, sin embargo, implica evidentes momentos de decisión, toda vez que tanto en la identificación de la norma enjuiciada como en la de la que constituye parámetro de su enjuiciamiento el órgano jurisdiccional ha de seleccionar una sola norma de entre todas las potencialmente encerradas en los respectivos enunciados. Esta actuación selectiva supone que, en último término, sea el órgano jurisdiccional el que decida, con carácter definitivo, cuál es el contenido último y jurídicamente relevante de cada una de las normas que integran el Ordenamiento. E implica, además, que el contenido de este último pueda ir alterándose en su sustancia sin que formalmente los enunciados que lo encierran experimenten modificación alguna (18).

Así las cosas, la identificación en cada caso de las normas de un Ordena-

(18) Véase *infra*, págs. 145 y sigs. y 150 y sigs.

miento no es tarea que se agote en el conocimiento de sus enunciados (19). Antes bien, con tal conocimiento se alcanza poco más que la determinación de los marcos de generación de las diferentes decisiones que, en cada estadio del Ordenamiento, han de ir configurando el contenido de sus singulares normas. La configuración última, no obstante, le vendrá atribuida a cada enunciado por el órgano encargado de verificar la adecuación jurídica de cada decisión normativa a la totalidad del sistema normativo. Para llevar a cabo esta verificación es preciso tener en cuenta las distintas formas en las que el Ordenamiento organiza el conjunto de habilitaciones que se suceden a lo largo de todo el proceso de generación de normas. Tales formas se encuentran, obviamente, en la primera de las formas del Ordenamiento, esto es, en la Constitución.

Al desarrollo de las cuestiones esbozadas en este apartado se dedica el epígrafe siguiente.

III. LA DETERMINACION CONSTITUCIONAL DE LOS CONTENIDOS NORMATIVOS JURIDICAMENTE POSIBLES

La Constitución no es —estrictamente— más que un conjunto de normas procesales (20). Como norma primera del Ordenamiento, en ella se encuentran perfilados —unas veces de manera exhaustiva y detallada, otras, en cambio, poco más que pergeñados— todos los cauces de generación de las normas potencialmente integrantes del sistema jurídico. Ello no obstante, lo definitivo de su esencia no es tanto la función reguladora de la producción de las restantes normas cuanto la posición que a su forma reserva el Ordenamiento respecto de las formas que jerárquicamente le están subordinadas.

Desde un punto de vista lógico, la primera norma de todo Ordenamiento es aquella de la cual resultan por derivación todas las normas condicionadas

(19) Sobre los problemas que ello plantea, cfr. F. RUBIO LLORENTE: *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho*, REDC, 22, 1988, pág. 50.

(20) En realidad, toda norma es un cauce de procedimiento, un marco en cuyo interior se posibilita la adopción de decisiones tendentes en último término a la aplicación de la fuerza al objeto de ordenar las conductas y circunstancias sobre las que el Ordenamiento quiere proyectarse. El origen del Derecho romano, con el papel fundamental que en él desempeñaba el edicto del pretor, es un buen ejemplo de la posibilidad de reducir a términos procesales la estructura de cualquier sistema normativo. Los condicionamientos materiales con los que tales procedimientos pueden verse modulados —los derechos fundamentales son prueba de ello— no son a la postre más que criterios determinantes de los procedimientos que en cada caso deben seguirse para la formalización jurídica de ciertas decisiones, es decir, son también simples presupuestos procesales. Sobre esto, véase *infra*, págs. 139 y sigs.

por ella en su existencia, razón por la cual es posible identificar una Constitución lógica en cualquier sistema normativo, incluso en aquéllos en los que su estructura responde aún a los esquemas propios de la lógica más simple (21). Sin embargo de lo anterior, la instauración positiva de estadios intermedios entre las dos fases terminales del sistema da lugar —según se ha visto (22)— a la aparición de diferentes formas bajo las cuales se albergan los productos normativos resultantes de la actuación, en cada sucesivo estadio, de los órganos habilitados al efecto. Esta pluralidad de formas ha de ser articulada jerárquicamente al objeto de garantizar en todo caso la observancia de las actuaciones precedentes por parte de las verificadas en instancias posteriores. El hecho, sin embargo, de que el Ordenamiento se organice en función de distintas formas, creadas —cada una de ellas— en determinadas fases del proceso normativo, y no lo haga en función de normas jurídicas susceptibles de producción en cualesquiera de éstas implica inevitablemente dos órdenes de consecuencias: de un lado, la pluralidad de estadios normativos generadores de formas jurídicas diferenciadas da lugar a la dilación en el tiempo de la producción de normas definitivas, esto es, de mandatos concretados espacio-temporal y subjetivamente, toda vez que las normas sólo alcanzan su configuración final al término del proceso de las sucesivas concreciones verificadas en las fases interpuestas entre las dos lógicamente necesarias; de otro, la atribución a cada singular estadio normativo de una o varias formas específicas de exteriorización de las actuaciones en ellos acometidas hace imposible organizar las relaciones entre las distintas formas a partir del criterio de la localización de la fase normativa en la que han sido generadas, dado que en un mismo estadio pueden originarse diferentes formas; por más que

(21) La Constitución es jurídicamente una forma absolutamente aséptica, localizable, por tanto, en cualquier sistema organizado de normas. Cosa distinta es que, por lo común, quiera reservarse el término «Constitución» para aquellas formas que satisfagan ciertas peticiones de principio, por lo general, su aptitud para asegurar la libertad de los individuos sometidos al orden jurídico que de ella se derive. El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 es quizá el punto de arranque de una concepción que con los siglos no ha hecho sino extenderse. Desde una perspectiva jurídica, distinta de la de corte político habitualmente empleada, se reserva la denominación constitucional para aquellas normas primeras que efectivamente limiten la acción del poder público; tal es el caso de M. ARAGÓN REYES: *Constitución y democracia*, Madrid, 1989, pág. 25, quien desarrolla esta idea en otros dos trabajos: *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*, REDC, 19, 1987, págs. 15 y sigs.; *Sobre las nociones de supremacía y supralgalidad constitucional*, «Revista de Estudios Políticos», 50, 1986, págs. 9 y sigs., y *Constitución y Estado de Derecho*, en el libro colectivo *España: un presente para el futuro*, dirigido por J. LINZ y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, vol. II, Madrid, 1984. Ello no obstante, entiendo que la Constitución, para serlo jurídicamente, no precisa de adjetivos.

(22) Véase *supra*, págs. 124 y sigs.

el criterio geográfico sea comúnmente suficiente a estos fines, en numerosas ocasiones habrá de resultar poco menos que inoperante. La primacía de la forma en la organización de las relaciones internas del Ordenamiento hace obligada la asunción por éste del principio de jerarquía formal como clave de bóveda de su estructura. Jerarquía formal que, en lo sustantivo, habrá de corresponderse con la jerarquía lógica ordenadora de las relaciones entre las distintas formas jurídicas en atención a la naturaleza condicionada de las unas frente a las otras, pero jerarquía, ésta de las formas, que en modo alguno tiene *prima facie* por qué respetar enteramente tal correspondencia. En primer lugar, porque la posibilidad de que el Ordenamiento atribuya a específicas formas el cometido de regular determinadas funciones puede traer como consecuencia —si tal función consiste, por ejemplo, en determinar la producción de otras formas jurídicas— que la evidente dependencia lógica entre la forma condicionada y aquélla constitutiva de su existencia no se traduzca en una correlativa dependencia jerárquica positiva. Con todo, esta independencia jerárquica entre ambas formas descansa, obviamente, en una dependencia común respecto de la forma superior a ambas y determinante de las funciones propias de cada forma (23). Si bien la jerarquía lógica no informa inmediatamente las relaciones entre todas y cada una de las formas integrantes del Ordenamiento, al poder éste ordenarlas con arreglo a criterios que aparentemente pueden incluso contradecirla, tal principio constituye en último término la médula misma del sistema, toda vez que sólo a su través puede reducirse a unidad la pluralidad de las formas y de los principios configuradores de Ordenamientos positivos tan complejos como los actuales. La jerarquía formal puede disociarse de las exigencias de la lógica en la medida en que sus alteraciones traigan causa de una norma formal y lógicamente superior a aquéllas en cuya ordenación se verifiquen tales alteraciones, esto es, en tanto en cuanto una norma lógicamente superior determine la posibilidad de organizar las que le siguen en términos distintos de los puramente lógicos.

La forma Constitución, esto es, el conjunto de normas formalizadas en el primero de los estadios del Ordenamiento, ha de albergar obviamente buen número de normas lógicamente condicionantes —y por ello superiores— de la producción jurídica de normas que formalmente le están subordinadas. Junto a ellas pueden, no obstante, encontrarse normas respecto de las cuales las formalizadas en estadios inferiores no presentan vinculación lógica de

(23) Cfr. I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., págs. 90-91. Crítico, y acertado, con la moderna obsesión por el principio de competencia en detrimento del —imprescindible— de la jerarquía se muestra L. M. DÍEZ PICAZO en *Ley autonómica y ley estatal (Sobre el significado del principio de competencia en el Estado autonómico)*, REDC, 25, 1989, páginas 65 y sigs.

ninguna especie. Con todo, estas últimas se encuentran positivamente subordinadas a las primeras en virtud del principio de jerarquía formal, principio éste que encuentra su fundamentación en la norma lógica fundamental —no positiva, sino meramente hipotética— que determina la ordenación de las formas jurídicas con arreglo a criterios de subordinación de unas formas frente a otras. Es, pues, la propia lógica la que justifica el establecimiento de criterios no lógicos de ordenación, toda vez que de mantenerse estrictamente la articulación lógica entre las distintas normas del Ordenamiento carecería de sentido la instauración de diferentes cauces de formalización normativa, dado que las dependencias instauradas entre tales cauces se verían desvirtuadas por unas dependencias de carácter lógico que, además de no corresponderse simétricamente con las formales, privarían a éstas de toda virtualidad en el proceso de organización de las relaciones internormativas. Cada forma, en consecuencia, condiciona positivamente a las subsiguientes, y tal condicionamiento viene impuesto por un principio positivo —el de la jerarquía formal— fundamentado —como todo el Ordenamiento— en una norma lógica hipotética.

La forma Constitución no alberga, por tanto, ni puede por ello definirse en función de criterios tales, el conjunto de las normas lógicamente superiores del conjunto (24), sino que, junto a normas que indudablemente tienen tal carácter, puede haber otras muchas cuya superioridad frente a las restantes deriva simplemente de su localización en la forma superior del Ordenamiento. Desde el punto de vista positivo, y habida cuenta de que jurídicamente es dicha superioridad formal la única propiamente relevante, ambos tipos de normas disfrutan en común de una posición suprema en cuya definición para nada importa el calificativo —lógica o positiva— que a tal supremacía deba estrictamente acompañar.

Todo ello significa que en la producción de las restantes normas del Ordenamiento habrá de estarse a las condiciones que a su generación se imponen desde la Constitución. El hecho, sin embargo, de que el Ordenamiento se organice en sucesivos estadios y la circunstancia de que el contenido último de cada norma sólo se determine con carácter definitivo al alcanzarse la última fase del sistema, unido todo ello a la enunciación abstracta y general de los contenidos de las normas en sus primeras fases de elaboración, supone que el condicionamiento constitucional no se presente en todos los casos con un mismo grado de uniformidad. En efecto, aun cuando la configuración

(24) Por más que tal definición pueda ser de alguna utilidad a la hora de perfilar el contenido de la asignatura en la que se estudia la rama del Derecho denominada «constitucional». Como toda clasificación, también la que se encuentra en la base de las diferentes asignaturas jurídicas es en cierto modo fruto de la arbitrariedad. El carácter unitario, por definición, de los sistemas normativos no deja por ello de resentirse de unas divisiones tan admitidas como discutibles.

última de toda norma, incluidas las formalmente constitucionales (25), es tarea propia de los órganos habilitados para el ejercicio de funciones jurisdiccionales, las pre-figuraciones que anteceden a este último estadio no vienen condicionadas con igual intensidad por las formas anteriores. En unos casos, es la propia Constitución la que decide, con las posibilidades que aun así permite a los órganos jurisdiccionales, el contenido sustancial de sus prescripciones; en otros, por el contrario, la Constitución no hace sino remitir *pro futuro*, esto es, a instancias inferiores (no sólo a las jurisdiccionales), la tarea de perfilar en mayor o menor grado el contenido de normas cuya generación está potencialmente prevista en la primera del Ordenamiento (26). En ambos supuestos la Constitución aparece como un marco de procedimientos, es decir, como el ámbito de producción de nuevas formas en cuyos límites —que han de respetar a su vez, obviamente, los límites que la Constitución impone— se habilita a ciertos órganos para la configuración de diferentes normas que, finalmente, habrán de ser seleccionadas para su aplicación por el órgano jurisdiccional competente. La diferencia estriba en que en unos casos la propia Constitución determina de modo directo el contenido de las normas inscritas en sus enunciados (27), en tanto que en otros supuestos —la mayoría— se limita a crear habilitaciones para la producción de normas deducibles de sus propios enunciados y para la creación misma de nuevos enunciados en los que, a su vez, se enmarquen distintas normas para cuya definitiva selección únicamente son competentes los órganos encargados de la tutela del Ordenamiento en su conjunto.

La determinación constitucional de los contenidos normativos jurídicamente posibles es, por tanto, tarea que se realiza con arreglo a dos grandes sistemas: en primer lugar, directamente por la propia Constitución, en aquellos casos en los que la norma deducible de sus enunciados es única, definida en todos sus términos por la Constitución misma; en segundo término, por remisión constitucional a estadios inferiores en los que se habilita a diferentes órganos para la progresiva conformación de las normas encuadrables en los

(25) Véase *infra*, págs. 145 y sigs.

(26) Según habrá de verse, en el caso de las denominadas «normas de programación final» la remisión efectuada a favor del legislador, primero, y del Tribunal Constitucional, en última instancia, alcanza cotas de discrecionalidad formidables.

(27) Suele afirmarse, además, que la Constitución no sólo impone en ocasiones determinados contenidos al enunciar sus prescripciones de manera inequívoca, sino que en otros casos, sin llegar a esa precisión, condiciona las prescripciones de las normas que le siguen al imponerles ciertos límites de carácter material. Sin embargo, ello es así sólo aparentemente, dado que toda condición material puede, en último término, explicarse como un criterio de asignación de procedimiento para la formalización del contenido que se pretende juridificar. El condicionamiento, desde luego, existe, pero su naturaleza es siempre procedimental.

distintos enunciados constitucionales, conformación que puede llevarse a cabo mediante la creación de nuevos enunciados —infraconstitucionales— en cuyo seno se habilita a órganos sucesivos para nuevas selecciones normativas. Aun cuando la determinación por remisión responde sustancialmente a un único esquema, es posible distinguir varios tipos fundamentales en atención a las formas a través de las cuales se desarrollan ciertas remisiones. En cualquier caso, y con independencia del carácter arbitrario de esta última diferenciación, procede ahora referirse al primero de los modelos de determinación constitucional, dejando para un momento posterior las cuestiones relativas a lo que ahora simplemente se ha querido dejar apuntado.

1. *Determinación directa y principal:
la Constitución en sentido formal*

Hablar de «Constitución en sentido formal» y, por contraste, de «Constitución en sentido material» es, jurídicamente, tan incorrecto —por más que académicamente resulte inevitable al objeto de identificar adecuadamente el objeto de la asignatura denominada «Derecho Constitucional»— como referirse, teológicamente, a la Trinidad disociando la terna, indisoluble, que la compone. En términos jurídicos y en un Ordenamiento organizado en función de formas, no hay más Constitución que la que formalmente tiene tal carácter. No hay norma al margen de la forma ni normas revestidas de una forma específica que, en virtud de sus funciones «materiales», puedan recabar para sí las cualidades propias de normas albergadas en formas distintas. Admitir la existencia de normas que, sin serlo formalmente, son materialmente constitucionales por tener como objeto la producción de normas por los órganos superiores del Estado supone partir del presupuesto de que, en primer lugar, lo definitivo de las Constituciones es precisamente tal objeto y de que, en segundo término, el que positivamente no se formalicen como constitucionales normas que inequívocamente lo son desde el punto de vista lógico (28) no tiene mayor trascendencia que la dificultad que con ello se genera a la hora de identificar las verdaderas normas constitucionales de un Ordenamiento, algo que, con mayor alcance, termina redundando en la consiguiente desjuridificación de aquellas normas formalmente constitucionales que no pueden ser calificadas lógicamente como tales en sentido propio por tener atribuidos objetos diferentes. No se repara, sin embargo, en el hecho de que si las normas calificadas como materialmente constitucionales pueden desarrollar

(28) Véase *supra*, págs. 128 y sigs.

con alguna eficacia —jurídica— su cometido ello es únicamente porque la Constitución —formal— se lo permite.

La eventual identificación de normas materialmente constitucionales al margen de la Constitución formal puede perfectamente explicarse en razón de los modos en los que jurídicamente se encuentra predeterminado el contenido último de las normas que han de sucederse hasta alcanzar el umbral de la fuerza organizada por el conjunto del sistema normativo. En unos casos es la propia Constitución la que, mediante la enunciación de sus prescripciones en términos concretos y singulares, establece normas definitivamente perfiladas. Tal es el caso, por ejemplo, de los preceptos que atribuyen a determinados órganos la facultad de crear ciertas formas jurídicas, de aquéllos que determinan la capitalidad del Estado, la lengua oficial o el orden sucesorio en la Jefatura monárquica del Estado o, por último, de los que instauran principios tales como el de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o el de la publicidad de las normas. En ocasiones, sin embargo —las más de las veces—, la Constitución no hace más que habilitar a sucesivas instancias para que, a través de las distintas formas que en ellas pueden generarse, conformen definitivamente los mandatos, apenas perfilados, contenidos en unos enunciados contruidos alrededor de las notas de la abstracción y la generalidad más difusas. Con estas habilitaciones la Constitución pospone la definición de sus prescripciones a estadios posteriores; estadios, no obstante, en los que, por amplio que sea el margen de decisión constitucionalmente concedido, en modo alguno se elaboran normas de carácter constitucional. Todo lo más se decide la selección de uno o varios contenidos jurídicamente posibles de entre los permitidos, en mayor o menor número, por la propia Constitución. Algo, por otra parte, que, lejos de constituir una excepción únicamente perceptible en las primeras fases del Ordenamiento, constituye lo común en todo sistema organizado a partir de formas diversas y de enunciados necesitados de concreción. En aquellos casos en los que constitucionalmente se pospone a formas inferiores la configuración de buena parte del Ordenamiento —como sucede, por ejemplo, cuando se encomienda a determinadas formas la delimitación última de las competencias jurídicas atribuidas a diferentes conjuntos orgánicos—, la generosa habilitación que con ello se produce no presenta más peculiaridades que las meramente cuantitativas, toda vez que, cualitativamente, las diferencias entre estas habilitaciones y las que ciñen a sus destinatarios en el marco de prescripciones constitucionalmente más definidas son absolutamente irrelevantes. Por imperativo del principio de unidad del Ordenamiento, todos sus mandatos —al margen del estadio en que su definición última se verifique— han de reconducirse, por imputación, a la primera de todas sus formas. El que esta última delegue en otras formas, incluso con la mayor

de las larguezas, el cometido de estructurar en la práctica la mayor parte del conjunto no autoriza en ningún caso, al menos desde una perspectiva estrictamente jurídica, a calificar al fenómeno como síntoma de la progresiva desconstitucionalización de los Ordenamientos modernos (29). Obviamente, semejante fenómeno no deja de producir evidentes consecuencias, señaladamente en lo que a la operatividad de los mecanismos de rigidez constitucional se refiere, dado que la Constitución, lejos de decidir antecedentemente el contenido de las restantes formas permite a los actores del Ordenamiento un margen de decisión tan flexible como para que en su realización se alteren sustancialmente contenidos normativos que en otro caso sólo serían viables mediando la oportuna reforma constitucional (30). Esta técnica, sin embargo, no deja de responder al entendimiento de las Constituciones como normas de procedimiento a cuyo través se configuran las restantes normas del Ordenamiento. El relajamiento en la vinculación a los contenidos constitucionales —en ningún caso a su forma— se explica en virtud de la conveniencia de conferir un amplio margen a las posibilidades decisorias de instancias inferiores generadoras de normas formalmente menos estrictas en sus mecanismos de revisión. Con la desconstitucionalización material del Estado, esto es, con la habilitación realizada a favor de formas no constitucionales para que sea en éstas en las que se decidan los contenidos normativos tradicionalmente decididos en las Constituciones formales, los Ordenamientos positivos más complejos no hacen sino extender el ámbito de lo hoy tenido por cuestionable y antaño por indiscutible. En modo alguno, sin embargo, esa desconstitucionalización de las decisiones materiales supone que la constitucionalidad formal vea afectadas ni sus funciones ni su posición respecto de las restantes formas: esta última continúa siendo la superior de todas y por ello las decisiones puestas a sedes subsiguientes se ven en todo caso condicionadas tanto por los procedimientos normativos en ella establecidos como por las decisiones materiales que en la misma hayan querido realizarse. La desconstitucionalización no es, en último término, más que la prueba evidente de que la Constitución no es sino un conjunto de procedimientos sobre la elaboración de otros procedimientos de adopción de decisiones.

Aun cuando buena parte de las decisiones normativas hayan de adoptarse en estadios inferiores al ocupado por las normas constitucionales, éstas deciden

(29) Véase *supra*, nota 2.

(30) En esta misma línea cabe destacar el hecho de que el instituto de la reforma constitucional pierde precisamente importancia a partir del momento en el que la concepción de la Constitución como norma jurídica y la consiguiente judicialización de sus mecanismos de defensa hace posible la alteración de sus contenidos conservando incólume la literalidad de sus enunciados. Al respecto, cfr. J. PÉREZ ROYO: *La reforma de la Constitución*, RDP, 22, 1986, págs. 7 y sigs.

tanto acerca de los contenidos en ellas mismas establecidos como sobre los cauces de formalización y los contenidos albergables en cada específica forma. Con todo, y según habrá de verse, tanto en uno como en otro caso la aparente simplicidad de las consecuencias que para el Ordenamiento ocasiona la existencia de normas de tales características se ve profundamente alterada si se paran mientes en la necesaria función selectiva que ineludiblemente acompaña a las labores tutelares con las que los órganos jurisdiccionales aseguran jurídicamente la observancia de las prescripciones del conjunto del sistema. Baste dejar ahora esto apuntado (31). Veamos antes el modo en el que la determinación de los contenidos jurídicamente posibles puede llevarse a cabo no *en*, sino *desde* la Constitución.

2. Determinación por remisión

La Constitución *siempre* se remite a otras formas para la configuración de sus contenidos (32). No obstante, la trascendencia de algunas de estas remisiones permite reservar el término «remisión» para referirse a aquellas delegaciones mediante las cuales la Constitución confiere a sus habilitados un considerable margen de discrecionalidad en la utilización de tales apoderamientos. Ello no obstante, la libertad permitida a los titulares de una habilitación tan genérica a los efectos de modular el sentido de los contenidos del Ordenamiento como es la atribuida a sus órganos tutelares supera muchas veces en trascendencia a la propia de las que aquí denominamos «remisiones» en sentido estricto.

En ocasiones, la Constitución se remite expresamente a determinadas formas para la regulación de ciertas materias. En unos casos encomienda a ciertas formas —de existencia no necesaria— la tarea de ordenar eventualmente entre distintos sujetos la producción, bajo determinadas formas, de concretas materias con determinado alcance; tal es el caso, por ejemplo, de los Estatutos de Autonomía, normas habilitadas para crear sujetos jurídicos que habrán de ser titulares de las competencias normativas que aquéllos les concedan. En otros, la remisión se efectúa en beneficio de formas de existencia indisponible

(31) Véase *infra*, págs. 145 y sigs.

(32) Tratándose de normas constitucionales, la remisión siempre se halla presente de uno u otro modo. Sea expresa o tácitamente, las determinaciones constitucionales sólo alcanzan su definitivo estado tras la sucesiva serie de decisiones con las que los actores por ellas apoderados en las fases inferiores terminan por definir sus contenidos. En la última de estas definiciones, esto es, en la realizada por los órganos jurisdiccionales a través de la forma jurídica «sentencia», es en la única en la que pueden identificarse las verdaderas normas constitucionales en cada momento histórico. Véase *infra*, págs. 150 y sigs.

a las que se encomienda la regulación de algunas materias con carácter exclusivo, como sucede con las remisiones que afectan a la definición y articulación de los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos. En cualquier caso, tanto estos tipos de remisiones expresas como las que sólo se efectúan implícitamente responden en esencia a un mismo esquema. Las diferencias surgen tan sólo en lo que al carácter —necesario o contingente— de la remisión se refiere (33), por un lado, y en lo que afecta al margen de discrecionalidad permitido a los sujetos titulares de la delegación, por otro.

La más importante de las remisiones es, sin duda, la general en favor de los órganos tutelares del Ordenamiento. Con todo, son las expresamente realizadas las que suelen acaparar el mayor interés —si no el único— en todo análisis sobre los modos de realización de las prescripciones constitucionales. Obviamente, la relevancia jurídica de tales remisiones expresas es punto menos que formidable, no siéndolo, sin embargo, en menor medida —si cabe, siéndolo en medida de mayor calado— las remisiones decisorias que, no ya la Constitución, sino toda norma jurídica necesariamente realiza en favor de aquellos órganos que, por tener asignada como función la tutela del Ordenamiento, han de decidir en el ejercicio de sus cometidos fiscalizadores tanto sobre el contenido normativo de las formas enjuiciadas como, inevitablemente, sobre el de las prescripciones constitucionales que en tal enjuiciamiento han de utilizar como parámetro. En último término, todas las remisiones expresas —y con ellas todo el Ordenamiento— encuentran en estas últimas y definitivas remisiones tácitas su ideal reducción a unidad. Antes de ocuparnos de estas últimas, valgan algunos apuntes sobre las primeras.

a) *Determinación por remisión expresa a determinadas formas.*

Los derechos fundamentales y el bloque de la constitucionalidad

De entre las remisiones expresamente efectuadas por la Constitución a favor de determinadas formas son, sin duda —al menos en un Estado compuesto—, las que tienen por objeto la distribución de competencias normadoras entre diversos entes las que mayores problemas suscitan. En principio, las remisiones constitucionales de esta especie podrían explicarse con arreglo a un único esquema, dado que, en cualquiera de sus posibles formas, toda remisión normativa responde en esencia a la misma estructura: norma delegante, objeto y condiciones de la delegación, norma beneficiaria de la delegación y mecanismos de aseguramiento de la misma. Sin embargo, aun cuando

(33) Según habrá de verse, las únicas remisiones necesarias son las implícitamente conferidas a favor de los órganos jurisdiccionales. Véase *infra*, págs. 145 y sigs.

ninguna variedad puede, en sus peculiaridades, llegar a alterar la vinculación de dependencia existente entre la norma delegante y la delegada, el objeto y las condiciones de la delegación imbuyen a las diversas modalidades diferencias que superan holgadamente la condición de matiz. En efecto, en lo que al objeto y condiciones de la remisión se refiere, pueden distinguirse dos grandes categorías, cada una de las cuales presenta sustanciales diferencias en punto al régimen de las relaciones imperantes entre las normas destinatarias de la remisión y las restantes que con ellas integran el Ordenamiento a partir de la Constitución. En unos casos, el objeto de la remisión consiste en la habilitación para regular determinadas materias, bien con carácter exclusivo (34), bien compartidamente con otras formas jurídicas cuya elaboración compete a órganos distintos de los apoderados en primer término, supuesto éste en el que la delimitación del ámbito normativo atribuido a cada sujeto puede estructurarse de muy diversas formas, sea confiriendo a cada uno de ellos potestad para normar en forma sucesiva o para hacerlo simultáneamente sobre vertientes distintas de la misma materia (35). En otros casos, por el contrario, la remisión lo es con mayores consecuencias. Tal sucede cuando la Constitución delega en formas inferiores la función de distribuir entre varios sujetos —pluralidad ésta constitucionalmente posible, pero no necesaria— competencias normativas, cuya existencia la Constitución no impone, sobre determinadas materias (36). Dichas formas infraconstitucionales deben entonces proceder, en primer lugar, a la creación de los sujetos normativos constitucionalmente contingentes y destinatarios —junto al sujeto único necesario (esto es, el mal denominado «Estado central») — de las habilitaciones a través de las cuales tales formas decidan —dentro, obviamente, de los límites que a tal efecto haya podido establecer la Constitución— que han de realizarse las configuraciones normativas pertinentes. Tarea ésta de generación de sujetos normadores y de asignación de competencias normativas a la que ha de acompañar la imprescindible determinación del régimen de garantías adecuado al aseguramiento de lo decidido en estas formas infraconstitucionales; régimen de garantías diseñado, obviamente, no en éstas, sino en la forma constitucional que las hace beneficiarias de la delegación.

Cada una de estas dos modalidades de remisión expresa conlleva, según

(34) Un supuesto en el que se reserva a una determinada forma la regulación en exclusiva de determinadas materias es el de las reservas de ley orgánica establecidas en el artículo 81 de la Constitución.

(35) Así, por ejemplo, en los casos de materias cuya regulación no está reservada expresamente a la ley. En estas condiciones, la prelación en el orden de regulación vendrá dada por el rango jerárquico de cada una de las formas que pretendan realizarla.

(36) Se trata aquí de las normas referidas en el artículo 28.1 de la LOTC.

se ha dicho, consecuencias de muy diversa índole en lo que a la ordenación jerárquica entre los contenidos resultantes de su actuación y los derivados de las formas que les subsiguen —o acompañan— se refiere. Cuando la Constitución se remite expresamente a otras formas para la regulación —imperativa— de ciertas materias, sea exclusiva o compartidamente y de manera sucesiva o simultánea, las relaciones entre tales formas y las restantes del Ordenamiento transcurren en todo caso por los cauces jerárquicos impuestos desde la Constitución. Esta atribuye la regulación de determinadas materias a formas jurídicas cuya ubicación en el Ordenamiento y régimen internormativo está perfectamente configurado desde la norma fundamental, razón por la cual el contenido normativo que a dicha regulación se otorgue en cada forma se encuentra inicialmente calificado en lo que a su régimen jurídico se refiere, esto es, en lo atinente a sus condiciones de juridicidad. Al remitirse la regulación de ciertas materias a formas necesarias en su existencia y antecedentemente localizadas por la Constitución en concretos estadios del proceso normativo, la calificación de la actividad normadora verificada en cada uno de tales estadios no presenta otras dificultades que las que son propias a la calificación jurídica de las formas en la que dicha actividad se verifica. Estando clara la posición jerárquica de cada forma y, consiguientemente, las condiciones de actuación del criterio de resolución de conflictos normativos que con la ordenación jerárquica de las normas se establece en la Constitución misma, la dificultad que las remisiones de esta naturaleza pueden plantear se reduce a la verificación de la correcta puesta en planta de la delegación conferida, es decir, en definitiva, a los medios de aseguramiento de la misma. A este respecto, ha de ser el órgano jurisdiccional competente el que, de un lado, determine si la remisión ha sido correcta o incorrectamente satisfecha en las formas a las que ha sido realizada, descalificando, de otro, por antijurídicas, la regulación que a la materia remitida haya podido darse desde formas no autorizadas para ello, con independencia —dato éste particularmente significativo— de que las habilitadas al efecto la hayan o no realizado. En cualquier caso, el órgano jurisdiccional debe limitarse a verificar la corrección de la remisión, operando en lo restante, señaladamente en punto a las relaciones entre las formas habilitadas y las que no lo están, esto es, en lo que a la solución de los conflictos entre formas se refiere, el principio de jerarquía formal.

Ejemplo de este tipo de remisión lo constituyen las delegaciones constitucionales realizadas en favor de determinadas formas para la regulación o desarrollo normativo de los derechos fundamentales (37). Con tales remisiones

(37) Sobre los conceptos «desarrollo» y «regulación del ejercicio», referidos a los derechos

la Constitución encomienda a formas inferiores la tarea de perfilar, con mayor nitidez que la constitucionalmente alcanzada, los mecanismos sustantivos de articulación del procedimiento de producción de normas (38). Remitiéndose expresamente a formas claramente identificables a las que sólo compete regular *per se* la materia encomendada, las colisiones entre estas formas habilitadas y las restantes vienen ya resueltas por el principio jerárquico, cifrándose la

fundamentales, cfr. I. DE OTTO: *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUERÍ. DE OTTO Y PARDO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988; F. J. BASTIDA FREJEDO: *La libertad de antena (El art. 20 CE y el derecho a crear televisión)*, Barcelona, 1990, págs. 32 y sigs., con una exhaustiva exposición de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

(38) En esencia, los derechos fundamentales no son sino normas de procedimiento, pensadas en, por y para el proceso de conversión de las voluntades particulares en voluntad del Estado, esto es, en contenido de normas jurídicas; su formalización constitucional como normas sustantivas no es imprescindible para la instauración de un Estado de Derecho; antes bien su sustantivación, esto es, su juridificación como límites materiales —no simplemente de procedimiento— a la actuación de los poderes públicos obedece a la intención de elevarlos a la categoría de límites absolutos e indisponibles. En cualquier caso, la historia de los derechos fundamentales en su conjunto y, señaladamente, la formalización en el tiempo de cada derecho en particular demuestra que la finalidad última que inspiraba el proceso de su progresiva implantación era, de un lado, el asegurar la existencia de procedimientos jurídicos suficientes para convertir en jurídica cualquier voluntad particular, y de otro, garantizar la efectiva utilización de tales cauces normativos por parte de todos los posibles destinatarios de sus contenidos, particularmente por parte de las minorías. La distinta suerte padecida por estos derechos en Europa y en los Estados Unidos —allí como derechos humanos, en éstos como derechos constitucionales—, así como el hecho de que entre los primeros derechos constitucionalizados figurara el de *habeas corpus*, por ejemplo, y no el de la libertad religiosa, es la mejor evidencia de que lo pretendido era asegurar la existencia de procedimientos normativos y la participación efectiva de todos en todos ellos. Asegurado esto, el disfrute de derechos tales como el de la libertad de expresión o de creencia se alcanzaba de suyo, toda vez que, entendidos estos derechos como instrumentos necesarios para la consecución de lo pretendido —y no como fines—, su disfrute por los particulares se aseguraba sin mayores dificultades. El que para el individuo estos derechos instrumentales le sean de singular relevancia no puede obviar el hecho de que jurídicamente un Ordenamiento no conoce más fin que el de la administración de la fuerza, por más que el empleo que de ésta se haga sea susceptible de orientaciones diversas. En un sistema que no reconociera formalmente la libertad religiosa, los individuos podrían disfrutarla sin inconveniente alguno siempre que tal sistema garantizara la libre participación de todos ellos en el proceso de producción de normas. Sobre estas cuestiones, cfr. M. KRIELE: *Einführung in die Staatslehre*, Hamburgo, 1975; P. CRUZ VILLALÓN: *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, REDC, 25, 1989, págs. 35 y sigs. Sobre las diferentes técnicas de interpretación de los derechos fundamentales y, en especial, sobre la necesidad de un método interpretativo que se fundamente en una concepción general de la Constitución y de sus fines, cfr. E.-W. BOECKENFOERDE: *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW, 35, 1974, págs. 1529 y sigs. Un estudio de los derechos fundamentales como garantías procesales puede verse en H. GOERLICH: *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Baden-Baden, 1981.

mayor complejidad en la determinación de los términos en los que la Constitución realiza la remisión por un lado y en el examen de la corrección con la que ésta ha sido recogida por las formas a las que se ha erigido en sus destinatarias por otro. En lo que al aseguramiento de la remisión se refiere, los eventuales conflictos entre las formas habilitadas y las que no lo están vienen condicionados en su resolución, en el supuesto de que la forma destinataria de la delegación la haya actualizado, por la localización jerárquica de cada forma y solventados por la propia norma delegante en el caso de que aquélla no la hubiere llevado a cabo. Realizada la remisión, sólo las formas habilitadas pueden desarrollarla, no constituyendo título suficiente para su desarrollo por formas distintas el que las primeras no hayan hecho uso de la delegación que se les confiere (39).

Tratándose de remisiones cuyo contenido consiste en la habilitación de ciertas formas para la creación de sujetos normativos competentes para la producción de nuevas formas a cuyo través pueden regularse ciertas materias en régimen de exclusividad o de concurrencia con otros sujetos normativos establecidos por la propia Constitución, las relaciones entre las formas a las que la Constitución se remite y las restantes formas jurídicas ofrecen mayores dificultades no tanto en lo que a los criterios de ordenación normativa se refiere —perfectamente establecidos en la Constitución— cuanto en lo que afecta a la identificación de los cauces por los que tales criterios transcurren. Tales dificultades vienen dadas por el hecho de que la remisión se hace en términos potestativos y no de forma imperativa, como sucede con las remisiones sobre materias de regulación necesaria y constitucionalmente indisponibles en su realización.

Las normas que integran el denominado «bloque de la constitucionalidad» responden básicamente al esquema propio de este tipo de remisiones. Se trata de formas jurídicas a las que la Constitución encomienda la tarea de crear determinados sujetos normativos dotados de las competencias normadoras que tales formas decidan conferirles de consuno con aquélla. Aun cuando en el «bloque» se incluyen también con frecuencia todas las formas destinatarias de remisiones constitucionales expresas (40), sólo las del tipo ahora analizado pueden encuadrarse en el mismo, toda vez que la amplitud de la remisión de la que son objeto —amplitud que se sustancia en el carácter potestativo de

(39) Así, F. RUBIO LLORENTE: *El bloque de constitucionalidad*, cit., pág. 22, crítico, en la misma línea que L. M. DÍEZ PICAZO: *Ley autonómica y ley estatal...*, cit., con la utilización abusiva del principio de competencia para explicar las relaciones internormativas.

(40) Señaladamente, en nuestro caso, las leyes orgánicas. Una exposición de las diferentes posturas doctrinales al respecto puede verse en el estudio de F. RUBIO LLORENTE: *El bloque de constitucionalidad*, cit., autor que concibe al «bloque» como «conjunto de normas de delimitación

la remisión, por un lado, y en la potestad conferida en orden a la creación y distribución de competencias normativas (41), por otro— hace de ellas un elemento indispensable para la verificación de la juridicidad de las formas jurídicas no habilitadas para la regulación de la materia objeto de remisión. Tal relevancia en el enjuiciamiento de otras formas, incluso de formas que se localicen en el mismo escalafón jerárquico, no hace de ellas, sin embargo, formas constitucionales, por más que se constituyan en parámetro de enjuiciamiento para el órgano jurisdiccional encargado de tutelar el sistema normativo en las fases inmediatamente posteriores a la constitucional. Su integración en el «bloque de la constitucionalidad» obedece, de una parte y según se ha dicho, al carácter potestativo de la remisión (42) —lo que implica amplios márgenes de discrecionalidad a la hora de crear y distribuir competencias normativas no impuestas inicialmente por la Constitución— y, de otra y sobre todo, al desdoblamiento del poder judicial en dos órdenes diversos, uno de los cuales es competente para verificar la juridicidad de las formas jurídicas legales. Es este desdoblamiento el que puede hacer pensar en el carácter constitucional de las normas que integran el «bloque», dado que el Tribunal Constitucional utiliza habitualmente como parámetro de sus enjuiciamientos únicamente a la Constitución (43). El hecho, sin embargo, de que ésta se remita tan ampliamente a formas inferiores para la creación de sujetos y la

competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas» (pág. 15); en contra, defendiendo un contenido más amplio, I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., págs. 94-95.

(41) En cierto modo, la concepción de la ley orgánica defendida por el Tribunal Constitucional hace de ella una norma delimitadora de competencias, integrante, por ello, del «bloque de constitucionalidad». En efecto, al dejar en manos del legislador la decisión acerca del carácter orgánico u ordinario de los preceptos incluidos formalmente en una ley orgánica (línea jurisprudencial iniciada con la STC 5/81), las Cortes determinan *pro futuro* el procedimiento legislativo a seguir para la modificación o derogación de la regulación efectuada en los preceptos calificados de orgánicos, configurando así el ejercicio de tal regulación como el contenido de una competencia que sólo corresponde al legislador orgánico y nunca al ordinario. Sobre los problemas planteados por este entendimiento de las leyes orgánicas, cfr. I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., págs. 113-116 y 120-122.

(42) En el caso de las leyes orgánicas, al menos en la concepción que de estas leyes mantiene el Tribunal Constitucional, podría hablarse de remisión «cuasi-potestativa».

(43) La atribución al Tribunal Constitucional de competencias que exceden el ámbito de actuación inicialmente conferido a este tipo de órganos hace que en ocasiones se califiquen como constitucionales normas jurídicas que, sin tener tal carácter, son, sin embargo, utilizadas por el Tribunal para el desarrollo de sus enjuiciamientos. Con todo, la localización jurídica de una norma no depende de su eventual utilización como criterio de enjuiciamiento por parte de un determinado órgano, sino exclusivamente de la posición que en el conjunto le haya atribuido la Constitución. El problema adquiere cada vez mayores dimensiones dada la paulatina atribución de competencias a estos Tribunales, lo que quizá confirme la idea de que en el futuro el desdo-

distribución de competencias constitucionalmente posibles pero no necesarias, obliga obviamente al Tribunal Constitucional a servirse en sus enjuiciamientos de dichas formas infraconstitucionales, no porque éstas se encuentren en una posición de superioridad jerárquica frente a cualquier otra forma no habilitada por la Constitución y que pretenda regular la materia remitida, sino porque tratándose de remisiones cuyo objeto es constitucionalmente sólo posible y convirtiéndose tal posibilidad en imperativo únicamente si así lo deciden las formas inferiores autorizadas, resulta inevitable la utilización de éstas como parámetro de enjuiciamiento de las restantes formas al objeto de poder determinar si lo que inicialmente era posible es ahora necesario y, en consecuencia, se altera con ello el esquema de distribución de competencias normativas establecido con carácter imperativo en la Constitución para el caso de que la posibilidad permitida no se desarrolle. Al contrario de lo que sucede con las remisiones expresas imperativas —en las que la imperatividad de la delegación le permite al órgano jurisdiccional ceñirse al examen de la norma constitucional delegante, por un lado, y de la forma infraconstitucional delegada al objeto de verificar su adecuación a los términos de la remisión, por otro, calificando por demás como antijurídica cualquier regulación de la materia delegada que se haya llevado a cabo por una forma no autorizada o incorrectamente por la destinataria de la remisión (44)— respecto de las remisiones posibles y no imperativas, el cometido del órgano de enjuiciamiento no consiste únicamente en el simple examen de los preceptos delegantes y en la constatación de que la remisión ha sido desarrollada correctamente por la forma delegada, sino que, además, en lo sucesivo el Tribunal ha de servirse de ésta para examinar la juridicidad de todas las demás formas jurídicas, dado que en ella se actualizan disposiciones constitucionales que condicionan en toda su extensión la corrección jurídica de cualquier otra forma sucesiva. En cualquier caso, es ésta una función que las normas destinatarias de la delegación no desempeñan en virtud de una pretendida naturaleza constitucional, ni siquiera en razón de su superioridad jerárquica frente a las normas para cuyo enjuiciamiento pueden ser utilizadas, sino estrictamente por causa de los términos en los que la remisión se realiza: dado que la Constitución no decide completamente ni la competencia ni el ámbito y alcance de la regulación de ciertas materias, sino que encomienda a otras formas tal empresa, es imprescindible tener a estas últimas en cuenta para determinar con precisión los imperativos constitucio-

blamiento jurisdiccional realizado este siglo en Europa termine por desaparecer. La exigida articulación entre los dos órdenes jurisdiccionales ahora existentes quizá pueda alcanzarse únicamente con su refundición.

(44) La función del órgano jurisdiccional se dificulta, sin embargo, enormemente si se sostiene una concepción competencial de la Ley Orgánica. Véase *supra*, nota 42.

nales. En las remisiones imperativas, por el contrario, tal atención resulta innecesaria, toda vez que la Constitución, al establecer imperativamente y de manera indisponible la titularidad de la delegación, así como su contenido y alcance, perfila sus imperativos de modo suficiente, sin que para concretarlos sea preciso acudir en auxilio de formas inferiores: éstas ni pueden crear sujetos normativos distintos de los impuestos en la Constitución ni pueden atribuirles competencias que no sean las que, a su vez, la propia Constitución haya ya determinado. Por ello son de todo punto irrelevantes a la hora de fiscalizar otras formas jurídicas, ya que las condiciones de juridicidad de estas últimas no se ven en absoluto condicionadas ni por la existencia ni por los contenidos de aquéllas, sólo por la Constitución, razón por la cual ni siquiera la inexistencia de formas que actualicen la habilitación constitucional puede validar las regulaciones que de la materia remitida se hagan desde formas no autorizadas.

La invalidación de las formas no habilitadas que procedan a regular una materia objeto de una remisión de carácter contingente encuentra su causa en la infracción de la norma constitucional delegante en la que con tal regulación se incurre (supuesto del art. 28.1 de la LOTC); en ningún caso es la forma delegada la que produce dicha invalidación. Esta forma es condición, que no causa, de la actuación de la verdadera causa de la antijuridicidad: la inobservancia de la remisión efectuada por una norma constitucional. En las remisiones imperativas, en cambio, la forma delegada, además de no ser tampoco en ningún caso causa directa de la invalidación, tampoco es siquiera condición de la puesta en marcha de la verdadera causa, dado que ésta —la norma constitucional delegante— actúa siempre y en todo caso, aun cuando la remisión no se hubiere actualizado (art. 28.2 de la LOTC). Las normas integrantes del «bloque de la constitucionalidad» contienen, pues, a lo sumo, condiciones de causas de invalidez, pero nunca causas inmediatas de descalificación jurídica. Estas se encuentran sólo en la Constitución. Su naturaleza condicional de la actuación de las normas constitucionales que sancionan la incorrecta utilización de las remisiones efectuadas por la Constitución es lo que explica su empleo como parámetro de enjuiciamiento de otras formas jurídicas o, más precisamente, como elemento necesario al objeto de determinar el ámbito normativo disponible por otras formas una vez desarrollada por las habilitadas la delegación de que han sido objeto.

Junto a las remisiones constitucionales expresas —en conjunto siempre posibles, pero nunca lógicamente inevitables— todo Ordenamiento presenta remisiones implícitas de carácter necesario a favor de los órganos tutelares del sistema. Tales remisiones implícitas son las que, en último término, deciden los perfiles definitivos de todas las normas del Ordenamiento, tanto

los de las condicionadas en su contenido por la primera de todas ellas como el de la Constitución misma. Veamos cómo.

b) *Determinación por remisión implícita.*

Enunciado y norma

La instauración de fases positivas intermedias entre los dos términos lógicamente necesarios de todo Ordenamiento conlleva la dilación en el tiempo de la conformación definitiva de las normas con cuya actuación se da paso a la administración de la fuerza previamente organizada (45). Estos estadios de obligado tránsito entre la primera y la última de las normas del sistema han de configurarse inevitablemente en términos de generalidad y abstracción, al objeto de no vaciar de contenido la actuación de las fases subsiguientes, en las cuales debe procederse siempre a concretar de modo progresivo lo decidido en las fases anteriores de las que traen causa. La concreción última de las normas, esto es, la definición final de sus contenidos en términos específicamente referidos a conductas y circunstancias determinadas, es tarea que compete en todo caso a los órganos tutelares del Ordenamiento. Y ello porque éste, para ser realmente tal, debe asegurar con las más severas garantías que las proyecciones normativas sobre el entorno que aspira a organizar responden con la mayor de las fidelidades al contenido abstractamente formulado por el propio Ordenamiento para situaciones similares a aquéllas sobre las que tales proyecciones pretenden incidir. Un aseguramiento de esta especie sólo se alcanza si se habilita a ciertos órganos para la fiscalización de las actuaciones realizadas en cada estadio precedente por los órganos autorizados al efecto; fiscalización en la que cada producto normativo resultante de aquellas actuaciones ha de ser contrastado con las formas jurídicas localizadas en estadios anteriores al objeto de comprobar si en ellas se ha estado en todo punto a lo en aquéllas preceptuado. En estas labores de enjuiciamiento los órganos tutelares se ven inevitablemente forzados a seleccionar un único contenido normativo de entre los varios potencialmente contenidos en las formas enjuiciadas, por un lado, y en las propias formas de las que se sirven como parámetro del enjuiciamiento, por otro, dado que, tratándose de formas necesitadas de su última y definitiva concreción, ha de ser uno solo el contenido que se atribuya en este trance a cada actuación normativa sometida a control y uno solo ha de ser también el sentido de las formas con las que dicha actuación debe cotejarse a los efectos de verificar su exigida juridicidad. En tal enjuiciamiento el órgano jurisdiccional decide pues el sentido final de

(45) Cfr. J. L. REQUEJO PAGÉS: *Jurisdicción e independencia judicial*, cit., págs. 113, nota 38.

cada forma, ya que únicamente uno —configurado en términos singulares y concretos— de los encerrados en la forma que sirve de parámetro puede proyectarse sobre la norma enjuiciada para analizar su corrección y, a su vez, sólo uno de los sentidos de esta última —en los mismos términos singulares y concretos— puede aplicarse a las conductas y circunstancias cuya existencia es tenida por el Ordenamiento como condición desencadenante de la fuerza por éste administrada.

La enunciación abstracta de las sucesivas concreciones normativas verificadas en cada estadio del proceso de producción de normas, junto con la vertiente creativa que acompaña a las fiscalizaciones finales de las normas realizadas en los estadios terminales del Ordenamiento, hace obligado destacar la existencia de una dualidad insalvable ahí donde comúnmente suele apreciarse una unidad punto menos que inescindible. Se trata de la contraposición entre *enunciado* y *norma*, elementos inevitables para el adecuado entendimiento de los cauces por los que discurren en los sistemas normativos más complejos los distintos procedimientos de generación de normas.

Enunciado y *norma* se refieren, y en ello se agota su concordancia, a dos momentos distintos de un fenómeno unitario: el de la procesalización de la fuerza mediante su encauzamiento a través de normas condicionantes de su ejercicio (46). Son precisamente las necesidades derivadas de esa procesalización las que explican el inevitable establecimiento de dos niveles de procesa-

(46) La dualidad enunciado/norma pudiera quizá encontrar un paralelo en otra dualidad igualmente con frecuencia inadvertida: la de Estado/Ordenamiento. Sólo en un sentido muy concreto es correcta la identificación positivista entre el Estado y el Ordenamiento jurídico, pues sólo una vertiente del Ordenamiento en su conjunto alcanza a personificarse en el primero de los conceptos. La asimetría entre ambos términos no aparece tan sólo —o no lo hace únicamente entonces de manera manifiesta— cuando, reservando el primero de ellos a los Ordenamientos mínimamente centralizados, el concepto «Estado» se ve entonces superado por el de «Ordenamiento» como sistema de normas no necesariamente centralizado en todas sus fases iniciales y sí sólo en la primera de ellas, en la estrictamente constitucional, sino que se hace patente incluso en el ámbito de lo habitualmente tenido por común a ambas expresiones, esto es, en el de los sistemas normativos en los que la centralización excede el *minimum* lógicamente necesario para extenderse a estadios infraconstitucionales en los que la centralización es puramente contingente.

Con el término «Estado» parece hacerse referencia al conjunto de las condiciones abstractas determinantes del ejercicio de la fuerza, esto es, al ámbito procedimental del sistema normativo —del Ordenamiento— en el que se establecen las condiciones con las que, a su vez, se condiciona la generación de las condiciones concretas del ejercicio de la fuerza, la *conditio conditionis*. La sola etimología del término indica con claridad el carácter estático, de lo que permanece frente a lo que es, insito en el concepto de Estado. Mientras éste representa lo que *está*, lo que no hace referencia a esencia alguna, sino sólo a la circunstancia (lo que *está* en ningún caso define sustancialmente a lo que *es*, sino que —presuponiendo el *ser*— lo inscribe en su circunstancia), las normas que constituyen la condición última del ejercicio de la fuerza implican un momento

miento o, al menos, las que lo explican en aquellos Ordenamientos organizados a partir de la abstracción con la que se formulan las normas condicionantes de la aplicación de la fuerza (47). Es evidente que ésta sólo puede hacer acto de presencia una vez verificadas las condiciones precedentemente establecidas en orden a su posible aplicación, y lo es, asimismo, que esta última, como acto de concreción necesariamente realizado en un determinado ámbito espacio-temporal, ha de ser siempre el resultado de la verificación concreta

dinámico de decisión en el que se define el *ser* último del *deber-ser*, es decir, la esencia definitiva, concreta, del *deber-ser* finalmente proyectado sobre la realidad de *ser*. En esta última fase se configura el *ser* del *deber-ser* en el marco de la circunstancia, del *estar*, definido en las fases precedentes de condicionamiento abstracto. Si el Estado se refiere a la circunstancia de las condiciones de ejercicio de la fuerza, las normas últimas del sistema normativo —las destinadas a *ordenar* el *ser* externo al Ordenamiento— deciden en el ámbito de tal circunstancia el *ser* de la condición final del procedimiento.

(47) La abstracción característica de los enunciados jurídicos de los Ordenamientos más complejos alcanza hoy día en muchos casos niveles que rayan propiamente en la disolución más absoluta. La necesidad de acomodar al máximo las previsiones del Ordenamiento a las demandas que se le pueden oponer lleva frecuentemente a la conformación de sus enunciados no ya en términos de generalidad y abstracción, sino de pura y simple habilitación en blanco para la determinación en cada supuesto de la solución más adecuada. En efecto, como he señalado en otro lugar —*La nueva configuración del arbitraje (consideraciones en torno al título I de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre)*, «Revista de la Corte Española de Arbitraje», vol. V, 1988-1989, págs. 65-66—, «superado ya de antiguo el ideal racionalista que desde la Ilustración permitía pensar en la posibilidad de resolver (la) dialéctica confrontación entre la práctica y las soluciones normativas mediante la construcción *more geometrico* de Ordenamientos jurídicos sustentados en la más pura racionalidad, se ha hecho inevitable flexibilizar las rígidas estructuras de tales Ordenamientos albergando en su interior elementos correctivos inspirados antes en la idea de concreción que en la típicamente racional de la generalidad y la abstracción, lo que necesariamente implica una alteración sustancial en el esquema de la relación en el tiempo entre los conflictos a resolver y los instrumentos ideados para tal resolución, toda vez que la deseada solución particularizada del conflicto planteado sólo puede alcanzarse sacrificando el establecimiento anticipado de las posibles soluciones. De este modo se produce una «remisión al futuro» en el proceso de satisfacción jurídica de los conflictos, dando entrada en la determinación de la respuesta jurídicamente más adecuada a las peculiaridades que caracterizan cada supuesto de hecho en particular. No interesa tanto asegurar *ab initio* la infalibilidad del Ordenamiento —algo en sí mismo inalcanzable— cuanto condicionar sus contenidos en atención a los supuestos sobre los que debe proyectarse.

Ello explica la cada vez más acusada tendencia a la constitución de modelos normativos «abiertos» o indeterminados que operan como simples coordenadas en cuyo interior se habilita al operador jurídico para elaborar la respuesta normativa más apropiada en cada caso. Los denominados «conceptos jurídicos indeterminados» constituyen acaso el mejor de los ejemplos. Ejemplos indicativos del progresivo descreimiento en el mito de la racionalidad del legislador y en la posibilidad de concebir soluciones anticipadas tan genéricas que sean capaces de absorber la infinidad de matices que pueden presentar las realidades sobre las que aquéllas habrían de incidir.

y particular de condiciones de realización igualmente particulares y concretas. Aun cuando las fases precedentes del proceso de administración de la fuerza puedan ordenarse alrededor de normas condicionantes caracterizadas por su abstracción y generalidad, el estadio último y definitivo, aquél en el que la fuerza se hace finalmente patente, ha de estar constituido por normas concretas, esto es, normas en las que las condiciones abstractas antecedentes se circunscriban en un determinado ámbito espacial y temporal. Sólo así se hace posible el obligado tránsito desde el *deber-ser* ideal y abstracto hasta el *deber-ser* concreto y realmente condicionante del *ser* cuya configuración se pretende estructurar. Siendo lógicamente imposible el tránsito del *deber-ser* al *ser*, resulta, sin embargo, inexcusable —si de Ordenamiento quiere hablarse— la traducción del *deber-ser* abstracto en un *deber-ser* concreto que permita la modulación del *ser* en los términos pretendidos idealmente por aquél. Si el *deber-ser* no se identifica con el *ser*, sí, en cambio, y en ello radica su propia esencia, se proyecta sobre el mismo al objeto de afectarlo, sea en su propia condición de *ser* o en sus cualidades como tal. La aplicación última de la fuerza trae en todo caso su causa de un *deber-ser* concreto para cuya definitiva configuración han podido establecerse condiciones abstractas de aplicación cuyo exclusivo cometido consiste en constituir el marco adecuado de referencia para la generación de normas condicionantes concretas, es decir, normas que establecen un *deber-ser* referido a circunstancias concretas y determinadas y que hacen de éstas la condición necesaria para la verificación igualmente concreta de una determinada sanción.

Pues bien, mediante el binomio enunciado-norma se manifiesta la dualidad abstracción-concreción propia de los sistemas normativos en los que la categoría del *deber-ser* suele presentarse de modo aparentemente unitario pero claramente escindida en dos niveles diferenciables: el de la abstracción de las condiciones ideales de aplicación de la fuerza y el de la concreción de las mismas por referencia a supuestos de hecho y consecuencias jurídicas únicos e irrepetibles. Sin embargo, y en realidad, el ámbito de las condiciones abstractas de aplicación de la fuerza no se refiere propia y primariamente al ejercicio último de ésta, sino a las condiciones de tal ejercicio, más concretamente, a los procedimientos a través de los cuales los sujetos por ellas habilitados están autorizados para la configuración de normas condicionantes concretas de aplicación efectiva de la fuerza. El *deber-ser* abstracto no sirve a otros fines que a la habilitación para la producción del *deber-ser* concreto. Habilitación que, lejos de condicionar en todos sus extremos el contenido del *deber-ser* concreto, esto es, lejos de conllevar implícitamente la condición última, no sirve sino de marco procedimental para la gestación de ésta. La condición última de ejercicio de la fuerza no es meramente derivable de las

condiciones abstractas a través de un proceso lógico de deducción, sino que sólo aparece como tal, como condición concreta, en la medida en que el marco procedimental abstracto se colma con elementos decididos, en el ámbito de lo permitido, por el titular de la habilitación. El paso de lo abstracto a lo concreto nunca es fruto de la *deducción*, sino sólo, y en mayor o menor medida, de la *decisión* (48).

No se trata ya, o tan sólo, de que toda aplicación normativa lleve consigo un inevitable margen de creación, sino de que la aplicación de normas es siempre una actividad creativa, por decisoria. Naturaleza decisoria que, por lo demás, no afecta únicamente a las aplicaciones realizadas en las últimas fases del Ordenamiento, sino también a las verificadas en las que a éstas preceden, y naturaleza decisoria, por último, que no se manifiesta de manera unidireccional, esto es, incidiendo únicamente en la configuración definitiva

(48) En palabras de A. ROSS: *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig, 1929, pág. 332, «una actividad de esa índole es imposible que descansa sobre un proceso lógico objetivo, ya que desde lo abstracto no hay camino alguno hacia lo concreto... Entre lo abstracto y lo concreto hay un hiato que ninguna lógica, sino sólo un hecho, puede superar» (citado por U. KLUG, en H. Kelsen y U. KLUG: *Normas jurídicas y análisis lógico*, cit., pág. 139. En la misma línea, H. L. A. HART: *The Ascription of Responsibility and Rights*, en *Logic and Language* (A. Flew ed.), sostiene que, «dado el derecho existente —se dirá—, la comprobación de los hechos hallados por el juez acarrea la conclusión legal. Esto sólo podrá decirse, por supuesto, en los casos más simples (...), pero incluso aquí sería bastante equivocado decir que el juez estaba haciendo una inferencia deductiva; la conclusión intemporal de Derecho (Smith es culpable de homicidio) no es acarreada por las comprobaciones del hecho temporal (Smith puso arsénico en el café de su mujer el 1 de mayo de 1944), que está probado; y las reglas jurídicas, incluso cuando están incorporadas en estatutos, no son reglas lingüísticas o lógicas, sino en gran parte reglas de decisión» (cit. también por U. KLUG: *op. últ. cit.*, pág. 138). Sobre la dualidad enunciado y norma, bien que con otras expresiones, cfr. R. DWORKIN: *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, y R. ALEXY: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985.

Resulta, cuando menos, sintomático que la expresión «Estado» no haya prendido históricamente en el lenguaje jurídico de aquellos países en los que la configuración del *deber-ser* normativo proyectado sobre los hechos no es el fruto de un proceso de concreción de un *deber-ser* abstracta y antecedentemente enunciado de forma positiva, sino resultado de una elaboración casuística en la que cada caso a resolver judicialmente implica el supuesto de hecho al tiempo que la consecuencia jurídica derivable, por decisión, del mismo. En aquellos ordenamientos en los que el supuesto de hecho no viene definido abstracta y antecedentemente, sino configurado por el mismo hecho sobre cuya cualificación jurídica se oponen las partes, la decisión judicial conlleva, de un lado, la cualificación del hecho como supuesto jurídicamente relevante o irrelevante y, en el primero de los casos, la imposición al mismo de la consecuencia jurídica decidida por el juez. El carácter decisorio del proceso de conformación del *deber-ser* en su conjunto aparece así con una claridad difícilmente trasladable a aquellos sistemas en los que, merced a la determinación antecedente del *deber-ser*, la concreción del mismo se pretende un proceso de mera deducción, no habiendo lugar a la decisión si no es en el estadio de la configuración abstracta del *deber-ser*, por un lado, y del supuesto de hecho cuya verificación conlleva la actuación de aquél, por otro.

de las normas a aplicar sobre cada supuesto de hecho singular e irrepetible, sino que lo hace afectando de regreso a las formas jurídicas anteriores con las que los contenidos normativos definitivos deben cotejarse con anterioridad a su aplicación final al objeto de comprobar su adecuación a las prescripciones procedimentales del conjunto.

Esta actuación pluridireccional del componente decisorio ínsito a toda aplicación normativa resulta de señalada trascendencia para la identificación en cada momento de los contenidos jurídicamente efectivos de las formas constitucionales. Estas últimas albergan potencialmente multitud de posibles contenidos, los cuales se irán progresivamente seleccionando en las sucesivas fases de concreción que han de transitarse hasta llegar a la última de todas ellas. Es en ésta, sin embargo, en donde se conferirá a cada norma aplicable su particular fisonomía y donde también, por reflejo, habrá de decidirse el único contenido jurídicamente relevante, en cada caso, de entre los inicialmente contemplados en la primera forma del Ordenamiento. Todo ello hace del órgano competente para el aseguramiento de la totalidad del sistema normativo un verdadero artífice de la Constitución. Un órgano que siendo, como todos, constituido, no deja por eso de realizar funciones constituyentes, no tanto por crear formas constitucionales —algo que obviamente le está vedado— cuanto por decidir los contenidos últimos de las formas que con tal carácter le corresponde salvaguardar.

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO PODER CONSTITUIDO CONSTITUYENTE

A la estaticidad propia de las formas jurídicas se opone la dinamicidad característica de los contenidos normativos en ellas encerrados (49). En orden a la identificación de las normas constitucionales de un Ordenamiento, tan importante como la localización de las formas que las encubren —tarea ésta ya resuelta en los sistemas que prevén específicamente tales formas— lo es el conocimiento de una pluralidad de formas en cuyos límites se encierran aquellos contenidos que, además de ser en principio constitucionalmente posibles, resultan en cada momento, por decididos, jurídicamente relevantes: las sentencias (y autos resolutorios) emitidas por los órganos a los que se encomienda la jurisdicción constitucional (50).

(49) Más precisamente, la dinamicidad que a tales formas confiere la necesaria selección de algunos de sus posibles contenidos.

(50) Aun cuando, en principio, la referencia debiera hacerse en singular, dado que en los

La jurisdicción constitucional, esto es, el enjuiciamiento de todas las normas de un Ordenamiento a partir de su cotejo con las normas constitucionales, es, por tanto, aquella función jurídica mediante la cual se procede a la configuración definitiva de toda norma, tanto de las enjuiciadas como de las utilizadas como criterio de enjuiciamiento. Ello es así, fundamentalmente, en razón de la singularidad de cada acto de verificación de la constitucionalidad de las normas, dado que, tratándose de proyecciones externas del Ordenamiento sobre determinadas conductas y circunstancias, se hace preciso, de un lado, aplicar sobre estas últimas normas absolutamente concretizadas que cualifiquen jurídicamente el supuesto sobre el que se proyectan y al tiempo determinen en los mismos términos de singularidad y concreción las consecuencias jurídicas desencadenadas por dicha cualificación previa; y resulta, además, obligado, de otra parte, que para la fiscalización de la corrección jurídica de la norma que para cada supuesto de hecho particular se seleccione de entre todas las potencialmente albergadas en la forma aplicable se utilice como parámetro una norma igualmente singular —o, cuando menos, un conjunto de normas tales— discrecional, que no arbitrariamente, elegida por el órgano de enjuiciamiento. La mecánica propia de este tipo de controles arroja como precipitado final el conjunto de las normas constitucionales verdaderamente relevantes en un Ordenamiento dado, conjunto siempre más reducido que el integrado por la totalidad de las normas que podrían válidamente deducirse (con mayor precisión, *decidirse*) (51) en el ámbito de los enunciados formalizados con el rango constitucional.

Las facultades que en orden a la realización de sus cometidos se atribuyen a los órganos de la jurisdicción constitucional no hacen sino destacar de modo evidente el carácter creativo —constitucionalmente creativo— de su función. La creatividad, con todo, se extiende en muchos casos más allá de lo que en apariencia —con ser mucho— permite ya generosamente una estructura de

sistemas continentales tal función se encomienda a un órgano único —los Tribunales Constitucionales—, en puridad la jurisdicción constitucional es ejercida por todos los órganos judiciales, y no sólo por el que se califica con aquel adjetivo. El enjuiciamiento constitucional de las normas es tarea propia de todos los órganos tutelares, viniendo delimitada la diferencia entre uno y otros órganos jurisdiccionales por el hecho de que, pudiendo todos verificar la constitucionalidad de una norma, sólo el Tribunal Constitucional puede decidir —como consecuencia de un juicio negativo— la expulsión del Ordenamiento de las normas con rango de ley. Al respecto, véase F. RUBIO LLORENTE: *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional*, REDC, 4, 1982, págs. 35 y sigs. En la misma línea, cfr. el voto particular de este autor, en su condición de Magistrado del Tribunal Constitucional, a la STC 4/81; sobre el particular he tenido oportunidad de pronunciar en mi trabajo *Jurisdicción e independencia judicial*, cit., págs. 139 y sigs., especialmente nota 38.

(51) Véase *supra*, nota 49.

enjuiciamientos normativos como la que se acaba de describir. En efecto, el hecho de que por encima de los órganos de la jurisdicción constitucional no exista instancia alguna habilitada para fiscalizar sus actuaciones (52) les permite ampliar sus facultades creativas hasta límites con frecuencia insospechados. Prueba de ello puede encontrarse, por ejemplo, en las diferentes técnicas utilizadas por este tipo de órganos para modular los efectos jurídicos que el Ordenamiento anuda a sus resoluciones. Estas, si con ellas no se quiere desvirtuar la competencia propia de otros órganos, sólo pueden producir, alternativamente, dos órdenes de consecuencias: la nulidad de la norma particular enjuiciada, en el caso de que se constate (mejor, decida) su incompatibilidad con la norma o normas inferidas de las formas constitucionales por el órgano de fiscalización, o bien la declaración de conformidad entre los dos términos del enjuiciamiento mediante la desestimación de la pretensión de inconstitucionalidad de la norma enjuiciada. Tan limitado margen de maniobra deja sentir sus inconvenientes a poco que se piense en la evidente asimetría que ineludiblemente resulta entre los verdaderos objetos del enjuiciamiento (normas) y las formas sobre las cuales —conteniendo aquellos objetos— se ven obligados a pronunciarse los órganos de la jurisdicción constitucional en aquellos sistemas en los que se identifican sin más los términos *enunciado* y *norma* debido al carácter abstracto de los enjuiciamientos realizados por el único órgano jurisdiccional competente para la verificación de la constitucionalidad de las formas jurídicas instaladas en las primeras fases del Ordenamiento (53). La necesidad de acomodar la rígida estructura de estos sistemas a las exigencias derivadas de la obligada conjunción entre los inexcusables controles constitucionales, de una parte, y el respeto a las funciones encomendadas por el Ordenamiento a otros órganos —señaladamente a aquéllos cuya tarea consiste en la elaboración de las formas jurídicas susceptibles de tales controles—, de otra, ha hecho que los Tribunales Constitucionales del continente hayan ideado todo un arsenal de medidas correctoras de cuya práctica

(52) Circunstancia que tal vez pueda verse como una deficiencia imperdonable, pero que es, *velis nolis*, de todo punto inevitable. Quiérase o no, todo Ordenamiento, incluso el más democrático, encuentra siempre en su origen un principio de autoridad. Sin Estado, esto es, sin fuerza y dominación, la libertad y los derechos resultan imposibles. Una magnífica ejemplificación histórica de lo anterior puede verse en M. KRIELE: *Einführung in die Staatslehre*, cit., *passim*.

(53) Tal abstracción viene impuesta por el modo en el que se ha articulado en el Continente la jurisdicción constitucional. Según F. RUBIO LLORENTE: *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho*, cit., pág. 23, «en esta concepción de la jurisdicción constitucional como control abstracto de la actuación del legislador, el objeto inmediato y único del juicio no es ni puede ser otro que el enunciado promulgado por el legislador positivo, y la única decisión posible del juez es la de mantenerlo o anularlo».

no ha resultado otra cosa que la ampliación de sus facultades creativas (54).

Un primer paso en la pretendida acomodación de las exigencias que acaban de mencionarse consiste en la atribución de relevancia jurídica, además de al fallo de las resoluciones del Tribunal Constitucional, a los fundamentos de las mismas (55). Ello permite que los efectos jurídicos conferidos en principio a las formas enjuiciadas se apliquen en realidad a las normas decididas en el marco de tales enunciados, predicándose, por tanto, de éstas la nulidad que en estos sistemas la inconstitucionalidad implica. Ello no obstante, la corrección del sistema en este punto no deja de encerrar considerables riesgos en lo que a la extensión de las facultades de los órganos de control se refiere. Y ello porque a esta inicial desconexión entre enunciado y norma acompaña de seguido otra de mayor alcance: la que, motivada por el necesario respeto a las competencias de los órganos legislativos, disocia el binomio inconstitucionalidad/nulidad, básico en la estructura de los modelos jurisdiccionales de planta continental (56). Tal disociación, de consecuencias normativas evidentes, se articula alrededor de una diferenciación harto discutible en las causas que motivan la inconstitucionalidad: la distinción entre la inconstitucionalidad

(54) En su trabajo *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho*, cit., el profesor RUBIO LLORENTE expone (pág. 42, nota 86) el siguiente esquema clasificatorio de las sentencias que contienen un juicio negativo sobre la constitucionalidad de una ley:

- «A) Sentencias exhortativas.
- B) Declaraciones de inconstitucionalidad:
 - Del enunciado: Sentencias de “simple inconstitucionalidad”.
 - De una norma derivada: Sentencias interpretativas desestimatorias.
- C) Sentencias anulatorias:
 - Del enunciado: Anulación total. Anulación parcial.
 - De normas derivadas: Sentencias interpretativas estimatorias. Sentencias que anulan la interpretación de la ley con referencia a un caso concreto.»

Sobre el particular, cfr. A. PIZZORUSSO: *Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano*, en *El Tribunal Constitucional*, vol. 1, Madrid, 1981, págs. 275 y sigs.; G. ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*, Bolonia, 1977, págs. 156 y sigs.

(55) La relevancia se da en todo caso cuando se trata de sentencias contra resoluciones judiciales, si bien en este supuesto la resolución del Tribunal Constitucional sólo produce efectos *inter partes*. Cfr. F. RUBIO LLORENTE: *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho*, cit., págs. 25 y sigs.

(56) Aparecen de este modo las llamadas «sentencias de mera inconstitucionalidad», utilizadas en la práctica por cada vez mayor número de Tribunales Constitucionales, si bien sólo el alemán disfruta de cobertura legal para ello desde la Ley de 21 de diciembre de 1970, modificadora de los artículos 31.2 y 79.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. Al respecto, véase F. RUBIO LLORENTE: *op. últ. cit.*, pág. 36. En España la práctica parece haberse asentado a partir de la STC 45/89.

por comisión y la originada por omisión (57), generadora aquélla de nulidad y ésta, en cambio, de una declaración —no anulatoria— de mera inconstitucionalidad (58). Con independencia de las razones —generalmente de carácter práctico— que habitualmente se alegan en apoyo de esta distinción, con ella el Tribunal Constitucional ve incrementadas sus facultades normativas de forma más que notable. Parece evidente: toda inconstitucionalidad en particular y toda antijuridicidad en general puede encontrar su causa, indistintamente, en una comisión o en una omisión; será en último término la interpretación del órgano de enjuiciamiento la que destaque como causa de aquélla uno de los dos factores. La tacha de inconstitucionalidad de una norma que atente contra el principio de igualdad —esto es, que atribuya infundadamente relevancia jurídica a ciertas diferencias— al disponer, por ejemplo, que las personas de determinados credos religiosos quedan obligadas a la satisfacción de ciertas cargas tributarias, puede, en efecto, fundamentarse tanto en una omisión como en una comisión. Puede, así, sostenerse que la referida norma es inconstitucional por «cometer» la discriminación de referirse sólo a determinados credos y puede también afirmarse que la antijuridicidad proviene de la «omisión» —discriminatoria por reflejo— de todos aquellos credos que, efectivamente existentes, no aparecen en cambio contenidos en la norma cuestionada. Tanto una como otra causas pueden explicar perfectamente la inconstitucionalidad con la que la indebida diferenciación se sanciona; tan

(57) No se trata de lo que hasta el presente se ha venido entendiendo por «inconstitucionalidad por omisión» en sentido estricto, esto es, la inconstitucionalidad producida cuando no se procede a la regulación imperativamente impuesta de alguna materia. En este caso la inconstitucionalidad siempre produce la nulidad de los actos dictados al amparo de una normativa (en su caso también de ésta) en la que no se regula cierta materia en los términos previstos por la Constitución. Así, la STC 15/82 señala (FJ 8.º) que «el que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales (...). Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido (...), pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el artículo 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella». En la misma línea, cfr. STC 24/82.

La «omisión» a la que se hace referencia ahora en el texto es de muy diversa especie.

(58) Ejemplo ya clásico es la STC 45/89. Sobre esta trascendental sentencia, cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Un paso importante en el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales*, REDA, 61, 1989, págs. 5 y sigs.

sólo una cuestión de perspectiva permite identificar dos tipos aparentes de fundamentación allí donde en realidad sólo existe una: la inobservancia —omissiva o no, es ese un punto en principio irrelevante— de las prescripciones contenidas en la Constitución.

La pretendida diversidad en las causas de inconstitucionalidad ocasiona, sin embargo, mayores consecuencias si a cada tipo de causa se hace corresponder efectos también distintos en punto a la suerte jurídica que han de correr las normas enjuiciadas según cuál sea la causa de antijuridicidad por la que decida pronunciarse el órgano de control. Si se admite que sólo la inconstitucionalidad por comisión produce nulidad, en tanto que la omisivamente causada no lleva aparejada tal consecuencia, es evidente que queda en manos del Tribunal (como se declara en la STC 45/89) la decisión última acerca de la continuidad en el Ordenamiento de las normas inconstitucionales, toda vez que, pudiendo elegir en su argumentación entre una u otra causas, puede con ello decidir el efecto, anulatorio o no, que ha de acompañar a su pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las normas sometidas a su enjuiciamiento. De este modo, el carácter constitutivo de su función se hace indiscutible. Las formas constitucionales tendrán a la postre el contenido normativo que el Tribunal Constitucional quiera darles, dado que al contrastar cada singular norma con aquéllas, el parámetro de enjuiciamiento vendrá configurado por los contenidos que el Tribunal vea integrados en la primera forma del Ordenamiento; y, además, pudiendo decidir, en caso de apreciar alguna contradicción entre ambos preceptos, si la divergencia se resuelve en términos de anulación o de mera inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional aparece como un órgano habilitado para, yendo más allá de lo formalmente permitido —esto es, rebasando el límite que a su discrecionalidad impone la obligación de anular todo precepto contrario a la forma constitucional (lo que sucede cuando no es posible utilizar un contenido encerrado en la forma Constitución al que pueda acomodarse la norma enjuiciada)— poder incluir en la primera forma del Ordenamiento prácticamente cualquier contenido.

Con todo, calificar al Tribunal Constitucional como poder constituido constituyente (59) obedece también a razones de mayor alcance, y no precisamente derivadas de los instrumentos con los que este tipo de órganos se ha

(59) No quiere decirse con ello, obviamente, que el Tribunal Constitucional sea el verdadero titular de la soberanía, ya que, por definición, en el interior de un Estado constitucional no puede haber soberano (M. KRIELE). Si aquí se le califica como «constituyente» ello es después de haberlo adjetivado previamente como «constituido». Estáticamente su carácter constituido es evidente; dinámicamente, en cambio —esto es, desde la perspectiva del proceso de concreción de las normas de un Ordenamiento—, este tipo de órganos disfruta de tales facultades que bien se les puede definir como «constituyentes».

ido dotando para conjugar los efectos de sus resoluciones con la disociación entre enunciado y normas imperante en los Ordenamientos continentales. Si estos mecanismos han agudizado la tendencia estructural a convertir a los órganos tutelares del sistema en verdaderos artífices del contenido de las normas que lo integran, el fenómeno de la «socialización» del Estado lo ha hecho de modo más contundente y, quizás también, más larvado. En efecto, la inserción en la Constitución de normas de programación final ha convertido al Tribunal Constitucional en un órgano cuyas facultades de control se extienden desde su primitivo objeto (las normas con rango de ley) hasta el sujeto habilitado para la producción del mismo (el Parlamento y, en su caso, el Gobierno) (60). Con este tipo de normas —cuyo contenido no es una acción, sino un fin— el problema radica en determinar la conducta jurídicamente exigible (61). En su intento de adaptar el sistema jurídico a una realidad social necesitada de intervenciones estatales, el Estado social no se conforma con la mera juridificación de derechos y libertades, sino que exige la efectiva realización material de lo jurídicamente formalizado, haciendo así, por un lado, que la «imposibilidad económica» se presente como el límite —necesario— de la garantía de las prestaciones en el ámbito de los derechos fundamentales (62) y, por otro, que las decisiones tomadas bajo el signo de la escasez de recursos en torno a las prioridades en el empleo y distribución de los medios financieros del Estado dejen de ser una cuestión de discrecionalidad política para convertirse en otra de concurrencia y conflicto entre derechos fundamentales, esto es, se transformen en un problema de interpretación, con lo que la competencia última al respecto se desplaza del Parlamento al Tribunal Constitucional (63). A este último, por tanto, se desplaza el centro jurídico y político del Estado social de Derecho. Y ello porque las remisiones de las que necesariamente debe servirse la Constitución para la determinación última del contenido de sus prescripciones dejan de ceñirse al ámbito de lo jurídico para invadir el de lo específicamente político. No se remite ya únicamente la configuración de las condiciones normativas de administración de la fuerza organizada por el Ordenamiento, sino incluso la determinación del fin a cuyo servicio han de operar aquellas condiciones. La jurisdicción constitucional puede así desjuridificarse, toda vez que hace suyos objetivos que trascienden de manera evidente el único fin acorde con su naturaleza jurisdiccional: la

(60) Al respecto, cfr. E.-W. BOECKENFOERDE: *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, cit., págs. 1535 y sigs.

(61) Así, I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., págs. 43 y sigs.

(62) E.-W. BOECKENFOERDE: *op. últ. cit.*, pág. 1536. Ello significa, en palabras de este autor, el abandono de la incondicionalidad de las pretensiones basadas en derechos fundamentales.

(63) E.-W. BOECKENFOERDE: *op. últ. cit.*, pág. 1536.

garantía de la observancia de los procedimientos de producción de normas establecidos por el Ordenamiento; determinando los fines que a través de tales procedimientos pueden lícitamente perseguirse, el Tribunal Constitucional termina por hacer del sistema normativo un instrumento al servicio de otros objetivos, algo perfectamente admisible en el caso de los restantes órganos constitucionales, pero no para los órganos de naturaleza jurisdiccional, ya que para estos últimos el Ordenamiento nunca es instrumento, sino objeto cuya tutela constituye el fin y el fundamento de su existencia (64).

V. CONCLUSIONES

Las conclusiones que pueden extraerse de estas páginas y que constituyen la tesis que en ellas ha querido fundamentarse son las siguientes:

1. No hay más norma constitucional que la formalizada en el primer estadio de un Ordenamiento positivo. La distinción tradicional entre «Constitución en sentido formal» y «Constitución en sentido material» se fundamenta

(64) La «socialización» de las normas constitucionales redundará, en definitiva, en la desjuridificación de todo el Ordenamiento, ya que con ella se mixturarán dos tipos de realidades inconfundibles: la del *ser* y la del *deber-ser*. Al entenderse que las prescripciones jurídicas sólo se respetan en la medida en que el *deber-ser* efectivamente *sea*, se erige a la eficacia en criterio de verificación de la validez. De este modo sólo «valen» —sólo tienen existencia jurídica— aquellas prescripciones que alcancen a estructurar al *ser* en los términos idealmente establecidos por el *deber-ser*. Jurídicamente, sin embargo, un *deber-ser* no puede ser verificado en su corrección si no es en virtud de un criterio de su misma naturaleza, en concreto mediante la imputación —jurídica— de su contenido a una norma superior de la cual recibe su existencia. Si para que una norma sea jurídicamente correcta no es suficiente que se ajuste a las prescripciones de la norma superior en la que pretende fundamentar su validez, sino que es, además, necesario que se presente como un *deber-ser* capaz de conseguir que la realidad de *ser* se acomode al *deber-ser* ideado en aquella norma superior, entonces la frontera entre ambas realidades se hace imperceptible y con ella desaparece también el límite entre el Ordenamiento jurídico y la realidad sobre la que éste pretende incidir. El sistema normativo no verá en el *ser* aquella realidad de la que debe servirse en sus primeros estadios para la conformación de su propio instrumental y sobre la que debe proyectarse una vez dotado de sus propias categorías —y con arreglo exclusivamente a las mismas—, sino que se verá condicionado por ella en todas sus fases, de manera que su diferenciación como sistema respecto del entorno desaparecería por completo. La identidad del Ordenamiento exige que la validez de sus normas no esté condicionada en modo alguno por criterios «reales». Otra cosa será que sus contenidos puedan ser enjuiciados en términos de eficacia para verificar si el *deber-ser* incide realmente y con qué alcance sobre el *ser* que pretende organizar; pero es ésta una perspectiva sociológica que jurídicamente resulta irrelevante. Con las normas de programación final el Ordenamiento se abre de tal modo a su entorno que a la postre es éste el que decide la validez de sus prescripciones. El *ser* termina por condicionar al *deber-ser* y no a la inversa, es decir, el Ordenamiento no ordena a la realidad, sino que es ordenado por ésta.

en la idea de que lo definitivo de las normas constitucionales es, sin más, su condición causal de las restantes, siendo prácticamente indiferente que la causalidad lo sea de carácter lógico o de naturaleza positiva. Sin embargo, la única causalidad jurídicamente relevante —a todos los efectos, y no sólo a los de determinar el carácter constitucional o constituido de las normas de un Ordenamiento— es la positivamente instaurada por cada sistema normativo, de manera que las relaciones internormativas de dependencia lógica no tendrán más virtualidad que la que positivamente se les atribuya.

2. Sin embargo de lo anterior, la relevancia que para la jurisdicción constitucional tienen ciertas formas infraconstitucionales a la hora de determinar la juridicidad de otras formas idénticas o similares parece indicar que en nuestro Ordenamiento las normas constitucionales se encuentran escindidas en diferentes formas: la denominada expresamente «Constitución» y las referidas en el artículo 28 de la LOTC. Dicha relevancia puede, no obstante, explicarse sin perjuicio de la unidad formal de la Constitución en virtud de la categoría de la remisión como instrumento que permite el tránsito desde la formulación abstracta de los mandatos constitucionales hasta su configuración en términos concretos y singulares. El problema del «bloque de la constitucionalidad» se enmarca así en un ámbito de mayor amplitud y no menos dificultades: el de la identificación en cada momento del contenido de la forma constitucional, dado que a la unidad formal de la Constitución se contraponen la pluralidad de sus posibles contenidos y éstos sólo se perfilan progresivamente en cada una de las formas destinatarias de una remisión constitucional, configurándose definitivamente en la forma habilitada para desarrollar la remisión definitiva: las resoluciones de los órganos titulares de la jurisdicción constitucional.

3. Las remisiones constitucionales, inevitables en un Ordenamiento cuyas normas se encuentran formuladas en términos de abstracción y generalidad, pueden comprenderse en dos grandes categorías: las realizadas *expresamente* a favor de determinadas formas y las verificadas *de manera implícita* en beneficio de los órganos tutelares del Ordenamiento. Las primeras, por su parte, pueden ser imperativas o dispositivas. Las imperativas obligan a que la regulación de ciertas materias —esto es, la progresiva concreción de los mandatos constitucionales abstractamente formulados al respecto— se realice a través de determinadas formas, bien de forma exclusiva, bien compartidamente con otras formas también determinadas; ejemplo de este tipo de remisiones serían las efectuadas a favor de la ley orgánica en el artículo 81 de la Constitución. Las dispositivas, por su parte, confieren a ciertas formas, de existencia contingente, la facultad de atribuir a sujetos normativos de existencia igualmente contingente competencias para desarrollar a través de formas

específicas materias que en otro caso han de ser reguladas a través de formas y sujetos subsidiariamente previstos por la propia Constitución; sería el caso de los Estatutos de Autonomía y de las leyes del artículo 150 de la Constitución. En ambos tipos de remisión, la infracción de lo establecido en la forma habilitada recibe su sanción jurídica desde una sede distinta y superior a la ocupada por la forma titular de la remisión y por la que invade su ámbito de actuación: desde la forma remitente, esto es, desde la Constitución. La única diferencia estriba en que en el caso de las remisiones imperativas la infracción se entiende producida siempre que una forma no habilitada entre a regular la materia remitida a otra forma, aun cuando esta última no haya verificado la remisión de la que es destinataria; en el supuesto de las remisiones dispositivas, la forma habilitada actúa como condición de la actuación de la causa sancionadora de la infracción (la Constitución), ya que sin su existencia la infracción no puede darse y, existiendo, el carácter dispositivo de la remisión y de su contenido le autoriza a configurarse de maneras tan diversas que es preciso tenerla en cuenta al objeto de determinar si lo que antes era sólo posible ahora se ha convertido en necesario y condiciona por ello el contenido de otras formas jurídicas.

4. Las remisiones implícitas, es decir, aquellas realizadas a favor de los órganos tutelares del Ordenamiento y, más precisamente, en beneficio —en nuestro caso— del Tribunal Constitucional, terminan por hacer de éste un verdadero órgano constituido y, al tiempo, constituyente, no tanto por crear formas constitucionales —algo que obviamente le está vedado— cuanto por decidir los contenidos últimos de las formas que con tal carácter le corresponde salvaguardar. El componente decisorio que acompaña a todo tránsito desde lo abstracto hasta lo concreto no sólo se manifiesta de manera unidireccional, es decir, incidiendo únicamente en la configuración definitiva de las normas a aplicar sobre cada supuesto de hecho singular e irrepetible, sino que lo hace afectando de regreso a las formas jurídicas anteriores con las que los contenidos normativos definitivos deben cotejarse con anterioridad a su aplicación final al objeto de comprobar su adecuación a las prescripciones procedimentales del conjunto. Esta actuación pluridireccional del componente decisorio ínsito a toda aplicación normativa resulta de señalada trascendencia para la identificación en cada caso de los contenidos jurídicamente efectivos de la forma constitucional.

5. La función constitutiva del Tribunal Constitucional se ve considerablemente potenciada en virtud de los mecanismos correctores con los que este órgano intenta escapar a las drásticas consecuencias derivadas de los efectos de sus resoluciones al proyectarse sobre enunciados en los que se contiene una pluralidad de normas jurídicas. Entre ellos, la disociación de la nulidad

respecto de la inconstitucionalidad hace que quede en sus manos la decisión última acerca de la juridicidad de las normas sometidas a su enjuiciamiento, convirtiéndose en artífice no sólo de sus propias resoluciones, sino también del parámetro utilizado para realizar los enjuiciamientos sobre los que aquéllas deciden. Junto a ello, la introducción en la Constitución de normas de programación final hace que sus facultades de decisión rebasen el marco de la selección de normas para extenderse al de la selección de los fines que con tales normas deben perseguirse.

En definitiva, siendo única la forma constitucional, sus contenidos se deciden eventualmente en diferentes formas y lo hacen de manera definitiva en las resoluciones de los órganos tutelares del Ordenamiento. Para conjurar los riesgos que de ello pueden derivarse quizás no haya otro camino que el andado por el constitucionalismo anglosajón: *convenir* en unas técnicas de interpretación de las normas constitucionales cuya utilización por parte de los órganos jurisdiccionales no puede a la postre ser jurídicamente garantizada. La elaboración de esas técnicas es, hoy por hoy, la tarea urgente del Derecho Constitucional moderno.

NOTA

