

# JURISDICCION CONSTITUCIONAL E HISTORICIDAD DEL DERECHO

ANDRÉS OLLERO

*Magistrado Emérito Tribunal Constitucional  
Secretario General del Instituto de España*

La jurisdicción constitucional permite abordar de un modo privilegiado la realidad de derecho, incluyendo también su propia historicidad. Lo hace de un modo peculiar, como si aportara la ayuda de una lente de aumento. Si el derecho expresa un mínimo ético, tan mínimo como indispensable para posibilitar una convivencia realmente humana, la Constitución aspira a garantizar su núcleo duro: un mínimo del mínimo ético indispensable: derechos y libertades, junto a los esquemas procedimentales necesarios para el armónico funcionamiento de los poderes públicos.

## 1. PERMANENCIA CONSTITUCIONAL Y COYUNTURALIDAD HISTÓRICA

Con la ayuda de tal lente, podría pensarse que la historicidad escapa a la hora de profundizar en la dureza de ese núcleo. En efecto la Constitución aspira a garantizar permanencia, más que a desvelar la coyunturalidad histórica de lo jurídico. El contenido de los derechos y libertades, así como el marco procedimental que hace posible su garantía, no puede quedar al albur de las sucesivas mayorías, deseablemente alternantes. Así queda de relieve, por ejemplo, cuando prevé que los magistrados del Tribunal Constitucional sean “designados por un periodo de nueve años”<sup>1</sup>, de problemática rima con legislaturas que aspiran a durar cuatro o, como también ocurre, se contempla un Consejo General del Poder Judicial integrado por “veinte miembros

---

<sup>1</sup> Artículo 159.3 CE.

nombrados por el Rey por un periodo de cinco años”<sup>2</sup>, que propondrán a su presidente<sup>3</sup>.

A un oportunismo histórico, fruto del desborde de una partitocracia que convierte sus deberes constitucionales en prerrogativas al servicio de sus intereses, pertenece -por ejemplo- que la última reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>4</sup> ignore la citada duración del mandato de los magistrados constitucionales. Lo hace estableciendo que si “hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación”. Se les dan pues por cumplidos los meses o años que las cámaras tarden en cumplir con su deber.

El resultado dista de ser inocente. Los magistrados que tomaron posesión de su cargo el 12 de enero de 2011 solo estuvieron en él seis años, dado que los encargados de elegirlos en el Senado se tomaron tres años para reflexionar concienzudamente al respecto. Mientras, los de la hornada anterior se agobiaron en una tarea de doce años<sup>5</sup>, dislocando a la vez el juego de las mayorías en la elección de su presidente.

No menos coyuntural resulta que, cuando se cumplen dos años de retraso de la elección de los vocales del ya citado Consejo, se intente manipular la exigida mayoría parlamentaria “de tres quintos de sus miembros”<sup>6</sup>, a la vez que -en un alarde de incoherencia- se olvidan de restar en este caso a los futuros elegidos los años de retraso, en llamativa asimetría con lo impuesto a los miembros del Tribunal Constitucional.

---

<sup>2</sup> Artículo 122.3 CE.

<sup>3</sup> Artículo 123.2 CE.

<sup>4</sup> Ley Orgánica 8/2010 de 4 de noviembre, que modifica a Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en términos aún en vigor, al no haber sido recurrida.

<sup>5</sup> Cfr. I.BORRAJO *Renovarse o morir. El ritmo de las renovaciones del Tribunal Constitucional español* “Revista General de Derecho Constitucional” 2013 (16), págs. 51 y ss.

<sup>6</sup> Artículo 122.3 CE.

## 2. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

En todo caso, la pretensión de permanencia de la Constitución se traduce en su llamada *rigidez*, derivada de que solo puede ser modificada siguiendo los procedimientos especiales que ella misma señala; lo que la blindo ante posibles intentos planteados por leyes ordinarias. Esta situación se agudiza en aquellos textos constitucionales que señalan artículos de imposible modificación; lo que no es el caso en la Constitución española. No obstante, no han faltado críticas a los procedimientos previstos en ella<sup>7</sup>, sobre todo con ocasión del problemático encaje de propuestas de reforma estatutaria, llegándose a sugerir cómo habría que plantear la modificación de los Estatutos de autonomía para superar un bloqueo constitucional<sup>8</sup>. Particularmente enojosa resultó la situación cuando el referéndum sobre el texto de la última versión del Estatuto de Cataluña se vio modificado *a posteriori*, no solo por las Cortes sino también por una discutida –por represora o por laxa– sentencia del Tribunal Constitucional<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Valga como ejemplo lo previsto en el artículo 168 CE:

1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo Segundo, Sección 1. del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

<sup>8</sup> C. VIVER PI-SUNYER, que pasó de ser Vicepresidente del Tribunal Constitucional a presidir el Consejo Asesor para la Transición Nacional, principal animador jurídico del llamado *procés*, propuso hace dieciséis años hasta tres formas: “la menos complicada desde la perspectiva de los límites constitucionales es, sin duda, la tramitación paralela de la reforma estatutaria y de las leyes de transferencia. Las otras dos alternativas son: establecer en el Estatuto un mandato, que en realidad es una mera recomendación dirigida al legislador estatal para que dicte la pertinente ley de transferencia” y la tercera “introducir en una disposición adicional o en un anexo al Estatuto una proposición de ley orgánica de transferencia de funciones dirigida a las Cortes Generales” –*La reforma de los Estatutos de Autonomía. Con especial referencia al caso de Cataluña*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pág. 34, que incluye comentarios matizadores de los profesores F. BALAGUER CALLEJÓN y J. TAJADURA TEJADA.

<sup>9</sup> STC 31/2010 de 28 de junio, acompañada de cinco votos particulares.

### 3. DERECHO COMO INTERPRETACIÓN ARGUMENTADA

En todo caso la jurisdicción constitucional no lleva consigo menos reconocimiento de la historicidad del derecho que cualquier otra. También ella tiene como motor una ineludible dimensión interpretativa, particularmente acusada en el caso de las llamadas *interpretaciones conforme* al texto constitucional, que dan pie a *sentencias interpretativas*. Al fin y al cabo, el brocardo *in claris non fit interpretatio* parece a estas alturas, valga la paradoja, haber pasado a la historia. La dimensión hermenéutica del derecho lleva a considerar que la afirmación de que una solución jurídica es clara ignora que ella misma es fruto, más o menos consciente, de una previa interpretación. La dimensión existencial del razonamiento jurídico no sería pues sino interpretación argumentada.

Por otra parte, es notable la escasa presencia entre nosotros de un planteamiento *originalista* de la Constitución, que impediría toda *mens* constitucional diversa a la imaginada por los propios constituyentes. Arquetípico al respecto el tratamiento del *nasciturus*, según reconoce la aún última sentencia sobre el aborto<sup>10</sup>. Asunto distinto, como tendremos ocasión de comentar, es el alcance de la letra de la Constitución como límite de la actividad interpretativa.

### 4. DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

Es obvio que la progresiva decantación de la doctrina del Tribunal Constitucional incluye la posibilidad del frecuentemente llamado *overruling*, con la exigencia de una expresa justificación que respalde el cambio de criterio. No deja de ser significativa al respecto la doctrina generada por el Tribunal sobre el juego del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que rompe con el positivismo

<sup>10</sup> La STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5 que, tras admitir que “el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el art. 15 de la Constitución”, añade al margen del citado debate: “aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental”, estableciendo así que, aun diciendo “todos”, hay seres humanos que no son personas hasta que no nacen.

jurídico normativista por partida doble: al superar la idea del ordenamiento jurídico como conjunto de normas, aludiendo a los principios solo como fuente subsidiaria no autónoma sino poslegal, como el viejo derecho civil; mientras que en la Constitución<sup>11</sup> se los reconoce prelegales y decisivos como criterios interpretativos condicionadores del sentido de las normas, resaltando así el carácter inevitablemente valorativo de toda interpretación jurídica. No en vano se tocó a rebato, vía voto particular<sup>12</sup>, ante el posible sesgo iusnaturalista de tal constatación.

Como consecuencia la tópica alusión a la igualdad *ante* la ley, se vio bifurcada en igualdad *en* la ley y *en la aplicación* de la ley. De poco sirve que el legislador evite toda discriminación, si los encargados de aplicar la ley cambian de criterio ante casos similares.

Este nuevo panorama despierta una serie de problemas que la napoleónica versión de la aplicación no interpretativa de las normas había ocultado cautamente. Entre paradójicos miedos a que este control de constitucionalidad ponga en peligro a la independencia judicial, se comienza descartando que resulte exigible una igual interpretación de casos similares por órganos judiciales diversos, para limitar la inconstitucionalidad al cambio de criterio operado sin la obligada justi-

---

<sup>11</sup> Artículo 53.3 CE: 3. "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

<sup>12</sup> El del magistrado Díez Picazo a la temprana STC 34/1981, de 10 de noviembre: "el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas, lo que a mi juicio no es, en puridad, competencia del Tribunal. La referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional". Añadiendo que "la igualdad es igualdad en la ley positiva y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas. Por ello, no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las normas en cuestión a un principio general de derecho, no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los principios, cosa que a quien esto escribe le parece perfecta en términos valorativos, pero no como aplicación del artículo 14 de la Constitución ni como tarea general del Tribunal".

ficación por un mismo órgano judicial. Más tarde se precisará que las secciones de órganos colegiados se considerarán como órganos judiciales diversos. No falta tampoco alguna digresión sobre si el cambio de criterio ha sido o no inconsciente, como si un activismo judicial conscientemente llevado a cabo fuera en realidad inocuo.

Por vía de consecuencia no deja de entrar en juego un cierto *realismo jurídico* en el paso de la no justificación expresa a la tácita. Si se acepta que un cambio de criterio interpretativo reiterado consolida una modificación de doctrina sin necesidad de expresa justificación, nos encontramos con que un primer cambio injustificado sería inconstitucional, el segundo suscitaría alguna duda, mientras que el tercero deviene ya en constitucionalmente no problemático<sup>13</sup>.

## 5. RESPETO A LA LETRA CONSTITUCIONAL O METODOLOGÍA “PROGRESISTA”.

La preconstitucional reforma del Código Civil<sup>14</sup>, dentro de su Título Preliminar destinado a tratar “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, después de ocuparse en el capítulo primero de “Las fuentes del derecho”, hace decir generosamente al artículo 3.1, dentro del capítulo segundo dedicado a la “Aplicación de las normas jurídicas”: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

Particular significado cobra sin duda la pregonada relación de las normas con la *realidad social* y su referencia al *tiempo* en que han de ser aplicadas. Proyectada sobre el texto constitucional, una interpretación originalista solo encontraría acogida, dentro de este bodegón de criterios hermenéuticos, en los *antecedentes históricos*. Puede, sin embargo, salir mejor parado cualquier intento de utopía futurista,

<sup>13</sup> De todo ello me he ocupado con detenimiento en sucesivas ediciones de *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Cuadernos y debates nº 163), 2005.

<sup>14</sup> Consumada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley su nuevo texto articulado.

no identificada con el *progreso*, que nos situarían en tiempo gramatical muy distinto.

Para nadie es, sin embargo, un secreto, la frecuencia con que se habla con tono vanguardista, no a la *realidad social* presente sino a la que se da por hecho en el trabajo hermenéutico, que ha de servir de avanzadilla a una realidad social que ya iba siendo hora de poner por fin al día. En estos casos la presunta interpretación se convierte en profecía autocumplida. A su rebufo, o “vacío que deja un móvil y que puede aprovechar el que sigue”<sup>15</sup>, pueden acabar entrando en juego criterios supraconstitucionales, no por la ortodoxa vía del artículo 10.2 CE<sup>16</sup>, sino con apoyo en una jerga ya consolidada en encuentros internacionales patrocinados por los lobbies de turno, a la búsqueda de aterrizaje en documentos de mayor tronío.

## 6. DE LA HIDROLOGÍA JURÍDICA A LA INTERPRETACIÓN FORESTAL

Me sirvió de aviso, en mi comparecencia ante la Comisión de Nombramientos del español Congreso de los Diputados, previa a mi elección por más de tres quintos del Pleno como magistrado del Tribunal Constitucional, la pregunta del portavoz del partido socialista, que se interesó por cuál sería mi actitud si el me pasara un papel proponiéndome “un par de reformas en la Constitución”; ya que le “gustaría saber” si yo “firmaría o no. Una de ellas sería la siguiente: “el artículo 32 de la Constitución (...) dice exactamente que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. La cuestión consistía en que si cuando él “recogiera firmas a favor de que esa reforma dijera: Todos tienen derecho a contraer matrimonio”, yo “lo suscribiría o no”.

Mi respuesta fue: “me ha hecho su señoría tres preguntas que le agradezco, entre otras cosas porque son muy fáciles (...). La primera

<sup>15</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

<sup>16</sup> De acuerdo con el cual, “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

es la del artículo 32. Me parece muy bien enfocado lo que me ha dicho, porque el Tribunal Constitucional no tiene que dirimir debates morales. Cada uno tiene su código moral, es legítimo, y además tiene derecho a expresarlo sin que le insulten. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional no está para hacer una prórroga al debate político y el debate sobre si hay matrimonio homosexual o no es un debate político que se hace en esta casa. Un recurso no es una prórroga para decir: como hemos perdido aquí, a ver si hay más suerte en la prórroga. Lo que va a dictaminar el Tribunal Constitucional, cuando le toque, no sé si antes o después de que lleguen los candidatos actuales, es si para que haya una ley de matrimonio homosexual hay que cambiar o no la Constitución, como muy bien ha planteado su señoría<sup>17</sup>.

Desafortunadamente no hubo tal *reforma* de la Constitución. Se prefirió, pocos meses después, dar paso a una *mutación* constitucional, aprovechando una previsible mayoría entre los miembros del Tribunal, con nulo respeto al diáfano texto del artículo 32 CE.

Quizá para celebrarlo, se acudió a la vez a un estreno argumental. Cansados tal vez del habitual recurso a un planteamiento hidráulico del ordenamiento jurídico, con sus fecundas fuentes y sus inevitables lagunas, se prefirió brindar una oportunidad a lo forestal, injertando la literatura canadiense de la casi centenaria sentencia *Privy Council, Edwards v. Attorney General for Canada* de 1930, retomada más recientemente por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Citando la versión primigenia se descubrió de repente que en realidad “la Constitución es un «árbol vivo» que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad<sup>18</sup>”. No faltaron tres votos particulares más un cuarto concurrente, quizá más tajante.

Debo recurrir a una cita del mío, dado su paralelismo con el diálogo ya mantenido en el Congreso de los Diputados: lo que la “ley pone en juego no es tanto el matrimonio, como pudiera resaltarse

---

<sup>17</sup> Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. 9 de julio de 2012. Comisiones. Año 2012. X Legislatura. N° 144. Consultiva de Nombres, págs. 14 y 16.

<sup>18</sup> STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9.



también por motivos políticos o morales, sino en sentido estrictamente jurídico el alcance de la propia Constitución en su papel de control del poder legislativo”. Recordé también que el “Tribunal no tiene entre sus funciones convertirse en tercera cámara parlamentaria. No es menos cierto que tampoco puede conceder a determinado legislador un salvoconducto que lo libere de su responsabilidad de suscitar una reforma de la Constitución por la vía del art. 167 CE<sup>19</sup>, cuando sus proyectos legislativos así lo exijan”.

Puestos a señalar algún detalle positivo, es de resaltar que no se cayó en la inútil argucia de evitar el calificativo matrimonio *homosexual*, disfrazándolo de *igualitario*, como si no mereciera también tal adjetivo el heterosexual; ignorando de nuevo la literalidad del artículo 32 CE: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

En conclusión, no hay norma sin interpretación argumentada, pero no tiene sentido calificar de interpretación a la mera arbitrariedad.

---

<sup>19</sup> Que prevé:

1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.
2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma.
3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

# PROFESIONES JURÍDICAS Y DINAMISMO DEL DERECHO

DIEGO MEDINA MORALES  
ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ  
ANA-PAZ GARIBO PEYRÓ  
LUCIA APARICIO CHOFRÉ  
*(Coordinadores)*

**tirant lo blanch**

Valencia, 2023