

DR. ANDRÉS OLLERO TASSARA

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA



LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD ANTE EL JUZGADOR¹

Como ya se ha comentado, tenemos, en el caso español, un sistema concentrado de control de constitucionalidad, aunque pienso que sería más exacto decir un sistema concentrado de control de inconstitucionalidad. Digo esto porque, si se afirma que determinada solución a un problema es constitucional, podría pensarse que se trata de la única solución constitucional sobre el particular; sin embargo, si afirmamos que no es inconstitucional, admitimos que puede haber otras que tampoco

lo sean. En el fondo es un aspecto más de ese carácter de legislación negativa, que atribuía al control de constitucionalidad Hans Kelsen, que -como se sabe- es el creador de ese modelo.

El Tribunal Constitucional, o la Corte Constitucional, no pone Derecho, sino que lo quita. Extrae normas positivas, purificando el ordenamiento jurídico. Para crear Derecho ya está el legislador y -como ya se ha dicho esta mañana y seguiremos viendo- también, en

¹ Transcripción de la exposición oral realizada por el autor

cierta medida, los jueces en las diversas instancias de control. Como ejemplo de este aspecto me remitiría a una de las primeras sentencias -está cumpliendo ahora en España los cuarenta años- del Tribunal Constitucional, la 11/1981, que nos dice: “no compete, pues, al Tribunal en su función de órgano decisor de los recursos de inconstitucionalidad enjuiciar el mayor o menor acierto con que los operadores jurídicos están llevando a cabo la labor de aplicación”. No es esa su función, sino que simplemente establece si realmente esa solución a la que el legislador ha acudido es o no inconstitucional. En concreto, “el Tribunal no puede ni debe decidir si es o no constitucional el ordenamiento normativo español de la huelga” -que era el problema planteado en esa ocasión-, sino exclusivamente eran o no inconstitucionales los textos del decreto que lo regulaba.

Se ha hablado también esta mañana del neoconstitucionalismo. Una de las críticas que se ha dirigido a esta teoría es que cuestiona el principio de legalidad. Pienso que no es esa realmente la situación. Al hablar

de control de constitucionalidad, no estamos dejando al margen el principio de legalidad; de lo que está ocurriendo realmente la clave está en la existencia de lo que se ha llamado el giro hermenéutico en la manera de entender el Derecho. Hace ya cincuenta años, en la Ley Fundamental alemana, se alude a la necesidad de que los poderes públicos se sometan al Derecho y a la Ley. Derecho y Ley por tanto no son lo mismo. El positivismo legalista los identificaba. Entendía que solo era jurídico lo que el legislador había escrito. Pretendía incluso, mediante una metodología silogística, que el intérprete judicial se limitara a ser -como decía Montesquieu- “la boca que pronuncia las palabras de la Ley”. No es esta la cuestión. El juez no es un megáfono ni muchísimo menos, sino que tiene más relevante función.

En el fondo lo que se ha cuestionado es el paradigma normativista: la idea del Derecho como un sistema de normas, porque entran también en juego los principios. No como los entendía el Código Civil español, heredándolo del francés: como una fuente subsidiaria

cuando la ley se mostrara incapaz de solucionar un problema. Algo así he planteado a mis alumnos más de una vez... como fuera la misma legalidad presentada en spray; como si apretando las normas legales obtuviéramos un zumo -los principios generales del Derecho- que no añadiría nada a lo que las normas legales ya encerraban. Con tal zumo calafatearíamos un poco el ordenamiento jurídico, tapando sus porosidades.

Por ejemplo, el Profesor Díez-Picazo, que fue el ponente de la sentencia a la que me referí, planteó esta cuestión en otra, a propósito de algo muy interesante: el principio de igualdad en la aplicación de la Ley. Se habla mucho de que los ciudadanos son iguales ante la Ley; en consecuencia las leyes no pueden tratar de un modo diferente a unos y otros. Puede sin embargo ocurrir que el legislador haya cumplido perfectamente su función, tratando igual a los ciudadanos, pero luego el que aplica ley a casos idénticos -en el ámbito español ha ocurrido más de una vez- les atribuye soluciones dispares. Se vulneraría así el principio de igualdad

en la aplicación de la Ley.

A Díez-Picazo, que suscribe el modelo del positivismo legalista, le parece arriesgado pretender marginarlo. En un voto particular discrepante de la sentencia 34/1981 dice: “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 su juicio no es “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”.

No pretendo resucitar una vieja polémica, pero lo que sí digo, como fruto de los casi ocho años que llevo en el Tribunal Constitucional español, es que si a sus sentencias les quitamos las alusiones a lo razonable, se nos pueden quedar huecas, dada la

frecuencia con que en ellas se recurre a dicho término. El propio Díez- Picazo -en un intento de mantener la fórmula arcaica continúa afirmando que la igualdad sería "igualdad en la ley positiva y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas". El peligro radicaría en que "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 él le parecía "perfecta en términos valorativos, pero no como aplicación del artículo 14 de la Constitución ni como tarea general del Tribunal".

El citado artículo 14 se refiere a la igualdad y a la no discriminación. El está hablando de esos principios generales del Derecho que he presentado como legalidad en "spray"; pero existen unos principios constitucionales muy distintos. Son principios prelegales, que no los hemos sacado de las

leyes; al contrario, las leyes se están justificando en sus exposiciones de motivos, apelando a esos principios preexistentes que están intentando plasmar. Nos encontramos por tanto ante una situación muy distinta. Estos principios constitucionales, incluso en su versión menos incisiva, informarán -según el artículo 53.3 de la Constitución española- "la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos".

Luis Prieto Sanchís -a mi modo de ver, en España, el filósofo del Derecho más interesante de los últimos cuarenta años- se plantea esta cuestión y nos dice que el "papel que desempeñaba antes el Derecho natural respecto del soberano, lo desempeña ahora la Constitución respecto del legislador". "La Constitución es una ley del Estado, pero actúa como si fuera una norma superior a cualquier norma dictada por un órgano del Estado; en cierto modo, desempeña la función del Derecho natural". En consecuencia, la imagen del Estado Constitucional de Kelsen, como legislador estrictamente negativo, debe ser revisada; ya no basta

con apelar a la autoridad del soberano y al procedimiento, que es en sustancia lo que hacía el tribunal kelseniano, sino que es preciso también acudir a los contenidos. Esa extensión de la argumentación tiene mucho que ver con la interpretación y con el giro hermenéutico, con lo que “se amplían las fronteras del Derecho y del Estado de Derecho en detrimento de la esfera más decisionista o política dominada por la libertad de configuración legislativa o por la intuición subjetiva del juez”.

A esto hay que añadir un problema adicional. Hay una serie de positivistas -revisiónistas, diríamos- que intentan solventar esta cuestión de una manera menos clara: motejando al iusnaturalismo como iusmoralismo. Por ejemplo, Ronald Dworkin propone lo que él llama una “lectura moral de la Constitución”, que sería la clave de la integridad de su interpretación. El juez constitucional tendría como tarea añadir un capítulo nuevo a una novela que han venido otros escribiendo anteriormente; tiene que procurar que su capítulo sea congruente con

los anteriores para no afectar a la integridad de la novela en su conjunto. En esto consistiría la ya aludida rematerialización constitucional que detectaba el Profesor Rubio Llorente, que fue vicepresidente del Tribunal Constitucional español, cuando afirmaba: “no es en la Constitución, sino fuera de ella en donde el juez ha de buscar el criterio con el que juzgar sobre la licitud o ilicitud de las diferencias establecidas por el legislador”. Esto rompe con el punto de vista habitual sobre el particular y resalta el problema de las diversas interpretaciones de la Constitución, sobre el que ya hemos oído hoy algunos intentos de solución. Personalmente, si suscribo algo del positivismo, es la idea de que el Derecho y la moral son cosas distintas.

Soy jurista y sé que la justicia es una virtud moral, que consiste en dar a cada uno su derecho; pero ese derecho de cada uno no lo determinan los moralistas, sino que lo exigen los juristas; de ahí que sacar la moral a relucir en esto me parezca muy poco afortunado. Es consecuencia quizás de que se entiende que todo ejercicio de la

razón práctica es moral. Entiendo que esto no es así; también la razón jurídica es indudablemente razón práctica y no es moral. Hay que identificar a una exigencia como moral cuando tenga como objetivo el logro de la máxima perfección ética individual. Sea cual sea el código moral que se maneje: el ser más feliz, ser el más útil o ser el ser más santo; cada uno tendrá su código moral y en todos ellos se tiende a un maximalismo: a llegar a ser lo más feliz, útil o santo posible.

Obviamente, será una determinada concepción antropológica la que llevaría a asumir uno u otro código moral en relación a lo que se considere que perfecciona del modo más excelso al ser humano. El Derecho tiene como objetivo exigencias más modestas; lo que ha llevado a que con toda razón se lo caracterice como un mínimo ético, ya que con ese logro se conforma: posibilitar una pacífica y ordenada convivencia, que dejaría campo abierto para que cada cual pueda aspirar a las más ambiciosas metas morales. Claro que al carácter de mínimo ético hay que añadir otro elemento

decisivo se trata de un mínimo ético indispensable; si no defendemos los bienes jurídicos básicos, que son lo que sirven de fundamento a los derechos fundamentales, estaríamos indudablemente rompiendo una convivencia que merezca el nombre de humana.

En el fondo lo que está ocurriendo es que habría que replantear el afán de los positivistas por ser considerados “científicos del Derecho”. No pienso que los juristas deban pretender ser científicos; basta con que sepan razonar y argumentar. Presumían de que lo eran, porque se limitaban a describir lo que el Derecho es y no a plantearse lo que el Derecho deba ser. El problema que se les escapaba es que cualquier descripción del Derecho acaba siendo casi inevitablemente valorativa. Describir el Derecho como es lleva en realidad a reconocer que en su dinámica entran en juego elementos jurídicos no formalmente positivados o a los que sólo cabe considerar positivados de modo implícito.

Como consecuencia, lo que ocurre

es contrario a lo que se tiende a dar por bueno. Muchos piensan que el Derecho es un brazo coactivo para defender los principios morales más importantes. No comparto ese planteamiento. Quizá se recordaban las Tablas del Sinaí, que nos dicen: no robar, no matar, no mentir. Los consideran por ello preceptos morales, que luego el Derecho deberá positivizar. No estoy de acuerdo. Se trata de exigencias jurídicas tan relevantes que también han sido reveladas. Es lógico que esa revelación incluya elementos jurídicos, precisamente porque no cabe una convivencia realmente humana mintiéndose, robándose o matándose unos a otros. Suele ocurrir cuando la atracción de los maximalismos morales lleva a olvidarse del mínimo ético.

El Derecho confluye con la moralidad en lo que se refiere a la vida de la persona en sociedad. Esas confluencias llevan en ocasiones al Derecho a generar exigencias morales; por tratarse de una exigencia jurídica -mínima e indispensable- genera una obligación moral; no al revés. Sin incurrir en fundamentalismos, la justicia es dar a

cada uno lo suyo, pero quien determina lo que es suyo de cada uno es el Derecho. Lo jurídico no tiene demasiado que ver con virtudes morales; si acaso, tendría más relación con la prudencia, que ayuda a determinar lo suyo de cada uno, que con la justicia, que anima a respetarlo. Lo que los sistemas jurídicos incorporan con frecuencia, en la identificación y la aplicación del Derecho, no son consideraciones morales, sino consideraciones jurídicas aún no formalmente homologadas.

La consecuencia sería que el Derecho realmente es interpretación argumentada. Ha de ser la jurisdicción ordinaria, la primera en asumir la interpretación de la Constitución, siendo su tarea la primera también en experimentar el cambio de paradigma que hemos analizado. Lo decisivo no fue tanto la entrada en juego de la Constitución, con el consiguiente constitucionalismo teórico, sino el giro hermenéutico y argumentativo experimentado por la filosofía jurídica y su inevitable incidencia tanto sobre los planteamientos positivistas como sobre los iusnaturalistas.

□

DR. ANDRÉS OLLERO TASSARA

Su actividad docente e investigadora transcurrió en Granada desde 1965 hasta 1999, desde entonces es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid; siendo nombrado Magistrado del Tribunal Constitucional en 2012, trabajo que le ha inspirado para su último libro “Filosofía del Derecho y Constitución”.

Es autor de más de 350 publicaciones científicas, siendo reconocido su trabajo por la Comisión Nacional de Evaluación Científica de seis sexenios de investigación.

Además ha sido ponente en Congresos internacionales de filosofía jurídica y social, y colaborador habitual de varios diarios y revistas; actualmente también se destaca como académico en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Academia Chilena de Ciencias, Sociales, Políticas y Morales y de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia; y, es Miembro Titular de la Académie Européenne des Sciences, Arts et Lettres, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, entre otros.

Ha sido becado por las Fundaciones Juan March y Oriol-Urquijo, el Deutscher Akademischer Austauschdienst y el Istituto Italiano di Cultura, y participado en estancias de investigación en las Universidades de Munich y Roma.

En 2010 fue investido Doctor honoris causa por la Universidad “1 Dezebrie 1918” de Alba Iulia en Rumania, asimismo ha recibido merecimientos honoríficos por parte de varios países. Cabe mencionar que también se desempeñó como Diputado por Granada desde la III a la VII Legislatura.



*M*EMORIAS
DE LAS
JORNADAS ACADÉMICAS
“DERECHO CONSTITUCIONAL
PARA OPERADORES DE JUSTICIA”

UNIVERSIDAD
INTERNACIONAL
DE LA RIOJA

unir

QUITO, 17 Y 18 DE FEBRERO, 2020