

UNA GRAN NOVELA

Andrés OLLERO

«La experiencia de los más de treinta años de vigencia de la Constitución me ha llevado a la conclusión, que para mí es una convicción profunda, de que las cosas salen mejor cuando se ajustan a lo querido por la Constitución y salen peor cuando se apartan de lo que la Constitución establece».

Javier Delgado Barrio ¹

Ronald DWORKIN, figura polémica de la teoría del derecho y la filosofía política desaparecida en 2013, prestó atención muy especial a la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano. Rechazó tanto los planteamientos *originalistas*, que pretendían embalsamar la voluntad —real o imaginada— de los constituyentes², como un evolucionismo de corte *historicista* o el voluntarismo *pragmático* de unos «arquitectos del futuro». Su modelo era el despliegue de la *integridad* constitucional³, actualizando en la historicidad social un acervo de principios que implicaban una teoría de lo justo.

Su conocida metáfora, con la que ejemplificaba la tarea a llevar a cabo por magistrados leales a ese punto de partida, era su mutua colaboración en la paulatina redacción de una novela-río. Tendríamos que imaginar que «un grupo de novelistas se compromete en un proyecto particular. Echan suertes para determinar el orden de intervención». Cada uno «ha de añadir un capítulo a la novela, y lo ha de escribir de forma tal que logre que esté construida como la mejor novela posible. Cuando completa su capítulo, envía los dos capítulos al siguiente novelista»⁴.

¹ Epígrafe 1 A) de su voto particular a la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre Estatuto de Autonomía de Cataluña. Lo reitera, con fórmula más breve, en el epígrafe 4 del voto en que discrepa de la STC 66/2011, de 16 de mayo.

² R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, pp. 29-30.

³ R. DWORKIN, *Law's Empire* Oxford, Hart Publishing, 1998, pp. 94, 243, 368 y 410.

⁴ R. DWORKIN, «Natural Law Revisited», *University of Florida Law Review*, 1982 (XXXIV), pp. 166-167.

A mí me cayó en suerte —nunca mejor dicho— continuar el capítulo escrito por Javier DELGADO en lo relativo a asuntos vinculados a la Sala Primera del Tribunal⁵. La verdad es que recibí del magistrado DELGADO bastante más que algún que otro asunto en estudio. La primera llamada que recibí, nada más hecha pública mi candidatura, fue la suya. No disimulé que no le movía sólo nuestra ya antigua amistad, forjada con motivo de sus comparecencias, como presidente del Consejo General del Poder Judicial, ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados en la que yo oficiaba como portavoz. Me brindó el inesperado regalo de sus dos más eficaces colaboradores. Evitando su cambio de aires me hizo un gran favor; según puedo ya con fundamento corroborar, no me equivoqué al confiar en su don de consejo.

Volviendo a la tarea, que no ha de ser autobiográfica, las indicaciones para los implicados eran claras: habrían de asumir «el deber de crear, tanto como puedan, una novela singular y unificada más que, por ejemplo, una serie de historias cortas e independientes con personajes que tuvieran los mismos nombres». Se les sugería como modelo el ejemplo «del Antiguo Testamento» o, «según algunas teorías, de la *Ilíada*»⁶. Como consecuencia, «la interpretación constitucional es disciplinada», sometida al «requisito de integridad constitucional. Los jueces no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución». Deben más bien «mirarse a sí mismos como socios de otros funcionarios, del pasado y el futuro» y «tener cuidado de ver que lo que ellos aportan se ajuste al resto»⁷.

Es obvia la aportación subjetiva que el empeño lleva consigo y su inevitable exposición a la crítica. Conviene, sin embargo, no engañarse. Si se les acusa de «haber reescrito la “verdadera” novela para producir una distinta que es más de su agrado», se estará pretendiendo que esa «verdadera» novela puede hallarse sin necesidad de «un proceso de interpretación». Lo que en realidad se está evidenciando es que el crítico «no está de acuerdo con las convicciones estéticas e interpretativas sobre las cuales se basaron». El quid de la cuestión radica en que el desacuerdo no consiste en que «esa persona piense que deberían respetar el texto mientras que ustedes piensan que son libres para interpretarlo. Su desacuerdo es más interesante: disienten acerca de lo que significa respetar este texto»⁸; o sea, el respeto a la concepción de lo justo que le brinda sentido.

Sin duda, la tarea más honrosa del magistrado es expresar como ponente «el parecer del Tribunal»; pero, dado el ya indicado carácter coral del relato, resulta obvio que su aportación subjetiva quedará con más nitidez de relieve al filo de sus discrepancias. No es difícil identificar las opiniones de cada magistrado del Tribunal Supremo norteamericano. Menos fácil es lograrlo en el caso de nuestro Tribunal Constitucional, que tiene por costumbre no hacer públicos los resultados de sus deliberaciones, limitándose a contrastar el texto apoyado por la mayoría con el de los eventuales votos particulares. Esto puede invitar engañosamente a pensar que quienes no los firmaron votaron con la mayoría; una relación siete-cinco se puede ver así convertida en once-uno, si sólo uno de los discrepantes se decide a redactar tal voto. Esto me ha animado a seleccionar una veintena de votos particulares del magistrado Javier DELGADO, para derivar de ellos las opor-

⁵ Recibía a la vez en el Pleno el legado de mi antigua colega en la universidad granadina E. PÉREZ VERA, así como algunas carpetas de la Sección Segunda ya que P. PÉREZ TREMPs se trasladaba a otra.

⁶ R. DWORKIN, «Natural Law Revisited» (cit. n. 4), p. 167.

⁷ R. DWORKIN, «The Moral Reading and the Majoritarian Premise», en H. HONGJU y R. SLYE (eds.), *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven and London, Yale University Press, 1999, pp. 89-90.

⁸ R. DWORKIN, *Law's Empire* (cit. n. 3), p. 238.

tunas consecuencias. No cabe excluir, por supuesto, que en alguna ocasión —tras «haber expresado con la máxima fidelidad el parecer de la Sala» desestimando un amparo— haya acabado a la vez formulando voto discrepante⁹.

1. EL DERECHO COMO INTERPRETACIÓN

En mis no pocos años de docencia universitaria he tropezado con frecuencia con una teoría del Derecho cuya hegemonía parece mantenerse por pura inercia. Derecho sería lo que pone el legislador, de una vez por todas, componiendo —con ayuda de no se sabe qué mano invisible— un sistema de normas, destinadas a verse aplicadas con aire técnico y obligada renuncia a juicios de valor. Toda una ideología sin mayor fundamento en la realidad. No poco se prestan algunos administrativistas a colaborar en el empeño, con más de un magistrado de lo contencioso en línea de combate. He llegado a ver alguna sentencia del Tribunal Constitucional, de cuyo número no quiero acordarme, en la que se presentaban sus fundamentos con toda seriedad como si fueran premisas de un silogismo.

No extrañará pues que me haya saltado a la vista en primer lugar, al repasar estos votos particulares, la atención que el magistrado Javier DELGADO presta al papel de la interpretación. Casi llego a sospechar que no le importaría hacer suyo el cambio de título que se produjo sobre la marcha en una reciente conferencia en la Universidad Rey Juan Carlos. El orador, invitado a hablar de «La interpretación del derecho», prefirió hacerlo sobre «El derecho como interpretación». Quizá sea similar convencimiento el que le lleva a apuntar con agudeza en más de una ocasión, a propósito de las polémicas *sentencias interpretativas*: «Tanto las sentencias estimatorias como las desestimatorias, en cuanto que han de llegar a un determinado entendimiento del precepto discutido, podrían considerarse interpretativas»¹⁰. Obviamente no mostrará reparo alguno sobre las auténticamente tales, en las que se «excluye una cierta interpretación por inconstitucional», o se «impone otra por entender que es la conforme con la Constitución».

Con lo que DELGADO se muestra decididamente disconforme es con versiones que considera patológicas. Tendrá ocasión de reflejarlas en su voto más extenso, a propósito del nuevo estatuto catalán. A la hora de manejar «la más sabia de nuestras Constituciones» —la de 1978— no tiene nada que objetar respecto a «una interpretación evolutiva, que respetando con plena fidelidad su espíritu, se adapte a las nuevas circunstancias de los diversos aspectos de la realidad». No reconoce sin embargo tales exigencias en «la definición de Cataluña como nación»; a su juicio, «contradice frontalmente el fundamento mismo de la Constitución — art. 2 CE—, que en su sistema sólo admite una nación que es la Nación española»¹¹.

Más drástico se mostrará a la hora de rechazar las que la doctrina italiana calificaría más bien como sentencias manipulatorias. En ellas el Tribunal «se aparta

⁹ Así queda de relieve en el epígrafe 1 de su voto particular a la STC 206/2003, de 1 de diciembre, al que se adhirió la magistrada M.^a E. CASAS. También en epígrafe similar del voto particular a la STC 259/2005, de 24 de octubre; así como en la introducción al que formuló a la STC 66/2011, de 16 de mayo.

¹⁰ Epígrafe 4 del voto particular a la STC 59/2008, de 14 de mayo, que aborda una cuestión de constitucionalidad relativa al principio de igualdad y la violencia de género. Reiterará la afirmación en el epígrafe 2 del voto sobre la STC 31/2010, de 28 de junio, relativa al Estatuto de Cataluña.

¹¹ Sin duda «la Constitución puede reformarse, pero no es el Estatuto, norma subordinada a la Constitución, cauce hábil para ello» —epígrafe I A) de su voto discrepante de la STC 31/2010, de 28 de junio.

de la función estrictamente jurisdiccional que le es propia para, en lo que denomina interpretaciones, crear unas normas nuevas invadiendo el campo funcional del legislador». Es obvio que «salva así de la declaración de inconstitucionalidad muchos preceptos, pero esto se logra atribuyéndoles un sentido diferente, a veces contrario, al que su texto expresa e incluso en ocasiones se les despoja de toda virtualidad jurídica, reduciéndolos a meros propósitos o a simples pretensiones o sugerencias y, en algunos casos, a descripciones de la doctrina del Tribunal Constitucional»¹².

Javier DELGADO, de cuya superación del normativismo habré de ocuparme, se muestra consciente de que el derecho como interpretación no *describe* un *texto* normativo sino que *comprende* su *sentido*. Para usurpar funciones no precisa un juez introducir de matute una nueva norma; con que cambie el sentido de la existente será bastante. Así ocurre cuando la sentencia que critica «no declara la inconstitucionalidad de preceptos estatutarios», que en su opinión «son claramente inconstitucionales, atribuyéndoles un sentido distinto al que deriva de su texto, con lo que se crea una norma nueva, cometido propio del legislador»¹³.

No le parece pues tendencialmente satisfactorio el balance cuando «declaraciones que se dicen interpretativas» dejan de serlo. Un ejemplo se le queda clavado; no en vano presidió la institución: «Bastará recordar en esta línea en qué ha quedado —en nada— la interpretación que el Tribunal hizo en la STC 108/1986, de 26 de julio, FJ 14, del art. 112 LOPJ, respecto de la elección parlamentaria de los doce Vocales Jueces del Consejo General del Poder Judicial, en la que se destacaba que si se distribuían “los puestos a cubrir entre los distintos partidos” resultaría frustrada la finalidad perseguida por la Constitución. Y esto es exactamente lo que ha ocurrido: se ha frustrado la finalidad perseguida por la Constitución»¹⁴.

Su percepción de la dimensión hermenéutica de la actividad jurisdiccional no lleva, sin embargo, a DELGADO a abandonar la idea de *sistema*. No dudará en suscribir «la importancia de la interpretación sistemática, consecuencia del principio de unidad de la Constitución»¹⁵. Estima preciso constatar que «las normas no viven solas, conviven unas con otras y esta convivencia da lugar a que aquéllas se influyan recíprocamente en su sentido para lograr un resultado final armónico». De ahí la importancia de «tomar en consideración el “contexto” de la norma»¹⁶. En consecuencia, no tendrá tampoco nada que objetar respecto a la «interpretación sistemática y finalista del art. 153.1» del Código Penal, que detecta en el intento de justificar la diversidad de trato a varón y mujer en episodios de violencia doméstica. Lo que no tiene tan claro es que en este caso se hayan «respetado las garantías materiales de la predeterminación normativa propia del ámbito sancionador que se establecen en el art. 25.1 CE»¹⁷.

¹² «Con todo lo cual viene a dar una redacción nueva a no pocos aspectos del Estatuto», dictamina en el citado epígrafe 1 A) de su voto sobre la STC 31/2010.

¹³ Epígrafe 1 A) de su voto particular a la STC 31/2010, de 28 de junio.

¹⁴ Epígrafe 1 C) de su voto particular a la STC 31/2010.

¹⁵ Con cita de la STC 179/1994, de 16 de junio, FJ 5, en su voto particular a la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, epígrafe 2 C) b); sobre la fallida propuesta de tratado constitucional europeo. Referencia similar en el epígrafe 2 del voto discrepante del ATC 505/2005, de 13 de diciembre, sobre legitimación de una magistrada en actuaciones judiciales no estrictamente procesales.

¹⁶ Epígrafe de su voto discrepante de la STC 222/2006, de 6 de julio, sobre exclusión «del Lehendakari de la congelación salarial general establecida» para todo el «personal al servicio del sector público», al que se adhieren los magistrados CONDE MARTÍN DE HIJAS, GARCÍA-CALVO y RODRÍGUEZ ARRIBAS.

¹⁷ Epígrafe 3 de su voto particular a la STC 59/2008, de 14 de mayo.

2. EL TENOR LITERAL DE LA NORMA

Para Javier DELGADO la dimensión interpretativa del derecho no es una invitación a suscribir cervantinamente lo de *a quien Dios se la dé san Pedro se la bendiga*. En todo caso, «el resultado del entendimiento de la literalidad de la norma no puede considerarse, sin más, definitivo». Distinguirá entre el ámbito de la legalidad ordinaria y el propiamente constitucional. En el primero, la interpretación literal «es un mero punto de partida»; «imprescindible, sí, pero necesitado de la colaboración de otros criterios hermenéuticos que vengan a corroborar o corregir los resultados de un puro entendimiento literal de las normas según el sentido propio de sus palabras». Menos campo de juego admite «en el ámbito de la normativa constitucional», ya que «el respeto de la Constitución que el art. 9 de la misma impone a todos los Poderes Públicos hace necesario que una interpretación que conduzca a un resultado distinto de la literalidad del texto sólo sea pensable cuando existe ambigüedad»¹⁸.

Es inevitable ese juego mutuo entre legalidad y constitucionalidad. «La garantía judicial de un derecho fundamental, tiene necesariamente que proyectarse no sólo sobre la legalidad sino también sobre la constitucionalidad», lo que —respecto a cuándo un juez estaría legitimado para plantear cuestión de constitucionalidad— obliga a superar «la pura literalidad del art. 163 CE», para buscar «su entendimiento, con un criterio sistemático, a la luz de las exigencias del “contexto” que es el art. 117.4 CE». Como consecuencia, tendrá tal legitimación una juez encargada del Registro, aunque su actuación «en garantía de un derecho fundamental, se produzca en un cauce procedimental de naturaleza no procesal»¹⁹. Algo no muy distinto habría ocurrido cuando se replanteó constitucionalmente el concepto civil de domicilio, postulando «en el terreno de la ejecución forzosa de los actos de la Administración», una «actuación judicial» que «claramente, no tenía naturaleza procesal»; lo que implicaba «la superación de los resultados de una interpretación literal»²⁰.

En todo caso, habrá un juego mutuo entre los criterios hermenéuticos vinculados a literalidad y sistemática, sin que quepa prescindir del primero. Rechazará por ello el intento de «descartar por razones de pura sistemática institucional», la obligada convocatoria regia de «los referendos previstos para la reforma de los Estatutos de Autonomía aprobados por la vía del art. 143 CE, al no tratarse de una modalidad de referéndum impuesta por la Constitución». Su respuesta será que «no puede tratar de encontrarse una adecuada “sistemática institucional” en contra del tenor literal de las disposiciones constitucionalmente relevantes»²¹. En consecuencia, no considera «correcta una interpretación sistemática por la cual la regulación de un referéndum no previsto en la Constitución y contenida en una normativa infraconstitucional sirva para dejar sin efecto lo establecido expresamente en la Constitución para un referéndum que ella ha previsto». No cabría en este caso hablar de «interpretación evolutiva», ya que esta impondría más bien «la conclusión contraria», exigiendo «la convocatoria regia en los referendos propios de los Estatutos aprobados por la vía del art. 143 CE»²².

¹⁸ Entresacando referencias a sentencias previas, en el epígrafe 2 de su voto particular al ATC 505/2005, de 13 de diciembre.

¹⁹ Esto es lo que le llevará a discrepar del ATC 505/2005, de 13 de diciembre —epígrafe 4 de su voto—.

²⁰ Evoca pues la STC 76/1992, de 14 de mayo, en apoyo del epígrafe antes citado.

²¹ «Que con una meridiana claridad someten a la reserva de ley orgánica la regulación de los referendos previstos en el art. 152.2 CE» —epígrafe 15 B) a) de su voto discrepante de la STC 31/2010, de 28 de junio.

²² *Ibid.*

En general, su voto particular a esta sentencia sobre el Estatuto de Cataluña, será una continua denuncia de lo que considera un excesivo desparpajo en el manejo del tenor literal del texto sometido a escrutinio; ello llevará a proceder a un continuo ejercicio de dardo en la palabra digno de LÁZARO CARRETER. Así ocurrirá, por ejemplo, con las versiones que se ofrecen de la expresión «en todo caso». Aunque se atribuyan —en tales términos— competencias a la Generalitat, se los traduce de modo que la expresión en todo caso «ha de entenderse en sentido meramente descriptivo o indicativo [...] sin que las competencias del Estado resulten impedidas o limitadas en su ejercicio». Esto le parece «sencillamente incompatible con su tenor literal, tal como lo concreta el Diccionario de la Academia»; aparte de que priva de sentido a esas previsiones estatutarias y «las vacía completamente de todo contenido jurídico: estas cláusulas no incorporarían norma alguna al sistema»²³.

Su guerra al escamoteo lingüístico le llevará igualmente a denunciar que lo que en el Estatuto aparece como un «mandato dirigido al Estado, para la sentencia, queda reducido a la expresión de un propósito de colaboración de la Generalitat». Igualmente, mientras una disposición estatutaria «imperativamente, prescribe una inversión del Estado en infraestructuras para un periodo de siete años», la sentencia entiende que ello «deja en plena libertad a las Cortes Generales a la hora de aprobar los Presupuestos Generales del Estado», con lo que «reduce la norma a una sugerencia»²⁴.

Basta, por otra parte, convertir en determinado un artículo indeterminado, para que se produzca una notable alteración de sentido, aunque la sentencia criticada no parezca concederle más importancia. Así la afirmación de que el catalán es «la lengua de uso normal» —con artículo determinado— implicaría, a su juicio, que «el castellano no es lengua de uso normal»; la sentencia prefiere no inmutarse, optando por «un razonamiento que implica que el catalán es una —no la— lengua de uso normal»²⁵. El Estatuto impone por lo demás «el deber de conocer el catalán» a «los ciudadanos de Cataluña», olvidando que según la doctrina constitucional «de la cooficialidad para los ciudadanos derivan derechos y no deberes»; pero, para la sentencia, la expresión «ciudadanos de Cataluña» es un paralelo a la de «todas las personas». En consecuencia, «no son todos los ciudadanos de Cataluña sino sólo algunos de ellos, los que se encuentran en unas determinadas situaciones de sujeción especial: los alumnos de centros de enseñanza y los funcionarios públicos»²⁶.

Estos escauceos lingüísticos llegan a poner en cuestión, en otro contexto, las exigencias de tipicidad propias de las normas penales. La aplicación al varón de una pena más grave que a la mujer en episodios de violencia doméstica llevaría a pensar que «la norma cuestionada en la pura literalidad de su redacción es claramente inconstitucional». La sentencia, sin embargo, opta por «la introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido expresamente».

²³ Epígrafe 3 B) a) c' del voto particular a la STC 31/2010, de 28 de junio. Debo agradecer al letrado H. LOSADA su observación de que J. DELGADO matizó o suavizó un tanto su posición sobre este tema en el posterior voto particular, que suscribió conjuntamente con el magistrado M. ARAGÓN, a la STC 137/2011 de 14 de septiembre; en su epígrafe 5 se trae a colación la interpretación de conformidad sentada en la STC 31/2010, FJ 59, para recordar que cuando se atribuyen estatutariamente competencias a la Comunidad Autónoma hay que entender que «en todo caso» las competencias del Estado, tanto si son concurrentes, como si son compartidas con las de la Comunidad Autónoma, no resultan impedidas ni limitadas en su ejercicio.

²⁴ Epígrafe 3 B) b) y c) del citado voto.

²⁵ Epígrafe 7 A) del voto discrepante de la STC 31/2010, de 28 de junio. Lo mismo ocurre con su carácter vehicular: epígrafe 7 B) a).

²⁶ Epígrafe 7 B) b) del citado voto.

Habría que entender que «para que una conducta sea subsumible en el art. 153.1 CP no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los hechos» mereciera ser considerado como «manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»²⁷.

3. LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD

La referencia a un diverso contexto interpretativo en el ámbito de la legalidad y en el de la constitucionalidad, de no fácil asimilación para quienes llegan al Tribunal Constitucional tras largos años de destacada labor en el Supremo, no lleva a Javier DELGADO a ignorar el inevitable entrelazado entre ambos planos. Hará más énfasis en cómo para el escrutinio de constitucionalidad será inevitable entrar, se quiera o no, a interpretar la ley, que en la necesidad de tener muy presente la Constitución cuando se lleva a cabo lo contrario.

En efecto, la puesta en marcha del control de constitucionalidad de una ley obligará a «indagar el sentido de esta norma», lo que implica una «operación que forzosamente coloca a este Tribunal en el terreno de la interpretación de la legalidad»; esta se convierte en «un *prius* lógico insoslayable para decidir sobre la constitucionalidad del precepto debatido»²⁸.

El entrelazado se convierte en enredo cuando lo que se cuestiona es si determinada interpretación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional respeta la Constitución. La polémica reforma sobre el sistema de elección de sus miembros por el Senado, la posibilidad de ignorar el mandato de nueve años que la Constitución asigna a los magistrados y la habilitación del legislador a sí mismo para continuar ignorándolo, se presta a ello.

Obviamente «este Tribunal está vinculado por su Ley Orgánica, pero cuando ésta es objeto de un recurso de inconstitucionalidad, la sujeción del Tribunal a su Ley Orgánica queda sustituida por la posición de órgano de control de la constitucionalidad de la ley»; no en vano lo presenta «habilitado, en su caso, para expulsar el precepto impugnado del ordenamiento jurídico». Aun si se admitiera «una diferente intensidad en el control» constitucional de unas u otras leyes, su «conclusión sería exactamente la contraria de la que señala la Sentencia: el control de constitucionalidad de la LOTC ha de ser particularmente incisivo y profundo»²⁹.

Se muestra, en todo caso, consciente de que escrupulosas interpretaciones en el plano de la legalidad no pueden evitar suscitar la pregunta sobre su constitucionalidad. Así ocurre cuando se descarta la legitimación de concejales para impugnar resoluciones de órganos municipales de los que no forman parte. Sin duda el «derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal» y, como consecuencia, «la apreciación de cuándo concurre un interés legítimo, y por ende la legitimación activa para recurrir en vía contencioso-administrativa, es, en principio, cuestión de legalidad ordinaria». No cabe, sin embargo, olvidar a la vez que «en el terreno de la legitimación está en juego el acceso a la jurisdicción», por lo que «habrá de desplegar su máxima eficacia el principio *pro actione*». Esto exige

²⁷ Epígrafe 1 del voto particular a la STC 59/2008, de 14 de mayo.

²⁸ Con cita de la STC 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 6.º, en el epígrafe 2 de su voto particular a la STC 31/2010, de 28 de junio. Similar afirmación y referencia en el epígrafe 1 de su voto discrepante de la inmunidad del Lehendakari a recortes presupuestarios dictaminada por la STC 222/2006, de 6 de julio.

²⁹ Epígrafe 1 de su voto discrepante de la STC 49/2008, de 9 de abril.

«evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento del fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad»³⁰.

Igualmente, cualquier excepción, «en el terreno de la legalidad ordinaria», llevaría a una «interpretación restrictiva o por lo menos estricta», que negaría legitimación a quienes no han tenido oportunidad de votar en contra. Pero la pregunta seguirá en pie: «Desde el punto de vista constitucional ¿pueden considerarse razonables esas exigencias propias de la excepción?»³¹.

Este entrelazado va a exigir una particular delicadeza a una y otra jurisdicción, dentro de un inevitable *diálogo de tribunales*. La posibilidad de que el Tribunal Constitucional se exceda, invadiendo el campo propio de la jurisdicción ordinaria, es obvia. Javier DELGADO —que no en vano presidió el Supremo entre sus atípicas dos magistraturas constitucionales— se muestra particularmente sensible al respecto³².

Su doble denuncia de invasión se centrará significativamente en las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre la ilegalización sucesiva de la coalición Bildu y el partido Sortu. En el primer caso lo que para la mayoría no pasa de mera «sospecha» le parece, por el contrario, «resultado de la valoración de la prueba practicada», a su juicio, «de modo razonable y no arbitrario»; a su luz Bildu aparece «como continuadora del partido político ilegalizado Batasuna». Reiterando el canon establecido como síntoma de respeto a la jurisdicción ordinaria, considera «razonable y no arbitrario», su «pronunciamiento negativo» sobre el «valor de contraindicio» que cabría atribuir al hecho de que la coalición esgrima una «oposición genérica al uso de la violencia»³³.

No muy diferente le parece la situación en el caso de Sortu. La sentencia «en un claro exceso invade el campo que el art. 117.3 CE encomienda en exclusiva a la jurisdicción ordinaria». De nuevo, lo que «el Tribunal Supremo ha entendido» como «una prueba contundente y completa de la existencia de un intento de fraude perpetrado por la organización terrorista —ETA— en connivencia con su brazo político —Batasuna— para participar en la vida política», lleva a la mayoría del Tribunal Constitucional, «con una nueva valoración de la prueba», a considerar que tal «conclusión es fruto de una mera sospecha»³⁴.

Cierto es que los estatutos de Sortu «contienen un expreso rechazo de la violencia, incluida la de ETA, a lo que reconoce una importancia fundamental» la mayoría del Tribunal. Pero, para él, «los estatutos son palabras» y «cuando el conjunto de los hechos probados, como señala el Tribunal Supremo, desvirtúa por completo la realidad de tales manifestaciones, las palabras saltan hechas trizas»³⁵.

³⁰ Epígrafe 1 a) y b) de su voto particular a la STC 108/2006, de 3 de abril. Por el contrario, se adhiere al voto discrepante del magistrado JIMÉNEZ SÁNCHEZ, que considera que la afirmación de la STC 138/2005, de 26 de mayo, de que establecer «una limitación de la posibilidad de acceso a la jurisdicción “del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación” no guardaría “proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial” carece en realidad de “soporte argumentativo” y más bien “supone la adopción de un juicio valorativo esencialmente voluntarista”» —epígrafe 5—.

³¹ Epígrafes 2 y 3 de su voto particular a la citada STC 108/2006.

³² Discrepará de la STC 75/2010, de 19 de octubre, que vincula un despido a la participación en una huelga, al entender que sus conclusiones «contradicen frontalmente la inequívoca resultancia de los hechos declarados probados en la jurisdicción ordinaria» (epígrafe 1 del voto).

³³ Epígrafes 1 y 3 de su voto particular a la STC 62/2011, de 5 de mayo.

³⁴ Epígrafe 1 de su voto discrepante a la STC 138/2012, de 20 de junio.

³⁵ *Ibid.*

La sentencia se centra en «el rechazo estatutario de la violencia de ETA y lo erige en protagonista, prácticamente único, de su argumentación». Lo hace «alterando el orden lógico que ha seguido el Tribunal Supremo», ya que «lo razonable es estudiar primero los indicios para pasar luego al contraindicio»; además «prescinde del examen de los otros elementos probatorios». Todo ello implicaría «una doble quiebra»³⁶.

Como en el caso anterior, reclamará la entrada en juego del canon de constitucionalidad derivado del respeto a la jurisdicción ordinaria. Se trata de discernir si «la convicción judicial» sobre «la naturaleza fraudulenta de la operación», a través de «la apreciación conjunta de una pluralidad de magnitudes y referencias» se ha forjado «de modo razonable y no arbitrario». No compete al Tribunal «valorar la prueba para concluir si Sortu es o no continuación o sucesión de partidos ilegalizados», sino «verificar si la conclusión del Auto recurrido está o no motivada y razonada suficientemente». Reúne, a su juicio, esas exigencias la convicción —plasmada en una «motivación suficiente, razonable y no arbitraria»— de que «el rechazo estatutario de la violencia» es sin más un «elemento del engaño en que todo fraude consiste»³⁷.

4. LAS NORMAS EN SERIO

Su amplio voto discrepante de la sentencia sobre el estatuto catalán le dará pie a repasar aspectos tan variados como discutidos de teoría de la norma. Sirva de ejemplo la «indudable relevancia jurídica de los preámbulos de las leyes, a los que nuestra doctrina jurisprudencial atribuye una clara función interpretativa». No parece referirse desde luego a la Sentencia 116/1999, de 17 de junio, sobre reproducción *in vitro*, que con el telón de fondo del oportunista y atrabiliario concepto de «preembrión» optó por dejar por sentado justo lo contrario³⁸. El asunto cambia de cariz ahora, cuando lo que está en juego es si, además de la «Nación española» aludida en la Constitución, hay otras, como se sugiere a golpe de trigonometría en el preámbulo del nuevo estatuto³⁹. En apoyo de su respuesta negativa, mantendrá que considerarlos como normas «justifica aquí muy destacadamente la impugnabilidad de los preámbulos». Tiene claro que «al hilo del estudio del preámbulo habrán de examinarse los preceptos recurridos» y no ahorra piropos al Estatuto. Le parece «una ley profundamente coherente: la quintaesencia está en el preámbulo, que tiene su directo reflejo en el título preliminar, que a su vez se desarrolla en el resto del articulado»⁴⁰. Ni los que votaron a favor se muestran tan generosos.

Apunta que no sólo los preámbulos sino incluso las rúbricas de los preceptos «pueden tener una importante virtualidad jurídica». Le vale como ejemplo la de

³⁶ Epígrafe 4 de su voto particular a la STC 138/2012, de 20 de junio.

³⁷ Epígrafes 2 y 3 del voto discrepante de la STC 138/2012.

³⁸ A ello me referí en *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 29.

³⁹ En consecuencia «cuatro líneas fundamentales de la regulación estatutaria, en cuanto que arrancan directamente de la definición de Cataluña como nación, hubieran debido decaer una vez declarada la inconstitucionalidad de esa definición». Es más, según la propia sentencia, «el art. 5 EAC sería manifiestamente inconstitucional si pretendiera para el Estatuto de Autonomía un fundamento ajeno a la Constitución, aunque fuera añadido al que ésta le dispensa». Para DELGADO, «exactamente esto», es «lo que pretenden, o mejor dicho, lo que hacen» tanto su preámbulo como el art. 5 —epígrafe 6 y apartado A) del voto particular a la STC 138/2012, de 28 de junio. Ya había resaltado que «los preámbulos o exposiciones de motivos son un elemento importante a la hora de interpretar la ley» —coincidiendo con la STC 222/2006, de 6 de julio, en el epígrafe 2 de su voto particular—.

⁴⁰ Epígrafe 4 del voto particular a la STC 31/2010, de 28 de junio.

«Marco político», que sirve de presentación al «principio de bilateralidad establecido en el art. 3.1 EAC», insinuando «una suerte de soberanía compartida que da lugar a relaciones entre iguales»⁴¹.

Lo que sin duda no le nada hace feliz es cierta «técnica de despojo de sentido normativo», por el que determinados preceptos que sus autores se tomaron muy en serio se ven convertidos por la sentencia en «un mero conjunto de pretensiones, propósitos, sugerencias o resúmenes de jurisprudencia». Hay quien considera, DELGADO entre ellos, que con tal proceder no sólo se mostró poco respetuosa con la Constitución, sino que tampoco parece que se esmerara demasiado con el flamante texto estatutario. Concederle el alto honor de considerarlo constitucional a cambio de no tomárselo en serio quizá no llegara a entusiasmar a todos sus autores. Al final parece llegarse a admitir una implícita «inconstitucionalidad, sin nulidad, pero con ineficacia»⁴².

Así ocurre cuando el Estatuto se adentra por materias que son de indiscutida competencia estatal, mientras la sentencia parece descubrir en ella más bien un detalle de delicadeza; considerará esas escaramuzas como una «exposición ordenada y sistemática», «sin otro ánimo que el descriptivo», del «cuerpo de doctrina conformado a lo largo de tres décadas» por el propio Tribunal. DELGADO prefiere tomárselas en serio, lo que casi le lleva a estar paradójicamente de acuerdo con la falta de relevancia insinuada por la mayoría: se tratará de «auténticas normas jurídicas que han de ser calificadas de inconstitucionales y nulas»⁴³.

Junto a este tratamiento riguroso de las normas entrarán en juego, con notable incidencia, los principios jurídicos. El derecho dejará pues de entenderse como un sistema de normas, cuyas deficiencias habrían paradójicamente de ser cubiertas con remiendos morales; incluirá también principios, tan jurídicos como las normas aunque con una dinámica práctica obviamente distinta. Entra así en juego una «visión principal del Derecho», que hace que se vea integrado «no sólo por disposiciones escritas sino también por los principios y la normatividad immanentes en la naturaleza de las instituciones»⁴⁴. Le llevará a plantearlo una tensa polémica que divide al Tribunal, hasta el punto de que DELGADO llegará a contraponer su voto al de quien en no pocas ocasiones fue su alter ego: Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS⁴⁵.

Provoca la fractura el debate sobre la posibilidad de suspender la entrada en vigor de la llamada ley de salud reproductiva, popularmente identificada con el

⁴¹ Epígrafe 6 C) del voto particular a la STC 31 /2010, de 28 de junio.

⁴² Epígrafe 4 del voto discrepante de la STC 31/2010.

⁴³ Epígrafe 9 del citado voto.

⁴⁴ Epígrafe 3 de su voto particular al ATC 90/2010, de 14 de julio. Ya en el epígrafe 4 de su voto discrepante de la STC 251/2006, de 25 de julio, considera que la «rigurosa necesidad de una norma básica» en lo relativo a posibilidad de expropiar «queda cubierta por la norma estatal preconstitucional materialmente básica contenida en el art. 32 LEF, que es básica no en su literalidad sino en su sentido principal: su contenido, composición equilibrada del órgano colegiado, resulta esencial en el sistema de garantías en esta materia».

⁴⁵ Culmina su extenso voto sobre la STC 31/2010, de 28 de junio, apuntando en el epígrafe 16: «Para todo lo que no deriva de lo anteriormente expuesto, dejo constancia de que comparto los razonamientos y conclusiones que formula mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas en su Voto particular». Igualmente en el epígrafe 2 B) de su voto discrepante de la STC 75/2010, de 19 de octubre, que analiza un posible trasvase de trabajadores entre empresas en crisis, indicará que respecto «de la condición de tercero de la empresa principal, me remito a lo que señala en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde». Compartirán voto particular a la STC 222/2006, de 6 de julio, sobre retribuciones del lehendakari, así como a la STC 223/2006, de 6 de julio, sobre legitimación procesal de los gobiernos autonómicos.

establecimiento del aborto por sistema de plazo. DELGADO admitirá que, una vez desaparecido el recurso previo de inconstitucionalidad, «la suspensión de las leyes» tenga «carácter excepcional»; no, sin embargo, que para ello sea precisa la existencia en la Constitución de «una previsión que ha de ser expresa». Bastaría, en este caso, con que no exista en ella «un principio o una exigencia normativa que lo impida», ya que «se trata de proteger cautelarmente una vida que está constitucionalmente protegida».

Considera necesario un equilibrio entre las «exigencias derivadas de los diversos principios constitucionales que inspiran esta materia y que presionan en sentidos opuestos». Por un lado, «el principio democrático» exigiría que, «con carácter general, las leyes impugnadas ante este Tribunal mantengan su aplicabilidad hasta tanto éste no dicte una resolución sobre el fondo en la que declare su incompatibilidad con la Constitución». Por otro, los «principios constitucionales sustantivos cuya integridad se podría ver, en su caso, afectada negativamente si la ley impugnada y finalmente declarada inconstitucional hubiera mantenido su vigencia durante el curso del procedimiento», presionarían en sentido contrario. Dado lo que hay en juego, más que imponer un «carácter pretendidamente tasado de las competencias de suspensión cautelar de la ley», habría que «justificar la existencia de una relación de intensa preferencia, en el seno del conflicto que subyace en la decisión acerca de la suspensión cautelar de la ley, a favor del mantenimiento como regla de la vigencia y aplicabilidad de la ley recurrida, pero sin impedir que, por excepción, pueda acordarse la decisión contraria» cuando «el riesgo para la integridad de los principios constitucionales sustantivos procedente de la ley se concrete en perjuicios de especial relevancia constitucional y de carácter absolutamente irreparable»⁴⁶.

5. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DERECHOS

Siendo inexplicable la dinámica jurídica sin la entrada en juego de los principios, es lógico que en nuestro caso asuma un notable protagonismo el de igualdad, derivado de uno de los valores propugnados en las primeras líneas del articulado constitucional como «superiores de su ordenamiento jurídico». Entre la diversa casuística que lo pone de relieve cobra singular relevancia la vinculada a nuestro modelo de Estado de las Autonomías.

Javier DELGADO, como acostumbra, no se perderá en circunloquios. Insistirá, con ocasión y sin ella, en que «el Estatuto es desigualdad»⁴⁷. La «autonomía política» conlleva una «capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en las materias de su competencia» y ello dará «lugar necesariamente a la desigualdad de derechos y obligaciones. El Estatuto, en sí mismo, al cumplir la función que le señala el art. 147.2 CE, es, ante todo, desigualdad, antes, por tanto, de que se dicten leyes autonómicas actuando las competencias que en aquél se asumen»⁴⁸.

⁴⁶ «Excepcionalidad de la suspensión no es imposibilidad o prohibición» —epígrafes 6 y 4 de su voto particular al ATC 90/2010, de 14 de julio—.

⁴⁷ Epígrafe 10 C) b) de su voto particular a la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña.

⁴⁸ Epígrafe 2.a) de su voto discrepante de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; pasaje reiterado literalmente en el epígrafe 13 A) de la antes citada STC 31/2010. Esta circunstancia no es sorprendente, al menos para quienes vieron en la resolución sobre el estatuto valenciano cierto aire de ensayo general sobre la más enjundiosa relativa al catalán. No es pues extraño que tal paralelismo aflore también en los votos discrepantes.

Como ocurre en tantos otros escenarios constitucionales el juego de los principios lleva a una mutua dialéctica, que exigirá inevitablemente salida por la vía de la ponderación. DELGADO resalta cómo esto se plasma con toda claridad en el propio articulado de la Constitución: «Perfectamente consciente de que esto iba a ser así, el constituyente, inmediatamente después de haber constatado “las diferencias entre los Estatutos” en su art. 138.2, exactamente a continuación, en el art. 139.1, proclama la igualdad “de derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado” que es un principio general de la organización» del Estado autonómico⁴⁹.

Por lo demás, la «importancia de este principio resulta evidente en nuestra Constitución. El art. 2 CE señala cómo, sobre el fundamento que es la unidad de la Nación española, operan el derecho a la autonomía y la solidaridad entre las nacionalidades y regiones», lo que acaba vinculando «unidad, autonomía y solidaridad». A su vez «cuando en el título VIII de la Constitución se establecen los principios generales de la organización territorial del Estado, aparecerán también la autonomía y la solidaridad pero la unidad de la Nación española, fundamento de la Constitución, resulta sustituida por su trasunto que aquí es la igualdad de derechos y obligaciones». En consecuencia, la «función, tan relevante, que en el terreno propio del título preliminar de la Constitución cumple la unidad de la Nación española, en el capítulo primero de su título VIII —principios generales de la organización territorial del Estado— es cumplida por el principio de igualdad reconocido en el art. 139.1 CE»⁵⁰.

La cuestión tiene una obvia relevancia a la hora de analizar la inevitable conexión entre el juego de los principios y la emergencia de posibles derechos. El normativismo había llevado a entender que sólo las normas reconocían o creaban derechos; es obvio, sin embargo, que también la ponderación entre principios acaban cumpliendo un papel decisivo en su mutua delimitación⁵¹. No hay duda, sin embargo, que la expresa plasmación de un derecho en un texto normativo le dota de particular solidez. El problema que se suscitará es si, junto a la presencia de derechos fundamentales en el texto constitucional —reconocidos de modo igualitario a todos los ciudadanos— tendrá sentido que los Estatutos —abocados a la desigualdad— establezcan otros de rango no muy distinto sólo para los pertenecientes a una Comunidad Autónoma. Todo ello puede explicar, junto a la sugerida intención de dar paso a un texto con aire de constitución autonómica, que en los estatutos que comentamos (y los que de ellos derivan, con intención igualitaria, por clonación) se produzca una llamativa reduplicación de derechos y principios con idéntico objeto.

Aplicando su concepción sobre el juego de los dos artículos citados, la respuesta de DELGADO será clara. De «la trascendental función que en nuestro sistema autonómico corresponde al principio general recogido en el art. 139.1 CE», preocupado por la igualdad entre los españoles, «deriva un criterio claramente restrictivo respecto de la viabilidad del establecimiento de derechos subjetivos en los Estatutos»⁵². Precizando más: «Puesto que el art. 139.1 CE proclama la

⁴⁹ En idénticos epígrafes de las dos sentencias aludidas en la nota anterior.

⁵⁰ Epígrafe 2 a) -del voto particular a la STC 247/2007 sobre el estatuto valenciano.

⁵¹ Al respecto nuestro trabajo *La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal*, incluido en «Derechos humanos. Entre la moral y el derecho», México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 127-141. Accesible en <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/5121811/2.pdf>.

⁵² Epígrafe 2 de su voto particular a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; pasaje reiterado literalmente en el epígrafe 13 del voto relativo a la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña.

igualdad de derechos y el Estatuto es desigualdad —art. 138.2 CE—, quíerese decir que éste no es, evidentemente, cauce adecuado para la proclamación de derechos»⁵³. En resumen, «la regla general es la no viabilidad de la inclusión de derechos en los Estatutos»⁵⁴ salvo excepciones con fundamento en la misma Constitución.

En el trasfondo del planteamiento de Javier DELGADO laten dos claves que no dejó de expresar. Por una parte, que los estatutos operan en ámbitos de *competencia conjunta* de Estado y Comunidad Autónoma, ya que la correspondiente a uno u otra encontrará por la vía oportuna su desarrollo legislativo⁵⁵; por otra, que los estatutos se plasman en leyes orgánicas aprobadas por las Cortes Generales, derivando en consecuencia de un legislador único, a diferencia de la pluralidad de legisladores autonómicos que desarrollarán el correspondiente estatuto⁵⁶. Así pues, todos «los Estatutos son obra del legislador estatal, un mismo legislador, en tanto que las leyes autonómicas se dictan por diecisiete poderes legislativos distintos», no siendo en el primer caso admisible «que las normas establezcan diferenciaciones no razonables o arbitrarias entre los sujetos a un mismo legislador». Por el contrario, «del ejercicio de las competencias asumidas por cada Comunidad Autónoma, resultan diferencias de régimen jurídico y, por tanto, de derechos y obligaciones», por lo que «la divergencia entre normas que emanan de poderes legislativos distintos no puede dar lugar a una pretensión de igualdad»⁵⁷.

El amplio desarrollo doctrinal a que da lugar el recurso planteado desde la Comunidad de Aragón sobre un único artículo del estatuto valenciano sólo encuentra adecuada explicación en la necesidad de proceder a continuación a solventar otro de notable impacto: el del Gobierno de la Nación sobre el estatuto catalán. En efecto, la sentencia se limita en el primer caso a negar al presunto «derecho al abastecimiento de agua establecido en el art. 17.1 EAV» carácter de tal, para considerar que en realidad «constituye un objetivo marcado a los poderes públicos valencianos». Esto parece situarnos en la distinción de DWORKIN entre *principios*, fundamentadores de derechos, y *políticas*, a llevar a cabo por el gobierno competente⁵⁸. En ese contexto resulta obvio que no tiene sentido presentar tales objetivos políticos como derechos⁵⁹.

DELGADO entiende, a la luz de la sentencia, que «el derecho existirá si el legislador estatal lo dispone y no existirá si éste no lo decide». Nos encontraríamos pues ante «una mera remisión normativa, sin ninguna fuerza vinculante», ya que

⁵³ Epígrafes 2 a), del voto particular a la STC 247/2007, y 13 A), del voto discrepante de la STC 31/2010, de 28 de junio.

⁵⁴ Epígrafe 2 b) del voto discrepante de la STC 247/2007, de 12 de diciembre.

⁵⁵ En la competencia conjunta, por el contrario, «ninguno de los cotitulares puede modificar, por sí sólo, el Estatuto» —epígrafe 1 b) 2) del voto particular a la STC 247/2007, de 12 de diciembre—.

⁵⁶ Como es fácil imaginar, «esta contraposición —leyes dictadas por un mismo legislador frente a leyes dictadas por legisladores distintos— tiene muy relevantes consecuencias para el principio de igualdad» —epígrafe 1 c) 2) del voto discrepante de la STC 247/2007 sobre el estatuto valenciano.

⁵⁷ Epígrafe 13 A) del voto particular a la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña. Ya antes, en el epígrafe 2 a) del relativo a la STC 247/2007: «Los Estatutos, obra de un mismo legislador, con rechazo, por tanto, de “diferenciaciones”, no son el ámbito normativo adecuado para el establecimiento de derechos que han de implicar diferencias —art. 138.2 CE—: su inclusión en el Estatuto ha de estar inspirada en por criterio profundamente restrictivo».

⁵⁸ R. Dworkin, *Taking Rights seriously*, Cambridge-Mass London, Harvard University Pres, 1978 (2.^a), p. 22.

⁵⁹ De ello me ocupé en «La suave rigidez constitucional: derechos que no son derechos. A propósito de la STC 247 /2007 de 12 de diciembre», *Cuadernos de Pensamiento PoKtico*, Madrid, 2008 (19), pp. 25-42.

con «el precepto transcrito y sin él, el ordenamiento jurídico permanece idéntico: habrá derecho o no lo habrá según lo que decida el legislador estatal»⁶⁰.

6. PREVALENCIA DEL DERECHO ESTATAL Y CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

La insólita permanencia del magistrado Javier DELGADO en el Tribunal Constitucional —provocada por su interrupción al asumir durante un lustro la presidencia del Tribunal Supremo y por ende la del Consejo General del Poder Judicial— le llevó a experimentar en contextos muy dispares la dinámica suscitada en tomo al planteamiento de cuestiones de constitucionalidad por los jueces. Dentro de ese marco resalta uno de los aspectos que más ha destacado la doctrina académica entre sus aportaciones: el énfasis en la prevalencia del Derecho estatal respecto al autonómico; lo que, no sin polémica⁶¹, podría permitir en más de un caso al juez prescindir de plantear la cuestión de constitucionalidad, por considerar claramente inválida la norma autonómica aparentemente aplicable.

Al comienzo de su primer mandato pudo aún abordar un problema inicial, derivado de la aplicación por la jurisdicción ordinaria de la Disposición Derogatoria establecida en la propia Constitución declarando inválida toda norma o principio contrario a sus exigencias. No dejaban de suscitarse dudas al respecto, que llevaban a los jueces a plantear cuestión de constitucionalidad, para cerciorarse así de la carencia de validez jurídica de una norma. El Tribunal optó mayoritariamente por ofrecer una respuesta flexible, de acuerdo con la cual en principio —respecto de las leyes preconstitucionales— «los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución». La aludida «flexibilización» consistía en «reconocer a los órganos judiciales la facultad, en caso de duda, de someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad», aun no siendo preceptiva. Resultaba obvio que «en ausencia de este elemento de duda», debía procederse a la inaplicación de la norma. En consecuencia, «la cuestión relativa a las leyes preconstitucionales se hace necesaria si el órgano judicial proponente estima que no puede hacer uso de la Disposición derogatoria de la Constitución y del mecanismo de derogación tácita en ella contenido»⁶².

Justificaba esa flexibilidad, por una parte, «la falta de experiencia en el modo de operar de la supremacía o primacía de la norma constitucional, así como de los principios básicos de interpretación», en un momento en el que todavía «prácticamente todo el ordenamiento es preconstitucional»; surgía el consiguiente riesgo de que quedase «situado el Tribunal Constitucional en una posición relativamente marginal en los primeros momentos de afirmación de la primacía de la Norma constitucional». Añádase a ello que tanto «la característica apertura» como el «laconismo de muchos de los preceptos constitucionales más significativos plantea problemas interpretativos en los que una declaración con efectos *erga omnes* puede tener ventajas considerables desde una perspectiva de seguridad jurídica»⁶³.

⁶⁰ Más adecuado habría sido «un fallo interpretativo para hacer ostensible la conclusión señalada». Epígrafes 3 a) y 4 del voto particular a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

⁶¹ Al respecto: B. LOZANO CUTANDA, «¿Pueden los tribunales ordinarios inaplicar o desplazar la legislación autonómica contraria a la legislación básica estatal?» [STC 177/2013 y STS de 13 de mayo de 2013, *La Ley*, 13 de enero de 2014 (XXXV-8227)].

⁶² Epígrafe 2 del voto particular a la STC 73/1996, de 30 de abril, que encabeza el magistrado P. CRUZ VILLALÓN y al que se adhieren M. JIMÉNEZ DE PARGA y J. DELGADO.

⁶³ *Ibid.*

Pasa, sin embargo, el tiempo y van desapareciendo dichos supuestos. «Las pautas de la interpretación constitucional resultan familiares a todos los órganos jurisdiccionales, los cuales cuentan además con una doctrina emanada de este Tribunal que les puede permitir enfrentarse con la mayor parte de los problemas de constitucionalidad del Derecho anterior a 1978». Podría además la tarea del Tribunal «verse demorada o entorpecida adicionalmente por la asunción del control del ordenamiento anterior a dicha fecha»⁶⁴. Resultaba pues particularmente exigible «la existencia de una duda razonable por parte del órgano judicial *a quo* acerca de la eficacia de la Constitución sobre la vigencia de un precepto anterior a la misma»; en consecuencia, la «traslación del control del Derecho preconstitucional a este Tribunal no puede en modo alguno ser ya la regla». No llega a abandonarse «la opción flexible» que se había venido manteniendo, dado que el «carácter abierto de preceptos fundamentales básicos no hace aconsejable cerrar la vía de acceso a esta jurisdicción especializada de constitucionalidad», siempre que «las dudas existan»⁶⁵.

El motivo de la triple discrepancia respecto a la postura de la mayoría del Tribunal derivará de que la sentencia pone el énfasis en «el hecho de que el legislador “posconstitucional”, al no haber modificado estos preceptos con ocasión de otras reformas de la ley», podría considerarse que habría «confirmado implícitamente los mismos». Aparte de recordar que «la cuestión de inconstitucionalidad no es una vía apta para conseguir la depuración abstracta del ordenamiento», los discrepantes no comparten que «la modificación parcial, con posterioridad a la Constitución, de una ley preconstitucional convertida a los preceptos no alterados en productos de la voluntad del legislador posconstitucional»; sobre todo al haberse hecho constar que al órgano judicial «no le caben dudas de que la aplicación conjunta de ambos (preceptos) sí es contraria a la Norma fundamental». Todo ello debería, a su juicio, haber llevado a apreciar que «el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no cumple el requisito inherente a la misma por no albergar el órgano judicial duda que no pueda él mismo solucionar *secundum Constitutionem* y exija el consiguiente pronunciamiento de este Tribunal Constitucional»⁶⁶.

Ya en un contexto bien distinto surgirá un problema diverso, que llevará a DELGADO a dictaminar quince años después el «triste destino que la doctrina de nuestro Tribunal ha deparado a dos claros mandatos constitucionales». Por una parte, «la Constitución quería —y sigue queriendo— que el derecho estatal» fuera «en todo caso supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas»; pero «en nuestras sentencias esta supletoriedad, que debía operar “en todo caso”, se ha quedado prácticamente sin virtualidad». Por otra parte, «también quería la Constitución —y sigue queriendo— que las normas del Estado prevalecieran», en caso de conflicto, «sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas»; «prevalencia esta de la que este Tribunal viene prescindiendo reiteradamente»⁶⁷. Por si fuera poco, este «abandono del principio de prevalencia» no sólo «es, ante todo y sobre todo, una inaplicación de la Constitución» sino que acarrea «graves e inconvenientes consecuencias prácticas»⁶⁸.

⁶⁴ Epígrafe 3 del citado voto particular a la STC 73/1996, de 30 de abril.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Epígrafe 4 del plural voto particular discrepante de la STC 73/1996.

⁶⁷ Remite J. DELGADO a otra discrepancia, también la colectiva: la encabezada por el magistrado JIMÉNEZ DE PARGA, con la adhesión de J. DELGADO y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, a la STC 1/2003, de 16 de enero —epígrafe 1 de su voto particular a la STC 66/2011, de 16 de mayo, sobre cambio de capitalidad de un municipio canario—.

⁶⁸ Epígrafe 2 del citado voto particular.

Valgan como ejemplo las que surgen cuando la citada norma autonómica canaria, respetuosa con la legislación básica estatal, entra más tarde en discrepancia con ella como consecuencia de una modificación de su contenido. Ya se había indicado, en un caso anterior, que «una norma que fue aprobada válidamente resulte sobrevenidamente contraria a la normativa básica estatal», es algo bien distinto a «una ley autonómica que, en el momento mismo en que es aprobada, contradice directamente la Constitución»; lo que habría de llevar a una «declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad»⁶⁹. Por el contrario, nos encontramos ahora con que «se anulan las Sentencias impugnadas», que desestimaban un recurso contencioso-administrativo; «el Juzgado *a quo* deberá plantearnos una cuestión de inconstitucionalidad», para que se dicte «Sentencia declarando la inconstitucionalidad sobrevenida del citado precepto» y «finalmente, después de todo este recorrido», el Juzgado vuelva a dictar sentencia «inaplicando nuevamente la ley canaria y desestimando otra vez el recurso contencioso-administrativo». O sea, que «la inaplicación del principio constitucional de prevalencia habrá dado lugar a un complejo peregrinaje procesal —de ida al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, de vuelta al Tribunal Constitucional y otra vez de ida a dicho Juzgado— que ha de conducir a que se dicte una nueva Sentencia con el mismo fallo que la que ahora anulamos»⁷⁰.

Todo consiste pues en que «la legislación básica debe prevalecer sobre las leyes autonómicas que, a pesar de haber sido aprobadas válidamente en su momento, no resultan del ejercicio de competencias exclusivas —en sentido estricto— de las Comunidades Autónomas, sino de competencias de “desarrollo legislativo” de las bases del Estado». En todo caso, «esta prevalencia no da lugar a la nulidad de la norma autonómica, que fue válida en el momento de su aprobación cuando las bases del Estado eran diferentes, sino a su inaplicación». Esas «modificaciones sobrevenidas en la legislación básica estatal desplazan las normas autonómicas incompatibles con ellas, sin necesidad de declararlas inconstitucionales ni nulas; se hace así «posible una aplicación natural, racional y sin dilaciones indebidas del sistema jurídico complejo propio del Estado de las autonomías creado por la Constitución». Es obligado no olvidar que «la legislación básica no es estática sino dinámica, y sufre modificaciones en función de las distintas políticas que lícitamente puede seguir el legislador estatal en distintos momentos». Es función primordial del Tribunal Constitucional «garantizar la supremacía de la Constitución sobre la ley; no es lo suyo, como tarea primera, resolver colisiones entre normas, aunque sean de rango legal»⁷¹.

En resumen, «si el Juez estima que la ley estatal es básica, tanto material como formalmente», deberá «fallar de conformidad con la ley estatal, en su caso inaplicando la ley autonómica que resulta incompatible con ella». No se trata de nada novedoso; es lo mismo que a ese mismo juez le resulta obligado hacer

⁶⁹ Epígrafe 3 del voto particular colectivo a la STC 1/2003, de 16 de enero, sobre ley extremeña de función pública. La discrepancia con «la Sentencia mayoritaria» radicará «en la nulidad que se ve obligada a pronunciar respecto de varios preceptos de la Ley», cuando «debió recurrir a la cláusula de prevalencia, prevista en el art. 149.3 de la Constitución, para resolver el asunto controvertido» —epígrafe 1 del mismo voto—.

⁷⁰ Epígrafe 4 a) del voto particular a la citada STC 66/2011, de 16 de mayo. La intervención del Tribunal «se limitaría a declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma autonómica, que no fuese compatible con las nuevas bases estatales, pero no su nulidad»; se trata de un «supuesto de “inconstitucionalidad mediata o indirecta” de una ley autonómica por contradecir la legislación básica sobrevenida sería uno de esos casos en que quiebra la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad» —epígrafe 8 del voto colectivo discrepante de la STC 1/2003, de 16 de mayo—.

⁷¹ Epígrafes 3, 4 y 5 del voto colectivo discrepante de la STC 1/2003, de 16 de enero.

si una «ley de la Comunidad Autónoma contradijera disposiciones del Derecho comunitario»⁷², dada la prioridad de este sobre el Derecho interno.

7. PRIORIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO Y CUESTIONES PREJUDICIALES

La alusión al derecho comunitario obliga a centrar la atención en un problema que pondrá de relieve la poca afición de Javier DELGADO a filtrar la visión de la realidad social con un entramado conceptual que permita ignorar sus aspectos más incómodos. Estamos construyendo Europa, perdonen las molestias [...]. No parece que mirar hacia otro lado sea el mejor modo de abordar los problemas que esa actual laboriosa transición va llevando consigo. La Declaración solicitada al Tribunal sobre «la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los arts. 1-6, 11-111 y 11-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004» dio oportunidad a delinear posturas al respecto.

Javier DELGADO va a enfrentarse sin reparos a la realidad, evocando lo ya dicho por el Tribunal en su anterior Declaración de 1992. Queda así de manifiesto el obvio proceso que está en marcha, permitiendo vislumbrar futuras consecuencias. El art. 1-6 del nuevo Tratado establecía, en concreto, que la futura «Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». A juicio de DELGADO, tal «precepto no ofrece dudas en cuanto a la primacía del Derecho comunitario sobre la legalidad infraconstitucional»; el problema surgiría respecto a una posible «primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución». Para él, la mayoría «ha entendido que esta primacía deriva ya del texto actual del art. 93 CE», extremo que no comparte. Se había esgrimido el bienintencionado convencimiento de que «el texto del Tratado hace “difícilmente concebible” que el Derecho comunitario pueda tener un desarrollo “inconciliable” con la Constitución española». Por lo demás, sin demasiadas precisiones, se da por hecho —«caso que se produjese ese resultado»— que el Tribunal resolvería los problemas «a través de los procedimientos constitucionales pertinentes». Se admitiría pues que «el art. 93 ya en su redacción actual abría el cauce para que el Derecho comunitario desplazase la Constitución», aunque se añade una «cláusula final de garantía» que llevaría al Tribunal a adoptar «las medidas necesarias en última instancia para la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado»⁷³.

DELGADO considera en su voto que «el texto actual del art. 93 CE sólo habilita la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución» al admitir un «desplazamiento de las normas constitucionales que atribuyen competencias»; de modo que «pasen a ejercitarlas los órganos señalados en el Derecho de la Unión Europea», sin alcance ulterior al «aspecto subjetivo mencionado» (ep. 1). Por el contrario, se produciría un efectivo «desplazamiento de la Constitución» cuando «dentro del territorio español, en una materia regulada por aquélla, no se va a aplicar la Constitución»; lo que «claramente, utilizando la terminología de la DTC 1/1992», significaría en términos objetivos «disponer» de la Constitución (ep. 1 B).

⁷² Epígrafe 6 de) voto colectivo anteriormente citado.

⁷³ Epígrafe 1 de su voto discrepante de la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre. A ese mismo voto pertenecen los epígrafes posteriormente aludidos en el texto.

No considera viable dar por bueno que la jurisprudencia del Tribunal admita sin matices una prioridad del derecho comunitario sobre la Constitución. Por el contrario, había ya sentado que «en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo». En consecuencia, «el acto podrá ser válido con arreglo al Derecho comunitario, pero si vulnera un derecho fundamental reconocido en la Constitución, habrá de ser anulado». En consecuencia no ve habilitación alguna para una «primacía del Derecho comunitario con desplazamiento de la Constitución» (ep. 1 C). Recordará al respecto cómo la Declaración de 1992 ya había resaltado que los «poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer *ad intra* sus atribuciones» (ep. 2 B).

El problema, pues, se centraba en si cabe entender que el art. 93 CE brinda «habilitación suficiente para que a través de un tratado el Derecho comunitario desplace no sólo la normativa infraconstitucional —lo que no ofrece duda— sino también la propia Constitución, norma jurídica suprema» (ep. 2C). El convencimiento de que el alcance de la primacía del Derecho comunitario no desbordaba el plano de la legalidad venía llevando al Tribunal Constitucional español a entender —a diferencia, por ejemplo, del italiano— que no resultaba procedente el planteamiento por su parte de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo sobre posible conflicto entre disposiciones comunitarias y exigencias de nuestra Constitución⁷⁴. DELGADO considera que para la mayoría del Tribunal, por el contrario, «nuestra integración en la hoy Unión Europea» implica acoger «los principios propios del Derecho comunitario, entre los que figura el de primacía» (*ibid.*).

Ese convencimiento puede explicar que —cuando se rompe, ante el amparo planteado por el ciudadano Melloni, esta trayectoria— no formule un voto discrepante del Auto 86/2011, de 9 de junio de 2011, por el que el Tribunal plantea por vez primera una cuestión prejudicial⁷⁵. La respuesta más tarde recibida, no particularmente ejemplar en cuanto al esmero de los términos empleados, parece emanar de quienes se consideran *de facto* Tribunal Constitucional Europeo, sin necesidad de pedir excusas por las molestias. No resulta muy cómoda la situación de nuestro Tribunal Constitucional, que —en el momento de pergeñarse estas líneas— no ha alcanzado aún el necesario acuerdo para resolver por sentencia el recurso de amparo obligadamente aplazado⁷⁶.

Parece pues imponerse la ya mítica Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, del Tribunal de Justicia Europeo de 17 de diciembre de 1970, según la cual la invocación de atentados «a los derechos fundamentales tal como son formulados por la Constitución de un Estado miembro» no podría «afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio de este Estado». DELGADO no considera que «fuera designio del constituyente admitir la primacía del Derecho comunitario en esos términos, cuando eran varios los Tribunales Cons-

⁷⁴ Sobre el particular mi trabajo, «La aplicación del Derecho comunitario como cuestión infraconstitucional en el ordenamiento jurídico español», *Revista Cortes Generales*, 2009 (76), pp. 117-133.

⁷⁵ Es más, en el único planteado, el magistrado P. PÉREZ TREMPs comenzará por manifestar su satisfacción y «acuerdo con el hecho novedoso de que el Tribunal Constitucional español se sume a ese proceso jurídico que se ha denominado el diálogo de los tribunales».

⁷⁶ Recurso finalmente resuelto por la STC 26/2014, de 13 de febrero.

titucionales que oponían serias reservas a una primacía así concebida». Es más, recuerda cómo en sentencia de ese mismo año 2004 se reitera que, «en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo» [ep. 2 C) a)].

En resumen, «el desplazamiento no implica una derogación o reforma de la Constitución, pero el resultado práctico viene a ser, al menos temporalmente, coincidente: inaplicación de la Constitución y aplicación de un precepto de sentido normativo diferente». Se habría producido pues una «disposición» de la Constitución, pese a que la Declaración de 1992 había señalado que el art. 93 CE no habilita para «disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones» [ep. 2 C) b)]⁷⁷.

8. SENTIDO COMÚN FRENTE A CORRECCIÓN POLÍTICA

Su actitud ante la actual *fuga in avanti* europea rima con otras en las que muestra un apegamiento al sentido común nada frecuente. Algunos de sus votos podrían llevar como título: «Tomémonos el derecho administrativo en serio».

La mayoría del tribunal considerará, por ejemplo, que negar legitimación para impugnar una resolución al representante municipal al que no correspondió decidir al respecto «no tendría sentido». Supondría reservar tal legitimación a los miembros de esa «corporación local únicamente cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado» y «negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad». A DELGADO, por el contrario, le parecerá «perfectamente razonable», dado que «el ordenamiento jurídico, al trazar la distribución competencial, los ha excluido del ámbito de los sujetos a los que se atribuye la gestión del aspecto del interés público concernido»⁷⁸.

Cambiando de escenario, no es difícil que quien ha tenido ocasión —como el que esto escribe— de abordar la casuística habitual en la Junta Electoral Central tienda a considerar correcta cualquier posible solución que evite dictaminar la necesidad de repetir las elecciones en alguna circunscripción. Para DELGADO, que no considera que las reformas introducidas en la ley electoral pudieran «conducir a ciertas confusiones a un elector medio»⁷⁹, «el principio de primacía de la verdad material en el proceso electoral» es sagrado. Su «discrepancia con la Sentencia se refiere a la valoración que hace de la relevancia del cómputo de los votos declarados nulos en el resultado electoral», ya que «los votos nulos provocan una doble incertidumbre —circunscripción a la que corresponden y dentro de ésta su destinatario—», lo que haría «necesaria una doble ponderación estadística» multiplicando «el riesgo del error». Los «cálculos de ponderación estadística» pueden resultar útiles, pero «sus resultados sólo podrán aceptarse cuando ofrezcan un

⁷⁷ Como consecuencia, «el desplazamiento de la Constitución por el Derecho comunitario afecta tan profundamente a la esencia misma de la Constitución como norma jurídica suprema que llega a integrar una limitación de la soberanía del pueblo español» [ep. 2 C) c)]. La Declaración habría debido pues dictaminar «que existe contradicción entre la Constitución española y el art. 1-6 del Tratado» (ep. 3).

⁷⁸ Epígrafe 3 del voto discrepante de la STC 108/2006, de 3 de abril.

⁷⁹ Epígrafe 1 del voto particular a la STC 105/2012, de 11 de mayo.

razonable margen de seguridad». Éste no sería en este caso previsible, «al ser necesarias dos ponderaciones estadísticas sucesivas», lo que abre una «posibilidad de error en cada una de ellas». De ahí que, aun teniendo «muy en cuenta los inconvenientes que implica una repetición de la elección», no puede descartar que «el cómputo de los votos nulos haya podido alterar el resultado electoral». Como resultado, «las exigencias del principio de la verdad material, que aspira a conocer la voluntad real de los votantes», reclamarían en este caso «la repetición de la votación correspondiente al censo de electores residentes ausentes»⁸⁰.

La tensión entre sentido común y exigencias de la corrección política llegará a su clímax en plena cotidianidad funcionarial. Las comisiones de servicios y las liberaciones para actividad sindical están a la orden del día en carreras político-administrativas diseñadas al cobijo de partidos y sindicatos. Partiendo de estos hábitos no es fácil que parezca incorrecto que quien —por haberse hecho merecedor de confianza— había logrado un determinado puesto dentro de la función pública por procedimientos excepcionales, pase luego —consolidada dicha confianza— a erigirse en liberado sindical en idéntico emplazamiento, o viceversa...

DELGADO esgrime la temible arma del sentido común y el asunto no parece ya tan claro. Si admitimos que la causa justificante de la promoción vía comisión de servicios sería «la urgente e inaplazable necesidad de la realización de un trabajo», designar para llevarlo a «una persona que no va a desarrollarlo, no sólo se aparta de las reglas de la lógica más elemental, sino que viene a frustrar la función que en la legalidad ordinaria cumple la comisión de servicios por virtud de las exigencias del principio constitucional de eficacia administrativa que impone que ciertas tareas, urgentes e inaplazables, sean efectivamente realizadas para el logro de los fines de interés general que sirve la Administración»⁸¹. En resumen, la imaginación al poder; tomémos el derecho en serio. Puro anarquismo...

⁸⁰ Epígrafe 2 del voto discrepante de la citada STC 105/2012.

⁸¹ Voto particular a la STC 336/2005, de 20 de diciembre.

LUIS ARROYO JIMÉNEZ
MARGARITA BELADIEZ ROJO
CARLOS ORTEGA CARBALLO
JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
(Coords.)

EL JUEZ DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Libro homenaje a
Javier Delgado Barrio

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
CENTRO DE INVESTIGACIÓN SOBRE JUSTICIA ADMINISTRATIVA-UAM

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2015