

III

CAPÍTULO

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

ANDRÉS OLLERO (ESPAÑA)¹

Tras nueve años como magistrado del Tribunal Constitucional, no puede sorprender que haya ya comentado tan peculiar experiencia.²

La interpretación del derecho no es una medida excepcional destinada a rectificar normas deficientes o confusas, sino la sana expresión de la vitalidad de la actividad jurídica. No dudaría en afirmar que lo que todo derecho encierra es una interpretación argumentada³ del diálogo entre una proposición normativa y la realidad social.

Sentencias interpretativas

No puede extrañar que, a la hora de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas, entren en juego las llamadas *sentencias interpretativas*. En ellas el órgano enjuiciador ha de calibrar varias posibles interpretaciones de un texto constitucional para deslindar la que considera compatible con la Constitución de las que la vul-

¹ Exmagistrado del Tribunal Constitucional de España (2012-2021), catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos.

² Ollero, Andrés, "Interpretation of the Spanish Constitution", en Cremades, Javier y Cristina Hermida (eds.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Berlín, Springer, 2021.

³ Ollero, Andrés, ¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, 2006, *passim*.

neran. Su juego, con frecuencia por la vía de la llamada *interpretación conforme*, se muestra no pocas veces problemático.

Así, la temprana Sentencia del Tribunal Constitucional español (en adelante STC) 5/1981 de 13 de febrero, fundamento jurídico (en adelante fj) 6, de la que fue ponente el magistrado Tomás y Valiente, las alude con receloso despego y las presenta como “un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento”. Las considera, “en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso” y señala que “no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes”, pues el “Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador”.

En tales sentencias se aprecia una delicada frontera entre la interpretación extensiva y la realmente *contra legem*. Sirvan de ejemplo al respecto dos votos particulares, disidentes de la postura mayoritaria. El del magistrado Delgado Barrio a la STC 31/2010, de 28 de junio, de la que fue ponente la magistrada Casas Baamonde, sobre el Estatuto de Cataluña, o el del magistrado Rodríguez Arribas a la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, de la que fue ponente el magistrado Conde Martín de Hijas, sobre la compatibilidad con la Constitución española, sin necesidad de proceso de reforma, de la aceptación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa.

La Constitución como norma jurídica

La Constitución española de 1978 (en adelante CE) fue favorablemente acogida como colofón de la llamada transición democrática, superadora del régimen franquista. Acabó por salir adelante, aunque con unos contenidos bien distintos de los deseados por los que con mayor vigor la defendían, aspirando —por ejemplo— a una democracia sin partido comunista. La audacia del presidente del gobierno Adolfo Suárez, con el decisivo respaldo del rey Juan Car-

los, desbordó un modelo que se había presentado como paso *de la ley a la ley*, de la legalidad franquista a la democracia parlamentaria. Tal esquema puede explicar lo que pasaría a la historia como el harakiri de las cortes predemocráticas.

Decenios antes de que el presidente Rodríguez Zapatero desenterrara viejas nostalgias políticas rupturistas, el flamante Tribunal Constitucional dejó bien clara la indubitable ruptura jurídica consumada. La STC 80/1982, de 20 de diciembre, fj 1, que tuvo como ponente al magistrado Tomás y Valiente —asesinado (siendo ya entonces presidente emérito del Tribunal) por terroristas del grupo ETA en su despacho de la universidad—, confirmó que la Constitución era una norma jurídica directamente aplicable, a diferencia de las meras propuestas ideológicas de las leyes fundamentales franquistas. Dio pie a ello un alto tribunal andaluz, al negar la condición de heredera a una ciudadana, considerada hija ilegítima por las fenecidas leyes, con el pretexto de que no se había consumado formalmente la obligada reforma del *Código Civil*. Bastó, para rechazar tal interpretación, sustituirla por la que aplicaba al caso la disposición derogatoria que cerraba la Constitución, considerada como directamente vinculante sin necesidad de *interpositio legislatoris*.

La nación española

Suscitó bien pronto polémicas interpretaciones el artículo 2 CE: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. Ya el artículo 1.2 CE había adelantado: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Se afrontaba así uno de los tres grandes problemas que la transición democrática española debió abordar junto a la sumisión de las

fuerzas armadas a las instituciones democráticas y la aconfesionalidad religiosa: los nacionalismos periféricos y su engarce con las instituciones centrales del Estado.

La alusión a las nacionalidades y regiones encerraba eufemísticamente una referencia al País Vasco, sometido desde años antes a las amenazas del grupo terrorista ETA, y a Cataluña, donde se restableció bien pronto la antigua *Generalitat* como institución autonómica. No faltó alguna ocasional referencia a Galicia, más que por presión social, por precedente histórico, ya que tuvo Estatuto propio al finalizar la república, aunque no llegó a entrar en vigor.

No tardó en intentar unirse a ellas Andalucía, resucitando la memoria de Blas Infante, defensor de un federalismo libertario. Sin éxito en convocatorias electorales, acabó fusilado por el franquismo. Recibiría en la transición democrática el fugaz impulso paralelo del profesor Manuel Clavero, ministro de la Unión del Centro Democrático, dimisionario por rechazar cualquier privilegio de las citadas comunidades autónomas que derivara en agravio comparativo para el resto, dio paso a una interpretación popularmente bautizada como *café para todos*. Este novedoso problema terminó con la convocatoria de un referéndum en las ocho provincias andaluzas, con paradójica propaganda contraria por parte del partido del gobierno estatal convocante y la forzada repesca de la provincia de Almería donde no se llegó a alcanzar la mayoría exigida.

Aunque la Constitución, en los artículos 143 y 151, contemplaba una doble vía de posible acceso a la autonomía política, pronto se generalizó tal pretensión. Había nacido el llamado Estado de las Autonomías, con diecisiete gobiernos y parlamentos (más otros dos en las ciudades de Ceuta y Melilla), así como numerosas instituciones nacidas como clonación de las centrales. Bien pronto, sin embargo, amparados por la ley electoral, los partidos nacionalistas vasco (PNV) y catalán (CiU) lograron una presencia, minoritaria pero continuada durante decenios, en el Congreso de los Diputados.



En una función de bisagra en apoyo del partido gobernante, fueron coleccionando tratos privilegiados tras esgrimir un discutido hecho diferencial. La presencia en las Cortes Generales de otros partidos nacionalistas ha venido siendo escasa y discontinua, lo que ha descollado la efímera del partido andalucista que, encabezado por Alejandro Rojas-Marcos, llegó a contar con cinco diputados.

La referencia del artículo 2 CE a la existencia de “nacionalidades” y regiones suscitó diversas interpretaciones, con reflejo en varios estatutos de autonomía, por lo que se llegó a proponer una barroca definición del Estado español como “nación de naciones”. El preámbulo del Estatuto de Cataluña, por ejemplo, le atribuye carácter de nación: “El Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación. La Constitución española, en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad”. Esto no dejó de suscitar una polémica adicional sobre si los preámbulos de las normas pueden ser objeto de control por parte del Tribunal Constitucional o sólo su articulado.

El Tribunal, en su fallo, no duda en declarar que “carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del preámbulo del Estatuto de Cataluña a ‘Cataluña como nación’ y a ‘la realidad nacional de Cataluña’”. Matizado por el intento de lograr interpretativamente una conformidad entre el artículo 5 del Estatuto y la Constitución, el Tribunal no deja de afirmar que dicho artículo “sería manifiestamente inconstitucional si pretendiera para el Estatuto de Autonomía un fundamento ajeno a la Constitución, aun cuando fuera añadido al que ésta le dispensa”. Igualmente descarta el intento de apoyarlo en unos presuntos “derechos históricos del pueblo catalán” la STC 31/2010, de 16 de julio, fj 10, de la que fue ponente la magistrada Casas Baamonde. La sentencia recibió cinco votos particulares, a los que se añadió el voto concurrente de la propia presidenta y ponente.

Más de uno de los magistrados discrepantes muestra su insatisfacción por no haberse abordado de modo más tajante que, para la Constitución, España es la única nación. Por ejemplo, en el epígrafe séptimo de su voto, el magistrado Conde Martín de Hijas:

si en el referido artículo 2 se utilizan como categorías conceptuales diferentes las de nación, nacionalidad y región (lo que no creo que pueda discutirse), no es, a mi juicio, aceptable imputar a dicho artículo que, al referirse a uno de los entes que en él se diferencian (“nacionalidad”), se le está reconociendo como realidad la que le corresponde a otro (“nación”).

Cuatro años después, en la STC 42/2014, de 25 de marzo, fñ 4, de la que fue ponente la magistrada Asua Batarrita, se considerará obligado a aclarar el alcance de la referencia de la Resolución del *Parlament* 5/X, de 23 de enero de 2013, a un llamado “derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña”. El Tribunal recuerda que “solo el pueblo español es soberano, y lo es de manera exclusiva e indivisible”. En cuanto al derecho a decidir, considera que “cabe una interpretación constitucional”, porque “no aparece proclamado como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional”.

Dos años después, el *Parlament* parece decidido a proceder, tras aprobar la resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, a una solemne declaración unilateral de independencia, aunque más tarde sus protagonistas se esforzarán por devaluarla en el contexto ya de un proceso penal. El Tribunal volvió lógicamente a pronunciarse, en la STC 259/2015, de 2 de diciembre, fñ 3, de la que fue ponente el magistrado Ollero Tassara. A ella se referirán posteriormente las STC 114/2017, de 17 de octubre, fñ 5, con el mismo ponente,

y 124/2017, de 8 de noviembre, fj 5, con ponencia del magistrado Enríquez Sancho. El Tribunal recuerda, en la primera de ellas, cómo en anterior ocasión consideró viable una “interpretación conforme” con la Constitución, pero ahora resulta imposible porque el Parlamento de Cataluña “está excluyendo la utilización de los cauces constitucionales (art. 168 CE) para la conversión en un ‘Estado independiente’”, anunciando incluso que en lo sucesivo “no se supeditará a las decisiones de las instituciones del Estado español y, en particular, a las de este Tribunal Constitucional” y que, por último, “insta al ‘futuro gobierno’ de la Comunidad Autónoma a cumplir exclusivamente las normas o los mandatos emanados” del *Parlament*.

La función promocional del derecho

Notable relieve alcanza el artículo 9.2 CE, de acuerdo con el cual: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Plantea, por tanto, lo que se caracterizó como función promocional del derecho,⁴ que reviste una dimensión positiva y afirmativa bien distinta de su habitual caracterización represiva como sanción coactiva.

En principio nada presagiaba tal relieve. Por una parte, el artículo queda fuera de la sección primera del capítulo segundo de la Constitución española, que trata “de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, ni se le repescaba para asignarle —como a los artículos 14 y 30 CE— la protección reforzada a

⁴ Bobbio, Norberto, “La funzione promozionale del diritto rivisitata”, *Sociologia del Diritto*, Milán, núm. 3, 1984, pp. 7-27.

través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por otra, generó inicialmente cierto recelo su parentesco doctrinal con el artículo 2 de la Constitución italiana: “La república reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social”, dado que había servido a figuras de la magistratura italiana como cauce para proponer un “uso alternativo del derecho”, con efímero eco doctrinal en la España de los 70.

La tarea interpretativa fue en este caso decisiva, sobre todo en lo relativo a la *discriminación por razón de sexo*.⁵ Como *discriminación* se interpretaba toda desigualdad de trato sin fundamento objetivo y razonable, rechazada por el artículo 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Sin embargo, la aplicación de la no discriminación con arreglo al citado precepto había llevado a una sorprendente conclusión contrafáctica: los ciudadanos discriminados por razón de sexo eran en realidad los viudos. Cuando un trabajador fallecía, la viuda tenía derecho a pensión; si la fallecida era una trabajadora, el viudo había de demostrar insuficiencia de recursos...

Al proyectarse, interpretativamente, el artículo 9.2 sobre el 14 CE generaba sin embargo un baipás fecundo en consecuencias. La mujer aparecía inserta en un colectivo históricamente discriminado. Su presunto privilegio era precisamente consecuencia de su efectiva discriminación, dado su dificultoso acceso al trabajo. Cuando una ciudadana de clase media enviudaba joven, era habi-

⁵ Ollero, Andrés, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

tual un lastimero comentario: “La pobre ha tenido que ponerse a trabajar”.

Desde un artículo como el 9.2 CE, sin la protección del recurso de amparo, se provoca una interpretación extensiva del 14. Se recordará que su texto no implica la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación. Así lo había señalado la STC 75/1983, de 3 de agosto, fj 3, de la que fue ponente el magistrado Escudero del Corral, a propósito de una posible discriminación por razón de edad. Adentrándose en terreno promocional, encontró en dicho precepto una —a su juicio— “explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 [CE]”. Lo concretará en “la discriminación por razón del sexo”, ahondando en “los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14” y en el hecho de ser “unánimemente admitido por la doctrina científica” una “voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina; situación que, en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo”. Como consecuencia, en la STC 166/1988, de 26 de septiembre, ffj 2 y 4, de la que fue ponente el magistrado De la Vega Benayas, la interpretación apoyada en la letra de la ley, que llevó a dar por bueno el despido de una trabajadora en periodo de prueba, pese a haber alegado que su motivo real era el encontrarse embarazada, fue anulada al considerarse que “no es la legalidad, sino la relevancia constitucional del caso concreto que aquí se enjuicia, lo que es decisivo”.

Buena prueba de la peculiar situación de la mujer en la España predemocrática fue que en la Compañía Telefónica Nacional

de España, por un lado, se reservara a mujeres jóvenes la atención a las comunicaciones, pero —a la vez— se imponía a las que contraían matrimonio la “atribución de un carácter ‘voluntario’ a una excedencia que en realidad era, para ellas, ‘forzosa’, con percibo de una dote y la facultad de volver al servicio activo, de convertirse en cabezas de familia”, aunque —como indican las recurrentes— con “devolución de la dote otorgada al producirse la excedencia y a la superación de las correspondientes pruebas de aptitud”. Tan pintoresca situación no tardó en ser declarada inconstitucional por la STC 67/1982, de 15 de noviembre, ffjj 4 y 5, de la que fue ponente el magistrado Truyol Serra. No se deja de aludir en ella al “cambio experimentado en el ámbito de los principios supremos de ordenamiento jurídico como consecuencia de la promulgación de la Constitución”.

No mucho después, en la STC 7/1983, de 14 de febrero, fj 2, de la que fue ponente el magistrado Tomás y Valiente, se interpretará como “evidente que la suspensión del contrato de trabajo ‘para el personal femenino’ por el hecho de contraer matrimonio constituye una discriminación por razón del sexo, pues no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma empresa que contrajera matrimonio”.

Igualdad en la aplicación de la ley

No fue este el único ámbito interpretativo generado por el artículo 14 CE. El alcance de la igualdad de los ciudadanos *ante la ley* cobró un inesperado aumento, hasta el punto de obligar a distinguir en principio dos aspectos, según contempláramos el problema *en la ley* o en la *aplicación de la ley*. Se levanta con ello constancia de una superación del normativismo, que nos presenta el derecho como un sistema de normas. De poco serviría que la norma hubiera evitado, sin fundamento objetivo y razonable, un trato desigual, si luego cada juez la interpretaba a su modo y manera. La cuestión levantó

cierta polémica al considerarse por algunos en riesgo la independencia judicial. Esto llevó a interpretar que la obligada igualdad de las resoluciones judiciales quedaba reservada a la posibilidad de impugnarlas, en especial mediante los recursos de unificación de doctrina. ¿Qué ocurre, sin embargo, cuando es un mismo órgano judicial el que falla de modo diverso asuntos idénticos sin justificar su cambio de criterio?

Los defensores de la independencia judicial lograron un nuevo avance al conseguir que se interpretara que, en los órganos colegiados, cada sección se considerara en su caso como un órgano judicial distinto. En cualquier caso, el novedoso principio de igualdad en la aplicación de la ley dio bastante juego. Ente otras cosas, se cuestionaba así la perezosa idea de entender la vinculación al precedente como una característica peculiar de los ordenamientos anglosajones, más que una neta exigencia de justicia.⁶ Paradójicamente, sentada tal abundante doctrina, tiene hoy escasa actualidad, al considerarse que el recurrente en amparo no debe limitarse a argumentar la existencia de una vulneración de un derecho fundamental, sino que ha de justificar suficientemente la especial trascendencia constitucional de dicha lesión.

Como trasfondo, el problema cobraba actualidad al producirse, como consecuencia de la admisión de recursos de amparo, tensiones entre el Tribunal Supremo y el Constitucional, alimentadas por quienes se permitían sugerir que en España sólo hay un Tribunal Supremo y no se llama así. Esta cuestión está ya felizmente superada gracias a una más sensata actitud de los protagonistas y a la oportuna ayuda del legislador.

⁶ Ollero, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (Cuadernos y Debates, 19; Cuadernos y Debates, 163), 1989, 2005.

La madrugadora STC 8/1981, de 30 de marzo, fj 6; de la que fue ponente el magistrado Tomás y Valiente, fue con el tiempo considerada precursora, aunque, dadas las características del caso, se limitaba a apuntar que

la simple desigualdad en los fallos de diversos casos aparentemente iguales en sus supuestos de hecho no da derecho tampoco sin más a entender vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, pues tales diferencias entre los fallos pueden tener su justa razón de ser o bien en la no identidad de los hechos probados o bien en un margen de apreciación del juzgador, indisociable de su función y en la que este Tribunal no podría entrar.

Un año más tarde, el Tribunal, en la STC 19/1982 de 5 mayo, ffj 3, 4 y 6, de la que fue ponente el magistrado Truyol Serra, cita cuatro resoluciones anteriores y alude de pasada al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dada la sucesión de normas legales, observa una inevitable “tensión entre el factor temporalidad y la desigualdad” y hace notar que “el tratamiento diferente no es el de hechos (anteriores y posteriores a una fecha de entrada en vigor de una nueva regulación), sino de situaciones actuales, en virtud de la diferencia temporal de los hechos que las produjeron”, aludiendo significativamente al “principio del Estado social y democrático de derecho del art. 1.1, que informa una serie de disposiciones como el mandato del art. 9.2”.

Dos meses después, en la STC 49/1982, de 14 de julio, ffj 1 y 2, de la que fue ponente el magistrado Díez Picazo, la doctrina puede considerarse ya madura, aunque con resultado denegatorio. Se aludirá a que “el problema debatido era ‘pródigo en interpretaciones y posturas contradictorias’ por parte de las diferentes Salas de lo contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales”, antes de establecer que

cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la Ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad, es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la Ley tiene necesariamente que cohonestarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la Ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales.

Derecho a la vida: una Constitución interpretativa

El debate interpretativo en torno al derecho a la vida se ha centrado en España en el tratamiento penal del aborto, con una carga polémica presente ya en el anteproyecto de Constitución. No en vano se juzgaba que tal aspecto tendría notable relevancia al someterse su texto a referéndum.

El hoy artículo 15 CE comenzaba afirmando que “todas las personas tienen derecho a la vida”. Los constituyentes que pretendían descartar todo intento de avalar una despenalización del aborto temieron que la alusión a la persona se interpretara como lo hace el *Código Civil*, que sitúa tal condición en el nacimiento. De ahí que entendieran, con infundado optimismo,⁷ que tal riesgo se eludiría sustituyendo tal arranque con la fórmula alemana: “todos tienen derecho a la vida”.

En el debate el portavoz del Grupo Mixto defendió el término persona como expresión “menos comprometida”, remitiendo a “la inevitable jurisprudencia” para aclarar luego su sentido, “en una

⁷ Ollero, Andrés, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2006.

Constitución que es interpretativa”.⁸ Poco después, el portavoz socialista, cansado quizá, pasó a la historia con una afirmación impensable en un paladín académico de los derechos humanos:

Desengañense Sus Señorías. Todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, “todos” permitirá una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la “persona” impide una ley de aborto”⁹.

Con el primer gobierno socialista, aprobaron las Cortes Generales un proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 *Bis* del *Código Penal* el 30 de noviembre de 1983, que declaraba no punible el aborto en determinados supuestos; no llegó a entrar en vigor, al ser objeto de un entonces existente recurso previo de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional debió pues analizar si las llamadas “indicaciones” —terapéutica (vida o salud de la madre), ética (violación) y eugenésica (malformaciones congénitas del feto)— eran compatibles con la protección de la vida del no nacido.

El debate fue el más accidentado de los primeros decenios del Tribunal, al partirse en dos. De ahí que se discutieran tanto el texto del magistrado ponente Arozamena Sierra como otro alternativo, con el nada usual doble patrocinio de la magistrada Begué Cantón y del magistrado Gómez-Ferrer; expresivo quizá de un doble enfoque dentro de los magistrados que acabaría configurando la mayoría, gracias al voto de calidad del presidente García Pelayo, frente a seis votos particulares discrepantes.

⁸ Tierno Galván, E., Sesión Plenaria núm. 34, celebrada el jueves 6 de julio de 1978, *Cortes. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Madrid, núm. 105, 1978, pp. 3 919, 3 960.

⁹ Peces-Barba Martínez, G., *ibidem*, p. 3 966.

El texto de la aprobada STC 53/1985, de 11 de abril, f.º 5, parte de que “no es posible resolver” el problema constitucional abordado “sin partir de una noción de la vida”. Se la presenta así como “un devenir, un proceso que comienza con la gestación”, más que desde la concepción. En su curso, “una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana” y “termina en la muerte”. Se trata pues de “un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital”. Se señala que “la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”. Dentro de esos “cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital”, aunque “la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad”. Previo a él, “tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana”, sin que resulte muy claro si con esto último se alude a la anidación o a un desarrollo del feto que lo haga ya capaz de sobrevivir.

Aunque resulte dudoso que hubiera en ello unanimidad, uno y otro textos acabaron por dar por bueno que “el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental”, lo que equivalía a admitir que hay seres humanos que no son *personas*... Sería, sí, un *bien jurídico*, por lo que la protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de “abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de

la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales". En la STC 53/1985, ffjj 7 y 11, acabaría habiendo un mínimo acuerdo, a la hora de la votación, en admitir la despenalización cuando se diera alguna de las indicaciones ya señaladas.

No generó discrepancias la afirmación de que las "exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables". En la misma sentencia —ffjj 11 y 14— también parece encontrar eco, en algún voto disidente, la posible objeción —o "cláusula"— de conciencia del personal sanitario, aunque no tan nítidamente como en la sentencia:

por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.

La ruptura total se produce a la altura del fundamento duodécimo de la sentencia, al considerarse inconstitucional el tratamiento penal de los abortos terapéutico y eugenésico, por no contemplar la ley determinadas garantías: especialidad médica de quien dictamine su necesidad, condiciones del lugar donde se ejecutará, etcétera. La respuesta del sexteto disidente fue coincidente: se habría alterado la función encomendada al Tribunal, que sería establecer si el precepto examinado es o no inconstitucional —en función de "legislador negativo"¹⁰ para convertirse en legislador positivo o

¹⁰ Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State* Cambridge, Cambridge, Harvard University Press, 1945.

“tercera cámara”— al declarar una presunta inconstitucionalidad por omisión.

El gobierno socialista de Felipe González asumió en un nuevo proyecto de ley las modificaciones sugeridas y pronto, con la Ley Orgánica 9/1985, aprobada el 5 de julio, entró en vigor en España la primera despenalización del aborto. Veinticinco años después, el gobierno socialista de Rodríguez Zapatero, por la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, de 30 de marzo, cambia decisivamente la situación al optar por una ley de plazos, que ignoraba un aspecto central de la STC 53/1985, fñ 9: el dilema suscitado no podría

contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional.

En efecto en la ley aún hoy vigente prevalece, durante el plazo legalmente fijado, sin necesidad de justificación alguna, un derecho a disponer sobre la vida del no nacido. El Partido Popular, cauto siempre a la hora de suscitar el debate sobre el particular, incluyó en su programa electoral la supresión de este sistema de plazos, que había recurrido ante el Tribunal Constitucional, para volver al de indicaciones. Pese a contar el presidente Rajoy con mayoría absoluta, descartó en septiembre de 2014 abordar la reforma prometida, cuando ya había sido defendida por el ministro de Justicia Ruiz Gallardón, que no dudó en presentar su dimisión. El recurso presentado ante el Tribunal se encuentra aún pendiente de sentencia, más de diez años después.

Creatividad interpretativa: laicidad positiva

El principal problema abordado en el artículo 16 CE es decidir si España es un Estado laico¹¹. Aunque los términos *laico* y *laicidad* no aparezcan en el texto constitucional, el epígrafe tercero de dicho artículo lo resuelve lateralmente, al afirmar que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”; con ello, al menos, la no confesionalidad queda fuera de toda duda. Con el abandono de este rasgo, presente en la mayor parte de los textos constitucionales españoles desde 1812, parece resolverse una de las complicadas herencias del franquismo. No deja de ser significativo que la primera sentencia del Tribunal Constitucional: la 1/1981, de 26 de enero, de la que fue ponente el magistrado Arozamena Sierra, rechace todo automatismo en el reconocimiento de efectos civiles a las sentencias canónicas de separación matrimonial.

Ello no ha convertido en pacífica la cuestión, al menudear intentos laicistas, que —convertidos en una confesión más— pretenden, en aras de una presunta neutralidad, erigirse en la única compatible con la Constitución. Uno de esos intentos propone que el artículo, en vez de girar en torno a la libertad ideológica y religiosa, lo haga en torno a la de conciencia; el resultado restaría protagonismo a la libertad religiosa convertida en su mero subproducto, fácilmente reducible a la intimidad del hogar. Más de uno parece detectar cierto progreso en pasar de la religión como opio del pueblo, patentada por el marxismo, a una religión como tabaco del pueblo: allá usted si quiere fumar, pero sólo en su casa... El epígrafe primero del artículo que comentamos marcha claramente por otros derroteros: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación,

¹¹ Ollero, Andrés, *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Madrid, Arazandi-Thomson-Reuters, 2009; Ollero, Andrés, *Laicidad y laicismo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

La libertad religiosa queda pues inicialmente equiparada con la libertad ideológica, fácilmente identificable con la de conciencia. Por lo demás, cualquier intento de planteamiento meramente individual se descarta al reconocerse la relevancia de las *comunidades*. La laicidad del Estado no obliga a que sea laica la sociedad pluralista, en la que convivirán todas las confesiones que los ciudadanos —laicos en su mayoría— tengan por conveniente. Malas noticias, pues, para el laicismo. El único límite sería el orden público, que remite al núcleo fundamental de los derechos humanos. Cada uno podrá rezar a quien y donde le parezca, pero sería inconstitucional un club religioso que celebrara los miércoles sacrificios humanos...

Todo ello requerirá cierto aprendizaje, que no conviene considerar superfluo, según ha señalado —con no poca sorpresa de más de cuatro— el más prestigiado filósofo actual de la política.¹² Parte de ese aprendizaje consistiría, para empezar, en asumir el epígrafe segundo —Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias— y renunciar, por tanto, a todo intento inquisitorial que lleve a descalificar los argumentos de un sujeto en razón, no de su contenido objetivo, sino de sus convicciones ideológicas o religiosas.

El tercer epígrafe y sus consecuencias es el que ha despertado mayores reticencias, al llevar al Tribunal a dar paso a una *laicidad positiva* en la STC 46/2001, de 15 de febrero, fj 4, de la que fue ponente el magistrado García Manzano. Se cita en ella la STC 177/1996, fj 6, de 11 de noviembre; de la que fue ponente el magistrado Viver Pi-Sunyer. Ésta precisa que con ello se “impone a los poderes públicos un mandato de cooperación en relación con

¹² Habermas, Jürgen, *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Fráncfort, Suhrkamp, 2005.

aquellas que, estando ya inscritas en el Registro, por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España”.

El recurso al término *laicidad positiva* resultó un tanto sorprendente, al amparar a la llamada Iglesia de la Unificación, más conocida popularmente como secta Moon, a la que se había negado su inscripción en el registro de entidades religiosas después del tratamiento nada favorable recibido en el Parlamento europeo. Para el Tribunal, “el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen”. Cabe también “apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”. Respecto a ellas, “se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional”. En consecuencia,

el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad [...] considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales.

El afán de *separación*, que caracteriza al laicismo, se ve así desplazado en el texto constitucional español por un mandato de *cooperación* y una alusión expresa a la Iglesia católica, incluida en pleno debate parlamentario con el inesperado apoyo del portavoz comunista. Ese sesgo hacia una función promocional y la doble cita al artículo 9.2 CE ha sido malentendido como si se llamara a favorecer un crecimiento de los credos minoritarios, a lo que se

reclamó más *igualdad religiosa*. Esto, que sería incompatible con la obligada neutralidad estatal, estaría tan fuera de lugar en una sociedad pluralista como cualquier intento de forzar una *igualdad ideológica*. Esa positiva tarea prestacional no viene marcada por el término *igualdad*, inexistente en el texto, sino por otro sí presente: “consiguientes”.

En efecto, en el epígrafe tercero el artículo 16 CE se completa con la afirmación de que “Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”. Esto hace depender la intensidad de la cooperación de la libre opción de los ciudadanos. Así actúan también los poderes públicos en otros casos, como al atribuir a los partidos políticos fondos públicos, acordes con el número de escaños logrados electoralmente, o al apoyar iniciativas culturales o sindicales.

La casuística de problemas suscitados es notable; aludiremos sólo a las más significativas. Entre las primeras destaca el temprano intento del grupo parlamentario socialista por impugnar el régimen de acceso a determinados cuerpos militares del Ejército de Tierra —entre ellos, algunos tan peculiares como las bandas de música o los capellanes católicos castrenses—. El Tribunal resolvió denegatoriamente en la breve sentencia STC 24/1982, de 13 de mayo, ffj 2 a 4, de la que fue ponente el magistrado Díez Picazo. En ella se recuerda que “la ley impugnada se limita a regular los ascensos y el tiempo de efectividad exigidos en cada empleo para poder ascender”, sin que se ponga en cuestión la existencia de dichos cuerpos. Tampoco le parece “fácil admitir la figura de la inconstitucionalidad por omisión”, planteada por los diputados recurrentes por entender que “el legislador debió aprovechar la ocasión que le brindaba la Ley 48/1981, para reestructurar la prestación de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas”. Tal inconstitucionalidad solo existiría “cuando la Constitución impone al legislador la



necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional” y no las desarrolla, pero no es este el caso.

No se lesiona con ello la libertad, sino que se ofrece “la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades”. Tampoco se lesiona la igualdad, “pues por el mero hecho de la prestación en favor de los católicos, no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas”.

Sin salir de lo militar, también planteó problemas la parada celebrada en tierras valencianas con motivo del quinto centenario de la advocación de la Virgen de los Desamparados. Un sargento se negó a participar por motivos ideológicos, por lo que fue sancionado. El Tribunal considera —en la STC 177/1996, de 11 de noviembre, fj 10, de la que fue ponente el magistrado Viver Pi-Sunyer— que no se trataba “de actos de naturaleza religiosa con participación militar, sino de actos militares destinados a la celebración, por personal militar, de una festividad religiosa”, cuestión respecto a la que no formula reproche alguno. Apunta, sin embargo, que, “aun cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia”.

La obligada neutralidad de las instituciones públicas dio lugar a resoluciones similares, aunque no siempre fácilmente previsibles. Así había ocurrido, también en tierras valencianas, cuando el Claustro de la Universidad de Valencia decidió eliminar del sello de la institución la imagen de la *Sedes Sapientiae*, que la identificó durante siglos; la decisión fue sucesivamente rechazada por salas de lo contencioso-administrativo de la antigua Audiencia Territorial y del Tribunal Supremo. Los reparos procedimentales relativos al contenido del acta fueron considerados por el Tribunal insuficientes. La STC 130/1991, de 6 de junio, de la que fue ponente el

magistrado Tomás y Valiente, deja sentado que “La Universitat de Valencia en el legítimo ejercicio de su derecho fundamental de autonomía puede válidamente acordar por el procedimiento legal establecido lo procedente acerca del nombre y características de sus símbolos representativos”.

Similar, pero más complicado, parecía el recurso de amparo planteado contra los Estatutos del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, cuyo artículo 2 afirmaba ser “aconfesional”, y añadía: “si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada”. Uno de sus colegiados consideró vulnerada su libertad religiosa. El Tribunal, en la STC 34/2011, de 28 de marzo, ffjj 4 a 6, de la que fue ponente el magistrado Hernando Santiago, no oculta el decisivo influjo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Lautsi contra Italia”, de 18 de marzo de 2011, a la que cita repetidamente, aludiendo también a la ya comentada sentencia sobre la universidad valenciana. Comienza por afirmar que el Colegio de Abogados, como institución pública, “está constitucionalmente obligado a la neutralidad religiosa”.

Se extiende luego sobre el sentido y alcance de los símbolos de identidad, mientras constata que “cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de ésta, lo que origina que no pocos elementos representativos de los entes territoriales, corporaciones e instituciones públicas tengan una connotación religiosa”. Pero estima también preciso

tomar en consideración no tanto el origen del signo o símbolo como su percepción en el tiempo presente, pues en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser [...] predominantemente culturales aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso.

Reconoce que la libertad religiosa del abogado “quedaría menoscabada si, en virtud de la norma colegial, se viera compelido a participar en eventuales actos en honor de la Patrona”, pero no hay indicio alguno al respecto. En todo caso, lo decisivo acabará siendo que la “posibilidad de que la corporación asuma signos de identidad que, desprovistos de una significación religiosa incompatible con el art. 16 CE, fueran en su origen propios de una u otra confesión o de ninguna, es algo que sólo a la corporación corresponde decidir democráticamente”.

No faltaron tampoco en el primer lustro de actividad del Tribunal sentencias relativas al ámbito educativo, como por ejemplo la STC 5/1981, de 13 de febrero, de la que fue ponente el magistrado Rubio Llorente, o la 47/1985 de 27, de marzo, de la que fue ponente el magistrado Tomás y Valiente. Particular atención merecieron centros escolares con ideario propio sostenidos con fondos públicos. También —con posterioridad— otras mucho más numerosas relativas a los profesores de religión; desde la STC 47/1990, de 20 de marzo, de la que fue ponente el magistrado Leguina Villa, hasta una docena del más cercano año 2007.

Poca consciencia de la conciencia

En el debate parlamentario en el Senado sobre este artículo 16 CE se presentaron enmiendas que proponían un cuarto epígrafe para abordar el derecho a la objeción de conciencia. Por ejemplo, la enmienda núm. 17, presentada por el Grupo Progresistas y Socialistas Independientes, proponía como contenido: “Queda garantizado el derecho a la objeción de conciencia, que se ejercerá en cada caso, con arreglo a lo que disponga la ley”. En la justificación se aspira a que “ocupe sistemáticamente el lugar que le corresponde”, evitando a reducirlo a mera exención al servicio militar. La enmienda

fue retirada antes de la votación. Otro senador independiente¹³ era más conciso en la enmienda núm. 452: “se reconoce el derecho a la objeción de conciencia” y en el debate insiste en que se trata de “la objeción de conciencia a secas” y no sólo al servicio militar, quejándose de que “hay poca conciencia de la conciencia”; la enmienda sólo obtuvo ocho votos.

Más éxito tendría el intento después, al aprobarse la *Carta Europea de Derechos Fundamentales*, cuyo artículo 10, sobre “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” sentaba en su epígrafe 1:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

El epígrafe 2 completaría: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

En el texto constitucional español solo figura la objeción planteada respecto al servicio militar, quizá más para dar rango constitucional al eventual deber del objetor de cumplir una prestación social sustitutoria que para reconocerla como derecho, pues lo que se contempla como tal es más bien el derecho de defender a España. En efecto, el artículo 30 CE establece:

1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.

¹³ Xirinacs i Damians, L. M., Sesión Plenaria núm. 33, martes 26 de septiembre de 1978, *Cortes. Diario de sesiones del Senado*, Madrid, pp. 2 964-2 965.

2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

Esto explica su forzado entronque con el texto constitucional: queda fuera de la sección primera del capítulo cuarto, aunque se la repesque en el artículo 53.2 CE como posible objeto de recurso de amparo. El escaso éxito de las aludidas enmiendas a su paso por el Senado puede explicarse porque, después de la ruptura del consenso en el debate en el Congreso sobre el artículo 27 sobre la educación, difícilmente subsanada, los dos grandes partidos acordaron no reabrir debate en el Senado en torno al citado capítulo sobre derecho y libertades.

Con este pie forzado, el tratamiento de la objeción ha sido complicado y contradictorio. La ya comentada sentencia dejó sentado que cabía alegarla en lo relativo al aborto, pero apenas se ha visto ampliado, salvo al habérsela reconocido parcialmente a un farmacéutico respecto a la obligación de disponer en su oficina de la llamada píldora del día después, aunque no a su negativa a hacer lo propio con los preservativos. Todo esto en términos tan problemáticos que el ponente de esta STC 145/2015, de 25 de junio —el magistrado Ollero Tassara—, acabó presentando a la vez un voto concurrente ilustrando alguna personal discrepancia. Con anterioridad, había resultado llamativa la STC 154/2002, de 18 de julio, de la que fue ponente el magistrado Cachón Villar, que absolvió a unos padres testigos de Jehová, condenados por homicidio en su modalidad de comisión por omisión, al negarse a autorizar una transfusión de sangre a un joven hijo, con resultado de muerte. La interpretación de este caso giró en torno al respeto de la libertad religiosa, sin presentarlo como excepcional reconocimiento de un derecho a objetar.

Matrimonio: una interpretación forestal

El artículo 32.1 CE reconoce que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”; mientras tanto, el artículo 39.1 contiene su consideración de la familia, respecto a la cual los “poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica”. Este encuadramiento separado ha contribuido a interpretar el primero en una clave novedosa. Ya aludimos al riesgo de que las llamadas *sentencias interpretativas* o *conformes* a la Constitución desbordaran su posible carácter extensivo para avalar una resolución claramente contraria a la norma.

Se puso ya de relieve, respecto al artículo 32.1 CE, en la Comisión de Nombramientos del Congreso de los Diputados, cuando se planteó a uno de los candidatos propuestos para magistrado del Tribunal Constitucional si firmaría una petición para reformar el referido artículo de manera que la alusión a “el hombre y la mujer” fuera sustituida por “todos” tienen derecho a contraer matrimonio. La respuesta fue que el problema no se concretaba en si cabría una interpretación que permitiera matrimonios homosexuales, sino en si, para hacerlo posible, sería o no necesaria una reforma del texto constitucional.¹⁴

Abordado el asunto por el pleno del Tribunal, pocos meses después, cosechó tres votos particulares disidentes y otro concurrente no menos discrepante. La mayoría, más que optar por una interpretación extensiva, optó por estrenar un novedoso concepto de interpretación. No me refiero con ello a sus expresiones metafóricas, en las que se aleja de la habitual querencia de la dogmática jurídica a circular por vías hidrológicas (fuentes, lagunas...), sino que la STC 198/2012, de 6 de noviembre, fj 9 y algunas referencias

¹⁴ Ollero, Andrés, Consultiva de Nombramientos. Sesión núm. 4 (extraordinaria), lunes 9 de julio de 2012, *Cortes. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones*, Madrid, núm. 144, 2012, pp. 10, 14.

posteriores en los ffj 7 y 8, de la que fue ponente el magistrado Pérez Tremps, opta, con confesado influjo canadiense, por lo forestal: la Constitución se convierte en un “árbol vivo”.

Metáforas aparte, se suscribe un muy novedoso arte de presunta “interpretación”, a la que se asigna el mote de “evolutiva” y que plantea un primer problema: a los pies del vivo árbol se ha dado ecológica sepultura a un carácter típico de la Constitución: su rigidez. Esta, que no ignora en absoluto la historicidad del derecho, consciente de ella, pierde al parecer el tiempo en dedicar todo su título X a sus posibles reformas, que le evitarían todo desfase respecto al devenir social. Esto desmiente toda presencia de originalismo, esgrimido repetidamente por la sentencia como argumento defensivo.

Ignorar parte de la Constitución no es un modo audaz de interpretarla; supone proceder a una mutación para la que ningún magistrado constitucional está legitimado. Por si fuera poco, el texto de la sentencia acaba inevitablemente descoyuntado al verse obligado con frecuencia a defender una cosa y su contraria. El matrimonio como “garantía constitucional” exige respeto a su naturaleza, de modo que, si se manipula, resultaría ininteligible para el ciudadano medio; pero, por lo visto, que el matrimonio se amplíe de heterosexual a homosexual, en un país tan vanguardista como España, lejos de desnaturalizarlo, sería una mera fruslería perfectamente previsible. Afirmación que tiene mayor mérito después de insistir la sentencia, con toda razón, en que los que ciudadanos que suscribían una orientación homosexual han venido desde hace siglos soportando una cruel discriminación. Quizá lo que se ha pretendido es dar paso a un merecido desagravio; pero cuál más elocuente que una reforma constitucional... Puede que se temiera que el regulado referéndum no resultara positivo; pronóstico impensable, dadas las encuestas que la sentencia hace cuidadosamente

propias. Quizá haya que concluir que, una vez más, los protagonistas del caso se habían hecho acreedores de mejor trato.

Puede servir de atenuante que el panorama europeo no animaba demasiado a correr riesgos. Aunque la sentencia da por existente una *cultura jurídica* común, la propia *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* reconoce la incapacidad de plantear en su ámbito un modelo de matrimonio y familia común. Sirva de síntoma su artículo 9: “Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia. Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

Claro que puede que el matrimonio y la familia no tengan nada que ver con la cultura jurídica; quizá sea esa afinidad rasgo exclusivo del islam... El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos optó también por la sinceridad. Cuando se suscribe el Convenio de Roma, toda alusión al matrimonio se refiere al heterosexual. Más tarde, la multicultural europea es de tal riqueza que no cabe impedir que haya Estados que prefieren no identificar orientación homosexual con matrimonio —ni tampoco es razonable imponerles que lo hagan—. En su sentencia sobre el asunto *Schalk y Kopf contra Austria*, de 24 de junio de 2010, § 55, certifica que en “los años 50, el matrimonio era, evidentemente, entendido en el sentido tradicional de unión entre dos personas de sexo diferente”. Todo lo dicho aparece fielmente documentado en la evolutiva sentencia.

Inconstitucionalidad fáctica

El diseño del gobierno del Poder Judicial se convirtió en pieza clave de la ruptura jurídica implícita en la transición política española. Se concreta en el título VI de la Constitución, que trata “Del Poder Judicial”, integrado por trece artículos. En su artículo 122.3 El Consejo General del Poder Judicial, inspirado en el modelo italiano,

desvinculaba del Poder Ejecutivo todo lo relativo a la selección y promoción de los jueces:

El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey, por un periodo de cinco años. De éstos doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión.

Lo integraban juristas de prestigio; cuatro elegidos con amplio *quorum* por el Congreso, otros tantos por el Senado y los doce restantes —principal novedad— “entre jueces y magistrados”. Se interpretó pues en el debate constituyente que la mayoría de sus vocales serían elegidos *por* los mismos jueces *entre* ellos, como expresión de autogobierno.

Su independencia se marcaba, en artículo 127 CE, gracias a su alejamiento de los partidos políticos y sindicatos y a la existencia de asociaciones judiciales de tono profesional:

1. Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales.
2. La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos.

El intento posterior de inclusión de todos ellos en una sola asociación resultó fallido, por diagnosticarse un predominio de la

que acabaría llamándose Asociación Profesional de la Magistratura, considerada conservadora. El ala judicial crítica se había mostrado activa ya durante el franquismo como “Justicia Democrática”, en la onda de la Magistratura Democrática italiana y, en más de un caso, del consiguiente uso alternativo del derecho.¹⁵

Tres años después del *cambio* electoral protagonizado en 1982 por el partido socialista, se aborda una reforma profunda de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* para desarrollar las previsiones plasmadas en el texto constitucional. El paso del proyecto por el Congreso de los Diputados fue relativamente pacífico, aceptándose el predominante autogobierno judicial. El Grupo Socialista diseñó incluso las papeletas electorales, donde su única preocupación era que el Consejo no fuera monopolizado por magistrados de alto rango y veteranía. Inesperadamente, sin embargo, pasaron luego a apoyar una enmienda de un partido minoritario que eliminaba el autogobierno: el Congreso pasó a elegir diez vocales y el Senado otros diez; aunque doce de ellos se eligieran *entre* jueces, pero no *por* ellos. El previsible resultado llevó a sobrevalorar la presencia de los ahora llamados “Jueces para la Democracia”, dado su más escaso número de afiliados.

Otro aspecto de notable incidencia, similar al más tarde experimentado en Polonia, pero sin provocar rechazo europeo alguno, fue incluir a los jueces en una anticipación de la jubilación de los funcionarios, que pasó de los setenta años a los sesenta y cinco, eliminando de paso a los más vinculados al franquismo. Más tarde se situaría el tope en los sesenta y ocho años y, a partir de 2015, de nuevo en los setenta, incluso con la posibilidad de seguir, si lo desean, hasta los setenta y dos.

¹⁵ Ollero, Andrés, Poder Judicial y transición democrática en España, *Sociología y Psicología Jurídicas*, Barcelona, núm. 9, 1982, pp. 7-42, incluido recientemente en *La justicia en el escaparate*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 17-79.

La supresión de la elección por los propios jueces de los vocales que habrían de gobernarlos fue muy discutida, por lo que llegó a ser recurrida ante el Tribunal Constitucional. Se argumentaba que poner en manos de la partitocracia el gobierno de los jueces generaría su inmediata politización. En efecto, desde entonces, de la mano de la pereza mental, todo vocal del Consejo es visto por la opinión pública, con la ayuda de los medios, como si llevara en la solapa una escarapela con el logo del partido que lo propuso, sea cual fuere el tenor de sus votos.

Desde tiempo inmemorial el *Código Civil* exige al juez que aplique las normas de acuerdo con la realidad social. No parece excesivo que también hagan lo propio los magistrados constitucionales. Se tropezaba con un problema: la doctrina del Tribunal, sobre todo ante recursos de amparo, indica que su función es la de subsanar las vulneraciones de derechos ya consumadas y no la de prever *a priori* posibles consecuencias negativas. De todos modos, tratándose de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley, de la que dependía nada menos que la independencia objetiva de todos los miembros del Poder Judicial, tenía un alcance más que sobrado para diagnosticar su hoy llamada “especial transcendencia constitucional”.

El Tribunal, en la STC 108/1986, de 29 de julio, fj 12, de la que fue ponente el magistrado Latorre Segura, optó por un formalismo ciego ante una archiconocida realidad social. Reconoce como conveniente “asegurar que la composición del Consejo refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad y, muy en especial, en el seno del Poder Judicial. Que esta finalidad se alcanza más fácilmente atribuyendo a los propios Jueces y Magistrados la facultad de elegir a doce de los miembros del CGPJ es cosa que ofrece poca duda”. Es más, da por hecho que

se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, ol-

vidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial. La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la Norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez.

O sea que, si *de hecho* ello acaba ocurriendo, de lo cual era difícil dudar, estaríamos ante una *inconstitucionalidad fáctica*; pero, como esto es posible pero no necesario, habrá que soportar un sistema que, como ha sido empíricamente comprobado, lesiona sin remedio la independencia objetiva de los vocales del Consejo.

¿Quién da más? Inconstitucionalidad del nombramiento de los magistrados del tribunal constitucional

Una interpretación formalista de un precepto constitucional deja en manos de la partidocracia, estrechamente vinculada —positiva o negativamente—, al Ejecutivo por una ley electoral con listas cerradas en el Congreso. El asunto no es baladí, pero a ello —como fruto también de una tozuda experiencia— hay que añadir que esa misma partidocracia ha actuado repetidamente, de modo que lo que son deberes emanados de la Constitución los convierte en derechos propios para ejercerlos —nombrando vocales del Consejo o magistrados del Tribunal Constitucional— cuando políticamente le resulte más favorable y no en los plazos previstos por la propia Constitución. Cada cinco años, como ya vimos, en lo relativo al Consejo, lo que deja entrever el deseo de los constituyentes de

que no coincida con los cuatro años de duración previsible en cada legislatura. En cuanto al Tribunal Constitucional, es claro el texto del artículo 159.3: “Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un periodo de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres”. De nuevo, al margen de los cuatro años de cada legislatura. Como consecuencia, los nombramientos acaban demorándose, al precisar casi obligadamente un acuerdo entre los dos grandes partidos.

A grandes males, grandes remedios. Los dos grandes partidos se ponen al fin de acuerdo, pero no para hacer propósito de la enmienda y cumplir los plazos constitucionales, sino para saltarse a la torera la Constitución cuando de nombrar magistrados del Tribunal Constitucional se trata. La prestidigitación es grandiosa: en vez de comprometerse a cumplir sus deberes constitucionales evitando retrasos, dan por hecho que retrasos habrá e imponen el 24 de mayo de 2017 una reforma legal que no habrá quien la recurra. Como resultado, el artículo 16.5 de la propia *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* pasa a establecer 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”.

La “interpretación” consumada por vía legislativa no resulta inocente. Al ser propiciada por los dos grandes partidos, no se planteó recurso de inconstitucionalidad alguno, con lo que surgió una nueva inconstitucionalidad fáctica que también perdura. Los últimos magistrados elegidos por el Senado, con tres años de retraso, vieron reducido a seis años su mandato constitucional de nueve, mientras que el de algunos de sus antecesores llegaba a los doce. Obviamente, esto acaba influyendo en quien accede a la presidencia de la institución que, dada la composición par de los miembros del Tribunal, lleva consigo voto de calidad en caso de empate. Resulta más evidente la degradación producida, en lo que a indepen-

dencia se refiere, si se recuerda que en la primera composición del Tribunal se dio por hecho que el partido en el gobierno (entonces UCD) había decidido que la presidencia la ocupara el magistrado Aurelio Menéndez. Pero los primeros magistrados de la institución ejercieron su independencia cuando votaron como presidente al magistrado García Pelayo. No consta que nada semejante haya vuelto a suceder.

Copy Right © 2022
Derechos Reservados:
José de Jesús Naveja Macías
Coordinador

Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.
Editorial Flores
Calle Cuauhtémoc, Número 1405
Colonia Del Gas
C.P. 02950, Azcapotzalco
Ciudad de México
Tels.: (55) 5556-0590
5556-7020
5355-1108

Correo: floreseditor@hotmail.com

www.floreseditor.com

ISBN: 978-607-573-058-5

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico o por fotocopia, por registro u otros medios, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión o uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copy Right.

Impreso en México / Printed in Mexico

JOSÉ DE JESÚS NAVEJA MACÍAS
COORDINADOR

LA TRASCENDENCIA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL SIGLO XXI

EN HOMENAJE A LA TRAYECTORIA DE RODOLFO L. VIGO

AUTORES:

RODOLFO L. VIGO (ARGENTINA)
MANUEL ATIENZA (ESPAÑA)
ANDRÉS OLLERO (ESPAÑA)
JORGE OLASO ÁLVAREZ (COSTA RICA)
ANTONIO DEL MORAL GARCÍA (ESPAÑA)
FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA (PERÚ)
DANILO ROJAS BETANCOURT (COLOMBIA)
RODRIGO REIS RIBEIRO BASTOS (BRASIL)
MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA (BRASIL)
JOSÉ DE JESÚS NAVEJA MACÍAS (MÉXICO)
TERESA NUQUES MARTÍNEZ (ECUADOR)
BRYAN S. CARRERA-ORDÓÑEZ (ECUADOR)
ARTURO CAUMONT (URUGUAY)
RAFAEL RAMÓN DÍAZ FILPO (REPÚBLICA DOMINICANA)
ALEJANDRO GONZÁLEZ MONZÓN (CUBA)

