

Fecha recepción: 19.11.2007

Fecha aceptación: 26.11.2007

LA DOCTRINA BRITÁNICA Y EL CONTROL JUDICIAL DE LAS LEYES. POR UNA «TEORÍA CUÁNTICA» DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

POR

JOSEP MARIA LAFUENTE

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Girona

Ciertamente que no descubro nada si afirmo que la Dogmática Jurídica es permeable al devenir del pensamiento filosófico y científico¹. En el Renacimiento aparecen la Escolástica y el experimentalismo científico que son, al igual que el Derecho Natural, resultado del Humanismo de la época. El liberalismo burgués de las primeras constituciones francesas desde 1791 o la americana de 1787 responde a los mismos presupuestos que el enciclopedismo del siglo de las luces o que la revolución científica e industrial del siglo XVIII.

La Comunidad científica es unánime en designar la Mecánica cuántica como el último gran descubrimiento. Con ella se elaboró una descripción completa de la materia según unos postulados entre los que destaca el principio de incertidumbre en el comportamiento de las partículas subatómicas. De ahí que la Teoría cuántica, frente al determinismo newtoniano, sostenga que los hechos sólo pueden describirse en términos de probabilidades. Tal vez fue el constitucionalista danés Alf Ross el primer autor que se refiere a la incertidumbre para describir la mecánica por la que el Juez elige entre las diferentes reglas de inter-

¹ ANDRÉ HAURIUO: «Derecho Constitucional e Instituciones Políticas». Ed. Ariel. Barcelona 1980, pp. 57 a 98.

pretación que conforman la técnica de la argumentación. Esta es la razón por la que el prof. Ross analiza en términos de probabilidad la predecibilidad de las sentencias.

El ideal formalista, según el cual existe una única solución justa para cada conflicto judicial, ha sido palmariamente superado por la realidad. Casos constitucionales esencialmente iguales dan lugar a sentencias completamente distintas. Cualquier fallo es argumentable. El alcance político y la ambigüedad de la norma constitucional produce un *efecto arco iris* en la Jurisprudencia. Ante dos litigios fundamentalmente iguales, el Tribunal es capaz de argumentar —de bien argumentar— dos sentencias de colores diferentes, violeta, rojo o de cualquier otro de los colores intermedios. Las sentencias son tan cambiantes que la tarea de vaticinar un fallo resulta aleatoria. Todo lo más, y conocido el número de sentencias de cada color, cabrá elaborar un pronóstico en términos porcentuales y establecer cuál es el porcentaje de probabilidades de que el Tribunal Constitucional dicte una sentencia de tal o cual color.

De la lectura de los repertorios jurisprudenciales, no parece discutible la pluriinterpretabilidad de, por ejemplo, las normas constitucionales que regulan la distribución territorial de competencias o las que recogen derechos tales como el de la vida, la tutela judicial o la propiedad. Las sentencias constitucionales toman como fundamentos normas ambiguas y precedentes cambiantes. Sobre estas bases, la certidumbre de sus fallos resulta ciertamente «cuántica».

La influencia de los postulados realistas ha sido muy importante en la moderna Dogmática constitucional: la americana Peretti, el francés Rousseau, el italiano Zagrebelsky o el alemán Hesse. Del mismo modo, importantes jueces constitucionalistas se han manifestado en iguales términos: el americano Holmes, el francés P. Coste-Floret y el italiano Baldassarre.

La Gran Bretaña tampoco es impermeable a esta tendencia. Los trabajos del prof. Jeffrey Jowell y de *Lord Justice Laws* responden a la misma preocupación.

1. EL PRINCIPIO DE LA PARLIAMENTARY SUPREMACY Y EL JUDICIAL REVIEW²

Durante décadas se ha venido aceptando como un dogma de fe religiosa que el Derecho Constitucional británico respondía a unas reglas perfectamente diferentes a las del Derecho Constitucional continental.

² El estudio de estos principios fue objeto de un más amplio estudio en mi anterior «La Judicialización de la Interpretación Constitucional». Ed. Colex. Madrid 2000.

La Dogmática constitucionalista clásica³ enumera hasta cuatro distinciones fundamentales entre el sistema constitucional británico y el continental:

a) La condición de no escrita que caracteriza a la Constitución británica frente a las constituciones continentales. Ello no obstante, tan cierto es que una gran parte de la Constitución británica está escrita (p. ej. la *Crown Proceedings Act*), como que la jurisprudencia de los tribunales constitucionales continentales ha introducido auténticas normas constitucionales *ex novo* (p. ej. la discriminación positiva).

b) Conforme al principio del *stare decisis*, el Derecho Constitucional británico es un derecho jurisprudencial cuya fuente principal sería el precedente judicial. Por el contrario, el Derecho Constitucional continental sería un derecho codificado⁴. Sin embargo, de la simple lectura de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos, no es discutible que el propio precedente —abusivamente reproducido una y otra vez— se ha erigido como la primera de las fuentes del Derecho Constitucional.

c) En los países continentales, la jurisdicción constitucional está concentrada en un Tribunal Constitucional especializado; mientras que, en la Gran Bretaña, la jurisdicción constitucional es difusa y compete a los órganos judiciales ordinarios. La realidad es que la circunstancia de que los tribunales constitucionales continentales sean concentrados, mientras que la jurisdicción constitucional estadounidense o británica sea difusa, es una diferencia meramente organizativa, procesal y adjetiva. De hecho, de una parte, al igual que en el Reino Unido, también en el Continente los juzgados ordinarios están obligados a aplicar la Constitución⁵. Y, de otra parte, al igual que en el Continente, también en la Gran Bretaña, de conformidad con el principio del *stare decisis*, cada órgano jurisdiccional está limitado por los precedentes de sus superiores y todos por las sentencias (también las constitucionales) de la *House of Lords*. Finalmente, es cierto que la *House of Lords* conoce de asuntos no sólo constitucionales, sino también civiles, penales, etc.; pero ¿es que acaso los tribunales

³ Véase, por todos, Alessandro Pizzorusso: «Curso de Derecho comparado». Ed. Ariel. Barcelona 1987, pp. 55 a 57.

⁴ Para la comparación de ambos sistemas, Luis López Guerra: «El Tribunal Constitucional y el Principio “stare decisis”» en Dirección General de lo Contencioso del Estado (ed.): «El Tribunal Constitucional». Instituto de Estudios Fiscales. Madrid 1981, Vol II, pp. 1432 a 1455.

⁵ Por ejemplo, en España, el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales ...».

constitucionales continentales no conocen de asuntos civiles o penales? La única diferencia es procesal, según que la última instancia para la protección jurisdiccional de los derechos opere mediante un recurso de apelación ante la *House of Lords* o mediante un recurso ante un Tribunal Constitucional, llámese de amparo en el Derecho español, *verfassungsbeschwerde* en el alemán o *beschwerd en el austríaco*.

d) Los Tribunales constitucionales europeos ejercen el control de las leyes parlamentarias, cuya declaración de inconstitucionalidad produce efectos *erga omnes* y *ex nunc*. Por el contrario, en Gran Bretaña rige el principio de la Supremacía del Parlamento (*Parliamentary Supremacy*), cuyas normas no podrían ser declaradas inconstitucionales y nulas.

Desde ciertas importantísimas sentencias de la *House of Lords*, la Doctrina británica se viene cuestionando este principio de la Supremacía del Parlamento⁶. Son los casos *Ridge v. Baldwin*, *Animisnic v. Foreign Compensation Commission* y *R. v. Home Secretary Ex parte Khawaja*. Tradicionalmente, en el sistema constitucional británico, las leyes del Parlamento no están sujetas al control de los tribunales. De acuerdo con el principio de Supremacía del Parlamento, éste representa la soberanía del pueblo y, por consiguiente, sus leyes no pueden dejar de ser aplicadas por los jueces⁷. Es obligado mencionar la definición de A. V. Dicey⁸: «El Principio de la soberanía del Parlamento significa ni más ni menos que esto, a saber, que el Parlamento así definido tiene, bajo la Constitución inglesa, el derecho de hacer o deshacer toda ley cualquiera que sea; y, además, que ninguna persona o entidad está reconocida por la ley de Inglaterra como titular de un derecho para anular o derogar la legislación del Parlamento».

Muchos años después, otro autor devenido clásico, S. de Smith⁹ negó la omnipotencia del Parlamento y enumeró ciertas limitaciones al principio de la Supremacía: Las leyes de la Unión con Escocia de 1707 y con Irlanda de 1800; las leyes por las que el Parlamento limite sus propios poderes o los delegue; la territorialidad; las leyes de atribución de competencias a organismos internacionales, bien sea la Commonwealth o las Comunidades europeas.

⁶ Véase, por todos, Jeffrey Goldsworthy: «The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy». Clarendon Press. Oxford 1999.

⁷ O. HOOD PHILLIPS: «Constitutional and Administrative Law». Sweet and Maxwell. London 1978, pp. 50 a 60.

⁸ A. V. DICEY: «An Introduction to the Study of the Law of the Constitution». The Macmillan Press Ltd. London 1959, pp. 39 a 50.

⁹ STANLEY DE SMITH y RODNEY BRAZIER: «Constitutional and administrative law». Penguin Books. Harmondsworth 1998 (8th ed.), pp. 77 a 81.

En fin, el prof. A. W. Bradley¹⁰, mantuvo que la *European Communities Act 1972* quebró el principio de la Supremacía del Parlamento; y defendió —con éxito— la necesidad de una nueva Carta de Derechos («Bill of Rights») que reconociese aquel hecho. Los tribunales dicen aplicar el principio de la Supremacía del Parlamento y afirman su incompetencia para controlar las Leyes parlamentarias (Acts). Ello no obstante, reclaman su facultad interpretativa para decidir los derechos y los deberes que la legislación impone. A este respecto el profesor Bradley de la Universidad de Edimburgo escribe: «*It is often said that the willingness of British judges to accept without question the authority of a controversial Act of Parliament, means that the judges are subordinate to Parliament. In one sense this is plainly true, since (for example) it is for Parliament, not the courts, to approve a government decision that the electricity industry should be privatized or, in issues on which the government prefers to leave the decision to Parliament, to decide whether abortion or capital punishment should be permitted. But once the political decision has been taken to make a change in social or economic policy, and this decision has been expressed in legislation, it is for the judges to decide authoritatively on the extent of the new rights and duties which that legislation creates*».

Los artículos 2 (1), 2 (4) y 3 de la *European Communities Act 1972* establecen la directa aplicabilidad de las normas comunitarias y el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Europea de Justicia. Sin embargo, la Jurisprudencia británica se ha mostrado contradictoria sobre la prevalencia del Derecho Comunitario o la supremacía del Derecho británico en un supuesto de conflicto. Es lo cierto que la tesis de la prevalencia del Derecho Comunitario parece haberse impuesto¹¹ entre los tribunales, tal vez por influencia de Lord Denning¹². No faltan, sin embargo, sentencias opuestas a este criterio¹³.

Fueron las sentencias de la *House of Lords*, antes mencionadas, las que señalaron el inicio del debate doctrinal sobre el secular principio de la Supremacía del Parlamento y la consiguiente imposibilidad de que sus leyes fuesen controladas por la Judicatura.

¹⁰ A. W. BRADLEY: «The Sovereignty of Parliament in Perpetuity?» en Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (editores.): «The Changing Constitution». Clarendon Press Oxford. Oxford 1989, pp. 25 a 52.

¹¹ *Aero Zipp Fasteners v. YKK Fasteners (U.K.) Ltd.* [1973] CMLR819. *Defrenne v. Sabena* [1976] 2 CMLR 98. *Snoxell v. Vauxhall Motors Ltd.* [1978] QB 11. *Pickstone v. Freemans plc.* [1988] AC 66. *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd.* [1990] 2 AC 85. *R.v. Secretary of State for Employment, ex p. Equal Opportunities Commission* [1995] 1 AC 1.

¹² *Shields v. E. Coomes (Holdings) Ltd.* [1978] 1 WLR 1408, 1415. *Garland v. British Rail Engineering Ltd.* [1983] 2 AC 751.

¹³ *Duke v. GEC Reliance Systems Ltd.* [1988] AC 618.

— El primer caso es *Ridge v. Baldwin*¹⁴. Ridge era Jefe de Policía en Brighton. Fue acusado de conspiración para obstruir la actuación de la justicia. El Comité de Vigilancia le suspendió del cargo y le despidió alegando las facultades que le confería el artículo 191 (4) de la *Municipal Corporation Act 1882* («El Comité de vigilancia... puede en cualquier momento suspender, y despedir a cualquier policía de distrito de quien piensen que es negligente en el desempeño de su deber»). Recurrida la resolución, fue confirmada por el Ministro del Interior. La *House of Lords* revocó la Sentencia de la *Court of Appeal*, estimó la acción instada por Ridge, y declaró que el despido era *ultra vires*, ilegal y nulo.

La *Court of Appeal* había fundamentado su decisión en que la *Police Act 1927* establecía que las decisiones del Ministro del Interior eran irrecurribles. Lord Reid argumentó los motivos por los que la *House of Lords* estimó el recurso. Invocó los casos *Cooper v. Wilson*¹⁵ y *Hogg v. Scott*¹⁶ y razones de Justicia natural para mantener que la *Municipal Corporation Act 1882* vulneraba el principio constitucional *audi alteram partem* por el que «... un policía no puede ser legalmente despedido sin que previamente se le notifiquen las alegaciones contra él y se escuche su defensa o explicación:

«I would sum up my opinion in this way. Between 1882 and the making of police regulations in 1920 section 191(4) has to be applied to every kind of case. The respondents' contention is that, even where there was a doubtful question whether a constable was guilty of a particular act of misconduct, the watch committee were under no obligation to hear his defence before dismissing him. In my judgment it is abundantly clear from the authorities. I have quoted that at that time the courts would have rejected any such contention. In later cases dealing with different subject-matter, opinions have been expressed in wide terms so as to appear to conflict with those earlier authorities. But learned judges who expressed those opinions generally had no power to overrule those authorities, and in any event it is a salutary rule that a judge is not to be assumed to have intended to overrule or disapprove of an authority which has not been cited to him and which he does not even mention. So I would hold that the power of dismissal in the Act of 1882 could not then have been exercised and cannot now be exercised until the watch committee have informed the constable of the grounds on which they propose to proceed and have given him a proper opportunity to present his case in defence...»

— El segundo caso fue *Anisminic v. Foreign Compensation Commission*¹⁷. Con anterioridad al Conflicto de Suez en octubre de 1956, la sociedad inglesa

¹⁴ [1964] AC 40.

¹⁵ [1937] 2 K.B. 309; 53 T.L.R. 623; [1937] 2 All E.R. 726 (C.A.)

¹⁶ [1947] K.B. 759; 63 T.L.R. 320; [1947] 1 All E.R. 788.

¹⁷ [1962] 2 AC 147.

Animisnic era titular de ciertas propiedades en Egipto que le fueron decomisadas por las autoridades egipcias. En 1957, la actora había vendido aquellas propiedades decomisadas a una organización egipcia, denominada T.E.D.O. En 1959, Animisnic, habiendo sido incluida en la *Foreign Compensation (Egypt) (Determination and Registration of Claims) Order* 1962, reclamó a la Comisión de Compensación extranjera su derecho a participar en el Fondo de compensación egipcio. La Comisión le denegó la solicitud por entender que T.E.D.O. le había sucedido en sus derechos. El artículo 4(4) de la *Foreign Compensation Act* 1950 («La resolución de la Comisión sobre cualquier solicitud cursada en virtud de esta Ley no será objeto de recurso ante ningún tribunal de justicia»)¹⁸ establecía que los tribunales carecían de competencia para conocer de los procedimientos atribuidos a la competencia de la Comisión. Sin embargo, la *House of Lords* conoció del asunto y estimó el recurso de Animisnic.

Lord Reid resumió el parecer de los Lores. No negó que el artículo 4(4) de la *Foreign Compensation Act* 1950 establecía la irrecurribilidad de las resoluciones de la Comisión. Pero interpretó que esa irrecurribilidad sólo afectaba a las resoluciones irrecurribles por ser acordes a Derecho pero no a las recurribles por ser nulas. Las nulas no serían propiamente resoluciones y, por tanto, no estarían afectas al artículo 4(4). La razón de semejante argumentación estribaría en que este precepto restringe el derecho constitucional del acceso a los tribunales y, por consiguiente, debe ser interpretado restrictivamente:

«But if they reach a wrong conclusion as to the width of their powers, the court must be able to correct that – not because the tribunal has made an error of law, but because as a result of making an error of law they have dealt with and based their decision on a matter with which, on a true construction of their powers, they had no right to deal. If they base their decision on some matter which is not prescribed for their adjudication, they are doing something which they have no right to do and, if the view which I expressed earlier is right, their decision is a nullity. So the question is whether on a true construction of the Order the applicants did or did not have to prove anything with regard to successors in title. If the commission were entitled to enter on the inquiry whether the applicants had a successor in title, then their decision as to whether T.E.D.O. was their successor in title would, I think, be unassailable whether it was right or wrong: it would be a decision on a matter remitted to them for their decision. The question I have to consider is not whether they made a wrong decision but whether they inquired into and decided a matter which they had no right to consider».

¹⁸ «The determination by the commission of any application made to them under this Act shall not be called in question in any court of law».

— El tercer caso fue *R. v. Home Secretary Ex Parte Khawaja*¹⁹. Dos inmigrantes, llamados Kheva y Khawaja recurrieron la resolución desestimatoria de la *Court of Appeal*. Ambos habían obtenido licencia para entrar en el Reino Unido pero, a continuación, la autoridad de inmigración les declaró inmigrantes ilegales y ordenó su expulsión. La *House of Lords* estimó el recurso del primero.

Lord Scarman, expuso el parecer del Tribunal. Adujo dos precedentes de los que se apartó parcialmente: *Department, Ex Parte Zamir Reg. v. Secretary of State for the House*²⁰; y *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Hussain*²¹. El artículo 33(1) de la *Immigration Act* 1971 facultaba al Secretario de Estado o a la autoridad inmigratoria para detener y expulsar a un inmigrante ilegal. Y el artículo 26(1)(c) incluía entre los ilegales a aquellos que hiciesen declaraciones o afirmaciones falsas.

Lord Scarman argumentó la sujeción de aquellas decisiones administrativas al control judicial porque afectan al derecho a la libertad de los sujetos afectados. Y comoquiera que la *Immigration Act* no preveía este control, invocó una ley constitucional: la *Habeas Corpus Act* de 1816.

«Such exclusion of the power and duty of the courts runs counter to the development of the safeguards which our law provides for the liberty of the subject. The law has largely developed through the process of habeas corpus. But in the common law habeas corpus was itself of limited scope, though a rapid and effective remedy where it applied. It brought the gaoler and his prisoner into court; but, if the respondent's return to the writ was valid on its face, that was the end of the matter. The court could not take the case further. The great statute of 1816, Habeas Corpus Act 1816 (56 Geo. 3, c. 100), "An Act for more effectually securing the liberty of the subject" substantially extended the scope of the process. It conferred upon the judges the power in non —criminal cases to inquire into into the truth of the facts contained in the return».

Por otra parte, no negó que, conforme a la ley, sean ilegales aquellos inmigrantes que efectuasen declaraciones o afirmaciones falsas. Sin embargo, declaró que ello no implica un deber de sinceridad exigible al inmigrante.

«The Immigration Act does impose a duty not to deceive the immigration officer. It makes no express provision for any higher or more comprehensive duty; nor is it possible, in my view, to imply any such duty. Accordingly I reject the view that there is a duty of positive candour imposed by the immigration laws and that mere non-disclosure by an entrant of material facts in the absence of fraud is a breach of the immigration laws».

¹⁹ [1984] AC 74.

²⁰ [1980] AC 930.

²¹ [1978] 1 W.L.R. 700.

Estos casos pusieron en evidencia la tensión que se venía dando en la Jurisprudencia constitucional británica entre los principios de Supremacía del Parlamento (*Parliamentary Supremacy*) y de legalidad (*rule of law*)²², de una parte; y, de otra, el control judicial de las leyes (*judicial review*).

En 1985 fue Lord Diplock quien, en el caso *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*²³, enunció los fundamentos para la «*judicial review*», a saber: ilegalidad, defectos procesales e irracionalidad. Para dejar a salvo el principio de la *Parliamentary Supremacy*, partió de la ficción de que, concurriendo cualquiera de estos tres supuestos, el ejercicio por la Judicatura del control de las normas se adecua a la voluntad interpretativa del Parlamento²⁴.

De todos aquellos fundamentos, sin duda la irracionalidad es el más polémico. En aquel mismo caso, Lord Diplock la definió como «aquella sentencia que desafía de forma tan exagerada la lógica o la moral comúnmente aceptada que nadie que hubiese estudiado a fondo el caso a resolver podría haber llegado a ella». Años atrás, Lord Green, en el caso *Associated Provincial Picture House Ltd. V. Wednesbury Corporation*²⁵, había ya declarado la facultad judicial de interpretar normas manifiestamente irracionales (*Wednesbury principle*), es decir aquellas que sean «perversas» o «absurdas»²⁶.

En el caso *R. v Secretary of State for Home Affairs, ex Parte Brind*²⁷, Lord Lowry mantuvo que debería añadirse un nuevo fundamento al control judicial: la desproporcionalidad. Más contundente, Steyn LJ, en *R. v Secretary of State for the Home Department, ex Parte Leech (no. 2)*²⁸ mantuvo que la normativa que permitía la interceptación de la correspondencia entre un recluso y su abogado era una medida desproporcionada que vulneraba el derecho constitucional de acceder a los tribunales.

Toda esta Jurisprudencia evidencia —cuando menos— una crisis del principio de Supremacía del Parlamento a favor del control judicial de la legalidad.

²² El prof. J. Jowell («The Rule of Law Today» en Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (editores.): «The Changing Constitution». Clarendon Press Oxford. Oxford 1989, pp. 3 a 23) distingue tres contenidos en la «rule of law»: El principio de legalidad penal y administrativo; la sujeción de los poderes públicos a la ley; y la construcción del Derecho constitucional británico con base en el precedente judicial.

²³ [1985] A.C. 374.

²⁴ De Smith, Woolf and Jowell: «Judicial Review of Administrative Action» Sweet and Maxwell. London 1995, pp. 13 a 23. Y «First Cumulative Supplement to Fifth Edition», pp. 5 a 8.

²⁵ [1948] 1 KB 223.

²⁶ V. también Lord Scarman en *R. v. Secretary of State for the Environment, ex Parte Notts. CC* [1986]. AC 240.

²⁷ [1991] AC 696.

²⁸ [1994] QB 198.

O, lo que es lo mismo, la equiparación del sistema constitucional británico a la *judicial review* estadounidense resultante de la célebre sentencia *Marbury v. Madison* y, por ende, al modelo continental europeo.

La circunstancia de que los tribunales constitucionales continentales sean concentrados, mientras que la jurisdicción constitucional estadounidense o británica sea difusa, es una diferencia meramente procesal y adjetiva. Ciertamente que, a diferencia de los tribunales constitucionales alemán, italiano o español, el Tribunal Supremo estadounidense o la Cámara de los Comunes británica conocen de asuntos no solamente constitucionales, sino también civiles o penales. Sin embargo, la realidad es que se trata de una distinción meramente organizativa sin ninguna consecuencia material. Tanto en Gran Bretaña como en Estados Unidos rige el principio del *stare decisis*, conforme al cual cada órgano jurisdiccional está limitado por los precedentes de superiores. La interpretación que de la Constitución americana elabore la *Supreme Court* vincula a todos los demás órganos judiciales; y, del mismo modo, la interpretación que de la Constitución británica elabore la *House of Lords* sujeta a todos los jueces y tribunales. Pero también, conforme al art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la interpretación constitucional del Tribunal Constitucional español vincula a todos los órganos jurisdiccionales ordinarios.

Es cierto que la *Supreme Court* americana o la *House of Lords* conocen no sólo de asuntos constitucionales, sino también penales, civiles, etc. Pero no es menos cierto que los tribunales constitucionales alemán o español conocen también de asuntos de contenido civil o penal. Finalmente la diferencia es fundamentalmente procesal y se limita a los requisitos para poder instar un recurso de apelación (*appeal*) ante la *House of Lords* o la *Supreme Court* o un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alemán (*verfassungsbeschwerde*) o el Tribunal Constitucional austríaco (*beschwerde*).

Por su conflictividad, la Jurisprudencia sobre los límites entre el derecho al honor y la libertad de prensa constituirá un buen ejemplo. De una parte, la *House of Lords* se enfrentó a este debate en el caso *R. v. Wells Street Stipendiary Magistrate, ex Parte Deakin* [1980] A. C. 477. El litigio se originó con motivo de la denuncia instada frente a los autores y editores de un libro al que se acusaba de ser un libelo difamatorio. La *House of Lords* conoció del recurso interpuesto por la parte acusada frente a la Resolución de la *Court of Appeals*. El recurso fue desestimado. El delito de libelo fue regulado por el artículo 3 *Newspaper Libel and Registration Act* 1881, reformado por el artículo 8 *Law of Libel Amendment Act* 1888. Lord Diplock, Viscount Dilhorne y Lord Edmund-Davis expresaron la opinión de la Sala; invocaron el precedente (*Goldsmith v. Pressdram Ltd; Rex v. Wicks; Thorley v. Lord Kerry*) e incluso el art. 10.2 de la Convención Europea,

sobre la libertad de expresión. Y concluyeron que la comisión de un libelo difamatorio exige que la información afecte al interés público y que el procesamiento cuente con el consentimiento de la fiscalía, más *concretamente* del *Attorney-General*.

New York Times Co. vs. Sullivan (376 U. S. 254. 6-I-1964) constituye una de las más famosas sentencias del Tribunal Supremo americano. L. B. Sullivan, Delegado del Departamento de Policía de la ciudad de Montgomery invocó el Código de Alabama para instar una acción de libelo frente al New York Times por publicar un comunicado titulado «*Heed Their Rising Voices*» firmada por el *Committee to Defend Martin Luther King and the Struggle for Freedom in the South*, en el que se acusaba a la Policía de actuaciones violentas y represoras de las libertades civiles de los estudiantes de raza negra. El Tribunal Supremo sostuvo que las leyes de libelo exigen que se pruebe el dolo y la falsedad de la información por lo que no pueden invocarse para intimidar a la prensa; añadió que los asuntos de interés público deben debatirse abiertamente y sin inhibiciones; y, en base a las enmiendas Primera y Decimocuarta, resolvió desestimar la acción de libelo.

Los mismos criterios de la veracidad de la información y de su interés público son los que utiliza el Tribunal Constitucional español para resolver si una condena por un delito de calumnia vulnera o no el derecho constitucional del condenado a la libertad de expresión. La STC 148/2001 resolvió el recurso de amparo instado por el Concejal del Ayuntamiento de Vélez-Málaga frente a la Sentencia del Tribunal Supremo condenándole por un delito de calumnias frente al Secretario de ese mismo Ayuntamiento («*si este Tribunal apreciase una infracción del art. 20.1 Constitución Española, no sería por la conculcación de lo dispuesto en los arts. 453 y ss. Código Penal de 1973, cuestión de mera legalidad ordinaria sólo relevante, en su caso, a los efectos del art. 25.1 CE, sino por la aplicación de esos tipos penales en contra del contenido constitucionalmente protegido de las libertades de expresión e información*»). El Secretario municipal se había querrelado contra el Concejal Sr. Rincón de repetidas intervenciones en las sesiones plenarias del Ayuntamiento, porque éste le imputaba haber cometido diversas falsificaciones en los archivos del Municipio, con el consiguiente reflejo en los medios de comunicación locales, regionales y nacionales. La condena al Concejal Sr. Rincón fue confirmada por el Tribunal Supremo. Y, del mismo modo, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo instado por el Sr. Rincón y confirmó la sentencia condenatoria. El Tribunal Constitucional argumentó que, en este caso, debía primar el derecho al honor del Secretario frente a la libertad de expresión del Concejal porque éste «*...no acreditó la verdad de las imputaciones hechas y que las profirió con un ánimo difamatorio (...)* Por tanto,

aquello por lo que se condena por calumnias al recurrente en amparo, y las manifestaciones que debemos examinar ahora, son el juicio de valor que ha hecho el señor Rincón Granados respecto de la participación en ciertos hechos del Secretario del Ayuntamiento en el que él es concejal (...) Ciertamente que conforme a la doctrina de este Tribunal la tutela del derecho al honor se debilita, proporcionalmente, que como límite externo de las libertades de expresión e información cuando sus titulares ejercen funciones públicas, como es el caso, o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública. Pero no es menos cierto que también hemos afirmado con igual rotundidad que aparecerán desprovistas del valor de causa de justificación las expresiones formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión se expresa».

Se pone así de manifiesto, que, de una parte, en el Derecho anglosajón, la *House of Lords* resuelve litigios penales aplicando preceptos constitucionales; y que, del mismo modo, en el Derecho continental, el Tribunal Constitucional español resuelve litigios constitucionales en los que se invocan preceptos penales.

Esta evolución ha resultado muy polémica para la Dogmática constitucional británica²⁹. El control judicial de la legalidad se ha impuesto como una realidad en las sentencias de la Judicatura británica. La polémica saltó al debatirse los fundamentos constitucionales que justificasen esa función judicial y su convivencia con el vetusto principio de Supremacía del Parlamento. Dos posturas se vienen enfrentando: Las doctrinas del *ultra vires* y del *common law*.

2. EL DEBATE DOCTRINAL BRITÁNICO SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LA LEGALIDAD

Así pues, dos son las corrientes opuestas³⁰ en que se ha dividido la Doctrina constitucionalista y iuspublicista, según la doctrina en la que una y otra fundamentan la realidad del control de la legalidad por la Judicatura. La primera de ellas sostiene que el fundamento de la interpretación judicial de las leyes viene dado por la doctrina del *ultra vires*. Sin duda que los profs. William Wade,

²⁹ En los manuales británicos la expresión «Jurisprudence» es la equivalente a la de «Dogmática» que se utiliza en el Continente.

³⁰ Un iusfilósofo, David Dyzenhaus («Form and Substance in the Rule of Law: A Democratic Justification for Judicial Review?» en C. F. Forsyth: *Judicial Review and the Constitution*», Hart Pub. Oxford 2000; y «Reuniting The Brain: The Democratic Basis of Judicial Review» (1998) 9 PLR 98) advierte que la polémica *ultra vires-common law* es reflejo del más viejo debate positivistas-antipositivistas.

Christopher Forsyth³¹, y Mark Elliot³² son los principales defensores de esta corriente. Según esta teoría, al interpretar la ley, los Jueces están ejecutando la voluntad —expresa o tácita— del Parlamento, aún cuando no esté literalmente recogida en la letra de la norma. El fundamento de esta postura radica en el principio constitucional de la *Parliamentary Supremacy*, según el cual el Parlamento representa la soberanía del pueblo y, por consiguiente, sus leyes no pueden dejar de ser aplicadas por los jueces, de manera que el Poder Judicial es un burócrata ejecutor de la voluntad del Legislativo. Resulta obligado transcribir la definición que de este principio elaboró A. V. Dicey³³: «*El Principio de la soberanía del Parlamento significa ni más ni menos que esto, a saber, que el Parlamento así definido tiene, bajo la Constitución inglesa, el derecho de hacer o deshacer toda ley cualquiera que sea; y, además, que ninguna persona o entidad está reconocida por la ley de Inglaterra como titular de un derecho para anular o derogar la legislación del Parlamento*».

La segunda corriente, opuesta a aquélla, mantiene que el poder interpretativo de los Jueces es consecuencia del *common law*. Dentro de esta postura conviven autores más formalistas como los profs. Paul Craig³⁴ o Dawn Oliver³⁵, con otros más realistas como Lord Justice Laws³⁶. Según esta corriente, la interpretación de las leyes compete a la función creativa de los Jueces en razón a

³¹ H. W. R. WADE & C. F. FORSYTH: «Administrative Law». Oxford University Press 2000. C. F. Forsyth: «Of Five Leaves and Fairy Tales: The *Ultra vires* Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review». (1996) 55 Cambridge Law Journal 122; «Heat and Light: A Plea for Reconciliation» en C. F. Forsyth (ed.): «Judicial Review and the Constitution». Hart Pub. Oxford 2000.

³² MARK ELLIOT: «The Demise of Parliamentary Sovereignty? The Implications for Justifying Judicial Review». (1999) 115 LQR 119; «The *Ultra vires* Doctrine in a Constitutional Setting. Still the Central Principle of Administrative Law». (1999) 58 Cambridge Law Journal 129.

³³ A. V. DICEY: «An Introduction to the Study of the Law of the Constitution». The Macmillan Press Ltd. London, 1959, pp. 39 a 50.

³⁴ PAUL CRAIG: «*Ultra vires* and the Foundations of Judicial Review». (1998) Cambridge Law Journal 63; «Competing Models of Judicial Review» en C. F. Forsyth (ed.): «Judicial Review and the Constitution». Hart Pub. Oxford 2000; «Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework» (1997) Public Law 466; «Administrative Law». Sweet & Maxwell. London 1994; «Public law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America». Clarendon Press. Oxford 1994.

³⁵ DAWN OLIVER: «Is the *Ultra vires* Rule the Basis of Judicial Review?» (1987) Public Law 543.

³⁶ Sir JOHN LAWS: «Illegality: The Problem of Jurisdiction» en M. Supperstone & J. Goudie (eds.): «Judicial Review». London 1997; «Law and Democracy». (1995) Public Law 72; «Judicial Review and the Meaning of Law» en C. F. Forsyth (ed.): «Judicial Review and the Constitution». Hart Pub. Oxford 2000, pp. 173 a 190.

principios superiores del *common law* que priman sobre las leyes. Así, el Poder Judicial conserva una autoridad independiente del Legislativo, de modo que, ante un caso complejo y una normativa ambigua, el juez puede aplicar los principios del *common law* y dictar una sentencia creativa. Nicholas Bamforth³⁷ destaca que el punto central de la discrepancia entre ambas teorías radica en sus distintas concepciones sobre la relación entre los poderes legislativo y judicial, si bien, en opinión de este autor, el Parlamento debe su autoridad al principio de ejecutividad de las sentencias de los Tribunales, más bien que al contrario («*In consequence, the relationship between the courts and Parliament is ultimately a political reality: legislation owes its authority to the rule of judicial obedience, rather than viceversa*»).

A ninguna de las dos posturas enfrentadas se le oculta que la Judicatura controla la legislación y dicta sentencias creativas. Las tres sentencias antes descritas son sólo ejemplos significativos de esta realidad. En los casos *Ridge*, *Animisnic*, y *Khawaja* se declaran como contrarios a la Constitución, respectivamente, los artículos 191 (4) de la *Municipal Corporation Act*, 4 (4) de la *Foreign Compensation Act* y 26 (1) (c) de la *Inmigration Act*. Estas sentencias supusieron una quiebra del principio de Supremacía del Parlamento, según el cual, siendo sus leyes emanaciones de la soberanía del pueblo, no pueden dejar de ser aplicadas por los jueces. ¿Cómo justificar semejante contradicción?

La doctrina del *ultra vires* ofrece la primera solución que consiste en negar la contradicción y afirmar que, en realidad, la voluntad del Parlamento era distinta a la que transcribían las normas que había aprobado. Un buen ejemplo de esta ficción viene dado por la Sentencia *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*³⁸. Las granjas lecheras del Sureste elevaron una queja al Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación en relación a un plan según el cual, el Consejo del Mercado Lácteo fijaría los precios. Los actores invocaron el artículo 19(3) *Agricultural Marketing Act* 1958 para reclamar la intervención del comité de investigación que expresamente se regula en este precepto³⁹.

El artículo 19(3) *Agricultural Marketing Act* 1958 establecía que «Una comisión de investigación ... (b) se encargará, si el Ministro así lo ordenase, de estudiar e informarle ... de las alegaciones que se presenten contra el funciona-

³⁷ NICHOLAS BAMFORD: «*Ultra vires* and Institutional Interdependence» en C. F. Forsyth: *Judicial Review and the Constitution*. Hart Pub. Oxford 2000.

³⁸ [1968] AC 997.

³⁹ «A committee of investigation shall... (b) be charged with the duty, if the Minister in any case so directs, of considering, and reporting to the Minister... any complaint made to the Minister as to the operation of any scheme which, in the opinion of the Minister, could not be considered by a consumers' committee...».

miento del plan, siempre que, en opinión del Ministro, no pudieran ser examinadas por un comité de consumidores...»⁴⁰.

El Ministro se negó a remitir la queja al comité de investigación. Alegó que el artículo 19(3) de la Ley le atribuía una competencia discrecional.

Lord Reid expuso la opinión de la *House of Lords*. Se acordó estimar la acción de los granjeros porque entendieron que la queja estaba fundamentada y porque la actuación del Consejo del Mercado Lácteo no se atuvo al interés público. En su argumentación, el Magistrado resolvió una interpretación del artículo 19(3) de la Ley conforme a la cual el Ministro tiene obligación de intervenir cuando el comité de investigación y el propio Ministro coinciden en que la alegación afecta al interés público («*So long as it does not act contrary to the public interest the Minister cannot interfere. But if it does act contrary to what both the committee of investigation and the Minister hold to be the public interest the Minister has a duty to act*»). Ciertamente que se trata de una disposición que no aparece recogida en la sección 19(3) de la Ley. Lord Reid invocó que la voluntad del Parlamento no podía ser en ningún caso contraria al principio constitucional del interés público:

«The approval of Parliament shows that this scheme was thought to be in the public interest, and in so far as it necessarily involved detriment to some persons, it must have been thought to be in the public interest that they should suffer it. But in sections 19 and 20 Parliament drew a line. They provide machinery for investigating and determining whether the scheme is operating or the board is acting in a manner contrary to the public interest.

The effect of these sections is that if, but only if, the Minister and the committee of investigation concur in the view that something is being done contrary to the public interest the Minister can step in. Section 20 enables the Minister to take the initiative. Section 19 deals with complaints by individuals who are aggrieved. I need not deal with the provisions which apply to consumers. We are concerned with other persons who may be distributors or producers. If the Minister directs that a complaint by any of them shall be referred to the committee of investigation, that committee will make a report which must be published. If they report that any provisions of this scheme or any act or omission of the board is contrary to the interests of the complainers and is not in the public interest, then the Minister is empowered to take action, but not otherwise. He may disagree with the view of the committee as to public interest, and, if he thinks that there are other public interests which outweigh the public interest that

⁴⁰ «A committee of investigation shall ... (b) be charged with the duty, if the Minister in any case so directs, of considering and reporting to the Minister ... any complaint made to the Minister as to the operation of any scheme which, in the opinion of the Minister, could not be considered by a consumers' committee ...».

justice should be done to the complainers, he would be not only entitled but bound to refuse to take action Whether he takes action or not, he may be criticised and held accountable in Parliament but the court cannot interfere».

La segunda solución es la que propone la doctrina del *common law*, es decir reconocer la facultad de la Judicatura para controlar la constitucionalidad de la legislación, más allá del principio de Supremacía del Parlamento. Los autores suelen proponer como ejemplo el caso *Pepper v. Hart*⁴¹. El supuesto de hecho se originó con motivo de que un inspector de finanzas llamado Pepper levantase un acta frente a varios contribuyentes. Éstos eran profesores de un colegio, cuyo reglamento permitía que matriculasen a sus hijos con unas tarifas muy reducidas. La Inspección alegó los arts. 61 y 63 de la *Finance Act* 1976, sobre la base de que esta circunstancia supuso un beneficio para los inspeccionados que debería ser considerado como un emolumento del salario que percibían como profesores del centro. La *House of Lords* resolvió que existía un beneficio imponible cuyo cálculo se obtendría de prorratear entre los alumnos implicados la proporción que les correspondiese sobre los totales gastos del colegio. Lord Browne-Wilkinson argumentó que la ambigüedad de la *Finance Act* era causa de que recayese sobre los jueces el deber crear la norma:

«... conclusion that, as a matter of law, there are sound reasons for making a limited modification to the existing rule (subject to strict safeguards) unless there are constitutional or practical reasons which outweigh them.[634] ... my main reason for reaching this conclusion is based on principle. Statute law consists of the words that Parliament has enacted. It is for the courts to construe those words and it is the court's duty in so doing to give effect to the intention of Parliament in using those words. It is an inescapable fact that, despite all the care taken in passing legislation, some statutory provisions when applied to the circumstances under consideration in any specific case are found to be ambiguous. One of the reasons for such ambiguity is that the members of the legislature in enacting the statutory provision may have been told what result those words are intended to achieve. Faced with a given set of words which are capable of conveying that meaning it is not surprising if the words are accepted as having that meaning. Parliament never intends to enact an ambiguity. Contrast with that the position of the courts. The courts are faced simply with a set of words which are in fact capable of bearing two meanings. The courts are ignorant of the underlying Parliamentary purpose. Unless something in other parts of the legislation discloses such purpose, the courts are forced to adopt one of the two possible meanings using highly technical rules of construction. In many, I suspect most, cases references to Parliamentary materials will not throw any light on the matter. But in a few cases it may emerge that the very question was considered by Parliament in passing the legislation.

⁴¹ [1993] AC 593.

Why in such a case should the courts blind themselves to a clear indication of what Parliament intended in using those words? [635]».

Analizando ambas teorías, el prof. Jowell⁴² destaca que las dos se muestran respetuosas con el principio de legalidad (*rule of law*). La teoría del *ultra vires* entiende que la Judicatura debe obedecer el principio de legalidad sin excederse de sus funciones. También la teoría del *common law* invoca el principio de legalidad para enumerar como incluidos en el mismo otros principios como los de seguridad, coherencia, racionalidad y acceso al juez. Y añade que ambas presentan problemas. La primera resulta artificial y ficticia porque invoca la teoría del *ultra vires* para suplir una hipotética voluntad del Parlamento que probablemente jamás consideró. La segunda aparece como incompleta porque el Poder Judicial no tiene atribuidas facultades de control y de creación de normas. Sin embargo, Jeffrey Jowell elogia la franqueza de la teoría del *common law* porque defiende el control de la legalidad por los jueces en aplicación de principios generalmente aceptados como justos: «*The common law doctrine has the attraction of frankness; it does not hide behind fiction and artificiality. It candidly admits the independent role of the judiciary. In doing so, however, it presents a provocative challenge to traditional British constitutional doctrine by seemingly conferring an open-ended law-making power on unelected judges, leading perhaps to the review even of primary legislation (...) If standards of judicial review are being developed apace, as they are, and if these standards are generally accepted as right and just, does it matter whether they are modestly attributed by the courts to the implied intent of the legislature, or brashly asserted as independent creations of their own? Since, after all, implied intent is a judicial construction, the judges can be as bold in their manipulation of that construct as they can under the model of the common law. So why the fuss?»*

Su posición es más decidida cuando se trata de irregularidades en el procedimiento de elaboración de las leyes porque supone una infracción tanto de lo que son las competencias constitucionales (*constitutional competences*, que se refiere a la normativa que distribuye las distintas funciones entre los diferentes órganos constitucionales), como de lo que son las competencias institucionales (*institutional competences*, que atañe a la evaluación de la capacidad de un cierto órgano constitucional para adoptar una determinada decisión).

Ahora bien, cuando el control judicial de la ley afecta a una cuestión, ya no procesal, sino material y substantiva, el prof. Jowell entiende que la práctica jurisprudencial plantea una cierta contradicción. Por una parte, los tribunales aceptan que su competencia es más limitada; pero por otra, camuflan su falta de

⁴² JEFFREY JOWELL: «Of Vires and Vacuums: The Constitutional Context of Judicial Review» (1999) Public Law 448.

competencia invocando la prohibición de resoluciones irracionales (*Wednesbury principle*), cuando en la mayoría de los casos la justificación del control judicial no es la irracionalidad, sino, sencillamente, el pragmatismo: «*But on most of the occasions when the courts have intervened on the ground that the decision is unreasonable, the official body being reviewed has behaved in a manner that was colly rational and far from the Wednesbury formulation, and the ultimate reason for intervention could as easily have been cast in principle as in pragmatism – and increasingly is*»⁴³.

Por todo esto, concluye que para que el control judicial sea constitucional requiere que el tribunal sea tanto constitucionalmente competente como institucionalmente competente: «*The above excursus leads us to a position where we find that, to be seized of judicial review of a particular matter, the courts must be both constitutionally competent (in the sense that the task they seek to perform is not more appropriately conferred on another instrument of governance) and institutionally competent (in the sense of deciding on matters that are capable of resolution by means of adjudication and not requiring expertise which the courts lack). Once qualified in these ways, the courts decide matters both about procedure (which is generally accepted as being within their scope) or about the substance of a decision (where their power to review is more contested). Under either of those heads, the justification for review is ultimately based not on mere notions of fairness applied pragmatically to the instant case, but rooted in deeper constitutional principle*». La teoría del *common law* favorece, en fin, el principio de la independencia de los jueces porque les permite establecer su propia doctrina en las materias que se someten a su consideración: «*For the courts to decide these questions on the basis of an assessment of how the legislature would have decide the matter had it been a judge in its own cause amounts to an exercise in divination and is ultimately an abdication of judicial responsibility*».

2.1. La Doctrina del *ultra vires*

La Doctrina del *ultra vires* es una explicación de la creatividad judicial que pretende salvaguardar el principio de la Supremacía del Parlamento (*Parliamentary Supremacy*), de forma que el activismo judicial sólo estaría justificado sobre la base de una normativa ambigua y de la actuación arbitraria de algún poder público. El control judicial estaría legitimado sobre la base de que los

⁴³ Ver la crítica de Lord Cooke a *R. v. Chief Constable of Sussex, ex p. International Traders' Ferry Ltd* (1998) 3 WLR 1260 at 1288G-1289B.

tribunales están aplicando la voluntad del Parlamento. *A sensu contrario*, la Judicatura no podría anular la actuación de un poder público, por arbitraria que ésta fuese, cuando se sustentase en una normativa clara y concisa. Suele citarse un texto de Sir William Wade⁴⁴ como especialmente explicativo de esta postura: «*Having no written constitution on which he can fall back, the judge must in every case be able to demonstrate that he is carrying out the will of Parliament as expressed in the statute conferring the power. He is on the safe ground only where he can show that the offending act is outside the power. The only way in which he can do this, in the absence of an express provision, is by finding an implied term or condition in the Act, violation of which then entails the condemnation of ultra vires.*».

Actualmente es el prof. Forsyth quien se ha mostrado más decididamente partidario de esta tesis. Para este autor, lo que un todo poderoso Parlamento no prohíbe, debe ser autorizado expresa o implícitamente («*what an all powerful Parliament does not prohibit, it must authorise either expressly or impliedly*»). Según esta postura, el principio de la Supremacía del Parlamento implica que la Judicatura no puede controlar la voluntad y la legislación del Parlamento, aún cuando ésta fuese ambigua y arbitraria («*Thus, if the making of the vague regulations is within the powers granted by a sovereign Parliament, on what basis may the courts challenge Parliament's will and hold that the regulations are invalid? If Parliament has authorised vague regulations, those regulations cannot be challenged without challenging Parliament's authority to authorise such regulations*»).

Ello no obstante, C. F. Forsyth reconoce una limitación a esta teoría cuando se trata de que los tribunales intervengan con motivo de que un poder público actúe de forma arbitraria y sin capacitación legal («*some juridical basis, other than the doctrine of ultra vires, is needed to justify judicial intervention in such cases*»).

En su polémica frente a los partidarios de la doctrina del *common law*, el prof. Forsyth⁴⁵ terció con la publicación de un artículo que devino célebre: «*Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review*». Su propósito fue el de replicar las dos críticas más comunes a su teoría: que la doctrina es artificiosa porque la realidad es que los presupuestos del control judicial (los conceptos de irracionalidad o las reglas de justicia) no forman parte, ni explícita ni implícitamente, de la voluntad del Parlamento; y que esta doctrina no sirve para determinar si el ejercicio no legal del poder está sujeto al

⁴⁴ H. W. R. WADE & C. F. FORSYTH: «Administrative Law». Oxford University Press. Oxford 2000, p. 44; «Habeas Corpus and Judicial Review» (1997) 113 LQR 55. También Lord Irvine of Lairg: «Judges and Decision-Makers: The Theory and Practise of Wednesbury Review» (1996) Public Law 59.

⁴⁵ C. F. FORSYTH: «Of Five Leaves and Fairy Tales: The *Ultra vires* Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review». (1996) 55 Cambridge Law Journal 122.

control judicial. Para ello se manifiesta partidario de la más ortodoxa doctrina del *ultra vires* e invoca la sentencia de Lord Browne-Wilkinson en *R. v. Hull University Visitor Ex. p. page*⁴⁶ como argumento de autoridad: «*The fundamental principle (of judicial review) is that the courts will intervene to ensure that the powers of public decision-making bodies are exercised lawfully. In all cases...this intervention...is based on the proposition that such powers have been conferred on the decision-maker on the underlying assumption that the powers are to be exercised only within the jurisdiction conferred, in accordance with fair procedures and, in a Wednesbury sense, reasonably. If the decision-maker exercises his powers outside the jurisdiction conferred, in a manner which is procedurally irregular or is Wednesbury unreasonable, he is acting ultra vires his powers and therefore unlawfully*».

En fin, distingue, este autor, entre lo que denomina críticos blandos (*weak*) y duros (*strong*) de la doctrina del *ultra vires* según acepten el principio de la Supremacía del Parlamento (p. ej. prof. Craig), o bien nieguen este principio (p. ej. LJ Laws). Para el prof. Forsyth, la réplica a los críticos blandos debe fundamentarse en los tecnicismos del Derecho Administrativo; mientras que en el caso de los críticos duros debe basarse en la espada («*the sword*») de los mismos principios del Derecho Constitucional.

En su réplica a los críticos duros, C. Forsyth sostiene que la declaración judicial de nulidad de una ley parlamentaria es un acto político ajeno a la función jurisdiccional propia de los jueces: «*Any judge who struck down the legislation in these circumstances, not on some formal grounds founded in non-compliance with a Latham rule, but on substantive grounds touching the merits of the measure would cast the judiciary into a political maelstrom from which it could not emerge unscathed. Even if judges were not removed from office, the judiciary would be perceived as politically motivated; its jurisdiction would be ousted in many cases; and, perhaps most gravely, appointments to the bench would be politicised*», tanto más cuanto que los jueces carecen de la legitimidad democrática de la que gozan los parlamentarios por ser electos: «*The most fundamental reason for this is that in a democratic polity change in the constitutional order must —or at any rate should— come about through the democratic process. And the judiciary, as important as its independence is to the rule of law, is a non-elected part of the constitutional order. How can some judges suppose they are entitled to change the fundamentals of the constitution without reference to the elected elements of that constitution?*».

⁴⁶ (1993) AC 682. También, *R. v. Home Secretary, ex p. Pierson* [1998] AC 539; *R. v. Lord President of Privy Council ex p. Page* [1993] AC 682; *R. v. Home Secretary ex p. Abdi* [1996] 1 WLR 298 (HL); *R. v. Secretary of State for Social Security ex p. Joint Council for the Welfare of Inmigrants* [1997] 1 WLR 275.

Recientemente, en el trabajo del que dice que espera que sea el último sobre toda esta polémica⁴⁷, el prof. Forsyth recrea las batallas entre los *Little-endians* y los *Big-endians* sobre como romper un huevo hervido en la novela «*The Gullivers's Travels*» de Jonathan Swift, para compararlas con las polémicas doctrinales entre los partidarios de la teoría del *ultra vires* y los *weak critics* defensores del common law. Aunque defiende la reconciliación entre estas dos posturas, se declara un *little-endian* partidario de la más ortodoxa doctrina del *ultra vires* por una razón fundamental, cual es que provee de una mejor justificación para el control judicial de la legalidad: «*The judges know they need a constitutional justification for judicial review and that the ultra vires doctrine is the best one available*»; y porque, en oposición a la teoría de LJ Laws sobre el *undistributed middle*, no existe ninguna zona intermedia entre el los conceptos del *ultra vires* y del *intra vires* («*It is like pregnancy, you are either pregnant or you are not*»).

Desde una perspectiva más moderada, el prof. Mark Elliot⁴⁸ aún mostrándose partidario de la teoría del *ultra vires*, reconoce un cierto ámbito para la aplicación del *common law* de forma supletoria. Distingue, así, dos posibilidades, según que el Parlamento haya o no regulado una determinada materia. Si el Parlamento hubiese aprobado una normativa legal aplicable a un determinado caso, la Judicatura debe aplicarla sin margen interpretativo. Ahora bien, en el supuesto contrario, en ausencia de un marco legal para el caso enjuiciado, corresponde a los tribunales aplicar los principios del *common law* y regular la actividad de los poderes públicos. Admite que sería inocente defender que cuando los tribunales ejercen el control de la legislación, se limitan a aplicar la voluntad del Parlamento, aunque ello no es óbice para sostener que debe existir una relación directa entre el control de la legalidad y la intención —aún no escrita— del Legislativo. De hecho, reconoce la necesidad de elaborar una mejor explicación doctrinal para la cuestión del control judicial de la legalidad («*Few people, if any, doubt the need to replace the conventional ultra vires principle with a more convincing explanation for judicial review*»), si bien sostiene que, hasta entonces, existen poderosas razones para mantener la teoría del *ultra vires*. En fin, el prof. Elliot (del St. Catharine's College de la Universidad de Cambridge) se ha mostrado especialmente crítico con las posiciones de los profs. Bamforth y Craig (del

⁴⁷ CHRISTOPHER FORSYTH: «Heat and Light: A Plea for Reconciliation» en C. F. Forsyth (ed.): «Judicial Review and the Constitution». Hart Pub. Oxford 2000, pp. 392 a 409.

⁴⁸ MARK ELLIOT: «Legislative Intention Versus Judicial Creativity? Administrative Law as a Co-operative Endeavour» en C. F. Forsyth (ed.): «Judicial Review and the Constitution». Hart Pub. Oxford 2000, pp. 341 a 369. Mark Elliot: «The Constitutional Foundations of Judicial Review». Hart Pub. Oxford 2001.

Queen's College y del St. John's College de la Universidad de Oxford). Frente a las aseveraciones del prof. Bamforth sobre que el Parlamento debe su autoridad al principio de ejecutividad de las sentencias de los Tribunales, Mark Elliot entiende que la teoría del *ultra vires* sustenta el principio de Supremacía del Parlamento y, en consecuencia, refuerza las normas constitucionales que regulan la relación entre los distintos órganos e instituciones constitucionales: «*However, it is certainly possible to argue that one of the virtues of ultra vires is that it reflects and reinforces the correct mode of institutional interrelation which obtains under the United Kingdom's constitutional settlement*».

También critica las tesis del prof. Craig al argumentar que la doctrina del *ultra vires* favorece que la relación entre el control judicial de la legalidad y el principio de la Supremacía del Parlamento no opere de forma que éste sea un límite de la facultad de la Judicatura, sino que sea una relación de compatibilidad. Para el prof. Elliot, la judicatura debe respetar la voluntad y la intención del Parlamento sin que sea posible distinguir en función de que la normativa sea clara (*negative relevance*) o ambigua (*positive relevance*).

Mark Elliot cifra en tres los criterios de comparación entre las doctrinas del *ultra vires* y del *common law*: En primer lugar, la relevancia de la voluntad del Parlamento (*Legislative intention and the grounds of review: a spectrum of relevance*) que este autor defiende, aunque admite que los principios de la buena administración (*good administration*) deben ser siempre un límite de la producción legislativa. En segundo lugar, lo absurdo de proponer una absoluta irrelevancia de la intención del Parlamento (*The absurdity of propounding the absolute irrelevance of legislative intention*). Y, en tercer lugar, los fundamentos del control judicial de la legalidad (*The basis of judicial review and the canons of statutory construction*) que según Elliot deben aceptar que el Parlamento siempre intenta respetar el principio de legalidad, de conformidad con la normativa constitucional británica.

2.2. La Doctrina del common law

Según los partidarios de esta corriente doctrinal, el *common law* es tanto el fundamento en el que el Poder Judicial asienta su facultad para ejercitar el control de la legalidad, como el fundamento en que los Jueces deben argumentar sus resoluciones interpretativas e incluso sus decisiones más creacionistas. Algunos de los autores que se adscriben a esta posición doctrinal mantienen posturas moderadas, como los profs. Paul Craig o Dawn Oliver. Pero otros como Lord Justice Laws sostienen opiniones marcadamente realistas.

El prof. Craig⁴⁹ ha insistido en la limitación que el propio C. F. Forsyth reconoce a la doctrina del *ultra vires* para explicar la intervención de los tribunales ante una actuación ilegal y arbitraria de los poderes públicos. En este sentido destaca que la doctrina del *common law* les impone una obligación de no actuar de manera irracional o arbitraria y, por consiguiente, proporciona una mejor base para el control de la actuación de los poderes públicos.

Paul Craig aduce razones históricas y conceptuales para sostener que la facultad de la Judicatura para el control de la legislación no está limitada por el principio de la Supremacía del Parlamento, sino que son dos instituciones compatibles. Para este autor, tanto el control judicial como la soberanía del Parlamento tienen un fundamento común en la Constitución («*The fact that the legislature could ultimately limit review, given traditional notions of sovereignty, does not mean that the institution of review has to be legitimated by reference to legislative intent in the absence of any such limits being imposed. The constitution assigns a role to the courts as well as the legislature*»). En un sentido semejante, también el prof. Wade⁵⁰ coincide en que no puede corresponder al Parlamento determinar los controles a que se debe someter («*If we respect what little is left of our own constitution, it ought not to be left to Whitehall to say how much judicial control they will or will not tolerate. It is just as much for the judges to say how much abuse of power they will or will not tolerate. This is the part that the constitution assigns to them and they should be allowed to play it, free from threats and accusations and without talk of government by judges*»). Supuesta esta compatibilidad y este común fundamento constitucional de ambas instituciones, nada obsta a que la Judicatura ejerza el control de la legalidad de acuerdo con la doctrina del *common law*, tanto más cuanto que el Parlamento podría establecer límites al propio *common law*.

También moderado, el profesor Dawn Oliver⁵¹ ha centrado sus esfuerzos en criticar la teoría del *ultra vires*. Glosando a D. J. Galligan⁵² advierte que el control judicial de la legalidad debe responder a los principios de la buena administración («*good administration*») que incluye otros varios como el de justicia en sus varias acepciones, legalidad, tutela judicial, proporcionalidad, e interdicción

⁴⁹ PAUL CRAIG: «Constitutions, Property and Regulation» (1991) 538 Public Law.

⁵⁰ H. W. R. WADE: «Constitutional Fundamentals». Stevens Pub, London 1980, p. 70. Ver también, H. W. R. Wade: «The Legal Basis of Sovereignty» (1955) Cambridge Law Journal 172.

⁵¹ DAWN OLIVER: «Is the *Ultra vires* Rule the Basis of Judicial Review?» (1987) Public Law 543; «Review of (Non-Statutory) Discretions» en C. F. Forsyth (ed.): «Judicial Review and the Constitution». Hart Pub. Oxford 2000, pp. 307 a 325.

⁵² D. J. GALLIGAN: «Judicial Review and the Textbook Writers» (1982) OJLS 257.

de la arbitrariedad, del abuso del Derecho, la irracionalidad o la mala fe. La doctrina del *ultra vires* parte de la presunción de que en la voluntad del Parlamento está excluida la posibilidad de que la ley prevea una actuación de cualquiera de los poderes contraria a los principios de la buena administración; de modo que un poder actúa *ultra vires* si vulnera las reglas de la buena administración y esta circunstancia da lugar al control por la Jurisdicción. El prof. Oliver acepta el principio de Supremacía del Parlamento; pero critica la doctrina del *ultra vires* por falta de realismo y niega que la legislación parlamentaria sea siempre respetuosa con los principios de la buena administración. Para este autor, los principios del control judicial no proceden de la voluntad del Parlamento, sino que han sido desarrollados por el *common law*, es decir por los tribunales.

Por su parte, el *Lord Justice Laws* advierte de lo que denomina la supremacía judicial (*judicial supremacism*) que no es sino la irrecurribilidad final de las sentencias cuando son dictadas por la más alta instancia judicial. De acuerdo con esta teoría, todos los poderes están sujetos a los límites que establezca el Poder Judicial, mientras que éste es el único poder que no está sujeto a ningún límite constitucional y, por consiguiente, tampoco al principio de la Supremacía del Parlamento (*Parliamentary Supremacy*)⁵³. Para este autor, los jueces tienen el poder que ellos digan que tienen («*the power they say they have*»), sin que exista una vara de medir para evaluar la legitimidad constitucional de su jurisprudencia: «(For) every body other than the courts, legal power depends upon an imprimatur from an external source; but this is not true of the High Court and is appellate hierarchy. In point of theory, there exists no higher order of law for them. It follows that any analysis of their jurisdiction, if it is not to be confined to the simplest statement that the court reviews what it chooses to review in practice... (The) ultimate freedom of movement which on my analysis the judges enjoy needs to be understood in order to appreciate that the court, if it decides in effect to push out the boundaries of judicial review in the particular case, is not guilty of any constitutional solecism»⁵⁴. Esta legitimidad dependerá, en última instancia, de la confianza de la comunidad en el modo en que la Judicatura ejerza esta función de control⁵⁵. Cualquier análisis a este respecto debe limitarse bien a contrastar que la Judicatura controla lo que ella misma decide controlar, o bien a describir el alcance del control judicial de la legalidad en la práctica: «*Jurisdiction, like reasonableness, is a protean word. Its*

⁵³ Sir John Laws cita a Richard Latham («The Law and the Commonwealth». OUP 1949) y la concepción que este autor defiende del principio de la Supremacía del Parlamento.

⁵⁴ SIR JOHN LAWS: «Illegality: The Problem of Jurisdiction» en M. Supperstone & J. Goudie (eds.): «Judicial Review». Butterworths. London 1997, pp.69 a 70.

⁵⁵ SIR JOHN LAWS: «Judicial Review and the Meaning of Law» en C. F. Forsyth (ed.): «Judicial Review and the Constitution». Hart Pub. Oxford 2000, pp. 173 a 190.

easiest application is the case where a body has express but limited powers conferred on it by another body: so if it acts outside those powers, it exceeds its jurisdiction. But the superiors courts in England are not constituted on any such basis. They have, in the last analysis, the power they say they have»⁵⁶.

También Lord Woolf⁵⁷ se ha manifestado a favor de que la soberanía del Parlamento tiene a la Constitución como límite y que corresponde a la Judicatura preservar el principio de legalidad: «*If Parliament did the unthinkable (and undermined substantially the role of the High Court on judicial review), then I would say that the courts would also be required to act in a manner which would be without precedent ... I myself would consider that there were advantages in making it clear that there are even limits on the supremacy of Parliament which it is the courts'inalienable responsibility to identify and uphold ... (These) limits are no more than are necessary to enable the rule of law to be preserved*».

Lord Justice Laws critica las tesis del prof. Forsyth a quien acusa de malinterpretar el principio de la Supremacía del Parlamento y defender el criterio de que todas las autorizaciones o prohibiciones deben proceder del Parlamento supuesto que corresponde al Parlamento autorizar o prohibir todo lo que sea («*because Parliament can authorise or prohibit anything, all authorities and prohibitions must come from Parliament*»). El prof. Laws entiende que semejante teoría es radical e ignora lo que la Lógica denomina la zona intermedia («*undistributed middle*»), es decir los espacios ambiguos que presentan todos los conceptos jurídicos. («*The principles of judicial review) are, categorically, judicial creations. They owe neither their existence nor their acceptance to the will of legislature. They have nothing to do with the intention of Parliament, save as a fig leaf to cover their true origins. We do not need the fig leaf any more*»⁵⁸. El prof. Elliot⁵⁹, se mostró contrario a esta crítica y sostuvo que la concepción del prof. Forsyth sobre la soberanía del Parlamento no es tan radical porque, para el supuesto de ausencia de legislación parlamentaria, no niega a la Judicatura la facultad de regular el uso del poder público.

El prof. Forsyth⁶⁰ publicó su réplica a la crítica del Lord Justice Laws en un artículo muy célebre en el que glosó una metáfora en la que equiparaba la doc-

⁵⁶ Sir JOHN LAWS: «Illegality: The Problem of Jurisdiction» en M. Supperstone & J. Goudie (eds.): «Judicial Review». London 1997, p. 51.

⁵⁷ Lord WOOLF MR: «Droit Public-English Style» (1995) Public Law, 57. De Smith, Woolf & Jowell: «Judicial Review of Administrative Action». Sweet & Maxwell. London 1995.

⁵⁸ Sir JOHN LAWS: «Law and Democracy» (1995) Public Law 72, p. 79.

⁵⁹ MARK ELLIOT: «The *Ultra vires* Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law» (1999) 58 Cambridge Law Journal.

⁶⁰ C. F. FORSYTH: «Of Five Leaves and Fairy Tales: The *Ultra vires* Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review». (1996) 55 Cambridge Law Journal 122.

trina del *ultra vires* a una hoja de parra («*fig-leaf*»). Las hojas de parra sirven para encubrir las vergüenzas y no engañan a nadie sobre lo que hay debajo de ellas («*do not deceive anyone as to what lies beneath them*»). La doctrina del *ultra vires* desempeña un papel semejante en el Derecho Constitucional; de modo que sirve para preservar las relaciones de poder que deben mantener la Judicatura y el Parlamento y encubre la realidad de la creatividad judicial. Pero además de este razonamiento práctico e invocando la vieja jurisprudencia del LCJ Hale en *De Portibus Maris*⁶¹ y la más moderna de Lord Browne-Wilkinson en *R. v. Hull University Visitor Ex. p. page*⁶², como argumentos de autoridad, el prof. Forsyth aduce el razonamiento teórico de que si entre los poderes del Parlamento está el de dictar normas ambiguas, la Judicatura no puede controlar estas normas sin invadir el poder del Parlamento.

Al año siguiente, Sir John Laws⁶³ contestó recalcando que mientras que el desarrollo de doctrinas para el control de la legalidad —como la *Wednesbury*— es una función constitucional de la Judicatura, el Parlamento tiene siempre la facultad de establecer límites a esa función judicial («*while the development of such doctrines is a function of the courts' free-standing constitutional role, it is open to Parliament at any time to intervene and curtail it*»). Para este autor, un Parlamento democrático no puede estar por encima de la ley («*a democratic legislature cannot be above the law*») y su legislación debe respetar los derechos de las personas establecidos en la Constitución británica («*Thus Forsyth mistakes the nature of legislative supremacy, which is trumps, not all for suits; specific, not wall-to-wall. How could it be otherwise? A legislature makes and unmakes laws when it thinks it needs to; the fact that in England the common law allows it to make or unmake any law it like confers upon it no metaphysic of universality*»).

Para ejemplificar su posición, LJ Laws destaca la Sentencia del caso *Pepper v. Hart*⁶⁴ porque resolvió a favor de que la ambigüedad de las leyes implica la facultad creativa de la Judicatura de acuerdo con los principios del *common law* que no pueden equipararse a la voluntad del Parlamento: («*More deeply, ultra vires must logically reduce the constitutional norms of public law to the same condition of moral neutrality as in principle applies to legislation, because by virtue of it the decisions of the courts are only a function of Parliament's absolute power. It means that the goodness of the common law is as short or as long as the legislature's wisdom. But the common law does not lie on any such Procrustean bed*»).

⁶¹ 1 Harg L Tr, 78 (1787).

⁶² (1993) AC 682.

⁶³ Sir JOHN LAWS: «Illegality: The Problem of Jurisdiction» en M. Supperstone & J. Goudie (eds.): «Judicial Review». London 1997.

⁶⁴ (1993) AC 593. También, Exp Harjiat Singh (1984) 1 WLR 704.

En fin, Lord Justice Laws concluye afirmando que el deber de la Judicatura es el de defender los derechos constitucionales, además de la libertad y la justicia frente al poder del Estado («*The judges' duty is to uphold constitutional rights: to secure order, certainly, but to temper the rule of the state by freedom and justice. In our unwritten legal system the substance of such rights is to be found in the public law principles which the courts have developed, and continue to develop*»).

Fue el prof. Mark Elliot⁶⁵ quien asumió la crítica a la réplica de Sir John Laws. Este profesor del St. Catharine's College de la Universidad de Cambridge califica de inconsistente las tesis de LJA Laws; y niega que los tribunales tengan el poder que ellos digan que tienen, sino el poder que el orden constitucional dice que tienen. Conforme a esta premisa, entiende que, en ausencia de un marco legal, corresponde a los tribunales aplicar los principios del *common law* y regular la actividad de los poderes públicos; pero que, una vez que el Parlamento ejerza su poder legislativo y haya aprobado una regulación legal, («*Once Parliament has "occupied the field"*») es inadecuado («*improper*») que los tribunales hagan uso del *common law* para imponer límites a ese poder. Insiste en que la crítica lógica de Sir John Laws sobre la realidad de que los conceptos legales presentan una zona ambigua e intermedia («*undistributed middle*») ignora que el *common law* no puede sobreponerse a que esa sea la voluntad parlamentaria. Supuesta la premisa de que el Parlamento atribuyese facultades discrecionales a un poder público, este autor enumera hasta cinco posibles modelos doctrinales sobre la relación entre el Parlamento y la Judicatura: 1.^a La tesis de que la Judicatura puede aplicar los principios de la buena administración propios del *common law* porque no cabe atribuir al Parlamento la intención absurda de establecer un poder arbitrario; 2.^a La tesis de que el Parlamento debería especificar los principios del *common law* que los tribunales aplicarían, si bien advierte que se trata de una tesis absurda por poco realista; 3.^a La teoría de que la atribución a un poder público de facultades discrecionales está sujeta a la condición de que deben ser ejercidas de conformidad con los principios del *common law*, en cuyo caso las bases del control judicial derivan del propio marco legal y, en consecuencia, de la voluntad del Parlamento (T. R. S. Allan⁶⁶); 4.^a La postura de que

⁶⁵ MARK ELLIOT: «The *Ultra vires* Doctrine in a Constitutional Setting. Still the Central Principle of Administrative Law». (1999) 58 Cambridge Law Journal 129.

⁶⁶ T. R. S. ALLAN: «The Limits of Parliamentary Sovereignty» (1985). Public Law 614; «Parliamentary Sovereignty: Law, Politics, and Revolution». (1997) 113 L.Q.R. 443; «Fairness, Equality, Rationality: Constitutional Theory and Judicial Review» en C. F. Forsyth & I. Hare (eds.): «The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade». Clarendon Press, Oxford 1998; «Constitutional Justice. A liberal Theory of the Rule of Law». Oxford University Press. Oxford 2001.

la atribución a un poder público de facultades discrecionales, sin más especificaciones, implica la competencia incluso para actuar de manera injusta y, por consiguiente, de forma contraria al «*rule of law*» (C. Forsyth). 5.^a La teoría del *common law* argumenta que no puede existir relación entre la voluntad del Parlamento y el control judicial de la legalidad porque ni el Parlamento ni ningún otro poder público es neutral frente a las demandas de libertad individual, de manera que corresponde a los tribunales corregir esta falta de neutralidad (J. Laws)⁶⁷: «*In an age when respect for human rights has received the imprimatur of civilized society, which regards it not as a political option but as a moral necessity, the reasonable public decision-maker is bound to entertain no bias against any infringement of such rights...A public authority cannot be neutral about the demands of individual freedom without building a wall between itself and current public morality. So, in the name of reasonableness, the law insists that the decision-maker is not neutral*»). En fin, el prof. Elliot defiende una tesis intermedia favorable al *common law* en ausencia de legislación parlamentaria y de la teoría del *ultra vires* para el caso contrario: «*Consequently, the ultra vires doctrine, within its proper constitutional setting, is consistent with a judicial review regime which transcends the supervision of statutory power and which applies identical principles of good administration, based on the rule of law, to all types of governmental power. The fact that the interpretative methodology of ultra vires is applicable only to the review of statutory power should not be perceived as a criticism of the modified ultra vires model but, rather, as an important strength*». Todo ello supuesto, advierte del riesgo de que un heterodoxo principio de supremacía legislativa («*legislative supremacy*») venga a sustituir el de la primacía del Parlamento; y sostiene que sólo la metodología del *ultra vires* posibilitará la reconciliación entre el creciente número de sentencias basado en la creatividad judicial y el principio de Supremacía del Parlamento dentro del marco constitucional.

3. LA INSERCIÓN DE LA DOCTRINA BRITÁNICA EN LA CONTINENTAL

El debate suscitado en la Doctrina británica no presenta sustanciales diferencias con el mantenido en el Continente entre formalistas y realistas, especialmente por lo que se refiere al creacionismo de la jurisdicción constitucional.

⁶⁷ Sir JOHN LAWS: «Wednesbury» en C. F. Forsyth & J. C. Hare (eds.): «The Golden Metwand and the Crooked Cord». Oxford University Press. Oxford 1997, p 195.

El formalismo jurídico alcanza su cenit con la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen⁶⁸. Este profesor de la Universidad de Viena no negó la dimensión creativa de las decisiones de los Jueces, si bien constreñida a los supuestos de antinomias y lagunas normativas. La vertiente creativa de la función judicial está limitada por la prevalencia de la ley y, por consiguiente, debe respetar las opciones permitidas por la interpretación de la propia ley, sin vulnerarla. A esta tarea responde la instauración del Tribunal Constitucional, entre cuyas competencias se incluyen el control de las leyes y de su interpretación judicial para que no contradigan a la Constitución.

Sin duda que el realista más influyente ha sido el constitucionalista danés Alf Ross⁶⁹. Para este autor, el objeto de la Ciencia del Derecho es el «Derecho vigente» que se compone de las normas jurídicas (Derecho) y de la realidad social de su vigencia (Derecho en acción). Las normas jurídicas son directrices dirigidas a la actuación de los Jueces. La validez de una norma no depende de nociones metafísicas e idealistas como los principios de legalidad o de jerarquía normativa, sino de criterios realistas tales como es el de su conexión con la realidad y el de su efectiva aplicación por los jueces. La creatividad del Juez constitucional es un hecho, de manera que, ante un determinado caso, se trata de predecir la probabilidad de las diferentes sentencias fundadas posibles.

Los formalistas, al igual que los iuspublicistas británicos partidarios de la doctrina del *ultra vires*, mantienen que el creacionismo del Juez constitucional debe restringirse al supuesto de inexistencia o de laguna de la ley; o —lo que es lo mismo— anteponen la validez de la ley como límite de la creatividad del Juez constitucional. Los realistas, del mismo modo que los defensores de la doctrina del *common law*, niegan ese límite y destacan que la creatividad del Juez constitucional es consecuencia de la irrecorribilidad de sus sentencias, tanto si provienen de los tribunales constitucionales alemán, italiano o español, como si provienen de la *House of Lords*.

La creatividad de las sentencias constitucionales es uno de los temas más presentes en la Dogmática europea. Y, sin embargo, salvo contadísimas excepciones, la Doctrina constitucionalista española se ha mantenido al margen de este debate.

Por supuesto, es ésta una de las principalísimas cuestiones de debate entre los constitucionalistas norteamericanos. Las opiniones abarcan todas las posibles opciones del espectro, desde posiciones abiertamente realistas como la de la prof.

⁶⁸ HANS KELSEN: «Reine Rechtslehre», cuya tercera edición fue publicada en lengua francesa como «Théorie Pure du Droit», Ed. de la Baconnière. Neuchâtel 1953. Traducción al español, «Teoría pura del Derecho». Eudeba. Buenos Aires 1983.

⁶⁹ Alf Ross: «On Law and Justice». Stevens and Sons Limited. Londres 1958. Traducción al español, «Sobre el Derecho y la Justicia». Eudeba. Buenos Aires 1970.

Terri Jennings Peretti⁷⁰ quien defiende como legítima y democrática la práctica de que las sentencias del Tribunal Supremo estén influidas por las tendencias políticas de sus magistrados; hasta posturas *originalistas* como la del Juez Bork⁷¹ que sostiene que la Constitución tiene una única interpretación legítima y rechaza cualquier discrecionalidad interpretativa del Juez constitucional, cuya función debe limitarse a averiguar la voluntad de los «*farmers*» que elaboraron la Constitución. Entre ambos extremos, coexisten toda clase de opiniones doctrinales. Entre los realistas, se suelen citar al Juez Holmes⁷², Llewelyn⁷³ y Cardozo⁷⁴. Dos autores destacados como M. Perry⁷⁵ y J. Ely⁷⁶ son coincidentes en entender que el Tribunal Supremo utiliza el método interpretativista para la aplicación de las cláusulas constitucionales y el no interpretativista para la aplicación de principios y valores no constitucionalizados, aunque mientras que el prof. Perry se manifiesta en favor de que el Tribunal Supremo asuma una función creativa para concretar los valores consensuados y sustantivos de la moral pública, en orden a mantener la Constitución viva; el prof. Ely entiende que, en su labor creativa, el Tribunal no debe aplicar los valores constitucionales sustantivos, sino tan sólo el valor adjetivo y procesal de la representatividad. Ronald Dworkin⁷⁷ argumenta a favor de los *desideratums* de un ordenamiento jurídico completo, sin lagunas, y de la unicidad de solución justa de los litigios que determinan que la actividad del Juez constitucional esté siempre reglada. Y Cass R. Sunstein⁷⁸ sugiere lo que él llama «*incompletely theorized arguments*» como los principios que, en constante elaboración

⁷⁰ TERRI JENNINGS PERETTI: «In Defense of a Political Court». Princeton University Press. Princeton, New Jersey 1999.

⁷¹ ROBERT H. BORK: «The Tempting of America. The Political Seduction of the Law». The Free Press. Nueva York 1990.

⁷² O. W. HOLMES: «The Common Law». Harvard University Press. Harvard 1963; «La senda del Derecho». Abeledo-Perot. Buenos Aires 1975.

⁷³ KARL LLEWELLYN: «Jurisprudence. Realism in Theory and Practice». The University of Chicago Press. Chicago 1962.

⁷⁴ BENJAMIN CARDOZO: «The Nature of Judicial Process». Yale University Press. New Haven 1921.

⁷⁵ M. PERRY: «The Constitution in the Courts. Law or Politics?». Oxford University Press. New York 1994.

⁷⁶ J. ELY: «Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review». Harvard University Press. Cambridge 1981. V. una posición similar en Carlos S. Nino: «La filosofía del control judicial de constitucionalidad» en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.º 4. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1989, pp. 79 a 88.

⁷⁷ RONALD DWORKIN: «Taking Rights Seriously», Duckworth, Londres 1977. Traducción al español «Los derechos en serio», Ed. Ariel, Barcelona 1989.

⁷⁸ CASS R. SUNSTEIN: «*Legal Reasoning and political conflict*». Oxford University Press. New York 1998. V. el interesantísimo debate del libro Cass R. Sunstein, David Schkade, Lisa M. Ellman, Andres Sawicki: «*Are Judges Political?: An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*».

teórica, deben proporcionar la estabilidad y la solución a los enfrentamientos que conlleva el pluralismo y la confrontación políticos. Críticos frente al Tribunal Supremo, Bickel⁷⁹, Berger⁸⁰, Graglia⁸¹ o Wolfe⁸² han mantenido diferentes posturas sobre el *amending power*. Desde el *Critical Legal Studies*, Lief Carter⁸³ y, especialmente, Mark Tushnet⁸⁴ describen cualquier interpretación constitucional del Tribunal Supremo como inevitablemente subjetiva, arbitraria e ilegítima.

La misma polémica se ha suscitado en el continente europeo, en países como Francia, Italia o Alemania. Los «neoconstitucionalistas» franceses como Stephan Rials⁸⁵ y, sobre todo, Dominique Rousseau⁸⁶ han abierto el debate del creacionismo en el Consejo Constitucional francés. El prof. Rousseau recrea el mito de Edipo en el juez constitucional al decir que, para revalorizar su jurisprudencia, devora y desvaloriza el texto escrito de la Constitución, cuyas disposiciones quedan reducidas a la cualidad de simples palabras que no toman sentido jurídico más que después del trabajo interpretativo, para el que el Consejo Constitucional utiliza de reglas y técnicas netamente políticas. La polémica sobre el carácter jurisdiccional o político del Consejo Constitucional ha enfrentado a autores como F. Luchaire⁸⁷ y el Juez P. Coste-Floret⁸⁸. Para el prof. Rousseau

⁷⁹ ALEXANDER M. BICKEL: «The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of Politics». Bobbs Merrill. Indianapolis 1962.

⁸⁰ RAOUL BERGER: «Government by Judiciary. The transformation of the fourteenth Amendment». Harvard University Press. Cambridge 1977.

⁸¹ LINO A. GRAGLIA: «How the Constitution disappeared» en Steven Anzorm (ed.). «The U.S. Constitution and the Supreme Court». H.W. Wilson. Nueva York 1988. Y «In Defence of Judicial Restraint» en S.C. Halpern y Cn. M. Lamb (eds.): «Supreme Court Activism and Restraint». Health and Co. Massach. Toronto 1982.

⁸² CRISTOPHER WOLFE: «The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutionalism to Judge-Made Law». Inc. Publishers. Nueva York 1986.

⁸³ LIEF CARTER: «Contemporary Constitutional Lawmaking: The Supreme Court and the Art of Politics». Pergamon Press. Nueva York 1985.

⁸⁴ MARK TUSHNET: «Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law». Harvard University Press. Cambridge 1988.

⁸⁵ STÉPHANE RIALS: «Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V. République» en Revue de Droit Public et de la science politique en France et a l'étranger, 1984; «Constitutionnalisme, souveraineté et représentation» en «La continuité constitutionnelle en France de 1789 a 1989». Economica. Paris 1996.

⁸⁶ DOMINIQUE ROUSSEAU: «Une résurrection: la notion de Constitution» en Revue de Droit Public et de la science politique en France et a l'étranger, 1990; «Les constitutionnalistes, les politistes et le «renouveau» de l'idée de Constitution en Droit et politique». Preses Universitaires de France. Paris 1993; «La justice constitutionnelle en Europe». Montchrestien. Paris 1992.

⁸⁷ FRANÇOIS LUCHAIRE: «Le Conseil Constitutionnel est-il une juridiction?» en Revue du Droit Public et de la science politique en France et a l'étranger, 1979.

⁸⁸ PAUL COSTE-FLORET: «Débats et avis du C.C.C.» en Documentation Française, 1960.

esta polémica responde al malentendido de creer que la actividad jurídica del Consejo Constitucional puede no ser política: *«Il est donc clair que le texte devient norme seulement après que le Conseil en ait déterminé la signification par un acte de volonté. En effet, l'interprétation, l'attribution d'un sens n'est pas jamais un acte de pure connaissance juridique mais un choix, une décision, qui engage nécessairement, consciemment ou non, les valeurs et les préférences de ceux que interprètent. Sans doute, les membres du Conseil ne sont-ils jamais totalement libres de leur interprétation: ils doivent tenir compte de leurs décisions antérieures, des analyses de la doctrine, des réactions de la classe politique, de l'état de l'opinion, ...mais ces contraintes sont plus "politiques" que juridiques et pèsent de manière semblable sur tous ceux, et notamment le Législateur, qui ont à décider»*⁸⁹.

Idéntico debate viene sosteniéndose en la Doctrina italiana. En un trabajo datado en 1993, Antonio Baldassarre⁹⁰, Magistrado de la Corte Constitucional italiana, expone las diferentes posiciones. Él mismo y el prof Zagrebelsky son los autores más decididamente realistas. Para A. Baldassarre la Constitución *«se define ciertamente como una "tabla de valores", pero lo es en tanto expresión de un universo cultural que se superpone a la Constitución, y que de algún modo, representa algo metaconstitucional, más sólido y más radicado en la comunidad que las normas de la Constitución escrita en si mismas consideradas. De este modo, ordenar los valores constitucionales se resume en una operación determinable por jueces y juristas según paradigmas culturales que, siendo aplicables al conjunto de valores expresado en la Constitución, conduce a una jerarquía comprensiva o una escala general de valores, que, en abstracto, pueden resultar asumibles como resolutorios de los conflictos que hipotéticamente vayan surgiendo»*⁹¹. Según G. Zagrebelsky⁹² la Corte Constitucional italiana utiliza criterios de razonabilidad tanto para comprender el «sentido» y el «valor» del caso que se somete a su consideración, como para buscar la ley idónea a fin de ser aplicada. Frente a la jurisdicción de derecho, esta jurisdicción de equidad supone una inevitable merma del principio de seguridad jurídica en razón a que favorece que la jurisprudencia constitucional se bifurque y no sea ni unánime ni pacífica: *«Por otra parte, no sólo es dudoso que la certeza, como fijeza del ordena-*

⁸⁹ DOMINIQUE ROUSSEAU: «Droit du contentieux constitutionnel». Montchrestien. Paris 1993, p. 54.

⁹⁰ ANTONIO BALDASSARRE: «Constitución y Teoría de los valores» en Revista de las Cortes Generales, n.º 32. Congreso de los Diputados. Madrid 1994, pp. 7 a 34, que es traducción del original publicado en «Giornate in onore di Angelo Falzea». Ed. Giuffrè. Milán 1993, pp. 57 a 84. También «L'Interpretazione della Costituzione». Roma 1996.

⁹¹ ANTONIO BALDASSARRE: «Constitución y Teoría de los valores» en Revista de las Cortes Generales, n.º 32. Congreso de los Diputados. Madrid 1994, pp. 32 a 33.

⁹² GUSTAVO ZAGREBELSKY: «El Derecho dúctil». Ed. Trieste. Madrid 1995.

miento en todas sus partes, pueda ser hoy un objetivo realista. También es dudoso que sea deseable. La certeza descargaría sobre el legislador una tarea insoportable de incansante modificación del derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de los tribunales y de los estudios de los juristas. Y ello sin tener en cuenta que muchos de los nuevos interrogantes planteados al derecho por el progreso tecnológico (piénsese en la tecnología genética) quizás puedan encontrar de forma más adecuada una primera respuesta en un procedimiento judicial, en el que se confronten prudentemente los principios implicados, que en asambleas políticas, donde el recurso a los principios es con frecuencia un instrumento partidista»⁹³.

Frente a estos autores, otros como A. Barbera⁹⁴, más próximos a las teorías del profesor alemán Peter Häberle, defienden la aplicación jurisprudencial de unos valores objetivos, entendidos como instituciones que resultan de la síntesis de las propias normas constitucionales. Más radical, el prof. G. Tarello⁹⁵ se alinea en la llamada «doctrina imperativa» de la Constitución. Según esta teoría *originalista*, cada enunciado constitucional debe ser interpretado conforme a la voluntad del Poder constituyente.

En Alemania, fue el propio Tribunal Constitucional Federal el que introdujo el debate⁹⁶. En la Ley Fundamental de Bonn, el Tribunal aparece regulado en el art. 92, incluido en el capítulo de la jurisdicción. Sin embargo, en el art. 1 de la posterior Ley del Tribunal Constitucional Federal se le contempla como un órgano constitucional en cuanto que tribunal autónomo e independiente. Finalmente, en su *Statusdenkschrift* de 1952, fue el propio Tribunal el que se autodefinió como un órgano constitucional independiente y máximo garante de la Constitución. Tal vez ha sido Konrad Hesse⁹⁷ el profesor alemán más partidario de una interpretación creacionista (*concretización*) de la norma constitucional, atendiendo a una previa comprensión de la concreta situación histórica y política en que surge el problema que el Tribunal ha de resolver. Para este autor, la Constitución no contiene un sistema cerrado de valores: «Este procedimiento tópicamente vinculado, en coherencia con el carácter de la Constitución, al problema con-

⁹³ GUSTAVO ZAGREBELSKY: «El Derecho dúctil». Ed. Trieste. Madrid 1995, pp.146 a 147.

⁹⁴ AUGUSTO BARBERA y CARLO FUSARO: «Il governo della democrazia». Il Mulino. Bolonia 1998.

⁹⁵ GIOVANNI TARELLO: «L'Interpretazione della legge». Giuffrè. Milán 1980, p. 364. Coincidente con estos postulados en la Doctrina española, Óscar Alzaga Villaamil («Derecho Político español según la Constitución de 1978» Vol. I. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1988, pp. 76 a 83) sostiene que la única interpretación decisiva es la voluntad subjetiva del constituyente.

⁹⁶ Ver ALBRECHT WEBER: «Alemania» en Eliseo Aja (editor): «Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual». Ed. Ariel. Barcelona 1998, pp. 52 a 88.

⁹⁷ HONRAD HESSE: «La Interpretación constitucional» en «Escritos de Derecho Constitucional». Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1983, pp. 33 a 57.

creto pero siempre guiado y orientado por la norma, tendrá las máximas posibilidades de llegar a resultados sólidos, racionalmente explicables y controlables. Ciertamente que la decisión jurídica, y muy en particular en el Derecho constitucional, nunca puede ser racionalizada totalmente; pero ello sólo puede significar que de lo que se trata es de la racionalidad posible...».

Seguidor de K. Hesse, el Prof. Peter Häberle⁹⁸ propone un método de estudio del Derecho Constitucional como una «ciencia de la cultura», producto del conocimiento y la sensibilidad propias de una época histórica determinada. Sostiene que no existe una única fuente del derecho Constitucional, sino que los textos deben ser interpretados atendiendo al pluralismo y la tradición cultural de la colectividad. Así concebida, la Constitución y la interpretación de sus textos normativos no es en exclusiva un acto del Estado, sino que se va configurando a través de un proceso abierto, plural, crítico, constante y continuo en el que interviene toda la sociedad. Jürgen Habermas⁹⁹ concibe al Tribunal Constitucional como un garante de la democracia y propugna que los conceptos esenciales de la Constitución deben operar como límites de los excesos creacionistas del Tribunal Constitucional.

Influido por la doctrina americana del *self-restraint*, Hans Peter Schneider propugna la *autodisciplina judicial* del Tribunal Constitucional; y defiende la necesidad de que el juez constitucional actúe con prudencia para no cerrar el contenido de las normas constitucionales y privarles de la flexibilidad e indeterminación que les es propia¹⁰⁰. También la teoría de la Pesadilla (*Nightmare*), es decir quienes critican el creacionismo judicial como un mal sueño, tiene sus partidarios en Alemania: Ernst W. Böckenförde¹⁰¹ sostiene que la interpretación judicial de la Constitución conlleva invariablemente una pérdida de su valor normativo; y el prof. Faller ha advertido que, en su opinión, la politización de la jurisprudencia constitucional significaría el final del Tribunal¹⁰².

Sorprendentemente, la Dogmática española se ha mantenido al margen del debate sobre el activismo del Tribunal Constitucional. Este desinterés es tanto

⁹⁸ PETER HÄBERLE. «*Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*». Duncker & Humboldt. Berlin 1982.

⁹⁹ JÜRGEN HABERMAS: «*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*». Frankfurt am Main. Suhrkamp 1992.

¹⁰⁰ HANS PETER SCHNEIDER: «Democracia y Constitución». CEC, Madrid 1991, pp. 53 a 69. También, Klaus Stern: «Derecho del Estado de la República Federal Alemana». CEC, Madrid 1987, p. 297.

¹⁰¹ ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: «Probleme des Konstitutionalismus». Duncker & Humblot GmbH. Berlin. 1975.

¹⁰² HANS JOACHIN FALLER: «Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal Alemana» en Revista de Estudios Políticos n.º 7. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1979, p. 56.

más extraño cuanto que la Jurisprudencia constitucional española se ha mostrado particularmente creativa. Los motivos de este activismo del Tribunal Constitucional son varios: la especial ambigüedad de la Constitución española de 1978, su característica de haber sido consensuada entre los distintos grupos políticos, la frecuencia con que los preceptos que regulan derechos fundamentales se remiten a la ley parlamentaria para la determinación de sus limitaciones (la libertad ideológica, el *habeas corpus*, la libertad de expresión, el derecho de reunión, el derecho a la tutela judicial, el derecho a la educación, etc., etc.).

En la Doctrina constitucionalista española, somos muy pocos quienes hemos abordado la cuestión del activismo del Tribunal Constitucional. La posición más contraria al realismo que se defiende en este trabajo es la debida al prof. Marín Gámez¹⁰³, para quien el Tribunal Constitucional tiene una naturaleza perfectamente jurisdiccional. Entre medio, la mayor parte de esos pocos autores se han mostrado críticos con el activismo judicial; así como partidarios del *self-restraint* y, tal vez influidos por las tesis de R. Dworkin, de que el Tribunal cubra las lagunas constitucionales mediante el recurso a los «principios» y «valores» que se establecen en el propio texto constitucional.

Deudor de su formación italiana, el prof. Troncoso Reigada¹⁰⁴ fue el primer estudioso de este problema¹⁰⁵. En sus trabajos se manifiesta partidario de la autorestricción de la Jurisprudencia constitucional; y advierte de la amenaza que para el principio democrático supone la creciente actitud activista y creacionista del Tribunal Constitucional español en sentencias tales como la n.º 53/85 —caso de la despenalización del aborto—, la n.º 61/97 —caso de la Ley del Suelo—, o la n.º 136/99 —caso de la excarcelación de los miembros de la Mesa Nacional de H. B.—: «...la legitimidad constitucional de este Tribunal (Constitucional) no habilita a ninguna actividad creativa sino que le obliga a desarrollar la interpretación constitucional dentro de los cánones del método jurídico».

Muy afectado por la pesadilla se muestra el prof. Francisco Balaguer Callejón¹⁰⁶ cuando afirma que el Tribunal Constitucional debe ser un órgano limitado al con-

¹⁰³ JOSÉ A. MARÍN GÁMEZ: «Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional». Ed. Ariel. Barcelona 1998.

¹⁰⁴ ANTONIO TRONCOSO REIGADA: «Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático» en E. Espín Templado y Francisco J. Díaz Revorio (coord.): «La Justicia constitucional en el Estado Democrático». Ed. Tirant lo blanc. Valencia 2000, pp. 413 a 427.

¹⁰⁵ ANTONIO TRONCOSO REIGADA: «Interpretazione della Costituzione e *Judicial Restraint*». Bolonia 1993.

¹⁰⁶ FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN: «Tribunal Constitucional y creación del Derecho» en E. Espín Templado y Francisco J. Díaz Revorio (coord.): «la Justicia constitucional en el Estado Democrático». Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2000, pp. 386 a 389.

trol del Derecho; y que un comportamiento más creativo vulneraría los principios de la democracia pluralista y parlamentaria (cita, al efecto, las SSTC 118/96 —recursos de inconstitucionalidad sobre diversas leyes estatales y autonómicas del transporte— y 61/97 —recursos de inconstitucionalidad frente a la Ley del Suelo—) y «puede provocar una auténtica convulsión de consecuencias imprevisibles».

También la prof. M.^a Luisa Balaguer Callejón¹⁰⁷, seguidora del prof. Peter Häberle, aunque niega la tesis de la unidad de solución justa y afirma que «cabén varias interpretaciones (constitucionales) todas igualmente correctas y todas igualmente conformes con el texto», defiende el alcance interpretativo de ciertos valores que cifra en la libertad de expresión, la igualdad y la democracia. Sostiene el carácter subjetivista de cualquier interpretación —teleológica, sistemática o gramatical— de la Constitución y aboga por una interpretación funcional (política o jurisdiccional) que introduzca «una valoración global acerca de la sociedad en la que se aplica...».

En gran medida coincidente con la prof. Balaguer Callejón, aunque con una cierta tendencia prescriptiva de la jurisprudencia constitucional, Tomás Requena López¹⁰⁸ defiende la interpretación de la Constitución a partir de los «valores constitucionales», si bien añade que estos valores «no deben prescindir de la realidad social imperante en el momento de llevarse a cabo (la interpretación)». Desde la influencia aceptada del prof. H. G. Gadamer («El giro hermenéutico». Ed Cátedra. Madrid 1998), Tomás Requena se mantiene en un ámbito prescriptivo del «deber ser» del intérprete de la Constitución de manera que, a su entender, para bien cumplir su labor, el jurista debe examinar el supuesto de hecho ante el que se encuentra desde su «bagaje y acervo jurídicos»; y construir su argumentación a través de la «precomprensión» que es el proceso de depuración de «los útiles proporcionados por las normas y principios jurídicos» que conforman la formación y la preparación jurídicas del intérprete. Para este autor, se trata de evitar los riesgos de la anticipación y la subjetividad judiciales y, para ello, el límite de la interpretación debe trazarse en la «mutación» de la Constitución y su sistema de garantías que «identifica un núcleo material, el definitorio del sistema democrático, cuyas ideas esenciales se mantienen incólumes sobre la base de la fuerza que irradia la dignidad humana».

No resulta en absoluto difícil localizar ejemplos de sentencias constitucionales creativas y con un marcado contenido político. En mi opinión, todas las

¹⁰⁷ M.^a LUISA BALAGUER CALLEJÓN: «La Interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria». Ed. Cívitas. Madrid 1990, pp. 40, 61, 62, 63 y 66.

¹⁰⁸ TOMÁS REQUENA LÓPEZ: «Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación constitucional». Ed. Comares. Granada 2001, pp. 20 a 21, 24 a 25, 56 a 57, 110 a 114. V. en parecido sentido, Antonio Torres del Moral: «Interpretación teleológica de la Constitución» en Revista de derecho Político, n.º 63. U.N.E.D. Madrid, 2005, pp. 6 a 38.

sentencias constitucionales son «difíciles», creativas y políticas. Son creativas en razón a la especial inconcreción y vaguedad de la norma constitucional. Y son políticas porque resuelven conflictos constitucionales y, por ende, políticos.

Los casos *Ridge v. Baldwin*, *Animisnic* o *Khawaja* suscitaron a la *House of Lords* los mismos problemas que se plantean el Tribunal Constitucional Federal alemán, el *Conseil Constitutionnel* francés, la *Corte Costituzionale* italiana o el Tribunal Constitucional español, es decir el problema de controlar la labor legislativa de un Parlamento electo y soberano; y la necesidad de interpretar y completar normas esencialmente ambiguas.

En la Doctrina británica, semejantes problemas enfrentan a los partidarios del *ultra vires* con los partidarios del *common law*. En el Continente, las mismas cuestiones enfrentan a *formalistas* y *realistas*. En el fondo del debate —aquí o allá— asoma siempre la *Pesadilla* o *Nightmare*¹⁰⁹ de que un órgano democrático como el Parlamento este controlado por un órgano jurisdiccional no democrático; y la invasión del Poder Legislativo por una Jurisdicción constitucional que crea Derecho y opera como una tercera cámara.

Sorprende la similitud entre el caso *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*¹¹⁰ y el célebre fallo de los *radicales* dictado por el Tribunal Constitucional alemán en 1976. En aquella Sentencia de la *House of Lord*, el objeto del litigio fue un Decreto, concretamente las normas del *Civil Service Order in Council 1982* para el empleo de los funcionarios civiles. El Ministro para la Administración Civil dictó una Orden por la que las condiciones de empleo de los funcionarios del *Government Communications Headquarters* (G.C.H.Q.) debían ser modificadas a fin de excluir a los afiliados a cualquier sindicato. Fundamentó su Orden en el art. 4 de la *Order in Council* («... El Ministro para la Administración Civil puede, cuando lo estime oportuno, dictar normas o dar instrucciones... para controlar la actuación del servicio y establecer la categoría profesional de todas las personas empleadas en él y ... las condiciones del servicio de todas esas personas»)¹¹¹. Los sindicatos instaron un recurso que fue desestimado. Lord Fraser of Tullybelton, Lord Scarman, Lord Diplock,

¹⁰⁹ R. DWORKIN («Taking rights seriously». Duckworth. Londres 1977) y H. L. A. HART («Essays in Jurisprudence and Philosophy». Oxford University Press. Oxford 1983) polemizaron sobre el «Noble Sueño» de la unicidad de solución justa y la «Pesadilla» del creacionismo de un Poder Judicial no democrático.

¹¹⁰ [1985] AC 374.

¹¹¹ «As regards Her Majesty's Home Civil Service-(a) the Minister for the Civil Service may from time to time make regulations or give instructions- ... (ii) for controlling the conduct of the service, and providing for the classification of all persons employed therein and... the conditions of service of all such persons; ...».

Lord Roskill y Lord Brightman coincidieron en un argumento central de evidente contenido político: la seguridad nacional. La Corte negó que un reglamento independiente como el enjuiciado fuese una emanación de la prerrogativa de la Corona y, por consiguiente, discrecional e inmune al control judicial. Ello no obstante, todos los magistrados fueron unánimes y extraordinariamente lacónicos: desestimaron el recurso por consideraciones de seguridad nacional que, según Lord Diplock «es por excelencia una cuestión no justiciable».

En el fallo de los *radicales* (BVerfGE 39, 334 – *ExtremistenbeschUB*, 22-V-1975) se planteó la constitucionalidad de la ley por la que se exige a los funcionarios públicos y a quienes pretenden acceder a la función pública que se declaren partidarios del sistema libre y democrático establecido en la Ley Fundamental de Bonn. La Sentencia analiza una posible vulneración del art. 4 sobre la libertad ideológica (*Glaubens-Gewissens-und Bekenntnisfreiheit*). El Tribunal declaró su constitucionalidad porque interpreta que esta manifestación es equiparable a una prueba de aptitud física; y asimila la militancia en un partido político extremista a un defecto físico invalidante:

«Die Treuepflicht gebietet, den Staat und seine geltende Verfassungsordnung, auch soweit sie im Wege einer Verfassungsänderung veränderbar ist, zu bejahen und dies nicht bloß verbal, sondern insbesondere in der beruflichen Tätigkeit dadurch, daß der Beamte die bestehenden verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorschriften beachtet und erfüllt und sein Amt aus dem Geist dieser Vorschriften heraus führt. Die politische Treuepflicht fordert mehr als nur eine formal korrekte, im übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung; sie fordert vom Beamten insbesondere, daß er sich eindeutig von Gruppen und Bestrebungen distanzieren, die diesen Staat, seine verfassungsmäßigen Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren. Vom Beamten wird erwartet, daß er diesen Staat und seine Verfassung als einen hohen positiven Wert erkennt und anerkennt, für den einzutreten sich lohnt. Politische Treuepflicht bewährt sich in Krisenzeiten und in ernsthaften Konfliktsituationen, in denen der Staat darauf angewiesen ist, daß der Beamte Partei für ihn ergreift».

El otro referente de sentencia creacionista en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán es la dictada en el caso de la banda terrorista *Baader Meinhof*:

«1. Die Bestimmung des § 231 a StPO, auf der er beruht, ist verfassungsgemäß. Sie beeinträchtigt den Angeklagten weder in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) noch in seinem Recht auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG). 12 Soweit sich aus diesen Grundrechten die Befugnis des Angeklagten ergibt, bei der Hauptverhandlung anwesend zu sein und sich selbst zu verteidigen, wird ihm dies Anwesenheitsrecht durch § 231 a

StPO nicht genommen. Wer seine Verhandlungsunfähigkeit vorsätzlich und schuldhaft herbeiführt, steht demjenigen gleich, der —obwohl er anwesend sein könnte— zur Hauptverhandlung nicht erscheint oder sich eigenmächtig aus ihr entfernt (vgl. § 231 Abs. 2 StPO). Wenn aber der Angeklagte, statt von seinem Recht auf Anwesenheit Gebrauch zu machen, sich selbst der Möglichkeit seiner persönlichen Teilnahme an der Hauptverhandlung begibt, so wird er in seinen Grundrechten nicht dadurch verletzt, daß die Hauptverhandlung in seiner Abwesenheit stattfindet».

De la comparación de esta sentencia (*BverfGE 41, 246 – Baader Meinhof, 21-I-1976*) con la dictada por el Tribunal Constitucional español en el Caso Lasa y Zabala, es plausible concluir que influyó la circunstancia de que, a diferencia de la banda terrorista ETA, aún en activo, la *Baader Meinhof* había sido exterminada. En la STC 155/2000 de 22 de julio (Caso Lasa y Zabala) se acuerda desestimar el recurso de amparo instado por los condenados por el secuestro, detención y asesinato de aquellos dos etarras. Entre otras alegaciones, los recurrentes invocaron la presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución. El Tribunal resolvió desestimar el recurso a pesar de que la condena se había fundamentado, en gran medida, sobre la declaración acusatoria de uno de los coimputados:

«10 ... A la misma conclusión desestimatoria hemos de llegar ahora, puesto que las declaraciones sumariales inculcatorias del coimputado señor B. L., prestadas ante el Juez de Instrucción con asistencia de su Letrado y después ratificadas con asistencia de las defensas del resto de recurrentes, fueron incorporadas al acto del juicio oral cumpliendo todas las exigencias constitucionales y legales. Su interrogatorio en el juicio oral, realizado en condiciones de plena contradicción, constituye una prueba válida capaz de desvirtuar la presunción de inocencia. Por ello es constitucionalmente legítimo que el órgano sentenciador diera mayor credibilidad a su contenido que a la retractación expresada en el acto de la vista».

En la muy célebre Sentencia n.º 91-294.DC de 25 de Julio de 1991, el *Conseil Constitutionnel* francés falló la constitucionalidad de la Ley por la que se autorizó la aprobación del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. El recurso afectó a varios preceptos del Convenio y entre ellos, particularmente, a su art. 2 (supresión de las fronteras para la circulación de personas) por supuesta vulneración del principio constitucional de la soberanía nacional, en tanto que atentaría al deber del Estado de asegurar el respeto a las instituciones de la República, la continuidad de la vida de la Nación y la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos. El fallo resolvió que aquel precepto no era inconstitucional interpretado en el sentido de que no supone una modificación de las fronteras que delimitan la competencia territorial del Estado y no modifica el código de la nacionalidad francesa. El Tribunal añadió una polémica y creacionis-

ta interpretación del art. 2.1, en tanto que distingue entre fronteras interiores y exteriores de los Estados signatarios; y en tanto que prevé su posible derogación por razones de orden público o seguridad nacional, reservándose expresamente las competencias de policía:

«Considérant que la portée du principe posé par l'article 2, paragraphe 1, ne peut être appréciée indépendamment des autres stipulations de la convention ; qu'il y a lieu de relever que la suppression du contrôle des personnes aux "frontières intérieures", laquelle n'est au demeurant pas absolue, va de pair avec le transfert de ces contrôles et leur harmonisation aux "frontières externes" des Etats signataires ; qu'en particulier, sont définies les conditions et modalités de franchissement des frontières extérieures, ainsi que les règles uniformes suivant lesquelles doivent être effectués les contrôles (...) Considérant que si l'article 2 pose le principe du libre franchissement par les personnes des frontières intérieures communes, il prévoit des possibilités de dérogation pour des motifs d'ordre public ou de sécurité nationale et réserve expressément les compétences de police de chaque Partie contractante sur son territoire ; qu'ainsi, le moyen invoqué ne peut qu'être écarté».

En otra conocida Sentencia, 82-139.DC de 11 de Febrero de 1982, el *Conseil Constitutionnel* francés resolvió el recurso frente a la constitucionalidad de la Ley de nacionalizaciones. Falló su constitucionalidad, si bien estableció los criterios a los que se debía de atenerse la Comisión Administrativa Nacional de Evaluación para fijar el valor de los bancos no cotizantes en bolsa: activo y beneficio netos, importancia de las sociedades filiales, cuentas consolidadas:

«... pour parvenir à ce résultat, le législateur a fixé des règles générales dont il appartiendra à la commission d'adapter l'application aux données économiques et financières de chaque banque en vue d'écarter l'influence que la diversité des techniques de gestion et des méthodes de présentation comptable propres à chaque société n'aurait pas manqué d'exercer sur l'évaluation de l'indemnité si des données comptables identiques avaient été imposées pour toutes les sociétés ; qu'il appartiendra à la commission, sous le contrôle du juge, de choisir dans chaque cas l'actif net et le bénéfice net les plus caractéristiques de la situation propre de chaque banque, en fonction notamment de l'existence et de l'importance des filiales ainsi que de l'existence de comptes consolidés et des techniques particulières utilisées pour les établir».

También la Sentencia 86-207.DC de 26 de Junio de 1986 incluye directivas en orden a la correcta ejecución de la Ley de habilitación al Gobierno para acordar privatizaciones. Los diputados y los senadores recurrentes alegaron la vulneración del art. 38 de la Constitución (legislación delegada del Gobierno —«ordenanzas»—). El *Conseil Constitutionnel* falló que la Ley impugnada no es contraria a la Constitución «bajo las estrictas reservas interpretativas enunciadas» y fijó los criterios a que había de atenerse el Gobierno en el proceso de privatiza-

ción de las empresas públicas afectadas: independencia de los tasadores; valoración atendiendo a la cotización bursátil de los títulos, activos, beneficios e importancia de las sociedades filiales; prohibición de adjudicaciones por un precio inferior al de tasación; imparcialidad; y preservación de la independencia nacional:

«61. Considérant, de même, que les dispositions de l'article 5 auxquelles renvoie le deuxième alinéa de l'article 4 doivent se comprendre comme imposant au Gouvernement de prendre par voie d'ordonnance des dispositions selon lesquelles l'évaluation de la valeur des entreprises à transférer sera faite par des experts compétents totalement indépendants des acquéreurs éventuels ; qu'elle sera conduite selon les méthodes objectives couramment pratiquées en matière de cession totale ou partielle d'actifs de sociétés en tenant compte, selon une pondération appropriée à chaque cas, de la valeur boursière des titres, de la valeur des actifs, des bénéfices réalisés, de l'existence des filiales et des perspectives d'avenir ; que, de même, l'ordonnance devra interdire le transfert dans le cas où le prix proposé par les acquéreurs ne serait pas supérieur ou au moins égal à cette évaluation ; que le choix des acquéreurs ne devra procéder d'aucun privilège ; que l'indépendance nationale devra être préservée ; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution».

Aún más ejemplos se encuentran en la Jurisprudencia de la *Corte Costituzionale italiana*. La Sentencia n.º 15 de 12 de Febrero de 1969 resolvió una cuestión de legitimidad constitucional sobre el art. 313.3 del Código Penal. Este precepto tipificaba el delito de desacato a la Corte Constitucional y establecía que la persecución de este delito requería de la autorización del Ministro de Justicia. La Corte entendió que semejante precepto vulneraba el art. 134 de la Constitución sobre la independencia y la autonomía de la Corte Constitucional. Sobre este fundamento jurídico, falló la ilegitimidad constitucional del art. 313.3 del Código Penal, sustituyendo el requisito de la decisión del Ministro de Justicia por la decisión de la propia Corte Constitucional:

«P.Q.M. LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 313, terzo comma, c.p., nei limiti in cui attribuisce il potere di dare l'autorizzazione a procedere per il delitto di vilipendio della Corte Costituzionale al Ministro di grazia e giustizia anzichè alla Corte stessa».

En la Sentencia n.º 438 de 18 de Octubre de 1995, la Corte resolvió una interesantísima cuestión de legitimidad constitucional con relación al art. 146.1.3 del Código Penal, el art. 2 del Decreto ley n.º 139 de 14 de Mayo de 1993, convalidado por la ley n.º 222 de 14 de Julio de 1993. Esta normativa reguló la ejecución de las penas de privación de libertad infringidas a los enfermos de SIDA, estableciendo que no debían ser sometidos a un régimen carcelario ordinario por

el riesgo que conllevaría tanto para su salud como para la salud de los demás condenados. La Corte invocó los arts. 2, 3, 27.1, 27.3 y 32 de la Constitución para fallar la ilegitimidad constitucional de los preceptos impugnados «en la parte que prevé que la suspensión tiene lugar también cuando la ejecución de la pena pueda cumplirse sin perjuicio de la salud del sujeto y de la de los demás detenidos». Sin embargo, el Tribunal advierte del deber del legislador a tomar en consideración la necesidad de preservar las condiciones de salud de los condenados; y exhorta a las administraciones públicas, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y debidamente coordinadas, a establecer o incrementar las estructuras penitenciarias y sanitarias idóneas a fin de salvaguardar la salud de la población penitenciaria.

«... Se, infatti, l'istituto del rinvio obbligatorio della esecuzione della pena deve tendere nel caso di specie a preservare le condizioni di salute del condannato, è evidente, allora, che sono soltanto queste ultime a dover essere prese in considerazione dal legislatore e non certo la malattia in quanto tale, giacché, a fronte di un identico stato morboso, qualunque esso sia, le variabili cliniche possono essere tante quanto l'intera casistica è in grado di offrire (...) Accertamenti e verifiche del giudice, quelli sopra esposti, che porranno le pubbliche amministrazioni, ciascuna nel quadro delle proprie competenze ed opportunamente giacché la rigida e prevedibile sospensione del momento esecutivo esclude che la pena irrogata possa svolgere alcuna funzione di intimidazione e dissuasione. Del tutto vanificato sarebbe anche il profilo retributivo-afflittivo della pena, posto che la rinuncia sine die alla relativa esecuzione lascia sostanzialmente impunito il reato commesso, in una prospettiva di deresponsabilizzazione che si pone in contrasto con il principio sancito dall'art. 27, primo comma, della coordinate tra loro, di fronte all'esigenza di tenere conto del bisogno di cura del singolo e dell'attitudine della condizione restrittiva rispetto alla salvaguardia della salute della popolazione carceraria, predisponendo o incrementando le strutture idonee allo scopo, sia in ambito penitenziario sia nei presidi sanitari esterni cui ricorrere a norma dell'art. 11 dell'ordinamento penitenziario».

En otra Sentencia polémica, n.º 81 de 11 de Marzo de 1993, la Corte resolvió una cuestión de legitimidad constitucional sobre el art. 266 del Código de Procedimiento Penal. Este precepto regulaba la interceptación policial del contenido de las conversaciones telefónicas y remitía a las garantías establecidas en los arts. 266 a 271 del mismo Código. El juez a quo invocó el art. 15 de la Constitución, del principio de inviolabilidad y secreto de la correspondencia, para reclamar expresamente una sentencia aditiva que estableciese que las garantías previstas en los arts. 266 a 271 del Código de Procedimiento Penal para la interceptación de conversaciones telefónicas eran aplicables a cualquier otra forma de comunicación. La Corte desestimó la cuestión y declaró la legiti-

midad constitucional del art. 266 del Código de Procedimiento Penal. Ello no obstante, invocó la libertad normativa del legislador para, paradójicamente, añadir los criterios a los que habría de atenerse el Parlamento: respecto a los requisitos subjetivos (autorización judicial o del ministerio público) y a los requisitos objetivos (adecuación de los motivos de la intervención con el fin perseguido):

«Ferma restando la libertà del legislatore di stabilire più specifiche norme di attuazione dei predetti principi costituzionali, il livello minimo di garanzie appena ricordato —che esige con norma precettiva tanto il rispetto di requisiti soggettivi di validità in ordine agli interventi nella sfera privata relativa alla libertà di comunicazione (atto dell'autorità giudiziaria, sia questa il pubblico ministero, il giudice per le indagini preliminari o il giudice del dibattimento), quanto il rispetto di requisiti oggettivi (sussistenza e adeguatezza della motivazione in relazione ai fini probatori concretamente perseguiti)— pone un parametro di validità che spetta al giudice a quo applicare direttamente al caso di specie, al fine di valutare se l'acquisizione in giudizio del tabulato, contenente l'indicazione dei riferimenti soggettivi, temporali e spaziali delle comunicazioni telefoniche intercorse, possa essere considerata legittima e, quindi, ammissibile».

También en la Jurisprudencia constitucional española hay sentencias tan destacadas como las señaladas de esas otras jurisdicciones europeas. Los casos del holding Rumasa (STC 111/1983 de 2 de diciembre), de despenalización del aborto (STC 53/1985 de 11 de abril), del pago obligatorio a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (STC 107/1996 de 12 de junio) son importantes ejemplos de sentencias especialmente creativas.

En los últimos años, se ha acentuado la tendencia creacionista de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Los ejemplos son cuantiosos.

En la STC 136/1999 de 20 de julio (Caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna), el Tribunal estima el recurso de amparo y anula la Sentencia condenatoria del Tribunal Supremo por entender que el art. 174.bis del Código Penal aplicado vulnera el art. 25 de la Constitución al sancionar un tipo abierto e indeterminado, además de una pena (prisión mayor y multa) desproporcionada para con la finalidad perseguida (garantizar la vida, la seguridad personal y la paz social):

«29. Nuestra decisión ha de ser diferente en relación con el juicio estricto de proporcionalidad, que es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir —y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales— y la gravedad de la pena que se impone —y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales. La norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en

si y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas».

La STC 154/2002 de 18 de julio resolvió un conflicto entre el derecho a la vida y el derecho de libertad religiosa de unos testigos de Jehová. El Tribunal Supremo había condenado por homicidio a los padres de un menor fallecido por no habersele proporcionado la transfusión de sangre necesaria. El Tribunal falló estimar el amparo de los recurrentes argumentando que no cabía haberles exigido una actuación disuasoria del menor:

«13 ... En primer lugar, se les exigía una acción suasoria sobre el hijo a fin de que éste consintiera en la transfusión de sangre. Ello supone la exigencia de una concreta y específica actuación de los padres que es radicalmente contraria a sus convicciones religiosas. Más aún, de una actuación que es contradictoria desde la perspectiva de su destinatario con las enseñanzas que le fueron transmitidas a lo largo de sus trece años de vida. Y ello, además sobre la base de una mera hipótesis acerca de la eficacia y posibilidades de éxito de tal intento de convencimiento contra la educación transmitida durante dichos años».

El derecho al secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial ha sido interpretado de muy distintas maneras en las SSTC 81/1998 de 2 de abril (se desestimo el amparo porque el Tribunal no apreció «conexión de antijuridicidad» entre los cargos y las comunicaciones telefónicas ilegalmente intervenidas), 49/1999 de 5 de abril (se estimó el amparo porque las escuchas ilegales se produjeron en las diligencias previas), 202/2001 de 15 de octubre (se estimó el amparo porque las prórrogas de las autorizaciones no estaban motivadas como éstas), 70/2002 de 3 de abril (se desestimó el amparo porque los envíos por correo interceptados sin autorización judicial no son equiparables a las comunicaciones postales).

He recogido tal vez las sentencias más polémicas y discutidas de los últimos años. Son creativas porque aplican preceptos constitucionales tan inconcretos como el art. 25.1 («Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»), el 24.2 («Todos tienen derecho ... a la presunción de inocencia»), el 16.1 («Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto ...») o el 18.3 («Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial»).

Cualquiera que sea la Constitución, sus preceptos son intencionadamente vagos e incompletos. El Poder Constituyente persigue así favorecer la alternan-

cia de los partidos políticos sin necesidad de reformar el texto constitucional cada vez que se sucedan en el gobierno; y, en suma, favorecer una deseable perduración de la norma suprema del ordenamiento jurídico.

La consecuencia es que la Jurisdicción encargada de interpretar la Constitución está obligada a completar, en cada caso, el contorno de incerteza de la norma constitucional que aplica. De este modo se produce un *efecto arco iris* en la Jurisprudencia constitucional. Ante casos esencialmente iguales, el Tribunal es capaz de bien-argumentar una sentencia violeta, roja o de cualquier otro de los cinco colores intermedios porque encontrará precedentes para todos ellos. Esto supuesto, la predecibilidad de sus sentencias se asemeja a la predecibilidad del comportamiento de los elementos subatómicos de la materia. Sólo podemos hablar en términos de porcentajes de probabilidades.

4. UNA CARACTERÍSTICA COMÚN A LA NORMA CONSTITUCIONAL ESCRITA Y NO ESCRITA: SU AMBIGÜEDAD

La razón de este comportamiento «cuántico» de la Jurisprudencia constitucional responde a una razón fundamental, cual es la ambigüedad de las normas jurídico-constitucionales. Favorecidos por esta falta de concreción, los Tribunales con competencia constitucional vienen formulando una interpretación marcadamente semántica de la norma constitucional, atendiendo al contexto del cuerpo legal al que pertenece y, sobre todo, a la situación política y social en la que rige.

La mayor o menor precisión de la norma condiciona la labor interpretativa del Tribunal de manera decisiva. Tratándose de normas muy minuciosas, como sucede con las leyes tributarias —p. ej. la legislación que enumera los rendimientos del trabajo o del capital a efectos del impuesto sobre la renta— el margen de interpretación judicial es muy estrecho, de manera que el juez resolverá los conflictos partiendo del conocimiento de la norma y declarando si el supuesto que se somete a su consideración —retribuciones en especie o rendimientos de capital obtenidos en el extranjero— es o no subsumible en la norma. En cualquier caso, la determinación de la existencia de una laguna normativa o de una antinomia que obligue al juez ordinario a crear una nueva norma, supondrá un acto de voluntad del propio juez. Compete al juez, con mayor o menor fundamento legal, decidir si existe un vacío legal o una contradicción entre dos normas.

Sin embargo, en la aplicación judicial de las normas constitucionales, el método de decisión seguido por el Tribunal Constitucional varía considerable-

mente. El motivo esencial es de carácter semántico: la inconcreción, la ambigüedad propia de la norma constitucional¹¹².

No se trata de negar las normas, sino de evidenciar que su efectividad disminuye proporcionalmente a su vaguedad, a su contorno de incerteza; y que, en la misma medida, se incrementa la función creativa y normativa de la Jurisdicción constitucional¹¹³. Dicho de otro modo, la inconcreción de la norma constitucional implica una mayor amplitud tanto de lo que los profs. Alchourron y Bulygin¹¹⁴ denominan el universo de casos relevante, como de lo que el prof. Moreso Mateos¹¹⁵ denomina sistemas jurídicos posibles; es decir, un mayor número de soluciones que sean a un tiempo eficaces para la resolución de los conflictos litigiosos subsumibles en la norma y coherentes con la Constitución. La realidad va más allá y la inconcreción de la norma permite que la Jurisdicción constitucional fundamente un universo infinito de soluciones posibles.

La nota característica de la norma constitucional no es si está o no escrita, sino su ambigüedad. Que la norma constitucional esté o no escrita carece de relevancia práctica. A efectos de su reclamación judicial, no hay diferencia entre demandar la protección de un derecho constitucional ambiguo (p. e. libertad de expresión), por no constar escrito (freedom of speech) en Gran Bretaña, o hacerlo invocando un texto constitucional ambiguo aunque esté escrito en Italia (*Articolo 21 Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.*); o en España (*Artículo 20.1 Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*); o en Alemania (*Artikel 5 (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.*); o en Francia (art. 11 Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen: *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus*

¹¹² J. P. SCHNEIDER («Continencia judicial y estructura normativa abierta del Derecho Constitucional» en Antonio López Pina (editor.): «División de poderes e interpretación». Ed. Tecnos. Madrid 1987, pp. 73 a 77) se refiere al Derecho Constitucional como un orden político fundamental «abierto».

¹¹³ Véase M. TROPER: «Justice constitutionnelle et démocratie» en *Revue Française de Droit constitutionnel* n.º 1. Presses Universitaires de France. 1990.

¹¹⁴ CARLOS E. ALCHOURRÓN y EUGENIO BULYGIN: «Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales». Ed. Astrea. Buenos Aires 1974, pp. 146 a 148.

¹¹⁵ JOSÉ J. MORESO MATEOS: «La Indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución». Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1997.

précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi).

De la misma manera sucede con cualquier otro derecho. El *acces to the Courts* no escrito en la Gran Bretaña ha dado lugar a una Jurisprudencia constitucional tan cambiante como la producida por los Tribunales constitucionales continentales al interpretar normas igualmente ambiguas en Alemania (*Artikel 103 (1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.*), en Italia (*Articolo 24 Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*) o en España (*Artículo 24.1 Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*).

Los ejemplos son innumerables. El mismo principio constitucional británico de la no discriminación sirvió de fundamento para dos sentencias perfectamente contradictorias ante sendas denuncias instadas por mujeres que se sintieron perjudicadas. En una, *Ministry of Defence v. Jeremiah (1980) Q. B. 87*, el Juez Brightman L. J. afirma que la desigualdad de sexos no es una discriminación ilegal «*I do not say that the mere deprivation of choice for one sex, or some other differentiation in their treatment, is necessarily unlawful discrimination*». Sólo tres años después, en otra sentencia, *Gili v. El Vino Co. Ltd. (1983) 1 Q. B. 425*, el Juez Griffiths L. J. argumentó, precisamente, la diferenciación en el trato para estimar el recurso instado por unas mujeres al sentirse perjudicadas por la vieja tradición británica, según la cual en los pubs existía una separación que distinguía un sector para los hombres y otro para las mujeres: «*...the only question that remains is: is she being treated less favourably than men? I think that permits of only one answer. Of course she is...*»

No debe pensarse que el supuesto carácter no escrito de la Constitución británica favorece que aumente el universo de soluciones posibles. Exactamente lo mismo sucede en el Derecho Constitucional continental. Los ejemplos también son innumerables.

El art. 18.3 de la Constitución española regula el secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial. La práctica totalidad de los litigios que afectan a este artículo tienen que ver con escuchas policiales ilegales. Pues bien, este mismo art. 18.3 ha servido de fundamento a la Jurisprudencia constitucional para anular condenas que resulten de un proceso en el que se han valorado pruebas ilegales; y para exactamente lo contrario. En la Sentencia 85/1994 de 14 de Marzo, el Tribunal estimó el amparo de quienes habían sido condenados en un proceso en el que se valoraron escuchas telefónicas ilegales. Por el contrario, en la Sentencia 81/1998 de 2 de Abril, el Tribunal desestimó el amparo de quien había sido condenado en un proceso en el que se valoraron escuchas telefónicas ile-

gales. ¿Cómo es posible semejante contradicción? Muy sencillo, porque la ambigüedad del texto de la norma permite cualquier argumentación. En la segunda de aquellas sentencias, el Ponente interpreta e innova el art. 18.3 y añade que el defecto de la autorización judicial sólo es relevante en función de «... *la ratio de la interdicción de la valoración de las pruebas obtenidas a través del conocimiento derivado de otra realizada vulnerando el derecho al derecho del secreto de las comunicaciones telefónicas...*»

Con estos ejemplos pretendo significar que la polémica doctrinal sobre el mito de la unicidad de solución justa carece aún más de sentido por lo que a la aplicación del Derecho Constitucional se refiere. Las propuestas de R. Dworkin a favor de la plenitud del sistema jurídico¹¹⁶, y las objeciones de R. Alexy¹¹⁷ criticando la pluralidad de resoluciones fundadas e irreductibles, cobran valor cuando se vinculan a normas concretas y determinadas. No parece discutible la plurinterpretabilidad de, por ejemplo, las normas constitucionales que regulan la distribución de competencias entre la Administración central y las autonomías o las normas que regulan derechos tales como el de la vida, la tutela judicial o la propiedad. La razón estriba en la vaguedad, en la incerteza propia de las normas constitucionales.

La inconcreción de las normas constitucionales favorece un número creciente de interpretaciones distintas y lógicas porque se dificulta determinar si el supuesto de hecho está o no comprendido en ella. La opción jurisprudencial a favor de una u otra interpretación implica una decisión necesariamente subjetiva. Es lo que el prof. Aguila define como el «Arte de la interpretación constitucional»¹¹⁸.

Al describir la «oscuridad estructural de la Constitución», el mismo prof. Aguila¹¹⁹ justifica su afirmación en dos razones: la imprecisión de la norma constitucional y la contradicción entre los principios constitucionales: «*La constitution est en effet, par effet de structure, un fien de conflit de normes. Chaque branche du droit, prise isolément, trouve sa cohérence interne dans un principe général que fuit "l'esprit" de la matière. Par exemple: l'intérêt général en droit administratif, ou la liberté individuelle en droit civile. Mais la Constitution, parce qu'elle es la soche du système juridique, consane des principes contradictoires qu'il appartient au législateur, en les concretisant, de concilier*».

¹¹⁶ RONALD DWORKIN: «Los derechos en serio». Ed. Ariel. Barcelona 1984, p. 150 y ss.

¹¹⁷ R. ALEXEY: «Teoría de la argumentación jurídica». Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1989, p. 301 y ss.

¹¹⁸ YANN AGUILA: «Cinq questions sur l'interpretation constitutionnelle» en *Revue Française de Droit Constitutionnel* n.º 21. Presses Universitaires de France. 1995, p. 33.

¹¹⁹ YANN AGUILA: op. cit., pp. 16 y 17.

Los ejemplos a este respecto resultan innumerables.

De un artículo como el 27 de la Constitución italiana («...*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato...*»), en su Sentencia n.º 358/93 de 30 de Julio, la Corte Constitucional concluyó que la pena a los objetores insumisos no debía ser de reclusión militar (art. 27 del Código Penal Militar), sino de reclusión común.

O sobre la base de un artículo como el 3.2 («*E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*»), en su Sentencia 353/94 de 27 de Julio, resuelve que el juez de apelación tiene facultades para suspender la ejecución provisional de una sentencia civil condenatoria «cuando concurren motivos graves».

Lo mismo sucede en la Jurisprudencia constitucional española.

Fundándose en un precepto tan genérico como el art. 16.1 («Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley»), en su Sentencia 154/02 de 18 de Julio, el Tribunal Constitucional estimó el amparo de los padres de un menor frente a una condena por el homicidio de éste. Los hechos enjuiciados relatan que, tras sufrir un grave accidente, el niño se negó a recibir una transfusión de sangre y, por este motivo, falleció. Los padres habían sido acusados de no salvaguardar la salud de su hijo y condenados por homicidio. El Tribunal Constitucional alegó la libertad religiosa de los padres para anular la condena.

Con fundamento en el art. 33.2 («La función social de estos derechos —de propiedad— delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes»), en su Sentencia 37/87 de 26 de Marzo, el Tribunal declaró constitucionales ciertos preceptos de la Ley de Reforma Agraria del Parlamento Andaluz que prevén la expropiabilidad de aquellas fincas que fuesen declaradas manifiestamente mejorables, por no alcanzar un aprovechamiento del cincuenta por ciento de los índices medios de la comarca en la que se ubican.

Con base en el art. 24.2 («...todos tienen derecho...a no declarar contra si mismos...»), en su Sentencia 197/95 de 21 de Diciembre, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del art. 72.3 de la Ley de Tráfico que establece que, supuesta una infracción, el titular del vehículo tiene el deber de identificar al conductor responsable de la infracción (aunque fuese él mismo).

Fundándose en el art. 23.2 («Los ciudadanos ... tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que

señalen las leyes»), en su Sentencia 27/91 de 14 de Febrero, el Tribunal Constitucional desestimó una cuestión de inconstitucionalidad frente a sendas leyes por las que se convocaba concurso de acceso a la Función Pública de la Junta de Andalucía, y la Comunidad Autónoma Canaria, restringidas a los contratados e interinos. El Tribunal declaró la constitucionalidad de las leyes y de las denominadas «pruebas restringidas» «siempre que (se convoquen) por una sola vez».

Con base en el art. 15 («Todos tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral...»), en su Sentencia 48/96 de 25 de Marzo, el Tribunal Constitucional estimó el amparo instado por un recluso interno en el Centro Penitenciario de Valencia frente a un Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, de forma que, al alegar que sufría una enfermedad coronaria grave e irrecuperable, fue puesto en libertad condicional.

Son sólo ejemplos, escogidos por la polémica política que suscitaron. Sucede que el fundamento normativo de las Sentencias del Tribunal Constitucional viene dado por las normas constitucionales y las sentencias constitucionales padecen la imprecisión de las normas en que se fundamentan. Lejos de ser una crítica, es la constatación de una realidad.

Title

The british doctrine and judicial review of laws. in favour of a «Quantific Theory» of constitutional law

Summary

1. Parliamentary Supremacy Principle and Judicial Review. 2. British doctrinal debate on judicial control of legality. 2.1. The ultra vires doctrine. 2.2 The common law doctrine. 3. The insertion of the British doctrine in the continental doctrine. 4. A common feature in the written and unwritten constitutional rule: its ambiguity.

Resumen

El ideal formalista según que hay sólo una solución justa para cada conflicto judicial ha sido completamente superado por la realidad. Casos legales constitucionales que son básicamente iguales dan lugar a sentencias totalmente diferentes. Cualquier sentencia está abierta al argumento. El alcance político y la ambigüedad de la regla constitucional produce un efecto del arco iris en la jurisprudencia. Ante dos casos legales básicamente iguales, la Corte discute —y bien discute— dos sentencias de color diferente, violeta, rojo o cualquiera de los colores intermedios. Las decisiones judiciales son tan inconstantes que la tarea

de predecir una sentencia sería aleatoria. A lo sumo, y teniendo en cuenta el número de sentencias de cada color, será posible hacer una predicción de porcentajes, y establece las probabilidades que la Corte Constitucional emita una sentencia de un color u otro.

Abstract

The formalistic ideal according to which there is only one fair solution for each judicial conflict has been completely overcome by reality. Constitutional legal cases which are basically alike give rise to totally different judgements. Any judgement is open to argument. Political scope and ambiguity of the constitutional rule produce a rainbow effect on jurisprudence. Before two legal cases basically alike, The Court discuss—and well discuss—two judgements of different colour, violet, red or any of the colours in-between. Judicial decisions are so variable that the task of predicting a judgement would be aleatory. At the most, and taking into account the number of judgements of each colour, it will be possible to make a prediction of percentages, and establish the probabilities that the Constitutional Court gives judgement of one colour or another.

Palabras clave

Judicial Review, Judicial control of legality, Constitutional interpretation

Key words

Revisión judicial, Control judicial de legalidad, Interpretación constitucional