

APLICACION DEL DERECHO OBJETIVO POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCION ORDINARIA

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático de la Universidad de Deusto
Profesor Visitante de la Universidad de Burdeos I (Francia)
y de la Universidad de Łodz (Polonia)

1. Validez y justicia de un sistema normativo constitucional

Las normas constitucionales son el *producto final* de la actuación y consunción del *poder constituyente* ejercitado por los representantes a quienes, con tan excepcional motivo, el pueblo transfiere —delegándola de modo condicionado y específico— su soberanía (Pr. CE). Dicha delegación tiene por objeto proveer al reconocimiento de los derechos y libertades que exigen protección y disfrute pacíficos en cada comunidad o *esfera de cultura* —como bienes jurídicos cuya adquisición, lejos de deberse a la condescendencia o el arbitrio del legislador constituyente, se le impone y le obliga— y ordenar jurídicamente la estructura y el funcionamiento de los poderes públicos. El poder constituyente —dedicado a la exclusiva tarea de *producción constitucional* y limitado a las operaciones precisas para llevarla al mejor de los fines— debe asumir e interpretar el *sano sentimiento popular* —expresión que no siempre acertó a preservar la neutralidad y sustancia de su sentido propio— y adueñarse de los *valores éticos* indispensables para que ese sentir evolucione dignamente y escape a los peligros —que siempre le acechan— de perversiones y/o falsificaciones demagógicas. Así se traslada a las cláusulas constitucionales un modo colectivo de ser o *espíritu del pueblo* (arts. 1.2 y 117.1 CE) que, si se precia de ser fiel a sus compromisos históricos, debe corregir las imperfecciones y colmar las carencias de una *demanda social* extraviada o huérfana de pretensiones moralizadoras. La opción —que, cuando menos, debe ser eclécticamente resuelta— entre una *perspectiva racionalista* del hecho constitucional y una *visión utilitarista* o sociologista de lo que representa, depende mucho de esta perspectiva.

Lo peculiar del contenido de un texto constitucional es que —según la tradición normativista hostil a cualesquiera controles suprapositivos de orden axiológico— tiene la consideración de *norma suprema del ordenamiento jurídico* (art. 5.1 LOPJ). Ello sucede a causa de la *validez indiscutida e hipotética* que se le reconoce para asentar la firmeza de un ordenamiento que, en caso contrario, se desvanece a falta de la *pieza de cierre* que perfecciona su estructura. El ciego asentimiento a la regularidad jurídico-formal y de la consistencia político-social del texto constitucional es, según ello, imprescindible para evitar la dislocación de un ordenamiento jurídico cuya perdurabilidad y solidez así lo exigen. El *acto de fe* de los juristas se proyecta sobre el *hecho constitucional* —de acatamiento máximo— y, más allá de su aceptación incondicional y voluntariamente acrítica, no es necesario ir en busca de legitimaciones o avales ajenos al respaldo que, como expresión delegada de la soberanía, le otorga el mecanismo del poder constituyente. Se presume que tal apoyo es conforme al *signo de los tiempos* y a las *normas de cultura* que reclaman respuestas coincidentes con lo que la sociedad espera de tan solemnes determinaciones históricas. A esta sanción general de validez —que recibe el nombre de *consenso social*— se suma la confianza en que el constituyente se propone organizar el ejercicio de las libertades con el esmero adecuado a las circunstancias de la ciudadanía, del tiempo y del lugar, y la convicción de que la estructura formal de los poderes públicos logrará la eficacia precisa para protegerlas y ponerlas a cubierto de los riesgos de deformación o interferencia.

La autojustificación de las normas constitucionales obedece a la necesidad de otorgar un mínimo de crédito social a la fiabilidad juridicopolítica y a la competencia del poder constituyente, que no es en vano un delegatario excepcional del titular originario de la soberanía popular. La idea —profesada por la filosofía escolástica— de un *primer motor inmóvil* como última causa y explicación de todo lo creado, sirve a la construcción de esta línea de pensamiento. Su acogida elimina, al precio de algunas simplificaciones, los inconvenientes de las críticas valorativas o las posturas axiológicas que, para fundar la imposición del Derecho y, por obra suya, la organización de la sociedad en el Estado, apelaban a instancias suprapositivas de individualización fatigosa y polémica. Surgía, en primer término, la dificultad de averiguar el *dónde* de sus fuentes y, con ello, la poco menos que *misión imposible* de su inequívoca localización. Era también preciso cerciorarse de los límites de la cognoscibilidad de su mensaje y de las vías de acceso a un depósito cuya especificación —casi siempre conexa con las verdades y principios del Derecho Natural— suscitaba dificultades insalvables. Se planteaba, en fin, el problema de una sanción inexistente o situada en un plano cuya realidad y/o autoridad no se aceptaban de buen grado. Ello no impide que —*cautivo del señuelo moralizador* que revela y

evoca lo *incesante del retorno* a las esencias yusnaturalistas— el constituyente no se contente con un texto constitucional basado sólo en su validez hipotética de norma fundamental y opte por actitudes más audaces para explicar sus perspectivas y definir sus preferencias.

Sucede así cuando la elevación de la *justicia a valor superior del ordenamiento jurídico* la convierte en una *síntesis de igualdad y libertad* que, sin incurrir en la *ingenuidad moralizadora* de otras ocasiones, resucita la idea de que la norma constitucional y el resto del Derecho objetivo encuentran sus *razones de ser* en la posesión de esa virtud —que robustece su legitimidad— y no sólo en la autoridad de que les inviste el ejercicio de los poderes públicos constituyentes y/o constituidos. La correlación de ambas verdades induce a presumir que *el pueblo intuye y conoce justamente*, lo cual supone un homenaje a su madurez y sensibilidad sociopolítica, sin descartarse la necesidad de diagnosticar ciertos estados de error o ignorancia colectivos, cuya remoción depende del *esfuerzo transformador* por el que, según una conocida máxima (Jn, 8.32), *la verdad hace libres*.

2. Control axiológico de las normas constitucionales

Un sistema normativo constitucional de corte clásico rechaza desde ya que, por encima de la legalidad fundamental válida y suficiente, inter vengan instancias llamadas a controlar o predecir la suerte de sus aplicaciones en el seno del ordenamiento jurídico que aquélla culmina. Sin perjuicio de la propensión a autorizar —en nombre de un credo religioso y acaso de un derecho fundamental de la comunidad que le profesa (art. 16.1 a 3 CE)— juicios en materia política, si lo requiere el bien común (p. 76.5 GS) y, menos objetivamente, de construir las *verdades naturales* como el precipitado de un depósito que, reaccionando regresivamente, insiste en reemplazar el principio del respecto *de la dignidad de la persona errante* por la exaltación de una verdad moral propia, excluyente, monopolizadora y absoluta (pp. 54 a 56 VS). Distinto es el *supuesto técnico* de que las *cesiones de competencia* —como la de ciertas atribuciones soberanas renunciadas en favor de organizaciones o instituciones internacionales (art. 93 CE)— pongan en circulación los principios que fijan la *primacía de un ordenamiento jurídico externo* sobre el Derecho del Estado y el *efecto inmediatamente vinculante* de su acervo de normas positivas. Primacía que, de entrada, afecta al texto constitucional y que, llegado el caso, puede engendrar fortísimas tensiones con la causa de la defensa de los derechos y libertades que el constituyente acoge y pretende garantizar con energía. No han faltado reacciones dirigidas a salvaguardar los reductos de la tutela constitucional frente a la avidez y el ímpetu absor-

bente con que, a veces, el ordenamiento supranacional quiere afirmar su predominio sobre el Derecho Constitucional del Estado. Insuficiencia a la que ciertamente se ha prestado atención, corrigiéndola con oportunidad (art. F.2 TUE). Cosa distinta es que, como por excepción puede ocurrir, el constituyente asuma el riesgo de entregarse al *ejercicio crítico de su propia creación* y se autolimita invocando un *cuerpo de moralidad legalizada* con el que se compromete desde entonces (art. 1.1 CE).

La apelación a los *valores superiores del ordenamiento jurídico* puede significar que el legislador no es ajeno a la *mala conciencia* o desazón nacida de que la delación de esa potestad es obra de una asamblea designada conforme a la legalidad de un anterior sistema autoritario y adolece de un componente espurio (arts. DT 1.^a LRP). Quiere decir acaso que el constituyente atisba y anuncia las claudicaciones que, a causa de su transaccionalismo ineludible, han de aquejar al proceso de elaboración y factura de la ley fundamental —porque su fragilidad le hace falible y claudicante— y a las sucesivas operaciones de su aplicación y manejo. Un modo de impedir o atenuar estos inconvenientes es condicionarse mediante una referencia axiológica —cuya *parca productividad* se ha demostrado— con que la ley fundamental dice *controlarse a sí misma*, aunque ello lleve a confesar que sus episodios pueden *registrar más de un mal paso* y exponerse a un *uso perverso* consistente en la vulneración del *valor de justicia* que debe inspirar sus pasajes y animar sus proposiciones. Un atentado de esa dimensión no se contiene en los límites de cualquier *contravención menor* e implica una violación de tal calibre que a nadie pasa inadvertido ni puede desoírse el impacto del desorden que atrae y la gravedad de las perturbaciones que acarrea. Las *erosiones leves* del valor superior de la justicia son el precio que hay que pagar frecuentemente para afrontar el *mal mayor* de las rupturas sin remedio o los desacuerdos radicales que reviven lo menos útil y más álgido de la temible *enemistad política*. Los procesos constituyentes de *consenso* —que, a toda costa, buscan salidas de integración y compromiso, porque otras opciones resultan, a la postre, vacuas y nocivas— abundan en estas servidumbres que, pese a todo, es obligado soportar.

Dichas orientaciones axiológicas no se resignan a condescender con la *indiferencia moral* ni desautorizan tan vasta perspectiva, van, más lejos del criterio de autosuficiencia del hecho constitucional y, para ofrecer a la sociedad un producto jurídico con un mínimo de *calidad ética*, vedan el *uso injusto de la legalidad fundamental*. Falta, a cambio, una eficaz censura que, además de la ejercida por la opinión pública y la acción educativa de los medios de información (arts. 20.1 a y d CE), advierta y repruebe en Derecho estas extralimitaciones, pues la práctica institucionalizada se contiene en un marco mucho más modesto y no aprovecha, por falta de enten-

dimiento o voluntad, las oportunidades puestas a su alcance para conseguir, como sería de desear, tan ambiciosos objetivos. Quizá es éste el caso de ciertos sistemas de justicia constitucional (art. 161.1 *a* CE) que, pudiendo ejercitar sugestivas funciones de control, no utilizan la oportunidad histórica de hacerlo, se conducen más modestamente (art. 161. 1 *a* CE) y se sustraen al desafío de cuestionar la suerte de las normas constitucionales en nombre de la autoridad o espíritu censor de los valores superiores del ordenamiento jurídico que dicen inspirar sus principios y/o preceptos.

Ese autocontrol axiológico supera, sin violencia dialéctica ni sobresaltos interpretativos, una idea del ordenamiento jurídico que no se cierra con el imperio de la norma constitucional ni se ciñe a verificar su existencia y reconocer su suficiencia y eficacia formales. Los valores superiores del haz de normas que forman el sistema de Derecho objetivo, no son esencias extrínsecas que, sin pertenecerle ni ser parte integrante del mismo, le inspiran e imprimen carácter desde fuera, sino que *están en su interior* y delimitan un nivel o *franja supraconstitucional* incluida en el ámbito del propio ordenamiento y a cuyo imperio se sujetan los ciudadanos y los poderes públicos (arts. 1.1, 9.1, 103.1 y 117.1 CE). La grandeza o el aliciente moral de este mensaje puede verse empequeñecido o empañado por la *reflexión minimalista* o empobrecedora a que dan pie las interpretaciones alternativas que, en razón del valor superior del pluralismo político, tolera el desarrollo legislativo. Es, con todo, ejemplar el testimonio de un texto constitucional resuelto a conciliar la solvencia tecnicojurídica del ejercicio del poder constituyente —que basta para otorgarle validez y legitimidad— con el *retorno a las esencias de moralidad* que, aun cuando se diga otra cosa, todo Derecho objetivo quiere rescatar y exhibir en garantía de que sus soluciones no abocan a un *voluntarismo prudencialista* ni degeneran en un *voluntarismo arbitrario*. He aquí el significado del *esfuerzo transformador* cuyos afanes de liberación exhuman las tensiones —que los poderes públicos deben paliar celosamente— entre la *igualdad* —germen y punto de partida del ejercicio fértil de las libertades— y la *libertad*, consistente en la *autonomía* o ausencia de trabas que impidan o dificulten la atención y el respeto del que los individuos y/o las comunidades consideran su acervo de deberes morales y jurídicos (art. 9.2 CE).

3. Función del valor superior de la justicia

Edifica el talante con que un texto constitucional renuncia a fundar su condición de tal en el dato de su impecabilidad juridicoformal —invocada de antiguo para asignarle ese carácter— y no vela el propósito de

emprender, cuantas veces proceda, una depuración crítica y exigente de su propio mensaje. Ciertamente que, como ya se dijo, subsiste el riesgo de que una lectura poco condescendiente o reductora de los pasajes constitucionales más productivos y enjundiosos debilite la intensidad del llamamiento al valor superior de la justicia, desvirtuando la necesidad de preservarlo —absoluta e incondicionalmente— cuantas veces el texto constitucional corra el riesgo de manipulaciones que afecten a su *cuerpo de moralidad positivizada*. Dicha actitud minimalista sugiere que el constituyente no ha querido invocar la justicia —*síntesis de igualdad y libertad*— para facilitar una reacción que, en ese trance, destituya de crédito y aceptación a cuantas soluciones, pese a ampararse en el Derecho objetivo constitucional, resultan arbitrarias o injustas. La irreprochabilidad que presumiblemente se predica de sus acciones, se ve puesta en cuestión si se le asigna un control celador del triunfo juridicopolítico de su esfuerzo. La invocación de la justicia deja de ser entonces una *advertencia de control* y deviene un *prejuicio elogioso* que, pregonando el *éxito axiológico* del proceso constitucional, afirma optimistamente que sus soluciones se condicen con los requerimientos de ese valor superior. Una indefectible *impregnación de justicia* se predica en tal caso —sin margen para la disidencia o la contradicción— de todas y cada una de ellas.

La apelación al valor superior de la justicia quiere decir, en esa línea, que la carta política *hace suyo lo mejor de la misma*. No solamente advierte de que, a imagen y semejanza de los modernos textos constitucionales, goza —como condición mínima— de una *excelencia compartida* por la acción regular del poder constituyente y el soporte prestado a su ejercicio por la soberanía popular que habilita para elaborar la ley fundamental refrendada por su titular originario (dec. 7 Pr. CE). Quiere decir bastante más. A saber, que se ha puesto un cuidado exquisito en que *la justicia informe y se perciba en cuantas medidas provienen de la iniciativa del legislador constituyente*. Una importante consecuencia se sigue de esta proposición. Cuando, dentro de los límites de su *movilidad decisionista*, el legislador ordinario se acomoda al dictado de los principios y preceptos constitucionales, está obrando con la certeza intelectual y el convencimiento moral de que *su actividad es fruto de un esfuerzo emprendido y culminado conforme a justicia*. El juez que, sin violentar las soluciones constitucionales, aplica la legalidad ordinaria que ha tenido en cuenta lo justo de su inspiración para desarrollarlas, no sólo cumple el deber de exclusivo sometimiento al imperio de la ley (art. 117.1 CE), sino que simultáneamente promueve y muestra el respeto exigido por un valor superior que es clave de la solvencia del Derecho así formado. La justicia material de las soluciones en que abunda la carta política no su-

pone entonces —a diferencia de la interpretación que antes se ha sugerido— un punto cuestionable, porque, salvo si se priva de credibilidad a lo dicho por el constituyente (art. 1.1 CE), hay que dar por buenas su constatación y voluntad de que *las cosas son así y no de otra manera*. Si se hace un acto de fe en lo que esa fórmula tiene de sincero diagnóstico y comprometida predicción, y no se acusa a los legisladores de insinceridad o de ánimo publicitario, hay que renunciar a la crítica de las normas constitucionales en nombre de la eventual injusticia de sus soluciones o de los resultados negativos de su aplicación. Se asiste así a la recepción de la serie de valores superiores compendiados en la *idea de justicia* que transmite al texto constitucional su inspiración y que, llegado el caso, han de invocarse para denunciar la infidelidad o inconsecuencia de un desarrollo legislativo que discrepa de sus proposiciones dogmáticas o de sus regulaciones orgánicas. Se proponen las *vías de acceso a un Derecho justo*, fundado en la *impecabilidad hipotética* —no en lo moralmente cuestionable de las normas constitucionales— y en la *variabilidad* de unos contenidos cuyas mutaciones elásticas no se aparten del eje de esa orientación. Las diferencias tolerables pueden deberse, si no se alteran las circunstancias temporales, a las diversidades propias del pluralismo político y, si se da algún cambio, a las realidades sobrevenidas implícitas en él y cuya trascendencia prima sobre disidencias o particularismos ideológicos. Los problemas de signo económico, las grandes cuestiones relativas a la seguridad de la ciudadanía y del Estado, los temas atinentes a la moral pública participan, entre otros, de esta naturaleza y buscan soluciones en que *lo azaroso es el éxito y no lo indiscutiblemente justo* de unas necesidades u objetivos que se coaceptan sin divergencias de raíz en cuanto al método y los instrumentos aptos para satisfacerlos.

4. Principios informadores del ordenamiento jurídico

El ordenamiento jurídico del Estado es el espacio o, si se quiere, la *esfera normativa* que encierra una regulación cuya plenitud —inseparable de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)— es posible gracias al *efecto de saturación* que se sigue del automatismo del sistema de fuentes del Derecho objetivo (p. 6 EMTPC.c. y art. 1.1 C.c). Fuentes que manan sin interrupción para evitar las oquedades o vacíos —las llamadas *lagunas del Derecho*— no cubiertos por esas operaciones. La *sociedad* —compuesta de las *comunidades* o grupos intermedios a que abocan las *colectividades* o grupos inorgánicos de origen (arts. 9.2 y 20.3 CE)— se propone trasladar al contenido del ordenamiento cuantas normas jurídicas sirven para proveer a sus necesidades y agotar satisfactoriamente su proyecto. El

éxito de semejante empresa depende, en buena parte, de su capacidad de previsión. El ordenamiento es un *espacio plenamente ocupado* por normas jurídicas construidas a partir de unos *principios informadores* que constituyen el reflejo —claro y perceptible— de una conciencia social persuadida de lo imprescindible de esa organización y noblemente entregada a la tarea de hacer de ella una obra perfecta. Los principios generales del Derecho vienen a ser el *elemento espiritual* que moldea el *elemento material* —representado por el proceso técnico de producción de las normas de Derecho objetivo— para elaborar leyes dignas de cumplir su misión en la zona del ordenamiento jurídico que les corresponde.

Los principios que informan dicho ordenamiento —confiriéndole unos perfiles y un *tono moral* a que el legislador debe ajustarse— se asemejan a la partitura de una composición musical cuyo libreto está por escribir. Así como este texto identifica el sentimiento y aporta un componente descriptivo que multiplica la intensidad de la emoción por medio del conocimiento intelectual, el acceso al mensaje de la ley trasluce, paso a paso, los principios informadores que, sin el mérito de la contribución legislativa, se ocultan en reductos de imposible o muy difícil accesibilidad. Principios que ofrecen localizaciones diferentes. Si el ordenamiento jurídico comulga con *objetivos idealistas* —situando en la *justicia* el fundamento de su razón de ser (art. 1.1 CE)— el primer bloque de principios responde al reto de desarrollar la afirmación central de que *debe tratarse a la humanidad, en sí y en los demás, siempre como un fin y nunca como un medio*, pues, de no ser así, el ejercicio de las libertades deja de redundar en el deseado *efecto último* de promover y asegurar el respeto debido a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Otros principios brotan de una *consigna de transformación* —aceleradora de los cambios sociales (art. 9.2 CE) y activada por la intermediación de poderes de hecho, cuales los partidos políticos y los sindicatos más caracterizados (arts. 6 y 7 CE)— en que resuena el eco de las tentativas de *implementar la revolución desde dentro* y que se concibe en interés de los grupos sociales más indigentes y necesitados de ese progreso protector (cap. 3º, tít. I CE). A éstos se suman los principios que informan de antiguo la *figura del Estado social y democrático de Derecho* en nombre de las tradicionales exigencias de técnica jurídica que le imprimen carácter (art. 9.3 CE). Ha de contarse, en fin, con los principios que *permanentemente fluyen*, porque la frecuencia del análisis y aplicación de las normas positivas incita a descubrir y proponer sus versiones actuales y regeneradoras, como se infiere del examen denso y pausado de su totalidad.

Un sistema normativo constitucional que posibilita todo esto, adquiere una flexibilidad y utilidad notables. Estimula la construcción de cuerpos de doctrina cuyas operaciones tecnicojurídicas de aplicación son más

cómodas, aleccionadoras y eficaces. Impregna con su savia los preceptos que ven enriquecidas su vivacidad y lozanía. El potencial de las normas jurídicas crece a medida que se auxilian de unos principios que, además de otorgarles fisonomía propia y asistir a su nacimiento, favorecen la *técnica de mantenimiento* que, asegurando su conservación, arroja luz sobre su viabilidad y evolución. Son principios a los que se puede ser fiel sin cometer el pecado de incurrir en inmovilismos estériles y cuya estabilidad, lejos de poner freno a un *uso evolutivo* o un *uso divergente* del Derecho, presupone la presencia de las realidades sociales del tiempo y del lugar (art. 3.1 C.c.), convive con ellas y se sirve de su contribución para llevar su misión interpretativa al mejor de los fines.

5. Sujeción constitucional de los poderes públicos

La sujeción de los poderes públicos a la legalidad fundamental (art. 9.1 CE) se justifica porque, de una parte, deben ejercitar sus competencias para obtener los resultados positivos que de su acción de desarrollo y cumplimiento esperan los preceptos y principios constitucionales, y, de otra, tienen que respetarlos con el mayor esmero al realizar las operaciones necesarias para desenvolverlos por vía de legislación y ejecución (arts. 103.1 y 161 a CE). El legislador puede hacer *lecturas preventivas* de la ley fundamental, aun cuando no sea su intérprete más caracterizado (tít. IX CE), para evitar un riesgo —el de engendrar leyes inconstitucionales— que, de omitirse semejante cautela, surge o se agrava considerablemente. Cierto que su acción positiva —destinada a poblar el ordenamiento jurídico con reglas de esa etiología— goza de un amplio margen para ensayar opciones tan elásticas como lo tolera el pluralismo político, valor superior que las avala, pues autoriza la adopción de soluciones divergentes en los textos cuya identidad propia e incompatibilidad ideológica con otros concurrentes designan la *diferencia específica* de un *género* representado por la fidelidad común —que todos comparten— al espíritu constitucional. Ello es consecuente con la acogida del valor superior del *pluralismo político*, que, lejos de representar el pie forzado de un principio restrictivo o reductor, sanciona la legitimidad y fomenta versiones variables, aunque nunca inconstitucionales, para resolver los problemas de interés general que admiten un *tratamiento alternativo*. Conviene que, a cambio del esfuerzo cautelar de interpretación que disminuye el peligro de la inconstitucionalidad de la ley, el legislador ordinario no quede maniatado ni siquiera demasiado urgido por el precedente de las interpretaciones preventivas que origina la asunción de funciones innominadas de *cuasileislador directivo*, yuxtapuestas a las de

legislador negativo que son típicas del órgano de justicia constitucional. El Gobierno ha de poner el mismo celo en impedir que sus disposiciones reglamentarias violen el principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 CE y 6 LOPJ) y evitar que el ejercicio inconstitucional de dicha potestad le exponga a la anulación de sus disposiciones (arts. 106.1 CE y 1.1 LRJCA). Ahora bien, es en lo judicial donde la tendencia expansiva del sistema normativo constitucional se manifiesta más atractivamente.

Allí donde el control de la constitucionalidad de las leyes no incumbe a los jueces ordinarios ni se atribuye a órganos predeterminados de composición mixta o naturaleza especial, los sistemas de justicia constitucional tutelan el acervo de la legalidad fundamental mediante la acción depuradora o *tratamiento quirúrgico de extirpación* que es propio de los mecanismos de la *legislación negativa* (art. 161.1 a CE). A la acción peculiar de la *legislación positiva* corresponde introducir en el ordenamiento jurídico —con el fin de asegurar su plenitud y reducir a la medida justa el juego de las fuentes secundarias del Derecho objetivo (art. 1.1 y 2 C.c)— las leyes que, elaboradas conforme a los principios y/o preceptos constitucionales, debe esmerarse en respetar. Lo peculiar de la *legislación negativa*, que identifica la competencia y actuación de los órganos de la justicia constitucional, consiste en expulsar de aquél —para purgarle de una composición viciada o defectuosa— las leyes que el Parlamento ha podido dictar en daño de esos principios y/o preceptos. La iniciativa de los órganos de la justicia constitucional —cuyo decisionismo es inmune a controles externos que frenen sus hipotéticas extralimitaciones— explica cómo, a veces, se adjudican funciones que, en virtud de sucesivos actos de imperio, van gradualmente más lejos de lo que el estricto papel de legislador negativo permite. Falta —quizá ante la optimista y precipitada previsión, desautorizada por los acontecimientos, de que, en este punto, nunca se van a dar los excesos o colisiones más espectaculares o temibles— un desarrollo legislativo de las cláusulas que confieren al jefe del Estado *poderes arbitrales* para dirimir los conflictos, atípicos a veces, surgidos entre los poderes públicos o, al menos, para moderar y/o normalizar sus tensiones perturbadoras o excesivas (art. 56.1 CE).

6. Fenomenología de las acciones de la justicia constitucional

Cabe que la justicia constitucional no se limite a actuar sobre la legalidad fundamental cuya protección se le confía, siquiera no exclusivamente, y que, traspasando el confín que la separa de la legalidad ordinaria, se inmiscuya en la aplicación que hacen de ésta los órganos de los

distintos órdenes jurisdiccionales (art. 117.1 CE). Sería un ejercicio interesante y aleccionador recorrer la *vía decisoria* de un sistema concreto de justicia constitucional, seleccionar lo múltiple de sus experiencias jurídicas y apreciar si, como línea de fuerza de su actitud metodológica, observa escrupulosamente dicha distinción o invade esferas a las que en Derecho no tiene acceso crítico ni decisorio. Hay juicios de constitucionalidad que, aunque primordialmente dirigidos a corregir los efectos de la vulneración de ciertos derechos protegidos con especial intensidad (arts. 53.2 y 161.1 b CE), sirven de paso —acudiendo a una técnica implícita, oriunda del Derecho Penal, de *concurso aparente de normas constitucionales*— para controlar, con frecuentes incursiones en un campo que no es el suyo propio, la aplicación del Derecho subconstitucional por los jueces ordinarios, con ocasión de entenderse infringidos derechos como la igualdad y la efectiva tutela judicial (arts. 14 y 24.1 CE). Cabe también que, excediéndose en sus cometidos, la justicia constitucional ocupe el campo de operaciones del legislador positivo y en vez de limitarse a anular o declarar derogadas las leyes inconstitucionales —como conviene respectivamente a los *pronunciamientos constitutivos de inconstitucionalidad originaria* y a los *declarativos de inconstitucionalidad sobrevenida*— se dedique a llenar los vacíos que, por definición, no se deben a la acción normativa creadora —corregible por medio de la legislación negativa— y sí a la inacción peculiar de la *inconstitucionalidad por omisión* o demora del órgano legislativo. Puede ocurrir también que, con motivo del examen de un vicio de inconstitucionalidad, la justicia constitucional no desdeñe la oportunidad de cursar —más allá de lo autorizado y exigido por la identidad y las circunstancias del caso enjuiciado— recomendaciones o consejos prudentes sobre futuras interpretaciones del texto constitucional, que transmite al legislador ordinario para que no haga caso omiso de sus advertencias. Esta *técnica de persuasión* o anticipo permite acceder a soluciones legislativas no contradictorias de las fórmulas de ortodoxia constitucional, que así se avanzan, y evita los riesgos de una legislación indeseable. Produce una inquietante impresión de *confusión de poderes* —al invadir el ejercicio de la potestad legislativa (art. 66.2 CE)— y socava las bases del dogma de soberanía parlamentaria (art. CE). ¿Es el legislador, en cuanto poder público, titular de un derecho fundamental a la regulación de las materias comprensivas del *contenido esencial* o *núcleo invulnerable* de los derechos y libertades constitucionales que ha de desarrollar? También se merma la fecundidad de las iniciativas que ha de tomar la acción legislativa (arts. 87 a 91 CE), y se sojuzgan la variedad imaginativa y las esperanzas de cambio puestas en la fertilidad de los valores superiores de un ordenamiento jurídico que descubre en el pluralismo político —fuente y razón de ser de esa diversi-

dad— uno de sus más novedosos incentivos (art. 1.1 CE). Se puede erigir en todo un *estado de opinión* la idea —fruto de esa experiencia— de que la justicia constitucional recela de la creatividad del legislador ordinario y, para que no caiga en la tentación de apartarse de la *senda constitucional*, persigue que el parecer legislativo discurra por vías coincidentes con las que tales decisiones prejuzgan y quieren imponer. No es fácil diferenciar esa invasión —que no comulga con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE)— de los discursos que, en ejercicio legítimo de los poderes constitucionales de interpretación, definen o enriquecen el contenido esencial de los derechos cuya disección condiciona el desenlace de las operaciones previas a la emisión del *juicio de constitucionalidad* (arts. 53.1 y 16 CE). Distinto es el caso de que la justicia constitucional cumpla las *consignas de transformación* —que, como poder público, le corresponden (art. 9.2)— consistentes en recordar al legislador su deber de no demorar el desarrollo constitucional y en subrayar las dificultades que sus retrasos originan, denunciando la falta de sujeción a esta parte del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) que resulta de esa dilación. Es claro el perjuicio que ello irroga a la causa de la *plenitud* de dicho ordenamiento y al funcionamiento satisfactorio del sistema de fuentes del Derecho objetivo (pp. 16 y 20 EMTPC.c .y art. 1.1 a 3 C.c).

Lo propio de la expresión del pluralismo político es la amplitud de movilidad y decisión dada al legislador para que, sin irrazonables restricciones ni exceso de ataduras, se conduzca con la creatividad inseparable de la acción de toda política legislativa, cuyas soluciones pueden acoger la variedad de alternativas sanamente admisibles y capaces de insertarse en un marco ideológico que las fomenta y no las anquilosa. Cuando el legislador trata de *serenar a la audiencia* y advierte que *ha seguido las pautas de la justicia constitucional*, puede querer decir dos cosas. Si *secunda el cuerpo de doctrina fijada en un juicio de constitucionalidad* que resuelve problemas conexos con la materia entonces legislada, se somete acertadamente a lo que es un *complemento jurisprudencial* de la ley fundamental y parte integrante de esa franja o nivel del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE). Si, en cambio, dice atenerse a una *postura preventiva de la justicia constitucional*, está abdicando del poder de hacer —él mismo— interpretaciones autónomas que esa predeterminedación no puede prohibirle, porque su cuerpo de doctrina no pertenece al tronco de las afirmaciones centrales o *razones de decidir* que identifican a la jurisprudencia, sino a las *afirmaciones de pasada* —superabundantes para dirimir la cuestión planteada— que recortan la libertad y violentan las oportunidades que tiene el legislador ordinario de elegir una *lectura ortodoxa* a fin de no incurrir en vicios de inconstitucionalidad (art. 161.1 a CE). Ningún pronun-

ciamiento de la justicia constitucional se justifica —fuera de los casos de excepción en que se le asigna un papel cautelar (art. 95.2 CE)— si no precede una *situación de conflicto* definida por la lesión o amenaza inmediata de los derechos o valores cuya defensa le compete.

7. Aplicación de la legalidad fundamental por la jurisdicción ordinaria

Si las actitudes de la justicia constitucional parecen coartar, en ocasiones, la sustantividad de otros poderes del Estado, no es menos cierto que la intervención de los jueces ordinarios juega un papel de primera magnitud al aplicar las normas constitucionales. Ciertamente su misión —con motivo de los litigios promovidos en cualesquiera de los órdenes jurisdiccionales (art. 117.1 CE y 1.1 LOPJ)— es cooperar a que el ordenamiento se halle limpio de componentes inconstitucionales. Solución afín a la que, practicada en el espacio judicial europeo, eleva las cuestiones prejudiciales formuladas por las jurisdicciones nacionales (art. 177 III TR) a factor decisivo de la aplicación e interpretación unificadas de su Derecho fundamental. La formalización de las cuestiones de inconstitucionalidad tiene lo suyo de *prejudicialidad suspensiva*, en cuanto al trámite del proceso afectado por la duda pendiente, y de serie de *actos de instrucción incidental*, en el curso del proceso constitucional incoado por el juez ordinario (art. 163 CE). Es también claro que la legislación común cuenta con el impacto del *hecho constitucional* como fenómeno indispensable para mejorar las condiciones de aplicación del Derecho. Un mimetismo con las soluciones de las ex-dictaduras comunistas —impropio de un sistema de libertades que puede y debe servirse de otras fórmulas para preservar este valor— quiere llegar al punto de situar la *infidelidad constitucional consciente* —¿no se trata, más bien, de la *infidelidad contumaz* semejante al antiguo crimen de herejía y expresiva de la *actitud hostil al sentimiento constitucional*?— en el plano del Derecho judicial disciplinario. El juez ordinario no maneja entonces las normas constitucionales para contribuir a esa tarea de limpieza, sino que acude a ellas porque inmediatamente condicionan la aplicación del Derecho a los pleitos de que está conociendo. También las normas que específicamente regulan la actuación de los jueces y Tribunales operan así y aún afectan a la estructura del sistema de fuentes del Derecho objetivo (art. 5.1 LOPJ). Las normas constitucionales y la doctrina emanada de la justitia constitucional pueden convertirse —no ya por mandato de los intérpretes de la ley fundamental y sí por una opción legislativa que se beneficia de su utilidad— en obligada referencia para cumplir el mandato legal de resolver las cuestiones litigiosas conforme al sistema de fuentes establecido

(art. 1.7 C.c). Pesa en ello el dato de que el legislador subconstitucional no sólo admite que ha dejado incompleto el desarrollo de la legalidad fundamental, privando al juez ordinario del indispensable instrumental, sino que también se convence de que ese esfuerzo supera sus posibilidades de futuro y de que buena parte del mismo debe transferirse —en forma de *aplicación creadora* de los principios y/o preceptos constitucionales— a los órganos de los varios órdenes de la jurisdicción.

¿Cómo ha de conducirse el juez ordinario en razón de los poderes de que goza para aplicar el Derecho objetivo constitucional? Debe acudir, en primer término, a las normas que gozan de eficacia preceptiva directa y abstenerse de hacerlo con las que, a causa de su carácter programático, carecen de efecto vinculante mientras no se desenvuelven por el legislador, aunque no quepa ignorar lo que, llegado el caso, significan como *principios informadores* de todos o algunos de los sectores del ordenamiento jurídico, como *principios generales del Derecho* constitutivos de fuentes terciarias, y como *elementos contextuales de interpretación* y (pp. 7 y 13 EMTPC.c., arts. 1.4 y 3.1 C.c.). Es probable que —supliendo, como se acaba de apuntar, las demoras legislativas irremediables de otro modo— hayan de aplicar las normas programáticas no transformadas en leyes positivas al cabo del tiempo que previsoramente se interpone entre la formulación y el desarrollo del propósito constitucional (arts. 53.1 y 3 CE y 5.1 LOPJ). Su intervención más notable surge cuando, en nombre de la legalidad fundamental, aprecian la eventual inconstitucionalidad de las normas jurídicas aplicables al caso enjuiciado.

El juez ordinario no debe erigirse en un *crítico demolidor* de la constitucionalidad del Derecho que aplica y sí en un razonable valedor, sin asomos de complicidad, de la acción del legislador positivo que ha creado el supuesto en que el problema de constitucionalidad hace acto de presencia. Afirmación que, a primera vista, puede dar la impresión de que, al efectuar dicha aplicación, sólo cuida de seleccionar e interpretar la legalidad ordinaria y omite toda referencia a la esfera constitucional. Significa lo contrario; a saber, que, poniendo la vista en la letra y/o el espíritu de las normas constitucionales, impregna de ellos el Derecho que utiliza y, en virtud de tal animación, procura —combinando el esfuerzo y la naturalidad— su adecuación a la legalidad fundamental. El Derecho privado de las obligaciones hace de la *conversión del negocio jurídico* un principio que rinde homenaje a la autonomía de una voluntad cuya labiosidad no puede ignorarse y cuyos logros no pueden esfumarse sin antes agotar la tentativa de dotarle de una validez que mínimamente retribuya el *capital de libertad* invertido en esos actos. Algo parecido sucede con el Derecho que aplican los órganos de los distintos órdenes de la jurisdicción. Se entiende que el legislador aspira a obtener y procurar solu-

ciones constitucionales y que, si se interpone un defecto que lo impide y frustra el esmero puesto en ello, debe entenderse que ésa no fue su voluntad y darse con el modo de preservar su empeño creador. Los jueces ordinarios —que, además de velar por la pureza constitucional del ordenamiento jurídico, deben salvaguardar su integridad— han de reducir al mínimo las probabilidades de *miedo al vacío* a que da lugar una *denuncia rabinica* o inexorablemente minuciosa de los vicios de inconstitucionalidad. Cuidan de mantener el ordenamiento jurídico íntegro e indemne, y de no aumentar el número o el riesgo de las lagunas de la ley, pues lo recomendable es evitar la expulsión de cuantas normas pueden pervivir gracias a una lectura que las adecúe al espíritu constitucional (art. 5.3 LOPJ). Si cada regla de Derecho objeto de interpretación, puede, sin perjuicio del concurso de los otros criterios hermenéuticos (p. 14 EMTPC.c.), entenderse a la luz de un *contexto propio* que la hace inteligible (art. 3.1 C.c), todas las normas jurídicas y, en especial las que acusan cierta disidencia constitucional, comparten un *contexto común* formado por los principios y preceptos a que ha de acudir para que su mensaje no vulnere —por oposición o contradicción— la legalidad fundamental. Su interpretación debe contar con un discurso apto para demostrar, caso por caso, los inconvenientes de sustituir la norma en cuestión por el resultado de la denuncia de su inconstitucionalidad y para realzar las consecuencias negativas que de ello van a derivarse.

8. Censura judicial directa de la inconstitucionalidad

No siempre es positivo apelar el auxilio interpretativo de los principios y preceptos constitucionales para eludir la tacha de inconstitucionalidad de las leyes que, a primera vista, acusan esta insuficiencia. El juez ordinario no puede convertirse en un *virtuoso de la violencia interpretativa* y poner a salvo, contra viento y marea, la obra de un legislador cuya insensibilidad constitucional le pone en un trance tan comprometido. Si, pese a un esfuerzo diligente de acomodación, tropieza con dificultades que obstan irreversiblemente a la subsistencia de la norma dentro del ordenamiento jurídico, debe emplear los poderes —más o menos directos e intensivos— de que goza para provocar un juicio de constitucionalidad al respecto. Si está facultado para controlar la constitucionalidad de modo directo, le basta inaplicar la norma inconstitucional que, al verse expulsada del ordenamiento jurídico, deja de surtir efectos en el campo subjetivo y objetivo de la cosa juzgada material del proceso afectado por el ensayo de depuración (arts. 1.251 II y 1.252 I C.c). Dicho poder también le asiste para cribar la composición de un ordenamiento anterior que, por imperativos de seguridad jurídica o incompatibilidades ideológicas y/o

culturales, no puede, sin más, pasar a ser parte del que le sucede, y exige un análisis de su capacidad de integración. El juez ordinario declara la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas del viejo ordenamiento jurídico que, a causa de una fricción irreductible con su sistema de valores y fines (DD 3 CE), el nuevo tiene que abolir y dejar sin efecto. La experiencia históricamente conocida se ha dado cuando la estructura constitucional de un *sistema de libertades* sustituye a la de un *régimen autoritario* —no a un puro y duro *establecimiento dictatorial* de corte reaccionario o revolucionario— que perece por la fuerza o a causa de su propia ineptitud para perdurar. Un salto de esta envergadura no tolera la solución —rudimentaria y maniquea— de hacer tabla rasa de todo el sistema anterior del Derecho objetivo, ignorando la *inspiración prudencalista* y lo necesario de ciertas condiciones interpretativas que han de darse para poner en marcha el mecanismo de tácita derogación que entonces se adivina. De reaccionarse así, se desploma la plenitud del ordenamiento jurídico, porque las normas constitutivas de sus fuentes primarias (art. 1.1 a 3 C.c) son desalojadas de su seno y la sociedad —confiada en el éxito de su inmediato futuro democrático— se ve sorprendentemente gobernada por un *ordenamiento de emergencia* —de reconstitución muy laboriosa— nacido de las fuentes secundarias y que, por mucho más tiempo del razonablemente admisible, va a regular las relaciones jurídicas en circunstancias definidoras de un *estado normativo de excepción* que siembra inseguridad y desconcierto.

La sensatez y la prudencia sugieren la conservación y el uso provechoso de las normas del antiguo ordenamiento jurídico que pueden coexistir sin estrépito con las orientaciones y valores del ulterior sistema de libertades. La técnica que lo facilita opta, unas veces, por la solución —abierta y liberalizadora— de presumir que toda la legalidad precedente puede adecuarse, sin mayores dificultades, al nuevo estado de cosas, aunque esta presunción decae si se aduce eficazmente la inconstitucionalidad de la norma puesta en entredicho. Se habla entonces de *inconstitucionalidad sobrevenida*, ya que, si las normas preceden en el tiempo al texto constitucional con el que deben contrastarse, mal se pueden plegar a los nuevos principios y preceptos traídos a capítulo para medir su capacidad de adaptación a un Derecho inédito, con el que pueden convivir o entrar en colisión. Cabe que esa presunción se estime demasiado indulgente y que, para combatir el peligro de la permisividad y reforzar sus garantías, el juez ordinario haya de sopesar, caso por caso, los ajustes del Derecho anterior a las nuevas condiciones de la carta política, declarando si la norma se entiende derogada o si, al contrario, sirve a los fines del nuevo ordenamiento y éste puede adoptarla sin ser infiel a sus esencias. La posibilidad de declarar derogadas las disposiciones de cualquier ran-

go que —procedentes del extinto ordenamiento— se opongan a las pautas constitucionales del nuevo (DD 3 CE), es un aspecto más del *proceso de acondicionamiento* en que los jueces ordinarios corrigen los desequilibrios iniciales de un acervo de normas jurídicas —por cuya integridad constitucional velan en concepto de cooperadores— a medida que se hacen cargo de unas anomalías perceptibles con motivo del episodio conflictivo que las localiza. Estos juicios de constitucionalidad limitan sus efectos al proceso en que se formulan y, sin anular la norma inconstitucional, la consideran inútil y abolida desde el punto y hora en que el choque de ambos ordenamientos da lugar al *impacto derogatorio* de la ley fundamental sobre cuantas disposiciones muestran con ella una incompatibilidad insoluble. Las normas viciadas de inconstitucionalidad sobrevenida se inaplican porque la resolución judicial que aprecia ese defecto las declara tales desde el comienzo —tiempo atrás— de la vigencia del nuevo ordenamiento constitucional y, puesto que sólo a partir de entonces prima la norma derogante, la afectada por ella sigue operando hasta el momento de emitirse el juicio negativo de constitucionalidad. Lo cual no deja de plantear problemas sobre la suerte de las situaciones jurídicas regidas por la norma que se entiende abolida y consolidadas —con arreglo a ella— durante el tiempo que transcurre entre la oposición o colisión inconstitucional y la comprobación judicial de dicho dato. La imposibilidad jurídica de que así sea no se ve contrariada hasta esa verificación. Ello se debe a la naturaleza meramente declarativa del pronunciamiento que, sin constituir una nueva situación, define e individualiza una o varias de las que antes se mostraban desdibujadas y confusas.

Una cosa es el momento en que *el efecto jurídico se dice producido* y otra aquél en que, al ocurrir tal consecuencia, *el juez ordinario se cerciora de que preexistía* —pues, al fin, se hace la luz sobre la confusión sobre ese punto— y afirma solemnemente que las cosas han ocurrido así. Ambos momentos pueden ser entre sí cercanos o, a causa de las dificultades de comprobación o de la tardanza en el planteamiento del problema, más o menos distantes. La declaración judicial no es la causa eficiente de la nueva situación normativa que ocupa el lugar de la anterior o del vacío que se ha dado, sino tan sólo la reveladora de cómo el automatismo de las normas jurídicas provoca un cambio que, si bien imperceptible y oculto en un principio, se comprueba cuando, a raíz del planteamiento de un conflicto de intereses, surge el problema cuyo análisis requiere despejar dichos interrogantes. La realidad jurídica existe tiempo atrás, pero es ineludible que —con detrimento de la seguridad jurídica que se expone a tal incertidumbre y no puede evitar las demoras que la petrifican o prolongan— transcurra algún tiempo antes de conseguirse ese diagnóstico. No se trata de innovar algo que es fruto de la acción creadora

de la jurisdicción, sino de descubrir una realidad preconstituida y extrañada hasta que hay oportunidad de contrastarla y proceder a su rescate. De ahí la importancia de las *acciones de mera declaración* que, cada vez con más frecuencia, protegen la legitimidad del interés en dilucidar muchos problemas que, de lo contrario, permanecen indefinidamente inhumados, privados del tratamiento crítico que exigen y expuestos a soluciones ambiguas y contradictorias.

9. Censura judicial mediata de la inconstitucionalidad

Si las operaciones de censura de la constitucionalidad de las leyes corresponden a un órgano expresamente destinado a administrar la justicia constitucional (tít. IX CE), son varias las reflexiones sugeridas por las iniciativas y poderes del juez ordinario en punto a su funcionamiento.

Si ese juez no es competente para suspender la aplicación de la legalidad ordinaria postconstitucional, contradictoria de los principios y/o preceptos fundamentales que han de respetarse, su margen de movilidad es el propio de la consulta que puede promover tras un incidente de instrucción cuyo desenlace, como en los casos de inconstitucionalidad sobrevenida, le convence de que, pese a un esfuerzo de interpretación cuerdo y no descabellado, es designio jurídicamente inviable el de adecuar a la letra y/o el espíritu constitucionales la norma con rango de ley que se analiza. Tal consulta plantea, desde su perspectiva jurisdiccional, una *cuestión prejudicial suspensiva* que ha de dilucidarse para satisfacer el derecho de los litigantes a una respuesta consecuente con el ejercicio de sus facultades de acción y de excepción. Desde la óptica de la justicia constitucional, supone un *acto de colaboración* dirigido a eliminar una contractura que, a causa de la contradicción surgida dentro del ordenamiento jurídico, crea un estado de tensión cuyas expresiones perturbadoras y viciadas deben eliminarse sin tardanza. La operación ofrece analogías y diferencias con la provocación de interpretaciones unificadoras que los jueces nacionales —aplicadores inmediatos de un ordenamiento supranacional caracterizado por la *primacía* de su Derecho objetivo sobre el Derecho del Estado y por el *efecto directo* de algunas de sus normas— pueden ensayar, absteniéndose de formular —a diferencia de cuando se opera con la legalidad fundamental interior— *reglas de interpretación nacionalizadas*. Estas son insuficientes para fijar el alcance de preceptos cuya interpretación debe venir, so pena de escisión de su unidad, de un órgano judicial dotado de una esfera de competencia territorial que coincida con el ámbito geográfico de eficacia y obligatoriedad de la norma que se pretende esclarecer (art. 177 III TR).

A semejanza de los otros casos de inconstitucionalidad sobrevenida, el juez ordinario ejercita un poder del control propio y cuasipleno sobre las hipótesis de inconstitucionalidad originaria de las disposiciones de rango inferior a la ley, ante la posibilidad general de inaplicarlas —acudiendo al principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 CE y 7 LOPJ)— o de su anulación a cargo de la jurisdicción competente (arts. 106.1 CE, 1 y 35.1 LRJCA y 5.3 LOPJ).

Al control decisivo y directo del juez ordinario se sustraen también los *casos híbridos* de normas legales que, en cuanto postconstitucionales, gozan de la presunción de constitucionalidad originaria debida a la conformidad de la voluntad del legislador con la ley fundamental, pero que, con el tiempo, llegan a contradecirla y, a causa de esta anomalía, incurren en una *peculiar inconstitucionalidad sobrevenida*. Dicha modalidad no surge al apreciar cómo una norma preconstitucional se opone a la legalidad fundamental en virtud de un análisis técnicojurídico que muestra desde ya su incompatibilidad y obliga a tomarla en consideración. Tras una regularidad pacífica de origen —reveladora de cómo la voluntad del legislador no viola inicialmente los principios y/o preceptos en cuestión— la comprobación estadística de sus episodios de aplicación arroja un saldo contradictorio del mensaje constitucional. La calificación de inconstitucionalidad que procede, no resulta de un cotejo apriorístico de los textos, medida inhábil, por sí sola, para cerciorarse anticipadamente de un defecto cuya fenomenología desencadenante está por conocer, al no haberse incoado aún el proceso de su causalidad eficiente. Dimana de ulteriores acaecimientos que, a la luz de las circunstancias en que se aplica, desmienten y desacreditan su pretendida etiqueta de constitucionalidad y provocan el estado de cosas inconstitucional a que esa interferencia da lugar.

10. Actitudes judiciales conexas con el juicio de constitucionalidad

La expulsión del contenido normativo de una disposición con rango de ley o su inaplicación entre partes, según se trate de una u otra especie de inconstitucionalidad, conduce a la diversidad de situaciones en que el juez ordinario se encuentra para resolver el litigio según el sistema de fuentes establecido y conforme a las reglas de aplicación de las normas jurídicas (art. 9.3 CE, caps. 1.º y 2.º TPC.c.). Si la norma jurídica o la parte de ella declarada inconstitucional es una pieza superabundante de un sector del ordenamiento jurídico, la comprobación de su inconstitucionalidad no produce un vacío, sino que restituye a una parcela del Derecho objetivo la normalidad consiguiente a la desaparición de esa excrecencia. Si la norma disciplina, en cambio, toda la vida y las vicisitudes

de una institución que, a causa de la declaración de inconstitucionalidad, queda huera de regulación, el juez ordinario —que no puede rehusar su respuesta, so pretexto del forzoso enmudecimiento de la ley, y que incurre en responsabilidad si la deniega— debe apelar a la costumbre y los principios generales del Derecho que completan la cobertura de un ordenamiento jurídico cuya plenitud cierra cualquier posibilidad de que las llamadas *lagunas del Derecho* entorpezcan el éxito de la operación.

Si la declaración de inconstitucionalidad no priva a una institución de toda su regulación legal, aunque sí la mutila, el juez ordinario —que no puede dejar de decidir pretextando la insuficiencia de la ley y que, como en el caso anterior, incurre en responsabilidad si rehúsa fallar— debe colmar la laguna legal que se produce, usando de los medios de integración procurados por la analogía o el Derecho supletorio (pp. 15 a 17 EMTPC.c. y art. 4.1 y 3 C.c.). Si la declaración de inconstitucionalidad convierte la norma —subsistente en la parte no afectada por tal pronunciamiento— en un precepto oscuro o menos comprensible, o transmite a otras normas una dosis mayor o menor de ininteligibilidad, el juez ordinario —que tampoco puede denegar su respuesta ante la oscuridad de una ley que le priva de facilidades al efecto— debe emprender las operaciones interpretativas necesarias para disipar ese reparo y exhumar la voluntad de las normas jurídicas cuya satisfactoria aplicación es imposible sin dar antes con el más reciente de sus significados (p. 14 EMTPC.c. y art. 3.1 C.c.). La misma reflexión procede, guardadas las distancias, cuando la oposición o contradicción con el texto constitucional no nace de contrastar con sus principios y preceptos el mensaje exhaustivo de la norma en cuestión, sino sólo ciertas de sus interpretaciones, exceptuadas las cuales, las demás se ajustan a la legalidad fundamental.

También puede ocurrir que peque de inconstitucional la interpretación que la jurisprudencia ordinaria hace de una norma con rango de ley cuya contradicción con la legalidad fundamental no se advierte hasta el momento de dicha reformulación (arts. 191.1 *a* y 3.1 C.c. y 1.4 C.c.). La *ley supuestamente enriquecida* es la norma jurídica resultante de la actualización debida a esa *acción complementaria* que, en realidad, la vicia y de cuya eventual inconstitucionalidad se predicen cuantas consideraciones acaban de hacerse.

Cabe que la justicia constitucional construya algunas de sus decisiones a partir de criterios políticos y sindicales que, a falta de una interdicción de pertenencia de sus intérpretes a partidos políticos o sindicatos (art. 159.4 CE), puede adoptar lícitamente. Su *independencia* —como inmunidad de las personas físicas que la ejercen a cualesquiera coerciones que afecten a sus libertades psicológicas de discernimiento y volición— es compatible entonces con una inspiración y consignas doctrinales que su condición de afiliados a

aquéllos incluye (arts. 6 y 7 CE). Las interpretaciones de tinte sindical o político —admisibles según el art. 159.4 CE— de una norma constitucional, vinculante para los jueces ordinarios (art. 5.1 LOPJ), pueden disentir aparatosamente de los criterios y soluciones exigidos por su sometimiento al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Se pregunta si, llegado el caso, deben reaccionar —y cómo han de hacerlo— frente a las orientaciones hipotéticas con que la justicia constitucional —animada por dependencias políticas o sindicales— puede afectar a la aplicación que, al margen de esa servidumbre extrajurídica, no requiere más auxilios que los habituales de la interpretación en función del juego de los diversos elementos concurrentes, y de su integración (pp. 13 y 15 EMTPC.c.). El sometimiento exclusivo al imperio de la ley y la toma en consideración de esas opciones hermenéuticas de la justicia constitucional causan fricciones e incompatibilidades que deben reducirse. ¿Cabe hablar de un *derecho constitucional de resistencia* del juez ordinario frente a ciertas iniciativas de la justicia constitucional? Cuando el juez ordinario emprende operaciones de aplicación de la legalidad fundamental, utiliza un método extractivo de principios constitucionales que se destilan a partir de las resoluciones de aquélla. Quizá deba tener en cuenta, para el buen fin de esta operación, que el sistema recomendable no es el empleado al examinar la jurisprudencia ordinaria, pues aquellos principios no exigen una concreción reiterada y basta enunciarlos en una sola circunstancia significativa o eminente, se pueden formular a través de afirmaciones de pasada y no necesariamente de argumentos centrales, provienen incluso de resoluciones interlocutorias y no sólo de sentencias definitivas, y se localizan en cualquier tipo de proceso que requiere un juicio de constitucionalidad (art. 5.1 LOPJ).

La adecuación interpretativa que el juez ordinario realiza para evitar la acción censora directa de la justicia constitucional sobre la norma cuya constitucionalidad puede objetarse, reviste una complejidad variable. Cabe intentarla por medio de una interpretación —muchas veces autónoma y original— de la legalidad fundamental, a fin de que la disposición legal cuestionada deje de ofrecer, según los casos, la oposición o contradicción que procede salvar. Es posible que —sin necesidad de interpretar, por comprensible, la norma constitucional— haya de aclararse, según ese contexto y/u otros criterios convergentes, la norma ordinaria y, gracias a ello, conseguirse el conveniente ajuste.

El juez ordinario debe garantizar el derecho de las partes a un sistema de recursos que —aun cuando no se halla constitucionalizado y es fruto de una iniciativa razonable del legislador— conserva la presunción de constitucionalidad y pertenece al contenido esencial o núcleo invulnerable de un derecho fundamental que no puede sufrir demérito por la acción de la justicia constitucional (art. 24.2 CE). El problema no surge en el caso de actuarse como legislador negativo, pues la mecánica procesal

del juicio de inconstitucionalidad provoca una prejudicialidad suspensiva que respeta la integridad de las actuaciones del proceso ordinario y, cualquiera que sea el grado jurisdiccional en que ello ocurra, deja indemne el juego del mecanismo de recursos. Distinto es el caso de que, en virtud de una *cuasicasación constitucional*, se anula la decisión de un juez ordinario dictada en vía de recurso (arts. 53.2, 161.1 CE). La justicia constitucional no puede ir más lejos de lo que entonces autoriza su potestad de anulación, ni incurrir en excesos que adolecen de un defecto doble. Se invade la competencia del juez ordinario y se produce un razonamiento, expreso o tácito, conducente a un *fallo* que predetermina contenidos peculiares de la sentencia que, en sustitución de la anulada, debe dictarse en el grado jurisdiccional propio del recurso ordinario de origen. Otro es el detrimento que se da al prescindirse de una garantía fundamental —cuya privación no está justificada por causa alguna de utilidad pública e interés social (art. 33.3 CE)— y desconocerse el derecho de las partes a la *integridad de un sistema de recursos jurisdiccionales* (art. 24.2 CE) sobre el que la justicia constitucional no puede ejercitar, tan sólo en nombre de sí misma, una inédita *prerrogativa de confiscación*.

Abreviaturas y siglas

art.	artículo
cap.	capítulo
C.c.	Código Civil español de 24.7.(8)89
CE	Constitución española de 27.12.78
DD	Disposición Derogatoria
DT	Disposición Transitoria
dec.	decisión
EMTPC.c.	Exposición de Motivos de la L. 31.5.74, de reforma del Título Preliminar del Código Civil
GS	Constitución conciliar <i>Gaudium et spes</i>
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.7.85
LRJCA	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27.12.56
LRP	Ley de Reforma Política de 4.1.77
p	parágrafo
Pr. CE	Preámbulo de la Constitución española
tít.	título
TPC.c.	Título Preliminar del Código Civil (L. 31.5.74)
TR	Tratado de Roma (25.3.57), modificado por el Tratado de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea de 7.2.92
VS	Encíclica <i>Veritatis Splendor</i> (6.8.93)