

1. **Introducción**
2. **El Tribunal Constitucional desde la Filosofía del Derecho: la visión Kelseniana.**
 - 2.1. **El Tribunal Constitucional como legislador negativo**
3. **Marco jurídico: regulación del Tribunal Constitucional en España**
 - 3.1. **El Tribunal Constitucional en la Constitución**
 - 3.2. **El Tribunal Constitucional Español en la LOTC**
4. **Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre**
5. **Conclusiones**

Bibliografía

2. El Tribunal Constitucional desde la Filosofía del Derecho: la visión Kelseniana.

Como es conocido, el modelo de justicia constitucional que ha sido construido en Europa parte de la visión de Hans Kelsen del Tribunal Constitucional. Por ello, se considera uno de los principales estudiosos y filósofos de la naturaleza de lo que él entiende que debe ser el “guardián de la constitución”. Tal es así que, el profesor austriaco desempeñó un papel clave en la elaboración de la Constitución Federal de 1º de octubre de 1920 que, precisamente, creaba el primer Tribunal Constitucional propiamente dicho: el *Verfassungsgerichtshof (VfGH)* austriaco. A grandes rasgos, la operativa de este tribunal debía aislada del resto con la finalidad de resolver conflictos jurídico-constitucionales imparcialmente. Para ello, su misión consistía en analizar de manera abstracta dos normas legales, determinando su coherencia o contradicción mediante procesos lógico-silogísticos simples. De tal manera, Kelsen estaba rechazando el extremo subjetivismo presente en algunas teorías legales de la época, como la Escuela Libre del Derecho (*Freirechtsbewegung*) y la idea de una comunidad unificada (*Volksgemeinschaft*). En definitiva, Kelsen abogaba por recuperar la objetividad y la racionalidad que habían sido descuidadas en gran parte de los ámbitos legales y judiciales de la Alemania de Weimar (Segado, 2000).

Para entender cómo llega Kelsen a proponer la necesidad de dicho organismo, recordemos la figura geométrica de la pirámide que caracteriza nítidamente el sistema lógico y puro que propone Kelsen. En dicha pirámide, se observa el imperio de la jerarquía normativa, donde la construcción piramidal como conjunto de normas, se desvanece si los pilares inferiores son contrarios a la norma superior que le precede. Del mencionado jurista en su obra *Teoría Pura del Derecho* leemos:

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma *fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad*. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden. (1931, p.135)

Partiendo de esta concepción del ordenamiento jurídico resultaba razonable emprender la búsqueda de un organismo necesario que vele por el imperio de dicha norma suprema, en aras de garantizar la seguridad jurídica dentro del resto del ordenamiento. La idea principal sobre la que gravita la creación de un Tribunal Constitucional en Kelsen es, por tanto, contar con un garante de la supremacía de la constitución dentro del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de grandes polémicas como la que mantuvo con Schmitt sobre quién debería ser ese garante, se estudiará cuáles son las principales claves que llevan a Kelsen a considerar el Tribunal Constitucional como la solución más adecuada a derecho. La frase anterior nos da luz sobre cual fue el proceso lógico a seguir por el autor referido; mientras que Schmitt planteaba el foco en lo político, Kelsen lo planteará sobre el derecho positivo buscando una suerte de “justicia constitucional”.

Al contrario que Schmitt, Kelsen repudiaba la idea del estado total, que lleva a trasladar al poder ejecutivo el control constitucional de la norma. En dicho supuesto, el jurista vienés criticó la propuesta de Schmitt ya que no confiaba en el carácter ético-neutro que este último atribuía al presidente de la república como representante de los intereses generales. Desde el punto de vista Kelseniano, la teoría de Schmitt representa un intento de revivir la antigua doctrina del constitucionalismo monárquico propuesto por Benjamin Constant, que pretender otorgar al soberano un poder neutro (*pouvoir neutre*¹). El detractor de las ideas de Schmitt argumentaba que dicho concepto de “poder neutro” es una ficción, ya que un monarca nunca es verdaderamente pasivo, y mucho menos lo sería, en su caso, el presidente del Reich alemán quien es elegido “bajo la presión de los partidos políticos” y ejecuta funciones políticas significativas (Herrera, 1994). En consecuencia, según la visión kelseniana, la realidad impide que exista una verdadera independencia en el poder ejecutivo para asumir el rol tan importante como es la defensa Constitucional. Al hilo de estas manifestaciones de Carl Schmitt, el autor de la *Teoría Pura del Derecho* consideró tal y como expone Carlos Miguel Herrera que, “el razonamiento schmittiano tiene un concepto de Constitución que no es jurídico-positivo, es decir, no consiste en una norma que regula el procedimiento legislativo y sus órganos, sino un ideal de derecho natural” (1994, p.220).

Como se introdujo anteriormente en el trabajo, Kelsen se inclinará por una solución jurídico-positiva huyendo del *ius* naturalismo que a su modo de ver colocaba la defensa de la Constitución en una situación de vulnerabilidad. Por ello, propuso la creación de un control jurisdiccional concentrado que, sin depender de elementos exteriores, tuviera en su poder la anulación en base a la inconstitucionalidad de las leyes. (Jiménez, 2009). Tras esta breve concepción genérica, se analiza en el siguiente apartado una idea clave del pensamiento de Kelsen en relación con el Tribunal Constitucional. Precisamente, nos referimos a la peculiar idea de enmarcar la actuación de dicho tribunal como un *negativ Gebetzer* (legislador negativo) lo cual, como veremos más adelante

¹ En palabras de Suanzes-Carpegna, estudioso del mencionado Benjamin Constant: “El Ministerio o Gobierno debía ejercer el poder ejecutivo o ministerial, y, por lo tanto, un poder activo, mientras que el Rey, como jefe del Estado, debía ser un *órgano que se limitara a ejercer, no un poder pasivo, lo que sería una contradicción en los términos, pero sí un poder neutro*, cuyas atribuciones consistiesen, por tanto, más en un derecho de impedir que en un derecho de hacer.” (Suanzes-Carpegna, 1991)

parece llegar a desafiar la imperante teoría de Montesquieu acerca de la separación funcional de los poderes públicos.

2.1. La naturaleza del Tribunal Constitucional como legislador negativo

Esta concepción particular se enmarca a la perfección dentro del pensamiento Kelseniano, pues considera que la anulación de la ley como consecuencia de su incompatibilidad con la norma constitucional no puede únicamente implicar su inaplicación al caso concreto como sucede en la *judicial review of legislation* estadounidense. Sino que debe consistir en la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico con carácter general. En definitiva, los efectos *erga omnes* intrínsecos a la promulgación de una ley, pasan a integrarse dentro de los efectos de la anulación de la norma, revistiendo consecuentemente al tribunal constitucional de un propio poder legislativo. En palabras de Kelsen “anular una ley es dictar una norma general”.

Asistimos, por tanto, a una comparación del poder legislativo con el poder judicial de revisión constitucional de la norma. Desde la perspectiva de Kelsen, debe regir una relación de colaboración entre estos órganos de poder para conservar la seguridad jurídica del sistema normativo. Aunque en primera instancia pueda parecer contradictorio, la intención de Kelsen era evitar un “gobierno de los jueces”; gobierno que, siguiendo la lógica kelseniana, bajo el *judicial review of legislation* norteamericano sería inevitable. Así pues, la importancia otorgada a la función de defensa de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional sirve de justificación para que este se exceda de la “atribución jurisdiccional” y evada así su papel político en aras de la intangibilidad de la norma fundamental.

Dentro del sistema Kelseniano, dicha función de anulación es fundamental para a la imperatividad de la norma constitucional. Como se lee en su obra *La garantía jurisdiccional de la constitución* en la edición de 1988:

Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales, no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Aunque en general, no se tenga conciencia de ello —porque una teoría jurídica dominada por la política no permite tomar conciencia— una *Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos* —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— *equivale* más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a *un deseo sin fuerza obligatoria*. (p.48)

En definitiva, en aras de crear un sistema cerrado de normas, debía erigirse en dicho sistema la figura de un organismo que tuviera la potestad de anular esas normas y así hacer efectivamente obligatoria la Constitución. En relación con este punto, distingue Kelsen también de la facultad de anular (legislar negativamente), que está contenida dentro de la propia Constitución, respecto de la creación positiva de la ley realizada por el poder legislativo en el libre ejercicio de su potestad. Esta última potestad, se encuentra a su vez limitada por la constitución respecto del procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar según el anterior escrito

citado del jurista vienés. Al realizar esta clasificación, el autor parece desechar tácitamente la idea de que los tribunales puedan, por sí solos crear derecho; lo que sería *a sensu contrario* legislar positivamente.

Cabría preguntarnos, ¿quién sería el garante de que ese nuevo derecho creado por el controlador de la Constitución no atenta contra la norma fundamental?, siguiendo la línea lógico-positivista de Kelsen esto supondría una completa quiebra del sistema jurídico por falta de un mecanismo de control que guíe toda la producción jurídica dentro del ordenamiento. Más aún, recordemos que Kelsen atribuía como potestad única el control jurisdiccional de las leyes, que nada tiene que ver con la creación de un derecho que no ha sido positivizado en la propia norma cuya constitucionalidad se valora. Una vez definido el poder de control ejercido por el tribunal constitucional sobre la ley promulgada, cabría preguntarnos si dicho control es contrario a la democracia. Tal debate se plantea en el artículo de Troper:

La cuestión se planteó especialmente en Francia, donde se rechazó durante mucho tiempo ese control en nombre de la democracia, pero también surgió en otros países, e incluso en Estados Unidos. En efecto, *puesto que en las democracias representativas la ley es la expresión de la voluntad general, cualquier control que se ejerza sobre la ley puede aparecer como un control sobre la voluntad general*, es decir sobre la voluntad del pueblo que, de este modo, ya no sería soberano. (1995, p.320)

Kelsen ante esta realidad y como defensor de la democracia debía responder que, como mínimo, dicho control constitucional era compatible con la democracia y, es más, que era necesario para el funcionamiento del referido sistema de gobierno. Para argumentar su punto de vista, Kelsen siguió un proceso negativo, esto es, fue eliminando las principales objeciones que podrían realizarse desde determinadas doctrinas. En primer lugar, debía rebatir la idea de la *soberanía* del Parlamento. Ante dicho argumento, el jurista vienés respondía que, el Parlamento recibe su competencia de la Constitución y, en consecuencia, debía estar sometido a su control al igual que lo están los tribunales al imperio de la ley. La segunda objeción planteada al ideario del jurista vienés ha podido intuirse en párrafos anteriores y es la referida a la separación de poderes. En este punto, me detendré más que en el anterior ya que la contestación de Kelsen no deja de sorprender.

La respuesta a la crítica sobre la cuestión democrática para esta segunda objeción es que el Tribunal Constitucional no forma parte realmente poder judicial, que ni siquiera se trata de un elemento de dicho poder. Esta afirmación contrasta con el hecho de que hablemos de un control jurisdiccional de la constitución. Se deduce, por tanto, que Kelsen trataba de resaltar la independencia del tribunal para que se ejerciera un control sano en aras de velar por la norma suprema del ordenamiento jurídico. Para dar mayor claridad al argumento del jurista, leemos en su obra *La garantía jurisdiccional de la Constitución*:

Este tipo de argumentación se revela muy problemática si consideramos que el órgano al cual queda confiada la anulación de las leyes inconstitucionales no

ejerce verdaderamente una función jurisdiccional, aunque, *en virtud de la independencia de sus miembros*, se organice como un Tribunal (1988, p.224-225)

En suma, Kelsen estaba encuadrando al Tribunal como una extensión del legislador. En su opinión, no debíamos centrarnos en el nombre de Tribunal ni en su procedimiento sino tratar de buscar una definición material del órgano basado en el alcance derivado del ejercicio de su función. Como ya se trató anteriormente en este trabajo, entendiendo la anulación de la ley como la producción de una norma general por el alcance de sus efectos. Siguiendo el razonamiento lógico expuesto, estaríamos ante un órgano perteneciente a una rama del poder legislativo. En suma, el Tribunal se constituye como un sistema de contrapeso a la producción normativa del poder legislativo, sin ser parte del judicial y, por lo tanto, incurrir en una falta de separación de poderes. Este argumento, no resulta satisfactorio porque entendiendo la democracia como un sistema de autonomía, todo poder legislativo debe estar sometido a la elección popular. En tanto en cuanto, el Tribunal Constitucional no fuera representativo de la mayoría, se estaría ante una corrupción del sistema democrático. Así lo leemos en el artículo de Michael Troper (1995) “En una democracia (definida por Kelsen como un sistema de autonomía), la *función legislativa debe ser ejercida por las personas elegidas*, es decir por el Parlamento, y no por los jueces.” (p.322). Dicho esto, la elección y en cierta medida, politización del guardián de la constitución supondría una quiebra de la imparcialidad en su composición, lo que atentaría gravemente contra la neutralidad exigida en un órgano tan relevante para el sistema jurídico establecido en la filosofía Kelseniana.

El argumento del jurista vienés que más relevancia tiene a la hora de defender la legitimidad de lo que, a su juicio, debía de ser el garante de la constitución, es la defensa de su rol como *legislador negativo* únicamente. Dado que ya ha quedado explicado en qué consiste la asunción de dicho papel por el órgano defensor de la constitución, es conveniente pasar al estudio de su encuadre dentro del sistema democrático. Primeramente, señalar que existe una profunda diferencia en la facultad de disponer y la facultad de impedir siendo estas comparables a legislar de forma positiva y negativa respectivamente. La distinción de dichas facultades corresponde a la teoría de Montesquieu², tiene que ver con el sistema de pesos y contrapesos que se está tratando de fundamentar en este párrafo. Podemos extraer del artículo de Carmona que:

La implementación de la teoría del equilibrio del poder y del sistema de pesos y contrapesos históricamente no ha reñido con el hecho de que, en ciertas ocasiones, *una rama del poder pueda asumir funciones de otra*, como cuando la legislativa hace juicios políticos o la ejecutiva asume función legislativa-reglamentaria, en el caso de los decretos-leyes, o la rama judicial asuma funciones administrativas o de control de las normas. Pero todo ello ha de estar *dentro del marco de la Constitución y la ley, y con miras a la consecución de los fines del Estado* (2007. p.181)

² En la Constitución inglesa, la facultad de disponer permite a las asambleas parlamentarias adoptar leyes; la facultad de impedir permite al rey vetar esas leyes.

En consecuencia, atendiendo a esta construcción y filosofía democrática, la “invasión” del tribunal constitucional como legislador, sería ajustada a derecho siempre y cuando actúe en el marco que proponga la norma suprema. Cuando el guardián de la constitución abandona ese mandato y crea nuevas normas (legislador positivo) invade en grado excesivo las competencias del Parlamento y nos situamos en un escenario antidemocrático. En definitiva, nos encontramos ante un primer límite de la concepción de Tribunal Constitucional. Para el jurista al que nos venimos refiriendo, mientras el Parlamento manifiesta su deseo de promover un comportamiento, el Tribunal no emite una voluntad con respecto al contenido específico que debe tener la ley, sino que simplemente *reconoce una contradicción objetiva entre la Constitución y la normativa legislativa anulada*. Según Kelsen, si ser legislador implica crear normas generales, entonces el Tribunal actúa como legislador. Sin embargo, si ser legislador implica expresar la voluntad de que una norma general se aplique, entonces el Tribunal no cumple esa función legislativa. Ante tal clasificación de sendas funcionalidades, observamos que efectivamente, el marco delimitador que propone Kelsen sirve de respuesta a las críticas referidas sobre su concepción del guardián de la constitución.

Una vez delimitada la función del Tribunal para que no resulte en un comportamiento antidemocrático, debemos entender de qué tipo sería la competencia que debe tener la sala dedicada al control jurídico-constitucional. De todo lo anterior, podría extraerse la pregunta de si el tribunal manifiesta, en modo alguno, una voluntad. Tal aseveración, está condicionada a que la determinación de una ley como inconstitucional tenga su fundamento únicamente en datos objetivos. Bajo ese presupuesto, la jurisprudencia que emita en su sentencia debe estar basada sencillamente en el ejercicio de su facultad de conocer. En tal caso, estaríamos ante una competencia necesaria y no discrecional. La realidad es que, en el derecho, esto es realmente complicado y más aún en el caso de las sentencias interpretativas. En efecto, Charles Eisenmann en 1928 ya había intuido la posibilidad de este supuesto, habida cuenta, escribía:

El Tribunal dispone aquí de una libertad de apreciación inmensa³, tiene un *poder casi discrecional*: la justicia constitucional revela, de forma más patente que cualquier otra, el poder creador -más o menos amplio, de hecho- de la jurisprudencia; en realidad, *lo que hace el Tribunal es completar, determinar la Constitución, más que aplicarla* - al menos en el sentido que se le da usualmente a ese término: *no enuncia el Derecho, sino que lo hace*. (p.216)

Como se desprende del contenido de esta cita, se abre un nuevo campo de estudio relevante para el objeto del trabajo y es determinar qué se va a entender por interpretación y cuáles serán sus efectos. Dicho de otro modo, se debe formular la pregunta de si la labor de complemento y determinación de la constitución es una manifestación de voluntad y no solo una competencia necesaria. Existen teorías que indican que los textos constitucionales se encuentran repletos de conceptos indeterminados o abstractos con

³ La libertad a la que se refiere y que motivó la redacción de dicho escrito fue acerca de la facultad que ostentaba el Tribunal austríaco para decidir sobre el reparto de competencias entre la Confederación y las Provincias. (Troper, 1996)

significados vacíos. De tal modo, más allá de dar un significado a cláusulas constitucionales concretas, los jueces estarían expresando sus valores personales e imponiéndolos a la población a través del control de la constitucionalidad (Iglesias, 2000). De tal manera, presenciáramos la ruptura del sistema democrático por ejercer, los jueces constitucionales, funciones propias del Parlamento sin contar estos primeros con un proceso electivo bajo un régimen democrático.

Dicho esto, cabría considerar si es inevitable concluir que este mecanismo es en esencia contrario a la democracia. Se puede afirmar, si por democracia se comprende un sistema donde sistema regulatorio, donde las normas son creadas por el pueblo o por aquellos que este selecciona. En este supuesto, solo cabría una manera de armonizar el control constitucional con la democracia: pensar que el Tribunal “encarna” al pueblo, aun cuando sus integrantes no sean elegidos. De alguna forma, estaríamos volviendo a la idea del poder neutro, esta no sería una solución válida para el dilema planteado desde un punto de vista Keynesiano pues él mismo era detractor de esta idea como ya se ha expuesto en el trabajo. La única solución para Kelsen era por tanto, reconocer que la interpretación de la constitución por parte del tribunal constitucional es inevitablemente un acto que implica cierto grado de creación jurídica. No obstante, argumenta que esta interpretación debe ser guiada estrictamente por la intención de la constitución, limitando así el alcance de la discrecionalidad judicial.

Para superar este límite, se debe abandonar la primitiva concepción de democracia como forma de gobierno, que parte del error frecuente de considerar que la mayoría está en lo correcto. Si bien es cierto que la tendencia general de los sistemas democráticos lleva a una cierta imparcialidad, existen cuestiones concretas que deben escapar del sometimiento a esta particular concepción de democracia. El jurista argentino Carlos Nino, defiende a mi parecer de forma excepcional el control jurisdiccional de la constitución:

Lo único que la mayoría no tiene legitimidad para decidir es la restricción de las condiciones y los presupuestos que hacen del procedimiento democrático un mecanismo apto para encontrar soluciones correctas. La misma mayoría que podría estar viciada por fallas en las condiciones de la discusión amplia, abierta y de la decisión mayoritaria es obvio que no puede decidir sobre si esas condiciones se dan, porque esa decisión estaría afectada por los mismos defectos que se estaría discutiendo, si se satisfacen o no. Es por ello que es *necesario contar con órganos independientes que controlen si esos presupuestos y esas condiciones del procedimiento de discusión, de debate y de decisión democrática se han satisfecho* o no; órganos cuya propia legitimidad no dependa de avatares, de mayorías que pueden estar afectadas por las fallas que mencioné. (1989, p.87)

En definitiva, debemos superar la concepción de democracia como únicamente la manifestación de la voluntad general. Por el bien del sistema, debemos contar con órganos independientes formados por profesionales de renombre, que velen por asegurar el verdadero cumplimiento de un proceso democrático. En consecuencia, se deberá estar a lo dispuesto en las normas para limitar el ejercicio independiente de esta función en aras

de buscar la mayor imparcialidad posible. A modo de ejemplo, abogar por la solución de politizar a los jueces en aras de salvaguardar los procesos democráticos no sería sino un ataque a la democracia. Si aquella voluntad parlamentaria, estuviera sujeta a un control llevado a cabo por personas con un ideario alineado, estaríamos ante un órgano completamente parcial que escasa labor podría hacer en aras de defender la norma constitucional. De todas formas, el estudio de un órgano de control constitucional idóneo escapa el objetivo de este trabajo. La finalidad de este trabajo de fin de grado es, analizar el rol que se le atribuye al Tribunal Constitucional español en nuestro ordenamiento jurídico bajo los parámetros de la filosofía Kelseniana. En suma, se estudiará si verdaderamente, en el ejercicio de su función de *legislador negativo* como indica la base de la filosofía Kelseniana no está excediéndose y pasando a crear derecho. De tal forma, por todo lo explicado estaría excediendo su competencia por encima de los límites que justificables para salvaguardar el sistema de gobierno. Por ello, nos dispones a analizar como limita la actuación de nuestro guardián de la norma suprema el texto constitucional, así como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Finalmente, este marco filosófico proporcionará una base sólida para analizar la sentencia propuesta hacia el final del trabajo, permitiendo evaluar la actuación del tribunal e identificar áreas de mejora tanto para el tribunal como para el poder legislativo. Este enfoque es crucial dado que la falta de suficiente actividad legislativa a veces conduce a problemas constitucionales, como el que se debatirá en el posterior caso.

3. Marco jurídico: la Constitución Español y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Bibliografía

Carmona, J. (2007). La división de poderes y la función jurisdiccional. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 6(7-8), 175-211.

Eisenmann, C. (1986). *La justice constitutionnelle el la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, reed. París, Económica.

Iglesias Vila, M. (2000). Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional.

Jiménez, L. E. C. (2009). Kelsen y el control constitucional. *Erg@ omnes*, 1(1), 253-268.

Kelsen, H. "La garantía jurisdiccional de la Constitución", *Escritos sobre democracia y socialismo*. Madrid, 1988.

Nino, C. S. (1989). La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (4), 79-88.

Segado, F. F. (2011). El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. *Pensamiento constitucional*, 15(15), 127-192.

Suanzes-Carpegna, J. V. (1991). La Monarquía en el pensamiento de Benjamín Constant (Inglaterra como modelo). *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (10), 121-138.

Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, traducción al español de la edición francesa de 1953, traducción realizada por Moisés Nilve, 16.^a edición, agosto. 1979.