



FACULTAD DE DERECHO

**Revisión crítica de la labor del Tribunal Constitucional como
legislador positivo.**

Autor: Pablo Domenech Basarrate

5º E-3 A

Derecho Constitucional

Tutor: Naiara Arriola Echaniz

Abril 2024

Índice

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONA DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO: LA VISIÓN KELSENIANA.	3
2.1 Aspectos generales	3
2.2 Implicaciones para el Estado de Derecho	5
2.3 Implicaciones para la democracia	7
3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1931.	13
3.1 Consideraciones previas	13
3.2 Revisión crítica de la composición	15
4. APROXIMACIÓN CRÍTICA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.	19
4.1 Naturaleza de la justicia constitucional y funciones del Tribunal	19
4.2 Composición y efecto de los pronunciamientos del Tribunal. Sucinta referencia al voto particular	22
5. POSIBLES EXCESOS DEL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS RELEVANTES: DE LEGISLADOR NEGATIVO A LEGISLADOR POSITIVO.	29
6. CONCLUSIONES.....	48
BIBLIOGRAFÍA	51

1. INTRODUCCIÓN

A través de sus pronunciamientos, el Tribunal Constitucional trata de velar por el mantenimiento del orden del Estado de Derecho y supremacía de la Constitución. Por tanto, es un elemento esencial para nuestro sistema democrático pues se impone como un elemento de contrapeso al resto de poderes y órgano de cierre. Si bien el ejercicio de sus funciones, este organismo debe ser especialmente precavido para evitar la asunción de poderes que no le corresponden.

Habida cuenta de la importancia que tiene el Tribunal Constitucional, este trabajo pretende abordar el estudio del supremo intérprete de la Constitución. En especial, tratando sentencias reales donde la labor de motivación jurídica de su pronunciamiento se ha difuminado en una posible interpretación *contra legem* que dista considerablemente de la finalidad establecida por la voluntad del legislador.

Para el estudio de este organismo, se partirá de la concepción que Hans Kelsen tenía acerca de este organismo pues es uno de los principales contribuyentes a la construcción del sistema constitucional europeo. Para el jurista vienés, la función principal residía en el control de la legalidad. Respecto de este, entendía que la anulación de una ley tiene el mismo carácter general que la promulgación de una ley. En definitiva, que la depuración de una norma solo una promulgación con un signo en cierto modo negativo (Segado, 2011, p.129). Esta concepción de la naturaleza del legislador negativo tiene diferentes implicaciones que serán tratadas en un momento posterior.

Una vez establecido el marco filosófico, se estudiará la eficacia en su traslación dentro del Tribunal de Garantías de 1931, antecedente histórico de nuestro actual Tribunal Constitucional. Sobre este último, se dedicará un estudio más detallado de aquellos aspectos que guarden relación con el objetivo que persigue este trabajo de fin de grado. Objetivo que será principalmente discutido en el capítulo final donde se utilizarán todos los conceptos previamente introducidos.

Tanto la STC 101/2008 como la STC 148/2021 han sido controvertidas y guardan relación con el contenido del conflicto jurídico que se plantea en este trabajo. En ambas, ciertos magistrados observaron que la labor interpretativa del Tribunal pudo alejarse de su naturaleza como legislador negativo, lo que supone un peligro para el orden

preestablecido. Si bien guardan diferencias que serán estudiadas en relación con el grado de activismo del Tribunal.

2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONA DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO: LA VISIÓN KELSENIANA.

2.1 Aspectos generales

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 del organismo que debe ser el guardián de la Constitución (de Miguel Bárcena, 2022, p.42). Tal es así que, el profesor austriaco desempeñó un papel clave en la elaboración de la Constitución Federal de 1º de octubre de 1920 creadora del primer Tribunal Constitucional bautizado por el siguiente nombre: 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 racionalidad que habían sido descuidadas en gran parte de los ámbitos legales y judiciales de la Alemania de Weimar (Segado, 2011, p.128).

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 la 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 cuál 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” (Eisenmann, 1928, p.216).

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, p.219). 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,

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.” (1991, p.127)

es decir, no consiste en una norma que regula el procedimiento legislativo y sus órganos, sino un ideal de derecho natural” (1994, p.220).

2.2 Implicaciones para el Estado de Derecho

Como se introdujo anteriormente en el trabajo, Kelsen se inclinó 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, p.267). 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 parece llegar a desafiar la imperante teoría acerca de la separación funcional de los poderes públicos.

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 (Segado, 2011, p.119). 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; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa” (1995, p.113).

Asistimos, por tanto, a una comparación del poder legislativo con el poder judicial de revisión constitucional de la norma. Desde la perspectiva estudiada 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 (Segado, 2011, p.123). 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 atribuir 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).

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 este punto de vista, Kelsen siguió un proceso negativo, esto es, fue eliminando las principales objeciones que podrían realizarse desde determinadas doctrinas como se verá en el apartado 2.3.

2.3 Implicaciones para la democracia

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 (Troper, 1995, p.321).

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 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:

“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” (1985, 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 a este órgano. El argumento del jurista vienes 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* estrictamente. 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, hay que 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).

En consecuencia, atendiendo a esta construcción y filosofía democrática, la “invasión” del Tribunal constitucional como poder legislativo, 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. En definitiva, si ser legislador implica crear normas generales *lato sensu*, entonces el Tribunal actúa como legislador. Sin embargo, si ser legislador implica expresar la voluntad de que una norma general se aplique *stricto sensu*, entonces el Tribunal no cumple esa función legislativa. Ante tal clasificación de sendas funcionalidades, observamos que efectivamente, el marco delimitador que se propone sirve de respuesta a las críticas referidas sobre su concepción del guardián de la Constitución.

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.

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 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” (1928, p.216).

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 significados vacíos. De tal forma, 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). Siendo esto así, 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.

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)

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 semejante, 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 disponemos a analizar el antecedente histórico de nuestro Tribunal Constitucional y como limita la actuación de nuestro guardián de la norma suprema el texto constitucional, así como la ley orgánica que lo desarrolla.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1931.

3.1 Consideraciones previas

La filosofía Kelseniana del garante de la jurisdicción se trasladó parcialmente y con poco acierto a nuestro país por primera vez tras la promulgación de la Constitución de 1931 (Llorente, 1982, p. 30). En ella, aparece regulado como órgano de cierre del control de constitucionalidad el llamado “Tribunal de Garantías”. Dicho organismo se tipifica y caracteriza en el título IX de la referida Constitución. Para muchos, esta institución no era más que una vaga imitación del Senado, la Cámara Alta. Las posturas a favor o en contra del Tribunal de Garantías por parte de las diferentes formaciones políticas estaban ampliamente determinadas por esta errónea identificación entre el Senado y el Tribunal de Garantías. Como se discutirá a lo largo del capítulo, en línea con la opinión del exmagistrado del Tribunal Constitucional Francisco Rubio Llorente, esta identificación errónea es en gran parte responsable de la composición incoherente que se establece para el Tribunal de Garantías, lo que constituye su principal debilidad (1982, p.30). Aguirre Roca, pensará que el mayor fracaso reside en la falta de comprensión a la hora de conformar una verdadera naturaleza casatoria. Adicionalmente, se destaca la falta de sintonía con el concepto de democracia referido en este trabajo que tenían los creadores de este organismo. Tal y como leemos en la obra de Rubio Llorente:

“La jurisdicción constitucional es una institución absolutamente discordante con los presupuestos teóricos que están en la base de la obra de las constituyentes. La idea de democracia dominante en éstas es, muy evidentemente, la de la democracia rousseauiana, la de la democracia jacobina radical que no entiende la posibilidad de establecer límite a la acción del legislador” (1982, p.33).

Por ello, si el establecimiento de límites al legislador es poco intenso, no se llegaría a crear lo que Kelsen comprendía por *legislador negativo*, cuyas características generales ya fueron expuestas a lo largo del capítulo anterior del trabajo. Para adentrarnos en el análisis subjetivo y crítico corresponde comprender tanto las competencias como la composición que se tipifican en la Constitución creadora del organismo de control constitucional bajo estudio. Dentro del título IX nos encontramos con el artículo 121, que enmarca el ámbito competencial de este Tribunal.

En primer lugar, en la letra a) del artículo se encomienda el control de constitucionalidad de la ley vía el recurso de inconstitucionalidad. Guarda relación con este artículo, el 100 que señala que “cuando un Tribunal de Justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales”. Como grave crítica, se añade que, si bien se permitía el recurso indirecto vía aplicación del artículo 100, se dejaba sin soporte jurídico la posibilidad de un recurso directo de inconstitucionalidad y se le imposibilita la actuación de control ante normas con rango de ley anteriores a la publicación en la *Gaceta* de la ley orgánica del Tribunal constitucional (Álvarez, 2011).

Seguidamente, se tipifica el reconocimiento de la competencia para conocer del recurso de amparo. Hasta entonces, no existía en la historia española un precedente de este mecanismo jurídico para la tutela de los derechos y libertades fundamentales (Araujo, 2010). Aunque la figura del amparo se separa ligeramente del conflicto jurídico planteado, resulta esencial su existencia para articular un sistema con todas las garantías. Como leemos de Araujo la mera construcción formal de los derechos constitucionales no implicaba un respeto a los mismos de forma automática:

“La causa explicativa de que en ninguna de las Constituciones que conoció el siglo XIX español se previera un mecanismo protector de los derechos y libertades en cada momento reconocidos hay que buscarla en la, romántica y extendida, creencia de que era suficiente la consagración formal de los derechos en los textos constitucionales para que fueran automáticamente respetado. Sin embargo, como es evidente, la historia se ha encargado de poner de relieve el carácter ingenuo de este planteamiento y, en consecuencia, la imperiosa necesidad de establecer un completo sistema de garantías formales y estructurales” (2010, p. 324).

En el apartado c) del artículo bajo estudio, se incluyen competencias en la resolución de conflictos de competencia entre el Estado y las Regiones autónomas, así como entre las propias Regiones. Además, el Tribunal tenía a su cargo el examen y aprobación de los poderes de los compromisarios encargados de elegir al presidente de la República junto con las Cortes, un mecanismo que garantizaba la legalidad y legitimidad del proceso electoral presidencial. Finalmente, se establecía la competencia de determinar la responsabilidad criminal de altos cargos del Estado, incluyendo al jefe del Estado, Presidente del Consejo, ministros, magistrados del Tribunal Supremo y el Fiscal de la República.

3.2 Revisión crítica de la composición

A propósito del objetivo de este trabajo de fin de grado, cobra especial importancia la competencia dirigida al control de constitucionalidad de las leyes. Para poder enjuiciar el papel el modo de ejecución de dicha competencia, el estudio debe centrarse en aquellos que la debían ejercer. En definitiva, se debe pasar al estudio de la composición del Tribunal de Garantías recogida en el artículo 122 de la Constitución de 1931 del que leemos:

“Compondrán este Tribunal:

- Un presidente designado por el Parlamento sea o no Diputado.
- El presidente del alto Cuerpo consultivo de la República a que se refiere el artículo 93.
- El presidente del Tribunal de Cuentas de la República.
- Dos Diputados libremente elegidos por las Cortes.
- Un representante por cada una de las Regiones españolas, elegido en la forma que determine la ley.
- Dos miembros nombrados electivamente por todos los Colegios de Abogados de la República.
- Cuatro profesores de la Facultad de Derecho, designados por el mismo procedimiento entre todas las de España”

Como se mencionó anteriormente, esta composición no ha estado exenta de críticas por parte de numerosos juristas. La regulación del Tribunal de Garantías, tal como se concibió en la Constitución de 1931 y se detalla en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 14 de junio de 1933, parece haber estado marcada por una confusión en cuanto a la naturaleza de este tipo de institución. Como señala Rubio Llorente (1982, p.34), esta confusión se manifiesta en una composición casi disparatada del Tribunal, fundamentada más en criterios políticos que en consideraciones de índole jurídico-técnica. Tal y como se trató en el capítulo anterior, la composición del garante de la Constitución es clave por la relevancia y coherencia del papel que asume dentro del sistema democrático

A más abundancia, podrían existir vocales electivos sin la exigencia explícita de ser licenciados en Derecho. Esta disposición abría la puerta a una elección basada en afinidades políticas más que en competencia jurídica. El hecho de que ciertos miembros

fueran elegidos por corporaciones de juristas no garantizaba, en la práctica, que su selección estuviera motivada por su pericia legal, sino más bien por sus vínculos políticos. Además, la inclusión de un vocal en representación de cada una de las regiones, elegidos por los concejales de los Ayuntamientos, subrayaba aún más el enfoque político en la selección de los miembros del Tribunal. Esta estructura no solo reflejaba una politización de la institución, sino que también socavaba su función como ente imparcial encargado de garantizar la supremacía de la Constitución.

En suma, si el planteamiento era controlar la función legislativa politizada que creaba normas, es un sinsentido que la composición contenga un significativo componente político; configuración que resultó en su debilitamiento y en una disminución de su capacidad para cumplir su rol como legislador negativo. En mi opinión, más allá del problema de la posibilidad de actuar como un legislador positivo, no se conformó como un órgano que ostentara la legitimidad suficiente para cumplir con el fin que Kelsen había diseñado. A este respecto, surge la posibilidad de que, en la omisión en su función de legislador negativo, nos encontremos ante una acción de legislación positiva. Dicho de otro modo, si la afinidad política influye en la imparcialidad a la hora de tomar decisiones, ciertas leyes que se mostrarían contrarias al orden constitucional podrían no ser anuladas llegando a una legislación positiva por defecto.

Por ello, cabe que entren dudas acerca de la naturaleza que se le concedía al Tribunal de garantías en esta primera adaptación al sistema normativo español. Precisamente el diputado Castrillo planteaba ciertas dudas en torno a esta cuestión jurídica como expone el Álvarez García (2011):

“¿Cuál es, según la Constitución, la naturaleza del Tribunal de Garantías Constitucionales? ¿Es un órgano político? ¿Es un organismo, por el contrario jurisdiccional? ¿Es un organismo que participa de la naturaleza jurisdiccional y de la naturaleza política?” (p.193)

Se ha observado que, desde su establecimiento, el Tribunal enfrentó una desconfianza significativa por parte de las Cortes constituyentes y otros sectores políticos. Esta desconfianza se fundamentaba en una visión de la democracia que rechazaba limitaciones al legislador como ya se señaló. Por tanto, la creación del Tribunal fue un acto más simbólico que funcional, motivado por el deseo de modernización y por influencias externas, sin una verdadera convicción en la necesidad o utilidad de un control constitucional efectivo (Álvarez García, 2001). Aun señalando aquellas competencias que

le son otorgadas en virtud de su creación, se llega a un punto de corte cuando se considera la naturaleza del Tribunal. De poco o nada sirve una institución con las competencias que ostentaba el Tribunal de Garantías, si no es capaz de tomar un punto de vista parcial. En mi perspectiva personal, el error de forma en origen se encuentra en la composición de este organismo. Dicho error, es el que desnaturaliza *ab initio* la función de un organismo que debe velar por el control constitucional. En vez de un órgano de cierre, nos encontraríamos ante una extensión del brazo que compone en poder legislativo con la única misión de reafirmar lo que ya ha sido propuesto por el legislador. El autor Álvarez García (2011), concluye de forma similar diciendo:

“El frontal rechazo de las constituyentes y de los legisladores a entregar el control de constitucionalidad al cuerpo de juristas, como hubiera sido lo deseable, nos revela la firme determinación de politizar el Tribunal de Garantías —cuya naturaleza y altas funciones no llegaron a ser entendidas por muchos de los parlamentarios que lo identificaban con un sucedáneo del fallido Senado— para influir en el sentido de las sentencias, al preponderar la filiación política sobre la formación jurídica en sus miembros, lo que sepultó institucionalmente al Tribunal porque lo convirtió en un campo más en el que librar la mezquina batalla partidista por el Poder” (p.200).

En definitiva, los pronunciamientos del Tribunal tendrían una considerable posibilidad de estar centrados en la perspectiva política y no en la justicia constitucional. No obstante, del análisis del Tribunal de Garantías en la Constitución de 1931, se obtienen numerosos puntos de mejora para mejorar la labor de este órgano de cierre del sistema democrático. Adicionalmente, de acuerdo con Aguirre Roca el fracaso del Tribunal de Garantías se debe principalmente a la incompreensión o resistencia deliberada de sus magistrados a ejercer adecuadamente su función casatoria, esencial para su cometido. En vez de limitarse a revisar la legalidad y correcta aplicación de la ley en las decisiones judiciales, los magistrados del TGC frecuentemente se adentraron en el mérito de las causas, actuando como una cuarta instancia. En suma, subyugando su misión de fiscalización legal a una evaluación de los hechos y el fondo de cada caso, algo ajeno a su naturaleza (Aguirre Roca, 1991, p.9-12).

En consecuencia, se generó jurisprudencia problemática que, lejos de reforzar los principios constitucionales y las garantías del debido proceso, se inclinó por soluciones simplistas que evitaban el escrutinio legal y procesal debido. La tendencia a actuar más

allá de su rol de revisión legal contribuyó a una ejecución deficiente de su cometido como garante de los derechos constitucionales, debilitando la confianza en su capacidad para actuar como un contrapeso imparcial dentro del sistema judicial. En consecuencia, el exceso competencial, la falta de comprensión de su papel y la politización del órgano generaron una suerte de *legislador positivo* que poco tenía que ver con la concepción del Tribunal constitucional austriaco partiendo de la visión Kelseniana.

4. APROXIMACIÓN CRÍTICA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

4.1 Naturaleza de la justicia constitucional y funciones del Tribunal

En este capítulo del trabajo, no se pretende realizar un análisis exhaustivo de lo que supone una institución como el Tribunal Constitucional español, sino que se trata de comprender desde una perspectiva crítica los conceptos relevantes que surgirán en el conflicto jurídico que se plantea en el capítulo final del trabajo. Dado el fracaso del Tribunal de Garantías Constitucionales constituido a partir de 1931, se debe estudiar la evolución que se realizó para ajustarlo a un más acertado organismo de cierre del sistema democrático si bien la configuración guarda ciertos paralelismos (Rivas, 1982, p.154). La regulación que rodea a dicho organismo se enmarca en el Título IX de la Constitución Española. De esta clasificación, observamos una primera caracterización de su naturaleza puesto que no se comprende dentro del Título VI donde se establece la regulación del poder judicial. De ello, se deduce que no forma parte del poder judicial. En efecto, el propio Tribunal constitucional ha reconocido esta naturaleza en su auto 83/1980, de 5 de noviembre (FJ. 2º) en el que se lee:

“Las expresiones autoridad judicial u órgano judicial, empleadas en el mencionado art. 5, no son, como entiende el recurrente, aplicables al Tribunal Constitucional, pues éste no es un órgano integrante del Poder Judicial, como se infiere, entre otros preceptos, del Título VI de la Constitución, en donde no está incluido el Tribunal Constitucional, que precisamente por ser «independiente de los demás órganos constitucionales (art. 1 de la LOTC), está regulado en un Título aparte de la Constitución (el IX), desarrollado por la propia Ley Orgánica de 3 de diciembre de 1979”.

En el auto se daría respuesta clara a la principal inquietud referida en el apartado anterior del diputado García Castrillo, sobre la naturaleza jurisdiccional o no de un organismo dedicado al control constitucional. Los argumentos principalmente señalados en la cita para la diferenciación de su poder respecto del judicial son dos: la regulación propia a través de una ley orgánica y su ubicación independiente en un título de la Constitución. Esto supone una base fundamental para interiorizar tanto las funciones como la composición que debe rodear a este Tribunal.

Si bien en la Constitución española se establecen las reglas de la composición antes de las competenciales, para la finalidad del trabajo se alternará el orden. El motivo es que resulta más claro estimar la idoneidad de los integrantes del organismo una vez se asimila el marco competencial dónde deberán actuar y la finalidad a la que se dirigirán sus actos. Dicho marco competencial se regula a través del texto constitucional en su artículo 161 apartado 1 que reza:

“El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

- a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.
- b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.
- c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas”.

Como primer dato a destacar, establece que el ámbito territorial de las funciones del Tribunal constitucional ocupará toda España. Esta delimitación territorial, es una primera nota que señala la relevancia del órgano en cuanto a su papel dentro del sistema democrático de nuestro país. Sobre el contenido del artículo referido, se enuncia que el Tribunal constitucional conocerá de: el recurso de inconstitucionalidad, el recurso de amparo⁴, los conflictos competenciales entre estado y comunidades autónomas y finalmente, el último apartado realiza una remisión global a todo lo que atribuya la Constitución y demás leyes orgánicas. En definitiva, aunque existan diferentes vías, la

⁴ Sobre el recurso de amparo merece la pena destacar la remisión que se realiza al artículo 53.2 de la Constitución. Dicho artículo remarca la subsidiariedad de este mecanismo para que el tribunal no se convierta en una mera última instancia judicial. En palabras de Torres Muro “uno de los requisitos más importantes, que intenta proteger el carácter subsidiario del recurso ante el Tribunal Constitucional, es del agotamiento de la vía judicial previa que, con la única excepción del amparo frente a actos parlamentarios, se exige ineludiblemente. También tiene especial importancia la potestad del Tribunal de suspender los efectos del acto recurrido, potestad que se usa con mucha prudencia para no lesionar los intereses de terceros y el bien jurídico de la firmeza de las resoluciones, sobre todo las judiciales”.

clave de su actuación será el control constitucional que, según (Rivas, 1982, p.162) podrá observarse desde diferentes perspectivas:

a) En el plano jurídico: recurso de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional asegura la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico. Esto implica revisar la constitucionalidad de las leyes y otras disposiciones normativas, garantizando que todas ellas se ajusten a los principios y valores establecidos en la Constitución. Así, el Tribunal actúa como guardián de la Constitución. Más adelante estudiaremos de qué forma actuará y cuáles serán los efectos que tengan sus decisiones. Este punto será determinante para entender conflicto jurídico planteado (Rivas, 1982, p.162).

b) En el plano político: resolución de conflictos de competencia y atribuciones

Su función en el plano político es crucial para resolver conflictos de competencias y atribuciones que puedan surgir entre el Estado y las comunidades autónomas o entre los distintos órganos constitucionales. Este papel es fundamental para el mantenimiento del orden constitucional y para asegurar que se respeten las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico (Rivas, 1982, p.162).

c) En el plano judicial: recurso de amparo.

Este mecanismo permite a los ciudadanos acudir al Tribunal cuando consideran que sus derechos fundamentales han sido vulnerados por actos u omisiones de los poderes públicos. El recurso de amparo es, por tanto, una herramienta esencial para garantizar la protección judicial de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, actuando como un último recurso para la defensa de estos derechos (Torres Muro, 2003, sinopsis).

En conclusión, las funciones del Tribunal pueden ubicarse en planos polifacéticos, aunque en la pirámide, el objetivo esencial que le otorga la Constitución es el control de la constitucionalidad. Según García-Pelayo:

“Su función dentro del sistema de los órganos constitucionales es una función de control llevada a cabo por métodos jurisdiccionales. Tal control tiene como finalidad contribuir a que el dinamismo y la concurrencia de intereses, objetivos y valores inherentes a la vida política se mantenga dentro de los parámetros y límites constitucionales” (1981, p. 30).

Por ello, no resulta evidente encontrar el modo de conformar los miembros de un organismo que tiene esta caracterización. Se aprovechará el estudio de la composición para analizarlo teniendo en cuenta la nota de independencia que se encuentra en el artículo primero de la ley orgánica que lo regula. Esto es, porque como se introdujo tanto en la visión filosófica del organismo como en uno de los factores negativos del Tribunal de garantías, la composición excesivamente política supondría una deslegitimación del órgano bajo análisis. Por tanto, la independencia es crucial para de mantener el dinamismo político y social dentro de los límites y parámetros constitucionales (García-Pelayo, 1981, p.32).

4.2 Composición y efecto de los pronunciamientos del Tribunal. Sucinta referencia al voto particular.

Una primera manifestación de la independencia del Tribunal Constitucional es la capacidad de actuar como un “poder neutro” (García-Pelayo, 1981, p.33) coincidiendo con lo que indica la introducción filosófica. El Tribunal Constitucional no se involucra activamente en la política pero que juega un papel crucial en la regulación del sistema político y la corrección de desviaciones por parte de los poderes estatales. Esta función de regulación y control asegura que el Tribunal pueda intervenir eficazmente para mantener el equilibrio constitucional, sin ser partícipe de las dinámicas políticas cotidianas, lo que subraya aún más su posición única dentro del sistema jurídico español. Para asegurar esta nota esencial que caracteriza la naturaleza el Tribunal Constitucional, la Constitución española en su artículo 159 regula los miembros que lo componen:

“1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

5. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato”.

El sistema escogido por nuestra Constitución no ha estado exento de críticas debido a su potencial para generar compromisos políticos, dado que la decisión sobre el nombramiento de la mayoría de sus miembros recae en el Congreso, Senado y el Gobierno, un total de diez, lo que podría suponer una inclinación de los magistrados hacia las fuerzas políticas proponentes.

A pesar de estas preocupaciones, se han implementado varios mecanismos para salvaguardar la independencia del Tribunal. Entre ellos, se especifica un criterio para la calificación profesional de los jueces, buscando promover verdaderos juristas alineados en defensa de la Constitución y no en la defensa de alguna ideología partidista (Rivas, 1982, p. 195). De esta forma, los miembros no pueden ser legos en la materia, escenario que sí se podría dar en el Tribunal de Garantías y reduce la independencia del organismo en cuestión. Además, en el artículo 19 de la LOTC, se establecen incompatibilidades detalladas para sus miembros, abarcando desde la prohibición de ocupar cargos políticos o administrativos hasta el ejercicio de cualquier otra jurisdicción o actividad profesional que pueda comprometer su independencia. Estas incompatibilidades y el sistema de designación intentan evitar la dependencia partidista y garantizar una composición del Tribunal que refleje una amplia gama de perspectivas, facilitando así que los jueces constitucionales capten la realidad social en su interpretación y aplicación de la norma, hecho que se acerca a la politización, pero es fundamental desde el punto de vista del realismo jurídico.

Por otra parte, la norma fundamental establece dos condiciones ligadas entre sí: la renovación trienal por terceras partes de los miembros y el sistema de excedencia especial modificado en 2007 sin transcendencia para llamarse servicios especiales en el artículo 20 LOTC (Álvarez Vélez, 2007, p.169). Por un lado, la renovación trienal por terceras partes de los miembros del Tribunal Constitucional contribuye a su independencia funcional. Esta medida posibilita la introducción periódica de nuevas perspectivas jurídicas y garantiza una dinámica de renovación relativamente constante dentro del Tribunal, evitando así la cristalización de posiciones y el dominio prolongado de ciertas corrientes ideológicas que menoscaban la legitimidad del organismo objeto de estudio en este trabajo de fin de grado. Con el fin de destacar la importancia general de esta característica en la composición del Tribunal, se destaca el problema particular que surge a raíz de los retrasos en los nombramientos. Respecto de tal situación señala Marún (2011):

“El retraso en la designación de magistrados constitucionales es un delicado problema para el Tribunal, porque constituye una interferencia a su funcionamiento ordinario, que no sólo afecta a su capacidad laboral, sino que también menoscaba la legitimidad y el reconocimiento social de sus delicados cometidos institucionales” (p.3).

Por el otro lado, al requerir el sistema de excedencia que estos miembros se separen de sus funciones anteriores, se minimizan los posibles conflictos de interés y se fortalece la imparcialidad en el ejercicio de sus responsabilidades. Esta separación ayuda a proteger a los jueces del Tribunal de cualquier presión externa asociada con sus carreras previas, asegurando que sus decisiones se basen exclusivamente en consideraciones jurídicas motivadas. Se encuentra expresamente regulado en el artículo 20 de la LOTC como se indicó en líneas anteriores.

Como medida adicional, la ley prevé la posibilidad de que los magistrados del Tribunal puedan reflejar en un voto particular su opinión en contra. En torno a esta figura, existe un debate doctrinal respecto del efecto que puede tener dentro del Tribunal Constitucional. Según diversa doctrina, el fundamento que yace sobre las diferentes posiciones reside en una diferencia en la concepción de Constitución entre las partes del debate. Específicamente, entre aquellos que consideran la Constitución como una norma inmutable compuesta de preceptos concebidos de una vez por todas y otra que percibe la norma fundamental como un ente dinámico, íntimamente ligado a la labor del juez cuya

actividad es creadora de desarrollo en base a los principios constitucionales (Castro, 1986, p. 176).

En base a la concepción estática, surgen argumentos en contra del voto particular emitido por Tribunales constitucionales. Al exponer las divisiones internas del Tribunal, los votos particulares podrían ser interpretados como un reflejo de la polarización política de la sociedad, lo que podría cuestionar la imparcialidad y objetividad del Tribunal. Esta percepción se agrava en momentos de significativas transformaciones sociales y cambios legislativos, donde el papel del Tribunal es especialmente crítico (Castro, 1986, p. 178). Si las sentencias del Tribunal parecen estar divididas a lo largo de líneas ideológicas o partidistas, esto podría socavar la confianza en su capacidad para actuar como un árbitro neutral y verdadero cierre del sistema democrático constitucional. Además, existe el argumento de que la presencia de votos particulares puede debilitar la fuerza y la autoridad de los pronunciamientos del Tribunal. La certeza jurídica, un pilar del Estado de Derecho, se ve comprometida si las decisiones del Tribunal se perciben más como negociaciones entre diferentes opiniones que como declaraciones firmes de principios jurídicos. Este fenómeno puede erosionar el grado de convicción y aceptación de las sentencias entre el público y los operadores jurídicos, reduciendo así su efectividad y su autoridad.

Adicionalmente, el principio de colegialidad, esencial para el funcionamiento armónico y la independencia del Tribunal, puede verse afectado por el uso frecuente de votos particulares (Castro, 1986, p. 185). La colegialidad fomenta un enfoque colaborativo y consensuado, permitiendo al Tribunal presentar un frente unido frente a presiones políticas y sociales. Este principio se basa en la idea de que la deliberación conjunta y el acuerdo mutuo fortalecen la legitimidad y la autoridad de las decisiones judiciales. Sin embargo, los votos particulares, al destacar las disensiones internas, pueden sugerir una falta de consenso y, por extensión, debilitar la percepción de solidez jurídica y unanimidad del Tribunal. Especialmente en situaciones particularmente controvertidas, la unidad y la colegialidad pasan a ser más necesarias.

No obstante, para aquellos que entienden la Constitución como un ente dinámico, el voto particular destaca como un mecanismo que incita al debate y enriquece el proceso de toma de decisiones al permitir que los magistrados expresen públicamente su disconformidad con las sentencias mayoritarias (Castro, 1986, p. 176). Esta práctica promueve la transparencia y contribuye a una mayor comprensión de la diversidad de

interpretaciones jurídicas posibles sobre una misma cuestión. Al revelar el rango de opiniones entre los jueces, los votos particulares demuestran que el derecho debe motivarse con exactitud y fundamento, característica esencial de las sentencias que debe emitir este Tribunal como veremos a continuación. Las siguientes líneas del autor previamente mencionado sirven para clarificar el principal argumento a favor que esgrimen aquellos que optan por el voto particular:

“Su contribución a un enriquecimiento y mayor profundidad de la jurisprudencia constitucional. Frente a sentencias con fundamentación demasiado escueta y por ello, a veces, inevitablemente contradictoria, la aceptación de *dissenting opinions* posibilitaría argumentaciones más completas y orgánicas, susceptibles incluso de desarrollos alternativos en el futuro” (Castro, 1986, pp.176-177).

Como conclusión de lo anterior, se extrae la necesidad de contar con magistrados con un amplio conocimiento de la materia jurídica, que como punto positivo sí recoge nuestra Constitución. Además, los magistrados deben contar con una visión de la realidad donde aplica la norma, lo cual no quiere decir de ninguna manera una visión politizada. En nuestro apartado final, observaremos la relevancia de los votos particulares para enriquecer el debate jurídico-doctrinal y servir de alarma en los excesos del Tribunal.

Finalmente, y para concluir este capítulo, debemos estudiar cual es el medio por el cual se pronuncia el Tribunal en el ejercicio de su tarea como garante de la Constitución y sus efectos. Adicionalmente, se hace necesario definir el límite de los mismos, sobre todo en la labor de interpretación para delimitar su rol al de mero legislador negativo pues esta es la naturaleza pretendida por el organismo y cualquier desviación provoca una quiebra del sistema democrático constitucional en mayor o menor medida según las circunstancias particulares. En respaldo a esta afirmación que enmarca la naturaleza keynesiana del TC leemos:

“La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular –como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución– y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España” (STC 58/2004 FJ. 8).

Al hilo de esta cita, obtenemos una primera nota caracterizadora de las sentencias que emite nuestro Tribunal Constitucional, esta es, la eficacia *erga omnes*. A raíz de esta eficacia *erga omnes*, puede incluirse el efecto de vinculatoriedad de los poderes públicos. El auto del Tribunal constitucional 275/1987 se señala que “declarada una norma inconstitucional queda expulsada del ordenamiento, por lo que no puede ser aplicada por ningún órgano del Estado”. Además de la oponibilidad ante todos, como se desprende en parte del artículo 164.1 a) CE y como reza textualmente el artículo 38.1 LOTC:

“Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

Esto refuerza aún más su relevancia en el panorama jurídico español. El artículo 40 de la LOTC limita su eficacia en el apartado primero “al caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”. En el apartado segundo de este mismo artículo se señala el efecto corrector en la jurisprudencia existente respecto del contenido que tenga el pronunciamiento del juez constitucional. Por ello, los Tribunales deben ser extremadamente cuidadosos en el ejercicio de su función. El motivo es que un exceso en la fundamentación que no se limite a su rol de legislador negativo puede sentar precedentes sobre una materia creando derecho en cierto modo.

Como conclusión al capítulo, el Tribunal Constitucional, al no integrarse en el Poder Judicial y ejercer una función de control de la constitucionalidad, es definido por parte de la doctrina como un legislador negativo. Esta denominación, como ha sido explicado, subraya la capacidad única del Tribunal para retirar del ordenamiento jurídico aquellas normas con rango de ley que contravengan la Constitución. La doctrina que sostiene esta naturaleza se basa en la eficacia *erga omnes*, el valor de cosa juzgada y la inoponibilidad de recurso ante sus pronunciamientos. Como se ha visto, su actuación es esencial en un sistema donde la ley es expresión de la voluntad popular, tal como se reconoce en el Preámbulo de la Constitución Española. La problemática que supone esta concepción filosófica ya fue expuesta en el capítulo 2 del trabajo. Por tanto, de lo que se tratará en la continuación del trabajo de determinar si en alguna ocasión, el Tribunal ha

podido exceder dicho elemento fundamental de su naturaleza y llegado a actuar como un verdadero legislador positivo en el contenido de sus sentencias.

5. POSIBLES EXCESOS DEL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ANÁLISIS DE SENTENCIAS RELEVANTES: DE LEGISLADOR NEGATIVO A LEGISLADOR POSITIVO.

En este capítulo final, se aúnan todos los contenidos expuestos críticamente para analizar, sin ser exhaustivos, dos sentencias relevantes, en las que el papel del Tribunal Constitucional ha sido cuestionable (STC 101/2008, STC 31/2010 y STC 148/2021). Se escogen estas sentencias por su conexión con la información que contiene el trabajo y utilidad ejemplificativa de casos que permiten discutir el conflicto jurídico planteado, presentando las tres sentencias escogidas distintos matices entre sí. Por un lado, la STC 101/2008 recoge un recurso de inconstitucionalidad que está relacionado con la facultad del senado para proponer magistrados del Tribunal Constitucional, facultad, que ya ha sido mencionada a lo largo del trabajo. Por el otro, la STC 31/2010 ha sido escogida por la relevancia y fuerte polémica que ha supuesto la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional al caso que no solo se limita al poder legislador, sino por la delimitación de los efectos del preámbulo y su polémica con la definición de “nación” que parece contradecir al poder Constituyente. Finalmente, La STC 148/2021 a parte de por su proximidad temporal, contiene un caso de interpretación que no era exigido conforme a la manifestación del tribunal lo que acentúa considerablemente su gravedad.

Como contextualización, el hecho de la vinculatoriedad de sus decisiones, según Fernández Segado, proviene de su naturaleza como supremo intérprete de la Constitución, condición que le atribuye su propia ley orgánica desarrolladora en el apartado 1.1. En particular Segado explica que la vinculatoriedad:

“La vinculatoriedad ha de conectarse con el rol de intérprete supremo de la Constitución que al juez constitucional atribuye el Art. 1º.1 de su propia ley reguladora. En cuanto tal, y en cuanto órgano independiente de los demás órganos constitucionales y único en su jurisdicción, no puede caber duda de que la totalidad de esos otros órganos constitucionales se hallan vinculados por las decisiones dictadas en sede constitucional. Ahora bien, esa vinculatoriedad no solo se ha de predicar de la parte dispositiva de las sentencias constitucionales, sino que ha de proyectarse asimismo a los fundamentos determinantes de los respectivos fallos, esto es, a la *ratio decidendi*” (2011, p.154).

En consecuencia, pasa a ser fundamental en este capítulo el estudio de uno de los pilares característicos del Tribunal Constitucional: su papel como intérprete supremo. Para la supervivencia y supremacía de la Constitución, se hace preciso contar con un órgano que ostente la capacidad de determinar si la norma con fuerza de ley se sitúa dentro de los principios que promueve el texto constitucional o no. En aras de poder realizar esa actividad de forma fructífera para el sistema democrático, contará con la herramienta de la interpretación conforme, aunque sujeta a ciertos límites pues no debe crear derecho que se contraponga con la finalidad de la ley. Por otro lado, recordando que según nuestro sistema legal la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sienta precedentes y corrige como se razona a través del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

“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, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”

En consecuencia, los magistrados deben ser cuidadosos en la motivación, centrándola únicamente en la supuesta inconstitucionalidad de la norma y no tomar un rol activo mediante recomendaciones ajenas al juicio de constitucionalidad, pues con ello excede su competencia.

a) La STC 101/2008

En 2008 el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de inconstitucionalidad núm. 269-2008, interpuesto por doña María Rosa Vindel López, comisionada al efecto por otros cincuenta y un Senadores del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, contra el nuevo apartado 7 del art. 184 del Reglamento del Senado⁵, introducido por el artículo

⁵ Art. 184.7 Reglamento del Senado: “La elección por el Senado de los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional, cuyo nombramiento ha de proponerse al Rey, según lo previsto en el artículo 159 de la Constitución, seguirá el procedimiento previsto en este Capítulo con las siguientes especialidades:

a) El Presidente del Senado comunicará a los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la apertura del plazo para la presentación de las candidaturas. Cada Asamblea Legislativa podrá, en ese plazo, presentar hasta dos candidatos, resultando aplicable lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo.

b) La Comisión de Nombramientos elevará al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir, que deberán haber comparecido previamente en la Comisión. Si no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes, la propuesta que se eleve al Pleno podrá incluir otros candidatos.”

único de la Reforma de dicho Reglamento aprobada el 21 de noviembre de 2007, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 22 de noviembre y en el Boletín Oficial del Estado el 27 de noviembre de 2007. (STC 101/2008)

Con la finalidad de situar el contexto jurídico, se exponen de forma sucinta los argumentos presentados ante el Tribunal. En primer lugar, se esgrime que el artículo 184.7 del RS infringe el artículo 159.1 de la Constitución Española, al limitar la capacidad del Senado de elegir libre y directamente a cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional, facultad que ya fue expuesta y no se entiende como trasladable a las Asambleas Legislativas. El motivo es que la reforma impugnada trasladaría esta facultad a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas⁶. Seguidamente, se entiende que, al afectar directamente a la composición propuesta por el Senado, en virtud del artículo 16.1 de la LOTC, se omite la reserva de ley orgánica que se establece para regular aspectos relativos al Tribunal Constitucional en el artículo 165 de la Constitución Española⁷. Adicionalmente, la limitación impuesta por la reforma al Senado, al obligarlo a elegir entre candidatos propuestos exclusivamente por las Comunidades Autónomas, reduciría la capacidad de los Senadores para ejercer plenamente su cargo, afectando a la función representativa del conjunto del pueblo español que desempeñan, contraviniendo el artículo 66.1 CE⁸. Por otra parte, la reforma mencionada contradice también el artículo 67.2 CE⁹ que establece que las Cortes no estarán ligadas por mandato imperativo. Finalmente, se plantea un escenario conflicto que surge de un posible bloqueo en la función constitucional del Senado para proponer Magistrados del Tribunal Constitucional, al no prever una solución para el caso de que las propuestas de las Comunidades Autónomas no cumplan con los requisitos exigidos o sean insuficientes, lo

⁶ “De esta forma, se afirma que la solución legislativa adoptada carece de fundamento constitucional por cuanto traslada el contenido del acto decisor a otros órganos, las Asambleas legislativas autonómicas, cuya regulación constitucional no incluye la capacidad de elevar candidaturas de miembros del Tribunal Constitucional y permite que, promovidas esas candidaturas, el Senado se vea obligado a aceptarlas sin barajar otras que provengan de las propuestas de sus miembros, los cuales se ven despojados de esa atribución, reduciendo de esta forma su capacidad para ejercer el cargo público senatorial. Todo ello se traduce en un menoscabo de la función representativa del conjunto del pueblo español que desempeña la Cámara Alta (art. 66.1 CE), en la infracción del art. 66.2 CE, por privar a una Cámara de las Cortes Generales de una competencia atribuida por la CE y en una vulneración de la prohibición del mandato imperativo del art. 67.2 CE” (STC 101/2008, antecedente segundo)

⁷ Art. 165 CE: “Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.”

⁸ Art. 66.1 CE: “Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.”

⁹ Art. 67.2 CE: “Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo.”

que podría llevar a la imposibilidad de renovar el Tribunal Constitucional adecuadamente afectando al precepto constitucional contenido en el artículo 23.2 CE¹⁰.

Con la exposición de los antecedentes, queda claro el dilema que se plantea al Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad. Para no exceder la línea de investigación del trabajo nos centraremos en el argumento relativo a la facultad que se le concede al Senado en el artículo 159.1 CE, pues sobre este se basa el argumento principal del Tribunal Constitucional para desestimar el recurso. En cuanto al resto de presuntos quebrantamientos constitucionales, son resueltos principalmente por los magistrados remitiéndose a los fundamentos jurídicos 15 y 16 de la STC 49/2008.

Para abordar el conflicto principal, el Tribunal acude a la técnica de interpretación conforme para determinar la constitucionalidad del artículo 184.7 RS, en aras del principio de conservación de la norma (STC 101/2008, fundamento jurídico 9.º)¹¹. La interpretación que realizan los magistrados en la postura a favor es como sigue. En primer lugar, respecto a la posibilidad de error en la idoneidad de los miembros propuestos por las asambleas, esgrimen en el fundamento jurídico 4.º que el artículo 184.7 no limita la facultad de control pues esta se deja en manos del Senado. Se autoriza la elaboración por la Comisión de Nombramientos del Senado de una propuesta que incluya tantos candidatos como puestos a cubrir a fin de que la misma sea sometida a la aprobación del Pleno, y la facultad conferida a dicha Comisión a fin de que pueda proponer candidatos distintos de los propuestos en sede autonómica, en el caso de que no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes. Seguidamente, se exponen otros argumentos respecto de las alegaciones que no tienen interés para el objeto del trabajo.

Se llega así a la cuestión esencial que guarda relación con el trabajo, que es precisamente la limitación del Senado a escoger sobre los candidatos propuestos únicamente¹². Se destaca del contexto proporcionado que los impugnantes argumentan

¹⁰Art 23.2 CE: “Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.”

¹¹ “En este caso, como se apreciará, dicha operación interpretativa, que encuentra su anclaje en el principio de conservación de la norma atendiendo a la presunción de constitucionalidad de la que goza por resultar emanada de un legislador democrático, resulta posible, pues no estamos aquí ante un supuesto en el que exista un conflicto evidente e insalvable entre el precepto reglamentario impugnado” (STC 101/2008)

¹² “Procede ahora analizar la tercera cuestión a la que antes nos hemos referido, esto es, la facultad atribuida a la Comisión de Nombramientos del Senado para incluir candidatos distintos de los inicialmente propuestos, previsión cuya funcionalidad responde a la necesidad de establecer una cláusula de cierre aplicable para el caso de que el sistema ordinario de elección, derivado de lo dispuesto en el art. 16.1 LOTC, no permitiera al Senado ejercer, conforme al art. 159.1 CE, su facultad de designación, cumpliendo de esa forma con su función constitucional” (STC 101/2008, fundamento jurídico 7.º)

que tal medida es inconstitucional, debido al posible estancamiento que enfrentaría el Senado, si el Pleno descarta la lista de candidatos propuesta por la Comisión de Nombramientos, quienes habrían sido elegidos previamente de los presentados por los Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas. El Tribunal resuelve centrándose en el proceso de elección de los magistrados que se propondrán. Según los magistrados a favor de la constitucionalidad, el proceso mantiene intacta la facultad de elección de esta cámara, a través de un marco que garantiza la idoneidad y transparencia. Primero, la cámara, se asegura de que los candidatos cumplan con los requisitos constitucionales y legales, estableciendo un filtro previo que garantiza su competencia, sin limitar las opciones de elección. Luego la valoración y propuesta realizada por la Comisión de Nombramientos, ofrece al pleno del Senado candidaturas verificadas y adecuadas, sin coartar la libertad de elección del Senado. Finalmente, la votación plenaria se rige por el principio de prohibición de mandato imperativo¹³, asegurando que cada Senador ejerza su voto libremente, según su juicio, lo cual refleja una elección auténtica y no restringida por influencias externas, subrayando la independencia y soberanía del Senado en la selección de los Magistrados.

En suma, se permite escoger fuera de los propuestos por las comunidades autónomas en el caso de que no se estimen candidatos suficientes por lo que la facultad constitucional del Senado no se ve rebajada por el precepto impugnado (184.7 RS):

“En relación con lo que acabamos de exponer, recordaremos que en la ya citada STC 49/2008 y en relación a lo que denominamos la primera fase o fase de propuesta de candidatos que corresponde realizar a los Parlamentos autonómicos, señalamos que los candidatos a Magistrado deben cumplir los requisitos exigidos constitucionalmente para poder desempeñar su función y que la elección de los Magistrados por parte del Senado no puede ser obstaculizada por la actuación de los Parlamentos autonómicos (FJ 9), circunstancia esta última que, ciertamente, sería evitada con la dicción literal del precepto impugnado, la cual permitiría a la Cámara reaccionar ante el supuesto, improbable pero no imposible, de que hubieran sido presentados menos candidatos que puestos a cubrir. *En tal supuesto entraría en juego la regla contemplada en el inciso final del art. 184.7 b) RS, de*

¹³ “...votación en la cual, en coherencia con la prohibición constitucional de mandato imperativo derivada del art. 23 CE, se expresa la libre facultad de la que han de gozar los Senadores para elegir a los Magistrados del Tribunal Constitucional, a fin de poner así término a un procedimiento en cuya fase inicial se ha previsto la participación autonómica.” (STC 101/2008, fundamento jurídico 7.º *in fine*)

forma que la Comisión de Nombramientos elevaría al Pleno del Senado una propuesta que incluiría candidatos surgidos de las propuestas formuladas en el seno de la propia Cámara” (STC 101/2008, fundamento jurídico 8.º) (el énfasis es añadido).

La polémica provocó diferentes votos particulares en contra del pronunciamiento mayoritario. De entre ellos, por conexión al hilo temático, nos centraremos en el voto particular del magistrado Delgado Barrio. Precisamente, para este magistrado el fundamento anteriormente señalado es una interpretación *contra legem*¹⁴ del precepto impugnado. En términos sencillos, para el magistrado, la voluntad del legislador se centra en la elección entre los propuestos por las de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Consecuentemente, en casos de insuficiencia, se reconduciría de nuevo a otra proposición por parte de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas hasta que los Senadores tengan la posibilidad de elegir entre los propuestos por ellos. Para aclarar el término de “suficiencia” nos remitimos al voto particular del magistrado Martínez de Hijas:

“El concepto candidaturas suficientes en el contexto normativo en el que se inserta se refiere inequívocamente al número de las candidaturas presentadas, y no puede entenderse referido, como se hace en la interpretación del mismo por la Sentencia, a la idoneidad de las candidatos [...] Esa pretendida extensión implica utilizar ese concepto, claro en su sentido primario, para amparar en él una facultad de rechazo de las candidaturas presentadas por los órganos a los que se les ha otorgado la facultad de propuesta, y a la postre para la consagración de la facultad del Senado de no elegir entre los candidatos presentados por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas lo que resulta directamente contrario al mandato del art. 16.1 LOTC, como ya he razonado antes”.

Definitivamente, puede reconocerse a los magistrados que estimaron la constitucionalidad, el intento de salvaguardar el precepto en aras del principio de

¹⁴ “Así las cosas, extender la “única” excepción prevista, que es la de la inexistencia de “candidaturas suficientes”, “presentadas en plazo”, como hace la Sentencia, a los casos en los que “no resulte posible cubrir todos o algunos de los puestos de Magistrado del Tribunal Constitucional por no obtener la mayoría de tres quintos los presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”, es, sencillamente, una maniobra interpretación *contra legem*: el evidente espíritu de la nueva normativa —elección “entre”— conduciría en tales casos a sucesivas propuestas autonómicas. Muy lejos de ello, la Sentencia salva la constitucionalidad del precepto recurrido —que establece la necesidad de elegir “entre”— remitiendo a la decisión del Senado que su elección se produzca “entre” o fuera de las candidaturas autonómicas” (Voto particular del magistrado Delgado Barrio, STC 101/2008)

conservación de la norma, no obstante, se deben considerar ciertos límites al respecto. El más relevante, es que el principio de conservación de la norma no ha de deslindarse de los preceptos legales meridianos (SSTC 22/1985, fundamento jurídico 5º; 222/1992, de 11 de diciembre, fundamento jurídico 2º). Más aún cuando el artículo 16.1 LOTC establece un mandato expreso que delimita al artículo 184.7 del reglamento del Senado. En este sentido, autores han señalado la defectuosa jurisprudencia que contiene la STC 101/2008:

“La LOTC acepta la legitimidad constitucional de ceder con carácter general a las comunidades autónomas la facultad de proponer candidatos para magistrados del Tribunal Constitucional, mientras que la segunda insiste en que la Constitución exige que en todo caso el Senado pueda nombrar sus propios candidatos si no le gusta la propuesta autonómica. Esta contradicción se hace especialmente llamativa si se tiene en cuenta que en el primer caso la atribución de la facultad de propuesta a las asambleas parlamentarias autonómicas la hacía una Ley Orgánica, mientras que en la Segunda era el propio Senado el que cedía facultades en su propio Reglamento, por lo que aparentemente el margen de acción era mayor. Sin embargo, la defectuosa técnica jurisprudencial resta visibilidad real a esta contradicción. Ni una ni otra dan respuesta a lo que se esperaba, estableciendo claramente en qué consiste la competencia de designación que contiene el art. 159.1 CE y cómo funciona” (Urías, 2010, p.240).

En conclusión, se ha observado que la interpretación del Tribunal Constitucional puede en ciertos casos desfigurar el verdadero sentido de la norma. En consecuencia, y alineado en el razonamiento de Delgado Barrio, la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desnaturalizar la voluntad del legislador mediante la manipulación de los enunciados legales, en este caso el 16.1 de la LOTC. En definitiva, como se ha tratado de explicar en el contenido de este trabajo no compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal (184.7 RS) y, por consecuencia, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo. Dicho de otro modo, la motivación con la que deben exponerse los pronunciamientos del Tribunal no debe situarse como una interpretación que posibilite la incorporación de finalidades normativas que no reflejen la voluntad del legislador.

Considero que esta forma de actuación deslegitima y contraviene la naturaleza que filosófica y legalmente caracteriza al garante supremo de la Constitución.

b) STC 31/2010

La sentencia aborda un conflicto significativo en el marco del Estado Autonómico español, centrándose específicamente en el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). Esta sentencia contaba con una considerable expectación por resolver un recurso de inconstitucionalidad contra una amplia parte de los artículos del EAC, siendo así una pieza clave en la evolución político-jurídica del Estado Autonómico en España. La controversia central giraba en torno a la posición y el papel de los Estatutos de Autonomía dentro del sistema constitucional español, especialmente en relación con su reforma y cómo esta afectaba al modelo territorial y competencial establecido por la Constitución.

El EAC, en particular, se consideraba un proyecto ambicioso que buscaba una profunda remodelación del modelo autonómico, sirviendo de modelo para otras autonomías e implicando un desafío directo a la interpretación constitucional del Tribunal Constitucional sobre las competencias autonómicas y la relación entre el Estado central y las Comunidades Autónomas (Pascual, 2011, pp. 504-505). Consecuentemente, el Tribunal Constitucional tuvo que determinar hasta qué punto el Estatuto, como norma institucional básica de una Comunidad Autónoma, podía definir su propio marco competencial y en qué medida esto se ajustaba a la Constitución española. Dada la extensión de la sentencia, nos centraremos en las manifestaciones centrales por las que el Tribunal Constitucional se posiciona en cierto modo como legislador positivo por el mecanismo de la interpretación conforme en aras del principio de conservación de la norma (Rodríguez, 2011, p.318).

Para comprender la crítica realizada por la mayoría de los votos particulares a los que se hará referencia y parte de la doctrina citará, debemos centrarnos en los términos que emplea el legislador en el propio EAC. En la siguiente cita de Raúl Canosa se muestra la relevancia del conflicto en cuestión, pues casi todos los votos particulares se sitúan en esta línea:

“Cierto es que la técnica de la interpretación conforme, consecuencia de tal presunción, ha sido llevada a sus límites en la STC 31/2010, y esto es lo que con tanta acritud denuncian casi todos los votos particulares”

Dada la extensión propuesta para este trabajo, de entre los numerosos conceptos que pueden llegar a ser contradictorios a la constitución, nos centraremos en el concepto de “nación” pues este parece ser el que ha creado una mayor polémica entre los magistrados y la doctrina acerca de la STC 31/2010. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que diversos preceptos del articulado de la ley llevan adjetivos como “nacional” o “nacionales” por lo que depurar el sentido del concepto “nación” comprendido resulta fundamental al ser, los adjetivos previamente mencionados, derivados de la misma palabra. Para mayor concreción del contexto conflictivo, nos centraremos en la reclamación de artículo 8 del EAC. Revisaremos primeramente la posición de la mayoría del Tribunal y, seguidamente, aquellas críticas provenientes de votos particulares y doctrina.

El término “Cataluña como nación” aparece por vez primera en el preámbulo del Estatuto. Sobre los efectos del preámbulo se leen posturas relevantes de la mayoría de la sala:

“Ciertamente hemos repetido desde la STC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 2, que un preámbulo no tiene valor normativo, siendo por ello innecesario, y hasta incorrecto, hacerlo objeto de una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva de una Sentencia de este Tribunal (ibid.). Esa carencia de valor normativo tiene como consecuencia, en efecto, que, como afirmamos en la STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 2, los preámbulos no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad (SSTC 36/1981, fundamento jurídico 7; 150/1990, fundamento jurídico 2; 212/1996, fundamento jurídico 15; y 173/1998, fundamento jurídico 4)” (STC 31/2010, Fundamento Jurídico 7º).

En definitiva, se establece que el preámbulo carece de efecto normativo. No obstante, al hilo de las sentencias que el tribunal cita, el tribunal profundiza aún más en el valor real de los conceptos contenidos en dicho preámbulo. En términos sencillos, aunque no prescriben efectos jurídicamente obligatorios ni poseen el valor preceptivo de las normas de Derecho, tienen un valor jurídico cualificado en tanto que pautas de interpretación de dichas normas. Su valor se centra en su papel como criterio hermenéutico, sirviendo como una herramienta esencial para los intérpretes del Derecho, más que para aquellos sujetos a una conducta específica. Esto se debe a que el preámbulo articula las razones y objetivos que fundamentan la acción legislativa, ofreciendo así una

guía relevante para interpretar adecuadamente el sentido y alcance de la normativa (STC 31/2010, Fundamento Jurídico 7°).

Ya delimitados los efectos, correspondía al tribunal delimitar cuál sería su actuación de acuerdo con lo contenido en el preámbulo, sobre ello, el tribunal se posiciona firmemente:

“En lo que hace al preámbulo de un Estatuto de Autonomía, es evidente que su condición de interpretación cualificada nunca podrá imponerse a la que, con carácter privativo y excluyente y con verdadero alcance normativo, sólo puede predicarse de la autoridad interpretativa de este Tribunal, es decir, a su condición de intérprete supremo de la Constitución y, con ella, de todas las leyes en su contraste con la Norma fundamental como condición para el enjuiciamiento de su validez” (STC 31/2010, Fundamento Jurídico 7° *in fine*).

El Tribunal Constitucional enfatiza que sus resoluciones y la interpretación que justifica el juicio sobre la validez de una norma deben basarse en su autoridad interpretativa. Lo que implica que cualquier interpretación derivada del preámbulo del Estatuto que se considere inconstitucional, por sugerir un fundamento o alcance que contradiga la subordinación del Estatuto a la Constitución, debe ser rechazada. De esta manera, se le priva al preámbulo del valor jurídico que característicamente posee, es decir, su condición de interpretación cualificada, en aquellos puntos donde dicha interpretación sea considerada inadmisibles desde el punto de vista constitucional. Básicamente, rechaza la imposición interpretativa respecto al Tribunal por su condición de intérprete supremo y, de forma criticada por votos particulares, altera el orden lógico para realizar el juicio de constitucionalidad:

“Tales conceptos y categorías son los derechos históricos, la nación y la ciudadanía, todos ellos formalizados, efectivamente, en diversos preceptos del Estatuto que en conexión con aquéllos también han sido objeto de una impugnación expresa. Ha de ser, por tanto, al hilo del enjuiciamiento de tales preceptos cuando nos pronunciemos también sobre la interpretación de los mismos que eventualmente cupiera deducir de los referidos párrafos del preámbulo y cuando, en consecuencia, de concluir que dicha interpretación es constitucionalmente inadmisibles, privemos al preámbulo, en ese punto, del valor jurídico que le es característico, esto es, de su condición de interpretación cualificada” (STC 31/2010, Fundamento Jurídico 7° *in fine*).

Establecida la posición inicial del Tribunal, se debe ahora acercar su aplicación al caso concreto respecto al juicio de constitucionalidad del artículo 8 del Estatuto. Fue objeto de impugnación, ya que se refiere a la calificación de los símbolos de Cataluña como “nacionales”. Los recurrentes argumentan que este calificativo sugiere directamente la existencia de una “nación catalana”, lo cual consideran incompatible con el principio de unidad e indivisibilidad de la Nación española, fundamento de la Constitución según se establece en el artículo 2 de la Carta Magna. Esta interpretación se ve reforzada, según los recurrentes, por la mención en el preámbulo del Estatuto a la condición de “Cataluña como nación”, previamente mencionada (STC 31/2010, Fundamento Jurídico 12). Ya en los antecedentes, se observa la importancia del análisis que el tribunal realiza respecto del preámbulo.

La alteración del orden lógico de constitucionalidad se produce pues se hace referencia primeramente a lo contenido en el artículo 1 del Estatuto. De tal forma el tribunal se pronuncia diciendo:

“Sin embargo, cabe interpretar, de acuerdo con la Constitución, que con la calificación como nacionales de los símbolos de Cataluña se predica únicamente su condición de símbolos de una nacionalidad constituida como Comunidad Autónoma en ejercicio del derecho que reconoce y garantiza el art. 2 CE, pues así expresamente se proclama en el art. 1 EAC y se reitera en el art. 8 EAC. Se trata, en suma, de los símbolos propios de una nacionalidad, sin pretensión, por ello, de competencia o contradicción con los símbolos de la Nación española. [...]

Por todo ello, los términos nación y realidad nacional referidos a Cataluña, utilizados en el preámbulo, carecen de eficacia jurídica interpretativa, lo que dada la especial significación de un preámbulo estatutario así se dispondrá en el fallo; y el término nacionales del art. 8.1 EAC es conforme con la Constitución interpretado en el sentido de que dicho término está exclusivamente referido, en su significado y utilización, a los símbolos de Cataluña, definida como nacionalidad (art. 1 EAC) e integrada en la indisoluble unidad de la nación española como establece el art. 2 CE, y así se dispondrá en el fallo (STC 31/2010, Fundamento Jurídico 12).

En consecuencia, se juzga constitucional el artículo 8 ya que el término nacionales se interpreta no conforme al preámbulo sino al artículo 1 EAC que sí se comprende dentro de los términos constitucionales, remarcando su sometimiento a la norma suprema,

contenidos en el artículo 2 de la Constitución Española. Entrando con la posición de los magistrados críticos con la sentencia, Martín de Hijas establece relacionado con el preámbulo que:

“En el juicio sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un precepto (cuando sobre el particular puede suscitarse una duda), creo que el paso inicial indispensable, de carácter meramente lógico- jurídico que no todavía de ponderación constitucional de su validez, debe consistir en determinar su sentido normativo. Y es ahí, en esa operación puramente lógica de la interpretación, donde creo que puede, y debe, operar como clave de interpretación el preámbulo del texto legal en el que el precepto se inserta. Por ello estimo que el análisis de la conformidad a la Constitución de la clave hermenéutica a utilizar debe preceder al uso de dicha clave; pues en el caso de que la misma se considere contraria a la Constitución, el sentido normativo del precepto que pudiera establecerse en función de dicha clave resultaría ya de partida descalificado y excluido.

Posponer el juicio sobre la clave de interpretación al del precepto respecto del que, en su caso, pudiera proyectarse, supone, a mi juicio, no sólo invertir el orden lógico aconsejable, sino realizar una operación intelectual rigurosamente inútil” (STC 31/2010)

En definitiva, establece que retrasar la interpretación al artículo 1 del EAC es un error del criterio de la interpretación conforme porque el preámbulo contiene un sentido normativo que manifiesta la voluntad del legislador. Desde mi punto de vista, en línea con el voto particular, me parece algo confuso y no del todo convincente simplemente decir que ciertas partes del preámbulo no tienen poder interpretativo si no se ha establecido claramente de antemano que son incompatibles con la Constitución. Esto sería posible si previamente, debido a su contradicción con la Constitución, se determina que estos pasajes carecen de valor jurídico para interpretar. Como critica precisamente Rodríguez Arribas en la conclusión de su voto particular:

“La expresión del carácter contrario a la Constitución de los párrafos del preámbulo sobre derechos históricos, nación y realidad nacional, debió constar en el fallo de la Sentencia, junto con la declaración de su carencia de valor jurídico interpretativo y debió declararse además la inconstitucionalidad, al menos, de la frase “también en los derechos históricos del pueblo catalán” del art. 5, del adjetivo “nacionales” referido a los símbolos de Cataluña, del art. 8.1, y

formularse, también al menos, interpretaciones conformes con expreso llamamiento desde el fallo”. (STC 31/2010)

De nuevo, se vuelve a lo mismo, una interpretación que realiza el tribunal y de forma lógica no se alinea con la voluntad del legislador. Nótese la postura del magistrado en contra de la constitucionalidad del artículo 8.1, que se está analizando en este momento del trabajo. La interpretación del término “nacionales” no puede ser otra que la proveniente del concepto de “Cataluña como nación ya que “nacionales” se entiende como proveniente de “nación” y la que se ha referido en el texto legal es la catalana.

En estos términos se posiciona de manera excepcional el catedrático Luciano Parejo Alonso:

“Y, finalmente, bordea los límites de la jurisdicción del Tribunal Constitucional al afirmar la validez y, por tanto, la vigencia del artículo 8 del Estatuto en unos términos que, según él mismo, no se corresponden con la finalidad, el sentido y el alcance con los que fue establecido por el legislador estatutario. En suma, en este punto el Tribunal Constitucional no ha cumplido adecuadamente su función de depuración del ordenamiento jurídico, pues —dada la estrecha relación entre preámbulo y prescripción estatutarios— sólo eran posibles dos pronunciamientos sobre el bloque formado por ambos: o era inconstitucional por no ser susceptible de una interpretación conforme con la norma fundamental o era constitucional por serlo. Lo que no parece de recibo es la tercera vía seguida, que —gracias a la separación de los elementos del expresado bloque— opera el milagro de la simultánea inconstitucionalidad y constitucionalidad del Estatuto (lo primero en su preámbulo y lo segundo en su art. 8, con el contenido a él atribuido por el propio Tribunal Constitucional)” (Valdés et. al, 2010, p.51).

En consecuencia, por la línea argumental que ha venido defendiendo este trabajo de fin de grado me veo obligado a coincidir en este punto. De forma sencilla, lo que se está defendiendo en estos momentos, es evitar que, mediante la técnica de la interpretación conforme, se reconstruyan preceptos que nada tienen que ver con la voluntad legislativa. Merece mención la propuesta del pronunciamiento en bloque de la constitucionalidad. De nuevo, el alterar el orden de interpretación parece que genera incongruencias en la sentencia. Dada la estrecha relación entre los preceptos impugnados del preámbulo y el articulado solo cabría una manifestación en bloque de los mismos y

no una separación en partes que genera una suerte de milagro por la simultánea inconstitucionalidad y constitucionalidad del estatuto.

En línea con la doctrina citada y el voto particular de Martín de Hijas se concluye que, en la sentencia, se da el uso inadecuado de la técnica de la interpretación conforme. Este mecanismo incurrió en excesos que generan riesgos en la Sentencia, de tal forma puede hacerse el reproche de que el tribunal “rehízo” el Estatuto enjuiciado en puntos nucleares del mismo, transformándolo en otro, para salvar su constitucionalidad. Esto es lo que hemos denominado en el trabajo como la transición de legislador negativo a positivo.

c) STC 148/2021

El contexto que rodea esta sentencia es de sobra conocido y son recientes los antecedentes que dieron lugar a la situación pandémica vivida en el país. Ante la situación complicada que se derivó del aumento de los casos de contagio, se debían instaurar medidas de forma eficiente. En consecuencia, se utilizó el mecanismo del estado de alarma mediante la promulgación del Real Decreto 463/2020 que no ha estado exento de polémica.

La STC 148/2021, trata diversos aspectos que, si bien tienen interés jurídico-constitucional, se alejan del análisis específico que persigue este trabajo. En particular, nos centraremos sobre la parte que “resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra las siguientes disposiciones. En primer lugar, contra los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto (RD) 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19” (Álvarez Vélez, 2022, p.554). Mediante dicho Real Decreto, se constituyó un estado de alarma, (artículo 116 CE¹⁵) que tuvo efectos en ciertos derechos

¹⁵ Art. 116 CE: “1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende

fundamentales cuyo grado de afectación es relevante a la hora de determinar la constitucionalidad de ciertos apartados del Real Decreto 463/2020. Como añadido al artículo anterior, cobra especial relevancia el 55 CE¹⁶ relativo a la suspensión o limitación de derechos fundamentales a través del mecanismo del estado de excepción o el estado de alarma.

En definitiva, se plantea si las limitaciones impuestas por el Real Decreto son suspensivas de los derechos fundamentales o más bien restrictivas pues esta distinción determinará la procedencia o no del estado de alarma. Aunque no es el núcleo esencial de lo que se quiere plantear, cabe mencionar ejemplos de los argumentos sobre el grado de afectación a los derechos fundamentales para entrar en situación. Por ejemplo, respecto al derecho de libre circulación reconocido en el artículo 19 CE, el Tribunal considera que las disposiciones son suspensivas pues se parte de la anulación general del derecho y luego se establecen excepciones:

“Tal restricción aparece, pues, más como una “privación” o “cesación” del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una “reducción” de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito

y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.”

¹⁶ Art. 55 CE: “1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.”

(personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas “las personas”, y por cualquier medio. La facultad individual de circular “libremente” deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto. De este modo, cualquier persona puede verse obligada a justificar su presencia en cualquier vía pública, y podrá ser sancionada siempre que la justificación no se adecue a lo previsto en las disposiciones del real decreto” (STC 148/2021, fundamento jurídico 4.º)

En consecuencia, según el Tribunal, una restricción tan intensa no podía llevarse a cabo bajo el amparo del estado de alarma. Siguiendo la teoría del legislador negativo, el Tribunal debería haber acotado su respuesta a este nivel con motivación jurídica suficiente. No obstante, en este caso, añade que debería haberse decretado el estado de excepción y no el de alarma (Álvarez Vélez, 2021). Como prudente y acertadamente señala, en mi opinión la profesora M^a Isabel Álvarez Vélez:

“En un asunto de tanta relevancia como es este, hubiera sido preferible que el Tribunal limitara su actuación estimando o no si efectivamente las medidas tomadas por el Gobierno podían ser inconstitucionales en un estado de alarma, pues peligroso es adentrarse en un terreno problemático y en el que la doctrina tampoco se ha manifestado de manera unánime” (2021, p. 555)

Según el razonamiento de la autora, el cual comparto, el Tribunal Constitucional se excedió al entrar en el debate de la medida idónea tal y como señalan ciertos votos particulares. De entre ellos, destaca el voto particular del magistrado Cándido Conde-Pumpido donde discrepa en varios puntos. Ya se ha señalado, que la motivación jurídica sobre si existió o no una suspensión de derechos fundamentales puede ser debatida siguiendo diferentes teorías que concluyen en posiciones contrarias. A pesar de su interés constitucional, de nuevo excede los límites de este trabajo de fin de grado y no se estudiará aquello que interpreta el magistrado como suspensión o limitación de derechos. En cambio, las siguientes líneas se centrarán en su dura crítica al comentario que realiza el Tribunal en el fundamento jurídico 11.

En dicho fundamento jurídico, se señaló que “cuando la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas; saturan los servicios sanitarios (hasta temer por su capacidad de afrontar la crisis) y no permiten mantener con normalidad ni

las actividades educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional [...] no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción” (STC 148/2021, fundamento jurídico 11). Se desprende del contenido citado, la mención al activismo del Tribunal¹⁷ que criticaba Álvarez Vélez (2011, p.556). Volviendo al voto particular de Conde-Pumpido, al respecto del fundamento jurídico 11, utilizará una aseveración que ya fue vista en el ejemplo anterior: la interpretación *contra legem*, del artículo 4 Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y de sitio¹⁸. Como se verá, el magistrado da una explicación sólida con este argumento y, adicionalmente, cita un auto anterior en el que no se realiza una interpretación trasladable al concepto de orden público que defiende el Tribunal en esta ocasión. La tesis defendida por el magistrado en contra considera que la interpretación se aleja del sentido de la norma por varios motivos:

“La sentencia de la mayoría [...] propone realizar una interpretación original fundada en lo que denomina una interpretación evolutiva —que no es otra cosa que una interpretación *contra legem* contraria a la voluntad explícita del legislador al que el art. 116.1 de la norma fundamental ha remitido explícitamente la regulación de la materia—, y que implica que la situación producida por la pandemia hubiera permitido la declaración de un estado de excepción, atendiendo a las circunstancias realmente existentes, más que a la causa primera de las mismas; legitimando con ello lo que la sentencia considera una suspensión de derechos.”

Según el magistrado Conde-Pumpido, las cortes en la redacción de la LOAES quisieron evitar una distinción gradualista entre el estado de alarma y estado de excepción. En definitiva, los supuestos que permiten declarar el estado de alarma son

¹⁷ En palabras de Aragón Reyes (1988, p.40) ese actuar puede provocar, lisa y llanamente, un activismo del Tribunal incompatible con el principio democrático, puesto que es el legislador (y no el Tribunal) el poder constituido llamado a proyectar (que no es exactamente desarrollar) legislativamente la Constitución [...] y el legislador no es poder constituyente, pero el Tribunal tampoco”

¹⁸ Art. 4 LOAES: “El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad.

a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.

c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.”

distintos a los que dan lugar al estado de excepción (clasificación esencialista). A este último le queda reservado su preferencia para las alteraciones graves del orden público. Precisamente, tras hacer esta apreciación, la crítica se debe dirigir hacia la interpretación realizada de “orden público” por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 11 al que ya se ha hecho referencia. Este aspecto resulta preocupante ya que la interpretación incluida en dicho fundamento jurídico es contraria a la jurisprudencia constitucional reciente. Específicamente, en el caso del ATC 40/2020¹⁹, el Tribunal manifestó claramente que las restricciones impuestas durante el estado de alarma no buscaban preservar el orden público, sino proteger la salud y la integridad física de las personas. Esta postura subraya una interpretación más limitada del orden público que la realizada en la STC 148/2021, restringiéndolo a situaciones que perturban directamente la paz social o la seguridad del Estado, y no abarcando las emergencias de salud pública. En consecuencia, marcando un notable cambio de criterio o *overruling* respecto a la postura que sostenía unos meses atrás del Tribunal.

Este cambio de interpretación también plantea serias preocupaciones sobre la coherencia y la legitimidad de la doctrina jurisprudencial. La preocupación se acentúa cuando tales cambios no son explícitamente reconocidos o adecuadamente justificados, lo que puede interpretarse como una falta de transparencia y una erosión de la confianza en el sistema constitucional. En suma, según el magistrado Conde-Pumpido la propuesta de declarar un estado de excepción para combatir una pandemia, suspendiendo derechos fundamentales, contrasta con la decisión del poder legislativo al que a la Constitución remitió para desarrollar estos preceptos. El legislador *a priori* no contempló la suspensión de derechos fundamentales en escenarios de crisis sanitaria sin que concurriera la alteración clara del orden público.

En consecuencia, el efecto jurisprudencial de la interpretación expansiva de orden público puede suponer la asunción del Tribunal de un rol de legislador positivo que se manifiesta en primera instancia en la declaración de inconstitucionalidad. La segunda instancia de los efectos sería sufrida por los ciudadanos ya que la sentencia establece un precedente que podría justificar futuras restricciones de derechos fundamentales bajo una gama más amplia de circunstancias. Este enfoque abre la puerta a posibles abusos de

¹⁹ ATC 40/2020: “No se trata aquí de garantizar del orden público o de asegurar la no alteración del orden público. Tampoco la declaración del estado de alarma se ha basado en la preservación del orden público, sino en la garantía del derecho a la integridad física y la salud de las personas”

poder, donde las emergencias sanitarias o de otro tipo podrían ser utilizadas como pretexto para eludir el proceso democrático y los controles constitucionales²⁰.

Se debe reconocer que, sobre el análisis jurídico de la procedencia del estado de alarma, caben numerosas perspectivas que llevarían a diferentes conclusiones. No obstante, recordando el escrito de la profesora Álvarez Vélez, ni siquiera debía haber surgido el debate jurídico explicado en el seno del Tribunal Constitucional. Para la respuesta a la demanda, el núcleo esencial consistía en la determinación de si las cláusulas del Real Decreto 463/2020 que afectaban a ciertos derechos fundamentales eran suspensivas o limitativas de los mismos. De tal manera, se llegaría a concluir una constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma legal ciñéndose a su papel de legislador negativo. Ello no quiere decir que se deba realizar una labor con escaso contenido jurídico, sino todo lo contrario, la motivación de los pronunciamientos es fundamental para la seguridad jurídica de los ciudadanos. No obstante, esa motivación no debe dar lugar a interpretaciones generadoras de derechos que desvirtúen la finalidad prevista por el legislador; entendiendo la ley como manifestación de la voluntad popular. Finalmente, ante esta situación, considero oportuno realizar una remisión al poder de las Cortes para realizar un esfuerzo aclaratorio en artículos legales que impliquen un amplio espectro interpretativo que pueda deslegitimar el control de la constitucionalidad.

²⁰ Sobre esta afirmación, el voto particular Conde-Pumpido dice que: “Bajo mi punto de vista lo que sería radicalmente contrario a la Constitución sería, precisamente lo que nos propone la sentencia: declarar el estado de excepción —suspendiendo derechos fundamentales y, por ende sus garantías constitucionales— para luchar contra una pandemia, pues el propio poder constituyente, a través de la remisión que ha realizado al legislador orgánico de excepción, ha decidido que en el caso de pandemias, y cuando no se produce una alteración del orden público, no se puedan suspender los derechos fundamentales. (STC 148/2021)

6. CONCLUSIONES

Primera. La introducción desde la filosofía del derecho ha facilitado la comprensión de la naturaleza que deben tener aquellos organismos dedicados al control de la constitucionalidad que cuenta con una base Kelseniana, principal propulsor del modelo de justicia constitucional europeo.

Respecto a este modelo, se han mostrado las posibles discrepancias que pueden surgir en el ejercicio de su función de control para el estado democrático de derecho. En particular, la función del legislador negativo parece no ser posible con el concepto de ley proveniente de la voluntad popular. A su vez, desde su afectación al estado democrático, la politización del garante constitucional deslegitima su función *ab initio*, de ahí, se sitúa un dilema bidireccional que ha sido resuelto por un argumento relacionado con la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución la supremacía de la norma fundamental.

Segunda. La revisión crítica tanto del Tribunal de Garantías (1931) como del Tribunal Constitucional (1978) permite percibir una evolución positiva. Especialmente, por la mejor demarcación de su naturaleza como órgano de depuración del sistema y una composición formada con personal jurista de renombre.

Como antecedente histórico, si bien el Tribunal de Garantías trasladó el pensamiento Kelseniano, la naturaleza que debía tener no fue realmente comprendida y pasó a ser una instancia final más que casacional. Adicionalmente, la tipificación del proceso de selección y características de los magistrados elegibles no se encontraba alineada con las facultades que se le entregaban. En consecuencia, los pronunciamientos del Tribunal a pesar de la motivación jurídica pueden ser cuestionados por la posible falta de neutralidad que existe desde el origen. Afortunadamente, se remediaron errores del pasado y nuestro actual Tribunal Constitucional se corresponde considerablemente más al pensamiento de Hans Kelsen. Esa afirmación se apoya en el estudio de su naturaleza que emana de la Constitución y jurisprudencia del propio Tribunal. Adicionalmente, se cuenta con magistrados con amplios conocimientos que son capaces de abordar con precisión jurídica las labores que se les asignan. En este apartado se aprovecha para realizar una revisión crítica de los votos particulares en relación con su encaje con el sistema democrático.

Tercera. Si bien los preceptos constitucionales y la jurisprudencia parecen claros en su posición, la práctica ha mostrado en ocasiones una evolución del tribunal de legislador negativo a legislador positivo. Las sentencias donde se utiliza la interpretación conforme en aras del principio de conservación de la norma llevan, en ciertas ocasiones, a olvidar la intención del legislador reconstruyendo, por tanto, un nuevo precepto legal y deslegitimando al Tribunal. El voto particular ha servido en estos momentos como promotor del debate jurídico y señal de alarma para el resto de los componentes del Tribunal.

En el capítulo final, se expusieron tres sentencias donde diversos votos particulares han mostrado una extralimitación de competencia en el papel de la interpretación constitucional. En la STC 101/2008, se pone de manifiesto que la solución ofrecida por el Tribunal parte de una interpretación *contra legem*. Se llega a esa situación por un abuso del principio de conservación de la norma en la que la voluntad del legislador se malinterpreta. De tal forma, podría decirse que se genera otra diferente pues la finalidad no es la perseguida.

Respecto de la STC 31/2010, sucede algo similar y se incluye otro conflicto jurídico relacionado con los efectos del preámbulo. Dados los requisitos de extensión del trabajo, se ha puesto el foco del conflicto en cómo se entiende y aplica el concepto de “nación” dentro del marco constitucional español, especialmente en lo que respecta a las autonomías, y cómo este concepto se interrelaciona con los símbolos considerados “nacionales” dentro del EAC. El estudio es claramente ejemplificativo de una interpretación forzada que no entra a la determinación de constitucionalidad del preámbulo y se basa, a mi parecer de forma forzada en el sometimiento constitucional recogido en el artículo 1 EAC.

El argumento que defiende este TFG se sitúa en la posición doctrinal y jurisprudencial crítica con la sentencia. Se concluye que dada la conexión intrínseca entre el preámbulo y el cuerpo del Estatuto, solo cabían dos interpretaciones posibles. Por un lado declararlo en bloque inconstitucional al no ajustarse a la Constitución o constitucional por cumplir con esta. La opción tomada, que constituye una tercera opción, resulta problemática al lograr que, mediante la distinción entre sus componentes, el Estatuto sea considerado simultáneamente inconstitucional en su preámbulo y constitucional en su artículo 8, según la interpretación dada por el propio Tribunal. En definitiva, el Tribunal Constitucional, no ha cumplido efectivamente su función de depuración del ordenamiento jurídico al

crear mediante una “reconstrucción” un nuevo estatuto que no refleja la voluntad legislativa.

Por último, en la STC 148/2021 sobre la inconstitucionalidad del estado de alarma, se ha observado una manifestación más preocupante si cabe. En este caso, se apreció un activismo del Tribunal que lleva a una posible interpretación *contra legem* sobre un aspecto jurídico que no puede enmarcarse dentro de su actuación como legislador negativo. Adicionalmente, con este pronunciamiento no vinculado a sus funciones se ha sentado un precedente que puede afectar a la seguridad jurídica de los ciudadanos que conforman nuestra nación. En consecuencia, ambas sentencias constatan la asunción del Tribunal Constitucional de competencias pertenecientes a un legislador positivo.

En definitiva, algunas sentencias interpretativas son proclives a generar situaciones de este tipo que deslegitiman al garante de la supremacía constitucional. De ello, se hace un llamamiento a los magistrados del Tribunal Constitucional para que, por un lado, no se desvirtúe la finalidad perseguida por el legislador en aras del principio de conservación de la norma y, por otro, que se conciencien en la importancia de su naturaleza como legislador negativo para evitar pronunciarse innecesariamente sobre asuntos conflictivos, incluso contradiciendo reciente jurisprudencia del propio Tribunal, que puedan sentar precedentes. Por la parte que compete al poder de las Cortes, se pide prudencia y claridad en los textos legales para acotar la labor interpretativa del Tribunal Constitucional y realizar una manifestación expresa de la voluntad legislativa.

BIBLIOGRAFÍA

Obras doctrinales- por orden alfabético.

Álvarez Vélez, M. I. (2022). Alarma y pandemia: problemática jurídico-constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional. *Revista de las Cortes Generales*, (111), 547-574.

Álvarez Vélez, M. I., & Alcón Yustas, F. (2007). Reflexiones en torno a las modificaciones de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Álvarez García, H. (2011). La naturaleza política del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española.

Aragón Reyes, M. (1988). La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24, pp. 9-46.

Araujo, J. O. (2010). El recurso de amparo en la Segunda República Española (1931-1936) y la posterior guerra civil (1936-1939). *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (14), 323-346.

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

Castro, J. L. C. (1986). La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (17), 171-185.

de Miguel Bárcena, J. (2022). Kelsen y nuestro mundo constitucional. *Letras Libres*, (246).

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

García-Pelayo, M. (1981). El "status" del Tribunal Constitucional. *Revista española de derecho constitucional*, (1), 11-34.

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.

Llorente, F. R. (1982). Del Tribunal de garantías al Tribunal constitucional. *Revista de derecho político*, (16).

Marún, J. A. E. (2011). El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales. Esbozo de una propuesta de solución. *Estudios de Deusto*, 59(2), 63-93.

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

- Pascual, M. I. G. (2011). La posición de los Estatutos de Autonomía en el sistema constitucional (Comentario a la STC 31/2010 de 28 de junio de 2010). *Teoría y realidad constitucional*, (27), 503-517.
- Rivas, J. J. G. (1982). *La justicia constitucional: derecho comparado y español*. Universidad Complutense de Madrid (Spain).
- Rodríguez, P. R. (2011). La posició del Tribunal Constitucional espanyol després de la Sentència 31/2010. *Revista catalana de dret públic*, (43).
- 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.
- Nieto, E. H. (2021). La justicia constitucional como legislación: Schmitt contra Kelsen en el siglo xxi. *Ius et Praxis*, (052), 163-173.
- Roca, M. A. (1991). La razón principal del fracaso del TGC. *THEMIS: Revista de Derecho*, (20), 7-12.
- Valdés, R. L. B., *et al.* (2011). Encuesta sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio (Estatuto de Autonomía de Cataluña). *Teoría y realidad constitucional*, (27), 11-129.

Jurisprudencia- por orden de aparición en el texto.

Auto del Tribunal Constitucional de 5 de noviembre 83/1980.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de mayo 58/2004.

Auto del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre 275/1987.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio 101/2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio 31/2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de julio 148/2021.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero 22/1985.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre 222/1992.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de abril 49/2008.

Auto del Tribunal Constitucional de 30 de abril 40/2020.

Legislación- por orden de aparición en el texto.

Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978).

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE 5 de octubre de 1979).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE 2 de julio de 1987).

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. (BOE 5 de junio de 1981).

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. (BOE 20 de julio de 2006)

Texto refundido del Reglamento del Senado 3/1994 aprobado por la Mesa del Senado, oída la Junta de Portavoces (BOE 13 de mayo de 1994).

Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 14 de marzo de 2020).