

*Grau en Dret*  
Treball de fi de Grau (21067/22747)  
Curs acadèmic 2022-2023

**El valor de la *neutralitat* i l'influx ideològic en la tasca  
exegètica de la jurisdicció constitucional**

Arnau Gaspà Ortiz  
231131

Tutor del treball:  
Prof. Dr. Marc Carrillo López



## **DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT**

Jo, Arnau Gaspà Ortiz, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en soc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Com a autor/a de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en qualsevol altra plataforma digital creada per o participada per la Universitat, d'accés obert per Internet. Aquesta autorització té caràcter indefinit, gratuït i no exclusiu, és a dir, sóc lliure de publicar-la en qualsevol altre lloc.

Arnau Gaspà Ortiz

Lladorre, a 29 de maig de 2023

## RESUM

Transcorregut més d'un segle des de la primeríssima aparició d'un òrgan de control concentrat de constitucionalitat de les lleis i l'important desplegament teòric de l'obra de Kelsen, s'assisteix a un context on la jurisdicció constitucional és té, tot i que no exempta de crítica, per una realitat perenne i quasi inherent a l'existència del propi Estat. En aquest punt, bona part de l'escepticisme social vers el Tribunal Constitucional recau en un pretès excés de zel i abús en llur composició i decisions a resultes d'un procés de contaminació política i ideològica.

En conseqüència, el present treball interessa una anàlisi exhaustiva i completa sobre la naturalesa i la funció de la justícia constitucional, els fonaments de la qual han avançat notablement des de la teoria construïda per Kelsen avui fa més d'un segle. Ensenms, s'abordarà la complicada conciliació en el si de la institució d'idees tals com el pluralisme polític, la indeterminació del text constitucional i la saó d'independència d'un òrgan jurisdiccional a partir d'una teoria de la neutralitat de la justícia constitucional.

Partint de la premissa que la ideologia és indissociable al propi projecte i text constitucional i, ensenms, irradia les seves disposicions, es proposa indagar sobre fins a quin punt aquest influx és determinant en les decisions del Tribunal Constitucional, sigui pel procés, llur composició, el *litis* objecte de resolució o la influència que sobre aital òrgan projecten les teories de la democràcia militant i de la intransigència constitucional.

## **Índex de continguts.**

<b>I. INTRODUCCIÓ.</b>	<b>1</b>
<b>II. EL NEXE ENTRE IDEOLOGIA I NEUTRALITAT.</b>	<b>2</b>
A. El text programàtic.	5
B. <i>Über verfassungswesen</i> , Ferdinand de Lassalle i la funció ideològica dels textos constitucionals.	6
<b>III. APUNTS SOBRE EL CARÀCTER JURISDICCIONAL O POLÍTIC DE LA JUSTÍCIA CONSTITUCIONAL I LES SEVES IMPLICACIONS I EFECTES EN LA FUNCIO INTERPRETADORA.</b>	<b>9</b>
A. El debat en els seus orígens: Kelsen i Schmitt.	9
B. El caràcter del Tribunal Constitucional conforme el Títol IX de la Constitució espanyola de 1978.	16
C. Ideologia de la interpretació i ideologia en la interpretació. Un apunt sobre la neutralitat dels jutges constitucionals.	20
<b>IV. L'HERMENEUTA MORAL. UNA ANÀLISI DEL TERME DEMOCRÀCIA MILITANT.</b>	<b>25</b>
A. Origen i justificació.	25
B. Sobre els límits de la tolerància: l'estat de la democràcia militant a Espanya.	28
<b>V. CONCLUSIONS.</b>	<b>35</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFIA CITADA.</b>	<b>38</b>

## I. Introducció.

De conformitat amb l'enunciat que serveix de títol a la present monografia s'extreu que aquest treball pivota sobre tres elements fonamentals de la teoria de la constitució. Així, el principal propòsit rau en l'examen de la pròpia constitució en tant que norma fonamental, la suprema interpretació que de la mateixa s'encomana a una jurisdicció *ad hoc* i els influxos ideològics que pesen sobre totes dues parts, això és, la interacció d'un determinat esperit o ideals sobre el text constitucional per part del poder constituent i la lectura o exegesi parcial de la *norma normarum* que pugui fer-se per part de l'òrgan encarregat d'interpretar-la.

Fixades les anteriors bases, es dedica la primera part del treball a inquirir sobre la veritable existència d'una intromissió ideològica en els projectes constitucionals i, un cop aquests són aprovats, els textos definitius que han de servir de base per a la regulació dels poders de l'Estat i els drets i les llibertats dels ciutadans. A més, es pretén introduir el valor de la neutralitat en relació amb la ideologia subjacent a la Constitució i s'intenta valorar de quina forma aquesta propietat es projecta —i irradia— sobre el text, els drets que emanen del mateix, les polítiques a desenvolupar per part dels poders públics i, en darrer terme, la jurisdicció constitucional, allà on aquesta sigui una realitat.

En segon terme, bona part del gruix de la investigació correspon al debat sobre l'existència, la necessitat i la dimensió que comprèn la justícia constitucional —en forma de Tribunal— i com la discussió doctrinal relativa al seu caràcter polític o judicial deixa entreveure la problemàtica identificada com a objecte d'estudi, a saber, l'aparentment complicada avinença entre la interpretació ideològica de la constitució i el valor de la neutralitat política i exegetica. De fet, és en aquest punt que aflora la principal crítica social i pública que en l'actualitat es dirigeix vers la composició i la *ratio decidendi* de les sentències del Tribunal Constitucional, circumstància que també ens serveix per a formular una crítica més fonamentada respecte de les dificultats que enfronta la jurisdicció constitucional a dia d'avui. Clou el segon apartat l'anàlisi de la ideologia *de* la interpretació<sup>1</sup>, avesada a entendre el perquè sobre determinades decisions els jutges constitucionals formulen la seva opinió en relació a determinats principis

---

<sup>1</sup> En relació amb aitals conceptes (ideologia *de* i ideologia *en* la interpretació), el desenvolupament dels quals se segueix a l'apartat III.c d'aquest treball, s'interessa la lectura de l'obra de L. Prieto Sanchís "Notas sobre la interpretación constitucional", publicada a la Revista del Centro de Estudios Constitucionales en el seu número 9 (maig-agost de 1991).

o valors, i la ideologia *en* la interpretació, o el que és el mateix, la ideologia reclamada per part del propi text a l'hora de procedir a entendre'n llur significat.

El tercer i darrer apartat, anterior a les conclusions, es dedica a l'estudi de la doctrina de la *democràcia militant*, que aflorà a resultes de la promulgació de la Llei Fonamental de Bonn de 1949, tot i que teoritzada amb anterioritat per Loewenstein<sup>2</sup>. Així les coses, l'objectiu perseguit en aquest punt rau en contrastar fins a quin punt la noció de la democràcia militant entronca amb la necessitat de limitar la funció ideològica de la Constitució o si, contràriament, aital circumstància evoca l'influx ideològic i programàtic d'aquesta darrera. Alhora, convindrà aturar-nos i valorar, en darrera instància, si una possible Norma neutral pot garantir, per sí sola, que serveixi per a barrar el pas a noves tendències i corrents polítiques il·liberals i antidemocràtiques.

## II. El nexa entre ideologia i neutralitat.

El projecte constitucional, entès com a procés d'elaboració i redacció d'un text constitucional, sigui aquest nou o constitueixi una revisió d'un d'anterior, implica la participació i interacció de diferents actors, eminentment polítics. Aquesta darrera referència no és pas innòcua, doncs la Constitució, tot i representar un vertader pacte social i significar que *la titularitat de la sobirania no li correspon [a l'Estat], sinó al poble* (RUBIO LLORENTE, 1997: 48) és projectada, esbossada i instrumentada pels representants de la ciutadania en la seva condició d'actors polítics, agrupats, com se sap, en un model organitzatiu de partits<sup>3 4</sup>. Sense esdevenir necessari aprofundir abastament en aquest punt, interessa resoldre que aquest és, almenys, el procés que s'ha seguit en la confecció de la vigent Constitució espanyola de 27 de desembre de 1978, on un cop mort el dictador i obert un període d'obertura i democratització de l'espai

---

<sup>2</sup> L'obra del filòsof i iuspublicista relativa a la democràcia militant es recull essencialment en dos *papers* publicats a la "American Political Science Review" l'any 1937, durant la seva residència als Estats Units d'Amèrica, motivada per l'exili de l'autor i tants altres acadèmics alemanys en el context del Tercer Reich.

<sup>3</sup> Introduir en aquest punt la crítica que tants teòrics han dirigit a l'estructura dels partits resultaria excessiva i probablement escaparia de l'objecte d'estudi. Amb tot, consideri's, l'efusió del pensament de Loewenstein que ens arriba a partir de l'obra de González Casanova: *actualment, el gran problema de la democràcia pluralista és institucionalitzar constitucionalment els poders fàctics, regular la seva vida interna i la seva conducta pública, i això abans que res per salvar les llibertats individuals d'unes disciplines interessades de grup, objectivades fora del control dels seus membres i dominades per unes burocràcies minoritàries que com a nous senyors feudals imposen la seva voluntat i poder [...] els grups influeixen però també s'infilren en els mecanismes del Poder públic [...]. En règims de pluripartidisme es converteixen en partit i i defensen els seus interessos particulars en les Assemblees del bé general.*

<sup>4</sup> Assenyala Pérez Royo: *el partit polític és, doncs, una conseqüència lògica de l'existència de l'Estat Constitucional. Un poder materialment representatiu perquè no és de ningú ha d'acabar sent un poder formalment representatiu perquè ha de ser de tots* (p. 344).

públic i polític les pròpies Corts franquistes aprovaren la Llei per a la Reforma Política, que assentaren les bases per a la ulterior convocatòria d'eleccions constituents el juny de 1977.

A partir d'aquí, interessa posar de relleu la primera nota essencial que conforma, tanmateix, l'objecte d'estudi: la ideologia subjacent al procés constitucional i la futura —si el projecte clou amb èxit— norma de normes. Cal afegir que, amb el propòsit d'evitar que el concepte d'*ideologia* pugui esdevenir massa abstracte, se circumscriu la noció del mateix en aquest treball a la definició aportada pel Diccionari de la Reial Acadèmia Espanyola: el *conjunt d'idees fonamentals que caracteritza el pensament d'una persona, col·lectivitat o època, d'un moviment cultural, religiós o polític*.

Com s'ha fet notar en l'anterior paràgraf, la participació directa dels representants de la sobirania popular en l'elaboració del text constitucional per via de partits polítics posa de manifest, almenys, un debat ideològic<sup>5</sup> sobre diferents extrems de la Constitució —així, sobre la forma de l'Estat o en relació amb l'aconfessionalitat d'aquest, entre molts altres—. Es podrà argumentar que l'anterior no és sinó un aclariment redundant o absurdament lògic. No obstant, aital precisió resulta imperativa, en la mesura que fa notar com des d'un instant originari cap la possibilitat que la Constitució pugui incloure un contingut abstracte, però no pas equànime ni objectiu en tots els seus punts. Pronunciat d'altra forma, observi's com, sense necessitat d'assistir a l'anàlisi de les decisions de la jurisdicció constitucional —irremeiablement posterior a l'existència de la pròpia Constitució<sup>6</sup>— ja es pot advertir la redacció d'un contingut substantivament polític i amb elements ideològics.

Descoberta l'aparició de la ideologia com a influx inherent al debat i procés constituent s'avé necessari situar en el focus del debat el valor de la *neutralitat*. SELEME raona que *front al pluralisme de concepcions del bé el liberalisme optà per la neutralitat com a mode de trobar una resposta al problema de garantir la convivència política pacífica: l'Estat no havia de comprometre's amb cap concepció del bé* (2015: 1249). Així, en aparença, la neutralitat se situa en l'extrem oposat a la ideologia, per quan nega la necessitat d'exaltar una determinada creença o idea, tingui o no contingut moral. Tot amb tot, pot defensar-se que *prima facie* ideologia i neutralitat actuen en estadis separats o diferents: així, mentre la primera es projecta

---

<sup>5</sup> Al respecte, Fernández Segado (1993: 8) ha dit que *la Constitució no respon a una sola ideologia, sinó que, com s'ha significat reflecteix una desigual presència d'elements ideològics, en equilibri inestable [...]*.

<sup>6</sup> Tot i que Carré de Malberg (2022: 1162), al·ludint a Duguit, es refereixi a la “teoria de l'òrgan” per a explicar que la Constitució no pot dependre de l'existència d'un òrgan previ, s'interessa traçar, en aquest punt, l'analogia amb la següent proclama: *l'òrgan* (el Tribunal Constitucional) *solament existeix per la Constitució* i, per tant, posterior a ella.

fonamentalment sobre el contingut de la norma, la segona pren importància en la interpretació que es fa sobre el contingut mateix de la norma, amb el resultat de no acollir-se a una determinada posició política (o ideològica) i limitant-se a *descobrir el significat present en la norma, sense influència alguna en la definició del seu sentit i abast* (PORTO DE CARVALHO, 2019: 66). Arribats a aquest punt, sembla que el debat pren caràcter dicotòmic respecte dels camins que recorren ideologia i neutralitat, essent que s'arriba a justificar que *l'oposició entre allò polític i allò jurídic parteix de suposar la racionalitat en el dret i la irracionalitat en la política [...] de forma que s'arriba a ser més neutral quan es guanya en juridicitat* (BALAGUER CALLEJÓN, 2022: 55).

No debades, s'addueix que ambdós conceptes referits puguin actuar en conjunt en relació amb el tenor que expressi la Constitució, de forma que el valor neutral s'hagi de posar en relació amb la ideologia del text. Així, s'ha dit que *la nostra Constitució no és ideològicament neutral quant a la seva realització* (ARAGÓN, 1989: 41-42), en la mesura que preserva, garanteix i maximitza la democràcia, quelcom que es trasllada en el fet que *l'Estat que organitza —la Constitució— és un Estat en el qual l'atribució de la sobirania al poble no solament està declarada, sinó garantida a través de determinades clàusules constitucionals que permeten a aquest poble seguir essent sobirà*.

Seguint l'anterior tesi plantejada, el valor de la neutralitat constitucional referida al propi text no pot plantejar-se com a axioma absolut o indispensable. Pel contrari, sembla defensar-se que la Constitució no pot obviar l'existència de proclames, projectes i empreses contràries al nucli de tota norma fonamental liberal i democràtica i, en conseqüència, no pot esdevenir objectivament neutral en tots els seus extrems, i molt menys respecte de la seva part dogmàtica, element nuclear d'aquesta. En tal sentit, el professor Atienza assenyala que *quant a ideologia, el que caracteritzaria el constitucionalisme és posar en primer pla l'objectiu de garantir els drets fonamentals* (2019: 84), fet que deixa entreveure una adjectivació dels mateixos en quelcom de valor positiu —i moral— i tanmateix meritori de defensa. Amb tot, un sector doctrinal ha alertat del que sembla esdevenir una nova tendència a partir dels darrers projectes de reforma constitucional, consistent en que *lluny de trobar-nos amb textos constitucionals neutrals, ho fem amb un intent de neutralitzar determinades qüestions polítiques a través de la seva constitucionalització* (VÁZQUEZ, 2023: 612), tesi que s'examinarà amb major profunditat i acritud en el tercer capítol d'aquest treball, relatiu al concepte de la *democràcia militant*.



Cert és que sostenir una tesi d'aquest calibre comporta validar —necessàriament— que la Constitució contemporània requereix d'un mínim contingut ideològic per a ésser, en sí mateixa, Constitució. I aquest fons “no neutral” i irreductible es tradueix en el que un sector doctrinal ha qualificat de *consolidació democràtica* (SCHNEIDER, 1991: 40), en altres paraules, el que la norma constitucional resulti en un marc social i polític d'estabilitat i pacifisme *mitjançant l'exclusió de la violència per a l'assoliment d'objectius polítics*, quelcom que sols pot ser assolit, retornant a Aragó, concebant *la democràcia* (com a) *principi legitimador de la Constitució, entesa aquesta no sols com a forma política històrica sinó, sobretot, com a forma jurídica específica* (1989: 27). Sota aquesta tessitura, el nexa que pugui haver-se establert entre ideologia i neutralitat apareix dinamitat en el mateix moment en què s'al·lega que la ideologia del text, en tant que prescriu i ordena una determinada cosmovisió, és incompatible amb una pretesa neutralitat *que la reduiria a un marc on cap tot i la buidaria de tot contingut transformador* (ESCOBAR, 2016: 277), doncs la Constitució neutral deixa de ser la *lleï fonamental* per esdevenir una norma que difícilment pot ordenar la vida política i els poders de l'Estat i garantir amb plenitud els drets i les llibertats de l'individu.

#### **a. El text programàtic.**

Consideració a part, no sembla justificable que la manca de neutralitat constitucional només pugui ésser acompanyada de la imposició de la democràcia com a principi i realitat que ha d'aflorar de la pròpia Constitució. En aquest epígraf s'intentarà argumentar succintament i breu l'efecte que la Constitució té, en tant que text programàtic, respecte d'una pretesa neutralitat ideològica.

Coincidint amb l'adveniment i la consolidació de l'Estat social en el marc constitucional europeu posterior a la Segona Guerra Mundial<sup>7</sup> —no en resulta dubtosa la seva apreciació respecte de la Constitució espanyola de 1978, que proclama la *clàusula social* al seu article primer— s'obre el text constitucional a un nou paradigma tuïtiu i on es comencen a *presentar inclinacions socialitzadores*<sup>8</sup> (PORTO DE CARVALHO, 2019: 64). Advertida aquesta circumstància, primerament positivada en l'article 20 de la Llei Fonamental de Bonn (1949),

---

<sup>7</sup> Interessa recordar el matís de la *consolidació* de l'Estat social de Dret. Així, si bé es defensa que aquesta ocorre amb posterioritat al conflicte bèl·lic, l'anterior no pot resultar en obviar la primera aparició de tal forma d'Estat constitucional, que la doctrina relaciona amb la Constitució Mexicana de 1917 i la Constitució de Weimar de 1919.

<sup>8</sup> Cal entendre feta la referència al concepte “socialitzador” a un nou escenari de reclam i reivindicació socials, i no pas al socialisme com a ideologia o projecte polític. Per a una major comprensió del concepte i el decisiu vincle que manté amb l'Estat del Benestar vegi's l'obra de F. Requejo Coll “Las democracias” (pp. 139-162).

seguint la STC 18/1981, de 8 de juny, cal afegir que *la Constitució incorpora un sistema de valors l'observança dels quals requereix d'una interpretació finalista de la norma fonamental* (TENORIO, 2011: 128); referència que no fa sinó accentuar la clàusula d'Estat social en tant que *signe d'orientació política* (SÁNCHEZ AGESTA, 1994: 101).

De l'anterior es desprèn que la inclusió al text constitucional de la referida clàusula evoca, de nou, l'existència d'una càrrega ideològica a la norma fonamental. Aquesta proclama, sense més, podria conduir a un equívoc perillós o com a mínim fal·laç: sostenir que tota referència inserida i maximitzada a la Constitució és conseqüència lògica d'un debat ideològic. Res més lluny de la realitat: si s'ha fet al·lusió al concepte d'Estat social com a advertiment del fet que la nostra Constitució no és neutral no és perquè sí, sinó perquè exemplifica la construcció de la norma constitucional com a text programàtic i polític, en aquest extrem orientat a *que l'Estat creï unes condicions de vida justes i, en definitiva, més humanes* (ALZAGA, 2016: 70).

#### **b. *Über Verfassungswesen*, Ferdinand de Lassalle i la funció ideològica dels textos constitucionals.**

La defensa que es fa de la tesi il·lustrada en l'epígraf previ plana sobre la idea que en el procés i el debat constituent el poder al qual s'encarrega projectar una nova Constitució articula el contingut d'aquesta de forma objectiva, en la mesura que possibilita la coexistència i el desenvolupament de la Constitució a partir de diferents prismes polítics. Tot i així, no es pot dir que el disseny sigui neutral, puix que al mateix temps que “permet opcions polítiques de molt diferent signe”<sup>9</sup>, barra el pas a extrems contraris al propi esperit constitucional, de justícia i llibertat.

Dita opinió parteix d'un context actualitzat respecte d'aquell en el qual Ferdinand de Lassalle pronuncià la seva cèlebre al·locució *Über Verfassungswesen*, traduïda a la nostra llengua amb l'expressió “què és una Constitució”. En efecte, la teoria i crítica proposada per part de l'autor prussià en el seu discurs vuitcentista no pot ser catalogada d'actual quant al context, per bé que la rotunditat d'algunes de les idees allí anunciades poden ressonar com a matisablement vigents.

---

<sup>9</sup> Sentència del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 d'abril, FJ 7.

Lassalle ocupà el seu discurs a dissertar sobre el contingut de la Constitució, que *apareix com a símbol i instrument polític* propi de l'Estat liberal, això és, a la recerca de l'essència de la llei magna des d'una perspectiva, cal advertir, sociològica, i no pas jurídica. En consonància amb el caràcter polític de la Constitució, l'autor posà de relleu la funció ideològica dels textos constitucionals en la mesura que aquests *estan, per definició, dirigits a influir en les masses* (AJA, 1976: 10, 23-24). Observi's com, d'entrada i sense que adquireixi una aparent connotació negativa es justifica l'aparició i presència de la ideologia com a element indissociable a la Constitució no tant pel fet que en tant que *norma normarum* requereixi bastir-se d'un programa i un marc teòric delimitat per un —o més— discurs ideal, sinó perquè la comprèn com a instrument polític, de destí vers a la col·lectivitat (que ell anomena *masses*). Aquest punt no sembla coincidir o almenys encaixar perfectament, emperò, amb l'actual fonament que explica la presència d'ideologia en la Constitució, doncs com ja s'ha tingut ocasió d'aclarir, en l'actualitat se supera aquesta visió sociològica i la immissió de la ideologia en el text constitucional no respon a la voluntat de projectar aquesta com a estandard al qual s'ha de sostenir la societat, sinó com a canal per al desenvolupament programàtic i conforme a una o unes determinades cosmovisions —liberals i democràtiques— que entronquen amb la seva raó de ser, a saber: *procedir a l'organització de la vida de l'Estat en una determinada direcció, en l'enteniment que ha de contenir (la Constitució) una càrrega política determinada* (ROURA GÓMEZ, 1998: 33).

Tot amb tot, la funció ideològica dels textos constitucionals que s'ha pogut identificar en la teoria de Lassalle ha de ser posada en relació amb la que possiblement sigui la més cèlebre reflexió de l'autor: la dicotomia del terme mateix de *Constitució*, que proposa resoldre a partir de dues noves concepcions aparentment contraposades, la *Constitució real i efectiva* i en segon terme la *Constitució escrita o fulla de paper*.

L'estudi d'ambdós conceptes ha de ser posat en relació al context imperant en el què visqué Lassalle, això és, mitjan segle XIX a Europa —en el seu cas, Prússia—, un període caracteritzat pel xoc frontal entre l'intent d'adveniment i consolidació de reivindicacions de marcat caràcter liberal-burgès d'una part i el recel respecte de tals programes per part de monarquies basades en una dinastia absolutista. Tanmateix, s'està a un incipient desenvolupament i creació de textos constitucionals sota la forma de *cartes atorgades*<sup>10</sup> com

---

<sup>10</sup> Per a una major comprensió del context real en què s'originà i desenvolupà l'obra de Lassalle, a saber, la Prússia de les dècades dels quaranta a seixanta del segle XIX, serveixi l'estudi dut a terme per Joaquín Abellán "El concepto sociológico de Constitución en Alemania: Ferdinand Lassalle", a *Fundamentos*, nº 6, 2010, pp. 399-424.

a paradigma de la limitació del poder del Rei i el reconeixement fàctic dels primers drets i principis liberals en aquests, així com la creació d'òrgans de representació política.

És respecte d'aquest darrer extrem que Lassalle dedica la major part de la crítica i reflexió condensada a *Què és una Constitució*. La distinció entre les dues concepcions de Constitució *ut supra* indicades no és ni de bon tros trivial, doncs tracta d'aclarir, a partir d'un esquema argumental sociològic, que per a la real comprensió d'allò que significa *Constitució* cal fer un pas més enllà i no reivindicar, sense més, l'existència d'un text, carta o *paper*. Emperò, allò definitiu per a l'assumpció del vertader caràcter del terme és la indagació de la seva pròpia essència, que Lassalle convé en el què ell mateix anomenà *factors reals de poder*. Aitals factors designen *en cada societat [...] la força activa i eficaç que informa totes les lleis i institucions jurídiques de la societat en qüestió, fent que no puguin ser, en substància, més que tal i com són* (LASSALLE, 1976: 62); en síntesi, factors i elements comuns de la societat coetània a Lassalle com la monarquia, la burgesia, l'Exèrcit, els banquers o la classe obrera, que, a partir de la Constitució, apareixen indissociablement vinculats a la mateixa. Introduït aquest principi, Lassalle avé necessari reivindicar que la Constitució mateixa és constituïda per factors reals de poder, que s'estenen sobre una fulla de paper (1976: 70) i desemboquen en la Constitució *real* (ABELLÁN, 2010: 410). En l'extrem oposat a la tesi que defensa l'autor se situa la batejada *Constitució full de paper* o el que és el mateix, la plasmació d'un text que en aparença no es correspon amb el *real* en tant no inclou ni explícitament ni implícita cap esment dels susdits factors.

Tot i l'interès que pugui resultar de copsar en un major espai més i millor quantitat de referències respecte del raonament de Lassalle, esdevé necessari cloure aquest segon apartat en aquestes línies. Nogensmenys, el breu examen que l'acompanya serveix per a situar el present treball sobre dos idees crucials: una primera, que entronca amb la necessitat de comprendre els plantejaments teòrics d'un autor que, encara avui, pot presumir d'una certa vigència i, en segon lloc, el fet que a partir d'aquesta doctrina s'arribi a corroborar que, si bé la tesi dels factors reals de poder no pot ser compartida com a present en els actuals textos constitucionals, sí és apta per a validar la primera idea d'aquesta monografia: l'existència d'un programa i ideologia subjacents al text i l'essència de la Constitució.

### **III. Apunts sobre el caràcter jurisdiccional o polític de la justícia constitucional i les seves implicacions i efectes en la funció interpretadora.**

Fins al moment, s'ha dedicat el primer segment d'aquesta obra a situar els elements principals de la mateixa i, així, a comprendre els respectius conceptes, llur origen, l'abast en el qual es projecten i el nexa relacional que es teix entre ambdós. És una part, clar està, que plana sobre una base teòrica i en certs punts abstracta i, doncs, que precisa ésser posada en relació amb una realitat més tangible. En vista de l'anterior tessitura, convé dedicar la segona part del treball a oferir una anàlisi minuciosa tocant a l'essència de la justícia constitucional, això és, el caràcter del qual s'impregna i la relació que guarda amb la seva funció exegetica. La necessitat d'abordar aquest punt es justifica en l'interès d'esbrinar sobre què i com actuen els tribunals constitucionals i, tanmateix, el joc que un text ideològic té sobre un òrgan constitucional neutral.

#### **a. El debat en els seus orígens: Kelsen i Schmitt.**

La terminologia emprada en el nostre entorn per a designar l'òrgan constitucional al qual es confia la justícia constitucional és unívoca, almenys en allò relatiu al significat que evoca, essent que rep el nom de Tribunal —així, a Alemanya<sup>11</sup> i també, i de forma homònima, a Espanya i Portugal— Cort —vegi's en aquest sentit la *Corte Costituzionale* italiana o la *Cour Constitutionnelle* belga— o Consell Constitucional o *Conseil Constitutionnel* en el cas francès. Tots ells fan referència a un òrgan constitucional integrat per diversos membres, el nombre dels quals varia segons l'Estat, anomenats formalment com a jutges o magistrats constitucionals, la funció dels quals rau eminentment en la interpretació de la respectiva Constitució en relació amb processos i conflictes constitucionals de diversa tipologia.

Històricament, es defensa que l'origen d'aquest tipus d'òrgans ha de ser reconduïda a la primeríssima gènesi del Tribunal Constitucional d'Àustria l'any 1920, la construcció teòrica del qual s'atribueix a Hans Kelsen. Això quant a l'existència d'un òrgan de justícia constitucional conforme al model concentrat de revisió de les lleis. Emperò, la realitat d'un cànon de constitucionalitat — entès com a procés de verificació de la conformitat d'una norma legal amb la Constitució — és una circumstància molt més antiga, en la mesura que el seu

---

<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional Federal d'Alemanya rep el nom *Bundesverfassungsgericht*, abreujat en la forma BVerfG o BVerfG.

origen es vincula a l'assumpte *Marbury c. Madison* (1803), ventilat davant la Cort Suprema dels Estats Units d'Amèrica, la qual conclougué que disposava de la potestat de control constitucional o *judicial review*.

Doncs bé, retornant a la idea que designa el títol d'aquest epígraf, resulta meritori abordar l'interessant debat que, un segle enrere, mantingueren Kelsen i Schmitt com a màxims exponents a propòsit de la necessitat o existència d'un guardià de la Constitució per a la resolució de problemes d'interpretació constitucional o de compatibilitat de les lleis i la resta de normes de l'ordenament jurídic amb la norma suprema. Alhora, adverteixi's que, *des de les posicions d'Schmitt i Kelsen s'han desenvolupat dos macro models, el polític —en el qual el control de compatibilitat de la norma amb la Constitució [...] és confiat a òrgans de naturalesa política— i el jurisdiccional, del qual formen part els ordenaments que confien el mateix control a òrgans diferents del legislatiu i executiu* (SCARCIGLIA, 2013: 330). La polèmica —intel·lectual, a totes llums— s'insereix en el context de l'Europa d'entreguerres i, més concretament, a propòsit de l'aprovació de la Constitució de la República d'Alemanya, popularment coneguda com a Constitució de Weimar, l'any 1919 i la creació de sengles tribunals constitucionals en els textos constitucionals d'Àustria i Txecoslovàquia<sup>12</sup> un any després.

D'entrada, Carl Schmitt dedica un capítol sencer —l'onzè— de la seva “Teoria de la Constitució”, *que pren com a model la de Weimar i la història alemanya* (SERRA GIMÉNEZ, 2016: 509) a l'anàlisi dels anomenats *conceptes derivats de la Constitució*, en essència, de les principals afectacions, no necessàriament de connotació negativa, que poden resultar de la Constitució per sí sola, a saber: la seva destrucció, supressió (en forma de canvi constitucional o cop d'Estat), reforma o revisió, trencament (això és, la violació excepcional de les seves prescripcions) i suspensió (SCHMITT, 1982: 115-116). En paral·lel discorre el col·loqui respecte dels problemes d'interpretació constitucional i la plausibilitat que un tribunal *ad hoc* sigui l'encarregat d'assumir aital funció, activitat que es presenta com a subclasse dins de la categoria de *conflictes constitucionals*, on Schmitt fa palès que no pot entendre's inclosa la reclamació d'un individu en relació amb la violació d'una *prescripció legal-constitucional* (SCHMITT, 1982: 127), realitat que s'atansaria a l'actual comprensió del procés d'empara constitucional en aquells Estats en què es preveu<sup>13</sup>. Així les coses, l'autor dedica part de la

---

<sup>12</sup> En l'actualitat i des de 1993, la República Txeca i, separatament, la República Eslovaca o Eslovàquia.

<sup>13</sup> A Espanya, dit procediment de tutela de drets fonamentals esdevingué realitat amb l'entrada en vigor de la Constitució Espanyola de 1978, que el contempla en els seus articles 53.2 i 161.1.b, la regulació i

seva obra a reflexionar sobre la conveniència d'un procediment tendent a resoldre *els dubtes i les diferències d'opinió sobre la interpretació de les lleis constitucionals*, assumint, a més, que *prima facie* la resolució del dit procés podria correspondre a un Tribunal Constitucional. Malgrat tot, Schmitt ofereix una fèrria oposició al dit plantejament, esgrimint que una tasca exegètica de tal calibre implicaria convertir el susdit òrgan o Tribunal en una *alta instància política*, en la mesura que avesat a resoldre sobre qüestions i opinions formulades a partir d'arguments i decisions polítiques, doncs aquestes són els vertaders dubtes d'interpretació constitucional, contradictoris a la tasca essencial dels tribunals de justícia, que es correspon amb la decisió i interpretació de la llei. Així, Schmitt justifica ésser inconciliable la separació dels aspectes jurídics dels polítics i la *despolitització* d'un assumpte eminentment polític (1982: 132), extrem també compartit per Häberle, que nega un pretès dualisme entre dret i política i critica l'*autoengany* que significa sostenir la neutralitat jurídica front a l'element polític (LEÓN, 2021: 69). En síntesi, el jurista alemany fa seva la tesi segons la qual no pot ser objecte d'atribució a un òrgan jurisdiccional la resolució de conflictes polítics<sup>14</sup>.

De fet, aquí és on troba fonament —i origen— el *decisionisme schmittià*. Situada la major part de la reflexió del jurista en la construcció d'una teoria que pren com a aspecte nuclear el context polític de l'Estat en situacions d'emergència, en puritat, el què es proposa a partir del decisionisme és que una persona —segons Schmitt, aquest encàrrec ha de recaure en el cap de l'Estat, circumstància que després afavorí una posició condescendent respecte dels poders del Führer— atresori, en tals situacions, el comandament exclusiu de la nau estatal. Tanmateix, interessa destacar que l'assumpció del poder en un estadi d'aquesta magnitud es projecta en virtut de la noció d'interès general, que es pressuposa que ha de garantir la direcció de l'Estat. En síntesi, *el Governant decideix [...] el que millor convé al Poble sense estar obligat a seguir una línia normativa, tot i que al mateix temps està conformant un ordre que substitueix l'anterior i que està obligat a consolidar* (GAGO, 2018: 29), essent que és a través

---

desenvolupament del qual s'afronta amb major concreció al Títol III de la Llei Orgànica 2/1979, del Tribunal Constitucional.

<sup>14</sup> Per evidents raons d'espai i del límit objectiu de la recerca no s'ha aprofundit en tots els extrems de la teoria schmittiana relativa al concepte del *guardià de la Constitució*. No obstant, interessa destacar que la tesi que la doctrina clàssica sosté sobre Schmitt quant al fet que el darrer explícitament nega que un tribunal jurisdiccional pugui resoldre a partir de la separació dret-política apareix matisada en l'obra de Riquelme Vázquez *El Reichsgericht como "guardián de la constitución" en la obra de Carl Schmitt*. En aquesta es defensa que, a partir de la comprensió i la diferència entre Constitució i el concepte de llei constitucional, tot considerant-lo, ensems, un defensor dels valors i el sistema de l'anterior Estat liberal-burgès, *Schmitt era partidari d'una judicial review a càrrec de la jurisdicció ordinària exercida dins dels límits estrictament marcats per la seva peculiar concepció de l'Estat burgès de Dret* (pp. 164).

d'una institució d'aital caràcter que s'arriba a donar estabilitat al sistema (PIETROPAOLI, 2022: 187), sense perjudici dels nefastos efectes que puguin advenir-se.

El poder d'arbitrar des d'una posició preeminent sobre l'espectre polític i social en determinades situacions no és, emperò, una construcció teòrica la gènesi de la qual hagi de ser reconduïda necessàriament a Carl Schmitt. Tant és així que s'albira imprescindible repassar, encara tenint present el límit en la llargària del treball, el fonament de la institució ressenyada. Sorgeix així la figura de Benjamin Constant, cèlebre polític i filòsof franc-suís de les darreries del segle XVIII i les dues primeres dècades de la posterior centúria. Com succeeix en general, i s'aguditzava en determinats casos, com el desenvolupament del pensament de Lassalle, Schmitt i Loewenstein, tots ells citats en aquest text, una adequada contextualització de l'autor ajuda a comprendre amb major (i millor) detall el contingut de la seva obra. Traslladant aquesta darrera nota a Constant, s'observa que l'autor fou coetani al convuls període que travessà França en l'*impasse* entre els segles XVIII i XIX; primàriament, per la lluita contra l'absolutisme que desembocà en la Revolució Francesa (1789-1799) i, així mateix, les reivindicacions liberals i burgeses, la secularització de l'Estat o el convuls context d'adveniment, proclamació i lideratge per part de Napoleó Bonaparte, de qui Constant fou un ferm opositor, si bé no són poques les veus que en critiquen el seu oportunisme (PRADAS, 2012: 90).

Confeccionada, doncs, en un complex període històric en el qual la inestabilitat del sistema constitucional és entesa, paradoxalment, com l'*status quo*, la teoria del *poder neutre* de Constant, influït, al seu torn, pel pensament i l'obra de Sieyès (VARELA, 1991: 121), s'erigeix com a engranatge cabdal per a la garantia del correcte funcionament de l'ordre polític i constitucional en els incipients sistemes liberals. Com tracta de palesar en la seva obra, la institució de la *volonté générale* —teoritzada i introduïda per Jean-Jacques Rousseau— és expressió del veritable poder legítim<sup>15</sup>, per bé que *sense una definició exacta i precisa* (del concepte de la voluntat general), *el triomf de la teoria podria arribar a ser una calamitat en llur aplicació* (CONSTANT, 1815: 14). Observi's que, no obstant una distància de més de dos segles entre aital proclama i el nostre dia, aquesta encara conserva una vigència distingida, si bé projectada sobre la defensa militant de la democràcia —que, al cap i a la fi, és alhora causa i condició de la voluntat general— i la necessitat de dotar-la de mecanismes i límits

---

<sup>15</sup> Constant declara que no hi ha més que dos poders: l'un, legítim, expressió de la voluntat general; l'altre, il·legítim, que resulta de la força (o la imposició d'aquesta). A partir d'aquest contrast nítid, l'autor defensa que *la democràcia és una sobirania absoluta entre les mans de tots* (1815: 21).



nítids i suficients que n'impedeixin la seva destrucció. Una anàlisi més exhaustiva de la matèria es proposa en el darrers apartat d'aquest treball, a partir d'una especial èmfasi sobre Loewenstein i posat en relació amb l'estat actual de la qüestió a Espanya.

En paral·lel, la doctrina clàssica del liberalisme és ensems projectada en l'obra de Constant, que explicita que el poble, configurat a partir de l'home lliure i, per tant, autònom i titular dels drets que li són inherents, pot renunciar a l'autoritat que li és pròpia i atorgar-la a qui decideixi (1815: 23). No debades, els termes en els què es configura la teoria del poder neutre són, en essència, diferents. Així, el poder neutre —equivalent al *pouvoir royal*, per bé que Constant expliciti que la nomenclatura ha de referir-se al cap de l'Estat, *qualssevol que sigui llur denominació* (1815: 34)— és concebut com a àrbitre entre els tres poders quan aquests operin de forma disfuncional i en la mesura que el cap de l'Estat al qual s'evoca no és, per definició, membre de cap dels poders referits. El propòsit fonamental rau, en conseqüència, en que conduïts per la direcció i coordinació del cap de l'Estat s'arribi al *concert* o equilibri —polític i social—, garantit per un poder que en essència és neutre, car arbitra conforme l'interès general (1815: 35-36). Constant encara reserva un darrer advertiment: *le vice de presque tous les constitutions a été de ne pas avoir créé un pouvoir neutre, mais d'avoir placé la somme totale d'autorité dont il doit être investi dans l'un des pouvoirs actifs*<sup>16</sup>. Fins a quin punt aquesta admonició ha de ser tinguda en consideració avui ocuparà bona part d'aquest treball, i en especial, les pròximes línies, avesades a recuperar la composició teòrica schmittiana.

Arribats a aquest punt, tot recuperant l'anterior anàlisi sobre la figura d'Schmitt, és raonable reflexionar sobre qui, si no pot ser un tribunal de justícia, ha de defensar la Constitució a través de la seva millor interpretació, punt que l'alemany no resol directament quan formula la seva reprovació a la institució de tribunals constitucionals. Així, defensa que una interpretació estricta del principi de separació de poders ha de comportar de forma automàtica la nul·la influència de la justícia sobre el Parlament davant tal xoc evident de poders (SCHMITT, 1982: 195) i en la mesura que atorgar la competència de control de constitucionalitat a la jurisdicció resultaria en instituir-la d'una potestat de revisió política (DE MIGUEL, 2019: 392). Retornant al punt relatiu —i tanmateix, crucial— sobre l'actor que ha d'assumir la defensa de la llei fonamental, Schmitt defensa que ho sigui el Cap de l'Estat —i de l'Executiu— en tant que paradigma de la unitat política (SCHMITT, 1982: 46) que la Constitució representa. Aital

---

<sup>16</sup> La traducció al català de l'oració diu així: “el defecte de quasi totes les constitucions ha consistit no en no haver creat un poder neutral, sinó en haver col·locat la suma total de l'autoritat amb la qual aquell havia de ser investit en un dels poders actius”.

idea d'unitat política és valuosa per a la comprensió del pensament d'Schmitt, en la mesura que no obstant en el context de la crítica s'hagués produït un canvi constitucional, *la continuació de l'Estat havia estat preservada* (GÓRNISIEWICZ, 2021: 196).

Els professors De Miguel i Tajadura adverteixen que la construcció teòrica del cap d'Estat com a garant de la Constitució, tot i amb les seves incongruències, respon a la consideració schmittiana segons la qual la major amenaça a la Constitució residia en el Parlament, en tant que exponent d'un pluralisme polític que l'abocava a *ser [...] incapaç d'assolir l'acord* (DE MIGUEL, 2019: 393). Heus aquí el tancament del cercle: descartada la jurisdicció —ordinària i encara més la innovadora construcció de la justícia constitucional— per quant no ha de conèixer de problemes polítics<sup>17</sup> i també exclosa la legislatura en la mesura que el tarannà plural que li és inherent és considerat *prima facie* una amenaça per a no sols la interpretació constitucional, sinó l'existència mateixa de l'Estat així entès, correspon a l'Executiu el rol de guardià de la Constitució<sup>18</sup>.

Queda per veure l'altre principal actor del debat que s'ha introduït anteriorment a propòsit de l'origen, la funció i la justificació de l'existència del Tribunal Constitucional en tant que òrgan. Així doncs, resta incorporar la visió que ens oferí Kelsen, que s'annexa un cop analitzada la d'Schmitt sota la forma de resposta o rèplica, d'igual forma que han considerat els seus comentaristes doctrinals.

De forma antagònica a la proposta *ut supra* descrita, Kelsen advoca per a la creació d'un òrgan de control de la Constitució sota la denominació de “Tribunal Constitucional”. Aquest és projectat amb caràcter *ad hoc*, puix que opera sota la premissa que la fiscalització de la norma fonamental i l'examen de compatibilitat de l'ordenament jurídic en relació amb ella no pot ser assumit ni per el legislador —extrem compartit amb Schmitt— ni tampoc per l'Executiu —on s'observa la primera divergència—; pot dir-se, en conseqüència, que el Tribunal Constitucional guia la seva actuació sota uns paràmetres d'autonomia i independència (HERRERA, 1994: 205). Amb anterioritat a aquest primer plantejament, però, Kelsen reflexiona sobre la necessitat d'observar les regles contingudes en la Constitució, aduint que constitueix el *fet fonamental de l'ordre jurídic* i que aquest s'estructura sobre la premissa que

---

<sup>17</sup> La referència pretén evidenciar, amb un cert matis, la vigència de la cèlebre proclama de Lassalle “els problemes constitucionals no són, primàriament, problemes de dret, sinó de poder”.

<sup>18</sup> Sobre el concepte de *guardià de la Constitució*, L. Vinx proposa que pot ser entès de forma ambivalent: una primera, tendent a la protecció dels drets consagrats en una Constitució escrita i una segona, amb la que relaciona Schmitt, centrada en *la protecció d'una forma d'ordre polític i social*.

*és un agrupament de normes jurídiques vàlides* (KELSEN, 2009: 34). Sobrevolant un tema d'amplíssima literatura en matèria de filosofia del dret al qual no convé submergir-nos, cal afegir que Kelsen defensa que les normes operen en un determinat ordre i conjunt, essent que la validesa de les mateixes es predica d'una norma jeràrquicament superior, la Constitució, en el marc del què l'autor designa un *sistema dinàmic de normes*, això és, on la validesa d'aquestes no penja de la concurrència o adequació a un valor o contingut moral, sinó al procediment i la forma que la Constitució, en tant que *norma normarum*, ha previst (KELSEN, 2009: 112).

En conseqüència, Kelsen proposa que la forma ideal per a garantir l'existència de la Constitució i l'assegurament del seu vincle amb l'ordenament (GÓRNISIEWICZ, 2021: 199) passa per la creació d'un Tribunal Constitucional que serveixi com a suprem intèrpret de la Constitució i revisor de la compatibilitat de les normes jurídiques amb ella. Aquest extrem es vertebrava donant forma a un Tribunal "depurador" de l'ordenament, és a dir, facultat per a l'expulsió del sistema normatiu de l'Estat d'aquelles normes que contravinguin l'essència constitucional i, per tant, defenestrant el Parlament a un context de *supremacia de la Constitució* (SCARCIGLIA, 2013, 330). De l'esquema anterior es manifesta una altra derivada, també oposada a la teoria de Carl Schmitt, on el Tribunal Constitucional ideat per Kelsen assumeix una funció eminentment jurisdiccional —o la sobrepassaria, segons sembla defensar Herrera—, per acabar desembocant en un *legislador negatiu*<sup>19</sup> (1994: 206), paradigma del model concentrat de justícia constitucional que planteja la superació de la no aplicació de la norma per al cas concret —pròpia del *judicial review* nord-americà o model difús de control de constitucionalitat— per a instituir una nova màxima: l'anul·lació, amb caràcter general i *erga omnes*, de la norma incompatible de conformitat amb el cànon de constitucionalitat (FERNÁNDEZ SEGADO, 2011: 129). S'arriba, així, al que COMELLES, recuperant la tesi de BICKEL, en al·lusió al caràcter del Tribunal assevera que és un poder contra-majoritari, en la mesura que *institució dissenyada per a limitar les decisions preses pels òrgans polítics que representen la voluntat popular majoritària* (2021: 48).

---

<sup>19</sup> Que compleix la *paradoxal funció d'autoritzar al poble desautoritzant-lo*. Així, Barzotto a "El guardián de la Constitución. Elementos para una epistemología de la democracia", *Dikaion*, vol. 19, n° 2, 2010 (p. 431).

## **b. El caràcter del Tribunal Constitucional conforme el Títol IX de la Constitució espanyola de 1978.**

En el moment que s'ha pogut veure en l'epígraf anterior una primera aproximació al debat teòric-conceptual respecte de la llavor i l'ulterior engrandiment de l'arbre que representa el Tribunal Constitucional a partir de les respectives òptiques d'Schmitt i Kelsen i descobert sengles caràcters polític i jurisdiccional, respectivament, és menester dedicar un espai per a comprendre el caràcter de què es dota el Tribunal Constitucional espanyol.

Amb caràcter previ, però, s'avé capital fer palesa l'existència, a l'Estat espanyol, d'un òrgan de control concentrat de constitucionalitat anterior a l'actual, a saber, el Tribunal de Garanties Constitucionals de la Segona República espanyola (1931-36), que *no fou fruit inspirat d'un disseny unívoc, sinó resultat final de diversos assajos i tanteigs* (ALMAGRO, 1982: 71). S'assenyala sobre el mateix que no va gaudir d'una especial ni clara regulació, quelcom que *es deu molt probablement a la confusió que en els constituents de la II República existia sobre quina era l'autèntica naturalesa d'una institució d'aquest gènere* (RUBIO LLORENTE, 1983: 31), per bé que s'introduí en el text constitucional republicà aprofitant un context històric on el referit tribunal pretenia simbolitzar el paradigma de la modernitat i la ruptura amb la tradició (ÁLVAREZ, 2011: 192), no obstant el seu limitat èxit.

En un altre punt, la doctrina especialitzada sosté que el seu caràcter era, com a mínim quant a llur composició es refereix, polític. La primera advertència se segueix del fet que *llevat de dos vocals nats, la resta del Tribunal, a la qual ni tan sols s'exigia la condició de ser llicenciats en Dret, eren vocals electius* (RUBIO LLORENTE, 1983: 31), amb una interessant representació, en el sí d'un Tribunal que es projectava com a exemple de la jurisdicció constitucional, de diputats i representants de les regions, l'accent polític dels quals és indiscutible. A més, a partir de la lectura retrospectiva que es pot permetre realitzar nou dècades després de la seva gènesi, s'albira un extrem quasi sarcàstic i no precisament menor: el fet que la primera presidència de l'òrgan va correspondre a un *enemic de la institució* (ÁLVAREZ, 2011: 195), Álvaro de Albornoz, que ja en el debat constituent feu palesa la seva oposició a al Tribunal de Garanties Constitucionals criticant-lo d'*artefacte* (RUBIO LLORENTE, 1983: 32). Tot amb tot, el Tribunal de Garanties Constitucionals significà *l'assoliment primordial de l'Estat de Dret* (VARELA, 2020: 462) en la mesura que serví com a garantia de subordinació del poder a la Llei —inspirada, al seu torn, per la Constitució— a través de les potestats per a conèixer i dirimir en recursos d'inconstitucionalitat de les lleis i

el control incidental instat pels membres del Poder Judicial, a més de recursos d'empara i també en matèria electoral (RALLO, 1996: 261).

L'actual regulació del Tribunal Constitucional espanyol s'inscriu, amb caràcter fonamental, a la Constitució Espanyola, sense perjudici de l'ulterior desenvolupament legislatiu per via de la Llei Orgànica 2/1979, del Tribunal Constitucional, reformada en darrera instància fa poc menys d'una dècada per la Llei Orgànica 12/2015. Respecte del Tribunal Constitucional espanyol, que beu del seu antecessor —el Tribunal de Garanties Constitucionals de la Segona República espanyola— i de les previsions de la Constitució Italiana de 1947 (ALZAGA, 2016: 692) no es pot negar la importància que jugà en el debat constituent i, sobretot, en els primers compassos de la nova democràcia constitucional instituïda a partir de la promulgació de la Constitució, on llur tasca contribuï a l'assentament de les bases del nostre Estat de Dret i a erigir la seva figura com a definidor de l'*ordre polític* [...] en tant que *suprem intèrpret de la Constitució* (VARELA, 2016: 530). Tanmateix, és meritori destacar que la normació del Tribunal Constitucional a la CE es contempla vehiculada a partir d'un títol, el novè, exclusiu; circumstància d'especial menció constituent que, al nostre entorn jurídic, concorre ensems a la Constitució de la V República Francesa (Títol VII) i la coetània Constitució de la República Portuguesa (Títol VI), però no del mateix mode a la Llei Fonamental de Bonn — que l'inclou en el seu Títol IX, que correspon al *poder judicial* — ni a la Constitució Italiana, que li dedica una secció dins del seu Títol VI, *de les garanties constitucionals*.

Essent doncs elaborat un primer esbós de la configuració del nostre Tribunal Constitucional al text fonamental, s'escau posar de manifest l'evolució que, al respecte del caràcter que revesteix el dit òrgan —polític o jurisdiccional— ha vingut elaborant i discutint la doctrina constitucionalista<sup>20</sup>. Tanmateix, és necessari explicar que són diversos els paràmetres i elements concurrents que es tenen en consideració per a considerar un o altre caràcter del Tribunal Constitucional, en la mesura que se cita una varietat d'autors de contraposades opinions que no necessàriament elaboren i ordenen el seu examen segons uns criteris anàlegs.

---

<sup>20</sup> De fet, la reflexió i debat que es proposa coincideix amb un context social i polític, almenys a l'Estat espanyol, d'especial fogositat, sigui a la Cambra Baixa en seu del rutinari debat parlamentari, a les aules de les facultats de Dret, però també a l'espai públic, on cada cop més resulta perceptible un descontent generalitzat cap a l'intent de control i subordinació del Tribunal Constitucional als dogmes i fins ideològics dels partits dominants. Per la seva proximitat, destaquï's la puixant reivindicació en favor d'una reforma constitucional i la dificultat d'assolir-la en un model constitucional rígid, més enllà de l'*interès estratègic* per a no modificar-la que V. Ferreres ressenyà, i ja és dir molt, fa més de dues dècades, a "Una defensa de la rigidez constitucional".

D'entrada, cal situar el debat entorn la naturalesa i caràcter del TC en un context en el qual se sosté —com així hem pogut relacionar en els compassos inicials d'aquest treball— que els textos constitucionals tenen una certa *dimensió política* (PORTO DE CARVALHO, 2019: 71). Seguint d'aquest fil, ja es va tenir ocasió de copsar la teoria i crítica schmittiana, vertebrada en un dels seus extrems en el fet que instituir a un òrgan de la prerrogativa de decidir sobre la constitucionalitat de les normes legals constituïa, en puritat, la politització de la justícia. Un desenvolupament més actual d'aquesta doctrina es pot trobar en l'obra de Hans-Peter Schneider, que justifica que la jurisdicció constitucional —referint-se al BverfG— és *per sí sola justícia política* en tant que l'objecte de la mateixa és eminentment polític, que la designació dels seus membres és decidida per *instàncies polítiques* i *les seves sentències tenen efectes polítics més o menys amplis* partint del fet que, pel seu caràcter *erga omnes*, vinculen a la totalitat dels poders públics i, entre aquests darrers, els de tipus polític (SCHNEIDER, 1982: 38-39). D'un altre prestigiós jurista alemany procedeix un crit d'alarma respecte de les dues tesis immediatament referides. Així, Loewenstein explica que *la intervenció dels tribunals pot conduir a esborrar les fronteres entre l'Administració de Justícia i la política [...] tant en quant substitueixen les decisions dels responsables titulars del poder pels seus judicis polítics, camuflats en forma de sentència judicial* (LOEWENSTEIN, 1979: 325). En altres paraules, certament menys agosarades, s'ha rebutjat el caràcter jurisdiccional del TC aduint que *en realitat desenvolupa una activitat política per participar en la creació del dret* (SANTAOLALLA, 1995: 121).

L'altra idea, oposada, que plana sobre el real caràcter del Tribunal Constitucional és la que el considera com un òrgan jurisdiccional, això és, constituït i bastit a partir d'elements i característiques semblants a les inherents als tribunals de la jurisdicció ordinària. S'adverteix en aquest punt que els autors proclius a fer seva aquesta tesi no obvien, emperò, l'estreta relació entre l'òrgan controvertit i l'element polític, car consideren que la seva presència és inherent a la nota "especial" de la jurisdicció constitucional, si bé s'aparten de l'anterior plantejament introduint i posant de relleu altres arguments. Així, el Professor Pérez Tremps destacà en el seu moment que el TC era revestit d'una *autèntica funció jurisdiccional* (PÉREZ TREMPES, 2003: 8) en la mesura que llurs resolucions ho eren d'acord al Dret i per la seva actuació independent (s'entén que respecte de la resta de poders públics, que no influeixen *prima facie* en les decisions del Tribunal, esquema anàleg al funcionament del Poder Judicial al nostre Estat). Encara més, determinats autors, com García de Enterría, han valorat el caràcter jurisdiccional del TC per motiu de la seva pròpia denominació o nomenclatura —

*Tribunal*—, a part d'èsser restringida la seva actuació al pla jurisdiccional en tant que la seva és una funció *vinculada a la interpretació i aplicació d'una norma prèvia* (SANTAOLALLA, 1995: 123), amb la circumstància, no menor, que es tracta de la llei fonamental, *configuradora del sistema de fonts* (CARRILLO, 2004: 74) i que serveix de paràmetre de validesa de la resta de normes. A l'anterior, a més, cal afegir l'opinió que el propi Tribunal Constitucional ha mostrat sobre la controvèrsia. Així les coses, ha raonat —en referència al procés o recurs d'empara constitucional— que *actua com a Tribunal i amb base en un procediment de caràcter jurisdiccional [...] regulat de manera especial en la seva Llei Orgànica* (Sentència del Tribunal Constitucional 9/1981, de 31 de març) introduint l'íter processal com a nota parcialment definidora del seu caràcter jurisdiccional. Sense perjudici de l'anterior, un corrent doctrinal justifica que *cap sistema és purament jurisdiccional sigui perquè al costat del control de la llei per part de jutges [...] sobreviuen formes de fiscalització de la mateixa actuades per òrgans polítics, sigui perquè en qualsevol cas hi ha connexions entre jurisdicció i política en el nomenament dels jutges, en les funcions desenvolupades pels tribunals, en l'elecció de les decisions i en el procés de validació de les mateixes* (PEGORARO, 2019: 46).

La darrera de les tesis *ut supra* escrutada sembla, al nostre parer, la més adient i conforme a la realitat en què es plasma la Constitució i que aquesta pretén regular en algun dels seus extrems més fonamentals. Així, cal assumir que la jurisdiccionalitat del Tribunal no prejutja ni ha de resultar un obstacle en la justificació, al mateix temps, que el debat interpretatiu que es planteja en el sí de l'òrgan és, en la majoria d'ocasions, d'un innegable caire polític. Heus aquí la nitidesa de la distinció: el Tribunal Constitucional no pot ésser considerat un òrgan polític en la mesura que, superada la crítica frontal a la revisió de la tasca legislativa i executiva per un òrgan *ad hoc* i independent, resol sobre conflictes polítics sense requerir de la política com a instrument o causa per a trobar la seva resposta. En altres paraules, el caràcter jurisdiccional del suprem intèrpret s'atorga per la seva *actuació racional* (PRIETO SANCHÍS, 1991: 186) al temps d'interpretar i crear el Dret.

**c. Ideologia *de* la interpretació i ideologia *en* la interpretació. Un apunt sobre la neutralitat dels jutges constitucionals.**

D'entre les raons que la doctrina ha proposat per a justificar el caràcter jurisdiccional del Tribunal Constitucional sobresurt la tesi a partir de la qual aital naturalesa entronca en el fet que opera com a un vertader òrgan judicial, a saber, en la mesura que actua amb subjecció a un procés reglat i per quant la motivació i el raonament són elements identificables i necessaris en les seves decisions. L'anterior, com s'ha vist, no prejutja que el Tribunal s'ocupi de ventilar qüestions amb un evident i marcat signe polític pel que es refereix a l'origen de les controvèrsies que ha de ventilar. De la justificació del caràcter jurisdiccional, emperò, també n'és corol·lari el fet que el Tribunal Constitucional duu a terme una funció exegetica<sup>21</sup>, o el que és el mateix, interpretadora de la *norma normarum*. Al mateix temps, la ideologia —o potser seria millor parlar de projecte constitucional ideològic o polític— apareix com a nota que inspira el text constitucional.

És per això que el tercer i darrer apartat d'aquest capítol proposa endinsar-se en l'anàlisi del punt on convergeixen les dues parts *ut supra referides*; així, del paper de la ideologia en la interpretació constitucional i, per tant, també, de la neutralitat dels seus exegetes.

Sobre la interpretació constitucional en tant que activitat pròpia i diferenciada s'ha convingut necessari destacar la teoria elaborada per Guastini, on assenyala quatre arguments a partir dels quals entendre l'especificitat d'aital pràctica i la seva diferència amb la interpretació judicial *stricto sensu*. En síntesi, l'autor proclama que: *els textos constitucionals són diferents de qualsevol altre text normatiu pel seu objecte, [...] pel seu contingut*, en la mesura que no sols s'integren de regles, sinó que posen de relleu principis i valors, per la regulació de les *relacions polítiques (entre els òrgans de l'Estat, i també entre Estat i ciutadans)* i, per últim, perquè a diferència de la resta de l'ordenament jurídic, sobre la Constitució plana una idea d'*estabilitat*, nota que exigeix d'una interpretació *de forma que pugui adaptar-se a les transformacions de la societat* (GUASTINI, 2007: 53-58).

---

<sup>21</sup> Al respecte, recordi's que la funció exegetica —o interpretadora— del jutge constitucional no equival a una simple (que no menor) funció aplicadora del Dret (i, per tant, de la Constitució). És en la primera activitat que la doctrina ha posat de relleu la teoria dels anomenats *hard cases*, les problemàtiques dels quals analitza de forma carter i rigorosa el professor Manuel Atienza a "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos".



Vist l'anterior, amb caràcter previ a un ulterior desenvolupament del tema cal assenyalar la procedència i motiu de la rúbrica que serveix de títol per a aquest apartat. Amb la menció d'*ideologia de la interpretació i ideologia en la interpretació*, prestada de l'obra de Prieto Sanchís, s'intenta posar sobre la taula la coexistència de dues idees respecte de la comprensió de la ideologia en la funció exegètica dels jutges constitucionals. Apreciada sota un fonament pròxim a la filosofia del dret, la ideologia de la interpretació intenta revelar *al conjunt de postulats i valoracions que determinen com ha de prendre el jutge les seves decisions* i, així, a la circumstància del jutge —constitucional— i com i de quina forma duu a terme la tasca que se li encomana. Sense perjudici de l'interès que pugui prometre la primera idea d'ideologia i interpretació, als efectes d'aquesta monografia cal circumscriure l'estudi sobre la segona nota. D'allí que indagant sobre el significat del concepte d'*ideologia en la interpretació* s'arribi al *conjunt de valors morals i polítics, de judicis d'oportunitat i d'eleccions* que esdevenen decisius en la formació de la decisió jurisdiccional i exegètica, del qual l'autor referenciat nega el seu caràcter accidental, referint-lo com a *component indispensable del raonament que reclama la pròpia Constitució* (PRIETO SANCHÍS, 1991: 181-182).

En qualsevol cas, si la ideologia en la interpretació es vincula a la presència i aparició de criteris, ítems i factors no inherents a la funció interpretadora —o *extrasistèmics*, d'acord amb Prieto— sembla raonable considerar que en la interpretació s'està a un escenari d'abstracció o no concreció de l'enunciat normatiu, això és, del fet que el text constitucional no atorga una sola resposta vàlida. De l'anterior se segueix que la interpretació constitucional revesteix un caràcter, almenys *prima facie*, discrecional. Al respecte, Greenawalt decreta que *la discreció existeix quan no hi ha cap procediment per a determinar si el resultat és correcte, els juristes* (en aquest cas, jutges del Tribunal Constitucional) *competents desacorden sobre el resultat adequat, i la decisió del jutge en aquests casos no serà considerada com un incompliment de les seves responsabilitats judicials* (MORESO, 1997: 204). Així les coses, semblaria oportú assenyalar que la ideologia que el jutge constitucional empra en la seva tasca exegètica no és un mitjà o instrument la disponibilitat del qual és lliure, sinó que sols resulta adequada quan el text o la disposició a interpretar ofereix un marge de discreció.

Amb tot, resulta oportú plantejar els problemes que el triangle abstracció —discreció— ideologia pot representar vers la creació i fonamentació de la decisió del suprem intèrpret. Així, allà on el jutge constitucional té marge per a la discreció i, alhora, aquesta apareix

influïda per criteris i consideracions morals, es corre el risc que l'interpret acabi esdevenint legislador, tot i que Dworkin rebutgi aital tesis a l'empara de la idea que el Dret a interpretar pel jutge està impregnat d'una moralitat que li és intrínseca (PRIETO SANCHÍS, 1991: 183). De fet, si es considera que tant la Constitució espanyola com els textos constitucionals que li són coetanis *recullen disposicions amb un indiscutible contingut moral* també ho ha de ser que la moral no pot quedar obviada en la tasca de l'interpret constitucional, doncs com s'ha vist, disposa d'un transcendent marge de discrecionalitat<sup>22</sup> (VILAJOSANA, 2017: 182, 187).

Una altra vessant des de la qual és possible sostenir el nexa entre ideologia en la interpretació constitucional rau en l'anomenada concepció *originalista* de la interpretació. Aquesta teoria, de caire subjectiu, proposa que el contingut del text constitucional ha de ser objecte d'una interpretació conforme a la intenció dels encarregats d'articular-la en el seu moment (LORA DEL TORO, 1997: 10), que comporta una especial dificultat, en la mesura que *atribuir intencions a una assemblea* (o Corts Constituents, com en el cas espanyol) *no és una qüestió tan clara com atribuir-les a l'emissor individual d'una oració* (MORESO, 1997: 226), extrem a totes llums irrefutable. Aquesta dificultat per oferir una definició la trasllada Guastini a principis constitucionals —reconoscibles quant a la seva existència però de major conflictivitat pel que fa a la seva essència— com la igualtat, la solidaritat, la dignitat o la justícia, assenyalant que *la interpretació d'aquestes expressions involucra, inevitablement, alguns judicis de valor, perquè reenvien a les doctrines morals, a les ideologies polítiques* (2007: 80). L'anterior, si es posa en correspondència amb el fet que *quan menys controvertida sigui la qüestió [...] menys problemàtica és la institució del control judicial* (FERRERES, 2021: 51) permet arribar a la conclusió que d'un text constitucional obert i amb contingut moral i, per tant ideològic, s'estarà a una exegesi constitucional més complicada i controvertida i a un rol més compromès del Tribunal Constitucional.

Seguint el fil, amb la teoria proposada per Smend s'arriba a una conclusió similar a les tesis ja referides, consistent en que la interpretació de la Constitució ha de prendre en consideració els seus aspectes *teleològic, sociològic, sistèmic i ideològic* [...] essent que *l'interpret de la Constitució sempre ha d'aferrar-se a la realitat social, a la concreció de l'existència* (PORTO DE CARVALHO, 2019: 71). Fins ara, la ideologia ha aparegut com a element quasi

---

<sup>22</sup> Al respecte, Moreso (2000: 111) ha dit que *la presència de predicats morals en els textos constitucionals no veta la possibilitat del coneixement neutral d'allò que les nostres Constitucions exigeixen*, tot fent referència a que si bé la concurrència de tal circumstància obre la porta a la discrecionalitat del jutge constitucional, la potencial interpretació moral no resulta un impediment per a conèixer *un rerefons moral sobre el qual treballar*, és a dir, dur a terme la seva funció interpretadora.

indissociable a la interpretació constitucional, el punt àlgid de la qual es vincula a l'originalisme, que traça un nexa entre el propòsit originari del constituent i l'actual exegesi que es fa sobre la norma. Així doncs, la ideologia en la funció interpretadora s'ha vinculat més al propi text objecte de lectura que no pas amb els protagonistes de la interpretació.

No obstant l'anterior, és el nostre propòsit defensar la postura —al nostre criteri perfectament compatible amb la referida sobre aquestes línies— que explica que l'ús de la ideologia per part dels jutges constitucionals pot explicar-se més enllà de l'essència inherentment política del text constitucional.

Després de tot, la ideologia també es fa patent en un escenari o moment essencial i controvertit a parts iguals com és la proposició dels candidats a ocupar una de les cadires reservades als magistrats del Tribunal Constitucional. El que amb tota possibilitat pugui ser objecte de debat en la disciplina de les ciències polítiques també ho és, però, al Dret. Així, no pot escapar al coneixement d'un ciutadà mínimament informat —malgrat la dificultat d'assolir-ho en els temps corrents— la polèmica sempre originada quan s'albira el moment per a què l'òrgan constitucional que s'escaigui proposi<sup>23</sup> els seus candidats a integrar el TC. Sobre els legitimats i les majories que han de reunir per a proposar un individu com a candidat, l'article 159.1 CE recull que dels dotze membres de què es compona la institució, *quatre ho són a proposta del Congrés per majoria de tres cinquenes parts dels seus membres; quatre a proposta del Senat, amb idèntica majoria; dos a proposta del Govern i dos a proposta del Consell General del Poder Judicial*. Amb motiu de l'especial naturalesa del Tribunal Constitucional, un sector doctrinal s'ha mostrat procliu a acceptar la necessitat de *compatibilitzar el judicialisme pur* amb la realitat i essència d'un òrgan *ad hoc* de revisió de constitucionalitat i conflictes polítics i *la lògica pretensió de la classe política d'estar present en la Institució que té confiat dirimirlos* (ALZAGA, 2016: 697). En certa mesura, pot semblar convenient que el cànon de constitucionalitat de les normes no se subjecti als mateixos paràmetres de control i procés que l'aplicació i interpretació de la resta de l'ordenament jurídic. Així, per raó de l'objecte de la *litis* constitucional, que atresora un conflicte eminentment polític.

A despit d'aquesta darrera tesi, però, és la nostra opinió que cal observar de forma pulcra els potencials problemes que, sobre el bon funcionament del Tribunal Constitucional, puguin originar-se de compartir la idea plantejada per Alzaga. Així les coses, validar la idea segons

---

<sup>23</sup> Proposició no escau ésser entesa com a nomenament, acte que correspon, en darrera instància, al Rei (art. 159.1 CE).

la qual la classe política té un interès legítim en participar del Tribunal Constitucional — directament o indirecta— podria resultar en contribuir al vici i la perversió d'un sistema de control i revisió constitucional independent i conforme a Dret. I aquest darrer apunt sobre una premissa lògica de difícil contrapunt: si s'accepta que els òrgans polítics (Congrés, Senat i Govern) poden ostentar un amplíssim marge quant a la decisió dels futurs integrants del Tribunal Constitucional i es té en consideració que el darrer resol sobre problemàtiques de signe polític, no es podrà garantir ni la independència ni la imparcialitat del jutge constitucional a l'hora de deliberar, discutir i resoldre sobre aquells actes normatius objecte d'interpretació l'origen dels quals remet als mateixos òrgans encarregats de decidir la composició del Tribunal.

Certament, la tesi sobre aquestes línies referida sols pot ser entesa si s'admet que els jutges constitucionals disposen d'un marge de discreció, més o menys ampli. Al cap i a la fi, si el text constitucional no fos suficientment obert en relació a l'abstracció de les seves disposicions i les postures que poden encabir-s'hi aleshores no podríem parlar, pròpiament dit, d'una possible amenaça ideològica sobre no només la *ratio decidendi* de les Sentències del Tribunal Constitucional, sinó del seu propi funcionament i sentit en un Estat de Dret i democràtic. En aquest punt, fem nostra la proclama a partir de la qual se sosté que *ha de cuidar-se atentament la seva composició* (la del Tribunal Constitucional), *evitant una excessiva politització i accentuant el component tècnic-jurídic* (CASCAJO CASTRO, 1978: 249), per bé que no pot obviar-se el fet que *la jurisprudència constitucional sigui, en sí mateixa, impecable ni que no estigui sotmesa a tensions polítiques [...] o influències partidistes* (BALAGUER CALLEJÓN, F., 2020: 100).

Amb tot, no pot obviar-se que la figura a la qual s'atribueix la concepció del control concentrat de constitucionalitat, Hans Kelsen, posà de manifest la possibilitat d'acceptar una mínima — i millor explícita que no obscura— participació i influència dels partits polítics *en la formació del Tribunal* (Constitucional), *per exemple, fent proveir una part dels llocs del Parlament per via d'elecció, tenint en consideració la força relativa dels partits* (RODRÍGUEZ, 2022: 200).

La darrera nota a considerar és la de la presència i incorporació de la neutralitat per part dels jutges i magistrats del Tribunal Constitucional. Pel que es recull *ut supra*, el paradigma de la neutralitat —entesa com la no preferència d'eleccions entre una pluralitat d'aquestes ni la formació de la decisió en virtut d'una sola ideologia— queda lluny de poder ésser representat

per l'actual Tribunal Constitucional. En efecte, la politització de l'òrgan<sup>24</sup> i la gens dissimulada presència en aquest de professionals de l'àmbit del dret amb un marcat perfil ideològic, o inclús amb experiència i trajectòria política, i la incessant empresa del partit governant i aquell que periòdicament encapçala l'oposició política per a proposar nomenaments que els assegurin el "control" del TC denota una trista realitat i, en qualsevol cas, que no puguem atendre a una definició estricta del terme *neutralitat*.

A dir veritat, la conceptualització del terme *neutral* no només pot ser evocat en el sentit anterior, això és, referit a la idea a partir de la qual es decideix una sentència (substància), sinó també considerant la neutralitat com a element projectat sobre allò que és objecte d'exegesi. Si se segueix aquesta premissa, s'arriba a la circumstància que el text al qual s'ha de donar concreció a partir de la interpretació del Tribunal és de caire polític, sigui pel contingut que regula, els seus redactors o els fins que persegueix, extrems ja destacats amb anterioritat. A resultes d'això, s'observa que el text constitucional és un text, valgui la redundància, de caràcter polític, doncs *pel sol fet de ser vigent no deixa d'expressar opcions* que ho són i, per tant, no s'escau considerar la Norma Fonamental ni tampoc el contingut de la seva interpretació com a possible i materialment neutrals (BALAGUER CALLEJÓN, 2022: 56).

#### **IV. L'hermeneuta moral. Una anàlisi del terme *democràcia militant*.**

##### **a. Origen i justificació.**

Títol previ al punt i final d'aquest treball, s'ha cregut convenient dedicar el darrer apartat del mateix a la introducció d'un terme estretament vinculat amb els elements més rellevants tractats. Seguint un ordre lineal, inicialment s'ha abordat l'aspecte ideològic dels textos constitucionals a partir de la seva raó de ser i el seu context originari, això és, el tractament de la Constitució com a resultat d'una obra política de consens. A continuació, s'ha tingut ocasió d'introduir el debat entorn a l'existència, caràcter i conveniència de dotar a bona part dels règims democràtics liberals d'avui dia d'un òrgan de control concentrat de constitucionalitat de les lleis. Al respecte, han aflorat teories concurrents i també divergents sobre el seu caràcter jurisdiccional o polític, al mateix torn que altres autors, més pragmàtics, han posat de relleu

---

<sup>24</sup> Ángel Rodríguez ofereix, en relació amb la justícia ordinària, un interessant estudi sobre la politització d'aquesta, el fenomen de la "quotització" i l'alineament dels integrants del Poder Judicial — creiem que la seva projecció pot fer-se extensiva al Tribunal Constitucional — en dos grups essencials: *conservadors i progressistes*.

que, tot i que operar en essència com un vertader òrgan jurisdiccional, el *litis* sobre el què decideixen els tribunals constitucionals el caracteritzava com a institució *ad hoc* i amb certa personalitat diferenciadora. Aprofitant la referència al dit Tribunal s'ha volgut emfatitzar, de forma concisa i breu, en alguna de les problemàtiques que enfronta la funció exegetica del text constitucional, detenint-nos, com no podia ser d'altra forma, en l'influx ideològic sobre aquesta importantíssima i fonamental tasca.

Retornant a l'inici de l'epígraf anterior, l'objectiu d'aquest apartat és vincular la funció ideològica dels textos constitucionals —i la seva vessant programàtica— amb un terme o teoria l'origen del qual és forani, però amb clars vincles a la nostra jurisprudència constitucional. En definitiva, a partir de l'estudi sobre la *democràcia militant* es proposa oferir un tancament al debat iniciat, amb una especial referència sobre els límits materials del text constitucional i les raons que li són subjacents.

L'al·lusió i referència al terme *democràcia militant* no ens és habitual al nostre context i entorn jurídic. Amb certa taxativitat es diu que la Constitució espanyola de 1978 no inclou, pels motius que siguin, un límit a determinats debats o projectes polítics i, a més, se sol remetre a la Llei Fonamental de Bonn com l'escenari en el què neix i cohabita aquesta institució. Aital teoria es vertebrava a partir d'una aparent no-presència de clàusules d'intangibilitat a la CE i la possibilitat que, seguint els requisits i procediments estrictament establerts al Títol desè de la Norma, en aparença cap projecte polític-constitucional no és impossible (FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, 2015: 115). Certament, la de la democràcia militant és una teoria reactiva, pensada com a resposta a una problemàtica no precisament menor: l'auge i l'adveniment del feixisme a l'Europa d'entreguerres. Aquest és el punt de partida, recurrent i explícit, mitjançant el qual Karl Loewenstein dissenyà la seva doctrina, que ens arriba avui en un context on l'auge dels moviments populistes, extremistes i reaccionaris en el si de les democràcies liberals torna, un cop més, a esdevenir una realitat.

En el seu plantejament es parteix d'un paradigma d'absoluta contraposició entre els governs constitucionals i les dictadures, essent que en les darreres no s'està a la presència de l'Estat de Dret. Previ desenvolupament del terme *democràcia militant*, l'autor dedica part del seu escrit a la vertebració del feixisme en els estats europeus en els quals paulatinament triomfava. Precisament, és en aquest punt on nega el caràcter ideològic del feixisme i l'assimila, emperò,

a una *tècnica política* [...] en la mesura que el seu propòsit (o el d'aquells individus que l'enarboren) és el de retenir el poder<sup>25</sup> (LOEWENSTEIN, 1937: 423).

De seguir una interpretació literal en els termes referits s'hauria d'arribar a una conclusió probablement precipitada, a saber: si s'estima que el feixisme no és una ideologia i, alhora, que la teoria de la democràcia militant neix, en particular, per abordar la problemàtica que aquest darrer projecte representa, aleshores es validaria lògicament que la democràcia militant no serveix *prima facie* com a límit a determinades propostes ideològiques. Al respecte, hem de mostrar la nostra disconformitat amb un plantejament que considerem excessivament restrictiu, en tant aboca a seguir mantenint un plantejament d'amenaça en estrictes termes tècnics o procedimentals —al respecte, recordi's l'entesa del feixisme per Loewenstein com a *tècnica política*—, essent que en l'actualitat pot desplegar-se d'una forma més àmplia. Per instància, serveixi d'exemple el disseny del text constitucional portuguès en relació amb la proscripció, de pla i absent de pal·liatius, de circumstàncies amb transcendència pública de caràcter feixista. Més enllà de la preeminent cita de condemna al règim feixista anterior al règim constitucional que es fa palesa al preàmbul de la Constitució de la República Portuguesa de 1976, el constituent portuguès aprofità l'avinentesa per barrar el pas al feixisme de l'espectre polític (preveient, conforme l'article 160.1.d, la pèrdua de la condició de membre de l'Assemblea de la República als diputats que hagin estat condemnats per *participar en organitzacions que mostrin una ideologia feixista*) i públic o associatiu (per quan *les organitzacions amb ideologia feixista no seran permeses*, segons l'article 46.4). Fins i tot, acudint als límits materials d'una potencial revisió o reforma constitucional (art. 288), s'observa que *les lleis de revisió constitucional han de respectar [...] l'expressió plural i l'organització política, incloent els partits polítics, i el dret a l'oposició democràtica*, circumstància que fa explícit, d'una banda, el tractament del feixisme com a ideologia i no només tècnica i, de l'altra, la interdicció d'una reforma que possibiliti la presència de no només projectes, sinó ideologies antidemocràtiques.

Retornant de nou a l'origen de la qüestió, Loewenstein planteja la necessitat de restringir les possibilitats de reforma constitucional sobre determinats extrems essencials per expressa disposició del constituent. Només així és possible evitar que els mecanismes democràtics siguin pervertits i emprats per a la destrucció de l'Estat constitucional, descartant respondre

---

<sup>25</sup> La cita textual de l'autor, l'obra del qual es publicà en anglès és “[f]ascism simply wants to rule”, expressió que podria traduir-se a la nostra llengua per l'oració proposada al text o a partir de l'ús d'altres sinònims i aproximacions al terme “rule”, com podrien ser “manar” o “governar”.

al feixisme amb un *contraatac emocional*<sup>26</sup>, sinó a partir d'una necessària *resposta política i legislativa*, que exigeix d'una inevitable —i ensem forçosa— cooperació i organització política i social (LOEWENSTEIN, 137: 423-430). En definitiva, serà a través d'aquest mètode quan podrem parlar de l'efectivitat d'un disseny militant de l'Estat constitucional, al qual la teoria de Loewenstein ha contribuït a partir d'una pluralitat d'idees: així, el concepte de *democràcia militant* fins ara examinat, però també de l'excessiu optimisme que s'ha volgut atorgar a la democràcia en tant que forma d'ordre polític —referència, de nou, d'actual transcendència— o el perill de l'influx emocional en contraposició al racional.

#### **b. Sobre els límits de la tolerància: l'estat de la democràcia militant a Espanya.**

El de democràcia militant és un terme sense contingut inherent o, si es vol, buit, essent que sols assoleix a desplegar els seus efectes teòrics en un pla real i tangible davant la concurrència o potencialitat de determinats projectes o ideologies que el mateix autor constitucional identifica d'amenaques per al sosteniment de l'equilibri de l'Estat constitucional i democràtic. Si així s'assumeix aquesta teoria, no ho és menys que la vertebració de límits a la reforma constitucional es projecta, irremeiablement, sobre l'esfera de drets i possibilitats de la ciutadania, individualment entesa o a través d'una participació organitzada (així, en relació amb els partits polítics o associacions). Resumidament, allà on es pugui albirar la mínima presència d'un disseny militant, també s'estarà a una superior coartació del debat públic i polític, idea identificable a partir d'un esquema de la democràcia militant que sols pot reeixir, tot i l'aparent tautologia, si *s'aprofiten les possibilitats obertes per un sistema de llibertat per a tots* (REVENGA, 2020: 15). És clar, doncs, que si la democràcia militant opera per a restringir la perversió dels mecanismes constitucionals i democràtics, serveix per a restringir una pretesa llibertat absoluta en el camp de les idees (PEGORARO, 2013: 212).

De l'anterior s'extreu que, sota un criteri de mínims, l'establiment d'una protecció reforçada a la reforma constitucional a través de la inclusió de límits materialment intangibles reconduïx a la delimitació de la tolerància com a valor i possibilitat substantiva. Tolerància i pluralitat política són, ambdós, conceptes reductibles però inseparables, doncs sense el primer no es pot entendre el segon, i viceversa. L'intolerant no és capaç d'assumir el rol i la

---

<sup>26</sup> Loewenstein identifica el feixisme com a mitjà polític no democràtic, de caire militar i que assoleix el poder per via de les emocions. Rebutjant, com hem dit, contrarestar l'adveniment i consolidació del feixisme a partir de la tècnica per ell emprada, l'autor conclou que la defensa de la democràcia *sols pot ser projectada a partir d'una resposta política i legislativa* (p. 428).



possibilitat d'atribuir raó a l'altre, sigui o no el seu oponent. Ensenms, es requereix d'un context plural, això és, de diversitat política i social, per a poder arribar a la cohabitació<sup>27</sup> pacífica i democràtica —per tant, tolerant— d'aquells que són diferents.

L'establiment de clàusules d'intangibilitat pot respondre a una multiplicitat de motius (causes) i es pot desplegar de diferents formes (conseqüències). Amb tot, no procedeix desenvolupar en aquest espai la realitat i configuració d'aquests punts, en la mesura que superaria, amb escreix, la finalitat perseguida i la delimitació màxima del treball. No obstant, la representació constitucional de límits materials d'ulterior desenvolupament serveix per a introduir, de nou, la rellevància de l'influx ideològic en el fonament de tota democràcia substantiva<sup>28</sup>. Així, partint d'una idea ja assumida com és la contribució ideològica en la construcció del text constitucional, no és menys raonable pensar que el consens polític requerit per a avançar en la consolidació d'unes noves bases constitucionals pot contribuir, si les causes així ho justifiquen, a restringir l'accés a l'espai públic i a la decisió política a determinades empreses i projectes, però també ideologies. Aquesta idea entronca amb la sostinguda per la doctrina dominant. Així, s'ha arribat a concloure que *la finalitat última de l'observança de límits expressos té per objecte garantir la subsistència dels supòsits ideològics i valoratius que identifiquen el règim polític a la nostra Constitució* (GARCÍA-ATANCE, 1992: 326), o el que és el mateix: que sense ideologia democràtica a defensar no neix la democràcia militant (que pretén salvaguardar-la) i, alhora, que el propi concepte de democràcia substantiva té per objecte la garantia d'un consens constitucional inexorablement ideològic.

Certament, doncs, la referència a la democràcia militant va acompanyada de pluralisme polític i d'un influx ideològic que el constituent addueix necessari preservar i que, a més, serveix, ell mateix, per a garantir el seu respecte. En síntesi, la ideologia reflectida i perfilada sobre les disposicions del text constitucional garanteix, a partir de la seva inderogabilitat, la seva pròpia subsistència, sense perjudici, com s'ha dit, de preveure una modificació de la Constitució en d'altres extrems. La qüestió indefectible, però, continua residint en el mateix punt: l'atribució d'un component moral, això és, de bo, sobre la noció democràtica, que s'advé com la mínima

---

<sup>27</sup> La referència al fenomen de la *cohabitació* —tant extensament tractat en la disciplina jurídica i política en relació amb l'organització del poder estatal i governamental a França— no busca ser baldera. En efecte, emprant aquest terme s'intenta fer explícit que allò que la tolerància proposa és una millora del pluralisme. Si en el segon s'està a un context de pluralitat, en la primera la pluralitat revesteix un caràcter respectuós i de tractament de l'adversari com a igual quant a drets i a possibilitats.

<sup>28</sup> Revenga Sánchez aprofita aquesta concreta nomenclatura per a referir-se a les democràcies que contenen clàusules d'intangibilitat, *ergo*, militants (p. 18).

certificació del fet que sense democràcia no hi ha llibertat, i sense la darrera de res no serveix la Norma Fonamental, que es desnaturalitza amb la pèrdua del seu principal objecte. En aquest sentit, algun autor ha fet explícita la necessitat que una societat que es diu plural *necessiti d'un mínim d'homogeneïtat ètica* (ROCA, 1996: 261). En qualsevol cas, la simbiosi d'aquests elements fa palès que una Constitució no pot ser neutral si al mateix temps la seva potencial reforma és circumscrita materialment, circumstància que, a més, sol ser vinculada a la defensa militant de la forma democràtica de l'Estat. I així, *si l'Estat promou una concepció del bé — això és, si no posseeix neutralitat d'objectiu— aleshores impossibilita que la resposta oferta pels ciutadans sigui seva, i d'aquesta forma impedeix que tinguin vides valuoses* (SELEME, 2015: 1267).

Què n'és de la democràcia militant a Espanya és la qüestió pendent d'abordar en aquest paràgraf i els consecutius, amb la pretensió d'aproximar-nos al tractament que sobre la mateixa ha fet la doctrina i, com no podia ser d'altra forma, la jurisprudència constitucional.

En essència, la interpretació de la jurisprudència constitucional —contrària a afirmar que l'espanyol és un règim militantment democràtic— es fonamenta, més enllà de l'assumpte concret objecte d'enjudiciament, en la inexistència de clàusules d'intangibilitat en el text constitucional i, per tant, de límits materials explícits que no poden ser objecte de reforma i mutació constitucional. Contra aquesta afirmació, destacadament rigorosa quant a la flexibilitat de la Constitució, s'oposen dues idees, relacionades amb el sistema de reforma constitucional espanyol i llurs peculiaritats i l'evolució teòrica de la jurisprudència constitucional.

El marc de reforma constitucional regulat al Títol X de la Constitució ostenta un caràcter particular i propi, en la mesura que no s'incardina de forma expressa ni clara en la catalogació que la doctrina ha traçat entre els anomenats sistemes flexibles i sistemes rígids. A l'empara d'aquest disseny, la jurisprudència constitucional ha ofert una interpretació formalista, a partir de la qual ha tingut oportunitat d'afirmar que aquest no és un model que intercedeixi categòricament en la possibilitat de reforma constitucional i, tanmateix, que la nostra no és una democràcia militant. L'opinió que es planteja reproduir, emperò, és discrepant quant a l'essència i projecció d'un aspecte molt concret, i no per això menor, del sistema de reforma constitucional: el procediment agreujat recollit a l'article 168 CE<sup>29</sup>. Aquesta disposició palesa

---

<sup>29</sup> Citant l'anàlisi d'Alzaga, García-Atance recorda que *frente al deseo expresado por algunos grupos parlamentarios de introducir algunas enmiendas tendentes a la irreformabilidad de ciertos contenidos*

que per a la potencial reforma —o revisió— total del text, o d'altres, de caràcter parcial, amb incidència sobre el Títol preliminar, la regulació dels drets fonamentals i llibertats públiques i la Corona, serà exigible l'aprovació del principi de reforma per dues terceres parts de cadascuna de les cambres en què es componen les Corts Generals<sup>30</sup>, la dissolució d'aquestes, l'aprovació, de nou per dos terços, per totes dues cambres —a tals efectes instituïdes— i la ratificació per via de referèndum popular. Aquesta arquitectura denota la protecció reforçada i explícita de determinades institucions i pedres angulars, per bé que no exempta de crítica per raó de constituir una reforma excessivament complexa i costosa (DE VEGA, 1985: 148, 158). La singularitat a què ens referíem, emperò, no ha d'empènyer a sostenir una tesi excessivament rigorista a partir de la qual el poder de reforma constitucional espanyol només estaria subjecte a límits si aquests constessin de forma expressa en el propi text. Al contrari, fem nostra la tesi sota la qual el confús disseny de l'article 168 no perjudica l'existència de límits implícits o textuals, que mai no han constituït un objecte d'especial preu per a l'interpret constitucional (BIGLINO, 2023: 25). Sobre els darrers, GARCÍA-ATANCE n'ha destacat, per instància, la forma de l'Estat social i democràtic de dret *ex art. 1.1 CE* com a *sostre ideològic*, així com la dignitat de la persona o els drets inviolables que li són inherents de conformitat amb l'article 10 de la Norma, per quan cristal·litzen en *condició prèvia i preexistent a la pròpia superlegalitat constitucional* (2002: 282-287).

Introduïda l'anterior idea, s'escau ara fer esment d'una realitat que li és complementària, precisament a la llum de l'existència de límits implícits a la reforma constitucional en la Constitució, com és l'examen de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional al propòsit de la ja referida democràcia militant i la plausibilitat de sostenir la seva virtualitat en el l'ordenament polític i constitucional espanyol. Arribats a aquest punt, interessa destacar que els pronunciaments en què el Tribunal ha examinat —i s'ha posicionat sobre— la dita matèria han tingut una *litis* objectivament relacionada amb la impugnació de normes i actes relacionats amb l'eix nacional i l'estructura territorial de l'Estat i, ensems, amb ocasió de la regulació —àdhuc prohibició— de partits polítics. La tesi que enarbora l'interpret constitucional, negativa quant a fer valdre que la Constitució preveu la defensa militant de la democràcia, es fonamenta en el reconeixement del pluralisme polític en el text constitucional com a valor d'especial protecció i projecció i, com s'ha avançat anteriorment, en una exegesi

---

*constitucionales, se opuso la voluntad del grupo socialista y comunista, que propugnaban la no inserción de límite alguno al poder de revisión* (2002: 282).

<sup>30</sup> Aquesta proporció equival a 234 diputats i 177 senadors, d'un total de 350 i 288, respectivament.

restrictiva i formalista, en tant que s'interpreta a partir d'una estricta literalitat dels preceptes controvertits, del procediment de reforma constitucional, que no conté límits expressos pel que fa a llur revisió. Expressió de l'anterior és que *en el nostre ordenament constitucional no hi té cabuda un model de "democràcia militant" [...] això és, un model en el qual s'imposi, ja no el respecte, sinó l'adhesió positiva a l'ordenament i, en primer lloc a la Constitució* (STC 48/2003, de 12 de març). Ultra això, justifica aquest plantejament de conformitat amb un argument ja conegut, a saber, que *falta per això el pressupòsit inexcusable de l'existència d'un nucli normatiu inaccessible als procediments de reforma constitucional que, per la seva intangibilitat, pogués erigir-se en paràmetre autònom de correcció jurídica*. Seguint aquesta doctrina, el Tribunal ha dictaminat que *el valor del pluralisme i la necessitat del lliure intercanvi d'idees com a substrat del sistema democràtic representatiu impedeixen qualsevol activitat dels poders públics tendent a controlar, seleccionar o determinar greument la mera circulació pública d'idees o creences* (STC 235/2007, de 7 de novembre).

El darrer matís referenciat no és balder, doncs el Tribunal actua curosament en la construcció retòrica de l'oració pel que fa als termes emprats i el significat del qual dota l'expressió, que acaba per posar-se de relleu com a jurisprudència constitucional. En efecte, l'interpret constitucional relaciona pluralisme polític i l'intercanvi d'opinions —a la fi, la llibertat d'expressió i la llibertat ideològica— com a substrat del sistema democràtic i nega que des de l'esfera pública pugui actuar-se amb caràcter coercitiu o restrictiu. A la vista de l'anterior, és raonable interpretar que tot intercanvi d'idees i opinions —també aquelles contràries als principis constitucionals i a la *norma normarum*— és lliure, si resulta de l'expressió del pluralisme polític. No obstant l'anterior, per més esforços dialèctics que es facin per part del Tribunal no és possible defugir d'una premissa nuclear i ensem bàsica com és la manca de coherència amb l'evolució jurisprudencial que ell mateix ha confeccionat amb ocasió del coneixement de diversos recursos d'empara que palesen un conflicte de ponderació de drets. Encara si és cert que l'essència, procediment i naturalesa dels processos constitucionals d'empara i el dels recursos contra les lleis, disposicions normatives o actes amb força de llei<sup>31</sup> dels quals és competent per al seu coneixement el Tribunal Constitucional són diferents, no ho és menys que els efectes de les decisions del dit òrgan en matèria de recursos d'inconstitucionalitat sobre el conjunt de l'ordenament i els poders públics són *erga omnes*<sup>32</sup>,

---

<sup>31</sup> Elements i actes susceptibles de control jurisdiccional constitucional de conformitat amb l'establert a l'article 31 i ss. de la Llei Orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional.

<sup>32</sup> Així, FJ 2 STC 167/1986.

motiu pel qual s'hauria de concebre un reforç de la seva coherència amb altres decisions, d'empara, de projecció específica.

Per instància, no sembla ajustar-se amb la doctrina constitucional *ut supra* ressenyada recentment resolucions del Tribunal on, per exemple, l'exercici de ponderació entre drets en conflicte s'ha resolt sota la fórmula de salvaguardar la simbologia nacional en detriment de la llibertat d'expressió. Tal és el rerefons de la STC 190/2020, on és explícit que el pluralisme ja ho no compren tot i es fa pas al reconeixement d'un límit implícit: la proscripció del missatge no respectuós i intolerant vers els símbols de l'Estat. Ans al contrari, el Tribunal afirma que una conducta consistent en l'insult directe a la bandera espanyola i la crida a la seva crema no només no constitueix una *extralimitació en l'exercici de la llibertat d'expressió* [...], sinó que ni tan sols *pot quedar emparada per aquest dret, donat que no contribueix a la formació d'una opinió pública que mereixi el qualificatiu de lliure* (FJ 5.d). No debades, tampoc pot afirmar-se, sense més, que el tenor de dita sentència fos assumit de forma unànime<sup>33</sup> pels seus membres. Als efectes de corroborar la nostra tesi fins ara plantejada, serveixi d'interès el vot particular formulat pels magistrats Xiol Ríos i Balaguer Callejón, on exposaren *el valor d'allò simbòlic en el marc de l'Estat constitucional podria justificar la protecció de determinats símbols pel dret penal, però la sentència dona per fer que aquesta justificació existeix per se, i que desplega efectes inclús front a l'exercici de determinats drets fonamentals, de forma que suposa una exigència d'adhesió als símbols que s'acosta en excés a una idea de democràcia militant*. Certament, també pot resultar preocupant la indiferència quant a l'íter interpretatiu seguit pel Tribunal, que acaba per resultar en un cert "automatisme instrumental", tot obviant la doctrina, pacífica i consolidada, que ha construït el Tribunal Europeu de Drets Humans en les darreres dècades a propòsit del discurs d'odi i la reivindicació política intolerant.

Sense escaure's necessari posar en context i discernir el vincle i relació entre aquest òrgan supranacional i el nostre Tribunal Constitucional<sup>34</sup>, resulta evident que el darrer no enjudicia els conflictes constitucionals de la seva competència a la llum de la jurisprudència del primer, sobretot si es posa de relleu que la llibertat d'expressió *val, també, per les* (opinions i idees) *que fereixen, ofenen o inoportunen: així ho requereix el pluralisme, la tolerància i l'esperit d'obertura sense els quals no existeix cap "societat democràtica"* (STEDH *Stern Taulats i*

---

<sup>33</sup> La resolució fou fortament criticada i mostra d'això és la formulació de quatre vots particulars a la mateixa, que aglutinaren cinc dels onze magistrats que aleshores composaven el Tribunal.

<sup>34</sup> Pot resultar d'interès, emperò, recuperar l'aproximació i tractament que LÓPEZ CASTILLO dedica en la seva obra *La confluencia entre tribunales constitucionales, TEDH y TJUE*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 22, 2018, pp. 133-172.

*Roura Capellera c. Espanya*, de 13 de març de 2018), per bé que resulta admissible, d'acord amb la mateixa doctrina citada, la limitació del debat i la lliure opinió quan aquesta es posa al servei del discurs de l'odi i l'apologia i crida a la violència (així, STEDH *Sürek c. Turquia*, de 8 de juliol de 1999), circumstàncies lluny de ser avisades com a objectivament concurrents en la Sentència abans referida.

## V. Conclusions.

- I- La comprensió dels textos constitucionals com a *norma normarum* i expressió de la racionalització del poder polític té com a conseqüència que el disseny constituent ho sigui per a una permanència i vigència indefinida, en tant es pretén garantir un marc de convivència polític i social de consens i estable, que no sigui corollari de grans divergències i potencials conflictes. En aquest punt es fa explícita la ideologia, que irradia el text determinant-ne el seu caràcter programàtic i la configuració de les institucions en un sentit concret i, en conseqüència, exclouent una composició alternativa. Nogensmenys, l'influx ideològic sobre la Constitució revela l'existència de principis i valors connaturals objecte d'una especial i reforçada garantia per la seva sistemàtica i que, tanmateix, s'advenen com a límits —expressos o implícits— per a una ulterior reforma.
- II- De l'anterior es desprèn que el caràcter de la norma constitucional i, així, llur essència, projecció i fins, té un complex encaix amb la idea i valor de neutralitat. En aquest sentit, s'ha pogut constatar que, no obstant tractar-se d'un objectiu a totes llums legítim, el disseny polític de la Norma exigeix la renúncia, almenys en una etapa originària, a la neutralitat, puix la confecció a partir d'aquesta resulta en una Constitució en essència procedimental i menys garantista quant a la protecció de l'esquema material-normatiu objecte de constitució i preservació per part del constituent.
- III- En qualsevol cas, la justícia constitucional —al nostre estat, en forma de Tribunal Constitucional— no és aliena a les notes fins ara destacades. Certament, l'influx ideològic es projecta sobre el dit òrgan des d'una vessant múltiple: en primer terme, perquè del contingut parcialment valoratiu i moral del text constitucional en resulta una exegesi controvertida, que ha de ser resolta pel Tribunal, que adopta una posició activa. Així mateix, sobre la posició de supremacia d'aquest pesa la decisió última sobre els contorns i límits constitucionals i la seva potencial mal·leabilitat. Juntament amb l'anterior, l'encomana de resolució de conflictes eminentment polítics al Tribunal Constitucional posa sobre la taula, de nou, que les seves decisions planin sobre la interrelació i ponderació d'elements i criteris ideològics i polítics, circumstància que l'allunya d'ésser comprès com a control purament jurisdiccional. Per últim, no ho és menys que la jurisdicció

constitucional espanyola resta supeditada a les dinàmiques d'un control polític excessivament fiscalitzador i en constant intent d'atresorar-ne el comandament. No s'està, doncs, davant un fet de menor rellevància, car tot i ésser un procés la gènesi del qual és llunyana, s'assisteix, encara avui, a la contribució desmesurada vers la politització i captura ideològica d'un òrgan que si bé no pot ser neutre, ha de constituir el far de l'objectivisme i la racionalitat.

IV- Apreciat sota un enfocament pragmàtic i fidel a l'essència de qui n'atorga llur denominació, no és comprensible situar la neutralitat del sistema constitucional i la democràcia militant com a realitats que poden coexistir en un mateix nivell. De l'anàlisi efectuada es suggereix copsar l'articulació d'un model de defensa militant com l'explicitació de la ideologia que, amb certa recança, s'amaga per part del constituent entre el contingut del text constitucional. En puritat, ambdós elements són inconciliables per quan l'objectiu primordial d'un model militant rau en palesar que, per sobre de tot, a l'Estat li és consubstancial una ideologia democràtica i, no debades, s'ha fet notar anteriorment que no pot situar-se la neutralitat com a valor o objectiu de les actuals constitucions liberal-democràtiques.

V- Per últim, sense perjudici d'admetre que la nostra Constitució no conté límits expressos a la reforma constitucional, s'arriba a la conclusió que la defensa militant apareix en el nostre sistema constitucional. L'adveniment d'aquesta és reconduïble a distintes causes, essent les més notòries la presència de límits implícits en el propi text, que han estat maximitzats dimanants de l'evolució jurisprudencial de l'exegeta constitucional. Tanmateix, una posició activa i bel·ligerant del darrer a propòsit d'extrems com la integritat territorial de l'Estat i la protecció àdhuc excessiva de la simbologia nacional palesen la idea comentada. Tot amb tot, interessa posar de relleu que, a la llum de la doctrina i casuística constitucional, no es resol —en la mesura que es nega— quin és el motiu real d'aquesta posició. Així, és discutible sostenir que la interpretació donada pel Tribunal Constitucional equivalgui, de forma pura, amb el plantejament teòric proposat per Loewenstein, essent nostra l'opinió que l'exegesi construïda en els darrers quaranta anys confon la defensa militant de la democràcia —que no l'és— amb la protecció restrictiva i a ultrança dels símbols polítics i ideològics de l'Estat, de la què el Tribunal s'ha erigit com a màxim garant, obviant considerar la plausibilitat i conveniència de l'anterior.





## VI. Bibliografía citada.

- ABELLÁN GARCÍA, Joaquín (2010). *El concepto sociológico de Constitución en Alemania: Ferdinand Lassalle*. Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, nº 6.
- ALMAGRO NOSETE, José (1982). *La acción popular ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Valoración crítica*. Revista de Derecho Político, nº 12, pp. 65-83.
- ALONSO GARCÍA, Enrique (1984). *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, 1ª ed., Madrid.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Hernán (2011). *La naturaleza política del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española*. Revista de Derecho Político. UNED, nº 80, pp. 189-200.
- ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (2016). *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Marcial Pons, 2ª ed., Barcelona.
- ARAGÓN REYES, Manuel (1989). *Constitución y democracia*. Tecnos, 1ª ed., Madrid.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2019). *Interpretación constitucional*. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 1ª ed., Sucre.
- (1997) *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*. Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, nº 6, pp. 7-30.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (2020). *Interpretación constitucional y populismo*. Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 33, pp. 97-127.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª ed., Madrid.
- BARZOTTO, Luis Fernando (2010). *El guardián de la Constitución. Elementos para una epistemología de la democracia*. Díkaion, vol. 19, nº 2, pp. 427-446.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma (2023). *La indefensión de la Constitución neutral*. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 127, pp. 15-48.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond (2022). *Teoría general del Estado*. Fondo de cultura económica, 2ª ed., Ciudad de México.

CARRILLO LÓPEZ, Marc (2004). *La aplicación judicial de la Constitución*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 24, nº 71, pp. 73-102.

CASCAJO CASTRO, José Luis (1978). *Kelsen y la Constitución española de 1931*. Revista de Estudios Políticos, nº 1, pp. 243-256.

CONSTANT, Benjamin (1815). *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*. 1ª ed., a cura d'Eymery, París.

ESCOBAR ROCA, Guillermo (2016). *¿Ideología de la Constitución o ideología de los jueces constitucionales? (A propósito de la STC 145/2015, sobre objeción de conciencia farmacéutica)*. Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá, nº 9, pp. 275-292.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, Pablo (2015). *La prohibición de formaciones políticas como mecanismo de defensa del Estado y el debilitamiento de dicha protección tras las polémicas decisiones sobre Bildu y Sortu*. Revista europea de derechos fundamentales, nº 26, pp. 111-137.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2011). *El Tribunal Constitucional español como legislador positivo*. Pensamiento Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 15, nº 15.

—(1993) *Consenso e ideología en la Constitución española de 1978*. Ius et Veritas, nº 6, pp. 7-12.

FERRERES COMELLA, Víctor (2021). *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª ed., Madrid.

—(2000) *Una defensa de la rigidez constitucional*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 23, pp. 29-47.

GAGO FERNÁNDEZ-RUBALCABA, Eduardo (2018). *El decisionismo de Carl Schmitt: un paréntesis para recuperar la unidad política y el orden jurídico*. Anuario Jurídico Villanueva, nº 12, pp. 17-40.

GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MORA, María Victoria (1992). *La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad*. Revista de Derecho Político, nº 37, pp. 319-330.

—(2002) *Reforma y permanencia constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1ª ed., Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo (2008). *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 371-398.

—(2014) *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 100, pp. 39-131.

GÓMEZ ORFANEL, Germán (1986). *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*. Centro de Estudios Constitucionales, 1ª ed., Madrid.

GÓNZALEZ CASANOVA, J.A (1965). *La idea de Constitución en Karl Loewenstein*. Revista de Estudios Políticos, nº 139, pp. 73-98.

GÓRNISIEWICZ, Arkadiusz (2021). *Dispute over the Guardian of the Constitution. Hans Kelsen, Carl Schmitt and the Weimar case*. Politeja, nº 3 (72), pp. 193-214.

GUASTINI, Riccardo (2007). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Editorial Trotta, 1ª ed., Madrid.

HERRERA, Carlos Miguel (1994). *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*. Revista de Estudios Políticos, nº 86, pp. 195-228.

KELSEN, Hans (2009). *Teoría pura del Derecho*. 4ª ed., Eudeba, Buenos Aires.

LASSALLE, Ferdinand (1976). (Introducció a cura d'Eliseo AJA). *¿Qué es una Constitución?* Ariel, 2ª ed., Barcelona.

LEÓN VÁSQUEZ, Jorge Luis (2021). *Jurisdicción constitucional, derecho procesal constitucional y pluralismo en Alemania*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1ª ed., Madrid.

LOEWENSTEIN, Karl (1979). *Teoría de la Constitución* (traducció a càrrec d'Alfredo GALLEGÓ). Ariel, 2ª ed., Barcelona.

—(1935) *Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe, I*. The American Political Science Review, vol 29, nº 4, pp. 571-593.

—(1937) *Militant Democracy and Fundamental Rights, I*. The American Political Science Review, vol. 31, nº 3, pp. 417-432.

—(1937) *Militant Democracy and Fundamental Rights, II*. The American Political Science Review, vol. 31, nº 4, pp. 638-658.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio (2018). *La confluencia entre tribunales constitucionales, TEDH y TJUE*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 22, pp. 133-172.

LORA DELTORO, Pablo de (1997). *La interpretación originalista de la Constitución: una aproximación desde la Filosofía del Derecho* [Tesi doctoral, Universitat Autònoma de Madrid].

MIGUEL BÁRCENA, Josu de i TAJADURA TEJADA, Javier (2019). *Kelsen y Schmitt. Dos juristas en Weimar*. Revista de Historia Constitucional, nº 20, pp. 367-400.

MORESO, José Juan (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª ed., Madrid.

—(2000) *Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 23, pp. 105-118.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto (1990). *Constitución, jurisdicción y proceso*. Akal, 1ª ed., Madrid.

PEGORARO, Lucio (2013). *Para una clasificación dúctil de democracia militante*. Revista Vasca de Administración Pública, nº 96, pp. 191-223.

—(2019). *Control jurisdiccional vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de éste último)*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, nº 23, pp. 43-86.

PÉREZ ROYO, Javier (1994). *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, 1ª ed., Barcelona.

PÉREZ TREMP, Pablo (2003). *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Fundación Alternativas, Madrid.

PIETROPAOLI, Stefano (2022). *Dopo lo Stato e oltre lo Stato. Istituzione e ordinamento concreto nella “filosofia del diritto internazionale” di Carl Schmitt*. Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, Vol. XIX, nº 1.

PORTO DE CARVALHO, Márcia Haydée (2019). *Casos difíciles e interpretación constitucional*. Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 31, pp. 63-88.

PRADAS, Josep (2012). *Benjamin Constant, retrato de un oportunista (en tres cartas a su tía, Mme de Nassau)*. Astrolabio. Revista internacional de filosofía, nº 13, pp. 86-91.

PRIETO SANCHÍS, Luis (1991). *Notas sobre la interpretación constitucional*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 9, pp. 175-198.

RALLO LOMBARTE, Artemi (1996). *El Tribunal de Garantías Constitucionales como Tribunal de garantías electorales*. Revista de Estudios Políticos, nº 92, pp. 251-279.

REQUEJO COLL, Ferran (2008). *Las democracias. Democracia Antigua, democracia liberal y Estado de Bienestar*. Ariel, 2ª ed., Barcelona.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (2020). *Intransigencia constitucional. Sobre los límites de la tolerancia en la democracia constitucional*. Ediciones Olejnik, 1ª ed., Santiago (Chile).

RIQUELME VÁZQUEZ, Pablo (2022). *El Reichsgericht como “guardián de la constitución” en la obra de Carl Schmitt*. Derechos y libertades, nº 46, pp. 145-176.

ROCA FERNÁNDEZ, María José (1996). *La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la Jurisprudencia*. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 48, pp. 251-272.

RODRÍGUEZ, Ángel (2022). *De la judicatura a la política y viceversa. El ejercicio de funciones jurisdiccionales después de ejercer otras funciones públicas*. UNED, Teoría y Realidad Constitucional, nº 50, pp. 185-217.

ROURA GÓMEZ, Santiago (1998). *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española. Rigidez y control de constitucionalidad en el constitucionalismo histórico español*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª ed., Madrid.

RUBIO LLORENTE, Francisco (1997). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, 2ª ed., Madrid.

—(1983) *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional*. Revista de Derecho Político, nº 16, pp. 27-37.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1994). *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Editoriales de Derecho Reunidas, 7ª ed.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando (1995). *Naturaleza del control de constitucionalidad de las leyes*. Revista de las Cortes Generales, nº 35, pp. 117-166.

SCARCIGLIA, Roberto (2013). *La justicia constitucional además de los modelos históricos: metodología comparada y perspectivas de análisis*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, nº 17, Madrid, pp. 325-337.

- SCHMITT, Carl (1982). *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, 1ª ed., Madrid.
- SCHNEIDER, Hans-Peter (1991). *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, 1ª ed., Madrid.
- (1982) *Jurisdicción constitucional y separación de poderes*. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 5, pp. 35-61.
- SELEME, Hugo Omar (2015). “La neutralidad del Derecho”. A: FABRA ZAMORA, Jorge Luis i RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica (eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 2, pp. 1247-1274.
- SERRA GIMÉNEZ, Francisco (2016). *Carl Schmitt, “teórico” de la Constitución de Weimar*. Pensamiento, vol. 72, nº 272, pp. 505-521.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro J. (2011). *El Tribunal Constitucional, la cláusula del estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal Alemana*. Estudios de Deusto, vol. 59, pp. 127-167.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín (2020). *Historia constitucional de España*. Marcial Pons, 1ª ed., Barcelona.
- (1991). *La monarquía en el pensamiento de Benjamin Constant (Inglaterra como modelo)*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 10, Madrid.
- VÁZQUEZ, Víctor J. (2023). “Cinco tesis sobre la neutralidad del Estado”. A: ARAGÓN REYES, MANUEL; VALADÉS RÍOS, DIEGO i TUDELA ARANDA, JOSÉ (coord.). *Derecho constitucional del siglo XXI. Retos y oportunidades*. Fundación Manuel Giménez Abad.
- VEGA GARCÍA, Pedro de (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos. 1ª ed., Madrid.
- VILAJOSANA RUBIO, Josep Maria (2017). *Identificación y justificación del derecho*. Marcial Pons, 2ª ed., Barcelona.
- VINX, Lars (2015). “Carl Schmitt and the problem of constitutional guardianship”. A: ARVIDSSON, Matilda; BRÄNNSTRÖM, Leila i MINKKINEN, Panu (eds.). *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt. Law, Politics, Theology*. Routledge, 1ª ed., Londres.