Doble Grau en Dret i Economia
Treball de fi de Grau de Dret (21067)
Curs acadèmic 2024-2025

LA INTERPRETACIÓ DE LA LLEI CONFORME A LA CONSTITUCIÓ: JUSTIFICACIÓ I LÍMITS

L'ACTUACIÓ DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COM A "LEGISLADOR POSITIU"

Jaume Mut Sbert
240622

Tutor del treball:
Marc Carrillo López

Universitat Pompeu Fabra Barcelona

DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, Jaume Mut Sbert, 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 sóc 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 de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repositori: 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.

Jaume Mut Sbert

Barcelona, 4 de juny de 2025

A ma mare, mon pare, el meu germà, la meva padrina de Llucmajor i els meus padrins de Felanitx, pel seu suport i estima constant.

Al meu tutor, el professor Marc Carrillo López, un agraïment especial, per haver-me guiat, orientat i aconsellat durant tot el procés d'elaboració d'aquest Treball de Fi de Grau.

Resum:

Aquest treball tracta el principi d'interpretació de la llei conforme a la Constitució per part del Tribunal Constitucional. Principalment es fa una anàlisi dels fonaments que el justifiquen, els límits que s'han d'observar quan se'n fa ús i les problemàtiques que se'n deriven, sobretot l'actuació del TC com a "legislador positiu" a través de les seves sentències interpretatives. Tot l'anterior va precedit d'una explicació dirigida a entendre el paper del jutge constitucional a l'Estat democràtic i de Dret. A més, el treball aporta una opinió pròpia sobre quin ús hauria de fer el TC d'aquest principi en els casos on es presenta un dubte important sobre la constitucionalitat de la llei, per bé que no una vulneració manifesta del text constitucional. La proposta passa per un ús moderat d'aquesta tècnica interpretativa posant especial atenció als riscos de que el jutge constitucional substitueixi el legislador democràtic en les seves funcions.

ÍNDEX

Introducció.....3
I. El Tribunal Constitucional dins l'arquitectura institucional de l'Estat democràtic i de Dret.....4
A. La justícia constitucional. Breu referència als dos models de justícia constitucional: concentrat i difús.....4
B. El Tribunal Constitucional com a "legislador negatiu".....6
C. El Tribunal Constitucional com a màxim intèrpret de la Constitució.....7
1. Què és interpretar? Els criteris d'interpretació de les normes jurídiques de l'article 3 del Codi Civil.....10
2. La insuficiència dels criteris anteriors per la interpretació de la Constitució. Necessitat d'altres criteris.....12
II. La interpretació de la llei conforme a la Constitució per part del Tribunal Constitucional.....14
A. Conceptualització i orígens.....15
B. Fonaments.....17
1. El principi de jerarquia normativa.....17
2. El principi d'unitat de l'ordenament jurídic.....18
3. El principi de conservació de la llei.....20
4. La presumpció de constitucionalitat de la llei. *In dubio pro legislatore*.....21
C. Límits.....25
III. L'ús moderat de la interpretació conforme. Una opinió pròpia.....27
A. La conversió dels límits en "riscos".....27
B. L'argument de la "segona oportunitat" per al legislador.....28
C. Modulació de l'argument de la "segona oportunitat".....32
D. La declaració d'inconstitucionalitat com a resposta als "riscos" de la interpretació conforme.....34
E. La necessitat de la interpretació conforme. Alguns casos evidents.....38
IV. Anàlisi d'una selecció d'interpretacions conformes del Tribunal Constitucional espanyol.....40
V. Conclusions.....45
VI. Bibliografia.....45

Introducció

El tema del treball que continua és el principi d'interpretació de la llei conforme a la Constitució, sobretot la seva utilització per part del Tribunal Constitucional, l'òrgan integrador de la jurisdicció constitucional. D'acord amb aquesta tècnica interpretativa, el TC, quan ha de resoldre sobre la compatibilitat entre la llei i la Constitució, opta per seleccionar aquella intepretació de la llei que la fa compatible amb la Constitució com a norma suprema. L'objectiu és evitar una declaració d'inconstitucionalitat i la conseqüent expulsió de la llei de l'ordenament jurídic.

De manera prèvia a l'inici de la investigació, es van plantejar les següents preguntes que s'han intentat respondre al llarg de les pàgines que segueixen. Què justifica l'ús d'aquest principi? Quins són els límits que ha de tenir en compte el Tribunal i quines dificultats es pot trobar quan du a terme la seva tasca interpretativa? Suposa la interpretació conforme una ingerència en les funcions del legislador, com a vegades han suggerit alguns autors crítics amb l'ús que n'ha fet el jutge constitucional? Podem trobar alguna alternativa?

Per tal de donar resposta en aquests interrogants, el treball s'estructura en quatre parts. La primera pretén ubicar al lector sobre quin és el lloc del Tribunal Constitucional en un Estat democràtic i de Dret posant èmfasi en dues de les seves principals funcions: la de "legislador negatiu" i la de suprem intèrpret de la Constitució. En aquesta part, també es fa un incís sobre la tasca d'interpretació jurídica i del text constitucional. La segona part s'endinsa en l'estudi del principi d'interpretació conforme de manera més directa, analitzant els fonaments que tant la doctrina constitucionalista com la jurisprudència constitucional han plantejat per justificar-lo. A més, també s'hi expliquen els límits i, vinculats a aquests, algunes problemàtiques que es poden derivar de l'ús d'aquesta tècnica interpretativa. Segueix una tercera part on es presenta una opinió pròpia sobre quin ús hauria de fer el TC del principi estudiat en base als següents paràmetres: les funcions que té el jutge constitucional i les que té el legislador democràtic, la modulació dels fonaments i una actitud de prudència derivada dels límits i de les problemàtiques exposades. Finalment, he presentat alguns casos de la jurisprudència constitucional espanyola amb una voluntat il·lustradora.

I. El Tribunal Constitucional dins l'arquitectura institucional de l'Estat democràtic i de Dret

A. La justícia constitucional. Breu referència als dos models de justícia constitucional: concentrat i difús

Per començar l'estudi del tema que ens ocupa, és necessari fer una referència inicial a la institució de la justícia constitucional. L'origen de la justícia constitucional el trobam en el constitucionalisme nordamericà i el seu punt de partida és que la Constitució és la norma suprema de tot l'ordenament jurídic, que defineix els valors suprems d'un ordenament i que es constitueix com a paràmetre de validesa de tota la resta normes jurídiques del sistema que queden subordinades a ella (García de Enterría, 1985: p. 123).

Per tal de fer efectiva la superioritat de la Constitució, el constitucionalisme nordamericà es nodreix de tècniques pròpies del *common law* anglès i, especialment, m'interesso aquí per la *judicial review.* Aquesta tècnica fa referència a la posició central d'aquest "Dret comú", prèviament constituït, que pot exigir als *statues*, a les lleis singulars, que siguin conformes a aquest. Desde principis del segle XVII, el jutge Coke ja va intentar plasmar en algunes sentències, especialment la del *Bonham's case* de 1610, aquesta idea de la superioritat del *common law* sobre els *statues* no només des del punt de vista de la interpretació dels segons, sinó també establint un control de validesa de les lleis amb la conseqüència d'anular aquestes si resultessin contràries als principis fonamentals del sistema, considerats com expressió del Dret natural (García de Enterría, 1985: pp. 52-53, 124-125).

Aquesta tesi de Coke és rebuda pels constituents dels Estats Units, al 1787, que declaren en l'article VI de la Secció 2 de la Constitució que aquesta és el suprem dret de la terra que vincula als jutges per damunt de qualsevol disposició contrària a les constitucionals (Peralta, 1994: p. 131). A més, dos anys després, la primera esmena a la Constitució, coneguda com el *Bill of Rights,* introdueix un límit al poder legislatiu quan estableix que "el Congrés no podrà fer cap llei que tengui per objecte establir una religió o prohibir el seu lliure exercici, limitar la llibertat de paraula o premsa, o el dret de reunir-se pacíficament, o de presentar peticions al Govern" (García de Enterría, 1985: p. 53-55, 126). És al 1803, amb el cas *Marbury vs. Madison*, que a partir dels pressupòsits anteriors, neix el control de constitucionalitat sobre les lleis de la Federació, ja que és en aquest primer cas quan es decideix inaplicar una llei federal per entrar en contradicció amb la Constitució. A partir d'aquí, el Tribunal Suprem es converteix en el suprem intèrpret i defensor de la norma

fonamental i la Constitució passa a ser la norma suprema, per sobre la de legislació ordinària, convertint en nul·la qualsevol llei que sigui contrària.

La recepció de la doctrina del control de constitucionalitat a Europa va arribar més tard, concretament durant la primera posguerra (1919-1920), de la mà del jurista austríac Hans Kelsen i que s'expressa per primera vegada en la Constitució austríaca de 1920. Ara bé, el model kelsenià introdueix una diferència important respecte del nordamericà que dóna lloc a la classificació entre els dos grans sistemes de control de constitucionalitat: el de jurisdicció concentrada, propi d'Europa continental, i el de jurisdicció difusa, propi dels Estats Units. Sense ànim d'aprofundir en aquest tema, que no és l'objecte principal del meu treball, explicaré a continuació les característiques generals de cada un d'ells.

El model nordamericà permet a qualsevol jutge prendre una decisió quan es presenta un dubte sobre la constitucionalitat d'una llei, de manera que, qualsevol jutge en el context d'un cas concret, pot decidir inaplicar una llei que creu que és contrària a les disposicions constitucionals (Ferreres, 1997: p. 27). Ara bé, aquest model queda completat pel principi *stare decisis,* el precedent judicial, que ordena aquest sistema de control de constitucionalitat fent que tots jutges i Tribunals quedin vinculats per la jurisprudència del Tribunal Suprem (García de Enterría, 1985: p. 56-57, 131).

El model kelsenià, com he anticipat, és un model de jurisdicció concentrada, això és, amb la seva recepció de la doctrina del control de constitucionalitat, Kelsen concentra la jurisdicció que s'ha d'encarregar d'aquesta tasca en un únic Tribunal. Així, el Tribunal Constitucional no s'encarrega de resoldre el conflicte d'interessos concrets, que requereix de l'aplicació d'una llei, sinó que es centra en resoldre si la llei que s'ha d'aplicar al cas és compatible o no amb la Constitució. Aquest aïllament de la qüestió relativa a la constitucionalitat de la llei implica que tots els jutges i Tribunals han de remetre, en forma d'incidents, els dubtes que puguin sorgir sobre la constitucionalitat d'una llei que han d'aplicar per resoldre un cas concret. El Tribunal Constitucional, per la seva banda, es dedicarà exclusivament al problema de la compatibilitat entre les dues normes jurídiques, llei i Constitució, havent de donar preferència a la Constitució com a norma suprema de l'ordenament jurídic (García de Enterría, 1985: p. 131-132). En els països que, com Espanya, hem adoptat el model concentrat de justícia constitucional, podem afirmar que el nostre Tribunal Constitucional constitueix una "jurisdicció especial" pel control de constitucionalitat de tot el sistema jurídic (Peralta, 1994: p. 132).

A partir d'aquí, i una vegada feta aquesta primera aproximació a la institució de la justícia constitucional, en els següents apartats ens centrarem en dues de les principals

funcions que té qualsevol institució dedicada al control de constitucionalitat del sistema jurídic.

B. El Tribunal Constitucional com a "legislador negatiu"

L'expressió "legislador negatiu" és obra del jurístra austríac Hans Kelsen que es pot considerar el pare del model de justícia constitucional de l'Europa Continental. En aquest sistema, el Tribunal Constitucional és l'únic que té capacitat per declarar la inconstitucionalitat d'una llei i per anular-la, és a dir, té el monopoli per rebutjar una llei. Ara bé, com hem anticipat abans, el Tribunal Constitucional no es pronuncia sobre el conflicte d'interessos concrets que estan en joc (en el si del qual neixen els dubtes sobre la constitucionalitat de la llei que s'ha d'aplicar). Per tant, no es pot afirmar que aquest Tribunal sigui un òrgan que dugui a terme una funció constitucional pròpia del poder judicial, perquè no s'encarrega d'aplicar la llei. El Tribunal Constitucional només s'encarrega de resoldre el judici de compatibilitat de la llei amb la Constitució i si arriba a la conclusió de que ambdues normes no són compatibles, anula i expulsa de l'ordenament jurídic la llei en qüestió. Aquesta anul·lació es produeix amb caràcter *erga omnes* i *pro futuro*, sense efectes retroactius (García de Enterría, 1985: p. 56 i 131-132). Amb tot això, Kelsen argumentava que l'anul·lació de la llei és també una forma de creació en tant que té el mateix caràcter general que la seva producció (Kelsen, 1988: p. 130)[1].

La Constitució és la norma suprema de tot l'ordenament jurídic i ho és per diferents motius (García de Enterría, 1985: pp. 49-50). En primer lloc, perquè és la *norma normarum,* és a dir, és la que defineix el sistema de fonts del Dret, de manera que una llei només pot ser vàlida si s'ha dictat d'acord amb allò que disposa la Constitució: per part de l'òrgan dotat de les competències per elaborar-la, i, seguint el procediment que correspon. En segon lloc, la Constitució és una norma amb pretensió de permanència, de durabilitat i amb una intenció fundacional. Aquest segon motiu el que vol dir és que la resta de normes ordinàries, no tenen aquest objectiu fundacional, sinó més aviat objectius més concrets, singulars o una pretensió de resoldre problemàtiques socials puntuals o circumstancials. Crec que podem afirmar que aquesta pretensió de permanència i superioritat de la Constitució es reflexa en dos sentits: per una banda, perquè és la norma que recull els valors essencials i superiors que constitueixen la base de l'ordre jurídico-polític de l'Estat (Peralta, 1994: p.61-62; STC de 31 de març de 1981, FJ 3r); i per l'altra, perquè la Constitució, i d'això Espanya n'és un exemple clar, és el resultat

[1]citat per Héctor López Bofill en la seva obra *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, p. 40.

d'un gran consens social i polític produït en un moment històric excepcional. Aquests valors superiors informen el conjunt de l'ordenament jurídic i condicionen el contingut material de les normes jeràrquicament subordinades a la Constitució.

A partir de les idees dels paràgrafs anteriors és que podem dir que trobam un poder legislatiu dividit en dues parts. Per una banda, el legislador democràtic que és el "legislador positiu", el que s'encarrega de fer les lleis que són iguals per tots els ciutadans de l'Estat, un legislador que és l'expressió de la sobirania popular. Per l'altra, trobam el Tribunal Constitucional, el "legislador negatiu", que no té capacitat per fer les lleis, sinó que actúa com un defensor, com un garant de la Constitució, de l'enorme consens que va suposar i dels valors sobre els que es fonamenta i s'organitza una societat. Aquest segon "legislador" complementa el primer i s'encarrega de depurar l'ordenament de lleis que puguin contradir la norma suprema.

Una vegada feta aquesta caracterització del Tribunal Constitucional com a "legislador negatiu" considero que és important posar èmfasi en una de les principals diferències entre aquests dos legisladors que és la seva legitimitat democràtica. El Parlament és un òrgan constitucional elegit periòdicament pels electors. És l'expressió de la voluntat de tots els ciutadans i en ell es conformen majories que elaboren lleis amb la finalitat de donar resposta a les necessitats de la ciutadania d'acord amb les preferències d'aquesta. Ara bé, el producte del legislador democràtic és controlat, i eventualment anul·lat, pel Tribunal Constitucional. Aquesta característica de la institució de la justícia constitucional és el que fa que neixi una objecció democràtica en contra de la justícia constitucional (Ferreres, 1997: p. 49-53). Existeixen diferents motius per a la formulació d'aquesta objecció que aniré tractant a mesura que avanci el treball però el primer que podríem exposar és la menor legitimitat democràtica del jutge constitucional front al Parlament democràtic. És cert que hom podria argumentar que els membres que integren el Tribunal Constitucional són escollits pels parlamentaris per una majoria reforçada però coincideixo en aquest punt amb Ferreres (50) quan afirma que "la distància que existeix (...) entre el grau de democraticitat dels processos d'elecció de l'assemblea legislativa i el dels processos de selecció dels jutges constitucionals és suficient per justificar que aquesta objecció es tengui en compte".

C. El Tribunal Constitucional com a màxim intèrpret de la Constitució

Per tal de poder fer aquesta tasca de "guardià" del text constitucional, és necessari que el Tribunal Constitucional interpreti tant la llei com la Constitució. Del que es tracta, com ja he dit, és de determinar si la llei és compatible amb la Constitució i aquí, aquesta segona

norma actúa com a paràmetre de validesa. Així mateix, el Tribunal Constitucional no pot obviar que l'objecte del seu judici, la llei, està investit per una especial dignitat democràtica pel fet de que ha estat aprovada pel Parlament que expressa la voluntat popular (Ferreres, 1997: p. 43-49). Pel que fa a la interpretació de la llei, té especial importància el principi d'interpretació de la llei conforme a la Constitució que tractaré amb profunditat a la segona part del treball.

Centrant-nos ara amb la interpretació del text constitucional, l'article primer la Llei Orgànica del Tribunal Constitucional declara que aquest òrgan és el suprem intèrpret de la Constitució. Totes les normes jurídiques presenten, en major o menor mesura, fonts d'indeterminació que obliguen als òrgans jurisdiccionals a interpreta-les abans d'aplicar-les per a resoldre un conflicte d'interessos concret. Ara bé, la Constitució segurament presenta un grau superior d'indeterminació degut a que, com ja he assenyalat, és la norma suprema de tot l'ordenament que recull els valors superiors en els que es fonamenta l'ordre polític i social i que informen tot l'ordenament jurídic. Una norma com aquesta és la que fixa el marc d'actuació del legislador democràtic i per això necessàriament ha de tenir un caràcter obert. A continuació explicaré, de manera superficial, les diferents fonts d'indeterminació que podem trobar a la Constitució (Ferreres, 1997: p. 29-43).

a) En primer lloc, l'ambigüitat i la vaguetat. Aquestes dues fonts d'indeterminació són presents en la majoria de textos legals. Pel que fa a l'ambigüitat, aquesta pot ser semàntica, és a dir, una mateixa paraula admet més d'un significat possible, o sintàctica, això és, quan una mateixa oració pot expressar diferents proposicions perquè les connexions entre les paraules que la componen es poden interpretar de maneres diferents. Pel que fa a la vaguetat, es refereix als dubtes de la comunitat lingüística sobre si un concepte és aplicable a un objecte o no. La vaguetat fa que s'originin 3 zones: la de claredat (que són aquells casos on el concepte és clarament aplicable a l'objecte), la d'obscuritat (que són aquells casos on el concepte és clarament inaplicable) i la de penombra (que és on neixen els casos dubtosos). Per a més informació, és molt recomanable visitar aquestes pàgines de Ferreres que venen acompanyades d'exemples en el context de la pròpia Constitució espanyola.

b) Una altra font d'indeterminació, i aquesta és especialment abundant en una Constitució, són els conceptes essencialment controvertits. Aquests conceptes es caracteritzen per ser ambigus i perquè generen un desacord permanent en la societat de manera que persones diferents discrepen sobre quin és el contingut específic d'aquest concepte. Per posar un exemple, l'article 15 de la nostra Constitució declara que ningú pot ser sotmès a penes inhumanes. Podríem definir una pena inhumana com una pena que cap ésser humà mereix

haver de patir però en el si de la societat existeixen discrepàncies sobre si determinades penes han de ser considerades inhumanes o no i crec que el principal exemple seria la pena de cadena perpètua. Per tant, existeix un desacord profund entorn al contingut específic de la paraula "inhumana". Altres exemples de conceptes essencialment controvertits són els "democràcia", "llibertat" o "dignitat humana". A més, és necessari que el debat existent sobre el concepte sigui sobre els casos centrals o paradigmàtics i no sobre els marginals. Sobre aquest punt, Ferreres (33-35), cita l'article de Jeremy Waldron *Vagueness in Law and Language. Some Philosophical Issues,* que considera que aquests conceptes contribueixen a mantenir vius certs debats o diàlegs en la societat.

c) La tercera i darrera font d'indeterminació que senyalarem és la col·lisió entre disposicions. Un text com la Constitució és plena de disposicions que pretenen protegir diferents drets o béns jurídics que eventualment poden entrar en col·lisió, com per exemple, el dret a la llibertat d'expressió i el dret a la intimitat. Per resoldre aquestes controvèrsies, no podem recórrer als criteris tradicionals de col·lisió entre regles (*lex superior, lex specialis, lex posterior),* ja que hem d'entendre que la voluntat del poder constituent va ser la de protegir tots aquests valors sense que es produís un sacrifici desproporcionat d'algun d'ells. Per resoldre aquestes col·lisions s'hauran de buscar regles específiques en cada cas que harmonitzin els diferents principis que han col·lisionat. A tot això se li hauran de sumar dues dificultats més: en primer lloc, la controvertibilitat associada als conceptes que col·lisionen (a la que ja m'hi he referit al paràgraf anterior) i, en segon lloc, el grau de consens social existent en torn als principis constitucionals, que pot variar. Així, segurament existeix un gran consens social entorn a la necessitat de protegir tant la llibertat d'expressió com la intimitat de la persona però, una vegada que els dos principis col·lisionen, segurament existirà desacord sobre si la difusió de certs continguts concrets d'una persona ha d'estar permesa o ni si tan sols es pot considerar llibertat d'expressió.

Arribats en aquest punt, he de tornar a l'objecció democràtica a la institució de la justícia constitucional, presentada per Ferreres, que he començat a explicar en l'apartat anterior. El Tribunal Constitucional, quan hagi de decidir sobre la constitucionalitat d'una llei, moltes vegades haurà de dur a terme una certa interpretació del text constitucional que com hem dit és indeterminat. Enmig d'aquest exercici de concreció, el jutge constitucional haurà de posicionar-se sobre el contingut de conceptes essencialment controvertits o bé resoldre sobre la col·lisió de dos drets fonamentals. Per exemple, podria donar-se el cas que el Tribunal Constitucional acabi rebutjant una llei, reguladora de la llibertat d'expressió, perquè considera que el contingut específic de la intimitat obliga a censurar certes conductes que la

llei autoritza. En aquest supòsit, imaginari, sorgiria la pregunta sobre la legitimitat dels magistrats per imposar la seva interpretació del text constitucional al legislador democràtic en un cas de clara controvèrsia. Aquest conflicte interpretatiu és un segon argument a favor de l'objecció democràtica al control de constitucionalitat de la llei.

Front a l'anterior, hi ha qui podria dir que el Parlament democràtic té a favor seu la capacitat de reformar la Constitució per tal d'adaptar-la i fer que el text legal impugnat sigui vàlid. No és un argument convincent donada la rigidesa que presenta el text constitucional. La Constitució, com a norma fonamental, no pot reformar-se per la decisió puntual d'una majoria parlamentària sinó que els procediments de reforma (i Espanya n'és un cas paradigmàtic d'això), solen exigir majories molt qualificades que superin les ⅗ parts de la cambra o inclús els ⅔ (si es tracta de reformes que afecten als drets fonamentals: art. 168 CE). Per tant, com bé crec que senyala Ferreres, aquest argument de la rigidesa de la Constitució, constitueix un tercer argument a favor de la objecció democràtica a la justícia constitucional.

1. Què és interpretar? Els criteris d'interpretació de les normes jurídiques de l'article 3 del Codi Civil

En les següents línies abordaré, de manera genèrica, la qüestió relativa a la interpretació jurídica com a passa prèvia abans de referir-me a la interpretació del text constitucional. Podem començar per definir-la com l'activitat cognoscitiva de reconèixer i reconstruir el significat que s'ha d'atribuir a les normes jurídiques (Betti, 1975: p. 95)[2]. Distingim dues formes d'interpretació jurídica (Betti, 1975: p. 114 i 119[3]; Peralta, 1994: p. 17-19): d'una banda la històrica que pretén reconstruir el significat originari de la norma interpretada, i per l'altra la interpretació en funció normativa que posa aquest significat originari en relació amb la realitat del moment. Aquesta segona forma d'interpretació és la que té una finalitat pràctica ja que és la que pretén entendre la norma per decidir en una situació determinada. Ara bé, aquestes dues formes estan connectades en el sentit de que primer és necessari comprendre el significat original de la norma, això és, la manera com va ser pensada i com es varen coordinar els diferents tipus d'interessos en joc en aquell moment, per després passar a una adaptació del text a la pràctica.

[2]citat per Ramón Peralta Martínez en la seva obra *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental,* p. 17.
[3]citat per Ramón Peralta Martínez en la seva obra *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado,* p. 18-19.

La interpretació d'una norma jurídica, i conseqüentment de la Constitució, és important per la relació estreta (Peralta, 1994: p. 19) que té amb: l'aplicació de la norma, ja que aquesta implica l'observança i la realització forçosa de la norma i per això és necessari tenir un bon coneixement de la mateixa de cara aplicar-la correctament; i amb la qualificació jurídica, és a dir, la comprensió de la norma és necessària per tal de poder subsumir un supòsit de fet en un tipus legal que comparteix les mateixes característiques.

Els principals criteris d'interpretació jurídica, els tradicionals, els trobam a l'article 3 del Codi Civil que són el gramatical, que implica l'anàlisi del text a nivell lingüístic, l'històric, que té en compte el procés de creació de la norma, el sistemàtic, és aquell que connecta el text de la norma amb el conjunt de l'ordenament jurídic, el sociològic, que té en compte la realitat social en la que s'ha d'aplicar la norma, i el teleològic, que posa l'accent amb la finalitat i l'esperit de la norma interpretada.

Així mateix, les interpretacions jurídiques que es fan sobre una norma es poden classificar atenent a diferents criteris (Wroblewski, 1985: p. 27 i ss; Peralta, 1994: p. 20-22)[4]. En primer lloc, la interpretació es pot classificar de diferents maneres en funció de qui és el subjecte que interpreta el text. Així, la interpretació pot ser autèntica, la que fa el legislador mitjançant aclariments dels conceptes que ha utilitzat de cara a evitar dubtes; legal, que és la que du a terme un òrgan de l'Estat en virtut d'una competència interpretativa específica, com és el cas del Tribunal Constitucional respecte de la Constitució; operativa, és la interpretació que duen a terme els jutges i tribunals i òrgans de l'administració que s'encarreguen d'aplicar el dret; la doctrinal, que és la que es du a terme des de l'àmbit científic i acadèmic; i la que pugui sorgir d'altres fonts, com per exemple, la interpretació que puguin fer les parts en el si d'un procés judicial i que pot ajudar a l'òrgan que ha de resoldre el problema. En segon lloc, la interpretació depèn del tipus de norma que és objecte de la interpretació i de les particularitats d'aquesta. Per exemple, ja ens hem referit a l'elevat grau d'indeterminació que presenta el text constitucional i les dificultats que això tendrà a l'hora d'interpretar-la, dificultats que no seran tan grans si la norma que s'ha d'interpretar és un reglament. Finalment, podem classificar la interpretació jurídica en funció del tipus de resultat que obtenim: per una banda, la interpretació pot ser restrictiva o extensiva, per una altra banda, la intepretació de la norma pot ser *secundum legem,* conforme amb la norma, *praeter legem,* és

[4]citat per Ramón Peralta Martínez en la seva obra *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado,* p. 20.

una interpretació a falta de llei per tal d'omplir una llacuna, o *contra legem*, una interpretació en contra de la llei.

2. La insuficiència dels criteris anteriors per la interpretació de la Constitució. Necessitat d'altres criteris

Una vegada explicat el marc teòric anterior sobre la interpretació jurídica, podem entrar millor en l'àmbit de la interpretació del text constitucional. Com ja he explicat abans, la Constitució és la norma fonamental de l'Estat i, per això, la seva interpretació presenta certes particularitats (Wroblewski, 1985: p. 102-114; Peralta: p. 1994, 26-28)[5].

Hem de començar per senyalar la varietat de tipus de regles constitucionals que trobam. És a dir, dins la Constitució hi trobam normes de conducta, com serien tots els articles que proclamen drets o que imposen obligacions als ciutadans, però també hi trobam les regles d'organització de l'Estat que defineixen les competències dels diferents òrgans (per exemple els articles 148 i 149 que estableixen la divisió competencial entre l'Estat i les Comunitats Autònomes), així com regles teleològiques i directrius que indiquen els objectius que han de complir els destinataris de les normes constitucionals o els valors que s'han d'aconseguir, com la llibertat, la justícia, el pluralisme polític etc. Crec que alguns exemples d'aquest darrer grup, les teleològiques i directius, podrien ser l'article 92 (que inclou una remissió al legislador perquè elabori una llei orgànica reguladora de les diferents modalitats de referèndum) o l'article 47 (que conté un mandat als poders públics per promoure les condicions necessàries per fer efectiu el dret a la vivenda).

També hem de tenir en compte les característiques dels termes utilitzats, termes valoratius tals com "justícia" o "llibertat" que com ja hem dit són conceptes essencialment controvertits i dificulten la interpretació del text. Per altra banda, hi ha regles constitucionals que són directament aplicables, com la proclamació dels drets fonamentals, mentre que altres disposicions constitucionals requereixen que el legislador les desenvolupi mitjançant llei.

Finalment, m'he de referir al caràcter polític de la interpretació constitucional. La Constitució és la norma superior de l'ordenament i conté els valors sobre els que es fonamenta un Estat. Per això, la interpretació que se'n faci tendrà una incidència superior sobre els problemes políticament rellevants, que no pas la interpretació que es faci d'altres normes jurídiques.

---

[5]citat per Ramón Peralta Martínez en la seva obra *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado,* p. 26.

A les particularitats anteriors hi hem de sumar la insuficiència dels criteris explicats a l'apartat anterior per a la interpretació del text constitucional (Hesse, 1992: p. 31-55). Segons Hesse, l'objectiu d'aquests criteris interpretatius tradicionals és trobar la voluntat preexistent de la norma o del legislador. Ara bé, en molts casos ni ella mateixa ni el legislador constituent han pres una decisió inequívoca, cosa que dificulta trobar aquesta voluntat autèntica preexistent. Hesse defineix la interpretació constitucional com un "procés de concreció", és a dir, d'incorporar al contingut de la Constitució allò que no hi apareix de manera clara, cosa que converteix la interpretació en una activitat creativa. Aquest procés de concreció passa per diferents fases que de manera ràpida explicaré aquí.

En primer lloc s'ha de produir la comprensió del "programa normatiu" (Hesse, 1992, 28), és a dir, del text de la norma (en aquest cas el text constitucional) i aquí s'han de fer servir els criteris interpretatius tradicionals. Aquesta comprensió no es pot desvincular del problema concret que s'ha de resoldre. Segons Hesse, no pot haver-hi un mètode d'interpretació constitucional autònom i desvinculat del problema concret que en cada cas s'intenta resoldre.

En segon lloc, l'intèrpret ha de tenir en compte "l'àmbit normatiu" que són totes les circumstàncies de la realitat que aquesta norma està cridada a regular. Com que aquestes circumstàncies estan subjectes a canvis històrics, els resultats de la concreció poden canviar encara que no ho faci el text de la norma.

Finalment, Hesse proposa tot un seguit de principis d'interpretació constitucional (extrets de la jurisprudència del Tribunal Constitucional Federal d'Alemanya) als quals és important que dediquem les següents línies:

a) El principi d'unitat de la Constitució: els elements que integren el text constitucional es troben en una situació d'interacció i dependència de manera que només pot ser entesa com una "unitat" (Hesse, 1992: p.17), sense que es pugui contemplar la norma de manera aïllada.

b) El principi de concordança pràctica: quan s'aporta la solució a un problema, s'han de coordinar els béns jurídics implicats de tal manera que tots ells conservin la seva entitat, és a dir, s'han de fixar els límits dels diferents béns jurídics que col·lisionen sense ponderar uns per sobre dels altres.

c) El principi de correcció funcional: la Constitució estableix la funció que té cada agent i l'òrgan interpretador no ha d'alterar la distribució de funcions amb la seva interpretació. És un principi especialment aplicable a la relació entre el legislador i el Tribunal Constitucional.

d) El principi d'eficàcia integradora: s'han de donar preferència a aquelles solucions dels problemes jurídico-constitucionals que mantenen la unitat política creada per la Constitució.

e) El principi de força normativa de la Constitució: s'han de donar preferència en aquelles interpretacions que ajuden a les normes constitucionals a obtenir la màxima eficàcia en cada cas per tal de mantenir-la actualitzada.

Tot aquest procés de concreció es fa necessari per tal de que el jutge constitucional pugui acabar decidint sobre la compatibilitat entre la llei i la Constitució. Com he dit al principi d'aquest apartat, l'encarregat d'aquest control de constitucionalitat no pot ni ha d'obviar l'especial dignitat democràtica que envolta la llei, donat que és el producte del Parlament i, per tant, l'expressió de la voluntat popular. En aquest marc i pel que fa a la interpretació constitucional, cobra especial rellevància el principi de deferència cap al legislador democràtic (Ferreres, 1997: p. 45-49). Per tant, crec que dels principis que proposa Hesse, el més rellevant en aquest sentit per tal de fer front a l'objecció democràtica en contra de la justícia constitucional, és el de correcció funcional: amb la interpretació que es faci de la Constitució, de la norma suprema i fonamental, per part de qui n'és el màxim intèrpret, no s'haurien d'imposar més restriccions al legislador democràtic de les previstes al text constitucional.

Amb totes les consideracions dels apartats anteriors, he intentat ubicar la figura de la institució de la justícia constitucional dins l'esquema de l'Estat democràtic i de Dret amb les seves funcions i les principals crítiques que s'hi poden fer. Així mateix he intentat posar de relleu les dificultats amb les que es troba a l'hora de dur a terme la seva tasca interpretativa del text constitucional. A partir d'aquí, ja m'endinsaré en l'objecte central del meu treball que és la interpretació de la llei conforme a la Constitució. Passam ara a estudiar com ha de tractar (com ha d'interpretar) el jutge constitucional l'altre element del judici de compatibilitat que ha de fer, que és la llei democràtica, la que ha elaborat el "legislador positiu".

II. La interpretació de la llei conforme a la Constitució per part del Tribunal Constitucional

Per començar aquesta segona part del treball, passaré a explicar què és la interpretació conforme en primer lloc. Posteriorment, m'endinsaré en explicar els fonaments que justifiquen l'ús d'aquesta tècnica hermenèutica per part del Tribunal Constitucional. Finalment, em referiré als límits que té el jutge constitucional quan fa ús d'aquest principi, sobretot en relació al legislador.

A. Conceptualització i orígens

La interpretació conforme requereix l'existència de dues disposicions jurídiques, una que anomenem "disposició interpretada" i l'altre que és la "disposició d'interpretació" (Arzoz, 2021: p. 77, 79 i 82[6]; Ugartemendía, 2023: p. 21-22). La primera disposició és la que serà objecte d'una interpretació conforme i la segona és la que ha d'orientar la interpretació. La "disposició d'interpretació" bé podria ser una disposició constitucional, com és el cas de la interpretació conforme que analitzarem en aquest treball, però també podria ser una norma del Dret de la Unió Europea o una disposició d'un tractat internacional. Així mateix, en aquest treball, assumirem que la "disposició interpretada" és una norma amb rang de llei, però podria succeir que fos una norma constitucional que s'hagi d'interpretar conforme a la Declaració Universal de Drets Humans (tal com exigeix l'article 10.2 de la Constitució).

Es tracta d'un criteri hermenèutic amb el qual l'intèrpret exclou, d'entre els possibles significats que pot tenir la disposició interpretada, aquells que no s'adapten a la disposició d'interpretació. Per tant, no estem tractant amb un criteri d'interpretació tradicional per determinar com s'ha de donar significat a una disposició jurídica, com ho són als que m'he referit en la primera part del treball, sinó que es tracta d'una directiva interpretativa que prioritza o dóna preferència a un determinat significat. Així ho ha expressat el Tribunal Constitucional (STC 122/1983 de 16 de desembre, FJ 6è) quan declara que: *"... siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme a ella, debe admitirse la primera ..."*.

A partir d'aquesta darrera idea, podem obtenir d'entrada dues característiques sobre la interpretació conforme. La primera és que la disposició interpretada haurà de tenir un marge o espai per a la interpretació conforme ja sigui perquè conté conceptes jurídics indeterminats o clàusules generals o perquè els criteris tradicionals condueixen a resultats diferents (Ugartemendía, 2023: p. 42). La segona té a veure amb la relació que tenen les dues disposicions que estem tractant que és evident que és una relació de jerarquia, de subordinació, on la disposició d'interpretació, la disposició constitucional, serveix de paràmetre de validesa a la interpretada, la disposició legal, la qual s'ha d'adaptar a la primera. Així, Ugartemendía (45-46) afirma que la intepretació conforme és un mecanisme al servei de la primacia de la disposició d'interpretació descartant els significats de la disposició interpretada que li són contraris. Més envant tornarem sobre aquesta segona característica ja que és un dels fonaments que justifiquen la interpretació conforme.

[6]citat per Juan Ignacio Ugartemendía Eceizabarrena en la seva obra *La interpretación conforme al derecho de la Unión Europea. Especial referencia al intérprete constitucional,* p. 21-22.

Aquest principi deu la seva formació a la implantació de sistemes de justícia constitucional (Hesse, 1992, 50-52). Segons aquest principi, una llei no ha de ser declarada nula quan pot ser interpretada en consonància amb la Constitució. Hesse es refereix a la interpretació conforme en dos sentits, per una banda com una manera de trobar la interpretació de la llei que és compatible amb la Constitució (en la mateixa línia que la que he expressat en els paràgrafs anteriors), i per una altra banda, com una manera de concreció de la llei, a partir dels continguts de la Constitució, quan la llei presenta continguts ambigus o indeterminats. Per tant, les normes constitucionals serveixen com a "normes de paràmetre", és a dir, normes que determinen la validesa de la llei o la validesa de la seva interpretació, i "normes de contingut", normes que ajuden a donar un significat als enunciats legals. Degut a l'elevat grau d'indeterminació que presenten les disposicions constitucionals, el procés d'interpretació conforme exigirà en primer lloc la concreció de la Constitució i en segon lloc la de la llei. Donat que el principi d'interpretació conforme es proposa com a principal finalitat el manteniment de la llei, el jutge constitucional interpretarà la Constitució dins del sentit que el legislador l'ha concretat, de tal manera que la interpretació de la llei conforme a la Constitució tendrà com efecte reflexe la interpretació de la Constitució conforme a la llei (54).

A partir de tot el que he exposat fins ara crec que podem caracteritzar la interpretació conforme com un recurs que té el jutge constitucional per evitar expulsar la norma de l'ordenament jurídic. La declaració d'inconstitucionalitat és possiblement la pitjor pena que pot recaure sobre una norma amb rang de llei i també sobre el legislador que l'ha elaborat. És important que recordem que la llei és el resultat de la voluntat democràtica que s'expressa a través del Parlament i que, com hem vist, existeixen importants arguments a favor d'una objecció democràtica en contra de la institució de la justícia constitucional. Per tant, la inconstitucionalitat vendria a ser la *ultima ratio,* la solució en aquells casos en que hi ha una vulneració flagrant del contingut de la Constitució com podria ser, per exemple, l'establiment, a través d'una llei, d'un període màxim de detenció preventiva superior al límit de les 72 hores que fixa l'article 17.2 (així ens trobaríem amb la vulneració d'una regla constitucional directament aplicable en paraules de Wroblewski). Però, en tots aquells casos en que allò que es presenti sigui un dubte sobre la constitucionalitat de la llei, per seriós que pugui ser, no s'hauria de declarar inconstitucional (Hesse, 1992: p. 51) i s'haurien de cercar altres alternatives, essent una de les principals la interpretació conforme.

És important que no mal interpretem a Hesse. Aquesta autor coneix i explica els límits que existeixen a la tècnica hermenèutica que estam analitzant, als que més tard hi faré

referència. No ens està dient que en cas de dubte s'hagi d'interpretar la llei i s'hagi de conservar aquesta a qualsevol preu. Ara bé, dins la doctrina es poden trobar veus crítiques amb l'ús que s'ha fet del principi d'interpretació conforme, en el sentit de que ha implicat una progressiva difuminació del jutge constitucional com a legislador negatiu, allunyant-se de la seva concepció primària per part de Kelsen (Fernández, 2011: p.128-131). Efectivament, si es justifica el manteniment d'una llei, que no és inequívocament contrària a la Constitució, però que sí que presenta dubtes importants sobre la seva constitucionalitat, segurament el Tribunal Constitucional haurà d'arribar a fer exercicis interpretatius molt sofisticats. Aquesta qüestió però, la podrem plantejar millor una vegada haguem explicat bé els fonaments i els límits a la interpretació conforme.

Per tancar aquesta conceptualització, una breu referència als orígens d'aquesta tècnica hermenèutica que es troben en el sistema de control de constitucionalitat nord-americà, que utilitza l'anomenat *Interpretation in harmony with the Constitution* que va ser recepcionat a l'Europa continental, i per tant introduït al model de jurisdicció concentrada, pel Tribunal Constitucional Federal d'Alemanya (*BVerfG*), conegut com "interpretació constitucional de les lleis" (*Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*) (Fernández, 2011: p. 131). En la sentència de 7 de maig de 1953, el Tribunal Constitucional Federal ja va declarar que no es requeria la nul·litat del precepte quan aquest pogués ser interpretat d'acord amb la Constitució i que en cas de dubte (sempre que no es desvirtuï l'objecte de la llei), aquesta interpretació era preferent a la declaració de nul·litat (López, 2004: p. 109-110). Són sentències típiques de la Cort Constitucional italiana on s'accepta la constitucionalitat del precepte senyalant la necessitat de que s'interpreti en el sentit dictat per la pròpia Cort (Roca, 2023: p. 215). Igual que en la majoria de sistemes de justícia constitucional, aquest principi no apareix a les diferents lleis que regulen la figura del jutge constitucional sinó que és de creació jurisprudencial (García de Enterría, 1985: p. 95).

B. Fonaments

1. El principi de jerarquia normativa

Com he expressat anteriorment, existeix una relació de jerarquia o de subordinació entre les dues disposicions que entren en joc quan el jutge constitucional fa ús de la interpretació conforme. El sistema jurídic té una estructura jeràrquica (Peralta, 1994: p. 46-47), podríem pensar en ell com una piràmide on a la cúspide hi trobam la Constitució, com a norma suprema de l'ordenament, al tronc hi trobam la llei, que és el producte del Parlament democràtic, i als peus les normes de rang reglamentari, que són les que elabora el Govern

sense necessitat de recórrer a l'aprovació del dipositari de la sobirania popular. Sóc conscient de que aquest esquema és extremadament simplista i seria més aviat el d'un Estat totalment autàrquic que ignora la presència d'una comunitat internacional cada vegada més rellevant i determinant que condueix a la conclusió de tractats internacionals entre els subjectes de dret internacional públic o en la formació de projectes d'integració política, com és el cas de la Unió Europea, que tenen grans repercussions sobre el sistema jurídic d'un Estat. Però, aquest esquema tan simplificat servirà per encaminar l'explicació que continua.

En apartats anteriors (i en paraules de García de Enterría) ja he explicat el per què de que considerem la Constitució com la *lex superior* del sistema de fonts que resumidament són dos motius: perquè és la *norma normarum* i per la seva voluntat fundacional i de permanència. Així, és lògic que la conseqüència principal del principi de jerarquia normativa (previst en l'article 9.3 de la nostra Constitució) sigui la invalidesa de qualsevol norma de rang inferior que vulneri les disposicions constitucionals i per això mateix els agents jurídics, quan interpreten una llei, solen fer referències contínues a la Constitució per tal de poder justificar la validesa de la seva interpretació. Per tant, la interpretació conforme es troba íntimament relacionada amb la necessària coherència que ha de tenir l'ordenament jurídic el qual ve presidit per la Constitució que, com a norma superior, constitueix el referent al que s'han d'ajustar tots els preceptes que integren l'ordenament. (Peralta, 1994: p. 43-48). Així mateix, el Tribunal Constitucional espanyol ha considerat que aquest principi és una expressió de l'exigència de l'article 9.1 de la nostra Constitució que imposa a tots els ciutadans i poders públics la submissió a la norma suprema (STC de 27 de juny de 1985, FJ 4t): *"... si existen varios sentidos posibles de una norma, es decir, diversas interpretaciones posibles de la misma, debe prevalecer, a efectos de estimar su constitucionalidad, aquélla que resulte ajustada a la Constitución frente a otros sentidos posibles no conformes al texto fundamental"*.

Per tant, el principi d'interpretació conforme es presenta en primer lloc, com un instrument necessari per al legislador negatiu de cara a preservar i reafirmar la primacia del text constitucional que conté els valors bàsics de la comunitat jurídico-política.

2. El principi d'unitat de l'ordenament jurídic

El segon fonament que podem trobar a la interpretació conforme és el principi d'unitat de l'ordenament jurídic, estretament vinculat al de jerarquia normativa. En virtut d'aquest principi, les lleis que s'han produït durant la vigència de la Constitució han de ser interpretades en consonància amb aquesta, de la mateixa manera que les normes promulgades

en l'etapa preconstitucional s'han d'adaptar a la nova realitat que la norma fonamental ha configurat (Hesse, 1992: p. 51).

Amb el principi d'unitat de l'ordenament o del sistema jurídic esdevé especialment rellevant el criteri d'interpretació sistemàtica de la llei, al que ens hem referit a la primera part, que obliga a interpretar la llei tenint en compte el contingut de les altres normes que integren aquest sistema jurídic. Una norma jurídica per sí sola, descontextualitzada, no és més que un enunciat lingüístic que no significa res. La tasca interpretativa, com ja hem explicat, és la que pretén atribuïr un significat a les normes jurídiques (tasca que és imprescindible per a la seva correcta aplicació). Aquesta atribució de significat només és possible desde la connexió racional i sistemàtica de la norma a tot l'ordenament, connexió que ens porta necessàriament a la norma suprema (Peralta, 1994: p. 49-51). Al mateix temps, s'haurà de fer una interpretació sistemàtica de la Constitució per tal de poder comprendre els seus preceptes (STC de 4 de febrer de 1983, FJ 3r).

Kelsen, elabora una teoria gradual sobre la construcció de l'ordenament jurídic, basant-se en la constatació de que hi ha una jerarquia normativa on les normes de rang inferior depenen de les de rang superior. Partint de les normes de rang inferior i a través de les que es troben per sobre arribarem en última instància a una norma suprema que no depèn de cap altra norma que estigui per sobre que és la que anomenem norma fonamental. Per tant, l'ordenament jurídic constitueix una unitat pel fet de que totes les fonts del Dret acaben per convergir a única norma bàsica (Kelsen, 1988)[7]. Aquesta capacitat per connectar la llei interpretada amb la Constitució determina la pertinença d'aquesta en el tot unitari que és l'ordenament jurídic i també determina la seva validesa ja que la Constitució, com a "font de les fonts", és la que ha legitimat al poder legislatiu per poder elaborar la llei (Bobbio, 1991: p. 181-182)[8].

Tot el que he expressant fins ara és insuficient. La Constitució garanteix la unitat de l'ordenament jurídic com a norma suprema determinadora del sistema de fonts però també garanteix la unitat de l'ordenament en base a una sèrie de valors materials. Així, la Constitució no és només una norma procedimental que determina el procediment i l'autoritat per a la creació de normes amb rang de llei sinó que és una norma declaradora de tota una sèrie de valors materials sobre els quals es fonamenta l'ordenament i el conjunt de la societat que és cridada a conviure sota aquesta Constitució: la democràcia, la justícia, la igualtat, la

[7]citat per Ramón Peralta Martínez en la seva obra *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado,* p. 52.
[8]citat per Ramón Peralta Martínez en la seva obra *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, p. 53.

llibertat, el pluralisme polític, la dignitat de la persona humana, juntament amb tot un seguit de drets fonamentals que li són inalienables etc. (García de Enterría, 1985: p. 97-99). Si ens referíssim al principi d'unitat de l'ordenament com un criteri purament formal de connexió de la llei interpretada amb la Constitució fent referència només a l'òrgan legitimat i al procediment adequat per elaborar-la, ens podríem trobar amb el resultat d'una llei perfectament constitucional des del punt de vista formal però contradictòria amb el contingut material de la Constitució. Per això, el principi d'unitat de l'ordenament s'ha de completar amb una vessant material que és la que imposa al legislador tenir en compte els valors enunciats per la Constitució amb l'objectiu de garantir aquesta unitat i aquesta coherència de l'ordenament (Peralta, 1994: p. 55-56). Aquesta exigència d'unitat material, implicarà haver d'interpretar també els principis constitucionals als que m'he referit, una tasca que, com ja hem vist a la primera part, és extremadament complicada.

Per tal de sintetitzar, crec que la idea és la següent: quan interpretem una llei, és imperatiu que tenguem en compte el context normatiu en el que es troba, és a dir la resta del sistema jurídic, el qual és com una mena de fil conductor que ens connecta amb la Constitució ubicada a la cúspide de la piràmide de fonts. És per això que Peralta diu que la Constitució és el "context jurídic bàsic" (50) de la llei interpretada i segurament és la raó per la qual es fa difícil separar el principi d'unitat de l'ordenament del de jerarquia normativa. Amb tot això, crec que podem dir que el principi d'interpretació conforme es presenta com una conseqüència lògica d'aquests dos principis de jerarquia i unitat de l'ordenament. Donat el lloc preeminent que té la Constitució dins la piràmide de fonts, com a norma configuradora de l'ordenament jurídic que fa que totes les normes jurídiques conflueixin i convergeixin a ella, és imperatiu que en el procés interpretatiu d'una llei hi hagi referències constants a la norma suprema per tal de reafirmar la subordinació i la validesa (formal i material) de la llei, però també la seva pertinença al conjunt de l'ordenament. Amb tot això, el jutge constitucional, front a una disposició interpretada que té més d'un significat possible, haurà de seleccionar i de conservar aquell que és respectuós amb el contingut de la Constitució, aquell que no la contradiu i que en definitiva manté la coherència necessària de tot l'ordenament jurídic.

3. El principi de conservació de la llei

El tercer fonament que senyalaré aquí és el principi de conservació de la llei que queda molt lligat a la seguretat jurídica. En aquest principi també s'hi ha referit el Tribunal Constitucional (STC 24/2004 de 24 de febrer, FJ 6è) senyalant que en virtut d'aquest principi

(també anomenat de preservació de la llei), només s'ha de declarar inconstitucional aquell precepte que sigui induptablement incompatible amb la Constitució.

El fet de declarar una llei inconstitucional comporta la seva anul·lació i per tant la seva expulsió de l'ordenament jurídic. Aquest resultat l'he caracteritzat abans, en termes propis del dret penal, com una mena d'*ultima ratio,* donat que possiblement podrem coincidir que és una decisió extrema, de les més greus que pot recaure sobre la llei interpretada, per diferents motius però a efectes del que m'interessa en aquest apartat, perquè la norma expulsada genera un buit, una llacuna, dins el sistema jurídic (dins aquest tot coherent i unitari que hem definit abans). Aquest buit no podrà ser cobert de manera automàtica i ràpida pel legislador positiu sobretot per dos motius: en primer lloc, perquè el legislador ha d'actuar d'acord amb el procediment legal el qual fixa una sèrie de terminis que s'hauran de respectar, i en segon lloc, perquè pot ser el buit que s'ha d'omplir requereix de la formulació d'un precepte legal entorn del qual no hi haurà un acord parlamentari immediat sinó que requerirà una negociació política llarga. Aquesta llacuna genera inseguretat jurídica, caracteritzada moltes vegades com *horror vacui* (García de Enterría, 1985: p. 96; Peralta, 1994: p. 58; López, 2004: p. 110; Fernández, 2011: p. 132). Aquesta inseguretat jurídica afecta, en última instància, als ciutadans de l'Estat de Dret, que perden part de la seva certesa sobre allò que l'ordenament jurídic els hi otorga o bé els pot exigir. Podem coincidir si afirmo que aquesta inseguretat jurídica és un resultat indesitjable des del punt de vista constitucional. Per això, en front del dubte sobre la constitucionalitat d'una llei que permet múltiples interpretacions, el Tribunal Constitucional té un motiu més per evitar declarar la llei inconstitucional i per seleccionar la interpretació que la fa conforme. Així, la interpretació conforme aconsegueix l'harmonització de les disposicions interpretades amb les d'interpretació, integrant-les a l'ordenament jurídic i evitant llacunes (Arzoz, 2021: p. 84[9]; Ugartemendía, 2023: p. 45).

4. La presumpció de constitucionalitat de la llei. *In dubio pro legislatore*

En pàgines anteriors he caracteritzat la declaració d'inconstitucionalitat com una *ultima ratio* per la llei democràtica. Utilitzant aquesta mateixa terminologia, pròpia del dret penal, podem caracteritzar la presumpció de constitucionalitat de la llei com l'equivalent a la presumpció d'innocència, és a dir, presumim la constitucionalitat d'una llei fins que es demostri el contrari. Així, aquesta presumpció es troba lligada íntimament amb la

[9]citat per Juan Ignacio Ugartemendía Eceizabarrena en la seva obra *La interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea. Especial referencia al intérprete constitucional,* p. 45.

interpretació conforme (García de Enterría, 1985: p. 96) i té una doble projecció. És una presumpció formal en el sentit ja mencionat: la llei és vàlida fins que sigui declarada inconstitucional. A més també és una presumpció material, cosa que implica: en primer lloc, una confiança atorgada al poder legislatiu de que ha respectat els principis constitucionals en la seva tasca de concreció de la Constitució (Hesse, 1992: p. 52), en segon lloc, que una llei no pot ser declarada inconstitucional en cas de dubte raonable, i en tercer lloc, que si la llei permet diferents interpretacions, s'ha de presumir que el legislador ha volgut que s'apliqui aquella que la fa compatible amb la Constitució. A part de constituir un fonament pel principi d'interpretació conforme, crec que podem connectar aquesta presumpció a l'idea d'Estat democràtic i a l'objecció democràtica contra la institució de la justícia constitucional que he explicat a la primera part del treball. Així, té sentit que front a un enunciat controvertit i no clarament inconstitucional, el legislador negatiu, que no emana directament de la voluntat popular, faci un acte de contenció i abans d'expulsar i anular amb efectes *erga omnes* l'enunciat legal, dugui a terme un exercici de deferència cap al legislador positiu i intenti mantenir la llei (per aquesta caracterització inicial també és útil Ferreres, 1997: p. 137-140).

Respecte d'aquest apartat resulta especialment important fer una referència a l'article de James Thayer *"The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law"* del qual Ferreres (140-145) en presenta les principals característiques. Allò que més m'interessa destacar és la força que Thayer dóna en aquesta presumpció, força que ell expressa a partir del test probatori que creu que és necessari per destruir aquesta presumpció. Així, en l'àmbit civil, per destruir presumpcions tals com la de validesa dels contractes o la de commoriència, regeix un test més lleu anomenat de "preponderància" (*preponderance of reasons*) mentre que en l'àmbit penal, per destruir la famosa presumpció d'innocència (*in dubio pro reo*), el test probatori és molt més fort i rígid anomenat "més enllà de qualsevol dubte raonable" (*beyond the reasonable doubt*). La traducció d'aquesta diferència és la següent: mentre que la quantitat de prova necessària per confirmar la tesi "X", en un procés civil, ha de ser tal que converteixi aquesta tesi "X" en més probable que improbable, en l'àmbit penal, podríem dir que la quantitat de prova necessària per demostrar la culpabilitat d'una persona ha de ser tal que expulsi qualsevol relat alternatiu que pugui plantejar la defensa d'aquesta. Thayer sembla atorgar a la presumpció de constitucionalitat la mateixa força que a la presumpció d'innocència, de manera que les raons a favor de la inconstitucionalitat no han de deixar lloc a qualsevol dubte raonable sobre la constitucionalitat de la llei. Segons Thayer quan el legislador aprova una llei, du a terme la seva pròpia interpretació de la Constitució, de manera que, donat que la Constitució admet

diferents interpretacions, el jutge constitucional només pot invalidar la llei quan considera que la interpretació feta pel legislador és irracional, però no quan la considera incorrecta. Amb tot això, aquest autor justifica una presumpció de la màxima força a favor de la constitucionalitat de la llei. Sobre si aquesta presumpció ha de tenir tanta força o no hi tornaré durant la tercera part, però per ara em centraré en sintetizar les principals raons que justifiquen l'existència d'una presumpció de constitucionalitat a favor de la llei.

En primer lloc, trobam l'argument epistèmic (Ferreres, 1997: p. 157-162; Nino, 1992: p. 203-207)[10]. El punt de partida d'aquest argument és l'existència de principis morals a partir dels quals podem jutjar si les decisions col·lectives són correctes o no. En aquest context, els principis morals serien les disposicions constitucionals tals com els drets i llibertats fonamentals, mentre que la decisió col·lectiva és la llei democràtica. Aquest argument és el que afirma que el procediment democràtic té una avantatge epistèmica front a la reflexió individual de cara a comprendre aquests principis morals per les característiques que presenta: la participació dels afectats, la presa de decisions per majoria i el debat públic. Segons Nino (203-204), aquests afectats són els que coneixen millor els seus propis interessos i, per tant, el debat i el diàleg entre ells els permetrà maximitzar el coneixement dels fets i arribar a una solució que, presumiblement i amb una elevada probabilitat, serà vàlida. Aquesta característica fa que el Parlament, com a representant dels ciutadans, estigui més ben posicionat per representar-se els interessos de tots que no el jutge constitucional. Donat aquest valor epistèmic de la discussió parlamentària, queda justificat que el jutge constitucional actuï amb deferència cap al legislador democràtic i cap a la interpretació que aquest ha fet del text constitucional (quan ha elaborat la llei) i que abans de declarar la inconstitucionalitat d'una llei, es plantegi altres alternatives com la que estudiem aquí, la interpretació conforme. L'anterior ve reforçat per la regla de la majoria que exigeix l'obligació de sumar tots els suports possibles per assegurar que la llei sigui aprovada i, el debat públic, que assegura que les propostes hauran d'estar justificades davant els altres.

Un segon argument a favor de la presumpció és el de la igual dignitat política (Ferreres, 1997: p.178-182). El procediment democràtic té un dels seus fonaments principals en el principi d'igualtat: tots els ciutadans són cridats a participar d'un procés de deliberació col·lectiva i són reconeguts per igual, per tal de prendre una decisió que també els afectarà a tots per igual. Arribats en aquest punt, Ferreres argumenta l'existència d'una "tensió" entre la igual dignitat política i la institució del control de constitucionalitat, "tensió" que porta a

[10] citat per Víctor Ferreres Comella en la seva obra *Justicia constitucional y democracia,* p. 160-162.

alguns autors (Waldron, 1993: p.18)[11] a afirmar que la justícia constitucional és una institució antidemocràtica. Crec que podem explicar aquesta tensió de la següent manera. En apartats anteriors m'he referit a la indeterminació que presenta el text constitucional, caracteritzat per la presència de conceptes essencialment controvertits i col·lisions entre disposicions. La llei, com a decisió col·lectiva, presa per majoria dels representants dels ciutadans (però no per unanimitat), és un acte de concreció, d'interpretació de la Constitució, on la majoria expressa una opinió envers una qüestió controvertida que divideix la societat. La "tensió" neix pel fet de que una reduïda minoria dels ciutadans, com són els magistrats del Tribunal Constitucional, acabin imposant la seva opinió sobre aquesta qüestió controvertida, cosa que vulnera el principi d'igualtat. Així, Ferreres (188-189) planteja una sèrie de restriccions al control judicial de la llei per tal de mitigar el seu impacte en el principi d'igualtat. Entre aquestes restriccions, hi ha la de que el jutge constitucional presumeixi la llei constitucional en cas de dubte, donat que expressa la convicció majoritària d'un Parlament democràtic.

El tercer i últim argument, amb el que tancaré la secció dedicada als fonaments de la interpretació conforme, és el que es refereix a la corregibilitat dels errors (Ferreres, 1997: p. 190-193). El Tribunal Constitucional pot cometre dos tipus d'errors: pot declarar constitucional una llei que realment no ho és o bé, expulsar-ne una que realment és compatible amb la Constitució. D'acord amb aquest tercer argument, la presumpció de constitucionalitat de la llei ve justificada pel fet que la segona classe d'errors que pot cometre el TC, són molt més difícils de corregir que els primers. Així, en un sistema de justícia constitucional concentrada, com és el nostre cas, la declaració d'inconstitucionalitat no implica la inaplicació de la llei al cas concret (com passa al sistema nordamericà), sinó l'anul·lació de la llei amb efecte *erga omnes* i *pro futuro*, per tant, és un acte que té la mateixa generalitat que la creació de la llei (raó per la qual Kelsen caracteritzava el TC com a "legislador negatiu"). Així, la única manera que té el Parlament de defensar la seva obra front al jutge constitucional, quan creu que és perfectament constitucional, és reintroduint a l'ordenament el mateix text legal. Això té una sèrie de costos: en primer lloc, tornar a iniciar el procediment legislatiu, que com explicava a l'apartat anterior, no permet l'obtenció d'un resultat de manera ràpida, i en segon lloc, perquè un acte com aquest es podria interpretar com un desafiament o menyspreu cap la institució de la justícia constitucional, perjudicant greument la seva imatge i la seva legitimitat per exercir les seves funcions de "depuració" de l'ordenament jurídic de cara al futur. Per tot això, el jutge constitucional ha de tractar la llei

[11] citat per Víctor Ferreres Comella en la seva obra *Justicia constitucional y democracia*, p. 180.

amb una presumpció de constitucionalitat i analitzar de manera exhaustiva tots els arguments a favor i en contra de mantenir-la.

C. Límits

El principi de la interpretació conforme presenta límits que permeten relacionar la institució de la justícia constitucional amb el legislador democràtic. La jurisprudència constitucional ha reconegut diferents límits que aquí agruparé en dos per bé que aquesta no és la classificació que fan servir els autors que apareixen citats en aquest treball (Fernández, 2011: p. 169-170; STC 235/2007 de 7 de novembre, FJ 7è). En primer lloc la interpretació no pot ser *contra legem.* Com hem vist a la primera part, aquesta és una de les interpretacions possibles en funció del resultat que s'obtenia (juntament amb la *secundum legem* i la *praeter legem*) i implica que el Tribunal no pot desfigurar, ignorar o manipular els enunciats legals duent a terme una interpretació de la llei contrària al seu sentit o a la seva finalitat. En segon lloc, la interpretació conforme no pot implicar la creació d'una llei *ex novo*, és a dir, d'una norma nova. La vulneració de qualsevol d'aquests dos límits té una conseqüència lògica, que senyala també el propi TC, que és l'assumpció per part d'aquest òrgan d'unes funcions pròpies de legislador positiu que institucionalment no li corresponen. Amb la presentació d'aquests dos límits, passaré a explicar una sèrie de problemàtiques que es desprenen d'ells i que crec que és necessari que les abordem.

La primera problemàtica a la que faig referència té a veure amb la dificultat amb la que es troba Tribunal Constitucional per descobrir realment quin és el sentit o la finalitat de la llei que ha d'interpretar (López, 2004: p. 113-116). La dificultat a la que es refereix l'autor té a veure amb la incertesa entorn de quin ha de ser l'element que el jutge constitucional ha de valorar per descobrir el sentit de la llei: ha de ser el propi precepte o bé s'ha de referir a una intenció "pretextual", és a dir, a la voluntat del legislador? Al mateix temps, el fet d'optar per descobrir el significat del text a través de la intenció del legislador que la va elaborar fa que neixin nous dubtes. Ens referim a la voluntat dels qui participaren en la votació? A la d'aquells que varen ser part de la comissió parlamentària que la va debatre prèviament? Ens hem de limitar només a les manifestacions fetes en seu parlamentària o també als arguments esgrimits en altres fòrums com puguin ser un debat televisiu? Tot aquest conjunt d'interrogants són els que fan que la interpretació conforme s'acabi convertint en una tasca extremadament complicada i que, des del punt de vista de López (114), s'acabi convertint sobretot en transformació del sentit de la llei, vulnerant així un dels límits declarats pel nostre TC. No sé fins quin punt estic d'acord amb aquesta darrera afirmació de l'autor però sí que

coincideixo plenament en que, en funció del criteri utilitzat, el "sentit" de la llei interpretada pot canviar significativament, amb el risc associat de que la interpretació conforme acabi essent efectivament *contra legem* i el legislador negatiu actuï com a legislador positiu.

La segona problemàtica té a veure amb la presumpció de constitucionalitat de la llei. Ja hem explicat que el legislador du a terme una tasca de concreció de la Constitució a través de la llei, i donada la presumpció de constitucionalitat el que es busca és mantenir la primacia del legislador en aquesta tasca (Hesse, 1992: p. 52). El problema aquí té a veure amb que, tot i que el TC decideix mantenir la llei enlloc d'expulsar-la, aquesta "paga un preu" que és la pèrdua de part del seu significat (Ugartemendía, 2023: p. 45-46). Segons Hesse (52-53) aquesta primacia del legislador pot quedar anulada si la interpretació conforme suposa un *aliud* (altra cosa) respecte del contingut original de la llei produint-se una interferència del Tribunal Constitucional en les funcions del legislador molt superiors que en cas de declaració de nul·litat, la qual permetria que l'elaboració d'una nova llei correspongui al legislador. Crec que la situació que descriu Hesse és aquella en que la inconstitucionalitat de la llei no és flagrant o manifesta però sí que es presenta un dubte molt potent sobre la seva conformitat amb la norma fonamental. Aquest dubte obligarà al TC a fer un exercici interpretatiu molt sofisticat i complexe duent a terme la seva pròpia concreció de la Constitució i aportant un significat molt diferent (potencialment nou o contrari) al del text original per tal de salvar-lo. El resultat d'això serà la imposició, per part del jutge constitucional, de la seva concepció de la llei i de la Constitució al legislador democràtic amb la conseqüència de limitar molt més el seu marge d'actuació possible en el futur. En aquesta situació, podem afirmar realment que la declaració d'inconstitucionalitat sigui una "pena" superior o pitjor que la interpretació conforme? En quin dels dos casos s'està menystenint en major mesura la voluntat democràtica? Crec que són les dues preguntes que ajuden a visibilitzar més aquesta segona problemàtica i que fan que coincideixi, d'entrada, amb Hesse.

Finalment, la tercera i última problemàtica que vull destacar amb relació als límits té a veure amb el fonament de la conservació de la llei basat amb la seguretat jurídica. Partint de la situació descrita en el paràgraf anterior (on el dubte sobre la constitucionalitat és molt potent però no manifest), i amb un resultat parcialment "nou" o parcialment "desconfigurat" (per no dir totalment), el ciutadà mitjà de l'Estat de Dret passa a tenir un desconeixement parcial del contingut de la llei, ja que més enllà dels juristes de professió, es fa molt difícil pensar que un fuster, un metge o un mestre es dediquin a llegir les sentències del TC publicades al BOE per saber les "mutacions" que es puguin haver produït en el significat d'una llei. Des del meu punt de vista, això genera inseguretat jurídica. Segurament hi ha qui

pot argumentar el contrari i que això és una avantatge en tant que el TC indicarà la manera "correcta" d'interpretar la llei, i això eliminarà la inseguretat jurídica a l'hora d'aplicar-la per part de la resta de jurisdiccions, que queden vinculades (Roca, 2023: p.220). No em sembla un argument rebutjable del tot. Ara bé, crec que estem davant d'inseguretats jurídiques qualitativament diferents. Així, mentre que estic d'acord que una interpretació conforme permet reforçar la seguretat jurídica *ex post*, és a dir, quan a un ciutadà concret se li ha d'aplicar la llei, no comparteixo aquest argument quan ens referim al coneixement *ex ante* de l'ordenament jurídic que, suposadament, han de tenir els ciutadans, pel fet de que per entendre i conèixer què els reclama o els atorga la llei no n'hi ha prou amb la lectura del text sinó que han de recórrer a altres fonts, en aquest cas la jurisprudència del TC.

La presentació d'aquestes tres problemàtiques és rellevant ja que constitueixen el punt de partida de la tercera part del meu treball on expressaré una opinió pròpia sobre quina crec que hauria de ser l'actitud del TC respecte de la interpretació conforme.

III. L'ús moderat de la interpretació conforme. Una opinió pròpia

A. La conversió dels límits en "riscos"

Les tres problemàtiques que he explicat al final de la segona part del meu treball, especialment les dues primeres, poden implicar que el Tribunal Constitucional assumeixi un paper de legislador positiu i vulneri els límits de la interpretació conforme. La possibilitat de que això passi, incrementa substancialment donada la posició institucional que té el jutge constitucional en el sistema de jurisdicció concentrada. Així, Peralta (134) explica la posició privilegiada que té el TC per actuar com a intèrpret ja que només queda sotmès a la Constitució, a la Llei Orgànica que el regula i és un òrgan que no forma part del Poder Judicial. Així mateix, l'art. 40.2 de la LOTC declara que la jurisprudència dels tribunals ordinaris s'ha d'entendre corregida per la doctrina recollida en les resolucions que deriven dels processos de constitucionalitat. A més, l'art. 5.1 de la LOPJ imposa als jutges i Tribunals l'obligació d'interpretar les lleis i els reglaments conforme als preceptes constitucionals i a la interpretació que dels mateixos hagi fet el Tribunal Constitucional.

L'anterior no són res més que dues expressions concretes del fet que el Tribunal Constitucional és el suprem intèrpret de la Constitució però m'agradaria aturar-me en la implicació que té aquest fet. Per continuar l'explicació anem a suposar que ens trobam en un procés davant de la jurisdicció civil. En els escrits de demanda i de contestació a la demanda les parts duran a terme la seva pròpia interpretació de la llei (ja sigui la processal o la

substantiva) i, és possible que també interpretin la Constitució per tal de defensar els seus interessos. El jutge de primera instància, quan resolgui, farà la seva pròpia interpretació, coincident o no amb la de les parts, les quals podran recórrer en apel·lació a l'Audiència Provincial i fins i tot en cassació al Tribunal Suprem (si es donen els motius). Durant tot aquest iter procedimental s'aniran produint un conjunt d'interpretacions i valoracions sobre el significat de la llei i de la Constitució amb la possibilitat de que les instàncies superiors corregesquin a les inferiors. Eventualment, la controvèrsia podria arribar al TC per la via de la qüestió de constitucionalitat o del recurs d'empara dels drets fonamentals, convertint en aquest òrgan en el darrer en pronunciar-se sobre la interpretació que s'ha de donar a la llei i a la Constitució. Sorgeixen les següents preguntes: qui revisa la interpretació que ha fet el TC? Com es controla que el TC no ha dut a terme una interpretació *contra legem* o *ex novo* (tal com les he classificat anteriorment)? Les respostes en aquestes dues preguntes són ningú, a la primera, i de cap manera, a la segona. Com hem dit, el TC està sotmès a la Constitució, de la qual n'és el màxim intèrpret, de manera que no trobarem cap instància que ens permeti revisar si la interpretació conforme satisfà els límits que el propi TC proclama. Amb això no vull dir que el jutge constitucional actui de mala fe i amb una voluntat usurpadora de les funcions del poder legislatiu. El que pretenc posar de manifest és que, si acceptem que els arguments a favor de la interpretació conforme són molt potents i que la inconstitucionalitat és una situació indesitjable, tampoc podem obviar el fet de que, front a una situació on es presenta un dubte molt important sobre la constitucionalitat d'una llei (tot i que no una vulneració flagrant del text constitucional), és possible que el TC, amb un exercici de deferència cap al legislador i intentant mantenir la llei, acabi vulnerant els límits de la interpretació conforme. Per tot això, crec que en aquests casos especialment dubtosos, la posició del TC fa que haguem de caracteritzar els límits i les problemàtiques que he explicat, com a "riscos" de que el "legislador negatiu" s'acabi convertint en un "legislador positiu".

B. L'argument de la "segona oportunitat" per al legislador

Fins ara he plantejat una mena de dilema que es troba el jutge constitucional quan ha de resoldre un cas que involucra una llei que presenta un dubte rellevant sobre la seva constitucionalitat. De manera sintètica, el dilema és el següent.

Per una banda, el Tribunal Constitucional té l'opció de ser un tribunal activista a favor de la llei democràtica i assumir un rol creatiu en les seves interpretacions per tal de conservar-la. Aquesta posició, que *a priori* sembla ser més respectuosa amb la llei com a expressió de la voluntat popular, porta associat, com ja he dit, el risc de substitució del

legislador. Crec que si defensam que la declaració d'inconstitucionalitat és poc respectuosa amb la voluntat democràtica, tampoc hauríem d'acceptar que el TC desconfiguri la voluntat del legislador.

L'altra alternativa passa pel constrenyiment del TC i per tant per la declaració d'inconstitucionalitat de la llei. En aquest segon cas, el jutge constitucional assumiria un paper propi de jutge "autòmata", tal com era concebut des dels postulats d'alguns filòsofs il·lustrats com Cesare Beccaria que en la seva obra *Tratado de los delitos y de las penas* afirmava que la interpretació per part dels jutges criminals obria la porta a la incertesa (22). És cert que he afirmat que la interpretació conforme pot afectar a la seguretat jurídica *ex ante,* en tant que impedeix al ciutadà tenir el coneixement del significat complet de la llei quan la llegeix, (ja que haurà d'acudir al contingut de la sentència interpretativa) i també és cert que la declaració d'inconstitucionalitat presenta l'avantatge de que permet al legislador tornar a elaborar la seva obra. Ara bé, segurament hem de convenir que aquesta segona opció és massa extrema i que el TC no pot declarar inconstitucional tota llei que trobi dubtosa, forçant al legislador a assumir els costos de reiniciar tot el procediment legislatiu (que com ja he explicat són costos des del punt de vista temporal, des del punt de vista de la negociació política i des del punt de vista institucional pel TC). En aquest sentit, els arguments a favor de la presumpció de constitucionalitat de la llei són molt potents i obliguen a que el jutge constitucional tracti amb deferència l'obra del legislador i eviti constrenyir-lo (ja que el rebuig d'una llei haurà d'anar acompanyat d'una concreció sobre aspectes controvertits del text constitucional en el sentit contrari de com els ha concretat el legislador).

Entre aquestes dues posicions extremes crec que hi ha marge per trobar un terme mig que pugui constituir la principal línia d'actuació del Tribunal Constitucional en aquests casos dubtosos. La base d'aquesta posició intermitja la trobam al principi de correcció funcional presentat per Konrad Hesse i que hem explicat a la primera part del treball. D'acord amb aquest principi, l'òrgan encarregat de la interpretació del text constitucional no ha d'alterar la distribució de funcions establerta en la norma fonamental. Per tant, el punt de partida d'aquesta tercera posició ha de ser que l'encarregat d'elaborar les lleis és el legislador democràtic i que, en la mesura que sigui possible, li correspon a ell du a terme una certa tasca de correcció i concreció de la seva obra.

Per continuar, m'he de tornar a referir a l'argument de la corregibilitat dels errors. La base d'aquest argument, com ja he explicat, és que els costos de recuperar una llei, incorrectament expulsada de l'ordenament, són molts superiors als d'expulsar una llei que inicialment es va considerar constitucional. Ara bé, crec que ens hem d'aturar a

qüestionar-nos si realment les dificultats de recuperar una llei que s'ha declarat inconstitucional són tan grans com sembla suggerir l'argument de la corregibilitat dels errors. Així, coincideixo amb Ferreres (193) quan afirma que "aquesta asimetria no és tan extrema". En el nostre sistema polític no hi ha res que impedeixi que el Parlament torni a introduir una llei que ha estat expulsada de l'ordenament, amb el mateix text, i forci al TC a reexaminar els seus arguments. A més, he d'afegir que, si en el Parlament encara existeix la mateixa majoria política que va aprovar la llei, els costos temporals i de negociació política es veurien minimitzats. Ara bé, aquells costos que persisteixen són els de caràcter institucional, és a dir, els que es deriven del fet que una actuació d'aquesta mena pot ser interpretada com un menyspreu o un desafiament al TC. Ferreres (194-195) aporta una solució en aquesta darrera problemàtica aportant dues condicions per tal que el legislador pugui reintroduir la llei: la primera és que la nova discussió parlamentària hauria de tenir en compte la jurisprudència constitucional sorgida de la declaració d'inconstitucionalitat i, la segona, el pas d'un cert interval de temps entre la decisió del TC i la nova llei per tal de reflexionar sobre les conseqüències pràctiques d'aplicar la doctrina del Tribunal. A tot l'anterior, Ferreres hi afegeix que és necessari un cert grau de "desobediència", de crítica, respecte de les doctrines judicials per tal de revisar-les i fer-les evolucionar.

Coincideixo amb Ferreres en que els costos de reintroduir una llei dins l'ordenament jurídic no són inassumibles i que pot tenir els seus avantatges que el Parlament adopti una postura defensiva de la seva obra. Ara bé, crec que l'argument anterior no constitueix aquest terme mig al que m'he referit al principi d'aquest apartat en tant que implica que el jutge constitucional opti, prèviament a la reintroducció de la llei, per un dels dos extrems, en aquest cas la declaració d'inconstitucionalitat. La pregunta que em plantejo aquí és: és realment necessari arribar a la declaració d'inconstitucionalitat? Crec que la resposta és negativa. En aquells casos dubtosos, als que m'estic referint contínuament, el jutge constitucional hauria d'aprofitar la posició que té, com a no membre del poder judicial, per interpel·lar al legislador democràtic.

Així, a la sentència on hagués de resoldre sobre la constitucionalitat, el Tribunal Constitucional hauria de fer una crida al legislador democràtic per a que torni a debatre el text legal amb l'advertència de que, si no actua, el jutge constitucional es podria veure obligat en el futur a posicionar-se per una de les dues situacions que hem definit com extremes: la declaració d'inconstitucionalitat o una interpretació conforme potencialment *contra legem* o *ex novo*. En la seva resolució, la interpel·lació al legislador hauria d'anar acompanyada de la determinació d'una mena de "perímetre de constitucionalitat", és a dir, en la seva condició de

suprem intèrpret, el TC hauria de delimitar quin és el marc d'actuació en el que pot operar el Parlament. Evidentment, aquest "perímetre" hauria de ser el més ample possible per tal de no constrenyir el "legislador positiu", que pugui tenir un cert marge de discreció, i per evitar que es converteix en una mena de titella que repeteix allò que li diu el "legislador negatiu". Per tant, la concreció que s'ha de fer del text constitucional ha de ser la mínima i necessària possible per evitar que el legislador vulneri clarament la Constitució però evitant en tot moment posicionar-se sobre qüestions controvertides o valoratives que, d'acord amb l'argument epistèmic que hem presentat, és millor que les resolgui el legislador. Fins i tot, el TC podria definir un "perímetre d'inconstitucionalitat" senyalant allò que, des del seu punt de vista, la Constitució no accepta, si aquesta alternativa ha de fer que el marge d'actuació del Parlament sigui més ample. Finalment, el Tribunal hauria de concedir un termini per tal que el Parlament tornés a aprovar una nova versió de la llei tenint en compte la interpretació constitucional. De manera addicional, el TC podria aprofitar per expressar els dubtes sobre la constitucionalitat de la llei i argumentar-los.

La proposta anterior comparteix molts elements amb la visió que he explicat de Ferreres però crec que suposa una avantatge i és que evita, d'entrada, l'expulsió de la llei de l'ordenament que és un resultat molt extrem. De la mateixa manera, evita una interpretació que pugui ser desconfiguradora amb la voluntat del legislador. Per tot això és que l'he anomenat com l'argument de la "segona oportunitat", perquè retorna al Parlament la tasca d'elaborar la llei i li dóna la possibilitat de perfeccionar-la. Així, una possibilitat (entre d'altres) que tendria el legislador, és la de dur a terme una interpretació autèntica (utilitzant la classificació de Wroblewski que he explicat a la primera part del treball), és a dir, la introducció d'aclariments en els preceptes legals.

Amb aquest retorn, crec que podem afirmar que es renoven els tres arguments que justifiquen la presumpció de constitucionalitat de la llei. El retorn de la llei als representants dels afectats, enlloc de reconstruir la seva voluntat, renova l'argument epistèmic. Així mateix, el TC expressaria el seu màxim respecte cap al principi de la igual dignitat política: no substitueix la decisió col·lectiva, ni la modifica, sinó que permet reelaborar-la en base a uns paràmetres. Finalment, el fet de no expulsar la llei, evitaria incorre en un error que, tot i que no és impossible de corregir, certament tampoc és fàcil fer-ho.

El que proposo, per tant, és l'establiment d'un "diàleg institucional" entre el "legislador negatiu" i el "legislador positiu". Com he explicat a la primera part del treball, a partir de la idea de García de Enterría (132), en el model kelsenià el poder legislatiu s'escindeix en dos, per tant, des del meu punt de vista, té sentit que els dos integrants d'aquest

poder estableixin, amb caràcter preferent (abans d'expulsar o manipular la llei), una relació de col·laboració (Fernández, 2011: p. 129). El que fa el jutge constitucional és "donar la paraula" al legislador en un moment previ, abans d'optar per qualsevol dels dos extrems. A continuació seria el torn del Parlament que tendria la responsabilitat de corregir la llei, concretar-la i adaptar-la al marc constitucional dins el termini establert. En cas de no fer-ho i de que es plantegessin nous procediments davant la jurisdicció constitucional sobre la mateixa norma, no quedaria més remei que el TC es decantés per una de les dues opcions: la declaració d'inconstitucionalitat de la llei (i la seva expulsió) o la seva interpretació conforme, amb el risc de que es pogués convertir en una interpretació *contra legem* o *ex novo.*

Per altra banda, en el context d'aquest "diàleg institucional", res impediria que el legislador tornés a aprovar el mateix text legal però oferís al TC una interpretació diferent del text constitucional. Aquesta interpretació alternativa crec que s'hauria d'ubicar en el preàmbul de la llei donat que aquest és el lloc on el legislador es dirigeix al conjunt dels ciutadans i on es justifica la intervenció política que s'ha dut a terme, raó per la qual té un important valor interpretatiu (Tajadura, 1998: p. 147-150). Una decisió d'aquest tipus aniria amb la línia de fomentar aquest cert grau de "desobediència" respecte de la doctrina del TC per tal de mantenir-la en evolució constant.

Finalment, l'argument de la "segona oportunitat" presenta un elevat grau de semblança amb les sentències apel·latives (*Appellenscheidungen*) (López, 2004: p. 105-106) o amb les declaracions d'incompatibilitat (100-104). En el primer tipus de decisions, el jutge constitucional el que fa és afirmar la no inconstitucionalitat però sense descartar la possibilitat de que la llei esdevingui inconstitucional en el futur si el legislador no modifica la regulació. Per tant, el TC afirma la compatibilitat i l'acompanya d'una recomanació. En el segon tipus de decisions, en canvi, el TC declara la incompatibilitat de la llei però sense declarar la seva nul·litat. Amb aquestes darreres s'aconsegueixen evitar les conseqüències negatives, a nivell social o financer, per exemple, d'una declaració d'inconstitucionalitat acompanyada de la nul·litat, i es respecte la llibertat de configuració del legislador perquè torni a elaborar una regulació constitucional sobre aquella matèria.

C. Modulació de l'argument de la "segona oportunitat"

A l'argument que he presentat a l'apartat anterior se li han de reconèixer necessàriament excepcions en funció de quin sigui l'origen del procediment davant de la jurisdicció constitucional. Per tant, per començar m'he de referir a les dues grans maneres que té el Tribunal Constitucional de controlar la constitucionalitat de la llei. Així, García de

Enterría (137-139) distingeix entre el recurs directe de constitucionalitat, allò que coneixem com el recurs d'inconstitucionalitat, i el recurs indirecte, que és la qüestió de constitucionalitat. Crec que les característiques que presenten un i altre recurs fan que l'argument de la "segona oportunitat" només es pugui predicar respecte de dubtes que sorgeixen en el context d'un recurs d'inconstitucionalitat.

Els trets essencials del recurs d'inconstitucionalitat als que em vull referir són dos. El primer té a veure amb els legitimats per presentar-lo, que trobam enunciats a l'article 32 de la LOTC. Aquests són el President del Govern, el Defensor del Poble, cinquanta Diputats, cinquanta Senadors i, en alguns casos, també els òrgans executius i les Assemblees parlamentàries autonòmiques. El que tenen en comú tots ells és la seva naturalesa d'òrgans polítics. Per tant, la segona característica és que en aquest cas no hi ha un conflicte d'interessos concret que s'hagi de resoldre, sinó que els recurrents actuen com a defensors abstractes de la Constitució (García de Enterría, 1981: p. 138) i en qualitat de titulars d'interessos polítics. En aquest caràcter abstracte també s'hi ha referit el propi Tribunal Constitucional (per exemple en la STC 4/1981 de 2 de febrer, FJ 1r): *"(...) conviene poner de manifiesto la especial dificultad que presenta esta valoración en el caso de un recurso de inconstitucionalidad abstracto -es decir, sin conexión con un supuesto concreto- en el que se trata de enjuiciar la conformidad de una regulación específica con un principio general cuyo alcance indubitado es difícil de precisar con exactitud (...)".* Aquest caràcter abstracte del recurs d'inconstitucionalitat dificultarà encara més la tasca interpretativa, tant de la llei com de la Constitució, per tal de determinar la compatibilitat entre les dues disposicions. En última instància, aquesta major dificultat es tradueix en un risc addicional de que la interpretació conforme vulneri els límits explicats. A més, tal com expressa el TC en la mateixa sentència, en aquests casos correspon *"(...) declarar tan sólo la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de aquellos* [preceptos] *cuya incompatibilidad con la misma* [con la Constitución] *resulte indudable (...)".*

La suma de les dues característiques anteriors crec que converteixen a l'argument de la "segona oportunitat" en la resposta idònia que pot donar el TC en cas de que, en el context d'un recurs plantejat per alguns d'aquests òrgans, sorgeixin dubtes importants (però no vulneracions manifestes) sobre la inconstitucionalitat de la llei.

Pel que fa a la qüestió de constitucionalitat o recurs indirecte, ja m'he referit als seus trets més essencials quan explicava les característiques de la institució de la justícia constitucional. En aquest segon supòsit, el control de constitucionalitat de la llei es presenta com una qüestió incidental del jutge o Tribunal que té dubtes sobre la compatibilitat amb la

norma suprema de la llei que ha d'aplicar al conflicte d'interessos concret (García de Enterría, 1981: p. 138-139). Per tant, és evident que no es pot proposar que la resposta del TC en aquests casos sigui dir al jutge o Tribunal que paralitzi el procés durant un període de temps (per exemple, 6 mesos) i que esperi la resposta del Parlament (si és que respon) per saber si realment la disposició en qüestió és o no constitucional. No es pot plantejar l'argument de la "segona oportunitat" pel fet de que constituiria una vulneració clara i directe del dret fonamental a la tutela judicial efectiva i, especialment, del dret a un procés sense dilacions indegudes (ambdós enunciats a l'article 24 de la Constitució). En canvi, sí que em sembla raonable plantejar-lo si qui qüestiona la constitucionalitat és un grup de 60 diputats, per exemple, els quals, segurament, integren la minoria parlamentària. En aquest darrer cas, té sentit reenviar la discussió al Parlament, si es materialitzen els riscos de la interpretació conforme, tret que això no suposa una vulneració dels drets fonamentals dels recurrents i fins i tot pot ser avantatjós per ells donat que de la nova discussió parlamentària en pot sorgir un text encara més consensuat i al qual, part dels recurrents (o tots), li donin suport.

D. La declaració d'inconstitucionalitat com a resposta als "riscos" de la interpretació conforme

La falta de resposta del Parlament als dubtes plantejats o la necessitat de respondre a una qüestió de constitucionalitat, són situacions que obligaran al Tribunal Constitucional a optar per alguna de les dues opcions que he definit com extremes: la inconstitucionalitat o la interpretació conforme acompanyada de la possibilitat de que es materialitzin els riscos. Durant la segona part del treball he presentat tot un conjunt de fonaments que van en la línia de prioritzar la interpretació conforme a l'expulsió de la llei però, crec que ens hem de plantejar si podem trobar arguments en el sentit contrari, és a dir, que ens permetin afirmar que la declaració d'inconstitucionalitat pot ser preferible a una interpretació conforme potencialment *contra legem* o *ex novo*.

Un primer argument és que la declaració d'inconstitucionalitat permet al Parlament reiniciar el procés legislatiu i tornar a elaborar la llei, mentre que una interpretació creativa pot suposar una substitució de l'obra del legislador. Crec que podem dir que aquest argument queda reforçat des del moment en que hem exposat que els costos de que el Parlament torni a fer la llei no són inassumibles. A més, presenta una avantatge addicional i és que resol la tercera problemàtica que he explicat al final de la segona part del treball. Aleshores he dit que la interpretació conforme pot generar una situació d'inseguretat jurídica *ex ante* i que això fa que haguem de qüestionar la força que ha de tenir el principi de conservació de la llei. La

declaració d'inconstitucionalitat també podria generar inseguretat jurídica, en tant que podria implicar un buit (si la llei declarada inconstitucional ha derogat expressament la llei que reformava o modificava), però donarà la possibilitat al Parlament de tornar a fer una nova llei, més clara, corregida per ell mateix (i no pel TC) i a la llum de la sentència en la que es va declarar la inconstitucionalitat. Per tant, en aquest darrer cas, la situació d'inseguretat jurídica seria transitòria i el resultat serà una llei compatible amb la norma suprema amb una probabilitat molt elevada.

Tant l'argument anterior, com també el de la "segona oportunitat", es poden rebatre afirmant que el legislador és sobirà, és a dir, tant si hi ha una declaració d'inconstitucionalitat, com si es concedeix un termini al legislador per tal de que corregeixi o reformuli la llei, aquest pot optar per no fer-ho. Aquest argument és completament cert. Així, si els grups parlamentaris o el govern no creuen que la seva proposició o el seu projecte de llei, respectivament, pugui prosperar, si temen que poden perdre la votació parlamentària (i el desgast que això comporta), poden decidir no actuar. Els arguments que he presentat aquí parteixen d'una idea de legislador democràtic que hauria de respondre a les crides que li faci el jutge constitucional.

Per altra banda, algú podria respondre en aquest primer argument dient que una interpretació conforme que fos *contra legem* o *ex novo* tampoc tancaria la possibilitat a que el Parlament corregesqui la llei en el futur. Tot i que això és cert, segurament hem de convenir que una declaració d'inconstitucionalitat forçarà el legislador a actuar en major mesura que la interpretació conforme, per tal de resoldre la llacuna. A més, el marge de discreció del Parlament per tornar a elaborar la llei serà més ample si prèviament hi ha hagut una sentència declaradora d'inconstitucionalitat que no si hi ha una interpretació conforme. Això és així perquè en el segon cas el Parlament es trobarà molt més condicionat a positivitzar la interpretació que ja ha fet el TC que no a reelaborar la llei de nou, ja sigui per respecte institucional o per temor a una posterior declaració d'inconstitucionalitat.

Un segon argument té a veure amb l'argument epistèmic que hem presentat per justificar l'existència de la presumpció de constitucionalitat de la llei. En base en aquest, hem afirmat que el procediment legislatiu ofereix un major grau de participació i de deliberació que el que té lloc davant del TC. No obstant, podem trobar veus dins la doctrina crítiques amb aquesta idea. Així, Owen Fiss (1979: p. 13)[12] afirma la major qualitat de les condicions institucionals amb les que el jutge constitucional pren decisions i ho argumenta en base a 4 característiques que, per simplicitat, jo aquí agruparé amb tres:

[12] citat per Víctor Ferreres Comella en la seva obra *Justicia Constitucional y democracia*, p. 167.

a) En primer lloc, l'existència de regles processals que fan que els jutges estiguin obligats a escoltar els arguments de determinades persones i a contestar les diferents queixes o demandes, sense que puguin ignorar-ne cap. Coincideixo amb Fiss en aquest punt. En el Parlament, la majoria pot decidir abusar de la minoria i ignorar-la durant el debat, per exemple, no essent present a la cambra durant la intervenció dels grups minoritaris, o fins i tot, constrenyint les capacitats d'intervenció d'aquests grups (pensem en la tramitació del projecte de llei per lectura única: art. 150 del Reglament del Congrés dels Diputats). Ara bé, si aquests grups minoritaris arriben als 50 diputats, tendran la possibilitat de qüestionar la llei davant el TC, sense que aquest els pugui ignorar de cap manera. A més, podem afegir que en el procés davant de la jurisdicció constitucional es reproduiran els arguments que s'han posat damunt la taula durant el debat parlamentari (Ferreres, 1997: p. 167): els recurrents utilitzaran els arguments de la minoria parlamentària i els que es posicionin a favor de la llei faran el mateix amb els de la majoria. A més a més, per la manera com està dissenyat el sistema de recursos enfront del TC, és possible que en el judici de constitucionalitat hi apareixin arguments que no han aparegut en el debat parlamentari (Ferreres, 1997: p. 169-170). L'anterior pot succeir en casos en que el Defensor del Poble recorri la llei basant-se en els arguments d'algun grup extraparlamentari però sobretot en casos de qüestió de constitucionalitat o de recurs d'empara. En aquests darrers casos, el dubte sobre la constitucionalitat de la llei apareix en el context d'un conflicte d'interessos concret, cosa que, com hem vist a l'apartat anterior, permet veure millor els problemes de compatibilitat entre llei i Constitució. Per tant, el procés davant la jurisdicció constitucional té un cert valor epistèmic gens menyspreable.

b) Fiss també afirma que el jutge constitucional, a més de tenir l'obligació de respondre a la queixa o demanda, ha d'assumir la responsabilitat institucional per la resposta que dona. Aquesta segona característica no podem afirmar que sigui exclusiva del TC. El Parlament també assumeix responsabilitats per les lleis que elabora ja que el resultat d'aquestes influirà en la composició futura de la cambra (Ferreres, 1997: p. 168).

c) En darrer lloc, els jutges han de justificar les seves decisions amb raons que vagin més enllà de les seves preferències o creences personals, és a dir, no poden argumentar "crec que" o "prefereixo que" en les seves resolucions. Respecte d'aquesta darrera característica, em sembla lògic que la majoria parlamentària proposi solucions basant-se en les seves creences o ideologies, però segurament ho farà perquè creu que aquestes són les millors per l'interès general i, precisament per això, intentarà aportar més arguments amb l'objectiu de convèncer les veus discrepants de la minoria parlamentària. Però, si realment fos el cas que

una majoria parlamentària actua sense fonamentar la seva decisió, més enllà de l'argument del "creiem amb això i com que som majoria ho imposem", el jutge constitucional estaria legitimat a no tractar la llei amb deferència i a no fer cap esforç per buscar la interpretació correcta.

Amb les característiques compreses als apartats a i c anteriors no crec que es pugui afirmar directament que la discussió davant el TC té un grau de deliberació i participació superior al que té lloc en el Parlament. Ara bé, són raons que obliguen a moderar l'argument epistèmic i conseqüentment la presumpció de constitucionalitat. El mateix podem dir que ocorre amb el principi de conservació de la llei i l'argument de la corregibilitat dels errors. Segurament, però, serà més difícil que poguem trobar raons que permetin reduir la força del principi d'igual dignitat política i la "tensió" entre aquest i la justícia constitucional que hem descrit a la segona part del treball.

Podem trobar un tercer argument que es manifesta amb aquelles lleis que es mantenen en vigor simplement per la inèrcia del legislador actual. Ferreres (205-2011) ens ajuda a diferenciar aquests casos dels quals la llei es manté en vigor perquè el legislador hi segueix estant d'acord, a partir dels següents indicis: (1) el fet de que la llei hagi caigut en desús fa que apareguin motius per tornar-la a debatre, (2) l'aparició de nous casos especials que entren dins l'àmbit d'aplicació de la norma però que no varen ser debatuts en el moment en que es va aprovar la llei, i (3) el manteniment de lleis aprovades en èpoques preconstitucionals en el context de governs autoritaris (com seria el cas de les lleis aprovades durant el règim franquista). Pel que fa al tercer grup de casos, no les podem presumir constitucionals ja que la l'avantatge epistèmica és inexistent, donat que l'òrgan que la va fer no era democràtic, i el principi d'igual dignitat política no es veu afectat, ja que al cap i a la fi un grup reduït de magistrats estaria substituint la voluntat d'un altre grup reduït, els integrants de les Corts Franquistes. Respecte de les lleis que es troben en les situacions (1) i (2) en podríem dir moltes coses, però l'actitud del TC crec que hauria de ser la següent: ha de començar per reconèixer la pèrdua substancial de força de la presumpció de constitucionalitat i, en cas de que no sigui plantejable la "segona oportunitat" i front a un dubte mínimament rellevant, el TC hauria d'optar per la declaració d'inconstitucionalitat, per obtenir un nou debat i posicionament del Parlament envers aquella llei concreta.

E. La necessitat de la interpretació conforme. Alguns casos evidents

En els apartats anteriors, he presentat una sèrie d'arguments que anaven en la línia de moderar, de reduir, l'ús de la interpretació conforme donats els riscos que pot tenir

d'usurpació de les funcions del poder legislatiu. Ara bé, com ja he indicat, m'he referit en aquelles situacions en les que la constitucionalitat de la llei no és clara i presenta dubtes importants. Per descomptat, en molts de casos, sobretot pensant en les qüestions de constitucionalitat, l'únic que haurà de fer el jutge constitucional és el que hem caracteritzat al principi de la segona part: d'entre les possibles interpretacions que se li plantegen, seleccionar aquella que fa que la llei sigui compatible amb la Constitució o descartar aquelles clarament incompatibles. La interpretació conforme ve acompanyada d'una sèrie de fonaments molt potents que fan que el jutge constitucional l'hagi de tenir present com una opció preferent en el seu judici de comptabilitat, en tant que la interpretació que faci no sigui creativa, i es limiti simplement a actuar com un "seleccionador" d'interpretacions correctes o un "discriminador" de les incompatibles.

A més de la situació anterior, podem trobar-ne més on la intepretació conforme esdevé un instrument important, segurament imprescindible pel jutge constitucional. Durant l'epígraf anterior, hem explicat una sèrie d'avantatges de la declaració d'inconstitucionalitat enfront de la interpretació conforme essent una d'elles l'eliminació d'allò que he caracteritzat com a inseguretat jurídica *ex ante*. Ara bé, aquest argument no és factible si la disposició legal jutjada és una disposició penal. En aquests casos, la declaració d'inconstitucionalitat implicaria una destipificació de la conducta delictiva. Això tendria dues implicacions greus que es projectarien en la convivència i l'ordre que necessita l'Estat democràtic i de Dret: en primer lloc, la destipificació implicaria la impossibilitat de perseguir aquestes conductes, en virtut del principi de legalitat (art. 25 de la CE), en segon lloc, en virtut del principi de retroactivitat favorable (art. 2.2 CP), qualsevol persona prèviament condemnada per aquest delicte podria demanar la revisió i la finalització de la seva pena. Cal parar especial atenció al fet de que aquesta destipificació no seria el resultat d'una decisió deliberada i presa democràticament al Parlament, sinó la conseqüència d'un dubte (que no d'una inconstitucionalitat flagrant del precepte). Per tant, en aquests casos, el buit que genera la inconstitucionalitat sí que suposa un vertader *horror vacui* que es pot evitar per via d'una interpretació conforme, inclús amb el risc de que es puguin vulnerar els seus límits.

Per altra banda, podem trobar casos on es produeix un reforçament important de la presumpció de constitucionalitat de la llei. Un primer exemple, són aquelles lleis que han gaudit d'un important consens parlamentari (Ferreres, 1997: p. 256-262), com és el cas de la Llei 3/1986, de 29 d'abril, de normalització lingüística de les Illes Balears, que fou aprovada per unanimitat del Parlament (aleshores integrat per quatre grups polítics que incloïen desde el conservadorisme espanyolista fins al mallorquinisme ecologista). El cas anterior és extrem,

però segurament hem de reconèixer que, quan una llei aconsegueix més suports dels necessaris per ser aprovada, particularment quan arriba a majories qualificades o fins i tot la unanimitat, el TC ha de veure la inconstitucionalitat com una opció només possible en cas de vulneració manifesta del text constitucional i, en defecte o impossibilitat de donar una segona oportunitat al legislador, haurà de dur a terme una interpretació conforme per tal de no expulsar-la.

Un segon exemple, en la mateixa línia de reforçament de la presumpció de constitucionalitat, són aquelles lleis que gaudeixen del consens extraparlamentari. Concretament, ens centrarem en els casos en que la llei ha estat aprovada per la ciutadania en referèndum (Ferreres, 1997: p. 214-217). A França, el Consell Constitucional ha arribat a declarar en reiterades ocasions (per exemple el 6 de novembre 1962 o el 23 de setembre de 1992), que aquestes lleis no poden estar subjectes al control de constitucionalitat. Dit d'altra manera, han de gaudir d'una presumpció de constitucionalitat indestructible. Crec que allò que hem afirmat respecte de les lleis amb un ampli consens parlamentari ho hem de predicar també de les que són recolzades en referèndum o les que sorgeixen d'aquest. Però, han de ser inmunes al control de constitucionalitat? La meva resposta és negativa i per explicar la meva opinió contrària, ho exemplificaré amb el següent cas (per bé que es pugui considerar extrem). De manera preliminar, hem d'explicar que, d'acord amb l'art. 3.1 de la LO 2/1980 de 18 de gener, no sembla que sigui possible a Espanya sotmetre a referèndum un text legal, però sí que una iniciativa legislativa pugui iniciar-se com a resposta al resultat d'un referèndum consultiu sobre una "decisió política d'especial transcendència" (art. 92 CE). Imaginem que s'aconsegueix una majoria absoluta parlamentària de tall nacionalista o centralista a les Corts Espanyoles que decideix sotmetre a referèndum la necessitat de modificar l'ordenament vigent per tal de garantir i protegir la "unitat de la Nació". Com a resposta al resultat, suposem afirmatiu, del referèndum, el Govern (de la mateixa tendència política) impulsa un projecte de llei orgànica, aprovat per la majoria absoluta que li dona suport, que il·legalitza els partits de tendència nacionalista perifèrica i crea un delicte específic per aquells ciutadans que els intentin crear. Ha d'estar aquesta decisió exclosa del control de constitucionalitat? A mi em sembla evident que no, en tant que suposaria una vulneració de la pròpia jurisprudència del TC, que ha afirmat: *"(...), en nuestro sistema -a diferencia de otros de nuestro entorno- no tiene cabida un modelo de "democracia militante", esto es, uno en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar a la Constitución (...). Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el*

régimen constitucional de libertades ideològica, de participación, de expresión y de información". (STC 48/2003, de 12 de març, FJ 7è i 10è).

Per tant, en els casos explicats anteriorment hi ha d'haver control de constitucionalitat (encara que la presumpció es vegi reforçada). Ara bé, la inconstitucionalitat es converteix en un extrem que només es pot plantejar en casos de vulneració flagrant de la norma suprema. Per això, hem de reconèixer la importància de la interpretació conforme i potencialment admetre que pot arribar a tenir una certa vessant creativa.

IV. Anàlisi d'una selecció d'interpretacions conformes del Tribunal Constitucional espanyol

A. STC 24/2004 de 24 de febrer:

L'origen d'aquesta resolució el trobam en una qüestió d'inconstitucionalitat plantejada pel Jutjat Penal de Tortosa respecte de l'article 563 del Codi Penal (CP): *"La tenencia de armas prohibidas (...) será castigada con la pena de prisión de uno a tres años"* (la resta del precepte és irrellevant pel cas). La norma en qüestió és una llei penal en blanc ja que es remet a normativa extrapenal per a completar la prohibició continguda. L'òrgan recurrent planteja que aquest precepte vulnera la reserva de llei orgànica pel que fa a les normes relatives al desenvolupament dels drets fonamentals (art. 81.1 en relació al 17.1, ambdós de la Constitució) i el principi de legalitat (art. 25 CE). Centrant-nos en el segon motiu (que dona lloc a la interpretació conforme), argumenta el recurrent que l'article no defineix el nucli essencial de la prohibició, de manera que la norma extrapenal no és un complement de la llei penal sinó que es converteix en imprescindible per saber quina és la conducta prohibida. El CP es remet implícitament a la LO 1/1992 de 21 de febrer sobre protecció de la Seguretat Ciutadana per tal de saber què són les "armes prohibides" i aquesta, al seu torn, defineix les infraccions administratives en sentit positiu (definint la conducta) per una banda, i en sentit negatiu (com tot allò que no sigui delicte), de manera que es produeix una doble remissió. A més, la citada LO incorpora una habilitació al Govern per determinar quines són les armes prohibides, cosa que es fa a través del Reglament d'Armes (RD 137/1993 de 29 de gener). Per tant, la delimitació entre l'il·lícit penal i l'administratiu, en última instància, recau en el Reglament, sense que quedi clara la frontera entre ambdues.

El TC decideix no adoptar la interpretació que li presenta l'òrgan recurrent. Senyala que si ho fes, el precepte jutjat esdevindria inconstitucional però considera que no és la única interpretació possible. El TC du a terme una interpretació conforme basant-se en els següents

elements. En primer lloc i per tal de delimitar el concepte "armes", el TC recorre al criteri d'interpretació literal i a la definició que la RAE aporta d'aquest. Així, només s'han d'entendre com "armes" aquells instruments, que apareixin a la llista prevista pel Reglament, destinats a ofendre o defensar-se però excloent altres estris d'activitats domèstiques, professionals o de col·leccionisme, encara que inicialment apareguin al Reglament. En segon lloc, i per tal de delimitar l'àmbit sancionador penal de l'administratiu, el TC es serveix dels principis limitadors de l'*ius puniendi*, concretament del principi d'*ultima ratio*, i afirma que l'àmbit sancionador penal ha de quedar limitat en aquelles conductes que són especialment lesives per la seguretat ciutadana (el bé jurídic protegit).

El segon element d'aquesta interpretació, em sembla un exercici raonable per part del TC i crec que podem dir que, en el fons, deixa en mans de la jurisdicció ordinària la determinació de quan una conducta té suficient entitat com per activar el dret penal. Pel que fa a la primera part, hem de reconèixer que constitueix una actuació del TC com a "legislador positiu" en tant que el tipus que havia definit el Parlament clarament resultava incomplet i indeterminable tenint en compte el problema de la doble remissió. La interpretació no crec que sigui *contra legem,* en tant que la voluntat del legislador, de castigar i prevenir certes conductes indesitjables, perjudicials per l'ordre públic i la seguretat ciutadana (ambdós béns necessaris en l'Estat democràtic i de Dret), es manté, però sí clarament *ex novo,* perquè hi ha una modificació substancial de l'enunciat legal. Ara bé, en el cas que ens trobam no es dóna una substitució del legislador positiu sinó una assumpció per part del jutge constitucional d'una funció que corresponia al Parlament i que aquest sembla que va decidir no du a terme. Recordem que del principi de legalitat se'n deriven tota una sèrie de garanties per al ciutadà que són exigències que el legislador ha d'observar a l'hora de tipificar, essent una d'elles *lex certa.* El mandat al legislador de que elabori una llei clara i taxativa és especialment important en l'àmbit del dret públic sancionador i, en particular, en el del dret penal, que és l'únic que té la capacitat de privar a la persona d'un dels drets més preuats, que és la seva llibertat.

Aleshores, sorgeix la pregunta: per què aquest grau de deferència? Amb els arguments que hem exposat als apartats C i E de la tercera part trobem la resposta. L'origen del procés és una qüestió de constitucionalitat, per tant, el Jutjat Penal de Tortosa necessita resoldre el cas, i l'expulsió de la disposició en qüestió tindria unes conseqüències negatives, en termes de destipificació de la conducta, molt pitjors que les que es puguin produir en termes d'inseguretat jurídica *ex ante.* Dit d'una altra manera, és menys dolent imposar al ciutadà els costos d'haver de recórrer al contingut de la sentència per conèixer el significat complet del

tipus, que imposar-li els costos, en forma d'inseguretat ciutadana, que es derivarien de la inconstitucionalitat d'aquest precepte.

B. STC 235/2007 de 7 de novembre:

Aquesta sentència resol una qüestió de constitucionalitat promoguda per la Secció Tercera de l'Audiència Provincial de Barcelona respecte de l'art. 607.2 que tipificava els delictes de negació i justificació del genocidi de la següent manera: "*la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de uno a dos años".* El recurrent argumentava que aquest paràgraf podia resultar contrari al dret a expressar i difondre lliurement els pensaments, les idees i opinions mitjançant la paraula, l'escrit o qualsevol mitjà de reproducció, essent aquests, drets fonamentals reconeguts a l'art. 20.1 a) de la CE. Per afegir una mica més de context sobre el cas, la persona sotmesa al procés penal era responsable d'una llibreria especialitzada en la Segona Guerra Mundial des del punt de vista dels autors que defensaren l'Alemanya nazi i negaren l'Holocaust. El TC, per tal de resoldre el cas, decideix tractar de manera diferenciada la conducta de "negació" de la de "justificació" del genocidi.

El Tribunal declara inconstitucional l'incís referit a la "negació" del genocidi. Considera que no es pot afirmar que qualsevol conducta dirigida a negar el genocidi persegueixi la creació d'un clima social d'hostilitat contra aquelles persones que pertanyen als grups que varen ser víctimes del delicte concret. Per tal de que aquest precepte penal fos constitucional seria necessari l'exigència d'un element addicional: la conducta hauria de ser idònia per crear l'actitud d'hostilitat cap al col·lectiu afectat. Afirma el TC, que aquest element addicional de la idoneïtat de la conducta no apareix en la redacció del delicte i el fet de dur a terme ara una interpretació restrictiva del precepte implicaria afegir nous elements que no ha decidit el legislador i dur a terme, per tant, una interpretació *contra legem*.

L'anterior porta a afirmar la inconstitucionalitat del delicte referit a la negació del genocidi per ser contrari a l'article 20.1 de la CE, concretament als seus apartats a), reproduït anteriorment, i b) que proclama la llibertat científica. Encara que no sigui de manera molt extensa, intentarem aprofundir en aquesta interpretació constitucional. Considera el TC que l'art. 20.1 dona cobertura a les opinions sobre determinats fets històrics, per molt errònies o injustificades que siguin, sempre que no impliquin un menyspreu a la dignitat de les persones o un perill per la convivència pacífica entre tots els ciutadans. La comunicació pública d'idees

permet la formació d'una opinió pública lliure, cosa que és una condició prèvia i necessària per a l'exercici d'altres drets inherents al funcionament d'un sistema democràtic. Així mateix la lliure expressió d'idees inclou la llibertat de crítica, fins i tot la crítica al sistema democràtic, malgrat que aquesta pugui molestar aquell a qui es dirigeixen les crítiques. Respecte de la llibertat científica, el TC manifesta que aquesta gaudeix d'una protecció encara superior a la d'expressió o informació, amb l'objectiu de fer possible la investigació històrica que, per definició, és polèmica i discutible. Resulta també important l'advertència que fa el TC del risc que suposaria que, en un Estat democràtic, el dret penal es pugui acabar convertint en un factor de disuassió de l'exercici de la llibertat d'expressió. Tots aquests motius empenyen al TC a declarar la inconstitucionalitat del delicte de negació del genocidi. Aquesta sentència resulta especialment important en tant que implica un exercici del TC com a suprem intèrpret de la Constitució, que entra en la concreció d'una font d'indeterminació important com és la lliure expressió i que ho fa en un sentit contrari a com ho ha fet el legislador democràtic.

Respecte de l'altre conducta prevista en el precepte, la de justificació del genocidi, el TC sí que du a terme una interpretació conforme. Considera que aquest delicte és constitucional sempre que la justificació suposi un mitjà per a la incitació indirecta a la comissió del delicte de genocidi o promogui una certa provocació a l'odi cap a determinats grups definits pel seu color, raça, religió, origen nacional o ètnic de tal manera que representi un perill cert de generar un clima de violència i hostilitat. El TC afirma que aquesta interpretació conforme no resulta desvirtuadora de la voluntat del legislador de sancionar la provocació directe del genocidi (cosa que es feia en l'article 615 CP) i dota al precepte penal (art. 607.2) d'un àmbit punible propi, convertint-lo en una modalitat específica d'incitació al delicte que mereix una pena diferenciada i adaptada, que ha definit el legislador, donada la gravetat de la conducta (ja que el rang de penes de l'article 607.2 és inferior al definit pel delictes de provocació directe de l'art. 615 CP).

He de confessar les meves dificultats a l'hora d'entendre aquesta decisió bifurcada. Allò que sembla que fa el TC respecte de la justificació és una interpretació restrictiva a aquelles conductes que suposin un mitjà per incitar a cometre el delicte o promoguin odi contra determinats grups però, al mateix temps, considera que una conducta de negació del genocidi no pot arribar mai a ser idònia per crear aquesta actitud d'hostilitat. No queda gaire clar per què no és possible fer la mateixa interpretació restrictiva en els casos de negació del genocidi.

Crec que les dificultats d'entendre la decisió, es tradueixen amb el fet de que 4 magistrats decideixin emetre vots particulars. Alguns d'aquests vots particulars van en la direcció de concretar, de manera diferent a la majoria del Tribunal, el contingut del dret a la llibertat d'expressió. D'alguna manera, el TC ens ve a dir que la llibertat d'expressió inclou aquelles expressions negacionistes del genocidi, per molt que ens puguin parèixer incorrectes o repugnants, ja que la seva censura implicaria una restricció desproporcionada del dret a la llibertat d'expressió, dret que esdevé cabdal en l'Estat democràtic. En canvi, el Magistrat Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, afirma: "*La experiencia del constitucionalismo europeo, en el período de entreguerras del siglo XX, demostró que la aparición de fuerzas antipluralistas en el seno de una sociedad democrática pone en cuestión, con excesiva facilidad, la libertad y el sistema pluralista mismo".* Així, el Magistrat invoca en el seu vot particular l'art. 1 de la Llei Fonamental de Bonn i el 10.1 de la CE que proclamen la "dignitat de la persona humana" com el primer dels fonaments de l'ordre polític i de la pau social: *" (...), al considerar que sólo una concepción del Derecho fundada en dicha dignidad puede fundamentar un Estado social y democrático de Derecho y que dicho Estado debe contar además, para ser plural, con mecanismos de garantía frente a la repetición de intentos de perversión del pluralismo."* Amb tot això, el Magistrat considera l'encert del legislador espanyol, així com el d'altres legisladors europeus, que han tipificat, no només les diferents formes de genocidi (art. 607.1 CP), sinó també la seva negació i justificació (art. 607.2). Em sembla evident que la conclusió de signe diferent d'aquest magistrat es deu a una concreció diferent del contingut del dret a la llibertat d'expressió en el sentit que afirma que *"un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional".*

Feta l'explicació anterior, no puc tancar aquesta part sense deixar de fer referència a la importància que tenen els vots particulars dels magistrats. Per una banda, hom podria argumentar que simplement són un instrument que permet als magistrats posar de relleu la seva afiliació ideològica. Ara bé, no podem deixar d'obviar el potencial que tenen per mantenir viu un cert debat sobre qüestions controvertides. Així, en l'apartat D de la tercera part, hem presentat una sèrie de raons en el sentit de prioritzar la declaració d'inconstitucionalitat a la interpretació conforme. Una d'elles ha fet referència al valor epistèmic de les sentències del TC en tant que en el procés que té lloc a la jurisdicció constitucional es reprodueixen els arguments de la majoria i de la minoria parlamentària. En aquesta mateixa línia, els vots particulars dels magistrats permeten que, aquells que s'han manifestat a favor de la posició que es veu rebutjada, puguin trobar motius per seguir

defensant-la sense que els seus arguments semblin irracionals o clarament inconstitucionals. Així, en el darrer cas analitzat, el vot particular d'aquest magistrat constituiria una base argumental i de suport a la posició de la majoria parlamentària que decidís reintroduir un delicte de negació del genocidi, semblant al que ha estat expulsat, i forçar així al Tribunal a revisar la seva interpretació de la llibertat d'expressió.

V. Conclusions

La principal conclusió que es pot derivar de tota l'explicació que he dut a terme en les pàgines anteriors és la impossibilitat d'adoptar una postura única i universal sobre l'ús de la interpretació conforme que ha de fer el jutge constitucional. Aquesta posició dependrà de l'entitat que considerem que han de tenir els riscos i de la força que poguem donar als fonaments que la justifiquen, la qual varia en funció de les característiques que presenta la disposició interpretada, tal i com he intentat posar de relleu al llarg de tot el treball.

VI. Bibliografia

Bibliografia:

Arzoz Santisteban, Xabier. (2021). *Aproximación a la interpretación conforme como técnica de coordinación normativa.* Revista de Derecho Público: Teoría y Método, Número 4, p. 67-104.

Beccaria, Cesare. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas.* (Manuel Martínez Neira, trad.). Universidad Carlos III de Madrid.

Betti, Emilio. (1975). *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (José Luís de los Mozos, trad.). Editorial Revista de Derecho Privado.

Bobbio, Norberto. (1991). *Teoría general del Derecho.* (Eduardo Rozo Acuña, trad.). Editorial Debate.

Fernández Segado, Francisco. (2011). *El Tribunal Constitucional español como legislador positivo*. Pensamiento Constitucional Año 15, Número 15, p. 127-192.

Ferreres Comella, Víctor. (3a Edició). (1997/2021). *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Fiss, Owen. (1979). *The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice.* Harvard Law Review, Volume 93, Number 1, p. 1-58.

García de Enterría, Eduardo. (3a Edició). (1981/1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Civitas.

Hesse, Konrad. Cruz Villalón, Pedro. (2a Edició). (1992). *Escritos de derecho constitucional.* Centro de Estudios Constitucionales.

Kelsen, Hans. (1988). *Escritos sobre Democracia y socialismo.* (Juan Ruiz Manero, trad.). Editorial Debate.

Kelsen, Hans. (1988). *Teoría general del Derecho y del Estado* (Eduardo García Maynez, trad.). Universidad Autónoma de México.

López Bofill, Héctor. (2004). *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley.* Tirant lo Blanch.

Nino, Carlos. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional.* Editorial Astrea.

Peralta Martínez, Ramón. (1994). *Interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del estado*. Universidad Complutense de Madrid.

Roca Peláez, Carlos. (2023). *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional y su relación con el art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, número 27(1), p. 212-239.

Tajadura Tejada, Javier. (1998). *Exposiciones de motivos y preámbulos*. Revista De Las Cortes Generales, número 44, p. 141-153.

Thayer, James B. (1893). *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. Harvard Law Review, Volume 7, Number 3, p. 129-156.

Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio. (2023). *La interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea: especial referencia al intérprete constitucional*. Aranzadi.

Waldron, Jeremy. (1993). *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*. Oxford Journal of Legal Studies, Volume 13, Issue 1, p. 18-51.

Waldron, Jeremy. (1994). *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*. California Law Review, Volume 82, Number 3, p. 509-540.

Wroblewski, Jerzy. (1985). *Constitución y teoría de la interpretación jurídica*. (Arantxa Azura, trad.). Civitas.