

LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL, ENTRE LA INTERPRETACIÓN Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (*)

GÖRAN ROLLNERT LIERN

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LA CONEXIÓN ENTRE LA MUTACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN EN LA TEORÍA DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL: 1. *Los orígenes del concepto: Jellinek y Hsü Dau Lin*. 2. *El texto como límite absoluto: Müller y Hesse*. 3. *La mutación como problema de interpretación: Stern*. 4. *El desarrollo interpretativo por la jurisdicción constitucional versus mutación constitucional: Böckenförde*.—III. ALGUNAS TESIS SOBRE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL: 1. *Dos tipos de mutaciones*. 2. *La validación jurisdiccional de las mutaciones*. 3. *Mutación consensual y «Constitución viviente»*. 4. *Tribunal Constitucional y poder constituyente*. 5. *Interpretación constitucional versus mutaciones constitucionales per se ilegítimas*.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El análisis doctrinal de la mutación constitucional se focaliza generalmente en dos aspectos: la clasificación de las mutaciones atendiendo a su origen y los límites que las mismas deben respetar para ser reputadas como constitucionalmente legítimas.

Respecto a las clases de mutaciones, las teorizaciones clásicas de Jellinek, Hsü Dau Lin y Loewenstein se refieren a las producidas por las convenciones constitucionales y los dos primeros autores a las que son consecuencia de la

(*) Este trabajo es en buena parte fruto de la estancia realizada en mayo-junio de 2013 en la Cátedra de Derecho Público del prof. Martin Ibler —cuya inestimable ayuda agradezco desde aquí— en la Universidad de Konstanz, subvencionada por el Vicerrectorado de Investigación de la Universidad de Valencia.

práctica de los órganos constitucionales, del desuso o *desuetudo* y del Derecho consuetudinario (1), sin perjuicio de considerar también las mutaciones generadas por la legislación y la interpretación jurisdiccional que se tratarán posteriormente. Entre la doctrina española, ésta es también la aproximación más frecuente como puede observarse en dos de las primeras contribuciones al respecto, las de Lucas Verdú (2) y De Vega (3).

En cuanto a los límites de las mutaciones constitucionales (lo que implica necesariamente un juicio sobre las condiciones para su admisibilidad como vía de cambio constitucional alternativa a la reforma) fueron objeto específico del conocido trabajo de Hesse (4) que es referencia ineludible sobre la cuestión, siendo en nuestro ámbito nacional De Vega (5) quien se ha ocupado de ello de forma más incisiva a partir del concepto de «realidad constitucional» elaborado por Müller y asumido por Hesse.

Pues bien, el presente trabajo defiende la centralidad de la interpretación jurisdiccional en la génesis de toda mutación constitucional y, desde esa base, se expondrán algunas tesis sobre la naturaleza esencialmente hermenéutica de toda operación de modificación informal de la Constitución, el protagonismo absolutamente determinante que asume la jurisdicción constitucional en la consolidación de eventuales mutaciones y, finalmente, acerca de la necesaria redefinición de la significación de esta categoría dogmática en una Teoría de la Constitución que dé cuenta de las transformaciones producidas desde el trabajo de Laband (6) que en 1895 inauguró el tratamiento doctrinal del concepto.

Se impone, sin embargo, antes de entrar en materia, advertir al lector que no se trata de hacer un estudio exhaustivo del fenómeno de las mutaciones constitucionales sobre las que existen varias tesis doctorales en lengua española (7); y, en segundo lugar, ofrecer una mínima explicación acerca de la selección de

(1) JELLINEK (1991): 15, 37-43 y 51; HSÜ (1998): 31-45, 68-74, 109-125, 127 y 127-146, y LOEWENSTEIN (1965): 165-167.

(2) LUCAS VERDÚ (1984): 156-157, 166-168 y 209-223.

(3) VEGA GARCÍA (1985): 185-208.

(4) HESSE (1983): 85-112.

(5) VEGA GARCÍA (1985): 208 y 215.

(6) LABAND, P. (1895): *Die wandlungen der deutschen reichsverfassung: Vortrag gehalten in der gehe-stiftung zu dresden am 16. märz 1895*. Dresden: Zahn & Jaensch. La obra no está traducida al español. Las posiciones de LABAND están comentadas en LUCAS VERDÚ (1984): 164-165, y en SÁNCHEZ URRUTIA (2000): 108-110.

(7) En este sentido, la tesis doctoral inédita de CALZADA CONDE, R. (1987): *La reforma constitucional y la mutación en el ordenamiento constitucional*, Universidad de Salamanca, 1987, 2 vols.; también SÁNCHEZ URRUTIA, A. V. (1998): *Mutaciones constitucionales*, Universitat de Barcelona. No ha sido posible consultar estas dos tesis aunque sí sendos artículos de las mismas autoras sobre el mismo tema. Más recientemente, la tesis de LÓPEZ CADENA (2007).

unos —y no otros— aspectos de la variada multidimensionalidad y casuística de las mutaciones. O, dicho de otra manera: ¿por qué restringir el enfoque a las mutaciones operadas por vía interpretativa (de la Constitución, de las leyes que la desarrollan o de ambas) e ignorar los que para la doctrina mayoritaria son también cauces para la metamorfosis de las Constituciones al margen de los procedimientos reglados para su reforma, esto es, las diversas variantes de los usos y prácticas transformadoras de la Constitución como las convenciones y costumbres constitucionales (8)?

La respuesta a esta pregunta retórica viene dada por dos factores: la constatación del predominio formal del Derecho Constitucional escrito sobre cualquier práctica convencional o consuetudinaria que lo contradiga (9) y, en todo caso, la evidencia de que cualquier virtualidad de las normas consuetudinarias más allá de la integración de lagunas o el desarrollo o complemento del ordenamiento escrito pasa invariablemente por su confrontación interpretativa con la Constitución escrita en la vía jurisdiccional que muy previsiblemente culminará ante el Tribunal Constitucional.

Una mutación constitucional derivada de una costumbre o convención constitucional (10), salvo casos de consenso unánime en su aceptación pacífica que permita eludir el control de constitucionalidad por su carácter rogado, requerirá necesariamente su validación por parte del intérprete supremo con lo que volvemos en todo caso a la interpretación como núcleo de la problemática de la mutación constitucional. El escaso margen de aplicación práctica y el carácter residual del Derecho Constitucional consuetudinario en nuestro ordenamiento aconsejan también plantear la cuestión de la mutación en el ámbito de las diver-

(8) *Vid.* al respecto GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ (1989) y el trabajo de AGUIAR DE LUQUE (2001): 43-45.

(9) Cabe señalar que en la STC 31/2010 el Tribunal Constitucional deslizó una afirmación cuanto menos ambigua sobre la posibilidad de invocar una convención constitucional frente al tenor literal de la ley. Así, argumentando la constitucionalidad de la convocatoria del referéndum de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña por la Generalidad [arts. 222.1.d) y 223.1.i) EAC] afirma:

«no se trata tanto de apelar aquí al dato cierto de que antes como después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/1980 ha habido Estatutos de Autonomía que contemplaban la convocatoria de referencia sobre la reforma estatutaria por la propia Comunidad Autónoma (el propio Estatuto catalán de 1979 y el gallego de 1981), con cuanto ello pudiera significar en orden a una excepción pacíficamente consentida y, por tanto, conformadora de una suerte de convención constitucional ya consolidada —y muy relativa, por suponer la disconformidad con una norma legal a la que la Constitución se remite y no una infracción directa e inequívoca de un precepto constitucional sustantivo—» (FJ 147).

(10) Sobre las interrelaciones entre las costumbres, las convenciones y las mutaciones constitucionales, *vid.* CÁMARA VILLAR (s. f.); y ROLLNERT LIERN (2009): 339-349.

gencias interpretativas entre legislador y juez constitucional en un intento de, parafraseando a Rubio Llorente, reconducirla a «una Teoría de la Constitución adecuada a las exigencias de nuestra época (o, si se quiere, y más modestamente, una Teoría de la Constitución que ofrezca la base necesaria para construir nuestro propio Derecho Constitucional, el que resulta del texto de 1978) (11)».

II. LA CONEXIÓN ENTRE LA MUTACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN EN LA TEORÍA DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

1. *Los orígenes del concepto: Jellinek y Hsü Dau Lin*

Cuando Jellinek en 1906 dictó su conocida conferencia sobre reforma y mutación constitucional contraponiendo ambos conceptos, puso de manifiesto ya dos aspectos especialmente relevantes (12). En primer lugar, que la mutación constitucional opera mediante la interpretación de la Constitución que concreta o da un sentido preciso a sus preceptos en la práctica parlamentaria y administrativo-gubernamental, en la aplicación judicial de los textos vigentes y en la legislación. Entre estos posibles focos originarios de la mutación, el desarrollo legislativo de la Constitución y la interpretación judicial de la misma, adquieren especial significación:

«Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta [a] las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación.»

Ante las interpretaciones parlamentarias transformadoras de la Constitución a través de los reglamentos o disposiciones legislativas, la ausencia de un control judicial de constitucionalidad de las leyes supone la inexistencia de medio alguno de protección de la Constitución frente a mutaciones ilegales derivadas de interpretaciones ilegítimas. Y ello nos introduce así en el segundo elemento a destacar de las tesis de Jellinek: será el control judicial de la constitucionalidad de las leyes «la muralla más sólida contra los abusos anticonstitucionales

(11) RUBIO LLORENTE (1993): 611.

(12) En general, sobre lo tratado en este punto, JELLINEK (1991): 15-27. Las tres citas literales posteriores en 16, 22 y 26 respectivamente.

del mismo legislador». Así, se referirá a la *judicial review* norteamericana (13) para afirmar que «en América, el juez ocupa efectivamente el lugar del legislador constitucional» por cuanto le corresponde dar vida definitiva a los contenidos constitucionales durmientes que el legislador va descubriendo con su actuación.

El trabajo monográfico de Hsü sobre la mutación de la Constitución —publicado en 1932 y muy citado por su clasificación sistemática de las mutaciones— abordó más extensamente la mutación generada por «la interpretación transformadora de la Constitución (14)» que lleven a cabo los tribunales, aunque relativizó su posible generalización más allá del Derecho Constitucional norteamericano por cuanto la posibilidad de que la interpretación judicial produzca una mutación constitucional vendría dada por la existencia de una «instancia habilitada para ello» —el Tribunal Supremo Federal—, cuya posición, función real y doctrina conviertan en indiscutiblemente constitucionales las mutaciones surgidas de sus interpretaciones.

Pero lo que resulta novedoso es que, frente a la aceptación por Jellinek del hecho consumado y de la necesidad política como fuerzas constituyentes incontenibles por las proposiciones jurídicas (15), Hsü vino a diferenciar entre las mutaciones permitidas y exigidas por la Constitución y aquellas otras que no por inevitables dejan de ser indeseables e inconstitucionales, fundamentando esta distinción en el criterio de la coherencia o contraposición respectiva de la situación constitucional real con el «contexto de sentido» de la Constitución, su «sentido ideológico» o su «intención manifiesta (16)».

Así, para este autor, lo relevante no es la incongruencia de la situación constitucional real con el texto de las normas positivas singulares de la Constitución escrita («mutación de la Constitución en sentido formal o mutación de su texto»), habida cuenta de que el carácter incompleto, esquemático, equívoco y ambiguo de las formulaciones constitucionales exige una «interpretación constitucional elástica e integradora» que produce la mutación constitucional como un modo natural de que el Estado cumpla con su finalidad de autoconservación (17). Dicho de otra forma, la mutación constitucional se fundamenta en la naturaleza del Estado como realidad vital cuyas necesidades requieren de la

(13) JELLINEK (1991): 22-27. La cita literal en 26.

(14) Con carácter general sobre esta cuestión, HSÜ (1998): 88-102. Las dos citas literales en 102.

(15) JELLINEK (1991): 29 y 84.

(16) Las tres citas literales en HSÜ (1998): 163, 164, 66 y 177.

(17) Las tres citas en HSÜ (1998): 169, 164 y 158-160, respectivamente.

adaptación de la Constitución aunque ello implique desviaciones de las normas jurídicas escritas (18).

El problema no son estas mutaciones formales en sí mismas que amplían o complementan el texto constitucional, aun en contra de su letra, pero de conformidad y sin sobrepasar el sentido constitucional de las instituciones. Estas mutaciones constitucionales en sentido formal son «permitidas y exigidas por la Constitución. Son, precisamente, complemento y ampliaciones del sistema significativo propuesto por ella de manera ideal (19)».

Por el contrario, el verdadero problema es «la mutación en sentido material, transformación del sistema o su significado» que se produce cuando, con independencia de que haya o no desviación respecto de la literalidad de normas constitucionales concretas, surge una incongruencia con el «sistema de la Constitución», una falta de concordancia con su «intención valorativa, no importa si está inscrita o no en proposiciones jurídicas o no»:

«Hay mutaciones que [...] no son intencionadas o deseadas por la Constitución pero que no pueden impedirse ni suprimirse: son mutaciones del sistema de sentido propuesto por ella o de algunas instituciones normativizadas de intenciones manifestadas en el sistema (20).»

Estas mutaciones materiales, en las que «se comprueba la contradicción entre la situación real del Derecho Constitucional y la intención manifestada por la Constitución», no tienen, sin embargo, más límite efectivo que la revolución cuya naturaleza violenta sobrepasa la capacidad de transformación dinámica y elástica de la Constitución (21).

Ahora bien, como ya se ha apuntado, estas mutaciones materiales son a su entender inevitables al no existir control de constitucionalidad de las leyes ordinarias ni, en general, fiscalización jurisdiccional de los órganos estatales: «las mutaciones constitucionales no pueden impedirse ni, una vez producidas, pueden eliminarse ni corregirse debido a la falta de un órgano que vigile y contenga la actividad vital del Estado en su concordancia con su Constitución (22)».

(18) HSÜ (1998): 165. Este autor acoge plenamente la concepción de la Constitución formulada por SMEND en 1928 en virtud de la cual la función integradora de la Constitución se realiza en ocasiones fuera de los canales constitucionales [SMEND (1985): 132-133].

(19) HSÜ (1998): 176. La idea anterior está desarrollada en 164, 174 y 170.

(20) HSÜ (1998): 176. Las citas anteriores en 169, 176 y 161 respectivamente.

(21) HSÜ (1998): 177-181. La cita literal anterior en 177.

(22) HSÜ (1998): 165-166. La misma idea en 41.

2. El texto como límite absoluto: Müller y Hesse

Frente a esta puesta en valor por Hsü del «sistema de sentido» de la Constitución como parámetro o canon de la legitimidad constitucional de la mutación (y la correlativa desvalorización del texto constitucional), las tesis de Müller sobre la estructura de las normas jurídicas han servido de base a Hesse para reivindicar el texto como «límite absoluto de una mutación constitucional (23)» sin perjuicio de incorporar parcialmente la realidad al interior mismo de la norma jurídico-constitucional.

Así, según Müller, «las normas constitucionales [...] necesitan de numerosos elementos interpretativos procedentes de la realidad social normada (24)» y ello queda de manifiesto en la práctica del Tribunal Constitucional Federal alemán que decide sobre el fondo de los casos concretos atendiendo a elementos o factores normativos del ámbito de la «realidad» que «en el proceso concreto de realización del Derecho es tratado [...] como parte integrante de la norma en la que se basa la resolución» y cita como ejemplo, entre otros, las resoluciones del Tribunal «sobre la transformación de las normas y la mutación constitucional a raíz de un cambio en las estructuras del segmento normado de la realidad». Las normas se integran, pues, por el «programa normativo» (la prescripción legal) y el «ámbito normativo», no siendo este último equiparable sin más al «ámbito material» o parcela de la realidad que la norma ha de regular: sólo forman parte del «ámbito normativo» aquellos elementos materiales de la realidad social normada que son «extraídos» selectivamente (25) por el «programa normativo» al concretar la norma en un caso particular.

Y esta tarea de filtrado valorativo de los elementos fácticos que son imprescindibles para la concreción de la norma corresponde a la jurisprudencia constitucional que «permite descubrir el valor que los elementos del ámbito normativo pueden adquirir tanto para el conocimiento concreto como para el desarrollo de la dogmática jurídico-constitucional (26)». Pero esta jurisprudencia quebrantará la norma constitucional si va más allá del «tenor literal» de la misma:

(23) HESSE (1983): 109-110.

(24) MÜLLER (1989): 114. Se trata, según explica el traductor, de una versión abreviada de MÜLLER, F. (1966): *Normstruktur und normativität: Zum verhältnis von recht und wirklichkeit in der juristischen hermeneutik, entwickelt an fragen der verfassungsinterpretation*, Berlín, Duncker & Humblot, de la que no hay traducción española.

(25) MÜLLER (1989): 126. Las anteriores citas literales en 120-121.

(26) MÜLLER (1989): 124. El resto de las expresiones entrecomilladas en 122-124.

«El texto determina los límites extremos de posibles variantes en el significado. Más allá de dichos límites no es lícito que los elementos del ámbito normativo, a menudo sólo insinuados en los preceptos constitucionales mediante palabras clave [...] se conviertan en el factor decisivo de la aplicación jurídica (27).»

Sobre estos planteamientos de Müller, Hesse abordó en 1974 la temática de los límites a las mutaciones constitucionales con un enfoque que singulariza el papel de la interpretación del Tribunal Constitucional. Aunque explica la falta de atención a la mutación constitucional en la doctrina alemana más contemporánea por las frecuentes reformas constitucionales y, en menor medida, por la presencia de la justicia constitucional, será precisamente esta última la que exija trazar las fronteras de la admisibilidad constitucional de las mutaciones. En efecto, ante el escenario (hipotético pero no descartable) de reformas constitucionales inviables por falta de la mayoría cualificada necesaria, la apelación al Tribunal Constitucional para que decida de forma vinculante sobre la constitucionalidad de las leyes o actos mediante los que se opere una mutación polémica exige «parámetros lo más claros posibles que permitan responder a la pregunta de si se ha producido un cambio de la Constitución (28)» que será inadmisibles si se han rebasado los límites establecidos, difuminándose la distinción entre actos constitucionales e inconstitucionales si no existen tales parámetros.

Emerge así, a su juicio, la cuestión de los límites a las mutaciones constitucionales que entiende carente de respuesta explícita en las teorías positivistas de Laband y Jellinek e insatisfactoriamente resuelta por Hsü y Heller (29). Las carencias de las tesis de estos autores en cuanto a los límites de las mutaciones constitucionales (que conducen, a la postre, a debilitar el sentido normativo de la Constitución) quedan, a su juicio, superadas «cuando la modificación del contenido de la norma es comprendida como cambio “en el interior” de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividad constitucional», y ello es precisamente lo que entiende que ocurre en la medida que, siguiendo a Müller, «la “realidad” en sus respectivas circunstancias (el “ámbito normativo”), afectadas por el mandato de la norma (el “programa normativo”), es parte integrante y constitutiva de la norma

(27) MÜLLER (1989): 125. Deja abierta, sin embargo, de forma imprecisa la posibilidad de ir más allá del límite de la textualidad: «Como no podía ser de otro modo, habrá que decir algo distinto en aquellos casos en los que el texto resulte manifiestamente incorrecto, malogrado o equívoco» (125).

(28) HESSE (1983): 90-91.

(29) HELLER (1942): 267-278. Un resumen de las tesis de HELLER puede verse en SÁNCHEZ URRUTIA (2000): 116-118.

misma (30)» o, dicho de otra forma, «el Derecho Constitucional abarca también, de forma en cada caso diferente, el trozo de la realidad social presupuesto, recepcionado o producido por sus distintas normas (31)».

Siendo esto así, las modificaciones en el «ámbito normativo» conllevarán modificaciones en el contenido de la norma pero no todos los hechos nuevos del ámbito material de la norma se integran en el «ámbito normativo» por cuanto será el texto (el «programa normativo») la instancia decisoria de si un hecho nuevo o modificado, en cuanto parte del «ámbito normativo», modificará la norma constitucional.

La consecuencia es, para Hesse, que «el contenido de la norma constitucional sólo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto» y «la fijación de ese marco es una cuestión de interpretación». En definitiva, el «límite absoluto» de la mutación constitucional es el texto y la interpretación del mismo permite fijar ese límite:

«Donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional. [...] Todo lo que se sitúe más allá de esas posibilidades no será ya mutación constitucional, sino quiebra constitucional o anulación de la Constitución (32).»

Ésta ha sido, pues, la principal aportación de Hesse: situar claramente la mutación en el campo de la interpretación constitucional de tal forma que su límite es el mismo, el texto de la Constitución. No toda interpretación de la Constitución es mutación de la misma pero toda mutación constitucional presupone una cierta interpretación constitucional. Interpretación y mutación constitucionales son inescindibles y la problemática de la segunda no puede resolverse sin atender a los límites de la primera. La «función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución» exige que la Constitución escrita se convierta en «límite infranqueable de la interpretación constitucional»: «allí donde el intérprete se impone a la Constitución deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla (33)».

(30) Las citas literales en HESSE (1983): 106-107. Cita este autor la obra de MÜLLER de 1966 a la que se ha hecho anterior referencia. Comentando esta obra y la recepción de sus tesis por HESSE, CALZADA CONDE (1988): 1099-1105.

(31) HESSE (1983): 108.

(32) HESSE (1983): 109 y 111. Las citas anteriores en 109-110.

(33) HESSE (1983): 52. También allí las citas anteriores.

3. *La mutación como problema de interpretación: Stern*

Stern ha profundizado en esta relación entre mutación constitucional e interpretación. Así, remitiéndose a Häberle (34), afirma que «la mutación constitucional es, pues, un problema de interpretación, de naturaleza inmanente a la norma (35)» y destaca la «importancia extraordinaria» que tiene la interpretación de los Tribunales Constitucionales por cuanto «deciden sobre el Derecho Constitucional de manera vinculante en última instancia y, por tanto, con autoridad (36)». Pero el cambio de significado de una norma constitucional a través de la interpretación debe estar sujeto a límites más estrictos que las normas de las leyes ordinarias de tal manera que la mutación constitucional no debe convertirse en un principio «normal» de interpretación por cuanto vaciaría de sentido la fuerza normativa de la Constitución. Frente a la imposición de la realidad constitucional *contra Constitutionem*, «la mutación de significado de un precepto sólo puede darse en el marco del sentido y finalidad de la norma: ambos son susceptibles de concreción, pero no discrecionalmente interpretables (37)».

También para Stern hay que diferenciar entre las mutaciones constitucionales admisibles e inadmisibles. Las primeras son las que tienen lugar «por vía de interpretación concretizadora mediante el desarrollo judicial del Derecho (38)» y sólo «un pequeño espacio» las separa de las que son inadmisibles, esto es, de aquellas que van más allá de un cambio de significado por vía hermenéutica por cuanto suponen «una mutación de sentido [y, por ello] traspasan los límites admisibles de la interpretación y la concreción (39)».

(34) Las remisiones a HÄBERLE en STERN (1987): 335 y 302.

(35) STERN (1987): 335. En el mismo sentido, BÖCKENFÖRDE (2000: 191) recoge la afirmación de HÄBERLE de que «el problema del cambio constitucional se revela exclusivamente como un problema de interpretación» remitiéndose a su trabajo (1974) *Zeit und verfassung*, en *Verfassung als öffentlicher prozess: Materialien zu einer verfassungstheorie der offenen gesellschaft*, HÄBERLE, P. (1978), Berlín, Duncker & Humblot. No existe traducción española de esta obra, a la que remiten también CRUZ VILLALÓN, P. (en la introducción a HESSE, 1983: XXVII-XXVIII) y CALZADA CONDE, R. (1993: 1110) para afirmar que, según HÄBERLE, en la actualidad «la “mutación constitucional” queda disuelta necesariamente en la “interpretación constitucional”». Para una descripción y valoración crítica de la posición de HÄBERLE, conjuntamente con la de STERN, *vid.* LÓPEZ CADENA (2007): 109-113.

(36) STERN (1987): 289.

(37) STERN (1987): 337.

(38) STERN (1987): 339.

(39) STERN (1987): 303-304.

Se reformulan así los límites que determinan la admisibilidad de la mutación: los cambios de significado de las normas constitucionales no pueden poner en cuestión, no sólo el texto de la Constitución escrita, sino la «voluntad» o «sentido» de la norma cuya búsqueda es la finalidad de la interpretación (40) y en la que «lo decisivo sólo puede ser la concepción del constituyente [...] obtenida [...] en un procedimiento de concreción con ayuda de los métodos de interpretación». De ahí que el deslinde entre las mutaciones admisibles e inadmisibles sea una tarea que escapa a la elaboración teórica para desenvolverse en el escenario del caso concreto, «un trabajo de detalle fatigoso pegado al caso» para contrastar si el nuevo significado del precepto no sobrepasa el marco del sentido, finalidad o voluntad de la norma.

4. *El desarrollo interpretativo por la jurisdicción constitucional versus mutación constitucional: Böckenförde*

Más recientemente, Böckenförde ha insistido en 1993 en las consecuencias del surgimiento de la jurisdicción constitucional sobre el concepto de la mutación constitucional. La inexistencia de una jurisdicción constitucional priva a los ordenamientos de «validez jurídico-positiva garantizada» al no ser posible «una interpretación auténtica de la Constitución jurídica, pues ésta sólo puede darse a través de decisiones que tengan fuerza jurídica». En esa situación (la existente cuando se elaboró la teoría clásica de la mutación en el Derecho Público alemán) la mutación constitucional «sólo puede tener una función de mera constatación» de la “fuerza determinante” que ha alcanzado un cambio constitucional en una confrontación meramente política al faltar la garantía jurídica del contenido normativo de la Constitución (41)».

Por el contrario, cuando un ordenamiento dispone de jurisdicción constitucional, la mutación constitucional se convierte en un «concepto dogmático» y se plantea la cuestión de su admisibilidad y sus consecuencias jurídicas:

«Se ve, pues, inmerso en el campo de fuerzas de la interpretación constitucional y la reforma formal de la Constitución. La cuestión dogmática que se plantea aquí en el fondo es la de en qué medida, en un ordenamiento jurídico constitucional que prevé y regula expresamente un procedimiento determinado para la reforma (del contenido) de la Constitución, es posible admitir un cambio

(40) STERN (1987): 290. Las citas literales siguientes en 303 y 339 respectivamente.

(41) BÖCKENFÖRDE (2000): 183.

de contenido al margen de este procedimiento sin que la Constitución pierda con ello su pretensión de validez normativa y su vigencia positiva (42).»

Trata así Böckenförde de delimitar un «concepto dogmático-constitucional» de la mutación constitucional para diferenciarlo de otros fenómenos, formulándolo en términos de «modificación del contenido de normas constitucionales sin que se produzca una reforma del texto constitucional (en el procedimiento prescrito para ello)», equiparándola así a la reforma tácita de la Constitución. En esa delimitación dogmática del concepto, va a esforzarse en diferenciar la mutación constitucional del «desarrollo jurídico del Derecho Constitucional» a través (preferentemente) de la interpretación del Tribunal Constitucional. Afirma, en este sentido, que ese desarrollo jurídico busca completar y perfeccionar el Derecho interpretándolo y aplicándolo y no modificar la Constitución de tal manera que aunque en cierta medida pueda provocar cambios constitucionales los mismos estarán limitados o restringidos por la vinculación de la interpretación aplicativa al «sistema constitucional» o decisiones fundamentales de la Constitución en su conjunto. Esta vinculación a un contenido normativo previamente «dado» en la Constitución y no «meramente propuesto» permite mantener a su juicio la diferenciación entre interpretación y mutación constitucional pese a que en ocasiones la indeterminación de las normas constitucionales implique que «la interpretación se ve llevada a su límite (43)».

La diferenciación entre interpretación y mutación constitucional es, no obstante, tan sutil que plantea dificultades para deslindarlas operativamente. Asumiendo los planteamientos de Müller y Hesse sobre la interconexión entre «ámbito normativo» y «programa normativo», señala que habrá interpretación constitucional y no mutación cuando el programa normativo —que identifica con «el texto constitucional»— «no se transforme, sino que meramente se descubra su contenido dado y fijado, utilizando para ello los medios auxiliares reconocidos de la interpretación (44)». De esta forma, las transformaciones del ámbito normativo modificarán «el efecto ordenador de la norma» sin modificar su contenido (esto es, sin producir una mutación constitucional) cuando sean «el resultado de una interpretación ajustada a la norma, no de que se la ponga en cuestión. No modifican el texto de la norma, sino que se mantiene en el marco fijado por él (45)».

(42) BÖCKENFÖRDE (2000): 184-185.

(43) BÖCKENFÖRDE (2000): 193. Las citas anteriores en 184, 182-183 y 190-191 respectivamente.

(44) BÖCKENFÖRDE (2000): 194-195.

(45) BÖCKENFÖRDE (2000): 195.

Rechaza, pues, Böckenförde que la interpretación constitucional pueda abrir la puerta a la mutación constitucional como de hecho entiende que sucede cuando la actividad interpretativa relativiza el texto de las prescripciones constitucionales para justificarse en el «criterio-función de dotar de sentido a la Constitución como un sistema de integración (46)» según la propuesta de Smend continuada por Hsü y Häberle (47) que supone, en esencia, atribuir a la interpretación la función de reformar la Constitución y, en la práctica, transformar la competencia interpretativa suprema del Tribunal Constitucional en competencia para modificar la Constitución alterando la estructura constitucional de la articulación de poderes. Denuncia así el riesgo de una interpretación basada en el principio funcional de la integración:

«el cambio constitucional a través de la interpretación será el camino indicado si la reforma formal de la Constitución no contribuye a la integración sino que se opone a ella. Pero entonces el Derecho Constitucional [...] se transforma en un proceso político que se mueve por sí mismo. Queda a disposición del intérprete y en sus manos. ¿Es esto lo correcto?».

La pregunta con la que Böckenförde cierra su reflexión pone de manifiesto la que resulta ser su contribución más significativa a la teoría de la mutación constitucional. Si desde Hsü los autores han tratado de señalar los límites determinantes de que una mutación constitucional sea o no constitucionalmente admisible (presuponiendo, por tanto, la existencia de mutaciones constitucionales legítimas), Böckenförde rompe con esta orientación al plantear la cuestión, no ya de los límites, sino de la admisibilidad de la mutación constitucional en sí misma considerada, en lo que, a su juicio, radica el «auténtico problema» dogmático: «el de la admisión, y no sólo el de la mera limitación, de la modificación del contenido de las normas constitucionales sin que se reforme formalmente la Constitución» (48).

(46) BÖCKENFÖRDE (2000): 195. Las citas posteriores en 193, 194 y 196.

(47) Para BÖCKENFÖRDE (2000: 196), HÄBERLE defiende una cierta identidad entre la interpretación constitucional y la acción constituyente entendida de modo pluralista, remitiéndose a HÄBERLE, P. (1978): *Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung*, ZSR NF 97.

(48) BÖCKENFÖRDE (2000): 193.

III. ALGUNAS TESIS SOBRE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

1. *Dos tipos de mutaciones*

Cualquiera que sea el concepto de mutación constitucional que se acoja, supone siempre un cambio de sentido o de significado del texto constitucional que permanece inalterado. Siendo esto así, toda mutación constitucional implica necesariamente una operación hermenéutica que transmuta el contenido semántico de la norma constitucional escrita. Lo que puede variar es el operador que lleva a cabo esa nueva interpretación que sustituye a la hasta entonces vigente, pero en todo caso en cualquier mutación subyace un cambio interpretativo.

Kelsen lo vio claro en 1925 cuando habló del «cambio de Constitución» consistente en que el manejo de las normas constitucionales va variando paulatina e insensiblemente» a través de dos vías:

«ya atribuyendo a las palabras invariables del texto constitucional un sentido que no es el primitivo, ya formándose una práctica constitucional en contradicción notoria con el texto y con todo sentido posible de la Constitución (49)».

Hay, pues, dos alternativas para la mutación constitucional: el cambio de sentido del texto o la confrontación directa con el mismo. En este segundo caso la mutación constitucional no se instrumenta a través de interpretación alguna por cuanto no son las significaciones de las palabras sino los crudos hechos los que despliegan su virtualidad transformadora, de tal forma que cabe discutir si de lo que se está hablando, más que de una mutación constitucional, es de un acto revolucionario de desafío, de una vulneración abierta de la norma constitucional que quedaría extramuros de la mutación; así, Hsü consideró la revolución como «caso límite de la mutación constitucional (50)», pero lo determinante no son los medios por los que se verifica la imposición de la realidad sobre la norma, que pueden ser perfectamente pacíficos, sino la contradicción desnuda que ni siquiera busca cubrirse con el manto de las antiguas palabras del texto. Admitió, sin embargo, Jellinek este tipo de mutaciones constitucionales en las que se manifiesta el hecho consumado, el *fait accompli*, como «fenómeno histórico con fuerza constituyente» que no tiene por qué limitarse a momentos extraordinarios de convulsión sino que también en la «vida normal» de los

(49) KELSEN (2002): 423-424.

(50) KELSEN (2002): 179-180.

Estados «esa *necessitas* puede surgir de manera sorprendente y transmutar la organización estatal contra la letra de la Constitución (51)».

Lo cierto es que, dejando momentáneamente a un lado la mutación por la vía de hecho de la «contradicción notoria», cualesquiera otras variantes de la mutación constitucional son reconducibles a la interpretación (52).

2. La validación jurisdiccional de las mutaciones

Situada, pues, la mutación en las coordenadas de la interpretación constitucional, se plantea inmediatamente la cuestión de la aceptación o validación de la «propuesta» interpretativa, implícita o explícita, potencialmente generadora de una mutación. Ya Jellinek puso de manifiesto la necesaria aceptación de la mutación para que sea tal cuando señaló que no hay duda de que una práctica «incompatible con el texto y la intención de la Constitución» ha dado lugar a una «mutación irreductible de la Constitución» cuando «a nadie se le antoja inconstitucional: incluso quienes comprueban la contraposición del hecho y del Derecho no sacan de ello consecuencia alguna respecto a la práctica (53)». Por su parte, Hsü se sorprendía de que ningún jurista norteamericano se hubiese nunca planteado «si las mutaciones (*transformations*) que han ocurrido allá mediante la interpretación son conforme a Derecho o no (54)» lo que, sin duda, evidencia el carácter pacíficamente consentido del cambio interpretativo.

Pues bien, dicha función de «validación» de las mutaciones constitucionales no puede corresponder sino a la jurisdicción constitucional. La teoría clásica de la mutación constitucional lo apuntaba ya pero lo circunscribía a los Estados Unidos y constataba la impotencia de los Estados en los que no existía control de la constitucionalidad de las leyes para frenar las mutaciones constitucionales derivadas de las interpretaciones del legislador (55); así, señalaba Hsü que «puede la legislación ordinaria transformar un precepto constitucional cuando una ley vigente contradice la Constitución y al faltar instancias especiales para examinar su constitucionalidad puede quedar indemne (56)».

(51) JELLINEK (1991): 29.

(52) CALZADA CONDE (1988): 1109.

(53) JELLINEK (1991): 31; aunque está refiriéndose a las mutaciones por vía fáctica, con mayor razón ello es aplicable a las mutaciones operadas mediante la interpretación.

(54) HSÜ (1998): 101.

(55) JELLINEK (1991): 16, 20 y 22-27.

(56) HSÜ (1998): 41 y 165-166. Señala a este respecto BÖCKENFÖRDE que se suele pasar por alto que las consideraciones de HSÜ (y su maestro SMEND) sobre el cambio constitucional «se

Por su parte, Loewenstein destacó que las mutaciones que citaba como ejemplo fueron aprobadas por el Consejo de Estado francés o por los tribunales de la Alemania de Weimar, sin perjuicio de que el propio control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos tuviera origen, a su vez, en una mutación constitucional consentida e indiscutida (57).

No parece necesario extenderse en la naturaleza de los Tribunales Constitucionales como instancia última de sanción o verificación de las interpretaciones constitucionales determinantes de las mutaciones, dada la eficacia vinculante de su interpretación [Hesse (58)], su poder decisor sobre el Derecho Constitucional [Stern (59)] y la «interpretación auténtica» contenida en sus decisiones [Böckenförde (60)]. Este rol queda además reforzado por la amplitud y extensión, directa o indirecta, de su jurisdicción a la que pocas controversias escapan, incluido el Derecho Constitucional consuetudinario respecto del que señala Stern que requiere su confirmación por el Tribunal Constitucional (61). Como ha señalado Calzada Conde,

«salvo en aquellos supuestos en que por falta de legitimación no llegue al Tribunal Constitucional un caso [...], una ley o un uso o una práctica pueden ser el origen de una mutación pero quien decidirá si ésta se ha realizado o no será el Tribunal, aunque no lo haga directamente (62)».

3. *Mutación consensual y «Constitución viviente»*

Como se ha dicho, una mutación constitucional requiere necesariamente de la aceptación del cambio interpretativo propuesto como plenamente constitucional. En los casos polémicos el juicio definitivo sobre la legitimidad constitucional de la mutación corresponderá a la jurisdicción constitucional. Pero cabe también la posibilidad de que el consenso social, político e institucional en torno a la nueva interpretación del texto constitucional haga innecesaria la intervención del juez constitucional cuando su actuación tenga carácter rogado y a instancia de parte. Puede hablarse en este caso de una «validación» político-

refieren a un ordenamiento constitucional en el que no se ha instituido ni desarrollado una jurisdicción constitucional» (2000): 184.

(57) LOEWENSTEIN (1965): 167-170.

(58) HESSE (1983): 36.

(59) STERN (1987): 289.

(60) BÖCKENFÖRDE (2000): 183.

(61) STERN (1987): 263-265.

(62) CALZADA CONDE (1988): 1109.

social, en todo caso extrajurisdiccional, de la mutación fundada en el acuerdo generalizado, prácticamente unánime, de los actores político-institucionales. En este sentido Häberle ha hablado de la «fuerza normativa de la opinión pública (63)» como una de las formas que pueden adoptar los procedimientos informales de modificación constitucional que se integrarían, junto con las reformas formales, en el concepto más amplio de «desarrollo constitucional».

La legitimación consensual de esta mutación remite a la idea de una «Constitución viviente» que debe ser interpretada en función de la voluntad, valores, creencias, intereses e intenciones del constituyente actual en detrimento de lo plasmado en la Constitución formal elaborada por el constituyente histórico (64). Pero en las complejas y heterogéneas sociedades contemporáneas resulta difícil imaginar un grado de consenso tan extendido que evite que una interpretación *mutativa* de la Constitución sea cuestionada ante las instancias jurisdiccionales, con lo cual, incluso en los casos de muy elevada aceptación de la nueva interpretación, el protagonismo de la jurisdicción constitucional vuelve a emerger ante la invocación de su inconstitucionalidad por las minorías disidentes. Serán, pues, los órganos jurisdiccionales que tengan encomendada la interpretación última y suprema de la Constitución los que deberán resolver las controversias asumiendo un papel activo de redefinición, especificación y concreción de unas valoraciones sociales mayoritarias, las más de las veces difusas e imprecisas, «resolviendo incluso contra el texto literal de la Constitución o contra la voluntad del constituyente histórico autor de la norma en juego (65)».

Ackerman se ha referido recientemente a la cuestión señalando que la Constitución viviente norteamericana está organizada sobre la base de un «canon operativo» en el que, además del canon oficial (el texto escrito de 1787 y las enmiendas formales) se integran los «super precedentes judiciales» (con mayor peso y centralidad que el canon oficial) y las «leyes estandarte»:

«son las revoluciones judiciales, no las enmiendas formales, las que sirven como una de las grandes vías establecidas para los cambios fundamentales por la Constitución vigente. [...] Una segunda gran vía es la promulgación de leyes estandarte que expresan los principios básicos del nuevo régimen (66)».

(63) HÄBERLE (2000): 17, remitiéndose a su trabajo de 1975 sobre la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales del que se ha manejado la versión española publicada en 2008. Sobre el concepto de «desarrollo constitucional», HÄBERLE (2000): 15-27.

(64) SAGÜÉS (2005a): 1020-1021.

(65) SAGÜÉS (2005a): 1029.

(66) ACKERMAN (2011): 20. Sobre el canon constitucional norteamericano, 31-39.

La transformación de la Constitución mediante la incorporación de «leyes estandarte» y de «super precedentes judiciales» es la consecuencia de un proceso sostenido de ejercicio de la soberanía popular en el que el Tribunal Supremo ratifica un cambio constitucional determinado por el resultado de un proceso electoral revelador de un «inequívoco mandato del pueblo» sobre una cuestión central de relevancia constitucional que ha sido debatida con la suficiente intensidad y conciencia para movilizar a los ciudadanos. La Constitución sería una «conversación continua» entre generaciones en el curso de la cual un determinado movimiento, mediante la movilización popular y el triunfo electoral, puede ganarse el derecho y la autoridad para, en nombre del pueblo norteamericano, exigir a los tribunales la actualización del legado constitucional (67).

Estos planteamientos de Ackerman son continuación de su visión dualista de la Constitución norteamericana en la que coexisten las decisiones gubernamentales vinculadas a la gestión cotidiana (*normal lawmaking*) con las decisiones del soberano (*We, the People*) que tienen lugar mucho menos frecuentemente y bajo unas circunstancias constitucionales especiales (68) en momentos de *constitutional politics*, de intensa movilización para modificar la Constitución (*higher lawmaking*) con la consecuencia de una victoria electoral ante la que el Tribunal Supremo debe plegarse admitiendo la constitucionalidad de las propuestas legislativas impulsoras del cambio en el nivel constitucional, rectificando sus previos pronunciamientos de inconstitucionalidad. Se trata, afirma, de «situar al pueblo, no al Tribunal, en el centro del desarrollo constitucional (69)».

En definitiva, para estas posiciones, la función del intérprete jurisdiccional es reconocer la legitimidad constitucional de aquellas interpretaciones que cuentan con suficiente respaldo social para reputarse manifestación de una voluntad mayoritaria de cambio constitucional al margen del procedimiento formal de reforma, atribuyéndose en el caso de Ackerman un carácter plebiscitario a los triunfos en procesos electorales en los que el debate se ha centrado en las propuestas de modificación constitucional. La «validación» jurisdiccional de la mutación es, pues, secundaria limitándose los jueces a la «ratificación (70)» de la voluntad mayoritaria de reforma constitucional informal. El juicio del Tribunal no sería propiamente un pronunciamiento técnico sobre la constitucionalidad de la interpretación *mutativa* sino una valoración acerca de si las condicio-

(67) ACKERMAN (2011): 61, 64, 104-114.

(68) ACKERMAN (2011): 6-7.

(69) ACKERMAN (2011): 104-105. En el mismo sentido, ACKERMAN (1984): 1049-1050.

(70) ACKERMAN (2011): 47 y 68-76.

nes en las que se ha expresado la mayoría social permiten reconocer eficacia jurídica a la mutación. Es, pues, esa mayoría social el intérprete supremo de la Constitución y los jueces constitucionales no son sino su medio de expresión, sin perjuicio de garantizar el proceso deliberativo.

4. *Tribunal Constitucional y poder constituyente*

Este rol validador o ratificador de las mutaciones constitucionales que desempeña la jurisdicción constitucional lleva directamente a la problemática de la posición del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución y la verdadera naturaleza de su función en relación con la clásica distinción entre poder constituyente y poderes constituidos: ¿en qué medida el juez constitucional se equipara al poder constituyente (aunque sea en su dimensión de constituyente-constituido) cuando puede cerrar el paso o, por el contrario, dar carta de naturaleza a cambios constitucionales por vía hermenéutica?

Entre la doctrina española es muy conocida la fórmula acuñada por García de Enterría en virtud de la cual, después de calificar al Tribunal Constitucional como «la verdadera “corporeización” [de la Constitución], tanto para su garantía y protección como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo», señaló que

«es, en este sentido, un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su condición estricta de poderes constituidos (71)».

Pero, pese a la rotundidad de esta afirmación, el mismo autor considera que el Tribunal Constitucional no participa de la «nota de la soberanía» por cuanto no puede impedir la revisión constitucional (correspondiéndole justamente garantizar que la misma discurra por los cauces constitucionales) y, por otra parte, está sometido al poder constituyente que, en cuanto titular de la «competencia de las competencias», puede alterar sus competencias, suprimirlas o activar el poder de revisión para modificar el texto que haya dado lugar a una interpretación inaceptable por parte del juez constitucional (72).

La coherencia interna de esta argumentación es, sin embargo, discutible. Resulta difícil concebir un Tribunal que encarne corporalmente la Constitu-

(71) GARCÍA DE ENTERRÍA (1981): 198.

(72) GARCÍA DE ENTERRÍA (1981): 195-201.

ción y actúe como comisionado del constituyente y que, al mismo tiempo, sea un órgano «estrictamente sometido» a un poder, el constituyente, que sólo se manifiesta de forma discontinua y en circunstancias extraordinarias y cuando es al propio comisionado al que corresponde interpretar con carácter vinculante los términos del mandato recibido sin estar sujeto a instancia revisora alguna durante los períodos de normalidad constitucional. El propio García de Enterría admite que la inacción correctiva del poder constituyente ante una interpretación jurisdiccional que desbordase su función estrictamente aplicativa de la Constitución equivaldría a un «asentimiento tácito» del constituyente a una jurisprudencia constitucional determinante de «cambios sobre el sentido propio del texto constitucional», sustituyéndose así el mecanismo de revisión o enmienda constitucional por una difusa aquiescencia popular legitimadora de la interpretación verificada por la justicia constitucional (73).

De esta manera la activación del poder de revisión constitucional por el poder constituyente se configura como un límite a la potestad interpretativa del Tribunal Constitucional en la medida que supone una «reserva última de la entrada en juego del constituyente como corrector o rectificador de los criterios del Tribunal (74)». Pero para salvar la coherencia de su posición, García de Enterría justifica los casos en los que el Tribunal se extralimita en su función interpretativa sin que el constituyente reaccione reformando el texto constitucional, acudiendo a la idea de una *living Constitution* permanentemente reinterpretada por una jurisprudencia constitucional sensible y receptiva a las necesidades y valores de cada generación. La «aceptación final» y el «consenso último» del constituyente en torno a la nueva interpretación jurisprudencial legitiman el activismo creativo de un Tribunal Constitucional que define, remitiéndose a Tocqueville, como «un poder de opinión» que funda su legitimidad última en su capacidad para percibir la voluntad común y su habilidad para expresarla generando consenso (75).

Esta idea del Tribunal Constitucional como comisionado del poder constituyente cuyas interpretaciones son legitimadas tácitamente por el constituyente cuando no recurre a la reforma constitucional para desactivarlas (76), recobró actualidad cuando en la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Ca-

(73) GARCÍA DE ENTERRÍA (1981): 202-204.

(74) GARCÍA DE ENTERRÍA (1981): 202.

(75) GARCÍA DE ENTERRÍA (1981): 202-205.

(76) En este sentido, las conocidas dificultades para la reforma constitucional en nuestro país han permitido afirmar a CRUZ VILLALÓN que «la Constitución inmutada ha situado al Tribunal Constitucional en una posición innecesariamente fuerte [...] al no ser en caso alguno la reforma de la Constitución una alternativa práctica a la declaración de inconstitucionalidad [...]» (2001): 7, y

taluña el Alto Tribunal se definió a sí mismo, ya no como delegado o mandatario del constituyente, sino como único intérprete auténtico e indiscutible de la Constitución que hace las veces de «poder constituyente prorrogado o sobrevenido (77)».

En este contexto, Ferreres Comella ha señalado recientemente que, junto a una reforma constitucional superadora de la interpretación jurisprudencial, la segunda alternativa para someter al juez constitucional a control democrático es la denominada «respuesta legislativa» entendiendo por tal la aprobación de leyes que contengan «invitaciones» al Tribunal a revisar su doctrina en la medida que, de no modificarse la misma, serían inconstitucionales. Afirma en este sentido que el Tribunal debe mostrarse «especialmente abierto al diálogo con el legislador ordinario» lo que implica reconsiderar explícitamente los argumentos y contra-argumentos que le llevaron a establecer su doctrina renunciando a la simple remisión a su jurisprudencia. A su juicio, en la sentencia sobre el Estatuto, el Tribunal ha incurrido en un «exceso de automatismo» invocando su anterior doctrina y ha cometido un notorio «exceso retórico» al autocalificarse como intérprete indiscutible y auténtico (78) y como constituyente prorrogado o sobrevenido, olvidando su condición de poder constituido y borrando la distinción entre la función constituyente y la interpretación suprema que le corresponde (79).

ello, a juicio de GARCÍA ROCA, puede llevar a «confundir las diferencias entre sentencia constitucional y reforma constitucional» (2011): 115.

(77) En el Fundamento Jurídico 57 afirma el Tribunal que

«en su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica —e indiscutible— de las categorías y principios constitucionales. Ninguna norma infraconstitucional, justamente por serlo, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional. Ese cometido es privativo del Tribunal Constitucional».

Sin embargo, ya con anterioridad el propio Tribunal se había situado en el mismo plano funcional que el poder constituyente con el que afirmó compartir la tarea de interpretación de la Constitución; en sus propias palabras,

«el legislador ordinario [...] al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en el mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos. [...] El legislador se coloca indebidamente en el lugar que corresponde al poder constituyente y al Tribunal Constitucional» (STC 76/1983, FFJJ 4 y 7).

(78) En contra, para MEDINA GUERRERO, en la medida que el Tribunal Constitucional tiene la «última palabra» sobre la interpretación de la Constitución (salvo que excepcionalmente el asunto no le haya llegado por razones procesales), «el Tribunal Constitucional monopoliza la última interpretación vinculante, esto es, la interpretación auténtica de la Constitución» (2001): 79.

(79) FERRERES COMELLA (2011): 20-27.

También en un trabajo reciente García Roca ha sistematizado los límites implícitos en la categorización del Tribunal Constitucional como «intérprete supremo» de la Constitución. Aunque reconoce que su función es «definir las normas constitucionales» y en esa tarea puede llegar a construir normas constitucionales por conexión de las disposiciones escritas con otras de distinto rango mediante la interpretación constitucional, afirma que «el Tribunal Constitucional no es el señor de la Constitución» por ser éste el dominio del poder constituyente originario o derivado y señala las diferencias entre ambos destacando el carácter de poder constituido del juez constitucional que viene limitado en su actuación por la propia Constitución a la que está vinculado como parámetro de enjuiciamiento que predetermina sus decisiones (80). Así, afirma que

«no puede el Tribunal decidir en lugar del poder constituyente, sustituyéndolo, ni menos aún en su contra, modificando aquellas opciones constitucionales que parezcan técnicamente incorrectas o no idóneas, ni siquiera debería, por deferencia, ocupar sus silencios en aquellos espacios constitucionales vacíos, pero claramente propios del poder de reformar una Constitución, porque, al actuar de ese modo, dejaría de ser un tribunal (81)».

Admite, no obstante, la virtualidad transformadora de la Constitución que tiene la interpretación constitucional como alternativa a la reforma pero subraya los límites de la exégesis jurisdiccional de la Constitución: la inexistencia de un control material de la constitucionalidad de la reforma, la posibilidad de que la Constitución o la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional puedan derogar sus competencias o abrogar de su doctrina jurisprudencial y la inexistencia de delegación o prórroga expresa alguna a favor del Tribunal para reformar la Constitución (82). Teorizar más allá acerca de los límites de la interpretación jurisdiccional de la Constitución resulta problemático por cuanto aunque puede constatarse la existencia cierta de limitaciones, ninguna de ellas resulta especialmente intensa. En particular, considera que el generalizado recurso al *self-restraint* no es sino «un testimonio de la pobreza del sistema (83)» y entiende que el límite más importante en la práctica viene dado por la excelencia jurídica de los magistrados, su experiencia y conocimiento y su capacidad para

(80) GARCÍA ROCA (2011): 102-106.

(81) GARCÍA ROCA (2011): 106-107.

(82) GARCÍA ROCA (2011): 107.

(83) GARCÍA ROCA (2011): 112-115. Con anterioridad RUBIO LLORENTE había expresado la misma idea (1993): 612.

resolver controversias mediante la discusión constante de principios, interpretaciones y ponderaciones.

Por su parte, Sagüés ha advertido de la presencia de un límite «cultural» inhibitor de posibles interpretaciones de los jueces constitucionales que desvirtúen o perviertan el texto constitucional: su formación en un ambiente universitario y forense respetuoso con la Constitución en el que los actos de corrupción de la misma pueden ser castigados con sanciones sociales y morales más efectivas que las jurídicas (84).

La crítica por la opinión pública y los medios de comunicación a las transgresiones del sentido de la Constitución llevadas a cabo por los Tribunales Constitucionales se apuntan también por este autor como un posible «antídoto» metajurídico (85). Pero es específicamente a la crítica doctrinal a los pronunciamientos jurisprudenciales a la que se atribuye una función de contrapeso de un eventual ímpetu creativo del supremo intérprete de la Constitución. «La tarea de la ciencia es analizarla y contrastarla (86)», dice Stern refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. «Diálogo permanente entre el Tribunal y la doctrina jurídica (87)», «enfrentamiento crítico (88)» o «rendición de cuentas (89)» de la jurisprudencia constitucional, son términos expresivos utilizados por los autores para referirse a una discusión jurídica entre juez constitucional y doctrina que, aunque desigual, debe ser considerada entre los frenos que amortiguan el protagonismo jurisdiccional en el cambio constitucional por la vía interpretativa.

5. *Interpretación constitucional versus mutaciones constitucionales per se ilegítimas*

Desde Hesse, los límites de las mutaciones constitucionales han ocupado el lugar central en el tratamiento dogmático de esta categoría. En la doctrina española, De Vega ha tratado explícitamente la problemática de la mutación constitucional en relación con la reforma constitucional y el poder constituyente con un enfoque que le otorga un espacio intermedio entre la reforma y el fal-

(84) SAGÜÉS (1996): s.p.

(85) SAGÜÉS (1996): s.p.

(86) STERN (1987): 290.

(87) GARCÍA DE ENTERRÍA (1981): 237-238.

(88) RUBIO LLORENTE (1993): 613.

(89) STERN (1987): 290, remitiéndose a MÜLLER.

seamiento de la Constitución. Así, entiende que la mutación constitucional es tolerable hasta el límite de la contradicción abierta con la Constitución:

«La mutación constitucional existe y se tolera por el sistema en la medida que el conflicto entre realidad y normatividad es latente [...]. Mientras la tensión [...] no se presenta en términos de conflicto e incompatibilidad manifiesta, las mutaciones constitucionales pueden coexistir con el principio de supremacía constitucional (90).»

Cuando la tensión desemboca en conflicto abierto, la mutación se convierte en inadmisibles y se plantea una situación límite en la que el dilema es reformar o falsear la Constitución (91). Desde el momento en que el nuevo significado de la Constitución ya no sea simplemente la consecuencia de un cambio en el «ámbito normativo» sino que ponga en cuestión el «programa normativo» —De Vega asume las concepciones de Müller y Hesse sobre la estructura de la norma—, lo que se plantea ya no es una mutación sino un triunfo de lo fáctico sobre lo normativo y la pérdida de fuerza normativa de la Constitución (92). Así como la reforma que da lugar a un régimen político y un ordenamiento constitucional diferente es un «fraude constitucional», la mutación constitucional que no puede ser asimilada y justificada dentro del concepto de «realidad constitucional» supone en realidad un «falseamiento de la Constitución» al otorgarse a sus normas una interpretación y un sentido distintos a los que realmente tienen (93). En definitiva, para esta posición las mutaciones constitucionales por vía interpretativa serían admisibles hasta el límite del falseamiento del contenido de las normas mientras que en ningún caso serían explicables ni justificables aquellas que supongan el enfrentamiento directo de las prácticas políticas con la normatividad constitucional (94).

Las tesis de De Vega son plenamente representativas de la orientación mayoritaria con la que se aborda la mutación constitucional que podría sintetizarse como sigue. La mutación constitucional se contrapone a la reforma en cuanto supone una modificación del significado de las normas constitucionales al margen de los cauces formales establecidos. Pero hay mutaciones constitucionales

(90) VEGA GARCÍA (1985): 210 y 215.

(91) VEGA GARCÍA (1985): 93.

(92) VEGA GARCÍA (1985): 208-215.

(93) VEGA GARCÍA (1985): 291. Remite sin mayor concreción a la doctrina francesa sobre el falseamiento de la Constitución. En este sentido, HAURIOU define los falseamientos de la Constitución como los cambios irregulares de la misma que sólo crean estados de hecho y no de Derecho por lo que es lícito volver a las prescripciones originales de la Constitución (2003): 365-366.

(94) VEGA GARCÍA (1985): 183-184.

admisibles e inadmisibles. Las mutaciones constitucionales legítimas que no atentan contra la supremacía constitucional son aquellas que operan dentro de los límites constitucionales que, en términos generales, se identifican con el texto de la norma (el «programa normativo» de Müller y Hesse). Si la mutación constitucional sobrepasa ese límite se convierte en constitucionalmente inadmisibles (95). Dado que el respeto al texto es el canon o parámetro determinante de la legitimidad de la mutación, la interpretación constitucional adquiere una relevancia crucial en el enjuiciamiento de las mutaciones hasta el punto de que algunos autores vienen a identificar las mutaciones constitucionales con las «interpretaciones adaptativas o evolutivas» de las normas constitucionales en función de la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas» [art. 3.1 del Código Civil (96)].

Sin embargo, esta visión de la problemática de la mutación constitucional responde a un intento de cohonestar en el seno de una misma Teoría de la Constitución principios como la supremacía normativa de la Constitución, su rigidez y la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos con un fenómeno antitético como es el reconocimiento de la realidad de los cambios constitucionales operados al margen del procedimiento formal de revisión constitucional. Y esta pretendida compatibilidad se instrumenta a través de la distinción entre mutaciones constitucionales lícitas y admisibles (las que no se contraponen al texto escrito de la Constitución) y las que, por no tener cabida en la letra de la norma, son equiparadas a la pura y simple inconstitucionalidad. Lo que ello implica es que esta admisión de ciertas mutaciones constitucionales se produce al precio de privarlas de su rasgo definitorio —su virtualidad transformadora de la Constitución— y ello por cuanto si una mutación tiene encaje dentro de la literalidad de la norma constitucional no es en realidad tal mutación.

¿Puede decirse que se produce una modificación de la Constitución cuando por vía interpretativa se da a una o varias de sus normas un sentido distinto al que hasta entonces tenían pero esta nueva variable significativa no puede considerarse situada *extra muros* de los posibles desarrollos interpretativos del texto? Evidentemente no.

Así pues, la verdadera contraposición no es entre el binomio integrado por reformas formales y mutaciones constitucionales respetuosas con el texto como vías (ambas legítimas) de modificación de la Constitución y, por otra parte,

(95) LÓPEZ CADENA critica la idea de mutaciones constitucionales inadmisibles en la formulación dada por STERN; entiende que las mutaciones sólo operan dentro de los límites permitidos por las normas y lo que va más allá no es sino quebrantamiento o ruptura de la Constitución (2007): 110-111.

(96) MAGIDE HERRERO (2000): 143-154.

las mutaciones constitucionales ilegítimas sino entre la interpretación constitucional (que no se contrapone a la reforma por cuanto no altera el texto) y las mutaciones constitucionales que, por naturaleza, son siempre ilegítimas (97) en un ordenamiento asentado sobre los principios de supremacía y rigidez constitucionales.

En otras palabras, cuando el nuevo sentido de la norma constitucional no es incompatible con su literalidad (ni con el sentido general de todo el conjunto normativo) no se produce una mutación constitucional por cuanto la Constitución no ha cambiado su ser ni su naturaleza, siendo ésta la esencia del concepto de mutación (98). Lo que habrá, en este caso, es interpretación de la Constitución, que en atención a su alcance podrá calificarse fundamentalmente como transformadora, adaptativa o evolutiva (99) pero que seguirá siendo interpretación y no mutación (100) en la medida que no desborde los límites de la actividad interpretativa (101).

Desde esta perspectiva, lo que importa no son, pues, los límites de la mutación constitucional, sino los límites de la interpretación constitucional. No se trata de que dichos límites sean los mismos (102), sino de que son dichos límites los que demarcan la frontera entre interpretación constitucional y mutación. Las dificultades para trazar esos límites no obstan para reconocer que, más allá de los mismos, el intérprete entra en el terreno prohibido del poder

(97) SOLOZÁBAL (2008): 316-317.

(98) A este respecto, CRUZ VILLALÓN en el estudio introductorio a la obra de HESSE (1983: XXVI) ha manifestado su personal preferencia por el término «mudanza constitucional» aunque en su traducción utiliza el término «mutación constitucional» propuesto por GARCÍA PELAYO.

(99) PÉREZ LUÑO (1984): 118-121, y CANOSA USERA (1988): 106 a114.

(100) Por el contrario, SAGÜES habla de «interpretación constitucional mutativa» para referirse a aquella que de algún modo cambia la Constitución y que será, según los casos, legítima o ilegítima, justificada o condenable en función de la justicia o injusticia de la cláusula constitucional a la que afecte (1996): s.p.

(101) ARAGÓN REYES ha señalado los límites de la «interpretación evolutiva» a la que ha recurrido el Tribunal Constitucional en el FJ 9 de la STC 198/2012 para avalar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Así, en el ap. 2 de su voto particular afirma que

«la llamada interpretación evolutiva [...] consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan [...] con un límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma [...], de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacerse decir a la norma lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello».

Sobre la interpretación evolutiva llevada a cabo por el Tribunal Constitucional en dicha sentencia, MATÍA PORTILLA (2013): 544-549.

(102) BALAGUER CALLEJÓN (1997): 34.

de revisión constitucional o, si el cambio afecta al núcleo duro de la Constitución, del poder constituyente. Y será a partir de aquí cuando entre en juego la mutación constitucional que podrá actuar bajo la apariencia de un desarrollo interpretativo (103) o bien mediante una práctica directamente contrapuesta a los mandatos constitucionales.

Lo dicho no significa negar la existencia de las mutaciones constitucionales. Existen, pero todas ellas desafían las bases de la Teoría de la Constitución en cuanto niegan sus fundamentos más arraigados. Naturalmente, sus artífices no lo van a reconocer. Si la mutación constitucional es consecuencia de que el Tribunal Constitucional, mediante la creación jurisprudencial de normas subconstitucionales que equivalen a la Constitución misma (104), en su condición de intérprete supremo y auténtico valida una interpretación que en realidad reforma o transmuta la norma en otra diferente, serán sus críticos quienes le acusarán de operar una mutación constitucional usurpando las funciones del constituyente, pero no lo admitirá por cuanto supondría socavar la justificación de su existencia (105). Por el contrario, en los supuestos más escasos en los que

(103) Para BRYCE, la llamada «interpretación extensiva» no es sino un eufemismo que en realidad equivale a la «evasión» que se produce cuando el Ejecutivo o el Legislativo están violentando o desvirtuando la Constitución «atribuyéndole a sus términos una construcción forzada, afectando que obran legalmente de acuerdo con los términos de la Constitución, cosa que el verdadero sentido de éstos no justifica», sin perjuicio de que reconozca la necesidad de que una Constitución rígida presente un «respiradero para la expansión a la extensión» correspondiendo a la «prudencia de los jueces» el proporcionarle flexibilidad (1988): 102, 103, 105 y 106.

(104) ALONSO GARCÍA (1984): 2 y 11-15.

(105) Así, en la STC 198/2012 el Tribunal niega apodóticamente la mera posibilidad de una mutación constitucional por vía legislativa pero acoge la idea, tomada de la jurisprudencia canadiense, de que «la Constitución es un “árbol vivo” que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad», correspondiendo a los poderes públicos y, particularmente, al legislador, actualizar sus principios de tal forma que

«el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta» (FJ 9).

Por el contrario, los recurrentes afirmaban en la demanda la existencia de «una mutación en el orden constitucional» [antecedente 1, *d*] y tres de los votos particulares entienden que dicha «lectura evolutiva de la Constitución» supone una mutación constitucional [RODRÍGUEZ ARRIBAS, ap. 2; OLLERO TASSARA, ap. 1, y GONZÁLEZ RIVAS, ap. 6, *c*]. La crítica más dura proviene, sin embargo, del cuarto voto particular —este concordante— de ARAGÓN REYES:

«con esa, que llama la Sentencia “lectura evolutiva de la Constitución”, sobra la rigidez constitucional, sobra la garantía que, al servicio de la rigidez, significa el procedimiento de reforma e incluso sobra la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. El Tribunal Cons-

la mutación no pretende ser un desarrollo interpretativo *extra* o *praeter Constitutionem* sino que opera mediante actos materiales *contra Constitutionem*, se invocará el consenso social —dificilmente mensurable— y el concepto maleable de «Constitución viviente» para justificar la concurrencia de un momento constituyente en el que el soberano actúa sin que quepa oponerle las rigideces procedimentales de la reforma. En ambos casos, lo que habrá en realidad será una suplantación del genuino soberano —emparentada analógicamente con la categoría de Schmitt (106) de la destrucción de la Constitución— y, respectivamente, un falseamiento o una violación de la Constitución.

La mutación constitucional no tiene cabida en la Teoría de la Constitución como categoría alternativa a la reforma, aun con limitaciones, sino como mera descripción de un fenómeno siempre patológico (107) que se produce cuando la reformulación semántica de normas constitucionales desborda los criterios y cánones de la interpretación constitucional y, sin embargo, la jurisdicción constitucional permite su consolidación (108) actuando ella misma como poder constituyente o plegándose, por acción u omisión, ante dinámicas «constituyentes» que discurren al margen del procedimiento de reforma. En los dos casos, los conceptos claves de la Teoría de la Constitución chirrían pero no parece que exista alternativa a esa función constituyente o, cuanto menos, co-constituyente del Tribunal Constitucional y ello abre la perspectiva a considerar la conveniencia de revisar, con humildad, la operatividad actual de las construcciones dogmáticas que constituyen nuestra zona de confort.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B. A. (1984): «The Storrs Lectures: Discovering the Constitution», *Yale Law Journal*, núm. 93, págs. 1013-1640.
 — (2011): *La Constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons.
 AGUIAR DE LUQUE, L. (2001): «Costumbre constitucional», *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, t. I, ARAGÓN REYES, M. (coord.), Madrid, Civitas, págs. 43-45.

titucional, entonces, en lugar de ser, como es, un poder constituido, pasaría a ser [...] un poder constituyente permanente» (ap. 2).

(106) SCHMITT (1983): 115.

(107) En sentido contrario, valorando positivamente la mutación constitucional, CALZADA CONDE (1988): 1102 y 1103.

(108) SAGÜÉS se refiere a las «interpretaciones manipulativas» que por ser convalidadas por la justicia constitucional se superponen a la misma Constitución con status de Derecho consuetudinario constitucional o incluso de Derecho Constitucional formal (2005b): 305.

- ALONSO GARCÍA, E. (1984): *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (1997): *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos.
- BRYCE, J. B. (1988): *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- CALZADA CONDE, R. (1988): «Poder constituyente y mutación constitucional: especial referencia a la interpretación judicial», *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, págs. 1095-1111.
- CÁMARA VILLAR, G. (s. f.): «La costumbre constitucional y la mutación constitucional». Recuperado el 10.07.2013 de la base de datos *Base del Conocimiento Jurídico, Derecho Constitucional I*, www.iustel.com.
- CANOSA USERA, R. (1988): *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- CRUZ VILLALÓN, P. (2001): «Constitución y reforma», *Claves de Razón Práctica*, núm. 115, págs. 4-7.
- FERRERES COMELLA, V. (2011): «El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: Tres problemas», *Jurisdicción constitucional y democracia: Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 11-42.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas.
- GARCÍA ROCA, F. J. (2011): «El intérprete supremo de la Constitución abierta y la función bilateral de los Estatutos: O la insoportable levedad del poder de reforma constitucional», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 43, págs. 87-120.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J. (1989): *La costumbre en Derecho Constitucional*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados.
- HÄBERLE, P. (2000): «Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania», *Pensamiento Constitucional*, núm. 7, págs. 15-43. Recuperado el 08.08.2013 de <http://goo.gl/pKzRT7>.
- (2008): «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: Una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución», *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, núm. 6 (11), págs. 29-61.
- HAURIOU, M. (2003): *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Granada, Comares.
- HESSE, K. (1983): *Escritos de Derecho Constitucional: Selección*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- HSÜ, D. (1998): *Mutación de la Constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública.
- JELLINEK, G. (1991): *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- KELSEN, H., (2002): *Teoría General del Estado*, Granada, Comares.
- LOEWENSTEIN, K. (1965): *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.

- LÓPEZ CADENA, C. A. (2007): «Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana: Concepto, justificación y límites». (Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid). Recuperado el 10.07.2013 de <http://goo.gl/CTXH4>.
- LUCAS VERDÚ, P. (1984): *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos.
- MAGIDE HERRERO, M. (2000): *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas.
- MATIA PORTILLA, F. J. (2013): «Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, págs. 541-554.
- MEDINA GUERRRO, M. (2001): «Artículo 1», *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, REQUEJO PAGÉS, J. L. (coord.), Madrid, Tribunal Constitucional, págs. 74-81.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1984): «La interpretación de la Constitución», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, págs. 82-134.
- ROLLNERT LIERN, G. (2009): «Otras fuentes: la costumbre y los principios generales del derecho», *El Estado Constitucional: configuración histórica y jurídica. Organización funcional*, SÁNCHEZ FERRIZ, R., Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 339-349.
- SAGÜÉS, N. (1996): «La interpretación constitucional, instrumento y límite del juez constitucional», *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*, BERTOLINI, A., y FERNÁNDEZ, H. (eds.), San José, UNED. Recuperado el 24.07.2013 de <http://goo.gl/gWLiM4>.
- (2005a): «Interpretación constitucional y “Constitución viviente” (*living Constitution*)», *Interpretación constitucional*, FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.), México, Porrúa, págs. 1017-1032.
- (2005b): «Reflexiones sobre la manipulación constitucional», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 3, págs. 293-305.
- SÁNCHEZ URRUTIA, A. V. (2000): «Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: Una aproximación al origen del concepto», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20 (58), págs. 105-135.
- SCHMITT, C. (1983): *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (2008): «Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, págs. 315-335.
- VEGA GARCÍA, P. D. (1985): *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos.

RESUMEN

El trabajo defiende la centralidad de la interpretación jurisdiccional en la génesis de toda mutación constitucional y sobre esta base, aborda la conexión entre la mutación y la interpretación en la teoría de la mutación constitucional y se exponen algunas tesis sobre la naturaleza esencialmente hermenéutica de toda operación de modificación informal de la Constitución, el protagonismo absolutamente determinante que asume la jurisdic-

ción constitucional en la consolidación de eventuales mutaciones y, finalmente, acerca de la necesaria redefinición de la significación de esta categoría doctrinal en una Teoría de la Constitución que dé cuenta de las transformaciones producidas en el tratamiento dogmático del concepto.

PALABRAS CLAVE: mutación constitucional; interpretación constitucional; jurisdicción constitucional; teoría de la Constitución.

ABSTRACT

The paper defends the centrality of judicial interpretation in the genesis of all constitutional transformation and, on this basis, tackles the connection between transformation and interpretation in the theory of constitutional transformation and states some thesis about the essentially hermeneutic character of all operation of non-formal modification of the Constitution, the absolutely crucial role assumed by the constitutional court in the consolidation of possible transformations and, finally, about the necessary redefinition of the meaning of this category in a Theory of the Constitution that accounts for the changes prompted in the theoretical treatment of the concept.

KEY WORDS: constitutional transformation; constitutional interpretation; constitutional court; theory of the Constitution.