

EL IMPERIO DE LA LEY Y SUS ENEMIGOS

VÍCTOR FERRERES COMELLA

I. EL ESQUELETO DE LA TESIS.—II. LA DEFENSA DEL FORMALISMO.—III. LOS EXCESOS DEL CONSTITUCIONALISMO.

En su reciente libro, *El imperio de la ley. Una visión actual* (Editorial Trotta, 2007), Francisco Laporta, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nos ofrece una atractiva defensa del ideal del imperio de la ley. El lector puede extrañarse de que a estas alturas alguien se tome la molestia de escribir un libro en defensa de este ideal. Parece evidente que una sociedad debe someterse al imperio de la ley, y teniendo en cuenta que sobre los fundamentos de este principio se ha reflexionado mucho a lo largo de los siglos, ¿qué puede añadirse a lo ya dicho?

Lo novedoso del excelente libro de Laporta no es el concepto y fundamento que él propone acerca del imperio de la ley. Lo novedoso es el conjunto de consecuencias que extrae de este ideal. Más precisamente, lo que resulta provocador del libro es su reivindicación del formalismo jurídico (es decir, su defensa de las leyes como núcleo del ordenamiento jurídico, y del argumento literal como principal método de interpretación) y las reservas que muestra frente al excesivo protagonismo que han adquirido en los últimos tiempos las Constituciones, que pueden poner seriamente en entredicho los valores que subyacen al ideal del imperio de la ley.

El autor enseña sus cartas desde el primer momento, proclamándose abiertamente «legalista». «Cada día que abro el diario por la mañana», nos dice en la presentación del libro, «constato que aquellos países donde me gustaría vivir

y que viviesen mi familia y mis amigos son todos ellos sin excepción países en los que el sistema jurídico se sustenta básicamente en un cuerpo sólido y bien nutrido de leyes aplicadas con lealtad y eficacia por los tribunales». ¿Y las Constituciones? Según Laporta, las Constituciones son «adornos inútiles», si no existe un entramado de leyes que configuren el esqueleto del ordenamiento jurídico. Por ello, concluye, «es hora ya de que abandonemos la explicable obsesión por la Constitución que nos ha presidido durante estos años y pasemos a ocuparnos de las leyes» (pág. 14).

Con un arranque así, está claro que el libro no se dirige exclusivamente a los filósofos del Derecho. Cualquier jurista sensible a los problemas de nuestro tiempo encontrará en esta obra múltiples propuestas, tesis y argumentos que le harán meditar. Los capítulos están perfectamente encadenados entre sí, aunque abordan temas diversos, algunos de los cuales se sitúan más directamente en el campo de interés de los filósofos del Derecho, mientras que otros ingresan plenamente en lo que podríamos llamar «teoría de la Constitución».

En esta breve reseña trataré, en primer lugar, de presentar el esqueleto de la tesis que Laporta detalla a lo largo de todo el libro, para centrarme luego en algunas cuestiones que pueden despertar mayor interés entre los constitucionalistas.

I. EL ESQUELETO DE LA TESIS

El punto de partida es la tesis que afirma que el ideal del imperio de la ley está estrechamente ligado al valor de la autonomía personal. En efecto, cada uno de nosotros tiene autonomía en la medida en que puede definir libremente, sin interferencias externas, determinados planes de vida. Estos planes orientan nuestras acciones a lo largo del tiempo, lo que nos permite ir definiendo nuestra identidad. Naturalmente, esta autonomía no es, en la práctica, absoluta. Nuestros planes a menudo se frustran por obra de factores incontrolables, como el azar. Además, las consecuencias de nuestras acciones dependen también de las acciones de los demás. En contextos «estratégicos», en los que tenemos que tener en cuenta las decisiones que puedan adoptar otras personas, es inevitable que surjan problemas de coordinación (cuando tenemos unos mismos intereses, pero no hemos ajustado todavía nuestras acciones para satisfacerlos), así como problemas derivados de la existencia de conflictos (cuando nuestros intereses chocan entre sí). Para que nuestra autonomía personal no sea ilusoria, necesitamos tener normas que rijan el comportamiento de los miembros de la comunidad a la que pertenecemos. Gracias a ellas, sabemos qué comportamiento

podemos esperar de los demás, lo que nos permite definir y ejecutar con cierto éxito nuestros planes de vida.

No basta, sin embargo, con saber que las personas con las que interactuamos están obligadas a observar ciertas normas. Es necesario, además, que existan mecanismos coercitivos que aseguren su observancia. Si no hay sanción en caso de incumplimiento, el comportamiento racional es infringir las normas, esperando que los demás las respeten. El infractor es, en efecto, un «gorrón» (*free rider*) que se aprovecha del cumplimiento por parte de los demás, sin pagar los correspondientes costes. Naturalmente, si todo el mundo efectúa el mismo cálculo racional, nadie ajusta finalmente su conducta a las normas, con lo cual dejan de producirse los beneficios derivados de su general observancia.

Es interesante que nuestro autor se haya detenido en este aspecto del imperio de la ley. Los constitucionalistas vamos a veces demasiado deprisa cuando exponemos este ideal, pues nos centramos en seguida en la exigencia de que el poder estatal se vea sometido al Derecho. El imperio de la ley, solemos decir, significa que el poder estatal no es absoluto, sino que está limitado por normas jurídicas. Ello es exacto, pero se trata sólo del segundo aspecto del problema. El imperio de la ley es, en un primer estadio lógico, la exigencia de que los individuos estén sujetos a normas jurídicas respaldadas por la fuerza coactiva del Estado.

En este sentido, por ejemplo, la conexión entre las normas sancionadoras y la autonomía personal es más compleja de lo que suele afirmarse desde un ángulo estrictamente constitucional. Ciertamente, es correcto sostener que la existencia de normas jurídicas que definen con carácter prospectivo qué conductas pueden ser sancionadas por las autoridades estatales garantiza la autonomía personal, en la medida en que permiten al individuo saber qué conductas debe abstenerse de realizar si desea evitar las correspondientes sanciones. Así, decimos que cuanto más clara sea la ley, más protegida resulta la autonomía personal, pues más fácil resulta para el individuo calcular las posibles consecuencias penales de sus acciones u omisiones. Pero este planteamiento, aunque sea plenamente correcto, es parcial. Dado el tipo de conexión más profundo que establece Laporta entre normas jurídicas y autonomía personal, las normas sancionadoras hacen, además, otra cosa: confirman a las personas que determinadas expectativas respecto al comportamiento de los demás están justificadas, de manera que pueden trazar sus planes de vida sabiendo que, gracias al respaldo sancionador del Estado, determinadas conductas de los demás son sumamente improbables. Desde este ángulo, el que las leyes sancionadoras sean claras no sólo es útil para el potencial infractor. Es útil, también, para las potenciales víctimas.

Va de suyo que la autonomía personal que estamos examinando no se va a poder satisfacer en un mundo en que los jueces decidan los casos sin sujetarse a normas jurídicas preexistentes. El decisionismo, que pide al juez que adopte en cada caso la solución que estime adecuada, sin partir de normas previas y sin estar bajo la obligación de sentar normas que deban ser aplicadas como precedentes en casos futuros, es incompatible con la autonomía personal. La justicia del Cadí de la que hablaba Max Weber no sólo es contraria al interés que el capitalismo muestra por la calculabilidad, sino que lesiona gravemente la autonomía de la persona. No hay plan de vida posible en una sociedad sin normas, en la que sus miembros dependen en cada caso de la discrecionalidad del juez.

Las normas que necesitamos, naturalmente, son normas generales y abstractas. Es decir, las normas no deben tener por destinatario a un concreto individuo o conjunto de individuos, sino a toda la colectividad (generalidad); y no deben establecer la consecuencia jurídica para una acción concreta que sucede en un espacio y tiempo determinados, sino para una clase de acciones (abstracción). La previsibilidad respecto del comportamiento de los demás sólo nos la suministran las normas que regulan la conducta abstracta de todos, y no las normas que sólo se refieren a un individuo (o conjunto específico de individuos) o sólo se refieren a una acción espacio-temporalmente limitada (1).

Pero el peligro para la autonomía personal no proviene únicamente de la ausencia de normas. Depende también del tipo de normas que integren el sistema jurídico. Si el sistema está compuesto exclusivamente por «principios», en lugar de por «reglas», la autonomía se ve vulnerada. Laporta no pretende en este punto trazar una nueva distinción entre principios y reglas, sino que apela a las intuiciones del lector y a los conceptos más extendidos en la literatura jurídica a propósito de esta distinción. Básicamente, Laporta entiende que el núcleo del sistema jurídico debe consistir en un tipo de normas, las «reglas», que

(1) Lo cual no quiere decir que la previsibilidad (necesaria para la autonomía) sea el único beneficio que obtenemos de la generalidad y la abstracción de las normas. La generalidad, por ejemplo, contribuye a asegurar también el respeto a la igualdad. Si el Estado, en lugar de emitir órdenes para cada individuo, expide una norma general que somete a la misma consecuencia jurídica a quienquiera que realice determinado supuesto de hecho, el principio de igualdad sale ganando. Laporta niega en algún momento esta conexión entre generalidad e igualdad (pág. 90), aunque parece afirmarla en otros pasajes (así, pág. 163). Laporta tiene razón cuando argumenta que una norma general puede ser discriminatoria. Una norma, por ejemplo, que sólo permita ingresar en la universidad a las mujeres discrimina por razón de sexo de modo contrario a la igualdad. Este ejemplo muestra que la generalidad no es condición suficiente para asegurar el debido respeto al principio de igualdad, pero eso no significa que no exista conexión alguna. Si, de un mundo de órdenes para distintos individuos, pasamos a un mundo de normas generales, hemos progresado en la dirección de la igualdad, aunque todavía no esté plenamente asegurado este valor.

correlacionan con cierta precisión y carácter categórico un supuesto de hecho con determinada consecuencia jurídica. Los «principios», normas más abiertas que incorporan valores, cumplen cierta función en el sistema, pero no pueden sustituir a las reglas como instrumento fundamental de regulación del comportamiento de los individuos.

Además, en la concepción de Laporta, no todas las reglas son igualmente atractivas desde el punto de vista de la autonomía personal. Dentro de las diversas clases de reglas, las leyes tienen especiales virtudes. Es deseable, en efecto, que las normas sean deliberadamente creadas a través de procedimientos en los que participen los órganos democráticos representativos. La autonomía personal se ve reforzada si son los titulares de esa autonomía quienes participan (aunque sea indirectamente) en el proceso de elaboración de las normas cuya observancia el Estado les va a imponer coactivamente. A pesar de la «crisis de la ley», consecuencia del papel creciente de los reglamentos gubernamentales (por abajo) y de las Constituciones (por arriba), Laporta insiste en la necesidad de que el centro de gravedad del sistema jurídico venga constituido por leyes de origen parlamentario. Si las leyes están en crisis, deberíamos dirigir nuestros esfuerzos a recuperar su centralidad en el sistema. La Constitución no va a poder suplir el déficit legal. «Menos neoconstitucionalismo y más neocodificación», proclama Laporta (pág. 167).

II. LA DEFENSA DEL FORMALISMO

Con el trasfondo de este planteamiento general, cuyos elementos principales he tratado de esbozar aquí, está claro que Laporta tiene que lidiar en dos grandes frentes. En primer lugar, ¿cómo hay que afrontar los problemas de interpretación de las leyes? ¿Qué hacer con las lagunas jurídicas? En segundo lugar, ¿qué papel deben desempeñar las Constituciones? Empecemos por el primer problema.

En materia de interpretación, nuestro autor no duda en considerarse partidario de una postura «literalista». En el caso concreto de los textos en los que se expresan las normas jurídicas, en efecto, Laporta entiende que la interpretación no es una operación basada en el lector (*reader-oriented*), ni una operación basada en la intención del autor (*author-oriented*), sino que el centro de atención debe ser el texto mismo, que hay que leer con arreglo a las convenciones lingüísticas que rigen en la comunidad relevante. Es el texto, más que las intenciones del legislador o el contexto social, lo que realmente importa.

Nuestro autor no desconoce, naturalmente, que las leyes pueden ser imprecisas. La vaguedad es un fenómeno inevitable en todo lenguaje natural. Pero debemos tratar de lograr que la creación del Derecho por parte de los jueces sea lo más limitada posible. Todo lo que hagamos para reducir el espacio de libertad interpretativa del juez debe ser bienvenido.

De modo parecido, Laporta acepta que el Derecho presenta a menudo lagunas, en el sentido de que el Derecho explícito no ofrece una respuesta en los casos difíciles, por lo que el juez tiene que recurrir entonces al Derecho implícito. Su propuesta, en síntesis, es que el juez determine ese Derecho implícito a partir de sus relaciones de «coherencia» con el Derecho explícito (pág. 203). Coherencia no significa aquí mera ausencia de contradicción lógica. Es algo más: es existencia de relaciones de apoyo mutuo entre el Derecho implícito y el explícito. Así, el juez puede hacer aflorar el Derecho implícito a través del razonamiento analógico, o apelando al propósito de las reglas explícitas, o invocando los principios generales, o construyendo soluciones jurídicas a partir de precedentes sentados en casos anteriores. Pero este coherentismo no diluye la naturaleza fundacional del conjunto de reglas que integran el Derecho explícito. La base del sistema está formada por estas reglas, que ciertamente necesitan ser complementadas a través de otros materiales jurídicos en caso de laguna, pero que no deben verse alteradas. Las nuevas pautas normativas deben «encajar en el universo de las pautas jurídicas explícitas» (págs. 214-215).

El planteamiento es elegante, y es desde luego plausible destacar la centralidad de las reglas en un sistema jurídico (frente a los principios) y ver en el argumento literal el instrumento principal para la interpretación de las leyes. Ahora bien, algunas preguntas quedan abiertas.

En primer lugar, Laporta insiste a lo largo del libro en que su principal objetivo es explorar un ideal (el imperio de la ley) a la luz de su justificación (la autonomía personal). Con toda la razón, sostiene que el imperio de la ley es condición necesaria, aunque no suficiente, para que el Derecho sea justo. La teoría del imperio de la ley es «un capítulo, pero sólo un capítulo, de una teoría completa de la Justicia» (pág. 83). Por ello, hay que entender que lo que propone en materia de interpretación de las leyes es lo que él cree que habría que hacer para asegurar al máximo la previsibilidad del Derecho, en beneficio de la autonomía personal. El problema, no obstante, es que para satisfacer los otros elementos que hacen que el Derecho sea justo pueden ser adecuadas técnicas de interpretación distintas de las que Laporta sugiere. El literalismo convencionalista puede ofrecer la mejor estrategia para hacer previsible la aplicación del Derecho por parte de los jueces, pero no constituye necesariamente el mejor camino para que los jueces alcancen soluciones justas. Es posible que la justicia exija en

ocasiones que los jueces «flexibilicen» los resultados a los que les llevaría la interpretación literal. Utilizando las expresiones de Frederick Schauer, un autor que ha trabajado en una línea similar a Laporta y que aparece a menudo citado en el libro (especialmente en las págs. 119-122 y 142-149), los jueces pueden tener que desviarse de las reglas (literalmente interpretadas) en caso de «fallo interno» (*internal failure*) o de «derrota externa» (*external defeat*). Se produce un fallo interno cuando surgen casos en los que seguir la regla no nos lleva a alcanzar el objetivo para el que la regla se creó. La derrota externa, en cambio, se produce cuando la aplicación de la regla satisface el objetivo perseguido por ella, pero entra en conflicto con otro objetivo digno de tutela que merece mayor protección. El literalismo puede hacer más previsible la aplicación del Derecho, en la medida en que los jueces hacen efectivas las reglas de manera mecánica, haciendo abstracción del grado de satisfacción de los diversos objetivos en juego. Pero, por ello mismo, puede desembocar en soluciones injustas, en supuestos en los que existe un divorcio entre la regla (entendida con arreglo al criterio literal) y el esquema de objetivos que subyace al sistema global de reglas.

Ciertamente, la postura literalista de Laporta es de carácter moderado, pues la previsibilidad que el imperio de la ley asegura no es, según él, el único valor relevante. Para satisfacer otras exigencias (como la justicia sustantiva), habrá que poner límites al literalismo. Sería interesante, entonces, saber cuál sería la propuesta de Laporta si su mirada se ampliara para abarcar también esas otras exigencias. ¿Qué grado de formalismo interpretativo, en definitiva, entiende Laporta que es el adecuado, *all things considered*? Como es sabido, los diversos sistemas jurídicos que existen en el mundo difieren en su mayor o menor grado de formalismo. Es conocido, por ejemplo, el estudio comparativo de P. S. Atiyah y R. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law* (Oxford University Press, 1987), en el que se concluye que el sistema británico es más formalista que el norteamericano. Y dentro de un mismo ordenamiento, puede haber sectores donde el formalismo esté presente con más fuerza que en otros (no es lo mismo, por ejemplo, el Derecho hipotecario que el Derecho de familia). Habría sido interesante que nuestro autor hubiera aportado algunos ejemplos de leyes españolas que han sido interpretadas por los jueces de modo flexible, sin atender al tenor literal, para explorar hasta qué punto ese tipo de operación estaba o no justificada, a la vista de los riesgos para la previsibilidad del Derecho y a la vista de la necesidad de asegurar la justicia material en el caso concreto.

Ello nos lleva a un segundo punto. Laporta, al igual que Schauer, traza, con razón, una conexión entre su propuesta interpretativa y un determinado modo de distribuir el poder entre las instituciones. El literalismo de Laporta implica

reducir el poder de los jueces, en beneficio del legislador. Los planteamientos alternativos, que invitan al juez a reajustar las reglas (interpretadas en sentido literal) a la luz de los objetivos subyacentes o externos, ensanchan el margen de poder efectivo de los jueces, en detrimento del legislador. Qué planteamiento es el más aconsejable depende, en gran medida, del grado de fiabilidad de los jueces en comparación con los legisladores a la hora de definir, en definitiva, las soluciones normativas que hay que asignar a los diversos casos. Si en un determinado país, por ejemplo, los legisladores elaboran con cuidado las leyes, tratando de establecer adecuadamente las excepciones que deben reconocerse, en méritos del esquema de objetivos que inspiran el sistema como un todo, mientras que los jueces son poco rigurosos cuando contrastan las leyes con tales objetivos, entonces el literalismo es la opción adecuada. Si, en otro país, la situación es la inversa, el literalismo debe ser reemplazado por una teoría menos literalista, que permita a los jueces realizar el trabajo de pulir las reglas que, de manera poco reflexiva, el legislador ha elaborado. Creo que Laporta tiene la intuición de que en países como España los jueces no tienen la formación adecuada para llevar a cabo una operación de «mejora», por así decir, de las reglas emanadas del legislador. Sería interesante tener más detalles. ¿Cuál es, exactamente, la visión que tiene Laporta de los jueces (¿en general?, ¿en determinada cultura jurídica?, ¿en determinado país?) que le lleva a pensar que, a fin de cuentas, lo mejor es que apliquen las reglas sin desviarse demasiado de las soluciones alcanzadas a través de la interpretación literal?

III. LOS EXCESOS DEL CONSTITUCIONALISMO

El segundo problema que aborda Laporta en el marco de su reivindicación del imperio de la ley es el relativo al papel de las Constituciones en los sistemas jurídicos actuales. Es indudable que hemos asistido a una explosión de constitucionalismo en el mundo, no sólo en el sentido de que muchos países han elaborado nuevas Constituciones en las últimas décadas, sino, sobre todo, en el sentido de que estos documentos han producido un enorme impacto en el ordenamiento jurídico.

Laporta se propone, pues, ofrecer una teoría que justifique, bajo ciertas condiciones, la supremacía de la Constitución sobre las leyes. Frente a la tendencia actual a usar las Constituciones para petrificar múltiples contenidos normativos, nuestro autor cree que el ámbito de la Constitución debe tener un alcance más limitado. Su reflexión se inscribe plenamente en el debate, nunca cerrado, acerca de la legitimidad de la supremacía constitucional (y del papel del juez

constitucional) en un sistema democrático. En España han sido los filósofos del Derecho quienes con mayor rigor se han enfrentado a este problema. Los constitucionalistas, en general, se han desinteresado por completo. En un gesto de respeto interdisciplinar, Laporta se muestra comprensivo con esta decisión metodológica (pág. 220). Creo, no obstante, que nuestro autor se muestra aquí demasiado benévolo. La falta de atención, por parte de la mayoría de los profesores de Derecho constitucional, al problema de los fundamentos últimos de la supremacía constitucional sobre las leyes ha empobrecido enormemente el debate en nuestro país. Es ilustrativa, creo, la aparente falta de «teoría constitucional» para responder, con razones de peso, a la pregunta: ¿Por qué el Tribunal Constitucional (TC) tiene legitimidad (y no sólo competencia jurídica) para pronunciarse sobre la validez de un Estatuto de Autonomía aprobado en referéndum? No resulta sorprendente que los juristas que llevan años desentendiéndose del problema de los fundamentos del control de constitucionalidad, por estimar que es un problema «sólo para filósofos», no saben muy bien qué decir cuando se les pregunta por qué el TC debe poder intervenir en ese caso. Personalmente, creo que hay buenas razones para justificar esa intervención, pero para hallarlas necesitamos algo más que la mera lectura del artículo 9 del texto constitucional («los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución»).

Laporta se centra exclusivamente, sin embargo, en la cuestión de por qué la Constitución puede limitar en algunos campos al legislador democrático, y no entra en el problema de la legitimidad de la justicia constitucional. Se trata de una opción metodológicamente defendible, aunque alguna de sus afirmaciones exigiría algún matiz si el campo de visión se ensanchara y se abordara también el segundo problema. Así, por ejemplo, Laporta entiende que la objeción democrática a la supremacía constitucional tiene un punto de exageración, pues en muchos supuestos las Constituciones pueden ser reformadas a través de referéndum, sin exigir supermayorías parlamentarias. Cuando ello es así, la supremacía de la Constitución sobre las leyes no es objetable desde una perspectiva democrática, sostiene Laporta (págs. 228 y 238). El problema, sin embargo, es que la Constitución va a ser interpretada por los jueces constitucionales, cuyas sentencias invalidatorias de las leyes sólo podrán ser neutralizadas de manera efectiva (en principio) a través de la reforma constitucional. El hecho de que la reforma se pueda hacer por referéndum, sin exigir supermayorías parlamentarias, no elimina el problema de legitimidad de la justicia constitucional, pues es evidente que la sentencia produce una asimetría: quienes están de acuerdo con ella no tienen que movilizarse políticamente, mientras que quienes están en desacuerdo tienen que pechar con la carga de conseguir la celebración del

referéndum y movilizarse para obtener la victoria. Mientras tanto, una ley aprobada por la mayoría del Parlamento se encuentra desactivada porque los jueces constitucionales así lo han decidido, en virtud de su interpretación de la Constitución. El que la reforma constitucional no exija supermayorías parlamentarias, siendo suficiente la celebración de un referéndum, puede contribuir a reducir la fuerza de la objeción democrática, pero no logra extinguirla por completo.

Sea ello como fuere, el caso es que nuestro autor se centra en la cuestión relativa a los fundamentos y límites de la supremacía de la Constitución sobre la ley. Laporta desarrolla su discurso de manera brillante, y desemboca en unas conclusiones (de manera tentativa, según dice) que, a mi juicio, no se alejan demasiado del consenso actual. Así, nuestro autor considera legítimo que la Constitución atrinchiere determinados derechos básicos, y los proteja frente al legislador ordinario. Aunque la Constitución utilice técnicas contra-mayoritarias para lograr este objetivo, su supremacía frente a la ley es aquí legítima. Laporta, en cambio, considera que no está justificado establecer restricciones contra-mayoritarias cuando se desea asegurar una mayor racionalidad en la toma de decisiones por parte del legislador. Basta entonces con establecer mecanismos constitucionales de enfriamiento, que obliguen a la mayoría a reflexionar un poco más antes de adoptar una decisión definitiva (pág. 234).

Sin alejarse tampoco del consenso vigente, Laporta considera conveniente que determinadas reglas de juego institucional estén protegidas, a través de la Constitución, frente a cambios excesivos. Si no hay reglas estables, no es posible adoptar decisiones de modo eficiente. «Un órgano decisorio en permanente proceso de formación no es un órgano decisorio» (pág. 241). Quedaríamos bloqueados como comunidad si pudiéramos reabrir diariamente las Constituciones vigentes.

Es más, nuestro autor ofrece algún argumento adicional para justificar la inclusión de ciertas reglas en la Constitución. «Hay algunas cosas que el procedimiento democrático no puede establecer por razones lógicas: el ámbito para el que la decisión se va a tomar y el universo de aquellos que han de tomar parte en el procedimiento, es decir, la identificación de quienes van a votar y decidir» (pág. 239). No está muy claro, sin embargo, por qué cree Laporta que el legislador ordinario no puede, por razones lógicas, definir estos aspectos del proceso democrático. Históricamente, por ejemplo, la mayor parte de las normas relativas a la definición de los participantes han sido adoptadas por el propio legislador ordinario, no por la Constitución. Esas normas de rango legal han ampliado a veces el círculo de participantes y otras veces lo han reducido. Un legislador elegido por sufragio censitario, por ejemplo, puede aprobar una nueva ley electoral que extienda el sufragio y lo haga universal (o viceversa,

un legislador basado en el sufragio universal puede decidir restringirlo), o un legislador elegido exclusivamente por hombres puede adoptar una ley electoral que permita a las mujeres votar (o viceversa), o un legislador elegido exclusivamente por ciudadanos nacionales puede extender el sufragio a los extranjeros (o viceversa). Ciertamente, el que todo esto sea lógicamente posible no significa que no sea deseable estabilizar algunas reglas en la Constitución. Pero tampoco resulta fácil determinar cuáles. A veces la constitucionalización de ciertas reglas sobre participación política obstaculiza mejoras democráticas. En España, por ejemplo, es necesario reformar la Constitución para extender el derecho de sufragio a los menores de dieciocho años, como también es necesario reformarla si se desea permitir que los extranjeros residentes puedan votar en las elecciones autonómicas o generales (o que puedan votar en las elecciones locales, aunque su país no respete el principio de reciprocidad).

En todo caso, lo que parece desprenderse de esta parte del libro es que el contenido posible de la Constitución rígida que Laporta defiende no difiere sustancialmente del contenido que encontramos en una Constitución vigente como la nuestra. ¿Dónde está, pues, el problema? Según Laporta, el riesgo al que nos enfrentamos al tener una Constitución es el «fomento del activismo judicial», por la «invocación de la Constitución y su presunta fuerza pregnante de todo el orden jurídico» (pág. 219). Los jueces ordinarios se ven tentados a recurrir a principios constitucionales para alejarse de las soluciones jurídicas que las leyes (literalmente interpretadas) disponen. El problema, por tanto, no está en la Constitución como tal, cuya superioridad sobre la ley puede justificarse en varios terrenos, y por razones varias. El problema está en el empleo interpretativo de la Constitución para «derrotar externamente» (por decirlo en términos de Schauer) las leyes democráticamente elaboradas. Volvemos, con ello, al problema de la interpretación de la ley.

En este punto de su discurso, seguramente habría sido interesante que Laporta hubiera examinado con mayor detalle el principio de «interpretación de la ley conforme a la Constitución». Es evidente que este criterio interpretativo, según cómo se aplique en la práctica, puede llevar a desequilibrar enormemente la distribución de poder entre legislador y jueces que Laporta juzga adecuada. Si los jueces utilizan la Constitución para apoyar lecturas «muy forzadas» de las leyes, la previsibilidad (y quizás la democracia) se ven afectadas. En este sentido, cabe sostener que la opción institucional de concentrar el control de constitucionalidad de la ley en un Tribunal Constitucional contribuye a hacer viable la propuesta de Laporta. Pues, en efecto, si existe un órgano de estas características, es posible argumentar que los jueces ordinarios deben interpretar las leyes de acuerdo con su tenor literal. Si la interpretación literal lleva a resultados con-

trarios a la Constitución, los jueces deben entonces elevar una cuestión al TC, para que sea éste quien descalifique la ley por contraria a la Constitución y la expulse del sistema (o, en determinados casos, introduzca las condiciones pertinentes para salvarla de la quema constitucional). Gracias al TC, se puede mantener la distribución de trabajo entre legislador y jueces que Laporta propugna, pues los jueces ordinarios siguen teniendo una función relativamente modesta: aplican las leyes aprobadas por el Parlamento, debidamente «corregidas», si es necesario, por el TC. La tarea de los jueces ordinarios es aplicar esas leyes y poner en marcha, en su caso, a través de la pertinente cuestión de inconstitucionalidad, los procesos de depuración normativa en manos del TC.

El problema en España, sin embargo, es que este esquema institucional está completamente en ruinas, por la espectacular tardanza del TC en dictar sentencias en los procedimientos de control de constitucionalidad (a veces, hasta diez años). Es natural que, ante esta deficiencia estructural, los jueces ordinarios prefieran no demorar la resolución de los casos y, por tanto, en lugar de plantear cuestión al TC, opten por reajustar el texto de la ley por vía «interpretativa».

Lo que ha ocurrido con el artículo 136 del Código Civil, por ejemplo, es ilustrativo. Este precepto establece que el marido puede impugnar la paternidad matrimonial dentro del plazo de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil (salvo que ignore el hecho del nacimiento, en cuyo caso el plazo no corre hasta que conozca ese dato). Varios jueces consideraron que este precepto lleva a resultados injustos, en la medida en que el marido ve caducada su acción por transcurso de un año desde la inscripción de la filiación, aunque todavía no haya tenido conocimiento de los indicios que le permiten sospechar que no es el padre. Algunos jueces (incluido el Tribunal Supremo) optaron en algunas sentencias por una lectura «antiformalista» del artículo 136 del Código Civil, de manera que el plazo no empiece a correr hasta que el marido no obtenga esos indicios. Otros jueces, más correctamente, estimaron que la lectura antiformalista era inadmisibles, por contraria al claro tenor literal de la ley, y que lo procedente era plantear una cuestión de inconstitucionalidad al TC.

Pues bien, el TC tardó *más de nueve años* en dar respuesta al primer juez que elevó la cuestión (véase STC 138/2005, de 26 de mayo). Durante todo ese tiempo, naturalmente, el pleito de impugnación de la paternidad quedó suspendido. Por si esto fuera poco, el TC no acabó de cerrar el asunto. Tras aplaudir al juez promotor de la cuestión por haberse abstenido de caer en la tentación de hacer una interpretación antiformalista del artículo 136 del Código Civil (y tras censurar, por ello, al Tribunal Supremo por haber acogido en alguna sentencia ese tipo de interpretación), el TC dictó sentencia declarando inconstitucional el precepto impugnado, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, pero

sin anularlo ni corregirlo. En su lugar, emplazó al Parlamento para que modificara el artículo 136 en los términos fijados por el propio TC, a fin de asegurar que el plazo de caducidad de la acción no empiece a correr mientras el marido carezca de todo indicio que le permita sospechar que no es el padre de quien aparece inscrito en el Registro como hijo suyo.

No se entiende muy bien por qué el TC se negó a emplear aquí la técnica de las «sentencias aditivas», en virtud de las cuales se añade a la ley la condición o requisito que le falta para cumplir con las exigencias constitucionales. Este tipo de sentencia, abundantemente utilizada en países que cuentan con una gran tradición de justicia constitucional, y que el propio TC ha empleado en múltiples ocasiones, estaba perfectamente indicada en un caso como éste. En lugar de ello, el TC confió en la intervención del legislador, que, de momento, ha respondido con el silencio: el artículo 136 no ha sido modificado, a pesar de los años transcurridos desde la sentencia del TC de 2005.

¿Qué se supone que deben hacer, mientras tanto, los jueces ordinarios? Recordemos que el precepto, en su interpretación literal, es inconstitucional, pero no ha sido anulado. La interpretación «flexible» que propuso el Tribunal Supremo fue desautorizada por el TC, por ser *contra legem*. El TC podría haber introducido en el precepto la pequeña corrección que habría asegurado su plena conformidad constitucional, pero no lo hizo: prefirió hacer un llamamiento al legislador para que lo reparara. Pero el legislador no se ha movido. Y, como todos sabemos, los jueces no se pueden negar a fallar los casos pretextando oscuridad o insuficiencia de la ley. Entonces, ¿cuál es la salida? No hay otra, obviamente, que interpretar de manera forzada el artículo 136 del Código Civil, para adecuarlo a la Constitución, una vez el TC ha constatado el resultado inconstitucional al que se llega si se aplica ese artículo de acuerdo con su claro tenor literal. Si el TC, de modo incomprensible, ha abdicado aquí de su función negándose a dictar una «sentencia aditiva», el vacío que se produce lo tienen que llenar los jueces ordinarios, a través de una operación de reajuste que se aparta sin duda alguna de la interpretación literal de la ley.

Valga este ejemplo para ilustrar la dificultad de identificar cuál es el método más adecuado para interpretar y aplicar el Derecho cuando el entramado institucional con el que contamos está integrado no sólo por jueces falibles, sino también por legisladores y tribunales constitucionales que no están a la altura de las funciones para las cuales se les asignaron determinadas potestades.

A Laporta, en suma, podríamos preguntarle: «¿Literalismo? Sí, pero ¿con qué legislador (y con qué Tribunal Constitucional) contamos?». Ciertamente, él puede, con razón, replicar: «¿Antiformalismo interpretativo? Sí, pero ¿en manos de qué jueces?».

Espero, con esta modesta recensión, haber mostrado que el libro de Laporta merece ser leído y discutido no sólo por los filósofos del Derecho, sino también, y de manera especial, por los constitucionalistas. No es posible hacerse con una concepción de la ley y de la Constitución en un Estado moderno sin reflexionar, de la mano de este gran maestro, acerca de los problemas que tan brillantemente se plantean en este libro.