

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, 306 pp.

Un título deliberadamente genérico da cobijo en este volumen a materiales de procedencia diversa, algunos de ellos ya publicados en versiones previas, cuyo común denominador es la idea de constitución normativa como límite al ejercicio del poder y el que, a juicio del autor, es su corolario: la institución del control de constitucionalidad en sus distintas modulaciones y desarrollos. Desde perspectivas de análisis también dispares, Prieto revisita tesis e ideas ya expresadas en otros lugares e introduce nuevos motivos de debate en los seis extensos estudios que componen esta entrega, todos ellos dedicados de un modo u otro a problemas asociados al marco resultante de la fusión de dos metamodelos constitucionales (de un lado, constituciones garantizadas sin contenido normativo, de otro, constituciones con denso contenido normativo pero no garantizadas): el modelo de *constitución normativa garantizada*, proceso de hibridación que en el ámbito continental puede identificarse con lo que algunos autores han denominado «constitucionalización de los ordenamientos jurídicos».

A pesar de la amplitud y la variedad de los temas tratados, resulta posible distinguir dos bloques temáticos que se acomodan al título del libro. El primero de ellos lo forman los dos estudios dedicados con mayor detalle a la justicia constitucional, a la que, más allá de sus reservas hacia el control abstracto, Prieto ve como institución garante de la supremacía normativa de la constitución, o, dicho de otro modo, de su inviolabilidad. Se diría que el ensayo que abre el volumen («Presupuestos filosóficos y doctrinales de la jurisdicción constitucional») constituye una muy razonada respuesta a la pregunta que formulara Capelletti sobre la complicación del sistema de control concentrado buscado en la Constitución austriaca de 1920-1929 (es decir, el modelo kelseniano) frente a la claridad y la simplicidad del modelo de *judicial review*. Según Prieto, la invención kelseniana —un modelo de jurisdicción constitucional orientado a la defensa del parlamentarismo que quiso compatibilizar el principio de constitucionalidad con el de supremacía de la ley— fue, por un lado, el producto de un contexto político y cultural muy distinto a aquél en que prosperó el *judicial review*, y, por otro, un sistema todavía respetuoso con la tradición legalista del Derecho europeo. La tradición estatalista y legicéntrica del Derecho continental decimonónico y el positivismo *ideológico* como programa de política legislativa serían, en este sentido, las causas del retraso de más de un siglo en la implantación de la justicia constitucional en Europa. Y el meollo del relato de Prieto es precisamente el itinerario a través del cual se forjaron dos culturas distintas, si no contrapuestas, sobre el control judicial de las leyes a ambos lados del Atlántico, remontando a la matriz común del iusnaturalismo racionalista y el impulso de las revoluciones liberales, recalcando las diferentes interpretaciones de la teoría del contrato social, del rol del poder constituyente, del estatuto de los derechos naturales, de la idea de soberanía y de las atribuciones del legislador, pero también subrayando las múltiples influencias recíprocas y el trasvase de ideas entre ambas tradiciones verificados en este dilatado «proceso cultural» (p. 32), sin que falten algunos oportunos apuntes contextuales. La generalización de la justicia constitucional en Europa tras la segunda guerra mundial es un proceso en el que sobre el molde kelseniano de constitución como norma organizativa, jurisdicción concentrada y fiscalización

sólo abstracta —«un residuo de otra época» (p. 169)— se superpone el esquema de una constitución ampliamente materializada. En este marco institucional, la compatibilización entre la garantía de los principios y derechos fundamentales como auténticas normas jurídicas de máximo rango jerárquico y el respeto a la autonomía y las prerrogativas del legislador democrático reclama, para Prieto, la reformulación del modelo de protección jurisdiccional de la constitución. En el segundo estudio centrado en la justicia constitucional («Constitución y democracia»), el autor repasa los diferentes argumentos agrupados bajo la clásica objeción o dificultad contramayoritaria para presentar cautelosamente su propio modelo de tutela judicial de la constitución, que quiere fundar en la idea de «una constitución más flexible pero mejor garantizada» (p. 173). Por una parte, el argumento intergeneracional, muchas veces vertido contra la supremacía de la constitución (y por reflejo, contra la justicia constitucional), queda desactivado no bien se pone en evidencia que las ataduras impuestas por los redactores a las generaciones venideras no son imputables a la supremacía normativa de la constitución, sino a la gravedad de los mecanismos de reforma (y aun a la intangibilidad de determinados preceptos) impuestos en la redacción originaria, es decir, a la rigidez. La justicia constitucional sale indemne de esta crítica, que Prieto acepta como un llamado legítimo a la flexibilización de los procesos de reforma capaz de depositar en el Parlamento la reactualización democrática del texto constitucional siempre que se observen determinadas formalidades específicas. Por otra parte, los argumentos nucleados en la falta de legitimidad democrática de la jurisdicción y en el riesgo de discrecionalidad interpretativa que tiende a propiciar la inevitable abstracción de los preceptos constitucionales (crítica, esta última, dirigida en realidad a la técnica de la ponderación), son enfrentados por Prieto mediante la exposición de su contramodelo, que es, en primer término, una crítica expresa a toda forma de control abstracto o con efectos *erga omnes* (que en nuestro sistema es el modo de resolver no sólo el recurso directo, sino también la cuestión de constitucionalidad) y una crítica implícita al amparo en sede del Tribunal Constitucional, y, en segundo lugar, una defensa de la atribución a la jurisdicción ordinaria de la tarea de garantizar las normas constitucionales como exigencia insoslayable de la supremacía constitucional —en particular, los derechos fundamentales— a través de la técnica de la inaplicación en casos individuales. Sin duda, esta propuesta (que aquí sólo podemos sintetizar pobremente y que merecería, por las fecundas sugerencias que contiene, un más amplio comentario) es, como afirma Prieto, la máxima expresión de respeto al sistema de democracia representativa y al Parlamento, un Parlamento que, por otra parte, «debería mejorar muy notablemente su técnica legislativa a fin de dialogar con el razonamiento judicial» (p. 173). Asumiendo el irremediable déficit democrático que tacha la actividad de una jurisdicción concentrada ejerciendo una fiscalización abstracta de las normas, cabe sin embargo conceder un papel (también dialógico) al Tribunal Constitucional en la tutela de *todos* los preceptos constitucionales no necesariamente incompatible con la preeminencia del control difuso. A medida que los Tribunales Constitucionales poskelsenianos han asumido funciones «positivas», han tenido que imaginar soluciones acordes con la complejidad de unos ordenamientos que en determinadas materias no pueden permitirse huecos jurídicos como el que eventualmente puede provocar el binomio inconstitucionalidad-nulidad. Aunque estas soluciones intermedias son muy variadas y algunas de ellas (las llamadas sentencias unilaterales, interpretativas o manipulativas, que son objeto de crítica en el texto)

pueden ser efectivamente caracterizadas como una intromisión en el campo acotado del legislador, existen otro tipo de intervenciones de la jurisdicción constitucional concentrada (las denominadas sentencias bilaterales y multilaterales, basadas en el reenvío y en el llamamiento a la cooperación del legislador) más deferentes con el Parlamento, que bajo determinadas condiciones autorrestrictivas también pueden estimular un diálogo orientado a que el legislador mejore su técnica (y su sustancia) en la tutela de los derechos, tal y como demanda Prieto.

El segundo bloque temático al que hemos hecho referencia es algo más difuso y contiene tres estudios en los que se abordan algunos aspectos vinculados genéricamente a la interpretación y la (de)limitación de los principios y derechos fundamentales. El juicio de ponderación, es decir, la técnica interpretativa y aplicativa que, a diferencia de las tradicionales reglas de segundo grado llamadas a preservar la coherencia del sistema, resuelve mediante una declaración de preferencia condicionada en el caso concreto los conflictos o antinomias contingentes entre normas de estructura principal que establecen derechos *prima facie* o, como se dice, derrotables, es objeto de un detenido análisis en el que Prieto puntualiza algunos aspectos relevantes de la teoría de los enunciados jurídicos y de la interpretación constitucional. Respecto al *objeto* de la ponderación, Prieto relativiza tanto la pretendida homogeneidad estructural de los principios como la ecuación reglas=subsunción/principios =ponderación. En lo que hace al *momento* de la ponderación, aclara que subsunción y ponderación no son alternativas, sino que «operan en fases distintas de la aplicación del Derecho» (p. 193), ya que antes y después de la ponderación es precisa una actividad subsuntiva. El *sujeto* de la ponderación no es, para Prieto, únicamente la jurisdicción (ordinaria o constitucional), dado que durante largos intervalos la ponderación del legislador desplaza a la del juez, más allá de que aquél no pueda cancelar en abstracto lo que sólo éste puede resolver en concreto. Finalmente, el *modo* y las concretas exigencias del juicio de ponderación fijadas por la jurisprudencia constitucional son examinadas y matizadas desde un punto de vista que quiere ver limitada la ponderación como instrumento aplicativo paradigmático del Estado constitucional al juicio concreto, inevitablemente discrecional pero aun así controlable racionalmente, en detrimento del juicio abstracto sobre la validez, sacrificable en aras de la preservación de la autonomía del legislador. La necesidad de ponderar aparece igualmente asociada a la delimitación de los contornos de los derechos fundamentales, compleja cuestión que es objeto de un largo estudio en el que la argumentación de Prieto desemboca casi siempre en la búsqueda de soluciones híbridas y la adopción de posturas intermedias entre las teorías sobre la limitación de los derechos y las filosofías políticas que subyacen a las mismas, entre la diversa comprensión de la cláusula del contenido esencial, entre las distintas lecturas de la indeterminación de los derechos y entre las concepciones alternativas de la norma de clausura del sistema de libertades, si bien es cierto que la hostilidad que muestra hacia las tesis de vocación objetivista y la férrea insistencia en la carga de justificación exigible a la limitación de los derechos fundamentales sitúan a Prieto en la órbita de una filosofía política y una teoría del Estado de signo liberal o, para ser más precisos, liberal-progresista. El ensayo que cierra el libro, dedicado a las relaciones entre la constitución como norma limitadora y el legislador penal, confirma estas afinidades. Partiendo de la filosofía penal ilustrada y de su legítimo heredero, el garantismo, Prieto critica lo que cabría llamar el pampenalismo de la sociedad del riesgo, un proceso de «huida hacia el Derecho

penal» que compromete la vigencia de los principios garantistas –comenzando por el metaprincipio de intervención mínima– y al mismo tiempo revela un cambio en la función del Derecho penal en las complejas sociedades actuales. En este marco, el autor asume una perspectiva externa y una concepción negativa del bien jurídico para reafirmar la carga de justificación que pesa sobre el legislador penal en la afectación de derechos fundamentales, pero se muestra partidario de reservar la potestad punitiva a la soberanía política del Parlamento. La deferencia hacia el legislador, sin embargo, no significa la plena libertad o absoluta discrecionalidad política. Prieto se detiene en el análisis («cómo y con qué alcance») del control material efectuado por el Constitucional, sirviéndose para ello de alguna jurisprudencia relevante (particularmente, la STC 136/1999, en la que detecta un significativo cambio de orientación) y concluye reservando a la ponderación eventualmente ejercida en sede jurisdiccional un papel (subsidiario) de «llamamiento a la racionalidad legislativa y al desarrollo de la argumentación» (p. 297), otra de las asignaturas pendientes del positivismo teórico.

Considerando el subtexto de todos los ensayos, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* admite otra lectura no menos estimulante que la que proporcionan los análisis específicos que contiene. El libro es, también, un diálogo (casi siempre constructivo) entre un filósofo del Derecho iuspositivista pero muy atento a las actualizaciones de esa tradición con el heterogéneo conjunto de autores y corrientes de vocación pospositivista, cuando no antipositivista, que viene forjando una concepción del Derecho y un modelo teórico –para evitar el uso del término paradigma– programáticamente volcado en la asunción de las implicaciones de todo tipo operadas por la transformación estructural del viejo Estado de derecho liberal-legicéntrico. Prieto sienta las bases de este diálogo en el primer epígrafe (introducido en el estudio de temática eminentemente histórico-cultural quizás con intenciones programáticas) y en uno de los ensayos más cortos del volumen («Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones»), que bien puede leerse como un *postscriptum* a su difundido *Constitucionalismo y Positivismo*. En ellos asume preliminarmente (vale decir, *prima facie*) la inadecuación del positivismo *teórico*, entendido en el sentido bobbiano de la expresión, para dar razón de la complejidad estructural que presentan los principios como tipología emergente de norma jurídica en el Estado constitucional, para interiorizar una teoría de las fuentes capaz de incorporar la supremacía constitucional y la densidad material de los contenidos de la norma suprema y, finalmente, para explicar una actividad interpretativa y aplicativa que reclama una mayor carga de argumentación que la demandada por las (contradictorias) soluciones clásicas del positivismo (subsunción mecanicista y discrecionalidad). Cosa distinta es que en los planos conceptual y metodológico muestre mayor beligerancia frente a determinadas tesis que celebran la ¿definitiva? positivación de «la moral» en la cúspide del sistema jurídico y que tampoco le satisfagan las inferencias relativas a la obediencia al Derecho propiciadas por un neoconstitucionalismo paradójicamente convertido, en este punto, en una versión rediviva del positivismo ideológico o ético que cancela sin más la instancia crítica (el punto de vista externo, entendido al modo de Ferrajoli) desde la que evaluar al sistema en conjunto. Ahora bien, como el lector puede comprobar en todos y cada uno de los ensayos, aquella aceptación de las insuficiencias del positivismo teórico no es nunca incondicionada. Prieto matiza permanentemente, acota sin ahorrar digresiones, desmiente o acepta casi siempre sólo parcialmente, expone una idea en apariencia evidente y la

castiga cuando el lector ya la ha identificado con el autor, puntualiza hasta el final y se preocupa de exponer sus propias tesis de dos y hasta de tres maneras distintas. Este estilo argumentativo, que no desmiente la adscripción analítica del autor y que viene envuelto en una prosa sobria y pulida, exige esfuerzo y paciencia al lector. Pero, más allá de que se compartan o no todas y cada una de las posiciones sostenidas en esta obra (en la que, por lo demás, hubieran tenido buen acomodo algunas de las clarificadoras páginas que Prieto ha escrito sobre los derechos sociales), el esfuerzo siempre es recompensado. Volviendo a nuestro tema, al final uno se pregunta si el fecundo despliegue teórico de estos seis estudios se dirige a recusar algunas de las tesis fuertes del neoconstitucionalismo o más bien a apuntalar el *index veri* contenido en una intuición aforística de Paolo Comanducci que el propio Prieto parece suscribir, a saber, que el neoconstitucionalismo es, en algún sentido, «el positivismo jurídico de nuestros días»; una pregunta tal vez superflua, dado que ambas hipótesis no son necesariamente excluyentes.

Pablo MIRAVET
Universitat de València