

## "INTERPRETACIÓN Y MUTACIÓN CONSTITUCIONAL"

(Transcripción<sup>1</sup>)

**CARLOS VIDAL PRADO:** Muchas gracias. Gracias, en primer lugar, a Paco Balaguer, que es el que me embarcó y nos ha embarcado a todos en esta aventura, a la Fundación Giménez Abad, una vez más, muchas gracias, también a la Fundación Konrad Adenauer, una vez más, y gracias a todos ustedes por estar aquí, y los que están online.

Quizá yo, cuando me llamó Paco para ver cómo encajaba, de qué podía hablar yo, yo había empezado hace poco, hace un par de años, a estudiar un poco más en profundidad el tema de la mutación constitucional, porque había escrito una cosa sobre interpretación ya hace 15 años o así, pero lo había dejado un poquito al margen, y me parece mucho más importante ahora de lo que me pareció inicialmente.

Desde luego, con la pandemia y la crisis económica previa se ha agravado este problema de la mutación, los confines, los límites de la mutación constitucional, los límites entre cuál es la frontera entre mutación y reforma, hasta dónde puede llegar la interpretación. Entonces, voy primero, aunque ustedes conocen, sobre todo mis colegas conocen sobradamente los conceptos, voy a hacer un repaso teórico de estos conceptos muy brevemente, pensando en que también hay un público muy diverso escuchándonos.

Luego voy a hablar de ejemplos o de cómo afecta este problema tanto a la propia Unión Europea como a los Estados miembros como consecuencia del proceso de integración, y al final voy a dejar algunas reflexiones, algunas preguntas sobre el concepto de Estado de derecho, dentro del concepto de Estado de derecho cuál es el papel de los tribunales, si estamos manejando categorías conceptuales que siguen siendo válidas o no.

---

<sup>1</sup> Corresponde a la transcripción literal de la intervención de Carlos Vidal Prado, Catedrático de Derecho Constitucional de la UNED, en el Congreso Europeo *Democracia y estado de derecho en la Unión Europea* celebrado el 28 de septiembre de 2021.

Ya les adelanto que voy a hacer más preguntas que respuestas, voy a formular más preguntas que respuestas, voy a sembrar más dudas que aportar certezas, pero creo que puede ser un elemento para el debate.

Entonces, en primer lugar, efectivamente, como bien ha dicho la profesora Montoro, el primero que formuló la idea de mutación fue Jellinek, aunque también Labard, no llegó a decirlo exactamente con las mismas palabras, pero Labard y Jellinek son los primeros en analizar el contraste entre la norma constitucional y la realidad, y pusieron de relieve cómo la acción del Estado, sobre todo en este caso Labard, puede cambiar la Constitución sin necesidad de recurrir a los procedimientos de reforma.

Lo que ocurre es que hay que tener en cuenta que en aquel momento el concepto de Constitución era diferente al concepto que tenemos ahora de Constitución. Hay también que tener en cuenta que cuando escriben Labard y Jellinek, que son de los teóricos que más han trabajado en la mutación constitucional, escriben en un momento en el que tampoco existe el Tribunal Constitucional, y por eso lo que ellos hacen es llevar a cabo, como se ha afirmado en algunas obras más recientes, una constatación fáctica. Pero ese problema, que era fáctico en aquel momento, hoy, y ya a partir de mediados del siglo XX, es un concepto dogmático, el concepto de mutación es un problema dogmático, no es solo un problema de constatación fáctica, como inicialmente ocurría.

Lo que dice es que la cuestión dogmática a la que nos enfrentamos es la de en qué medida, en un ordenamiento constitucional que prevé y regula expresamente un procedimiento determinado para la reforma del propio contenido y del texto de la Constitución, es posible admitir un cambio de ese contenido, al margen de ese procedimiento, sin que la Constitución pierda con ello su pretensión de validez normativa y su vigencia positiva.

Siguiendo a este mismo autor, él rechaza que la interpretación constitucional pueda abrir la puerta a la mutación. Lo que sucedería, pero un concepto de mutación que él utiliza, que yo creo que puede ser matizable, que él lo que viene a rechazar es que la actividad interpretativa relativice el texto, llegando incluso a decir o a concretar elementos contrarios al propio texto.

Así, se afirma que la interpretación constitucional no puede desempeñar una función que correspondería a la Constitución misma, porque entonces dejaríamos de diferenciar entre la propia interpretación y reforma. Dice textualmente: “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”, y finaliza: “¿Es esto lo correcto?”

De alguna manera, de aquí se deduce que él incluso lleva a una postura de rechazo, considera que la mutación sería inadmisibles, cualquier tipo de mutación, porque para él, el auténtico problema dogmático es que no se puede cambiar el contenido de las normas constitucionales sin que se reforme formalmente la Constitución.

Lo que ocurre es que, ahora mismo, yo creo que esto, como he dicho antes, es muy matizable. Una mutación no necesariamente tiene que suponer un cambio del contenido de la norma, un cambio del texto de la norma, sino una adaptación a las nuevas circunstancias. El texto puede admitir distintas interpretaciones, y una cosa es que cambiemos el sentido del texto, y otra cosa es entrar en confrontación directa con él.

Creo que cambiar el sentido de un texto es posible, y esa es una labor que corresponde a los tribunales constitucionales. Lo que ocurre es que no pueden sustituir al poder constituyente. Otro concepto, por cierto, en revisión.

Decía García de Enterría: el Tribunal Constitucional es un comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, que es la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su condición estricta de poderes constituidos.

¿Cumple esta función el Tribunal Constitucional? ¿Se ajusta a lo que García de Enterría decía ya en el año 1981, la Constitución como norma del Tribunal Constitucional? Esas son preguntas que dejo en el aire. Creo que lo que sí está claro es que tienen una función, una labor, el Tribunal Constitucional y los tribunales en general, muy compleja. No están sometidos a un control en lo que puedan hacer, hay que revisar si los conceptos que manejamos del Poder Judicial, de lo que hacen

los jueces, de lo que hace el propio Tribunal Constitucional, son conceptos que están cambiando o que están mutando, si estamos retrocediendo. Luego pondré algunos ejemplos.

Por terminar esta parte introductoria, yo creo que la única interpretación constitucional posible es la que adapte el sentido de los preceptos constitucionales a los nuevos tiempos, pero tiene un límite el respeto al tenor literal de la propia norma, de manera que solo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten, y dentro de esos límites pueden atribuirse significados o sentidos diferentes al texto sin contradecirlo, y creo que este tipo de mutaciones sí serían admisibles.

Termino con una frase: “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 sería ya mutación admisible constitucionalmente, sino una quiebra constitucional o una anulación de la Constitución.

Perdón por el repaso tan rápido y quizá un poco superficial, pero lo que nos lleva esto es ahora a analizar con qué nos encontramos, qué retos nos está planteando o nos ha planteado el proceso de integración europea, y dentro de eso, cómo están jugando su papel los tribunales constitucionales, los tribunales ordinarios, el tribunal de justicia, incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que afecta a la parte de los derechos fundamentales.

En primer lugar, como he dicho al principio, mutaciones en los Estados miembros como consecuencia de la integración. Voy a aterrizar, sobre todo en el caso español, pero hablo de algo que ya Muñoz Machado en su libro del año 1993, *La Unión Europea*, las mutaciones del Estado ya anticipaba. Muchos —Ternis, que también lo ha citado antes Paco Balaguer— vienen a decir, en un texto del año 1998, reconoce cómo el Tribunal Constitucional alemán admite, en relación con el proceso de integración europea, que, aunque no se realicen cambios textuales explícitos en la Constitución, el progreso de la integración europea implica modificaciones materiales sustanciales del contenido de la Constitución, que permite la

transferencia de la soberanía por simple acto legislativo, y de la aceptación general de la autonomía y supremacía del derecho comunitario incluso sobre la Constitución.

Esto lo dice Ternis, como digo, en el año 1998. Hay jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional Federal que pondría en duda esta afirmación. Pero lo quiero traer, porque creo que es evidente que los tribunales son conscientes de esto, y a veces lo han dicho de modo expreso.

Creo que un caso claro en mutaciones a nivel interno en los últimos años es el ámbito de la Constitución económica de cada uno de los Estados miembros, porque el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, recordemos que establece que los Estados miembros llevarán a cabo sus políticas económicas con vistas a contribuir a la realización de los objetivos de la Unión, que se definen en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, y en el marco de las cláusulas generales contempladas en el artículo 121 del Tratado de Funcionamiento.

Asimismo, se dice en el Tratado de Funcionamiento que los Estados miembros tienen que respetar el principio de una economía de mercado abierta de libre competencia. No voy a recordar una serie de artículos del tratado que condicionan, por supuesto, la propia Constitución económica interna de los Estados. Es decir, que esas disposiciones que acabo de mencionar precisan, acotan cuando menos, las posibilidades que, por ejemplo, con nuestra Constitución en el papel de la economía, confiere el artículo 131 en lo que se refiere a la planificación de la actividad económica general, o al propio artículo 38, que, cuando reconoce la libertad de empresa, después también dice que dentro de los principios del respeto a la economía general y planificación económica.

De hecho, la última de las reformas que hemos tenido en nuestra Constitución es en este ámbito, el ámbito de la Constitución económica, que, por cierto, no viene por el tratado de funcionamiento, viene por una carta, que es interesante esto, que una carta motive una reforma constitucional interna. La otra reforma también, aunque no tenga que ver con el ámbito económico, es evidente que tiene que ver con la integración europea.

Por supuesto, todo el derecho generado por las instituciones europeas incide en el ámbito interno también, no solamente en la cuestión económica, estoy poniendo

algunos ejemplos, en el ámbito competencial, no tanto porque cambie la distribución competencial interna, sino porque retira competencias que corresponderían a las comunidades autónomas o los entes descentralizados, o a la Administración central, y las pasa a ejercer la Unión Europea.

Creo que aquí se han ido produciendo pequeñas mutaciones constitucionales, pequeñas o grandes, y en España me interesa destacar, me interesa subrayar un punto, y con esto termino este apartado, que es lo que el Tribunal Constitucional en los dos momentos en que se enfrenta directamente en la declaración, cuando la reforma constitucional derivada del Tratado de Maastricht y el planteamiento del requerimiento del Gobierno cuando se iba a firmar el Tratado Constitucional Europeo, claro, el tribunal cambia radicalmente su comprensión del artículo 93 entre la declaración del año 1992 y la declaración del año 2004, porque, aunque se esfuerce en negarlo en su propia jurisprudencia, el artículo 23 lo había considerado un precepto orgánico procedimental, y el año 2004 lo considera, lo dice textualmente, tiene que interpretarse este artículo de modo que se atienda a la insoslayable dimensión de integración comunitaria que el precepto constitucional comporta.

Esta interpretación parte del reconocimiento de la declaración de competencias, e impone los límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el derecho europeo, y aquí es cuando pone los contralímites: el derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de derecho establecido en la Constitución material.

Pero está interpretando el artículo 93. Claramente es un desarrollo jurisprudencial con relación a la del año 92, a la 1/92, lo dice Rodríguez Iglesias en varios artículos, el Tribunal se va al otro extremo. En los propios votos particulares de esta declaración, por ejemplo, el de Delgado Barrio, se critica a la mayoría del tribunal por no reconocer que al menos está cambiando la jurisprudencia y ni siquiera explicarla, y esto para mí es evidente que, dentro del artículo 93, el tribunal está multando el significado de un modo probablemente compatible con la Constitución, pero que hubiera hecho necesaria una explicación en la declaración, que no hace el tribunal.

Entonces, por terminar con este apartado, creo que dos elementos, dos mutaciones evidentes, no solamente en España, sino en general en los Estados miembros, por

un lado, estaría la admisión por parte de los tribunales constitucionales europeos de la primacía de todo el derecho de la Unión, y no solo el originario, respecto, desde luego, de las leyes ordinarias, como exigencia del tribunal de justicia.

Otra cosa es la primacía sobre el propio derecho de rango constitucional, eso ya sabemos que ha tenido más problemas, pero esto, evidentemente, es una mutación que en algunos países incluso han considerado que era tan importante esa modificación, que hacía falta reforma de Constitucional.

Luego también otra mutación es que se ha delegado la función de controlar la aplicabilidad, la eficacia de una norma jurídica con rango de ley a un órgano no interno, como es el tribunal de justicia, en caso de contraste con el derecho europeo, cuando esta era una facultad que era del Tribunal Constitucional, porque se refería a la posible inaplicación...

Es verdad que la ley no viene anulada por el tribunal de justicia, pero viene inaplicada, y, por lo tanto, a efectos prácticos sería similar. Son dos mutaciones claras.

Pasemos a ver, dentro de la Unión Europea, si ha habido mutaciones. Entonces, aquí ya el término, evidentemente que las ha habido. Me voy a saltar muchas de las cosas que tengo aquí, porque veo que me he extendido ya bastante. El debate sobre las implicaciones constitucionales de la llamada crisis de la Unión Europea en los últimos años ha sido muy rico y multidisciplinar. Hay distintas visiones sobre lo que es realmente la crisis de la Unión Europea y de quién es la responsabilidad máxima, si es de la propia Unión por no haber sido capaz de corregir defectos, o si son los Estados miembros, por ejemplo, en el ámbito económico, llevando a cabo políticas fiscales irresponsables que habrían amplificado la crisis, como dice Poyares Maduro en algunos trabajos suyos.

Pero lo que sí es cierto es que se ha ido reformando la gobernanza macroeconómica, también Carlos Closa ha escrito sobre esto, y se ha hecho, además, a través de normas de distinta naturaleza, porque no solo son los tratados, a veces son los llamados mecanismos, las otras normas que sí son normas tradicionales de derecho de la Unión Europea, los memorándums de entendimiento, y todo eso produce mutaciones claras, produce, dice Carlos Closa, una



fragmentación del orden comunitario, y él subraya, él viene a decir que se están trasladando a la gobernanza en el ámbito europeo las preferencias fundamentalmente alemanas tanto en la sustancia —disciplina fiscal, austeridad— como en los instrumentos de gobernanza.

Es verdad que lo decía en 2004, ahora, probablemente, no se podría decir lo mismo, con la última parte de la crisis, o la que se ha derivado de la pandemia, y él denuncia cuatro dimensiones. Primero, que los cambios han petrificado algunas opciones en esos ámbitos políticos, se ha limitado la posibilidad de decisión política de los Estados miembros, porque se han elevado a un rango normativo superior, y entonces está restringiendo el ámbito de actuación interno.

Desde el punto de vista sustantivo, la cuestión económica europea gira hacia un marcado carácter monetarista. Este sería el segundo elemento.

El tercer elemento, la dimensión institucional es en la cual la comisión ha emergido como un actor funcional con papel capital, y el cuarto elemento, como consecuencia de lo anterior, es que, como se ha reforzado tanto el papel de la comisión, los parlamentos, tanto los nacionales como el europeo, quedan bastante relegados.

Como digo, esto se escribió en 2014. Quizá ahora habría que matizar algunas de estas cuestiones, pero es verdad que todos estos cambios implican, no sé si el término es una mutación constitucional o, como dice Bruno de Witte, una variación institucional.

Claro, lo que pasa es que una variación institucional, al fin y al cabo, estaría dentro de lo que es una mutación constitucional. O sea, que son matices sobre el mismo término.

Yo aquí tenía muchas más, porque sobre esto se ha escrito mucho. Agustín Menéndez ha escrito un espléndido artículo en la revista española de derecho constitucional sobre las mutaciones constitucionales en la Unión Europea, pero quería hablar finalmente de las dudas que decía al principio que iba a comentar.

Sobre el estado de derecho y vigencia de los conceptos tradicionales sobre el papel de los tribunales. Si algo se pone de relieve en todo lo que he dicho es que es fundamental el papel de los tribunales constitucionales, el papel del tribunal de justicia y, en parte, también el papel de los tribunales ordinarios nacionales.



Claro, ya hay categorías. Nos sirve para algo el concepto de ley tradicional, cuando vemos que las leyes se dejan de aplicar porque el tribunal de justicia está diciendo que una ley interna no se aplica porque entra en contradicción con el derecho de la Unión Europea.

Las leyes están quedando tácitamente derogadas cuando no se aplican como consecuencia de la primacía del derecho de la Unión Europea, pero no se están formalmente derogando. Entonces, estamos cambiando el contenido de lo que significa. Hay un cambio en el léxico, en los contenidos. Estamos manteniendo un término que, a lo mejor, ya no significa lo mismo, o estamos introduciendo elementos nuevos que nos tienen que hacer reflexionar sobre el papel de esas categorías tradicionales.

Creo que nos llevamos también, sobre todo, en los últimos tiempos se ha agudizado esta cuestión de la pandemia, los dos problemas de los que hemos hablado tienen el papel de los tribunales, también la independencia de la justicia a través de cómo se tiene que llevar a cabo el autogobierno de los jueces. Eso tiene que ver, evidentemente, con el Estado de derecho, pero planteo varias dudas.

En primer lugar, hay que tener presente que la traducción tiene limitaciones y en el significado de los conceptos, que nos impiden llegar a conclusiones, pero que tendríamos que plantearnos qué significan. Junto a ello, hay que aludir a las tesis de Teodor Maunz, tan conocido como polémico, que denuncia como revolución secreta, silenciosa, oculta, sigilosa, el paso del Estado de derecho al Estado de los jueces o al Estado judicial. Denuncia que hay normas que atraviesan distintos regímenes políticos sin cambios y ello sólo es posible porque los jueces fueron adaptando lo que decían las normas y, en algunos casos, él denuncia, sin ningún tipo de control. Es decir, el juez está por encima de la ley, y el juez hace cambiar hasta lo que dice la propia ley, Critica a los tribunales alemanes y extiende la crítica al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Creo que es una reflexión que tenemos que hacer. Hay que buscar respuestas y no es sencillo: ¿Qué se desprende de la aparentemente inevitable transformación en un Estado de los jueces? ¿Cómo debemos reaccionar ante el poder de decisión de los tribunales que examinan los ámbitos jurídicos, y cuyas sentencias adquieren el

carácter de normas generales abstractas? ¿Hay que elaborar una teoría del precedente?

Termino con más preguntas. Claro, ahora este es un problema que hemos tenido en España, y no sé si en otros países, pero el papel del juez ya no solamente es el de intérprete de la ley, sino que, con las medidas que se ha tomado como consecuencia de la pandemia para restringir derechos fundamentales, los jueces en España se han convertido en colegisladores, es decir, cuando tienen que ratificar o autorizar las medidas que las comunidades autónomas están poniendo en marcha, el juez, ¿qué papel está haciendo? ¿Está haciendo el papel tradicional?

Si os dais cuenta y veis las resoluciones de los TSJ, de los tribunales superiores de justicia, los propios jueces se encuentran incómodos con esta... Incluso el Tribunal de Justicia de Aragón ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad. A mí esto me recuerda, y tengo que decir por qué me recuerda a esto, porque, de alguna manera, hablando con nuestro colega Eloy García, que conoce mucho la historia del derecho constitucional, claro, los parlamentos judiciales, antes de la Revolución francesa, los reyes absolutos, monarcas absolutos, para que sus normas se pudieran aplicar las llevaban a los parlamentos judiciales, que simplemente tenían que registrarlas, era lo que se llamaba el registro de las normas.

Pero los parlamentos judiciales, llegó un momento en que el registro dejó de ser algo rutinario, y empezaron a ejercer un control previo de las normas, y entonces, ¿qué hicieron los reyes absolutos? Pues desterraron a los miembros de los parlamentos judiciales, cerraron los parlamentos judiciales, y cuando llegaron los revolucionarios franceses, tenían clarísimo que no podían repetir el mismo error, porque cambian un soberano, que es el rey, por otro soberano, pero eliminan los parlamentos judiciales y crean un nuevo tipo de Poder Judicial.

Con este tipo de decisiones de que el juez se encargue incluso de esta tarea, ¿qué estamos? ¿Retrocediendo? ¿Estamos volviendo a la época en que los jueces tenían que ratificar la norma para que entrase realmente en vigor, para que fuese eficaz? ¿Los jueces son un poder nuevo? ¿Estamos recuperando una vieja institución, la de los jueces antes de la Revolución Francesa?

Creo que hay que evitar que los jueces sean ejecutores de la ley. Tienen que ser solamente supervisores de la ejecución de la ley y de la aplicación de la ley, pero no puede ser ejecutores de la ley.

Tengo más preguntas. No sé si esto es una mutación o es una patología de nuestros sistemas jurídicos, y no sé si tenemos que aceptar los cambios, o recuperar las categorías clásicas. Son las dudas que dejo en el aire.

Perdón, porque me he extendido bastante más de lo que me correspondía. Nada más. Gracias.