

FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL



4/2004

LA REBELIÓN DE LAS LEYES

Demos y nomos : la agonía

de la justicia constitucional

Coordinador: Juan Luis Requejo Pagés

Junta General del Principado de Asturias

FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL



Junta General del Principado de Asturias

Versión original y en español en internet: <http://constitucion.rediris.es/fundamentos/indice.html>

FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL

COMITÉ DE HONOR

Excma. Sra. Presidenta de la Junta General del Principado de Asturias
Excmos. Sres. Miembros de la Mesa de la Junta General del Principado de Asturias

DIRECTORES

Ramón Punset Blanco, Francisco J. Bastida Freijedo y Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

CONSEJO DE REDACCIÓN

Juan Luis Requejo Pagés, Ignacio Villaverde Menéndez, Paloma Requejo Rodríguez,
Miguel Presno Linera, Benito Aláez Corral e Ignacio Fernández Sarasola

Junta General del Principado de Asturias

FUNDAMENTOS N.º 4

LA REBELIÓN DE LAS LEYES
*Demos y nomos: la agonía de la justicia
constitucional*

Coordinador: Juan Luis Requejo Pagés



JUNTA GENERAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

2006

FUNDAMENTOS

ISSN: 1575-3433

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <http://www.uniovi.es/~constitucional/fundamentos>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Dépósito legal: AS-3344/1998

ÍNDICE

Presentación	11
Autores	23

PRIMERA PARTE
EL DESTRONAMIENTO DE LA LEY
(Orígenes y fundamento de la jurisdicción constitucional)

1. Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional.	
LUIS PRIETO SANCHÍS	27
I. ¿Implica el constitucionalismo alguna determinada concepción sobre el Derecho? Precisiones conceptuales	29
II. La ideología del control de las leyes	40
1. El Derecho natural racionalista y la teoría del contrato social	40
2. Del contrato social al constitucionalismo	48
a. En la independencia de los Estados Unidos	48
b. En la revolución francesa	60
III. La ideología del legalismo. Del contrato social a la supremacía de la ley	72
IV. El Tribunal Constitucional del positivismo: el modelo kelseniano	88
V. Esquema de conclusiones	101
2. Marbury versus Madison doscientos años (y más) después. MARÍA ÁNGELES AHUMADA RUIZ	109
I. El «gran caso» <i>Marbury</i>	111
II. El comentario de <i>Marbury</i> y la celebración del bicentenario	123
III. El relato de <i>Marbury</i> : ¿cuáles son los «hechos relevantes»?	134
IV. Conclusión: <i>Marbury</i> y el control de constitucionalidad	148
3. Marbury versus Stuart. BRUCE ACKERMAN	151
I. La conexión en el tiempo	153
II. Significado público	167
III. Las elecciones de 1802 y sus consecuencias	174
1. La Petición de los Jueces	175
2. El Congreso ordena	176

IV. <i>Marbury</i> y <i>Stuart</i> : prolongando la trama doctrinal	181
V. Los sonidos del silencio	190
VI. El problema de la síntesis intergeneracional	197
4. Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho.	
FRANCISCO RUBIO LLORENTE	203
I. Introducción	205
II. De los derechos humanos a los fundamentales. La constitucionalización de los derechos	209
III. El Estado de Derecho. Evolución histórica de una idea	216
IV. Derechos humanos y derechos fundamentales en el Derecho Internacional	229

SEGUNDA PARTE

LA ARTICULACIÓN DE LAS INSTANCIAS DE CONTROL

(Los modelos de jurisdicción constitucional en su configuración actual)

5. La justicia constitucional italiana, entre modelo <i>difuso</i> y modelo <i>concreto</i>. ALESSANDRO PIZZORUSSO	237
I. Orígenes y variedades de la justicia constitucional	239
II. Control <i>político</i> y control <i>jurisdiccional</i> ; control <i>difuso</i> y control <i>concentrado</i>	240
III. Relaciones entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria; control <i>abstracto</i> (principal) y control <i>concreto</i> (incidental); control <i>preventivo</i> (<i>a priori</i>) y control <i>sucesivo</i> (<i>a posteriori</i>)	244
IV. Control con efectos <i>erga omnes</i> y control con efectos <i>inter partes</i>	247
V. La experiencia italiana: ¿control difuso o control concreto?	249
VI. El lugar de los hechos en el proceso constitucional incidental (en sentido estricto)	252
VII. El control del juez <i>a quo</i> acerca de la eventualidad de una cuestión manifiestamente infundada	255
VIII. La cooperación entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios	256
IX. La aplicación directa de la Constitución por parte de la Administración Pública	259
X. Observaciones conclusivas	260
6. Sobre la introducción hipotética del recurso individual ante el Consejo Constitucional. LOUIS FAVOREU	263

7. El control previo a los veinte años de su supresión. PEDRO CRUZ VILLALÓN	275
I. La experiencia española con el control previo	278
II. Coordinadas de la situación actual	280
1. Algunas buenas razones para recuperar el control previo	281
2. Dificultades objetivas del control previo	285
3. Condiciones del control previo en un contexto de jurisdicción constitucional sucesiva	286
III. Una posible alternativa al modelo vigente desde 1985	287
8. Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS y JULIO BAQUERO ...	291
I. Introducción	293
II. Derecho constitucional comunitario	298
III. Características de la justicia constitucional comunitaria	306
IV. Control de la constitucionalidad del Derecho comunitario derivado ...	313
V. Conflictos interinstitucionales y garantía del equilibrio institucional ...	316
VI. La delimitación de las competencias de la Comunidad y de los Estados miembros	324
VII. Protección de los derechos fundamentales	331
VIII. El control preventivo de la compatibilidad de los acuerdos internacionales con el Tratado	334
IX. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa	338

TERCERA PARTE

**¿HACIA UNA NUEVA REPÚBLICA DE LAS LEYES?
(El devenir posible)**

9. Lo que cuestan los derechos fundamentales. Una revisión de su tutela ante los Tribunales Constitucionales. IGNACIO VILLAVARDE MENÉNDEZ	349
I. Avance de unas reflexiones provocadoras	351
II. El coste de la tutela constitucional de los derechos fundamentales ...	356
III. Una anomalía en el sistema de control concentrado de constitucionalidad: la tutela de los derechos ante la jurisdicción constitucional	359
IV. ¿Quién paga el coste de la tutela constitucional de los derechos?	367
V. Subsidiariedad, irradiación de los derechos y objetivación del amparo. La jurisdicción constitucional como jurisdicción de mínimos	371
VI. El futuro de la tutela constitucional de los derechos fundamentales. El punto de partida	376

10. Nuevos parámetros de constitucionalidad. PALOMA REQUEJO RODRÍGUEZ	385
I. Introducción	387
II. La necesidad de un nuevo parámetro de constitucionalidad complejo	390
1. Las razones de la necesidad	390
2. Algunos ejemplos de parámetros complejos	393
a. Remisiones imperativas a normas internas de rango constitucional	393
b. Remisiones potestativas a normas internas de rango infraconstitucional	394
c. Remisiones a normas externas	398
3. Las consecuencias procesales de la función de cierre estructural ..	400
III. Los «falsos» parámetros de constitucionalidad	406
1. Las razones de la «falsedad»	406
2. Algunos «falsos» parámetros de constitucionalidad	410
IV. Otros parámetros constitucionales novedosos	417
V. Conclusiones	424
11. Jurisdicción constitucional y nuevas inquietudes discursivas. Del mejor método a la mejor teoría. J.J. GOMES CANOTILHO	425
I. Jurisdicción constitucional e inquietudes discursivas: la razón de ser de un título	427
II. Jurisdicción constitucional y positivismo metódico	428
1. Pragmatismo jurisprudencial constitucional y pragmatismo filosófico	428
2. El procedimentalismo judicialista	430
3. La dislocación ponderativa	431
4. «Innecesidad de la Constitución» y «necesidad del Tribunal Constitucional»	433
III. Jurisdicción constitucional y comunidades inclusivas	434
1. El «topos» de la integración	434
2. El pluralismo normativo y comprensivo	435
3. El tacto hermenéutico	436
a. Apertura y límites de la justicia constitucional comprensiva ..	436
b. Minimalismo jurisprudencial	437
c. Aceptación racional y consistencia	438
d. Prioridad de normas de segundo orden	438
12. Defensa de la Constitución nacional y constitucionalización de Europa. Inflación de derechos y deslegalización del ordenamiento. JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS	441

PRESENTACIÓN

Juan Luis Requejo Pagés

I

La ciudad proyectada por Platón en sus *Leyes* se corona con una Junta de guardianes que, como Átropo, la tercera de las Parcas, «salvadora de las determinaciones del destino», ha de dar «inmutabilidad a sus tejidos», proporcionando «no sólo la salud [...] a la ciudad y a su sistema político, sino [...], más aún, la salvación y conservación de las leyes»¹. La inmutabilidad de Átropo es, sin embargo, la de la muerte y la que quiere Platón para la *polis* no es la que pone fin a su existencia, sino la que la justifica en tanto que ordenada a la consecución de la virtud. No se trata, pues, de asegurar para la ley el rigor que la privaría de la vida, sino de orientar el proceso político —abierto y vivo— a la búsqueda de lo mejor, esto es, de lo que —en realidad inalcanzable— constituye, como aspiración, la única base segura para la ordenación de la convivencia.

Platón sabe bien que la perpetuidad de la ley sólo está al alcance de un «cónclave divino»², pues no es de la mano de los mortales promulgar leyes tan acabadas como para merecer la rúbrica de Átropo. A éstos más bien les cumple aplicarse al oficio de Cloto, la segunda de las Moiras, y tejer con esmero y obediencia el destino que les ha reservado Láquesis.

La teoría política ha sido durante siglos el compendio de las técnicas de Cloto, la artesanía modesta y esforzada del tejido de la comunidad civil. Sólo con la modernidad fue posible arrebatar a la divinidad el privilegio de prescribirle al hombre su fortuna, apareciendo desde entonces el Estado como el fruto de la determinación consciente y libre de los individuos. La edad de las Constituciones modernas dejó de escribirse bajo el signo de Cloto tan pronto como el origen y el fin del Estado se cifraron en la voluntad de *We the People*, abstracción de una nueva Láquesis, «la que asigna

¹ Platón, *Leyes* 960d (Traducción de Francisco Lisi, BCG, Madrid, 1999).

² *Ibid.* 969b.

la fortuna». La revolución formidable que supuso ese asalto a la fortaleza de los dioses ha hecho al hombre occidental un poco más dueño de su destino y, por tanto, también más desvalido. En lo sucesivo, en el telar de la historia no se tramará otra urdimbre que la diseñada por el hombre en libertad y sólo a él serán imputables los éxitos y las miserias que haya de deparar esa empresa, radicalmente huérfana de tutelas y apurada en la más sobrecogedora soledad.

La audacia de ese golpe de mano sería pronto superada con el destierro de Átropo, cuando el ciudadano también quiso para sí la potestad de dispensar «lo que aparentemente todavía falta a nuestras leyes», la respuesta a «cómo debe llegar a darse en ellas naturalmente [la] inmutabilidad». No bastaba con disponer en la ley el sentido y el fin de la comunidad política, definiendo el contorno de lo posible para el debate en libertad acerca del contenido que hubiera de tener en cada momento la expresión formalizada de la voluntad común. Se quiso también la garantía de la indemnidad de lo acordado. A diferencia de los personajes del diálogo de Platón, los constituyentes modernos no tienen que seguir la ruta de Cnosos para recibir instrucciones de los dioses, ni su cometido se limita a dar cuenta al pueblo de los mandatos que compendian la voluntad de Yahvé. No se trata ya de Moisés, sino de Dios mismo, con un verbo propio que, como el de Aquél, también se encarna en un ser vivo, Leviatán.

La liturgia del Estado se convierte en oficio de adoración de una palabra nueva, expresión de una voluntad autónoma cuya perfección exige la obediencia a sus principios de cuantas normas y conductas quieran reconducirse a ella como única fuente de su legitimación y su existencia. La Constitución escrita es así norma acabada y perfecta, referente primero y último de un universo para el que lo ajeno no existe o sólo lo hace bajo la forma de la infracción. Y en tanto que perfecta merece, como quería Platón, la inmutabilidad que sirve a «la salvación y conservación de las leyes».

Con ese fin puede ya constituirse el «conclave divino», que no necesita buscar el modo de alcanzar la virtud a través de las mejores leyes, sino que tiene en la Constitución normativa la fuente de la virtud que importa: palabra revelada por el pueblo para su gobierno propio y no, como antes, vehículo de una revelación trascendente al pueblo y dictada para regirle sin necesidad de su consentimiento.

Ocurre, sin embargo, que, perpetuado el texto de la Constitución en el decir jurisdiccional de un Tribunal, no queda ya qué tejer. Y si la vida en

comunidad es precisamente eso, un tejer y destejer constante, en la sociedad democrática es necesariamente la comunión de las voluntades sobre la base del consentimiento reversible. Someter a pauta y medida el proceso vivo de la interpretación constitucional es inexcusable para dotar a la primera Norma de una cierta estabilidad frente a la infracción; pero someterla hasta el límite de la petrificación de la voluntad que en la Constitución se expresa ha de confirmar que Átropo, en efecto, sólo sabe perpetuar matando.

II

Los Tribunales Constitucionales nunca han podido remedar siquiera al «conclave divino». Tampoco lo han pretendido, sabedores de que la mejor defensa de la Constitución es, precisamente, la que pasa por la revisión de su texto en el momento histórico conveniente y por la recreación continuada de su sentido a través de la aplicación cotidiana de sus preceptos. La experiencia no pudo dejar de enseñarles el peligroso valor de la palabra escrita, a cuyo creador reprochaba el rey de Egipto que «es olvido lo que producirá en las almas de quienes la aprendan, al descuidar la memoria»³. Memoria, en este caso, de la verdad profunda que se encierra en la Constitución democrática como pacto de concordia que cumple actualizar a las generaciones vivas, para las que las palabras del constituyente han de ser

portadoras de simientes de las que surgen otras palabras que, en otros caracteres, son canales por donde se transmite, en todo tiempo, esa semilla inmortal que da felicidad al que la posee en el grado más alto posible para el hombre⁴.

Un hombre que, en unión de sus prójimos, se constituye en *demos* por obra y gracia del *nomos* que lo reduce a la unidad de una abstracción jurídica. Y un *demos* que, así constituido, sólo puede actuar mediante *nomoi*: en nuestra tradición, a través de la ley como expresión de la voluntad popular, cuya perpetuación en el tiempo queda en la mano del pueblo mismo, siempre libre para formalizar como ley una voluntad contraria. Ni cabe, pues, el *demos* sin el concurso del *nomos*, ni aquél puede actualizar en el tiempo el contenido de su voluntad sin la mediación de una forma normativa. Se trata de la diversidad entre especies de una realidad sólo jurídica: el *demos* consti-

³ Platón, *Fedro* 275a (traducción de Emilio Lledó, BCG, Madrid, 1986).

⁴ *Ibid.* 277a.

tuyente cuya voluntad pretérita se ha formalizado en el *nomos* primero de la comunidad política, frente al *demos* constituido que quiere —con voluntad presente— a través del *nomos* de la ley sometida a la Constitución.

Más que sujeto a normas, el pueblo es él mismo realidad normada y no puede ver, por ello, en la sujeción a una norma el sometimiento a una realidad extraña. La ordenación de las relaciones de convivencia, que son siempre relaciones de poder, sólo puede articularse en relaciones normativas reducidas a sistema con la lógica de la jerarquía. La cuestión es la diferencia que media entre el *demos* formalizado en las normas constitucionales y el que se manifiesta por medio de la ley. Aquél es el sujeto idealizado de una voluntad remota, indisponible e irrevocable, por más que revivida por la obra de los Tribunales; y éste el de una voluntad presente, disponible y mudable, no menos idealizado que el primero, pero encarnado en quien, como el legislador democrático, puede pretender la condición de representante del pueblo vivo. La tensión inevitable entre ambos *demos* o, si se prefiere, entre un *demos* que fue y del que sólo queda el *nomos* constitutivo de la comunidad organizada en Estado, y un *demos* que está siendo en cada instante y que a cada momento cambia y hasta se contradice, dando expresión de su querer a través de la ley mudable, es la tensión propia de una relación de poder en la que al dinamismo de la lógica de la democracia se ha de oponer el correctivo de la definición y, por tanto, de la estabilidad de las normas en el tiempo, que siempre responde a una lógica aristocrática, por dirigida a la contradicción de la voluntad mayoritaria. Es, en suma, la tensión de una agonía en la que se desgarran todas las contradicciones de la justicia constitucional.

Esa tensión —estructural en todo ordenamiento— ha devenido cada vez más insostenible. Desde luego, por la formidable dinamicidad de la vida social y política moderna, que hace especialmente perentoria la necesidad de ordenación y límites; pero, sobre todo, porque ese dinamismo trae especialmente causa de una extraordinaria heterogeneidad del cuerpo político, de tal grado que no puede ya contarse con uno de los factores de estabilización del orden social sobre los que comenzó erigiéndose el Estado constitucional, para el que la Constitución era, ante todo, límite ordenador del poder público; pero límite en concurso con una limitación de principio: la que resultaba de la comunión de intereses sobre la que se trababa el horizonte ideológico de la burguesía.

Esa comunión ha desaparecido porque también lo ha hecho el sujeto que hasta entonces comulgaba. A la incorporación de los partidos de ma-

sas en el juego de las instituciones ha de seguirle ahora la de un cuerpo tan heteróclito y abigarrado como el de la población inmigrante, todavía en curso de ahormarse como sujeto político propio o de diluirse entre los actores políticos hasta ahora conocidos, a los que en cualquier caso afectará en la definición de su sustancia. En tanto esa integración institucional encuentra su cauce, las exigencias de orden práctico que con esta alteración profunda de la masa social se proyectan sobre el ordenamiento son cada vez más comprometidas e imprimen sobre las cuadernas del régimen constitucional una tensión irresistible. Diseñada para contener las tensiones de un sistema político constituido sobre la base de un acuerdo social implícito, al que cooperaba con la definición de un andamiaje normativo capaz de procesar en Derecho el curso natural de una voluntad compartida, la Constitución ha ido quedando, progresivamente, como el único acuerdo reconocido entre una pluralidad de voluntades cada vez más divergentes. En esas condiciones, resistir los embates de un *demos* titular de una voluntad tan mudable como su misma identidad puede demostrarse una tarea imposible.

La complejidad del proceso se hace más inmanejable en la medida en que el tránsito al Estado social ha supuesto una cierta disolución constitucional de los límites jurídicos, apenas reconocibles en la sustancia de sus nuevos contenidos normativos. Además de límite a la acción de los poderes constituidos, la Constitución se hace ella misma programa y su respeto se convierte en exigencia de ejecución. Con ello la pretensión de obediencia al *demos* constituyente se hace menos tolerable para las generaciones vivas. Y las sucesivas voluntades mayoritarias se hacen también más intolerantes al pretenderse la concreción de una voluntad superior, la constitucional, que ni es simple límite ni admite otra ejecución de su programa que la decidida por la mayoría del momento. Y como quiera que, en el ámbito de las relaciones del poder, las pretensiones de totalidad suelen resolverse en la cesión del terreno trabajosamente conquistado a la arbitrariedad con el modesto utillaje de la disciplina de los procedimientos, la excesiva ambición de las Constituciones sociales ha deparado la rebelión abierta del legislador. Más precisamente, al menos en los regímenes parlamentarios, de la mayoría política y normativamente relevante, que es la articulada en el complejo orgánico *mayoría parlamentaria/Gobierno*. Legislador y Gobierno, por tanto, confundidos en un núcleo de poder al que sólo puede oponerse el contrapeso de la jurisdicción, pobremente equipada para el empeño de hacer efectiva la

divisoria que marque el terreno vedado al *demos* constituido por decisión del *demos* constituyente.

En esa coyuntura, la historia vuelve a acreditarse como fuente insuperable de paradojas: los Tribunales Constitucionales, nacidos en el Continente para combatir del lado de la mayoría frente a la resistencia de un poder judicial poco afecto al régimen constitucional democrático, se han convertido de manera progresiva en aliados de esa mayoría frente a la voluntad constituyente. La técnica de la interpretación conforme, las sentencias manipulativas, la administración de los efectos en el tiempo de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, la disociación de pares tan inescindibles como la inconstitucionalidad y la nulidad, son expresivas de una filosofía que se resume muchas veces en la obsequiosidad más rendida para con el legislador del momento. Hasta el punto de que entre nosotros, por ejemplo, hace ya mucho tiempo que el legislador económico ha terminado siendo inmune al control de constitucionalidad: la mera inconstitucionalidad de sus infracciones, desligada de la consecuencia anulatoria que la ley expresamente exige por atenderse así a razones superiores de estabilidad financiera, asegura al legislador económico la intangibilidad material de sus decisiones, por inconstitucionales que sean.

De otro lado, el régimen de integración personal de los Tribunales Constitucionales, en su día necesario para proveer al sistema constitucional con un órgano de garantía integrado por personalidades de probada condición democrática frente a un poder judicial heredado del régimen preconstitucional, ha derivado en una inevitable complacencia para con una mayoría que, sin haber desaparecido por completo el problema del poder judicial predemocrático, constituye ya, sin embargo, el único poder relevante. Si no se olvida que, al cabo, sólo se trata de la ordenación de las relaciones de poder, los modelos constitucionales occidentales se enfrentan al problema de siempre, a la eterna cuestión recurrente cuando de poner freno y límite al poder se trata: que quienes lo detentan siempre procuran sortear las divisiones que frente a su concentración se tramen con los instrumentos del Derecho.

Las técnicas al servicio de ese fin conocido son hoy, obviamente, más sofisticadas que las del pasado. Unas son más evidentes, como las que acredita un examen mínimamente atento del perfil que progresivamente van ofreciendo los Jueces constitucionales, o el escaso entusiasmo del legislador por propiciar estructuras capaces para el funcionamiento operativo de los Tribunales Constitucionales. Otras responden a una mayor sutileza, y por

ello cabe pensar que son el efecto inesperado de una lógica inmanente a los designios más profundos del régimen de dominación al que sirven. Así, por ejemplo, el frente abierto por las normas internacionales, en general, y las europeas comunitarias, en particular. Un frente que no puede librarse en el terreno de la validez, sino en el muy característico y peculiar de la aplicabilidad, es decir, en un terreno en el que los Tribunales Constitucionales son un sujeto perfectamente extraño y en el que, sin embargo, el protagonismo del poder judicial se alía inevitablemente con los intereses de la mayoría Gobierno/Parlamento. Inevitablemente, pero también con tremenda paradoja, pues lo que el Juez ordinario puede hacer valer frente a la ley nacional es una norma orquestada con la voluntad de aquella misma mayoría, que como sujeto de poder se reviste en el Derecho Europeo de una forma propia y distinta, pero que encubre una misma realidad material. La ley nacional se rebela así frente a sus límites constitucionales adoptando la forma de una norma ajena a la Constitución e indisponible para el guardián de la voluntad constituyente.

Tribunales Constitucionales cautivos del pacto suscrito en origen con la mayoría democrática en la lucha contra un poder judicial reaccionario; apertura del ordenamiento a realidades normativas ajenas en su origen y en su lógica a la Constitución nacional; disolución de la Constitución como límite en las exigencias de la Constitución como programa; dinamicidad exacerbada del cuerpo social y político y reducción progresiva de los factores de estabilización necesaria, hoy contraídos apenas a las reglas más elementales para la construcción democrática de la voluntad (con riesgo cierto de que ese consenso mínimo sea también puesto en cuestión). Todo apunta a una crisis estructural y de principio que, como todas las de esta especie, sólo puede resolverse con una fórmula sobradamente conocida: la división de los poderes, que hoy son materialmente los de siempre, pero formalizados de manera acomodada al objetivo de superar las fórmulas que hasta ahora han podido atenzarlos. Sencillamente, no están hoy donde un día estuvieron y pudieron ser dominados. Localizarlos y definirlos es el primer paso para poder de nuevo embridarlos y asegurar aquel espacio para la libertad tras el que andamos desde hace tres siglos.

III

Este número 4 de *Fundamentos* se dedica al estudio de la jurisdicción constitucional desde una triple perspectiva: histórico-conceptual, institu-

cional y prospectiva, con la que se quiere dar cuenta de los presupuestos políticos, ideológicos y doctrinales que están en el origen de esa peculiar institución, así como de las variables que ha experimentado su puesta en planta durante los últimos doscientos años, aventurando alguna conjetura sobre los derroteros que cabe esperar en el desarrollo de los modelos ahora conocidos.

Con ese planteamiento, la primera parte (EL DESTRONAMIENTO DE LA LEY) está dedicada al *Origen y fundamento de la jurisdicción constitucional*, con cuatro estudios que abordan sus presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales (Luis Prieto Sanchís) y se detienen en las circunstancias históricas y el contexto político que explican el singular episodio de *Marbury c. Madison* (Bruce Ackerman), así como en los avatares del proceso de construcción dogmática que siguió a aquel pronunciamiento legendario (María Ángeles Ahumada Ruiz). Un último trabajo (Francisco Rubio Llorente) se centra en la constitucionalización de los derechos del hombre como uno de los rasgos característicos del constitucionalismo moderno y, en esa medida, componente indisociable del régimen del control de la constitucionalidad que hoy conocemos. En la segunda parte (LA ARTICULACIÓN DE LAS INSTANCIAS DE CONTROL) se examinan los *Modelos de jurisdicción constitucional en su configuración actual*, no tanto en lo que tienen de propio y singular, cuanto en su condición de especies de un género común en el que son perceptibles corrientes muy profundas que parecen abocadas en una misma dirección. Además de un artículo sobre un modelo paradigmático como el italiano (Alessandro Pizzorusso), se encontrará otro en el que se estudia un modelo tan singular como el que todavía hoy está en curso de definición en el ámbito de la Unión Europea (Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Julio Baquero Cruz) y que se detiene en los problemas característicos de ese nuevo nivel emergente en los planos de la constitucionalidad. De las necesidades de acomodación y reforma percibidas en los modelos más consolidados se ocupan sendos trabajos dedicados a los casos francés (Louis Favoreu) y español (Pedro Cruz Villalón). La tercera parte (¿HACIA UNA NUEVA REPÚBLICA DE LAS LEYES?) ofrece un enfoque prospectivo del régimen vigente, atendiendo al devenir posible del contencioso estructural originado por las dificultades de articulación entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria, señaladamente en el campo de la defensa de los derechos (Ignacio Villaverde Menéndez). Los problemas de definición del parámetro de enjuiciamiento constitucional en Ordenamientos que expe-

rimentan cada vez más intersecciones e injerencias por parte de sistemas normativos más o menos autónomos (Paloma Requejo Rodríguez), ciertas cuestiones de orden metodológico y discursivo (J.J. Gomes Canotilho) y las dificultades de articulación de la jurisdicción constitucional nacional con las jurisdicciones «constitutivas» externas (Juan Luis Requejo Pagés), cierran las cuestiones tratadas en este número, dedicado al Prof. Louis Favoreu, quien colabora en este nuevo *Fundamentos* con un artículo enviado poco antes de su fallecimiento.

Madrid, marzo de 2006

IUSNATURALISMO, POSITIVISMO Y CONTROL
DE LA LEY. LOS PRESUPUESTOS HISTÓRICOS,
IDEOLÓGICOS Y DOCTRINALES DE LA JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL

Luis Prieto Sanchís

SUMARIO

- I. ¿Implica el constitucionalismo alguna determinada concepción sobre el Derecho? Precisiones conceptuales.
- II. La ideología del control de las leyes.
 1. El Derecho natural racionalista y la teoría del contrato social.
 2. Del contrato social al constitucionalismo.
 - a. En la independencia de los Estados Unidos.
 - b. En la revolución francesa.
- III. La ideología del legalismo. Del contrato social a la supremacía de la ley.
- IV. El Tribunal Constitucional del positivismo: el modelo kelseniano.
- V. Esquema de conclusiones.

I. ¿IMPLICA EL CONSTITUCIONALISMO ALGUNA DETERMINADA CONCEPCIÓN SOBRE EL DERECHO? PRECISIONES CONCEPTUALES

En un opúsculo de cita casi obligada entre quienes se ocupan de la justicia constitucional, O. Bachof explicaba en estos términos la vigorosa fórmula de control de las leyes instaurada por la Constitución de la entonces República Federal alemana: la eficacia práctica del sistema —venía a decir— no es sólo el fruto de un buen diseño técnico querido por la voluntad del constituyente, sino que reposa en un orden de valores «que no ha sido creado por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlo y garantizarlo»; también la Constitución de Weimar incorporaba derechos fundamentales, pero lo hacía desde la estrechez de miras del positivismo jurídico, no como ahora, en que los derechos derivan de ese «orden de valores que en sus últimos caracteres es preestatal y, por lo tanto, independientes del arbitrio del Estado»¹. La negación del positivismo o, si se prefiere, una renovada afirmación de fe iusnaturalista estaría en la base de nuestro modelo de Constitución y de justicia constitucional, no ya como semilla ideológica o programa de política jurídica, sino como realidad operativa y actuante en el seno del propio Derecho positivo, y de necesaria consideración para la plena comprensión del mismo.

Tal vez cabría pensar que la posición de Bachof se inscribe en aquel poderoso renacimiento del Derecho natural experimentado por la ciencia jurídica alemana tras la segunda guerra mundial², cuando pareció que el totalitarismo, el exterminio de las minorías y, en suma, la asfixia del Estado de Derecho tenían un responsable ideológico en el ámbito de la cultura jurídica, el positivismo; un positivismo inaccesible a los valores, obediente mudo de la desnuda voluntad del poder y capaz de comprometerse en la explicación

¹ O. Bachof, *Jueces y Constitución* (1959), trad. de R. Bercovitz, Taurus, Madrid, 1963, p. 28.

² Sobre ello debe verse la Introducción de E. Garzón Valdés al volumen *Derecho y filosofía*, trad. de C. de Santiago, Alfa, Barcelona, 1985, y la amplia bibliografía allí citada.

y en la aplicación de cualquier Derecho positivo. G. Radbruch, seguramente el primer abanderado de ese renacimiento, podía escribir entonces que «en todas partes, pues, se ha alzado la lucha contra el positivismo partiendo de la idea de que hay leyes que no son Derecho y de que hay Derecho por encima de las leyes»³.

Sin embargo, creo que sería equivocado atribuir esta impronta antipositivista del constitucionalismo contemporáneo exclusivamente a esa especie de «remordimiento de conciencia» de los juristas alemanes de la postguerra. La opinión se ha mantenido y parece responder a motivos más profundos y complejos. Valgan algunos ejemplos:

«el constitucionalismo, en la medida en que afirma la exigencia de dotar de superioridad y hacer inmodificables las normas superiores, no hace sino retomar un motivo propio de la tradición iusnaturalista»⁴; «es claro que el positivismo, en los tres sentidos de este vocablo, resulta del todo incompatible con el constitucionalismo»⁵; «la supervivencia “ideológica” del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de la inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las habían justificado»⁶; con el constitucionalismo «lo que deja de ser posible es el entendimiento positivista del Derecho»⁷; «el constitucionalismo representa un nuevo paradigma fruto de una profunda transformación interna del paradigma paleo-positivista»⁸.

Y, como era de esperar, si el constitucionalismo quiere verse como algo incompatible con el positivismo, o con alguna forma de positivismo, los

³ G. Radbruch, «Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes» (1946), en G. Radbruch, E. Schmidt y H. Welzel, *Derecho injusto, Derecho nulo*, ed. de J.M. Rodríguez Paniagua, Aguilar, Madrid, 1971, p. 12.

⁴ N. Mateucci, «Positivismo giuridico e costituzionalismo», en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, xvii, 3, 1963, p. 1046.

⁵ M. Tropper, «Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del Diritto», trad. de P. Comanducci, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, xviii, 1, 1988, p. 63.

⁶ G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil* (1992), trad. de M. Gascón, Epílogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995, p. 41.

⁷ El juicio es de F. Rubio a propósito del libro de Zagrebelsky citado en nota anterior, pero parece un opinión compartida, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 40, 1994, p. 431.

⁸ L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, debate con L. Baccelli, M. Bovero, R. Guastini y otros, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 52.

críticos del constitucionalismo, o de algún aspecto del mismo, no dudan en reprocharle a éste implicaciones que en cierto modo pudieran calificarse como iusnaturalistas. Este es el caso de Habermas, quien precisamente en su crítica al Tribunal Constitucional censura los presupuestos valorativos o suprapositivos sobre los que descansa una jurisprudencia constitucional en abierta pugna con la supremacía legislativa⁹.

Tanta unanimidad parece algo engañosa. ¿En qué sentido el constitucionalismo y, por tanto, el control sobre la ley son fiduciarios del Derecho natural?, ¿cuáles son los postulados del positivismo que resultan incompatibles con el constitucionalismo? A mi juicio, no cabe duda de que el control de la ley y, más ampliamente, el constitucionalismo presentan implicaciones desde la perspectiva de la filosofía o de las concepciones a propósito del Derecho, pero no existe una conexión siempre necesaria o una relación unívoca entre ambas cosas. Y ello, en primer lugar, porque las etiquetas de iusnaturalismo y positivismo —maltrechas por su uso polémico— encierran muy distintos significados que no deben ser confundidos. Siguiendo con alguna libertad un esquema bien conocido¹⁰, cabe hablar de iusnaturalismo y positivismo en tres sentidos diferentes: como ideología o punto de vista moral acerca de la mejor forma de organización política, como teoría explicativa del Derecho y, finalmente, como posición conceptual sobre el Derecho y sobre el modo de aproximarse a su conocimiento. Y, por otra parte, en segundo lugar, es más que probable que las influencias no sean sólo unidireccionales, es decir, que no procede preguntarse sólo en qué medida iusnaturalismo o positivismo se hallan en el origen de una institución como pueda ser el control de constitucionalidad; cabe preguntar también en qué medida dicha institución influye o se proyecta sobre nuestras concepciones acerca del Derecho o, lo que es lo mismo, sobre el modo de entender iusnaturalismo y positivismo.

Usando la expresión ideología en un sentido amplio y sin carga peyorativa alguna, podemos convenir que el iusnaturalismo es aquella ideología que sostiene —cómo pueda sostenerlo es cuestión aparte— la existencia de unos superiores principios de justicia más o menos objetivos y cognoscibles

⁹ Vid. J. Habermas, *Facticidad y validez*, Introducción y traducción de la 4.ª edición alemana de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 311 y ss.

¹⁰ Vid. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Ed. di Comunità, Milano, 1977, pp. 127 y ss.; del mismo autor, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, pp. 151 y ss.

a los cuales *debe* ajustarse el Derecho positivo, de modo que el legislador o el poder político no son libres para imponer cualesquiera normas jurídicas; en suma, que la voluntad de los hombres no es la fuente última de normatividad, pues —para decirlo con una cita clásica—

si el Derecho tuviera su fundamento en la voluntad de los pueblos, en los decretos de los jefes o en las sentencias de los jueces, entonces tendría uno derecho a desempeñar el oficio de bandido, a cometer adulterio... si tales acciones obtenían la aprobación de los votos o de las resoluciones de la masa popular¹¹.

Así pues, aunque sea de forma poco matizada, cabe afirmar que el iusnaturalismo en sentido ideológico sostiene la limitación del poder a partir de unos principios no positivos de justicia, cuya observancia son la condición de la obediencia al Derecho. El esquema, obvio es decirlo, permite sustituir la idea de principios no positivos por la idea de Constitución como norma suprema.

El positivismo ideológico, al menos en su versión más radical, afirma aproximadamente lo contrario, esto es: no sólo que el Derecho positivo es el único Derecho, sino que en él se agota toda posible normatividad porque la voluntad del poder nos indica al mismo tiempo qué obligaciones jurídicas tenemos y qué deberes morales hemos de cumplir. Tal vez nadie lo expresó mejor que Hobbes:

Antes de que existieran los poderes políticos, no existía lo justo y lo injusto, de modo que la naturaleza de lo justo e injusto depende de lo que está ordenado. Toda acción es por naturaleza indiferente, y el que sea justa o injusta depende del derecho del gobernante. Los reyes legítimos hacen justas las cosas que mandan, por el hecho de mandarlas, e injustas las cosas que prohíben, por el hecho de prohibirlas¹².

Aunque, como es conocido, Hobbes se sirve de los tópicos del Derecho natural, en pocos lugares como en este fragmento se encuentra una expre-

¹¹ Cicerón, *Sobre las leyes* (52 a.C.), trad. de F.P. Samaranch, Aguilar, Buenos Aires, p. 65. No es la primera vez que, buscando precedentes remotos de la *judicial review*, se cita a Cicerón, vid. M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario delle leggi nel Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano, p. 35.

¹² T. Hobbes, *Del ciudadano* (1642), trad. de A. Catrysse, Introducción de N. Bobbio, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966, capítulo XII, p. 192.

sión más firme del llamado formalismo o positivismo ético: no hay otra justicia que la legal. Esta forma de argumentar conduce —también parece bastante claro— a un legalismo ideológico: la ley, como expresión de la voluntad soberana, debe ser la suprema e indiscutible fuente del Derecho y sobre ella no cabe control alguno.

Si el legalismo ideológico es una tesis positivista, o en la medida en que lo sea, el constitucionalismo comporta una negación del mismo¹³, en especial un constitucionalismo como el actual, dotado de una gran densidad normativa a base de principios, derechos y directrices sustanciales dirigidas al legislador¹⁴, no puede convivir con una concepción del Derecho en la que la voluntad del legislador carece de límites. Como observa Ferrajoli, el constitucionalismo «corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico». Si la primera revolución se expresó en la omnipotencia del legislador, esta segunda se basa en el «principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y derechos». Una de sus consecuencias es que «la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional»¹⁵. Según creo, quienes hoy se reclaman positivistas no lo hacen en este sentido ideológico. Lo que tampoco significa que el legalismo o su principio equivalente, la supremacía del Parlamento, carezca de defensores¹⁶.

¹³ Lo que no supone negar, obviamente, la influencia del positivismo en la formación del Derecho constitucional moderno, y sobre ello vid. M. García Pelayo, *Derecho Constitucional comparado* (1950), 5.^a ed., Revista de Occidente, Madrid, 1959. Aunque, eso sí, como observa el citado autor, se trata de una Constitución concebida como el simple orden jurídico del Estado, un concepto racional despojado «de toda referencia axiológica de índole política o moral, y resaltando la pura normatividad formal». De ahí que «para el positivismo lo jurídico se identifica con lo legal; no existe más derecho que el expresado en la ley, a la que, por otra parte, no se le exige que tenga un contenido determinado, sino que éste puede ser de cualquier índole. El liberalismo sustancial se habría convertido en liberalismo formal; el Estado de Derecho, en Estado legal», p. 56 y s.

¹⁴ De los rasgos del constitucionalismo contemporáneo me he ocupado en «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 5, 2001, pp. 201 y ss.

¹⁵ L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, citado, pp. 53 y 55.

¹⁶ Así, existe una amplia literatura crítica frente al control de constitucionalidad de la ley en nombre del principio democrático, sobre todo a partir de las objeciones de J. Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Stu-*

Ahora bien, iusnaturalismo y positivismo pueden aparecer y ser entendidos no como una ideología o proyecto político, sino como teorías explicativas del Derecho, esto es, como intentos más o menos afortunados de describir los rasgos fundamentales de un cierto sistema jurídico. Con todo, hablar de una teoría del Derecho por parte del iusnaturalismo en oposición a una teoría positivista presenta algunas dificultades. En primer lugar, porque una de las características del Derecho natural es que es una doctrina constructiva de su propio objeto, esto es, que no pretende dar cuenta de un concreto orden jurídico, sino más bien de un Derecho ideal. Además, a diferencia del positivismo, el Derecho natural es multiseccular y no se advierte homogeneidad a propósito de cuáles son las normas que conforman ese Derecho, ni de qué origen tienen, ni de qué tipo de relaciones se entablan entre ellas¹⁷. En segundo lugar, y precisamente por ello, una teoría iusnaturalista no tiene por qué resultar del todo contradictoria con una positivista; es más, la teoría del Derecho de la codificación representa en gran parte una herencia de las elaboraciones racionalistas del iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII¹⁸, pero estas elaboraciones, dotadas de un alto grado de abstracción y formalismo, poco tienen en común con el Derecho natural del mundo clásico, de la época medieval o del «renacimiento» acaecido en el siglo XX.

No ocurre así, o al menos no en la misma medida, con el positivismo. Éste aparece estrechamente vinculado a un modelo determinado de Derecho y, por tanto, en un contexto histórico y cultural bien conocido, que en líneas generales coincide con la fórmula europea del Estado liberal de Derecho. En consecuencia, su teoría del Derecho resulta relativamente uniforme y puede resumirse en los siguientes aspectos¹⁹: la tesis de la relación entre Derecho

dies, 13, 1, 1993, pp. 18 y ss.; del mismo autor *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999. Vid. entre nosotros R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996; V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; P. de Lora, *La interpretación originalista de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

¹⁷ Lo que significa que, desde un punto de vista histórico, no existe una tradición del Derecho natural, sino varias, vid. A.P. D'Entreves, *Derecho natural* (1968), trad. de M. Hurtado, Aguilar, Madrid, 1972, p. 10.

¹⁸ Un precedente sería, por ejemplo, la obra de J. Domat; sobre ello vid. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*. Vol. I, *Assolutismo e codificazione*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 157 y ss.

¹⁹ Vid. ampliamente N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, citado pp. 151 y ss.

y fuerza²⁰, una concepción estatalista y legalista de las fuentes del Derecho, una idea imperativista de la norma jurídica como mandato de estructura tripartita donde a un supuesto fáctico se anuda una consecuencia jurídica mediante un nexo deóntico, la afirmación del carácter unitario, pleno y coherente del sistema jurídico y, por último, una concepción mecanicista o meramente subsuntiva de la interpretación²¹.

Se comprenderá que, entendidos como teorías del Derecho, ni el iusnaturalismo ni el positivismo ejercieron —ni podían pretender ejercer— influencia alguna en una cuestión de política jurídica como es el diseño de la institución del control de constitucionalidad de la ley; en particular, el llamado «fetichismo de la ley» propio del positivismo, al margen de que pudiera ser también una *ideología*, en cuanto tesis *teórica* pretendía presentarse como una descripción del orden jurídico vigente. Aquí más bien procede adoptar la perspectiva contraria antes comentada, esto es, preguntarse en qué medida el constitucionalismo o el juicio de constitucionalidad obligan a una importante revisión de la teoría del Derecho; y, dado que nuestra teoría del Derecho es básicamente una construcción positivista, la cuestión consiste en determinar hasta qué punto este último ha quedado obsoleto. Mi opinión es que el constitucionalismo hace insostenible la teoría del Derecho positivista principalmente en tres aspectos: la teoría de las fuentes, que obviamente ya no puede girar en torno a la hegemonía absoluta de la ley; la teoría de la norma, que ha de dar cuenta de la existencia de nuevas «piezas del Derecho»²², en particular de los principios; y la teoría de la interpretación, que en puridad ya no puede seguir defendiendo ni la tesis mecanicista ni tampoco la tesis de la discrecionalidad, al menos tal y como ambas fueron planteadas por el positivismo²³. Cuando hoy se habla

²⁰ Bien en el sentido de que la fuerza o el poder son el fundamento del Derecho, bien en el sentido de que la fuerza es indispensable para la realización del Derecho, bien, en fin, concibiendo Derecho y fuerza como facetas de una misma realidad.

²¹ En realidad, desde el positivismo se han sostenido sobre este particular tesis bastante diferentes. Por simplificar, el primer positivismo vino a defender una concepción mecanicista de la interpretación, mientras que sus manifestaciones más maduras, desde Kelsen y el realismo, abogan por la tesis de la discrecionalidad. He tratado el tema en *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 19 y ss.

²² Tomo la expresión de M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, en gran parte dedicada precisamente a explicar la naturaleza y función de los principios.

²³ Me he ocupado más ampliamente de estos aspectos en *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 2.^a ed., 1999, pp. 29 y ss.

de la incompatibilidad entre constitucionalismo y positivismo me parece que se está pensando —aunque no siempre se hace explícito— en las tesis que acabo de enunciar.

Finalmente, la última de las acepciones se refiere al concepto mismo de Derecho, es decir, a la determinación del tipo de realidad que es el Derecho y, muy unido a ello, a la actitud metodológica que procede adoptar para su comprensión. Aquí el positivismo parte de la llamada tesis de las fuentes sociales del Derecho, que concibe a éste justamente como un producto histórico de la voluntad de los hombres; lo que se opone a la concepción iusnaturalista, que siempre ha confiado en la existencia de una fuente de normatividad superior o metafísica, en todo caso diferente a la expresada por las fuerzas sociales. En segundo lugar, y como consecuencia, el positivismo defiende la separación conceptual entre el Derecho y la moral crítica: dado que el orden jurídico es un producto cambiante de la voluntad de los hombres, capaz de tutelar los más dispares principios morales y políticos, su existencia es independiente de su valor moral²⁴. Algo que tampoco acepta el iusnaturalismo, para quien el Derecho no puede renunciar a su conexión con la moral, de manera que la validez de las normas no es del todo independiente de su justicia; con mayor o menor énfasis, en efecto, es propio de la tradición iusnaturalista considerar que el Derecho injusto, injusto en grado sumo o que no incorpora siquiera una mínima pretensión de corrección, no es Derecho²⁵. De donde se deduce una tercera tesis relativa a la obligación de obediencia: si el Derecho que *es* no depende del Derecho que *debe ser*, piensan los positivistas que conceptual o necesariamente no existe una obligación moral de obediencia al mismo; lo contrario viene a sostener un iusnaturalista consecuente, pues si en alguna medida la existencia del

²⁴ Vid., por ejemplo, H.L.A. Hart, «El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral»(1958), en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, 1962; del mismo autor «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. de L. Hierro y otros, *Sistema*, 36, 1980, pp. 3 y ss.

²⁵ Por eso, en el ya comentado renacimiento del Derecho natural, Radbruch insistirá en que una ley, no simplemente injusta, sino insoportablemente injusta, carece de naturaleza jurídica, *Introducción a la filosofía del Derecho* (1948), trad. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, p. 50 y s.; una idea que ha sido recogida por R. Alexy cuando considera que al menos una modesta «pretensión de corrección» constituye un rasgo definicional del Derecho: *El concepto y la validez del Derecho* (1992), trad. de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 38 y ss. Vid. sobre el tema A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 365 y ss.

Derecho está en función de su justicia, es lógico postular que su obediencia debe producirse también por razones morales.

Todo lo cual comprende, por último, una posición metodológica: si el Derecho es un fenómeno social empíricamente constatable que, en principio y por definición, no nos dice nada acerca de su valor moral, el positivista piensa que su conocimiento puede ser neutral, externo o no comprometido; determinar qué deberes jurídicos tenemos es por completo independiente de determinar cuáles son los deberes morales. En suma, conocer el Derecho es como conocer cualquier otro fenómeno social, algo que no reclama del sujeto ningún compromiso moral con aquello que describe²⁶. Lo que no puede compartir el iusnaturalista, quien, por el propio carácter del objeto que ha construido, jurídico y moral a un tiempo, necesita adoptar el punto de vista interno o propio del participante, asumiendo, al menos, las claves axiológicas fundamentales del sistema: describir el Derecho positivo requiere entonces una actitud de compromiso con esa moralidad que condiciona y en la que descansa el orden jurídico y su entera pretensión de obediencia. No procede detenerse en esta cuestión, pero la conocida figura del juez Hércules que nos propone Dworkin es un buen ejemplo de esta actitud metodológica, que reposa en una concepción unitaria de Derecho y moral²⁷.

Resulta claro que esta última acepción de positivismo resulta contradictoria con la primera o, lo que es lo mismo, no se puede mantener simultáneamente el positivismo ideológico y el conceptual o metodológico: si aquél recomendaba la obediencia, éste excluye la adopción de cualquier posición moral en torno al Derecho, dado que su comprensión no nos exige comprometernos con los valores morales que están detrás de todo orden jurídico; en suma, la tesis central del positivismo es aquí la neutralidad²⁸, neutralidad que es posible porque la existencia de las normas no depende

²⁶ Que ésta sea una epistemología acertada es cuestión diferente en la que no procede detenerse ahora. Lo que se pretende subrayar es que, si se acepta esta aproximación naturalista y objetivista para el conjunto de las ciencias sociales, el positivismo jurídico no tiene dificultad para hacerla suya.

²⁷ El juez Hércules, que es precisamente un juez de la constitucionalidad, desarrolla una argumentación a la vez jurídica y moral en busca de la unidad de solución correcta que se presume puede proporcionar siempre la teoría ética en que reposa la Constitución. De R. Dworkin puede verse *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, prólogo de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984, y *El imperio de la Justicia* (1986), trad. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.

²⁸ Vid. N. Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J. Malem, Gedisa Barcelona, 1992, pp. 9 y ss.

de que su contenido satisfaga algún principio de justicia, sino simplemente de que hayan sido establecidas por cierta decisión humana. Con lo cual, el positivismo así entendido no se opone sólo al positivismo ideológico, sino también al iusnaturalismo: la existencia del Derecho no nos dice nada, ni a favor ni en contra, de que haya de ser obedecido por sus destinatarios, o de que sus claves morales hayan de ser asumidas por los teóricos y aplicadores del Derecho. Y no parece que esta forma de entender las cosas haya contribuido a labrar la institución del control de constitucionalidad, ni tampoco, por cierto, a dificultarla. Más bien ocurre de nuevo lo contrario: el constitucionalismo contemporáneo ha contribuido a la crítica y a los intentos de superación del positivismo metodológico, todo ello en la línea de recuperación de un cierto iusnaturalismo²⁹. Para decirlo en pocas palabras, el lema podría ser: ninguna Constitución sin teoría ética que la sustente; ninguna interpretación constitucional sin argumentación moral.

A la vista de esta variedad de significados, expuestos sólo de un modo superficial y poco matizado, se comprenderá que afirmar en general una presunta esencia iusnaturalista o positivista del constitucionalismo o del control de constitucionalidad, es casi como no decir nada. Se debería imponer, pues, un mayor grado de precisión capaz de mostrarnos las implicaciones filosóficas del constitucionalismo, es decir, capaz de mostrarnos en qué medida las premisas o las consecuencias del mismo han de condicionar nuestra opinión acerca de los problemas que acabamos de enunciar. No es tarea, sin embargo, que podamos abordar en este trabajo. Aquí se tratará de mostrar desde una perspectiva histórica en qué medida la vieja doctrina del Derecho natural y el positivismo, sobre todo en su versión de positivismo legalista, han sido un estímulo o han representado un obstáculo para la formación de los sistemas de control de las leyes. Pero antes es conveniente una última aclaración acerca de qué puede entenderse por control de la ley.

En un sentido amplísimo, el control de la ley comprende cualquier género de procedimiento que limite el arbitrio del Derecho positivo y, más concretamente, del legislador a la luz de una normatividad superior, sea moral o jurídica. En este aspecto, como ha observado P. Cruz, la primacía de esa normatividad superior puede reposar en la opinión pública, en el

²⁹ También he tratado este aspecto en el libro ya citado *Constitucionalismo y positivismo*, pp. 49 y ss. Sobre las transformaciones operadas en el modelo de ciencia jurídica como consecuencia, entre otras cosas, de la cultura del constitucionalismo, vid. S. Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

ejercicio de las libertades y derechos políticos o en el derecho de resistencia a la opresión, esto es, en fórmulas poco o nada institucionalizadas. En un sentido algo más estricto, cabe hablar de control de la ley para referirse a la intervención de instancias políticas ajenas al legislador en el proceso de formación de la norma, como puede ser la exigencia de refrendo o la posibilidad de veto por parte del Jefe del Estado, la consulta popular, etc. Aquí encontramos una mayor institucionalización, si bien el carácter político de esa intervención invita a concebirla, más que como un ejercicio de control en defensa de una normatividad superior, como una tarea colegisladora o de concurrencia de voluntades en la formación de la ley. Finalmente, en sentido aún más estricto, el control de la ley es aquél que se orienta a la formulación de un juicio de compatibilidad entre una norma inferior y otra norma superior, excluyendo, al menos en principio, el control político o de oportunidad; y que, en virtud de ello, es encomendado a sujetos ajenos al proceso de elaboración de las leyes, cuya actuación se realiza siempre sobre un texto acabado³⁰. En suma, el control de la ley es el control jurisdiccional de la ley, ya sea realizado por los jueces ordinarios, como en el modelo norteamericano, ya por un órgano especial, como en el sistema europeo.

Pues bien, aunque desde la perspectiva del análisis jurídico este sentido más estricto ofrece indudables ventajas de claridad conceptual y será el utilizado en este trabajo siempre que resulte posible, me parece que en una aproximación histórica se muestra excesivamente estrecho. Las instituciones no nacen a la historia de una forma acabada y perfecta, sino que son el fruto de aportaciones plurales y a veces imprecisas en las que sólo de una manera muy difuminada es posible vislumbrar el resultado final; por ejemplo, resulta dudoso si el proyecto de Sieyès, que luego examinaremos, representaba una fórmula de control jurisdiccional o si conservaba aún rasgos importantes de un control político. La idea de que los jueces, o algunos jueces, deban controlar la constitucionalidad de las leyes es sólo la última etapa de todo un proceso cultural en favor de la limitación del poder político a partir de la Constitución, es decir, de una norma positiva que se postula como superior a la ley. Los orígenes de ese proceso cultural es lo que aquí se intentará rastrear.

³⁰ Vid. P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad* (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 26 y ss.

II. LA IDEOLOGÍA DEL CONTROL DE LAS LEYES

1. *El Derecho natural racionalista y la teoría del contrato social*

Que la doctrina del Derecho natural ostenta alguna responsabilidad ideológica en el surgimiento histórico del constitucionalismo me parece que es una afirmación que pocos discutirían³¹. Uno de los tópicos más divulgados del iusnaturalismo equivale básicamente al núcleo mismo del constitucionalismo, pues la idea de que por encima del Derecho de los hombres está el Derecho de los dioses, la verdad revelada o las leyes inexorables de la naturaleza se puede transformar fácilmente en esa otra idea según la cual el legislador y, en general, todos los órganos estatales vienen sometidos a un Derecho superior, bien que de naturaleza positiva, encarnado en la Constitución. Como el iusnaturalismo, también el constitucionalismo parte de la ficción de que existen dos fuentes de normatividad: si antes fue Dios o la naturaleza, ahora será el poder constituyente del pueblo. De manera que en la historia toda del Derecho natural siempre es posible encontrar rasgos o precedentes de la vocación constitucionalista, desde el famoso grito de Antígona³² a la doctrina clásica del tiranicidio³³, pasando por la filosofía de los límites del poder que nace como reacción al proceso de fortalecimiento del Estado moderno³⁴, o la propia filosofía de la tolerancia religiosa que se sitúa en el origen mismo de los derechos fundamentales³⁵.

Sin embargo, creo que sería del todo equivocado trazar una correspondencia absoluta entre Derecho natural y constitucionalismo, y ello por varios motivos. Primero porque este último reconoce más de una paternidad;

³¹ Lo que no implica la necesidad de acudir a fundamentaciones iusnaturalistas de la Constitución y, en este sentido, vid. F. Rubio, «La Constitución como fuente del Derecho», en *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 87.

³² «No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses», Sófocles, *Antígona*, en *Tragedias*, trad. de A. Alamillo, Gredos, Madrid, 1981, p. 265.

³³ Escribe Juan de Mariana que el poder real «ha de ser limitado desde un principio por leyes y estatutos a fin de que no exceda en perjuicio de sus súbditos y degenera al fin en tiranía». Por eso, al rey se le debe obediencia «mientras no desprecie esas mismas leyes que se le impusieron por condición cuando se le confió el poder supremo», *Del Rey y de la institución real* (1599), Publicaciones Españolas, Madrid, 1961, vol. I, pp. 124 y 110 respectivamente.

³⁴ Vid. sobre el particular G. Peces-Barba y M. Segura, «La filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII», en *Historia de los derechos fundamentales*, dirigida por G. Peces-Barba y E. Fernández, Dykinson, Madrid, 1998, tomo I, pp. 375 y ss.

³⁵ He tratado el tema en G. Peces-Barba y L. Prieto, «La filosofía de la tolerancia», en la *Historia de los derechos fundamentales*, citado, tomo I, pp. 265 y ss.

por ejemplo, como veremos luego, la historia constitucional americana se alimenta tanto de la herencia del iusnaturalismo racionalista como de la tradición inglesa y de cierta influencia religiosa. En segundo lugar, porque si admitimos en general que el constitucionalismo representa un elemento crítico frente a los poderes constituidos, hay que decir de inmediato que el Derecho natural en su evolución multiseccular ha desempeñado en ocasiones una función conservadora o de justificación del poder establecido, propiciando más una obediencia incondicionada que un examen crítico de las leyes³⁶. Es verdad, como observa Bobbio, que hoy tendemos a recuperar sólo una de las versiones del iusnaturalismo, aquélla que «de la exigencia de un Estado limitado por la ley natural hizo nacer el constitucionalismo moderno»³⁷, pero no cabe olvidar que otras versiones, sobre todo antiguas y medievales, se mostraron mucho más complacientes con el orden jurídico positivo, justificando el poder y convirtiendo en pecado la desobediencia.

Por otro lado, aunque muy unido a lo anterior, el constitucionalismo y, más aún, el control de constitucionalidad son fenómenos históricos, realidades del mundo moderno, que sólo pueden ser comprendidos en sus coordenadas temporales. Del mismo modo que para explicar los orígenes de la justicia constitucional no resulta demasiado instructivo buscar precedentes en la antigüedad greco-romana³⁸, así tampoco para tratar de su orígenes ideológicos es preciso rememorar la historia completa del Derecho natural, ni siquiera de aquél que se mostró crítico con el poder. Con independencia de que pueda hablarse de un constitucionalismo antiguo y medieval, el constitucionalismo moderno es aquel proceso histórico cultural en virtud del cual la relación entre los detentadores del poder y quienes están sujetos al mismo se configura como una relación jurídica, definida, regulada y sometida a reglas jurídicas conocidas³⁹; y este proceso emerge en un cierto contexto temporal.

A mi juicio, hay dos factores que dibujan esas nuevas coordenadas históricas: el primero, aunque suene paradójico, es la culminación del pro-

³⁶ Y es que, como señala A.P. D'Entreves, «no existe realmente una tradición del Derecho natural, sino varias... la continuidad entre ellas es principalmente terminológica», *Derecho Natural*, citado, p. 10.

³⁷ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, citado, p. 192.

³⁸ Así opina R.L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1994, p. 116.

³⁹ Vid. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, citado, pp. 22 y ss.

ceso de fortalecimiento del Estado como entidad política, algo que se expresa por ejemplo en la noción de soberanía que encontramos en Hobbes; el poder soberano es uno e indivisible y a él pertenece la plena facultad legislativa:

El legislador en todas las repúblicas es sólo el soberano... Pero la república no es ninguna persona, ni tiene capacidad para hacer nada sino es mediante el representante (esto es, el soberano) y por eso mismo el soberano es el único legislador⁴⁰.

Con ello, se ponía fin a la concepción medieval donde el poder político era sin duda limitado, pero limitado por su propia constitución mixta y estamental⁴¹. En primer lugar, la idea de poder constituyente o de soberanía popular sobre la que descansa la Constitución puede ser vista como una traslación de la vieja soberanía ilimitada, *legibus solutus*, de manera que el constitucionalismo representaría un cambio o una novedad en el sujeto titular de poder supremo, el pueblo en lugar del príncipe, pero no tanto de sus atributos⁴². Pero, sobre todo, en segundo término, sólo a partir de esa idea de Estado como poder que no admite competencia en su esfera será posible preguntarse —cosa que, desde luego, no hará Hobbes— sobre su limitación externa a partir de una norma suprema cuyos protagonistas ya no son clases y estamentos, sino individuos formalmente iguales; es el fin de la confusión entre sociedad civil y organización política, de la visión corporativa u organicista del Estado. Para utilizar las categorías weberianas, es la sustitución de un modelo de dominación tradicional por otro de tipo legal⁴³. Ahora encontramos, por una parte, al poder que se expresa a través de la ley y, por otra, a los individuos que son los destinatarios de la misma. En suma, para que fuese viable concebir la limitación del Estado desde

⁴⁰ T. Hobbes, *Leviatán* (1651), ed. de C. Moya y A. Escotado, Ed. Nacional, Madrid, 1977, capítulo xxvi, p. 348.

⁴¹ Vid., por ejemplo, M. Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (1999), trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001, pp. 55 y ss.

⁴² Vid. S. Holmes, «Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia» (1988), en *Il futuro della Costituzione*, a cura de G. Zagrebelsky y otros, Einaudi, Torino, 1996, p. 182.

⁴³ En el mismo sentido P. Comanducci, «La costituzionalizzazione americana: un capitolo nella storia della cultura giuridica europea», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, xvii, 2, 1987, p. 446. De M. Weber vid. *Economía y sociedad* (1922), trad. de J. Medina Echevarría y otros, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, pp. 706 y ss.

el individuo, y no la disolución de aquél en un entramado estamental, era condición la previa existencia y justificación del Estado, y en esa tarea la filosofía política del absolutismo jugó un papel fundamental.

Porque lógicamente entre los individuos y el poder político habría de existir alguna relación, y es aquí donde aparece un segundo factor que será capital: la versión de la teoría del contrato social que se divulga en los siglos XVII y XVIII y cuya consecuencia directa es la concepción artificial, individualista e instrumental de las instituciones: el poder político deja de ser una realidad natural, el fruto de los designios divinos o el resultado de pactos y compromisos que se pierden en la noche de los tiempos y que asignan a cada grupo su lugar y función en el seno de una comunidad orgánica⁴⁴, para convertirse en un artificio, en una obra de individuos aislados que, guiados por su propio interés, deciden constituir el Estado con el propósito de obtener determinados fines u objetivos⁴⁵. Esta gran transformación se explica a partir del proceso de secularización del Derecho natural que sigue a la ruptura de la unidad religiosa en Europa; la secularización conduce al racionalismo y éste desembocará en el contrato social.

El proceso es conocido: «Así como los matemáticos consideran las figuras con abstracción de los cuerpos, así yo, al tratar del Derecho, prescindí de todo hecho particular»; de ahí que, al igual que ocurre con los números y las figuras, el Derecho natural existiría «aunque concediésemos, lo que no se puede hacer sin gran delito, que no hay Dios, o que no se ocupa de las cosas humanas»⁴⁶. Esta célebre afirmación tal vez no fuera original de Grocio⁴⁷, pero de ella se hace partir el Derecho natural moderno o, como dice D'Entrèves, lo que Grocio había establecido como hipótesis se con-

⁴⁴ Algo que todavía encontramos, por ejemplo, en Tomás de Aquino: «La perfecta comunidad social se dará cuando cada uno guarde el orden debido en la actuación que corresponde a su estado», *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes* (1265), ed. de C.I. González, Porrúa, México, 1975, p. 384.

⁴⁵ La idea de un apetito natural a la sociabilidad, herencia del viejo Derecho natural presente aún en Grocio, desaparece o se difumina paulatinamente. Así en S. Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens* (1672), trad. de Barbeyrac (1706), Université de Caen, 1987, VII, capítulo I, par. 3 y 4.

⁴⁶ H. Grocio, *Del derecho de la guerra y de la paz* (1625), trad. de J. Torrubiano, Reus, Madrid, 1925, vol. I, Prolegómenos, 25 y 11, respectivamente.

⁴⁷ En el español Gabriel Vázquez encontramos también que «con anterioridad a toda voluntad o mandato divino, incluso con independencia de su juicio, ciertos comportamientos son en sí mismos buenos o malos», citado por G. Fassò, *La legge della ragione* (1964), Il Mulino, Bolonia, 1966, p. 145.

vertirá luego en una tesis⁴⁸. El Derecho natural se evade así de la religión o, más exactamente, de la revelación⁴⁹; pero se evade también de la historia, y ello tanto en el sentido de que el conocimiento de sus preceptos no requiere ninguna confirmación histórica, como también de que su validez no ha de apoyarse en ningún consenso o voluntad humana; accedemos al Derecho natural gracias a la razón y la razón misma es el fundamento de su validez: «por tanto, no puede haber más ley natural que la razón»⁵⁰. Leibniz lo explica perfectamente:

...algo es justo, aunque no haya quien ejerza la justicia, ni sobre quién recaiga, de manera semejante a como los cálculos numéricos son verdaderos, aunque no haya ni quién numera ni qué numerar. Por tanto, no es sorprendente que los principios de estas ciencias sean verdades eternas⁵¹.

Pero si esta nueva ciencia ha de prescindir de lo contingente y, por tanto, de los derechos históricos, irremediablemente ofrecerá un tipo de conocimiento que ya no será receptivo o descriptivo de alguna realidad externa, sino puramente constructivo. Como ha escrito Fassò, los iusnaturalistas del xvii se esforzarán «por construir un sistema de normas deducibles con rigurosa exactitud y constitutivas de un orden racional análogo al de la naturaleza física»⁵². Su misión era diseñar un sistema ideal de organización política, que no necesitaba existir ni haber existido, pero que en la centuria siguiente, cuando la razón se convierte en energía para la acción, será el mo-

⁴⁸ A.P. D'Entreves, *Derecho natural*, citado, p. 66.

⁴⁹ La idea de Dios puede seguir presente, pero en cierto modo se hace superflua merced a la razón. Así la definición de J.J. Burlamaqui: la ley natural es «una ley que Dios impone a todos los hombres, y que ellos pueden descubrir y conocer *por las solas luces de la razón*», *Principes du Droit naturel* (1747), Université de Caen, 1989, p. 121 (el subrayado es nuestro). Precisamente porque la razón es la única fuente de conocimiento, «el derecho natural obligará a todos los hombres, tanto si son verdaderamente piadosos, como si son supersticiosos o ateos», escribe Ch. Thomasius, *Fundamentos de Derecho natural y de gentes* (1705), estudio preliminar de J.J. Gil Cremades, trad. y notas de S. Rus y M.A. Sánchez, Tecnos, Madrid, 1994, I, VI, 8, p. 245.

⁵⁰ T. Hobbes, *Elementos de Derecho natural y político* (1640), trad. de D. Negro, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, capítulo xv, 1, p. 210.

⁵¹ G. Leibniz, *Los elementos del Derecho natural* (1669-72), ed. de T. Guillén Vera, Tecnos, Madrid, 1991, p. 70 y s.

⁵² G. Fassò, *Historia de la filosofía del Derecho* (1966), trad. de J.F. Lorca, Pirámide, Madrid, 1980, vol. II, p. 83.

tor del Derecho y del Estado iluminista y liberal. De nuevo Leibniz muestra con claridad esa separación entre el Derecho natural y el positivo, entre la razón y la historia o, como él prefiere decir, entre el Derecho y la ley:

la equivocación de aquéllos que han hecho a la justicia depender del poder viene, en parte, de que han confundido el derecho con la ley. El derecho no puede ser injusto; sería una contradicción. Pero la ley bien puede serlo⁵³.

Existe, pues, una justicia objetiva y racional distinta a lo expresado por el Derecho positivo.

Suele decirse que el gran servicio que prestó el Derecho natural racionalista fue recomponer la unidad ética de Occidente, una vez desaparecido el orden medieval y los ideales de la comunidad cristiana⁵⁴. Y es cierto, este Derecho natural pretendía apelar a lo que de común quedaba entre los hombres, ya irremediabilmente divididos a propósito de las verdades reveladas. Sin embargo, esto no debe hacer suponer que ese encuentro metodológico en torno a la naturaleza y a la razón se pudiera traducir en un consenso moral y político; al contrario, escondía las más ásperas disputas acerca del contenido de la naturaleza descubierto por la razón o, lo que es lo mismo, acerca de los concretos preceptos del Derecho natural; y, con ello, encerraba también distintos puntos de vista sobre la organización de la convivencia. Como denunciara irónicamente Rousseau, «todas las definiciones de estos sabios, por lo demás en perpetua contradicción, están de acuerdo tan sólo en esto: que es imposible entender la ley de la naturaleza... sin ser un extraordinario razonador y un profundo metafísico»⁵⁵. ¿Qué tienen en común, por tanto, las distintas versiones del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII?

Básicamente, un modelo individualista y consensual de comunidad política. Visto en forma negativa, lo que se excluye es un fundamento trascendente, religioso o histórico: el Estado y el Derecho no existen por obra de Dios, ni son tampoco el fruto de la tradición, sino que se conciben como un

⁵³ G. Leibniz, «Meditación sobre la noción común de Justicia» (1703), en *Escritos de filosofía jurídica y política*, ed. de J. de Salas, Ed. Nacional, Madrid, 1984, p. 86.

⁵⁴ Vid. E. Cassirer, *El mito del Estado* (1946), trad. de E. Nicol, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, pp. 200 y ss.

⁵⁵ J.J. Rousseau, «Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres» (1755), en *Escritos de combate*, trad. de G. Masó, Alfaguara, Madrid, 1979, p. 143.

producto de seres racionales; la idea de sociedad como unidad orgánica y superior a cada uno de sus miembros está aquí por completo ausente⁵⁶. Desde luego, el contractualismo moderno no pretendía dar cuenta de cómo surgió efectiva o históricamente el Estado, sino determinar algo en el fondo mucho más importante, que es cómo debe comportarse⁵⁷. El contrato desempeñaba así una función teórica, pero de indudable trascendencia práctica, pues si racionalmente se concibe que los hombres aislados preceden a toda forma de asociación de manera que cualquiera de ellas ha de ser obra de su libre acuerdo, parece cierto que las instituciones desempeñarán un papel instrumental al servicio del individuo. Así pues,

formalmente el contrato es una manifestación de la voluntad individual con objeto de establecer una relación de obligación recíproca que de otro modo no existiría por Derecho natural. Sustancialmente, el contenido del contrato es el derecho natural del individuo, que se da a cambio de una contraprestación de igual o mayor valor: los beneficios de la sociedad y la seguridad de la organización política⁵⁸.

J. Locke, cuya influencia en América es sobradamente conocida, todavía discute las objeciones acerca del fundamento histórico del contrato social, aunque sostiene incontestablemente que siendo «los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político de otros sin que medie su propio consentimiento»⁵⁹. Pero esto no es lo más importante. Lo más importante es que desde ese punto de partida *ideal* o hipotético se deduce cómo debe ser *realmente* el Estado:

el Estado es una sociedad de hombres instituida con la única mira del establecimiento, conservación y desenvolvimiento de sus intereses civiles. Llamo intereses civiles la vida, la libertad, la salud del cuerpo, la posesión de bienes exteriores, tales como son el dinero, las tierras, las casas...⁶⁰.

⁵⁶ Vid. G. Solari, *Storicismo e Diritto privato* (1940), Giappicchelli, Torino, 1971, pp. 4 y ss.

⁵⁷ Vid. en general sobre la evolución de la teoría del contrato social J. Gough, *The Social contract. A critical study of its developments*, Oxford University Press, Londres, 1976.

⁵⁸ A.P. D'Entrèves, *Derecho natural*, citado, p. 72.

⁵⁹ J. Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil* (Segundo Ensayo de 1690), trad. de A. Lázaro Ros, Aguilar, Madrid, 1969, p. 73.

⁶⁰ J. Locke, «Carta sobre la tolerancia» (1689), en *Escritos sobre la tolerancia*, ed. de L. Prieto y J. Betegón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 112.

Puede parecer algo sorprendente que el Derecho natural desembocase en la teoría del contrato, pues, al fin y al cabo, si creemos que en la naturaleza se encuentran las reglas de lo bueno y justo, hemos de postular tales reglas para el estado de sociedad como reglas *a priori*, es decir, no sometidas a debate. Así pensaba el teólogo medieval, para quien el poder y el orden jurídico son en sí mismos naturales y sus rasgos fundamentales no dependen de ninguna voluntad humana. Pero no ocurre de ese modo para el filósofo racionalista, cuyo concepto de naturaleza no es capaz de albergar a las instituciones: el Derecho y el Estado carecen de apoyatura histórica o teológica y, por tanto, no podían basar su legitimidad en la tradición o en una autoridad de orden superior; el contrato, es decir, el consentimiento individual era el único camino para justificar la sociedad política. ¿Qué impulso natural arrastraba a los hombres a someterse a una autoridad? Acerca de cuál fuera esa causa remota podían formularse y de hecho se formularon distintas hipótesis. En lo que existía perfecto acuerdo era en situar

el fundamento jurídico del Estado completa y exclusivamente en el *consensus* que representaba la sustancia del contrato, concebido como una declaración de voluntad jurídicamente libre y, por tanto, vinculante, no obstante la necesidad intrínseca o extrínseca en cierto modo presupuesta⁶¹.

En suma, el iusnaturalismo racionalista se resuelve en una fundamentación racional del Estado a partir del acuerdo entre voluntades de individuos que actúan como sujetos jurídicamente libres e iguales.

Una consecuencia interesante del artificio del contrato es el que el Derecho natural quedará en cierto sentido subjetivizado. Frente a la ley de la naturaleza medieval, orden objetivo del universo donde cada individuo tiene su posición asignada de derechos y deberes, surgirán los derechos naturales, posiciones subjetivas y abstractas de libertad y propiedad que erigen al individuo y a sus derechos en fuente última de legitimidad: si antes el orden objetivo querido por Dios precedía y era fundamento de cualesquiera pretensiones individuales, ahora éstas aparecen como el origen de las instituciones y, también, precisamente, como las encargadas de conformar el propio orden objetivo; simplificando, no ya del Derecho

⁶¹ O. von Gierke, *Giovanni Althusius e lo sviluppo delle teorie politiche giusnaturalistiche*(1913), trad. de A. Giolitti de la 3.^a ed. alemana, Einaudi, Torino, 1974, p. 98.

a los derechos, sino a la inversa, de los derechos al Derecho⁶². Burlamaqui, un autor influyente en América⁶³, expresa muy bien ese proceso de subjetivización: en el estado de naturaleza no hay soberanos ni súbditos y, por tanto, se carece de reglas sobre el uso del poder; lo único que hay son hombres, todos iguales, todos igualmente libres e independientes los unos de los otros... con los mismos derechos; es pues indudable que en el estado primitivo y de naturaleza nadie tiene un derecho originario de mandar a los otros, de erigirse en soberano. Y, dado que la autoridad tiene su origen en un convenio, cabe decir que «la soberanía reside originalmente en el pueblo»⁶⁴. Los derechos naturales son, pues, la causa y justificación de todo poder político; la causa porque es su igual libertad la que permite a los individuos concluir el pacto social; la justificación porque el fundamento de la legitimidad de ese poder consiste en la mejor protección de los derechos. La conversión de la teoría del Derecho natural en la teoría de los derechos naturales no podía ser políticamente más oportuna, pues vino a transferir el fondo de legitimidad del Derecho natural a las *Declaraciones* de derechos con que se inicia el moderno Estado liberal:

Sostenemos que estas verdades son evidentes por sí mismas: que todos los hombres son creados iguales, que han sido investidos por su Creador de ciertos derechos inalienables... que para asegurar tales derechos, los Gobiernos han sido instituidos entre los hombres, cuyos justos poderes derivan del consentimiento de los gobernados... (Declaración de Independencia de los Estados Unidos, 4 de julio de 1776).

2. *Del contrato social al constitucionalismo*

a. En la independencia de los Estados Unidos

Esta forma de concebir el Derecho natural y el contrato social es la que sirve de puente a dos tradiciones políticas que habían caminado separadas y cuya conciliación está en la base del constitucionalismo norteamericano,

⁶² Sobre las causas que explican este proceso de subjetivización vid. E. Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, p. 146.

⁶³ Vid. M. White, *The Philosophy of the American Revolution*, Oxford University Press, New York, 1978, p. 37.

⁶⁴ J.J. Burlamaqui, *Principes du Droit Politique* (1751), Université de Caen, 1984, p. 51 y s.

la tradición del gobierno limitado y la tradición de la soberanía popular⁶⁵; si el contrato social estimula la realización de un acto fundacional por parte de la soberanía popular, el Derecho natural impone la limitación del gobierno. Ambos justifican la superioridad del poder constituyente sobre los poderes constituidos, pero, al menos en esta interpretación, justifican al mismo tiempo la limitación del gobierno desde el momento en que aquel poder supremo se agota en la propia Constitución, que es trasunto del Derecho natural y que, de hecho, viene a recoger los derechos naturales. De este modo, la propia idea de superioridad constitucional, esto es, la idea de que existe un poder fuera y por encima de los órganos estatales, capaz de dictar normas que limitan y vinculan a estos últimos, resulta ser una clara traslación al orden político de la vieja pretensión iusnaturalista de imponerse al Derecho positivo. Asimismo, el acto constituyente, en virtud del cual individuos libres e iguales dan vida a una nueva organización, representa una evocación del modelo contractualista en el que, como hemos visto, desembocó el iusnaturalismo racionalista. Y es lógico que los colonos americanos creyesen estar concluyendo un contrato social, pues del mismo modo que en la teoría del contrato no se apela a la historia, sino a la razón, así «lo característico de *los orígenes* en la naciente experiencia norteamericana va a ser la ausencia de *pasado* o, mejor, la ausencia del siempre pesado lastre del pasado»⁶⁶; de ahí que «Nosotros, pueblo de los Estados Unidos, con el fin de crear una unión más perfecta, de establecer la justicia... *instituímos y promulgamos*»⁶⁷.

⁶⁵ Sobre esa conciliación vid. M. Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, citado, pp. 103 y ss.

⁶⁶ R.L. Blanco Valdés, «El Estado social y el Derecho político de los norteamericanos», *Fundamentos*, 2, 2000, p. 100, subrayado en el original. G. Jellinek lo expresa de un modo muy plástico: «En un principio eran muy pocos los emigrantes, y muy grande el territorio en que estaban esparcidos; por lo común, vivían con su familia en una situación que les había de sugerir la idea de un estado de naturaleza preestatista, y cuando se reúnen para deliberar acerca de cuestiones comunes, creen ellos que salen de aquel estado de naturaleza por un acto libre de su voluntad para entrar en un régimen de Estado», *Teoría General del Estado* (1900), trad. de F. de los Ríos, Albatros, Buenos Aires, 1978, p. 390.

⁶⁷ Más allá de lo que fueron las fuentes de inspiración histórica, escribe Ferrajoli que «el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista» y ello en un doble sentido. «En el sentido de que las Constituciones son contratos sociales de forma escrita y positiva... Y en el sentido de que la idea de contrato social es una metáfora de la democracia», tanto de la democracia política, como de la democracia sustancial, dado que no es un acuerdo vacío, «sino que tiene como cláusulas y a la vez como causa precisa-

Ciertamente, no todo entre los colonos era modernidad o, más exactamente, el Derecho natural racionalista no era su única fuente de inspiración⁶⁸. Como ya advirtiese Jellinek hace más de un siglo, el contenido normativo de los derechos del constitucionalismo americano —por ejemplo del *Bills of Rights* de Virginia— procedía también de la tradición inglesa y su formulación bajo la idea de contrato presentaba una fuerte impronta religiosa⁶⁹, pero ello no fue obstáculo para terminar abrazando un modelo abstracto y racionalista de derechos del hombre; éstos no son ya, aunque su contenido coincida, los derechos de los ingleses heredados de los antepasados ni, mucho menos, unos derechos fiduciarios de alguna verdad religiosa de origen puritano, sino que son los derechos del hombre en el sentido moderno de la expresión. Exista continuidad o ruptura entre la cultura de las colonias americanas y el proceso revolucionario de independencia⁷⁰, lo cierto es que, como se verá enseguida, la fisonomía de los derechos que encontramos en las Constituciones de los distintos Estados resulta adscribible a la tradición iusnaturalista, sobre todo en la versión de Locke⁷¹.

La evolución del pensamiento norteamericano parece expresar efectivamente el tránsito desde una concepción historicista, donde todavía se apelaba a los «derechos de los ingleses», a una concepción iusnaturalista y racional que estimula la conclusión de un nuevo contrato social. J. Otis,

mente la tutela de los derechos», *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, citado, p. 38.

⁶⁸ Sobre las influencias ideológicas del constitucionalismo americano puede verse B.F. Wright, *American Interpretations of Natural Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1931; B. Bailyn, *Los orígenes ideológicos de la revolución norteamericana* (1967), trad. de A. Vanasco, Paidós, Buenos Aires, 1972; A. Aparisi, *La revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; N. Matteucci, *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1987.

⁶⁹ La obra de G. Jellinek, «La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano», es de 1895 y fue preparada para su *Teoría General del Estado*. Contamos con una trad. de A. Posada y, junto con los trabajos de su polemista, E. Boutmy, y otros de E. Doumergue y A. Posada, aparece en el volumen *Orígenes de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano*, preparado por J.G. Amuchastegui, Ed. Nacional, Madrid, 1984, pp. 90 y 97 y ss.

⁷⁰ Cuestión historiográfica debatida; sobre ello vid. en favor de la tesis rupturista G. Tarello, *Storia de la cultura giuridica moderna*, citado, vol. I, pp. 559 y ss.

⁷¹ Sobre ello vid. J. Reid, *Constitutional History of the American Revolution. The Authority of Rights*, The University of Wisconsin Press, Madison-London, 1986.

por ejemplo, aún basaba sus reclamaciones en que el Parlamento británico había desconocido sus propios límites, recordando que los jueces de Inglaterra «han sostenido de modo expreso que los actos del Parlamento contrarios a la equidad natural deben tenerse por nulos»⁷². También Jefferson plantea sus quejas al rey invocando el respeto a las leyes de la metrópoli, pero llega algo más lejos; quiere hablar en nombre de «un pueblo libre que reclama sus derechos como derivados de las leyes de la naturaleza y no como regalos de su primer magistrado», advirtiendo que cuando la injusticia se asienta en el legislativo «el poder revierte al pueblo, que puede usarlo sin limitación alguna»⁷³. En suma, aunque partiendo muchas veces de argumentos historicistas, progresivamente se va asentando la idea de que la Constitución es un acto fundacional que tiene por objeto hacer de la protección de los derechos naturales el fundamental límite al gobierno⁷⁴.

Por otro lado, ésta es una cuestión en la que tal vez la historiografía se ha mostrado más polémica que la propia historia. La herencia iusnaturalista en la formulación de los derechos y en la concepción del contrato creo que es indudable, pero esto no significa que los protagonistas hubieran de considerarlo incompatible con sus otras fuentes de inspiración. Por ejemplo, en el primer Congreso Continental se proclama que los habitantes de las colonias de América «tienen los siguientes derechos derivados de las leyes inmutables de la naturaleza, de los principios de la Constitución inglesa y de sus diferentes Cartas o pactos», citando a continuación el derecho a la vida, la libertad y la propiedad, los derechos, libertades e inmunidades de los naturales de Inglaterra y el derecho al *Common law*⁷⁵. Es decir que, si no eran la misma cosa, parece que entre las leyes inmutables de la naturaleza, los derechos ingleses y las facultades concedidas en las Cartas no se advi-

⁷² J. Otis, «The Rights of the British Colonies Asserted and Proved» (1764), en B. Bailyn, *Pamphlets of the American Revolution*, Harvard University Press, Massachusetts, 1965, vol. 1, p. 476.

⁷³ Th. Jefferson, «Visión sucinta de los derechos de la América británica» (1774), en *Autobiografía y otros escritos*, ed. de A. Koch y W. Peden, trad. de A. Escotado y M. Sáenz de Heredia, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 319 y 316.

⁷⁴ Vid. R. Ketcham, *From Colony to Country in The Revolution American Thought, 1750-1820*, Macmillan, New York, 1974, p. 60.

⁷⁵ El Congreso Continental, seguramente el mayor de los instrumentos revolucionarios norteamericanos, dio lugar a numerosos e importantes documentos constitucionales. Vid. H. S. Commager, *Documents of American History*, Appleton-Century-Crofts, New York, 1968.

naba contradicción alguna⁷⁶; como observa Rials, parece que los derechos naturales tienden a concretarse en las libertades inglesas en una relación semejante a la conocida en Europa entre el Derecho natural y el Derecho romano (*ratio scripta*)⁷⁷. Y, en fin, hablando ya del poder de control de los jueces y no de las grandes declaraciones de derechos naturales e inalienables, era el Derecho inglés y no el Derecho natural quien podía proporcionar alguna experiencia institucional de utilidad⁷⁸.

Conviene insistir, sin embargo, en que la fisonomía que presentan los derechos es la propia del iusnaturalismo racionalista. Con alguna excepción, como la Constitución de Connecticut, donde todavía se habla de «libertades y privilegios», o la de Maryland, que reconoce los derechos en favor de los habitantes del Estado, el lenguaje y los conceptos utilizados proceden claramente del Derecho natural: los derechos son, efecto, inherentes, inalienables, naturales y universales. Baste algún ejemplo:

todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos que les son inherentes y de los que no pueden privarse ni desposeer a su posteridad por ningún pacto (Declaración de Virginia, artículo 1); todos los hombres nacen libres e iguales, y tienen ciertos derechos naturales, esenciales e inalienables (Massachusetts, artículo 1).

Incluso alguna Constitución, como la de New Hampshire, especifica que, si bien algunos derechos son sacrificados en aras del pacto, otros son por na-

⁷⁶ No sorprende por ello que para quien fuese presidente de los Estados Unidos, John Adams, la Constitución de Inglaterra resultara perfecta, del mismo modo que lo eran las Constituciones de los Estados americanos en la medida en que se asemejasen al modelo británico, vid. N. Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno* (1988), trad. de F.J. Ansuátegui y M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1998, p. 206.

⁷⁷ S. Rials, Presentación al volumen *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, París, 1988, p. 363.

⁷⁸ Me refiero a la doctrina del juez Coke a propósito de la supremacía judicial, frustrada en Inglaterra a partir de 1688, pero influyente en las colonias americanas; sobre ello vid. E. S. Corwin, *The doctrine of judicial review. Its legal and historical basis and other essays* (1914), Gloucester, Massachusetts, 1963, pp. 27 y ss.; también insiste en esa influencia M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto Comparato* citado, pp. 41 y ss. Sobre Inglaterra vid. J. Dorado Porras, *La lucha por la Constitución. La Teoría del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, prólogo de G. Peces-Barba, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

turaleza inalienables (artículos 3 y 4). Y a su protección se endereza el poder del Estado concebido en ese sentido instrumental que es típico de la teoría del contrato: «que todo el poder reside en el pueblo y, por consiguiente, de él se deriva; que los magistrados son sus mandatarios y servidores y en todo tiempo sujetos a él» (artículo 2 de la Declaración de Virginia)⁷⁹. Es verdad que no faltan limitaciones o exclusiones para los derechos políticos, pero el sufragio censitario se condiciona a requisitos formalmente iguales para todos, como la propiedad; la igualdad o la universalidad se establece en los derechos naturales y estos son sustancialmente la vida, la libertad y la propiedad. Como observa Ostrander, el Derecho natural se deja sentir en una doble dirección: en la configuración de los derechos como naturales, inalienables y superiores frente a cualquier decisión política, y en el fundamento consensual del Estado, cuyo poder corresponde al pueblo y cuya función es proteger tales derechos⁸⁰.

En suma, la influencia del iusnaturalismo racionalista en el primer constitucionalismo no se manifiesta tanto en el contenido de los derechos o en el modo concreto de organizar la relación entre el individuo y el gobierno —que al menos en Estados Unidos podían apelar a una cierta tradición— cuanto en el sentido enteramente nuevo que adoptan los derechos y el propio poder político. El triunfo de la razón sobre la historia podía ser el lema de ese constitucionalismo: frente al naturalismo determinista de la historia, la Constitución es un artificio de la razón; frente a la espontaneidad imprevisible del devenir, la Constitución es una obra premeditada que se quiere perfecta y definitiva; frente a la naturaleza consuetudinaria e insegura de un orden basado en la tradición, la Constitución es un texto escrito y cierto; frente a unos privilegios singulares decantados en el transcurso del tiempo, los derechos naturales son conquistados de una vez y para siempre; en fin, frente a la legitimidad que suministra el pasado simplemente porque es viejo, la Constitución reposa en la legitimidad de lo que se proclama ra-

⁷⁹ Los documentos constitucionales están recogidos en F.N. Thorpe, *The Federal and State Constitutions, Colonial Charter, and other organics laws...*, Government Printing Office, Washington, 7 vols., 1909. Un resumen y comentario puede verse en R. de Asís, F.J. Ansuátegui y J. Dorado, «Los textos de las colonias de norteamérica y las Enmiendas a la Constitución», en la ya citada *Historia de los derechos fundamentales* (G. Peces-Barba y otros, dir.), tomo II, vol. III, pp. 35 y ss.

⁸⁰ G. Ostrander, *The Rights of Man in America*, University of Missouri Press, Columbia, 1969, p. 88 y s.

cional y ha sido descubierto por las Luces⁸¹. Nos hallamos, pues, ante una idea de Constitución que parte «de la creencia en la posibilidad de una planificación de la vida política, de una racionalización del acaecer político», lo que a su vez representa una proyección de las formas intelectuales de la Ilustración, a saber:

la creencia en la identidad sustancial de los diversos casos concretos y diversas situaciones y, por consiguiente, en su posibilidad de reducción a un mismo módulo y en la capacidad de la razón humana para descubrir dicho módulo⁸².

Por tanto, un modelo de Constitución que es la traslación al Derecho positivo de las categorías propias del Derecho natural.

La herencia iusnaturalista y, en particular, el contractualismo de Locke están muy presentes en la Norteamérica de finales del XVIII, pero esas construcciones filosóficas no son tanto el motor o el impulso de la revolución y de la independencia cuanto su explicación⁸³; si fue Locke y no Rousseau quien triunfó, si el jacobinismo apenas se muestra en la literatura de la época y si la noción de poder constituyente enseguida toma cuerpo en documentos normativos que se postulan como supremos, ello obedece muy principalmente a las circunstancias particulares del proceso emancipador de los colonos. No es posible describir todas esas circunstancias⁸⁴, pero es conveniente recordar al menos dos.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que en América el establecimiento del régimen constitucional se asocia al proceso de independencia de

⁸¹ Vid. G. Zagrebelsky, «Storia e costituzione», en *Il futuro della costituzione*, citado, pp. 40 y ss, quien recuerda un fragmento crítico de Hegel que me parece resume muy bien el alcance de la Constitución racional, aunque tal vez resulte más adecuado para Francia que para Estados Unidos: «...estas abstracciones han producido, por una parte, el primer y más exorbitante espectáculo desde que tenemos conocimiento del género humano: empezar completamente desde el principio y por el pensamiento la constitución de un gran Estado real subvirtiendo todo lo existente y dado y querer darle como base simplemente lo racional imaginado», G.W.F. Hegel, *Filosofía del Derecho* (1820), trad. de E. Vásquez, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, tercera parte, sección 3.^a, par. 258, p. 258.

⁸² M. García Pelayo, *Derecho Constitucional comparado*, citado, p. 34.

⁸³ Vid. P. Comanducci, «La costituzionalizzazione americana: un capitolo nella storia della cultura giuridica europea», citado, p. 464.

⁸⁴ Una explicación a mi juicio muy convincente puede verse en M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia constitucional* (1995), presentación de C. Álvarez, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996, pp. 75 y ss.

la metrópoli y que este último viene motivado justamente en una protesta contra las leyes del Parlamento británico que pretende fundamentarse en los propios principios del Derecho inglés, de manera que la posición política de los revolucionarios tiene algo de restauración y algo de acto fundacional; de restauración de unos derechos que se juzgan conculcados, y de acto fundacional de una nueva entidad política mediante el ejercicio de unos derechos naturales imprescriptibles. La fuerza de los derechos naturales terminará impregnando también a los derechos heredados de los ingleses, que ganarán así en fuerza legitimadora, pero sustancialmente son los mismos derechos de la *Gloriosa Revolución* teorizados por Locke. En otras palabras, lo que cambia no es tanto el contenido de los derechos, y con ello la filosofía política en que descansan, cuanto su función, que es ahora constituir una organización política nueva e independiente. La segunda circunstancia, ésta claramente peculiar frente a lo sucedido en Francia, es que la empresa constitucional no tenía que luchar contra ningún Antiguo Régimen: ni las desigualdades estamentales ni los privilegios jurídicos eran propios de las colonias americanas, lo que significa que los derechos no venían a remover el orden social, sino en cierto modo a confirmarlo. Sostener en Norteamérica la libertad y la igualdad no tenía ni mucho menos el mismo sentido polémico que en Francia; en cierto modo, era sostener algo que ya se tenía en la sociedad y cuya fuerza se hacía valer sólo contra el Parlamento de la metrópoli⁸⁵.

Esto puede explicar que la revolución norteamericana no buscara un legislador virtuoso y omnipotente a fin de emprender la transformación social, sino, al contrario, un legislador limitado que no reincidiese en el desconocimiento de los derechos. La omnipotencia del Parlamento inglés había sido el origen de todos los agravios al violar los derechos históricos. La restauración de estos últimos, ahora en forma de derechos naturales, encuentra así en el legislador su principal foco de desconfianza, no el instrumento para su realización. Los derechos están ahora —y sólo pueden estar— en la Constitución, es decir, en el pacto que concluye el poder constituyente del pueblo y que se postula como una decisión superior frente a los poderes delegados. Como resume Fioravanti,

⁸⁵ Con razón se ha dicho que el constitucionalismo americano «se orienta a institucionalizar un orden que ya existe, mientras que el francés pretende instaurar un orden que no existe todavía», P.P. Portinaro, «Il grande legislatore e il custode della costituzione», en *Il futuro della costituzione*, citado, p. 21.

la realidad primaria y originaria de la experiencia constitucional —el poder constituyente— viene dada para los revolucionarios franceses por *una unidad política capaz de querer, denominada pueblo o nación*; para los revolucionarios americanos, por *un conjunto inviolable de reglas, denominado constitución*⁸⁶.

Nada, pues, de un gobierno revolucionario portador de la soberanía popular, sino un gobierno limitado por la Constitución. El esquema del Derecho natural y del contrato social representaba así la mejor explicación y justificación del nuevo constitucionalismo.

El objetivo de la Constitución era doble: garantizar los derechos naturales e instituir el gobierno. Sin embargo, al igual que ocurría en la doctrina del Derecho natural, la posición e importancia de esos objetivos resultaba muy distinta: naturales e innegociables son sólo los derechos, mientras que las instituciones aparecen como un artificio, como una creación libre de los contratantes, cuya justificación se cifra además en la mejor preservación de los derechos; la legitimidad del poder, por tanto, ya no se basa en un pretendido origen divino o en la tradición, sino en su utilidad al servicio de los derechos. Esta era una de las «verdades», tal vez la principal, que los autores de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) sostenían «por evidentes»⁸⁷: que los hombres «son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad», y que justamente para «garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados». Conviene subrayarlo: los gobiernos no son realidades naturales queridas por Dios, son artificios creados por los hombres con una finalidad concreta, que es preservar sus derechos. Y de ahí que cuando dejan de hacerlo, el pueblo tiene derecho a reformar o abolir esos gobiernos e instaurar otros nuevos; por eso, como dice la Declaración francesa de 1793, «la resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre» (artículo 33). En suma,

⁸⁶ M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales*, citado, p. 90, subrayado en el original.

⁸⁷ Tan evidentes que algunos pensaban que era mejor no incluirlas en ninguna Constitución o Declaración, pues inevitablemente, al hacerlo, se estaría abriendo una facultad de configuración o limitación en favor del legislativo. Como advirtiera Hamilton, los artículos de esa Declaración «contendrían varias excepciones a poderes no concedidos y por ello mismo proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más facultades de las que otorgan», en A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista* (1780), trad. de G. R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, capítulo 84, p. 368.

todo ello debería conducir a un modelo de gobierno y de legislación limitado por la Constitución, básicamente por los derechos⁸⁸.

Como observa Tarello⁸⁹, el distinto estatus de los derechos y de las instituciones se aprecia incluso en el plano lingüístico: los primeros aparecen en tiempo presente, como constataciones de hecho de las que simplemente se levanta acta («Sostenemos por evidentes»), mientras que para la regulación del gobierno se utiliza un futuro imperativo (*shall*); esto es, una forma prescriptiva que denota que tras el enunciado no hay un hecho natural, sino una voluntad política. Lo que sugiere dos técnicas argumentativas distintas: en el campo de los derechos prevalece una argumentación naturalista, que apela a la «naturaleza de la cosa» y no a la presunta intención del legislador o a la oportunidad política; en el campo de las instituciones, en cambio, tienen cabida estas últimas consideraciones referidas a la voluntad de quien dictó la norma o a las exigencias del momento. En otras palabras, los derechos son un asunto de justicia imposible de negociar; lo demás es un asunto de política o de mayorías parlamentarias. En el fondo, sigue siendo ésta la diferencia entre *principios* y *directrices* en un autor como Dworkin⁹⁰.

Parece que el iusnaturalismo racionalista que desemboca en la teoría del contrato social había de conducir irremediamente a la afirmación de la supremacía constitucional y, de ahí, también de forma necesaria al establecimiento de alguna forma de control de las leyes. Y, en efecto, ésta es la impresión que se obtiene de la lectura de un famoso texto de Hamilton, que constituye el capítulo 78 de *El Federalista*, donde con una argumentación rotunda y sencilla se exponen las claves de lo que habrá de ser la *judicial review*. En primer lugar, la Constitución es ley suprema y eso significa que los actos de cualquier autoridad que la vulneren o desconozcan han de tenerse por nulos. La razón es bien simple:

todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante⁹¹.

⁸⁸ De ahí el temor que expresa Madison al despotismo democrático en *El Federalista*, citado, capítulo 10, p. 39.

⁸⁹ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, citado, pp. 610 y ss.

⁹⁰ Vid. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, citado, p. 72.

⁹¹ *El Federalista*, citado, capítulo 78, p. 332.

Sólo el mandante puede revocar el mandato, es decir, alterar la Constitución; pero el mandante no es el cuerpo legislativo, sino el pueblo. Nadie negaría, dice Hamilton,

el principio fundamental del gobierno republicano, que reconoce el derecho del pueblo a alterar o abolir la Constitución en vigor... sin embargo no sería legítimo deducir de este principio que los representantes del pueblo estarían autorizados por esa circunstancia para violar las prevenciones de la Constitución vigente... Mientras el pueblo no haya anulado o cambiado la forma establecida, por medio de un acto solemne y legalmente autorizado, seguirá obligándolo tanto individual como colectivamente⁹².

Más que la rigidez, es la solemnidad o carácter expreso de la reforma lo que hace de la Constitución una verdadera norma superior⁹³, lo que impone la nulidad de toda disposición legislativa que no represente una modificación formal y solemne de la misma.

Por tanto, la función de control sólo puede corresponder a los jueces, cuyo perfil aparece dibujado en *El Federalista* en unos términos que evocan la figura descrita por Montesquieu, a quien expresamente se cita. El poder judicial, formado por magistrados independientes y permanentes, es el más débil de los tres poderes, hasta el punto de que «puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento». A él corresponde la tarea de «declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución»⁹⁴. Hay en estos fragmentos dos precisiones importantes que, desde la perspectiva actual, merecen subrayarse: la primera es que la actividad judicial es discernimiento y no voluntad, lo cual supone aceptar como mínimo que la Constitución es inteligible y que cualquier sujeto medianamente culto puede discernir cuál es su interpretación verdadera; la segunda es que la declaración de nulidad sólo procede

⁹² *Ibidem*, p. 334.

⁹³ Aun cuando algunas veces tiende a identificarse rigidez y supremacía constitucional, sobre todo en el marco del actual debate sobre la legitimidad de la justicia constitucional, conviene distinguir ambos conceptos por las mismas razones que es preciso diferenciar entre reforma y violación de la Constitución. Vid. I. de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 62; R. Guastini, «La Constitución como límite a la legislación», en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, M. Carbonell (comp.), Ed. Porrúa, UNAM, México, 2000, p. 239 y s.

⁹⁴ *El Federalista*, p. 331.

cuando la ley resulte contraria al «sentido evidente» de la Constitución, lo que parece sugerir, utilizando una terminología de nuestros días, que la misma está formada por reglas y no por principios o, si se prefiere, que el juicio de constitucionalidad se basa en la subsunción y no en la ponderación⁹⁵.

Sin embargo, advirtiendo tempranamente una objeción que luego sería reiterada a toda justicia constitucional, Hamilton se pregunta si este modelo no habría de conducir a la supremacía del poder judicial sobre el legislativo. Su respuesta es una oportunidad para fijar con mayor precisión los fundamentos del control judicial. Ante todo, por vía de exclusión, sería inadmisibles que la Constitución hubiese autorizado al legislativo para imponer su voluntad sobre la del pueblo.

Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislativo, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a este último dentro de los límites asignados a su autoridad⁹⁶.

En suma, la interpretación de las leyes es una competencia propia de los tribunales y, al fin y al cabo, la Constitución no deja de ser una ley, aunque fundamental; y del mismo modo que nos parece juicioso y razonable que, en caso de conflicto entre dos leyes, el juez aplique la posterior, así es igualmente plausible que cuando el conflicto se entabla entre normas de distinto valor, se prefiera la de mayor jerarquía. Ciertamente, aún subsiste el riesgo de que los jueces «estuviesen dispuestos a poner en ejercicio la voluntad en vez del juicio... Pero si algo prueba esta observación, sería que no debiera haber jueces independientes de ese cuerpo (legislativo)»⁹⁷; y lógicamente, si los jueces dependiesen de aquel sujeto que ha de ser controlado, serían juez y parte. Me parece que no es exagerada la opinión de García de Enterría: «esta concepción de la Constitución es ella misma la gran creación del constitucionalismo norteamericano, la gigantesca aportación de este constitucionalismo a la historia universal del

⁹⁵ Un juicio semejante a propósito de la etapa inicial de la *judicial review* en Ch. Wolfe, *Las transformaciones de la interpretación constitucional* (1986), trad. de M.G. Rubio de Casas y S. Valcárcel, Civitas, Madrid, 1991, p. 16 y parte primera.

⁹⁶ *El Federalista*, citado, cap. 78, p. 332.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 333.

Derecho»⁹⁸. Y, sin embargo, como es sabido, la *judicial review* no aparece expresamente regulada en la Constitución, siendo más bien el resultado de una paulatina construcción histórica⁹⁹.

b. En la revolución francesa

La concepción americana del constitucionalismo en la que el poder constituyente del pueblo se traduce en una norma suprema llamada a limitar la acción del legislador y en una seria preocupación por garantizar su defensa a través del control judicial, tuvo también un cierto reflejo en la gran revolución europea de finales del siglo XVIII. Es lógico que así sucediese: además de beber en fuentes ideológicas parcialmente comunes, los textos americanos eran bien conocidos en Francia, numerosos constituyentes como Lafayette —cuyo Proyecto fue elaborado bajo los consejos de Jefferson— tenían muy presente el ejemplo del otro lado del Atlántico, e incluso es posible encontrar coincidencias casi textuales entre la Declaración de 1789 y algunos documentos como el *Bill of Rights* de Virginia¹⁰⁰. Lo cierto es que la lectura de algunos artículos de la Declaración francesa nos evoca esa idea de unos derechos naturales que, merced a la Constitución, se imponen a todos los poderes públicos: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» (artículo 1), «la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre» (artículo 2), de modo que «toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución» (artículo 16).

La presencia iusnaturalista en el ambiente de la revolución francesa resulta innegable, e incluso podía hacerse más patente que en América, dado que no necesitaba conjugarse con ninguna fidelidad historicista a los «viejos derechos». Más bien al contrario, el espíritu de creación *ex novo*, de ruptura con el Antiguo Régimen y con el modelo de legitimidad absolutista había de encontrar en los tópicos del Derecho natural su justificación ideológica más

⁹⁸ E. García de Enterría, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, 1981, p. 37.

⁹⁹ Contamos con una excelente descripción del proceso en R.L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, citado, pp. 114 y ss., y la bibliografía que allí se recoge.

¹⁰⁰ Vid. la extensa Presentación de S. Rials al volumen *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, citado, pp. 357 y ss.

oportuna y adecuada. En particular el Preámbulo y los ya citados primeros artículos de la *Declaración* representan un compendio de la concepción iusnaturalista que tuvimos oportunidad de examinar en un epígrafe anterior. Se trata, en primer lugar, de un Derecho natural racional, asentado en «principios simples e incontestables», que no se imponen de forma voluntarista, sino que tan sólo se «exponen» como las verdades evidentes de las ciencias; racional, por tanto, no sólo en el sentido de laico, secular o no revelado, sino también en el sentido antihistórico de que no requiere ninguna confirmación o acuerdo del pasado. Sólo así se explica, como observa Bobbio¹⁰¹, que los derechos se postulen como «imprescriptibles», esto es, cuya titularidad resulta independiente de que se hayan gozado en algún momento precedente; o que se proclame algo a todas luces desmentido por la experiencia, como que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos». No ocurre efectivamente de ese modo, pero es preciso suponerlo para dotar a los derechos de la fuerza irresistible de lo que no está sometido a la voluntad de los hombres. En segundo lugar, se trata también de un Derecho natural subjetivo o, más propiamente, de unos derechos naturales subjetivos que no dejan espacio a ninguna ley natural objetiva reguladora de las instituciones o de la organización social. Y que esto es así lo prueba no sólo que en ningún lugar de la *Declaración* se hable del «Derecho natural», haciéndolo en cambio de los «derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre»; lo prueba, sobre todo, que en la nómina de tales derechos —exhaustivamente, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión— no encontramos ninguna de las viejas leyes divinas o naturales que, más allá de los individuos, habían pretendido legitimar un cierto modelo de dominación en el pasado. Con lo cual queda explicado el tercer rasgo del iusnaturalismo moderno, que es su vocación contractualista o, más simplemente, de instrumentalización del Estado: el poder político es un artificio cuya meta y justificación fundamental es la preservación de los derechos.

Por otra parte, hay que recordar que fue precisamente en la cultura francesa donde se formula una idea que habría de ser determinante para la construcción de cualquier fórmula de control judicial de la ley. Me refiero a la doctrina de la separación de poderes divulgada por Montesquieu y que, como acabamos de ver, representaba junto a la garantía de los derechos la

¹⁰¹ N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, p. 159 y s.

pieza clave del concepto de Constitución usado en la Francia de 1789, al menos en línea de principio. Montesquieu no era ciertamente un iusnaturalista abstracto y racionalista, sino más bien todo lo contrario¹⁰², pero no cabe duda de que su concepción de la ley y de la jurisdicción, de la independencia de los jueces y de su función como depositarios de las «leyes fundamentales» hubiera podido estimular el establecimiento de fórmulas de control en Francia, y de hecho ya se ha señalado que su influencia en *El Federalista* resulta manifiesta. Y es que en Montesquieu es posible apreciar una cierta desconfianza hacia el legislativo, al tiempo que un fortalecimiento del papel y de la actividad de los jueces¹⁰³.

La ideología de la separación de poderes está al servicio de la libertad de los individuos, pues cuando el poder se reúne en una sola mano se abren las puertas a la tiranía y a la opresión¹⁰⁴; en particular, no

hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor¹⁰⁵.

Ahora bien, de los tres poderes el más peligroso parece ser el legislativo, capaz de «asolar al Estado con sus voluntades generales»¹⁰⁶. El legislador tiene una fuerte tendencia a la improvisación y a la innovación innecesaria, cuando no incurre en un pecado de ignorancia¹⁰⁷; por eso las leyes son a veces desproporcionadas, crueles, contrarias en la práctica a los fines que

¹⁰² Vid. F. González Vicen, «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, p. 54.

¹⁰³ G. Rebuffa, *Costituzioni e costituzionalismi*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 62 y s.

¹⁰⁴ «Todo estaría perdido si el mismo hombre... ejerciera los tres poderes», *Del Espíritu de las leyes* (1748), trad. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno, Tecnos, Madrid, 1972, libro XI, capítulo VI, p. 151.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 152. Conviene advertir que si bien Montesquieu habla de la «voluntad general» del Estado para referirse al poder legislativo, éste no viene atribuido al pueblo como suma de individuos, sino más bien de forma conjunta al pueblo y a la nobleza; esto es, el poder legislativo se reparte de modo estamental.

¹⁰⁷ «Los más de los legisladores han sido hombres de cortas luces... y casi nunca han seguido más norte que sus antojos o sus preocupaciones... No pocas veces han abrogado sin necesidad las (leyes) que venían establecidas», *Cartas persas* (1717-21), trad. de J. Marchena (1818), Ed. Orbis, Barcelona, 1985, cxxix, p. 172.

dicen perseguir, prolijas, reiterativas, oscuras, vagas, etc.¹⁰⁸. Frente a este voluntarismo, que ciertamente debe ser domeñado por una ilustrada ciencia legislativa¹⁰⁹, el poder judicial aparece dibujado en términos cognoscitivos o de racionalidad: el juez es «el instrumento que pronuncia las palabras de la ley», hasta el punto de que cabe decir que su poder es «nulo»¹¹⁰; es decir, el juez es aquel sujeto que carece de fuerza y de voluntad y que sólo posee discernimiento, como leíamos en Hamilton.

En la monarquía moderada que prefiere Montesquieu los jueces encarnan además el principal «poder intermedio», que asegura la pervivencia de las leyes fundamentales y constituye el mejor depósito de la Constitución, pues «si en el Estado no hubiera más que la voluntad momentánea y caprichosa de uno solo, nada podría tener firmeza y, por consiguiente, no habría ninguna ley fundamental»¹¹¹. Como observa García de Enterría, esta concepción parece ir más allá de la mera separación de poderes, pues a través del *depósito de las leyes* «asigna a los jueces, entendidos como “cuerpos políticos”, la defensa de la Constitución» frente al legislador¹¹². Así entendida, la independencia judicial se alza contra el riesgo de despotismo y constituye, por tanto, la primera garantía de la libertad de los individuos¹¹³; de haber triunfado en la revolución francesa, es muy probable que la justicia constitucional hubiese podido prosperar en paralelo a su consolidación en norteamérica.

Es verdad que, como luego veremos, los acontecimientos no se decantaron en favor de ningún «gobierno de los jueces», sino más bien en favor del «legicentrismo», de la omnipotencia del legislador y, por tanto, en contra de toda forma de control de la ley. Pero ello no significa que la opción norteamericana y las preocupaciones a las que ella respondía estuviesen por completo ausentes del escenario europeo¹¹⁴. Este es el caso de Con-

¹⁰⁸ El libro xxxix del *Espíritu de las leyes* constituye todo un elenco de los vicios de la legislación, al tiempo que una guía para el desarrollo de una buena técnica legislativa.

¹⁰⁹ Vid. V. Zapatero, «El club de los nomófilos», *Cuadernos de Derecho Público*, 3, 1998, pp. 66 y ss.

¹¹⁰ Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*, citado, libro xi, capítulo vi, pp. 152 y 156.

¹¹¹ *Ibidem*, libro ii, capítulo iv, p. 61.

¹¹² E. García de Enterría, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Taurus, Madrid, 1972, p. 46.

¹¹³ Vid. S. Goyard-Fabre, *La Philosophie du Droit de Montesquieu*, Klincksieck, París, 1973, p. 240.

¹¹⁴ Sobre las distintas iniciativas de control de constitucionalidad que se sucedieron durante el periodo revolucionario puede verse el capítulo v del libro de M. Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milán, 1957.

dorcet, tal vez el mejor representante de la filosofía ilustrada que participa directamente en la revolución, buen conocedor de los acontecimientos de América¹¹⁵ y redactor del Proyecto de Constitución girondina de 1793. La afirmación de la supremacía de los derechos del hombre y la necesidad de limitar al legislador resulta muy clara en Condorcet: «el fin de toda Constitución es mantener a los ciudadanos en el ejercicio más pleno de sus derechos naturales. Ningún poder puede violar estos derechos»¹¹⁶ y para ello es preciso reunirlos en una declaración, «exponerlos con claridad y en modo detallado, publicar esta declaración con solemnidad, estableciendo que el poder legislativo no podrá, cualquiera que sea su forma, ordenar nada que viole estos artículos»¹¹⁷.

Condorcet es perfectamente consciente de que la ley puede ser injusta, es decir, contraria a los derechos del hombre, pero también es incapaz de imaginar algo parecido a la *judicial review*. Su fe en las cualidades morales del legislador es quebradiza, pero frente a ello sólo se le ocurre apelar directamente al pueblo. En efecto, antes de la revolución, en la *Vie de M. Turgot*, Condorcet distingue entre: la libertad natural, que es en sentido lockeano el derecho de hacer todo aquello que no daña a los demás; la libertad civil, que consiste en no obedecer más que a las leyes; y la libertad política, que supone no obedecer otras leyes que aquellas a las que se haya prestado el consentimiento, directamente o por medio de representantes. Lo que significa que un gobierno legítimo, respetuoso con la libertad política, puede sin embargo ser injusto y violar los derechos del hombre; o, lo que es lo mismo, que la voluntad general o la libertad política rousseauiana pueden ser contrarias a la libertad natural: «la tiranía es la violación de un derecho natural realizado por un poder legítimo o ile-

¹¹⁵ Fue miembro de la Sociedad Americana de Filosofía a propuesta de Franklin, buen conocedor de la obra de Paine y Jefferson y autor del ensayo titulado *L'influence de la Révolution d'Amérique sur l'Europe* (1776). Las *Oeuvres* de Condorcet fueron editadas en doce volúmenes por M.F. Arago y A. Condorcet-O'Connor, Firmin Didot, París, 1847-49, facsímil de F. Frommann Verlag, Stuttgart-Bad Connstatt, 1968. Vid. E. y R. Badinter, *Condorcet. Un intellectuel en politique*, Fayard, París, 1988; también J. de Lucas, «Condorcet: la lucha por la igualdad en los derechos», en el vol. II del tomo II de la *Historia de los derechos fundamentales*, citado, pp. 297 y ss.

¹¹⁶ Texto inédito de Condorcet citado por G. Gusdorf, *La conscience révolutionnaire. Les idéologues*, Payot, París, 1978, p. 194.

¹¹⁷ Condorcet, *Idées sur le despotisme à l'usage de ceux qui prononcent ce terme sans l'entendre*, vol. IX, p. 165 de las *Oeuvres*, citado por G. Magrin, *Condorcet: un costituzionalismo democratico*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 99.

gítimo»¹¹⁸. ¿Cómo resolver el conflicto? La solución americana ya la conocemos, pero parece que las condiciones de Francia en la última década del siglo ni siquiera permiten plantearla; la solución, que por lo demás podía inspirarse también en alguno de los documentos de Estados Unidos, consiste en apelar al pueblo mediante un derecho de censura de las leyes ordinarias, así como mediante distintas fórmulas de reforma constitucional y *referendum*.

Los 402 artículos de la Constitución girondina, «uno de los resultados más significativos de la ilustración jurídica y una de las máximas expresiones del reformismo legislativo democrático de todos los tiempos»¹¹⁹, representan uno de los intentos más singulares por conciliar soberanía popular y representación política e incorporan una de las fórmulas más articuladas y alambicadas de control popular y no judicial de la ley. Frente a la democracia directa, cuyos resultados son justos e incontrolables por definición, Condorcet diseña un sistema representativo o de separación entre el cuerpo político y el cuerpo electoral; pero frente a las interpretaciones posteriores de la democracia representativa, que acudían a la ficción de considerar a los mandatarios como la viva voz del pueblo y, por tanto, también incontrolables, la preocupación fundamental del Proyecto de Condorcet es evitar la expropiación de la soberanía por parte de los representantes, es decir, evitar la violación de la Constitución en que se manifiesta aquella soberanía por parte del poder legislativo. Inspirándose seguramente en Estados Unidos, aunque esta vez en una experiencia llamada a no tener éxito¹²⁰, las «asambleas primarias» o de distrito fueron la pieza clave no sólo para asegurar la participación del pueblo en las más heterogéneas decisiones, desde el nombramiento de los ministros a la elección de los diputados, sino también para ejercer la censura de las leyes y poner en marcha la reforma constitucional¹²¹.

¹¹⁸ Condorcet, *Idées sur le despotisme*, citado, p. 164. Vid. L. Jaume, Prefacio a *Les Déclarations des droits de l'homme*, Flammarion, París, 1989, p. 59 y s.

¹¹⁹ El juicio es de R. Martucci, «La Constitución inencontrable. Conflicto político y estabilización constitucional en Francia durante la transición de la monarquía a la república» (1789-1799), en *Fundamentos*, 2, 2000, p. 238.

¹²⁰ Me refiero al Consejo de Censores ideado por la Constitución de Pennsylvania de 1776. Sobre ello vid. G. Magrin, *Condorcet, un costituzionalismo democratico*, citado, p. 150.

¹²¹ En el primer constitucionalismo francés da la impresión de que la ausencia de una justicia constitucional se quiere compensar con la frecuente apelación al poder constitu-

En efecto, según el artículo 27 del Título VIII, el derecho de censura habría de ejercerse «sobre toda ley y en general sobre todo acto de legislación contrario a la Constitución». El procedimiento podía ser instado por un solo ciudadano y, tras un complejo mecanismo de votaciones y ratificaciones, desembocaba en un requerimiento al cuerpo legislativo a fin de que modificase la ley cuestionada. Si éste rechazaba la petición y las asambleas primarias insistían en sus objeciones, se disolvía el parlamento, procediéndose a nuevas elecciones; si, por el contrario, la asumía y acordaba reformar la ley, aún cabía que el asunto fuese sometido a referéndum si lo solicitaban la mayoría de las asambleas primarias. Una solución semejante se arbitra para la reforma «incidental» de la Constitución, dado que ésta, como se ha indicado, preveía su revisión obligatoria cada veinte años. En suma, un tortuoso sistema de control popular negativo y *a posteriori*¹²², que no fue, desde luego, el único que se propusiera en los años de la revolución; lo que pone de relieve que la preocupación por la defensa de la Constitución y por las posibles extralimitaciones del legislador no fueron en modo alguno ajenas a la ideología de girondinos y jacobinos¹²³. Y, sin embargo, con independencia ahora del fracaso histórico de estas fórmulas, llama la atención el olvido del poder judicial como instancia llamada a ejercer el control; la propia Constitución girondina, que tan minuciosamente intentaba asegurar

yente del pueblo, depositando en éste la tarea que no se desea encomendar a los jueces. Así, en la Declaración que acompaña al Proyecto girondino puede leerse que «un pueblo conserva siempre el derecho de revisar, reformar o cambiar su Constitución. Una generación no tiene el derecho de vincular con sus leyes a las generaciones futuras, y toda herencia en los cargos es absurda y tiránica» (artículo 33), y de hecho se establecía una revisión preceptiva cada veinte años; en análogos principios se inspiraba la Constitución jacobina de 1793.

Esta predilección por la reforma popular del texto sobre su conservación judicial, fórmulas ambas que conducían a una limitación del legislador ordinario, pudiera interpretarse como un alejamiento de las fuentes racionalistas que pretendían dar vida a una obra perfecta y definitiva de las Luces. Sin embargo, de nuevo la versatilidad del Derecho natural permite comprender ambas opciones: la perdurabilidad parece responder a una concepción objetivista de la ley natural; mientras que el recurso frecuente al pueblo, depositario del poder constituyente, encarnaría una visión subjetivista de los derechos naturales. Como observa Zagrebelsky, he aquí la característica reversibilidad del iusnaturalismo: «del objetivismo de la verdad al subjetivismo de la voluntad», «Storia e costituzione», citado, p. 45.

¹²² En el sentido de que la intervención popular no tenía por objeto participar en el proceso de elaboración de la ley mediante su ratificación, sino que era sucesiva a la aprobación de la misma y se enderezaba a eliminar aquéllas que se juzgasen inconstitucionales.

¹²³ Vid. un estudio de las sucesivas propuestas en R. L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, citado, pp. 268 y ss.

la fidelidad del legislador a la Constitución, prohibía taxativamente a los jueces, no ya suspender la ejecución de una ley, sino incluso interpretarla (Título X, Sección 1, artículo 6)¹²⁴.

Tan sólo cabe registrar una excepción siquiera parcial: el proyecto de un *jury* o de una *jurie constitutionnaire* presentado por E. Sieyès en sus discursos parlamentarios de 2 y 18 termidor del año III de la República. Tal vez junto con Condorcet, Sieyès fue el personaje que en los convulsos años de la revolución intentó perfilar de una forma más consecuente un modelo constitucional para el nuevo régimen¹²⁵; en su más famosa obra, *¿Qué es el tercer estado?*, nos ofrece una concepción fuertemente democrática que apela a la nación como única fuente de la soberanía, pero al mismo tiempo una defensa del sistema representativo regulado y, por tanto, sometido a la Constitución: «la nación existe antes y es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella no hay más que el Derecho natural»¹²⁶; pero como la nación no puede actuar por sí misma, al menos en los Estados de cierta importancia, es preciso contar con un cuerpo de representantes que ejerzan el poder legislativo. Sin embargo, los representantes no son la nación, que actúa sin sujeción a normas positivas, sino un órgano que necesita de una Constitución:

los representantes, a quienes se les confía el poder legislativo o el ejercicio de la voluntad común, no existen sino en la forma con que la nación ha querido configurarles. No son nada sin sus fórmulas constitutivas; sólo actúan, gobiernan y mandan a través de ellas¹²⁷.

¹²⁴ Ya antes la famosa ley de 16-24 de agosto de 1790 había prohibido que los tribunales interviniesen «directa o indirectamente... en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de las leyes», lo que se completaría con la incorporación a la Constitución de 1791 del *référé législatif*, que confería a la propia Asamblea la facultad última de interpretación de las leyes, vid. M. Troper, *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1980, pp. 58 y ss.

¹²⁵ Además de la clásica obra de P. Bastid, *Sieyès et sa pensée* (1939), Slalkine Reprints, Ginebra, 1978, vid. la más reciente de P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Odile Jacob, París, 1998.

¹²⁶ E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?* (1789), en J. Godechot, *La pensée révolutionnaire en France et en Europe*, A. Colin, París, 1969, p. 83, por donde cito. Hay una edición española a cargo de R. Máiz, en *El tercer estado y otros escritos*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 82.

En consecuencia, la Constitución «es una Ley fundamental anterior a toda ley aprobada por la mayoría»¹²⁸.

Hemos dicho que por encima del pueblo soberano sólo está el Derecho natural, y esto se convertirá en algo más que una simple apelación retórica; como vimos que sucede en el iusnaturalismo racionalista, el Derecho natural se agota en realidad en los derechos naturales. Tras el periodo del Terror, Sieyès se aleja de los muy divulgados planteamientos del *Contrato Social* y escribe que «hablar de la soberanía del pueblo como carente de límites constituye un grave error»; todo poder tiene sus límites en la preservación de aquel objetivo que guía a los hombres cuando deciden entrar en sociedad y que no es otro que la mejor defensa de sus derechos naturales¹²⁹. De manera que la Constitución no es simplemente un pacto, «no es una transacción entre voluntades arbitrarias. Por el contrario, todo parte de los derechos del hombre y se desarrolla, a partir de ellos, por medio de un encadenamiento de verdades necesarias»¹³⁰; si en 1789 resultaba que la voluntad de la nación era la ley misma y nada había «antes que ella», ahora resulta que «los derechos del hombre son, pues, anteriores a todo y nada pierden al entrar aquél en sociedad»¹³¹. El esquema está perfectamente cerrado: primero, los derechos del hombre; después, la Constitución que los garantiza; y, finalmente, la representación política que ha de ser fiel a los derechos y a la Constitución¹³².

Pero, aunque parezca casi obvio desde el momento en que se distingue entre representantes y representados, entre poder constituyente y constituido, nadie se ha planteado la defensa de esa Constitución que es la encarnación del mandato de la nación; al contrario, se ha prohibido expresamente a los jueces cualquier forma de control sobre el legislador. Esto es lo que lamenta Sieyès cuando expresa la necesidad de un Tribunal Constitucional

¹²⁸ E. Sieyès, «Límites de la soberanía» (1794), en *Escritos y Discursos de la Revolución*, edición de R. Máiz, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 248.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 249.

¹³⁰ E. Sieyès, «Fundamentos del Estado» (1794), en *Escritos y Discursos de la Revolución*, citado, p. 233.

¹³¹ *Ibidem*, p. 236.

¹³² Con razón observa R. Máiz el peculiar modo francés de constitucionalizar los derechos. «Por una parte, la Declaración contiene los derechos entendidos como principios de derecho natural que el legislador constituyente y ordinario no pueden violar. Por otra, la Constitución, en sentido estricto, positiva las garantías de aquéllos en cuanto derechos positivos», *ibidem*, p. 237, nota 2.

a partir de una nítida concepción de la Constitución misma como norma jurídica obligatoria:

Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada. Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código... Todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de su infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas obedecer¹³³.

La separación de poderes, la apelación al pueblo mediante la fórmula del referéndum u otras formas de control político y el propio derecho de resistencia a la opresión, que fueron los mecanismos más corrientemente invocados durante la revolución francesa para limitar el poder, se conjugan en Sieyès con un procedimiento institucionalizado mucho más parecido a lo que pueda ser la justicia constitucional.

Ciertamente, el modelo de Sieyès combinaba elementos jurisdiccionales con otros más políticos y previsiblemente, de haber prosperado, hubiese resultado poco operativo. El principal motivo es que estaba formado nada menos que por 108 miembros de procedencia parlamentaria que habían de renovarse anualmente por tercios mediante un sistema de cooptación: los 72 «jueces» que permanecían en el cargo elegían a los nuevos 36 de entre los legisladores que cesaban en esa misma época del año. Sin embargo, la propuesta contenía también rasgos de indudable naturaleza jurisdiccional. En primer lugar, el propósito de delimitar con rigor el ámbito competencial, distinguiendo entre los atentados contra la Constitución imputables a un sujeto responsable —por ejemplo, un delito de traición— que quedaban relegados a la jurisdicción ordinaria, y los que Sieyès llama actos *irresponsables*, singularmente las leyes producidas por el cuerpo legislativo. Legitimados para reclamar estarían el Consejo de los Ancianos y el Consejo de los Quinientos, pero también, y esto merece subrayarse, las minorías parlamentarias, asumiendo con ello una concepción de la Cámara y de la representación política menos rousseauiana, como el escenario de la lucha entre mayorías y minorías y no como la expresión de una mística voluntad común. Sieyès duda acerca de si conviene abrir el Tribunal a las reclama-

¹³³ E. Sieyès, «Opinión sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional», en *Escritos y Discursos de la Revolución*, citado, p. 276.

ciones individuales en defensa de los derechos, pero finalmente no tiene más remedio que ceder: «rindamos este homenaje a la libertad individual, que constituye la razón última del entero orden político»¹³⁴, aunque eso sí, amenazando con una multa de policía si la demanda carecía de fundamento. Y, en fin, un claro sabor jurisdiccional tenían estas otras previsiones: que las decisiones del Tribunal llevarán el nombre de sentencias (artículo VII), que las mismas serán dictadas siempre a instancia de los sujetos legitimados y no por propia iniciativa (artículo XVII), lo que hace del Tribunal un órgano pasivo o judicial y no activo o político, y que los actos declarados inconstitucionales serán nulos de pleno derecho (artículo VIII).

Además, el Tribunal contaba con dos atribuciones suplementarias, una de reforma constitucional y otra de difícil calificación, pero a medio camino entre la cuestión de inconstitucionalidad y la legislación retroactiva. Efectivamente, cada diez años el Tribunal debía presentar un *Cuaderno de proposiciones* para la reforma de la Constitución, iniciando así un procedimiento que seguía en las asambleas primarias y culminaba en el Consejo de los Ancianos. Mayor interés tiene la segunda competencia: la décima parte de los componentes de este singular órgano habría de constituirse en *Tribunal de equidad natural* (artículo XIV), que Sieyès designa en otro momento como *Tribunal de los derechos del hombre*¹³⁵, y cuya función parecía consistir en la protección de las libertades en todos aquellos casos en que la ley positiva no hubiese arbitrado medios de tutela; en concreto, se trataría de emitir una sentencia de equidad natural cuando los tribunales ordinarios no hubiesen podido juzgar por «falta de ley positiva aplicable al caso o no haber podido hacerlo en contra de su conciencia». Al margen de otras consideraciones técnicas, esta competencia revelaba una auténtica concepción normativa y constitucional de los derechos, que podían hacerse valer sin necesidad de ninguna mediación legal.

Como es bien sabido, ni la propuesta de Sieyès ni ninguna otra tendente a la creación de algo parecido a una justicia constitucional lograron prosperar en la Francia revolucionaria¹³⁶ y menos aún a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX. El triunfo de la omnipotencia de la ley y la siempre reiterada prohibición de cualquier forma de control jurisdiccional se explica

¹³⁴ *Ibidem*, p. 282.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 288

¹³⁶ Sobre el interesante debate a que dio lugar el discurso de Sieyès, vid. R. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, citado, pp. 301 y ss.

por distintas causas y, lo que aquí interesa más, podía justificarse en una versión distinta y no menos poderosa del contrato social. Lo veremos de inmediato, pero no deja de ser llamativo que, cuando cien años después de estos acontecimientos el profesor Boutmy se disponga a defender la originalidad francesa de la *Declaración* de 1789, exprese con gran perspicacia y también con curiosa complacencia la diferencia fundamental entre el constitucionalismo de los dos lados del Atlántico:

Todas las Declaraciones de los Estados Unidos han sido concebidas de manera que pudieran ser invocadas ante los tribunales. Los americanos tenían la idea fija de que les servirían de base para más de un proceso ante la Corte Suprema de su Estado... Para los franceses, la Declaración no es sino una pieza de oratoria, los artículos se presentan vacíos, desarmados, o si acaso armados de su propia solemnidad, del imperio de la verdad sobre los hombres. Ningún tribunal los invocará ni podrá fundamentar en ellos los considerandos de un juicio. Los franceses escriben para enseñar al mundo... La Declaración de Derechos francesa está escrita en el estilo sobrio y audaz de un filósofo... Las Declaraciones de Derechos americanas están redactadas en esa lengua un poco meticulosa y copiosa del jurista... No hay en todo el mundo dos documentos más diferentes¹³⁷.

Sin duda, este último juicio de Boutmy resulta exagerado, y aquí hemos intentado mostrar que existe también un constitucionalismo francés parangonable al americano: la afirmación de los derechos individuales como fundamento del orden político, el contrato social y, por tanto, el consentimiento como justificación del poder estatal, la idea de poder constituyente y el reconocimiento del derecho de resistencia a la opresión, la preocupación por la defensa de la Constitución frente a las posibles extralimitaciones del legislador, son todos elementos que encontramos tanto en América como en Europa, aunque sea con un acento distinto y con una operatividad histórica también diferente. En lo que sí tenía razón Boutmy, y no es poco, es en el papel de los jueces; algo que determinará la decantación de dos modelos cada vez más alejados, al menos hasta mediados del siglo xx. Y esto ya lo advirtió Tocqueville:

¹³⁷ E. Boutmy, «La Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano y M. Jellinek» (1902), en G. Jellinek, E. Boutmy y otros, *Orígenes de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano*, citado, p. 131 y s.

en las naciones de Europa, los tribunales no juzgan más que a los particulares, pero se puede decir que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos hace comparecer a soberanos en el banquillo... Sin ellos la Constitución sería letra muerta¹³⁸. El poder concedido a los tribunales americanos de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes, encerrado en sus límites, forma todavía una de las barreras más poderosas que se hayan construido nunca contra la tiranía de las asambleas políticas¹³⁹.

Esta radical diferencia entre Europa y América revela una distinta disposición de las prerrogativas del poder y del alcance de los derechos: en Europa,

el gobierno ha mostrado siempre una gran repugnancia a dejar zanjar a la justicia ordinaria cuestiones que le interesaban a él mismo. Esa repugnancia es naturalmente tanto mayor cuanto el gobierno es más absoluto. A medida que la libertad aumenta, por el contrario, el ámbito de las atribuciones de los tribunales va ensanchándose¹⁴⁰.

III. LA IDEOLOGÍA DEL LEGALISMO. DEL CONTRATO SOCIAL A LA SUPREMACÍA DE LA LEY

Los documentos constitucionales franceses del periodo revolucionario ofrecían numerosas huellas del pensamiento iusnaturalista, del contractualismo lockeano, de Montesquieu, en una palabra de todo aquello que influyó en la independencia norteamericana y que se tradujo en la idea de supremacía constitucional y en su corolario, el control judicial de constitucionalidad; y en esto habría que dar la razón a Jellinek. Pero no hay una filosofía de 1789 homogénea, simple y unívoca, sino más bien un «espacio intelectual del 89», heterogéneo, complejo, a menudo equívoco y mudable¹⁴¹. Así, junto a todas las influencias que se han señalado, en la Declaración resulta llamativa la persistente invocación a la ley: «la ley es la expresión de la voluntad general» (artículo 6), fija los límites de nuestros derechos (artículo 4), es la

¹³⁸ A. de Tocqueville, *La democracia en América* (1835-40), ed. de E. Nolla, Aguilar, Madrid, 1989, vol. I, p. 145.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 102.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 145.

¹⁴¹ S. Rials, Presentación al volumen *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, citado, p. 154.

fuentes de las obligaciones (artículo 5), establece las conductas delictivas y las correspondientes penas (artículo 8), define el orden público dentro del cual se ejercen las libertades (artículo 10); en suma, es la ley y no la Constitución o, mejor dicho, es la ley por delegación de la Constitución quien establece en lo fundamental la posición del individuo frente al Estado; algo impensable en Norteamérica, y en esto creo que tenía razón Boutmy. Pero también esta segunda forma de ver las cosas podía apelar a la autoridad del contrato social y en último término del Derecho natural, lo que una vez más nos muestra la capacidad de adaptación de ambas doctrinas.

El legalismo, al menos en la formulación inicial que conoció la revolución francesa, no debe identificarse con la pura y simple renuncia a toda pregunta acerca de la justicia de la ley, como luego tal vez haría un cierto positivismo decimonónico. Más bien al contrario, lo que mueve a Rousseau es la búsqueda de la justicia o, si se prefiere, del Derecho natural¹⁴², aunque rechace el método tradicionalmente utilizado para determinar esas leyes de la naturaleza:

definiendo esa ley cada cual a su modo, la fundan todos en unos principios tan metafísicos que, aun entre nosotros, se cuentan bien pocos en situación de comprender tales principios... Se empieza por buscar aquellas normas que, en pro de la utilidad común, convendría que los hombres aceptasen... y luego se da el nombre de ley natural a la compilación de esas normas, sin otra prueba que el bien que se piensa que resultaría de su práctica universal¹⁴³.

Si no es posible conocer con seguridad esas leyes naturales, difícilmente podrá fundarse en ellas la legitimidad de las leyes positivas. Pero entonces, siendo tan inciertos los mandatos del Derecho natural, ¿en qué cifrar la justicia de las leyes positivas?, ¿cómo «bendecir sin tregua el venturoso instante» en que el hombre abandonó el estado de naturaleza y en que, «de un animal estúpido y limitado, se transformó en ser inteligente y en hombre»¹⁴⁴?

¹⁴² Aunque Rousseau es un convencionalista y no un iusnaturalista, siguen presentes en él motivos y argumentos de la escuela de Derecho natural, vid. R. Derathe, J.J. *Rousseau et la science politique de son temps*, J. Vrin, París, 1970.

¹⁴³ J.J. Rousseau, «Discuso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres», citado, p. 143 y s.

¹⁴⁴ J.J. Rousseau, «El contrato social» (1762), en *Escritos de combate*, citado, libro I, capítulo VI, p. 415.

La respuesta se encuentra en las cláusulas del contrato social¹⁴⁵, despojado ahora de todo contenido sustantivo condicionante de la voluntad de los asociados, es decir, despojado de los derechos naturales. En realidad, la única cláusula es esta: «la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad», pues de ese modo, siendo la condición igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa para los demás¹⁴⁶. El contrato social así concebido, más que el acto fundacional de la sociedad política, es un modelo para su actuación permanente, el principio que debe inspirar toda ley, donde el único límite es que las decisiones sean iguales para todos; como ha señalado Cassirer, «se cancela la mera voluntad particular en cuanto tal, que ya no exige por sí misma, sino que persiste y quiere tan sólo dentro de la voluntad total, en la *volonté générale*»¹⁴⁷. La ley es la expresión de la voluntad general y, por tanto, de la soberanía¹⁴⁸; pero es también garantía de la justicia, pues si se cumplen las condiciones requeridas el resultado habrá de ser necesariamente justo. No cabe preguntarse «si la ley puede ser injusta, puesto que nadie es injusto consigo mismo», ni cuál es el ámbito de autonomía frente al Estado, porque la libertad consiste precisamente en el sometimiento a la ley que uno se ha prescrito¹⁴⁹. El problema de la libertad civil no se centra, pues, en la cantidad de poder que acumula el Estado, sino en su cualidad o fundamento.

Para los iusnaturalistas los derechos eran un dato previo que el Derecho positivo tan sólo venía a sancionar con la fuerza del Estado. En cambio, para Rousseau hay una especie de vaciamiento del Derecho natural, que es sustituido por la voluntad general o, como diríamos hoy, por un procedimiento imparcial de adopción de decisiones; no existen propiamente derechos del hombre derivados de una presunta ley natural, sino más bien derechos del ciudadano decididos por la ley: en el estado civil «todos los derechos están

¹⁴⁵ La lectura del contrato social de Rousseau ha dado lugar a múltiples y contradictorias interpretaciones, que no procede examinar aquí. La que ahora presentamos, con independencia de que sea la más acertada o fiel al pensamiento del autor, es aquella que sirvió de fundamento al mito de la ley, es decir, a la concepción de ésta como instrumento seguro de la justicia.

¹⁴⁶ J.J. Rousseau, «El contrato social», citado, libro I, capítulo VI, p. 411.

¹⁴⁷ E. Cassirer, *Filosofía de la Ilustración* (1932), trad. de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1950, p. 289.

¹⁴⁸ La voluntad general «es un acto de soberanía y hace la ley», J.J. Rousseau, «El contrato social», citado, libro II, capítulo II, p. 422.

¹⁴⁹ *Ibidem*, libro II, capítulo VI, p. 432.

determinados por la ley»¹⁵⁰. Una ley que ciertamente parece que tan sólo ha de cumplir una condición, acaso la única exigencia que queda del Derecho natural, y es que frente a ella todos los ciudadanos se sitúan en una posición de igualdad, tanto en su papel de legisladores como de destinatarios de la norma: «cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo... la materia sobre la cual estatuye es general, lo mismo que la voluntad que estatuye»¹⁵¹. Entonces, la ley ha de ser necesariamente recta porque, confundiendo autor y destinatario, nadie dará su aprobación a una ley arbitraria o injusta que luego se verá obligado a padecer. «Lo que demuestra», dice Rousseau, «que la igualdad de derecho y la noción de justicia que origina provienen de la importancia que cada cual se atribuye y, por lo tanto, de la naturaleza del hombre»¹⁵².

La condición de la justicia de la ley ya no es material o sustantiva, como en el iusnaturalismo precedente, sino formal y procedimental. Pero formalidad no equivale a arbitrariedad. Aunque históricamente el resultado pudiese ser ese, en Rousseau ni la ley es cualquier norma, ni el legislador es cualquier sujeto; «harían falta dioses para dar leyes a los hombres», llega a proclamar¹⁵³. Sin llegar tan lejos, es preciso que la ley repose en la voluntad general, lo que, como ya sabemos, sólo sucede cuando «todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo»; pero es necesario también que la propia ley sea general, esto es, que considere «a los súbditos en conjunto, y las acciones como abstractas, jamás a un hombre en cuanto individuo ni una acción como particular»¹⁵⁴, pues esa es la verdadera condición de la justicia e igualdad de la ley. En realidad, dice Rousseau, quien manda en los hombres no debería mandar en las leyes y quien manda en las leyes no debe hacerlo en los hombres, pues la «santidad» de la ley requiere alejarse de las pasiones y de los objetivos particulares¹⁵⁵.

Estamos muy cerca del ideal kantiano del *reino de los fines* donde la racionalidad de la ley descansa en su generalidad, es decir, en prescindir de todo fin particular que alimente el egoísmo¹⁵⁶. En una terminología más

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 431.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*, libro II, capítulo IV, p. 426.

¹⁵³ *Ibidem*, libro II, capítulo VII, p. 433.

¹⁵⁴ *Ibidem*, libro II, capítulo VI, p. 431.

¹⁵⁵ *Ibidem*, libro II, capítulo VII, p. 434.

¹⁵⁶ «Por reino entiendo el enlace sistemático de los distintos seres racionales por leyes comunes. Mas como las leyes determinan los fines, según su validez universal, resultará que, si prescindimos de las diferencias personales de los seres racionales y asimismo de

moderna, parece que el legislador rousseauiano habría de actuar revestido de un velo de ignorancia que garantizase su imparcialidad; a la hora de convenir los principios de justicia, escribe Rawls, «tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio beneficio»¹⁵⁷, es decir —tal vez hubiera podido añadir Rousseau—, hemos de prescindir de los «hechos particulares» que generan el egoísmo. Es más, sin el conocimiento de esas particularidades que nos asegura el velo de ignorancia, «la exigencia de unanimidad no está fuera de lugar y el hecho de que pueda ser satisfecha cobra una gran importancia»¹⁵⁸. Por tanto —y creo que esto merece subrayarse porque a veces se olvida en aras de una concepción formal de la ley— la voluntad general no encierra sólo una exigencia dirigida al productor de la norma, que ha de ser todo el pueblo, sino también un requerimiento a la propia estructura de la ley, que ha de ser precisamente abstracta y general.

Si la voluntad general y la ley han de ser necesariamente rectas, carece lógicamente de sentido pensar en cualquier limitación constitucional y, por lo mismo, en alguna fórmula de control judicial de la ley:

es contrario a la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que no puede infringir... por donde vemos que no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el conjunto del pueblo, ni siquiera el contrato social¹⁵⁹.

Es verdad que en el Libro IV del *Contrato social* Rousseau parece tomar conciencia de la tensión entre la voluntad del pueblo y la acción ordinaria de gobierno, concibiendo un «tribunado» o «defensor de las leyes», que «no debe tener porción alguna de poder legislativo ni del ejecutivo... no pudiendo hacer nada, puede impedirlo todo»¹⁶⁰. Sin embargo, y al margen de que el propio autor advirtiera frente al peligro de usurpación de un cuerpo

todo contenido de sus fines privados, podrá pensarse un todo de todos los fines... en enlace sistemático; es decir un reino de los fines», I. Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), trad. de M. García Morente, Espasa-Calpe, 8.ª ed., Madrid, 1983, p. 90.

¹⁵⁷ J. Rawls, *Teoría de la Justicia* (1971), trad. de M.D. González, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1979, par. 24, p. 163.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 168 y s.

¹⁵⁹ J.J. Rousseau, «El Contrato social», citado, libro I, capítulo VII, p. 413.

¹⁶⁰ *Ibidem*, libro IV, capítulo V, p. 510.

tan temible, que por ello mismo no debería tener carácter permanente, ya sabemos que las escasas iniciativas de este tipo que hubo durante la revolución finalizaron en fracaso.

En realidad, el planteamiento rousseauiano, que tanto había de contribuir a forjar el mito de la santidad de la ley, podía exhibir un origen ideológico al menos tan asentado y elaborado como el del contractualismo que en América dio vida al constitucionalismo. El postulado absolutista de que un poder ilimitado es consustancial a las sociedades políticas y de que no ha de representar en sí mismo ninguna amenaza para los individuos, se transmite al despotismo ilustrado y desde ahí enlaza con la democracia de Rousseau. En el racionalismo del siglo XVIII algunos creyeron, en efecto, que la justicia del Derecho dependía, no tanto del respeto a unos inmutables principios sustantivos, no tanto de la limitación del poder soberano desde una instancia externa, cuanto más bien de las cualidades intrínsecas del propio sujeto legislador; o quizás, más exactamente, creyeron que el respeto a los principios de justicia, que debería hacer del Derecho positivo el paraíso mundano del Derecho natural, vendría garantizado por un legislador justo y omnisciente. En suma, no era su carácter absoluto e ilimitado lo que hacía peligroso el poder, sino su ejercicio por un sujeto malicioso o incompetente. Me parece que algunos teóricos del despotismo ilustrado pensaron más o menos así: la ignorancia, y no el absolutismo, es la causa principal de las desgracias de los hombres y, por eso, cuando sus nieblas se disipen, «la legislación positiva deberá ser tan sólo declarativa de las leyes naturales... *no deseará ni podrá desear* leyes positivas perjudiciales para la sociedad o para el soberano». Por tanto, «la razón esclarecida por el conocimiento evidente de las leyes naturales, constituye la regla del mejor gobierno posible»¹⁶¹. En suma, un legislador absoluto, pero virtuoso.

Naturalmente, la confianza en las cualidades racionales del legislador se incrementa cuando el monarca es sustituido por el pueblo. De este modo, el nuevo sujeto titular de la soberanía viene a heredar, más que a transformar, las cualidades del poder absoluto y perpetuo que desde Bodino se predicaban de la vieja soberanía. Al menos en Europa, parece que no podía ser de otro modo; lo que preocupa a los revolucionarios franceses es quién legisla y con qué programa político lo hace, antes que determinar los límites a su

¹⁶¹ F. Quesnay, «Derecho natural», en *Escritos fisiocráticos*, edición de J.E. Candela, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 15. El subrayado es mío.

poder. El nuevo modelo de legitimidad requiere que legisle el pueblo, pero su poder no ha de ser inferior o distinto al que ostentaron los príncipes, y si éstos no se hallaban vinculados por sus propias leyes (*legibus solutus*), tampoco habría de estarlo el pueblo. Puede parecer sorprendente, pero los dos grandes teóricos del absolutismo y de la democracia, Hobbes y Rousseau, están de acuerdo en dos aspectos esenciales: que debemos obedecer las leyes como si fueran expresión de nuestra propia voluntad, y que el poder absoluto no tiene límites. Es preciso «observar todas las leyes civiles en virtud de la ley natural que prohíbe violar los pactos», decía Hobbes¹⁶², adelantándose a la idea rousseauiana de que «el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos»¹⁶³. Nadie puede obligarse consigo mismo y «de ahí que el Estado no esté obligado por las leyes civiles, por ser las leyes civiles del Estado»¹⁶⁴ o, lo que es lo mismo, ninguna Constitución o ley fundamental puede limitar a la voluntad general. El poder del pueblo se diferencia del viejo soberano sólo en el sujeto titular —lo que en verdad no es poco—, pero no en sus atributos. Si todo ello entraña alguna forma de positivismo ideológico, el déficit constitucional que de aquí deriva puede cargarse en la cuenta de dicho positivismo.

Sin embargo, en Rousseau, y creo que también en el contexto histórico de la revolución, esa supremacía absoluta de la ley no descansa todavía en el desnudo voluntarismo que pudo exhibir algún positivismo posterior, sino que aún pretende apelar a las Luces de la razón de un legislador omnisciente que, por definición, sólo puede querer el triunfo de la libertad. No parece, en efecto, que en la mentalidad de la época se concibiera a la ley como una posible amenaza para la libertad; al contrario, la confianza en ella es tal que se le encomienda el establecimiento de los eventuales límites a los derechos. El artículo 4 de la *Declaración* resulta en este aspecto muy significativo: de un lado, proclama que los únicos límites a los derechos son los propios derechos que también han de ser disfrutados por los demás, pero, de otro, se atribuye precisamente a la ley la facultad para determinarlos¹⁶⁵. Andando el tiempo, esta paradoja conduciría en Francia a una

¹⁶² T. Hobbes, *Del ciudadano*, citado, capítulo XIV, 10, p. 223.

¹⁶³ J.J. Rousseau, «El contrato social», libro II, capítulo IV, p. 425.

¹⁶⁴ T. Hobbes, *Del ciudadano*, citado, capítulo IV, 14, p. 134.

¹⁶⁵ Sobre la explicación política de este precepto vid. E. García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza, Madrid, 1994, p. 120 y s.

soberanía de la ley sobre los derechos, a una desconstitucionalización de la libertad sólo difícil y tardíamente remediada por la jurisprudencia; pero en la época de la revolución esa contradicción no se veía o se pretendía resolver mediante un indudable optimismo histórico: el «legicentrismo» supone una «absoluta confianza en la razón del legislador para concretar los imperativos de la ley natural»¹⁶⁶, que no son otros que la garantía de la libertad y el logro de la felicidad; como dice rotundamente Diderot, «la naturaleza ha hecho todas las buenas leyes, el legislador las vuelve públicas»¹⁶⁷. Por sorprendente que parezca, la ley se convierte en «un fascinante producto cuyo contenido se resuelve, precisamente, en libertad»; el gran descubrimiento de la Revolución no fue sólo concebir la ley como expresión de la voluntad general, sino «su casi mágica articulación con la libertad»¹⁶⁸. Sólo así, sólo confiando en que la ley es *algo más* que una desnuda voluntad de poder, se puede explicar que Saint-Just propusiera para la Constitución el siguiente artículo, que más que un precepto parece una afirmación de fe: «el poder del hombre es injusto y tiránico; el poder legítimo está dentro de la ley»¹⁶⁹.

No puede resolverse de otro modo la paradoja que encierra la *Déclaration* entre individualismo y estatalismo, entre derechos y ley; una paradoja que, en definitiva, viene a reflejar la «extrema tensión entre motivos o ingredientes individualistas y comunitaristas» que ya estaban presentes en Rousseau¹⁷⁰. Los derechos, es verdad, se conciben como la razón de ser de la sociedad política, pero luego, carentes de la más mínima garantía jurisdiccional, quedan por completo confiados a la voluntad legislativa. Sin embargo, como observa Fioravanti, la respuesta a esta paradoja es tremendamente simple: «el legislador *no puede lesionar* los derechos individuales porque es *necesariamente* justo» y esto explica «que la Declaración de

¹⁶⁶ S. Rials, Presentación a *La Déclaration des droits de l'homme*, citado, p. 370.

¹⁶⁷ D. Diderot, «Observaciones sobre la Instrucción de la Emperatriz de Rusia a los Diputados respecto a la elaboración de las leyes» (1768), en *Escritos políticos*, edición de A. Hermosa Andújar, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 210.

¹⁶⁸ E. García de Enterría, *La lengua de los derechos*, citado, p. 115.

¹⁶⁹ Saint-Just, «Discurso sobre la Constitución que se tiene que dar a Francia» (1793), en *Discursos. Dialéctica de la revolución*, trad. de J. Fuster, Táber, Barcelona, 1970, p. 93.

¹⁷⁰ J. Muguerza, «Más allá del contrato social (Aventuras y desventuras de la ética comunicativa)», en *Desde la perplejidad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1990, p. 263.

derechos agote el sistema de garantías en el envío obligado a la ley»¹⁷¹. Aunque hoy pueda parecernos casi incomprensible esta especie de legalismo ético, la ideología de la época supo conjugar sin problemas las exigencias de la justicia con la positividad de la ley: no renunciar a los derechos, que siguen siendo el fundamento de la asociación política, pero al mismo tiempo conferir a la ley una competencia absoluta para su configuración. No se trata de dos filosofías contradictorias que se dieran cita a finales del XVIII, sino más bien de dos afirmaciones complementarias que se postulan como coherentes. Por ejemplo, en la voz *Soberanos* redactada por Diderot para la *Enciclopedia* se nos ofrece la típica concepción limitada e instrumental del Estado, propia del constitucionalismo liberal: «los hombres se han unido en sociedad sólo para ser más felices» y han elegido soberanos para velar por su bienestar y su libertad, de modo que los gobernantes están sometidos y no pueden derogar ni las leyes naturales ni las fundamentales¹⁷². Y, sin embargo, en la voz *Derecho natural* el propio Diderot nos presenta una voluntad general ilimitada y oráculo seguro de la justicia, es decir, una soberanía absoluta:

la voluntad general es siempre buena; nunca ha engañado, nunca engañará... Es a la voluntad general a la que debe dirigirse el individuo para saber hasta dónde debe ser hombre, ciudadano, súbdito, padre, hijo, y cuándo le conviene vivir o morir¹⁷³.

¿Cómo entender esa extraordinaria fe en la justicia legal que está en la base del mito de la ley? Sólo partiendo de que la ley expresa la genuina voz del pueblo y de que éste no puede cometer injusticias consigo mismo encuentra explicación tal grado de legalismo. Aquí late un concepto distinto de Constitución: si en Estados Unidos la soberanía del pueblo cristaliza en un documento que debe ser conservado y respetado por el legislador, en Francia parece dar vida a un programa político, el programa del pueblo

¹⁷¹ M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, citado, p. 73. Subrayado en el original.

¹⁷² Pues «cuando un soberano absoluto se arroga el derecho de cambiar a voluntad las leyes fundamentales de su país, cuando ambiciona un poder arbitrario sobre la persona y las posesiones de su pueblo, se convierte en déspota». D. Diderot, voz «Soberano» (1765), en *Escritos políticos*, citado, pp. 26 y ss.

¹⁷³ D. Diderot, «Derecho natural» (1755), en *Escritos políticos*, citado, p. 17 y s.

soberano, que ha de ser actuado por el legislador. El poder constituyente no tiene límites, pero en puridad tampoco puede terminar de constituirse porque ello equivaldría a limitar la soberanía del pueblo, cuya voluntad general ya sabemos que no puede quedar sometida a ninguna ley fundamental. Rousseau había escrito que la función legislativa, «que constituye la república, no entra para nada en su constitución»¹⁷⁴, y la revolución quiso hacerlo realidad: el poder legislativo «posee una naturaleza propia, distinta de los poderes meramente constituidos y... no puede tener límites constitucionales sino políticos, todos ligados a la fuerza permanente del pueblo soberano y a su poder general de revocación de los propios representantes»¹⁷⁵. Parece que ningún espacio podía quedar para una justicia constitucional; la solución institucionalizada que supuso en Norteamérica la apelación a los jueces, parece ser sustituida aquí por la apelación directa al pueblo.

Es verdad que en la Asamblea constituyente se recitaron capítulos completos del *Contrato social*¹⁷⁶, pero, como observa Soboul, éste «no tenía ningún punto de contacto con la situación del año II», en el que el jacobinismo comienza ya un imparable proceso de desviación y superación de los planteamientos de Rousseau¹⁷⁷; en particular, se eliminará el aspecto central que vertebraba toda la vigorosa concepción de la ley: la imposibilidad de delegación o representación de la voluntad general¹⁷⁸. Cuando Sieyès proclama que «la Asamblea Nacional (es la) única encargada de interpretar la voluntad general», por lo que «nadie más que la legislatura debe ser llamado a la formación de la ley»¹⁷⁹ empiezan a sentarse las bases de lo que pudiera llamarse el mito de la ley, esto es, la justificación de la ley empírica a partir de los poderosos argumentos de la ley racional. Rousseau había escrito que «la soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada», de modo que «es evidente que en el poder legislativo el

¹⁷⁴ J.J. Rousseau, «El contrato social», citado, libro II, capítulo VI, p. 434.

¹⁷⁵ M. Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, citado, p. 114. Subrayado en el original.

¹⁷⁶ Vid. G. Del Vecchio, «Sobre la teoría del contrato social», en *Persona, Estado y Derecho*, Prólogo de M. Fraga, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 195.

¹⁷⁷ J.J. Soboul, «J.J. Rousseau y el jacobinismo» (1964), en *Las clases sociales en la revolución francesa*, trad. de E. Fernández Vargas, Fundamentos, Madrid, 1971, p. 150.

¹⁷⁸ Vid. R. L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, citado, pp. 216 y ss.

¹⁷⁹ E. Sieyès, «Opinión sobre la cuestión del veto real» en la sesión de 7 de septiembre de 1789, en *Escritos y discursos de la revolución*, citado, pp. 114 y 116.

pueblo no puede ser representado»¹⁸⁰. Sieyès, por supuesto, concede que la única definición legítima de ley «es la de considerarla expresión de la voluntad de los gobernados», pero éstos no pueden aspirar sino «a una legislatura por representación», pues la Nación no puede hablar de otra forma que no sea a través de sus representantes¹⁸¹. Si el artículo 6 de la *Declaración* de 1789 comenzaba con un homenaje a Rousseau («La ley es la expresión de la voluntad general»), su segundo párrafo lo traicionaba al admitir que «todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación».

Legitimar la ley y el Estado empíricos a partir de la ley y del Estado racionales fue la culminación de todo este proceso de construcción del mito legalista, y seguramente es en Kant donde muestra perfiles más vigorosos. Al igual que en Rousseau, «el poder legislativo sólo puede corresponder al pueblo», que

no ha de *poder* actuar injustamente con nadie mediante su ley. Pues si alguien decreta algo respecto de *otro*, siempre es posible que con ello cometa injusticia contra él, pero nunca en aquéllo que decida sobre sí mismo (en efecto, *volenti non fit iniuria*)¹⁸².

Con independencia de que estas palabras puedan valer para el «contrafáctico» *reino de los fines*, lo cierto es que sirvieron para rodear con una aureola de santidad a cuanto naciese de la voluntad del legislador, que naturalmente ya no tenía que ser «el pueblo que estatuye sobre todo el pueblo»: el consentimiento del «pueblo unido» queda como una exigencia de la razón que no tiene por qué cumplir la ley empírica, aun cuando, eso sí, ésta deberá ser considerada y obedecida «como si» procediese de la soberanía popular¹⁸³; como escribe Cerroni, «en nombre de la razón se suprime la soberanía empírica del pueblo y en nombre de la positividad se exalta a

¹⁸⁰ J.J. Rousseau, «El contrato social», citado, libro II, capítulo XV, p. 484 y s.

¹⁸¹ E. Sieyès, «Opinión sobre la cuestión del veto real», citado, pp. 112 y ss.

¹⁸² I. Kant, *La metafísica de las costumbres* (1797), edición de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989, par. 46, p. 143. Subrayado en el original.

¹⁸³ Recordemos la caracterización kantiana del contrato social que obliga a cada súbdito «como si» hubiera prestado su acuerdo, aunque de hecho pueda prescindirse del mismo: al pueblo «no le queda más remedio que obedecer», I. Kant, «En torno al tópico: tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve en la práctica» (1793), en *Teoría y práctica*, edición de M.F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986, p. 37 y s.

soberanía de razón la persona física del monarca»¹⁸⁴. La consecuencia es la que cabía esperar: la ley es sagrada, inviolable y debe ser obedecida sin condiciones, incluso cuando resulte insoportablemente injusta¹⁸⁵, con lo que a la postre se termina postulando la supremacía indiscutible de la ley empírica mediante los mejores argumentos del Derecho racional. He aquí cómo el contractualismo que está en la base del constitucionalismo pierde toda su fuerza revolucionaria y, con ello, cualquier posibilidad de censura a la ley. Si para el viejo iusnaturalismo el contrato social era un hecho histórico que había acontecido y si para Rousseau era un hecho histórico que *debía acontecer*, en Kant deja de ser un hecho histórico en absoluto para convertirse en una idea de la razón cuya eficacia práctica reside precisamente en su virtualidad legitimadora de la ley positiva¹⁸⁶.

Así pues, «el Parlamento adquiere el rango de soberano: él es el verdadero soberano»¹⁸⁷. Sin embargo, no se trata sólo de esa transferencia de soberanía desde el pueblo a sus representantes. Al menos hay otros dos factores que suponen un abandono manifiesto de los requisitos de legitimidad que Rousseau había postulado para la ley, aun cuando ésta pretenda seguir encarnando la genuina voluntad general. Me refiero al sufragio censitario o restringido y a la formalización del concepto de ley. El sufragio censitario, esto es, la limitación de los derechos políticos bajo condiciones de fortuna, cultura y sexo es una idea que se trasluce ya en el citado *Discurso* de Sieyès¹⁸⁸, pero que se consolidará resueltamente en el Estado liberal decimonónico. Ya sabemos que para Kant la soberanía popular era una mera «idea de la razón», no una auténtica condición histórica del Estado, y por ello, en tanto que idea de la razón, no había dificultad en circunscribir

¹⁸⁴ U. Cerroni, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 193.

¹⁸⁵ Vid. I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, citado, par. 49, p. 150 y s.

¹⁸⁶ Vid. N. Bobbio, *Diritto e Stato nel pensiero di E. Kant*, Giappichelli, Torino, 1969, pp. 213 y ss. Como observa A.E. Pérez Luño, el carácter estrictamente racional de la construcción kantiana, que en apariencia le hace inmune a toda crítica, no debe impedir analizar sus repercusiones prácticas, entre ellas la comentada legitimación del Derecho positivo con los más poderosos argumentos del Derecho racional, vid. «El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos», en el vol. II del tomo II de la *Historia de los derechos fundamentales*, citado, p. 464 y s.

¹⁸⁷ R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale* (1931), Economica, París, 1984, p. 21.

¹⁸⁸ Vid. L. Jaume, *El jacobinismo y el Estado moderno*, trad. de E. Cano e I. Sánchez-Paños, Espasa, Madrid, 1990, pp. 64 y ss.

en la práctica el círculo de los ciudadanos activos, protagonistas efectivos de la soberanía del pueblo: sólo quienes gozan de *independencia* civil, es decir, quienes no han de «agradecer la propia existencia y conservación al arbitrio de otro»¹⁸⁹ están llamados a participar en los asuntos públicos. La explicación nos la ofrece muy claramente Constant: «sólo la propiedad asegura el ocio necesario, sólo ella capacita al hombre para el ejercicio de los derechos políticos»¹⁹⁰.

El segundo aspecto, la formalización del concepto de ley, supone un nuevo abandono de la idea de voluntad general, esta vez de su segunda exigencia relativa a la estructura de la ley. Rousseau había insistido en que la voluntad legislativa era general no sólo en el sentido de que debía serlo el sujeto productor de la norma, sino también en el sentido de que la regulación tenía que ser abstracta y general; es más, cuando el pueblo adopta decisiones individuales no puede pretender que las mismas tengan la condición y legitimidad de las leyes¹⁹¹. Por tanto, para que la ley ostente esa consideración casi sagrada de norma intangible cuya obediencia nos hará libres, es necesario que presente una cierta fisonomía general, de «regla de Derecho» con vocación de permanencia y dirigida universalmente a un grupo indefinido de destinatarios. Pues bien, aunque alguna herencia de esta caracterización permanecerá en la ciencia jurídica del siglo XIX y está presente, por ejemplo, en la famosa distinción entre «ley formal» y «ley material»¹⁹², lo cierto es que en la práctica será abandonada en favor de una concepción formal; como dice Carré de Malberg en los años treinta, la exigencia de generalidad carece de toda base en el Derecho Constitucional¹⁹³. La ley, en efecto, se formaliza pues viene a definirse exclusivamente en función del sujeto que la produce, con independencia de sus cualidades estructurales; ley es la decisión del Parla-

¹⁸⁹ I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, citado, par. 46, p. 143.

¹⁹⁰ B. Constant, *Principios de Política* (1815), trad. de J. Hernández, Aguilar, Madrid, 1970, p. 58.

¹⁹¹ Vid. J.J. Rousseau, «El contrato social», citado, libro II, capítulo VI, p. 432 y libro III, cap., p. 451.

¹⁹² Distinción que adquiere toda su importancia en Alemania con unas consecuencias sorprendentes en favor, no de la ley, sino de las prerrogativas del Ejecutivo, vid. D. Jesch, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, trad. de M. Heredero, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, pp. 13 y ss.

¹⁹³ R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, citado, p. 14. Vid. también R. L. Blanco, *El valor de la Constitución*, citado, p. 221.

mento, cualquier decisión del Parlamento al que éste quiera dotar de la forma de ley.

Así pues, la voluntad general había cedido su puesto a la democracia representativa, el sufragio universal al censitario y la imparcialidad de la norma abstracta y general al voluntarismo de la decisión formal del Parlamento. Y, pese a todo, a lo largo del siglo XIX la ley seguirá gozando de la máxima legitimidad como expresión de una soberanía que, al igual que en Bodino, se presenta como un poder absoluto y perpetuo; y esto en el mejor de los casos¹⁹⁴. Ciertamente, la filosofía política del liberalismo era firme partidaria de un poder limitado que garantizase la autonomía privada y la igualdad jurídica, y no de un legislador omnipotente llamado a imponer la virtud en la sociedad; la crítica de Kant al Estado despótico o paternalista¹⁹⁵, la posición de Constant a propósito de las restricciones de la soberanía y su censura a Rousseau¹⁹⁶, o las páginas de Humboldt sobre los límites de la acción del Estado¹⁹⁷, son un buen ejemplo de ello. Para el liberalismo, pues, la ley y el poder habían de estar limitados en favor de la protección de ciertos derechos. Sin embargo, es verdaderamente sorprendente que, al parecer, ninguno pensara en efectuar esa limitación mediante el establecimiento de una norma constitucional vinculante y garantizada por un sistema de control de la ley, como por otra parte proponía el ejemplo norteamericano; la limitación habría de venir de la mano de un modelo de organización política equilibrado entre los distintos poderes y que en último término apela a la conciencia del buen legislador¹⁹⁸. Nada, por tanto, de una Constitución normativa.

¹⁹⁴ Digo en el mejor de los casos, por ejemplo en la Tercera República francesa, porque, según se ha indicado, la supremacía y exclusividad de la ley será cuestionada en la Europa del siglo XIX, no desde la Constitución, sino desde las competencias normativas de un poder ejecutivo de creciente autonomía.

¹⁹⁵ Vid. I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, citado, par. 49, p. 147; también «En torno al tópico...», citado, pp. 15 y ss.

¹⁹⁶ Aunque mantiene la idea de voluntad general como única fuente de poder legítimo, escribe Constant que «al no ser ilimitada la soberanía del pueblo y al no bastar su voluntad para legitimar todo lo que quiere, la autoridad de la ley, que no es más que la expresión verdadera o supuesta de esa voluntad, tampoco es ilimitada», *Principios de política*, citado, pp. 7 y 14.

¹⁹⁷ W. von Humboldt, *Los límites de la acción del Estado* (1792), edición de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1988.

¹⁹⁸ Vid. M. Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, citado, p. 128 y s.

En realidad, lo que parece fallar es justamente la idea de Constitución y, con ella, toda la filosofía política que la alimenta, esto es, la concepción contractualista de la sociedad política en virtud de la cual individuos libres e iguales dan vida a un Estado *artificial* que sirve de instrumento a la tutela de unos derechos naturales innegociables. Ahora lo natural parece ser el Estado¹⁹⁹. Por eso, tal vez lo primero que desaparece del horizonte es la soberanía popular o, su equivalente, el poder constituyente, que por definición sólo puede ser el poder constituyente del pueblo. Como dice Guizot en la discusión de la Carta francesa de 1830,

si se pretende que existen o deben existir dos poderes en el seno de la sociedad, uno de ellos ordinario y otro extraordinario, uno constitucional y otro constituyente, se dice una insensatez llena de peligros y fatal... Estad tranquilos... los tres poderes constitucionales son los únicos órganos legítimos de la soberanía nacional. Fuera de nosotros no hay más que usurpación y revolución²⁰⁰.

Tal vez aún podrán escucharse invocaciones a la voluntad general, pero ésta quedará simplemente como una instancia legitimadora de cuanto decidan los órganos estatales constituidos; con la ruina de la soberanía popular como principio operativo de la acción política se arruina la fuerza normativa de la Constitución y la posibilidad de una justicia constitucional quedaba definitivamente cerrada²⁰¹.

Pero como al parecer la soberanía es una idea perenne, eliminados el monarca absoluto y el pueblo como sujetos titulares de la misma, ya sólo quedaba un candidato a conquistarla, que era el Estado: la soberanía es ahora una propiedad del Estado, «el Estado — dice Hegel — es la voluntad soberana que se determina y se perfecciona a sí misma»²⁰², y ninguna vo-

¹⁹⁹ Vid., por ejemplo, J.J. Bachofen, *El Derecho natural y el Derecho histórico* (1841), edición de F. González Vicen, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, en especial pp. 52 y ss. Del propio González Vicen vid. «La escuela histórica del Derecho», en *De Kant a Marx. Estudios de Historia de las ideas*, F. Torres, Valencia, 1984, pp. 99 y ss.

²⁰⁰ El fragmento de F. Guizot está tomado de P. de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 43 y s.

²⁰¹ En relación con ese imposible control de constitucionalidad en Francia vid. R. L. Blanco, *El valor de la Constitución*, citado, pp. 238 y ss.

²⁰² G.W.F. Hegel, *Filosofía del Derecho*, citado, par. 279, p. 292.

luntad individual o colectiva puede concebirse al margen de esa organización estatal, pues «siendo el Estado espíritu objetivo, el individuo mismo sólo tiene objetividad, verdad y eticidad en cuanto él es un miembro del Estado»²⁰³. Es la apoteosis del estatismo: la soberanía popular se disuelve en soberanía estatal, el poder constituyente es directamente asumido por los poderes constituidos, el propio pueblo es concebido como un órgano del Estado que cuando vota ejerce una función pública y, en fin, los derechos abandonan su condición de «reservas del derecho natural» del individuo frente al poder para convertirse sencillamente en los derechos definidos por la ley merced a un proceso de autolimitación del poder del Estado. La obra de Jellinek puede ser un buen ejemplo de esta forma de ver las cosas: la soberanía es «la propiedad del poder de un Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo»²⁰⁴; los derechos individuales se agotan en el Derecho del Estado, pues consisten «exclusivamente en la capacidad de poner en movimiento normas jurídicas», son «pretensiones jurídicas», que resultan directamente de condiciones jurídicas» y sólo mediante la «autobligación del Estado» es posible un derecho público subjetivo²⁰⁵; es insostenible querer ver en el Parlamento un órgano de la sociedad y no un órgano del Estado, el pueblo mismo no es algo distinto del Estado, sino un órgano de éste²⁰⁶. En resumen, la doctrina de la soberanía del Estado y de la ley como expresión directa de la misma, que será llevada hasta sus últimas consecuencias en el modelo de Estado de Derecho europeo, resultaba abiertamente en pugna con la filosofía política del constitucionalismo y de los derechos. Es decir, contradecía

no sólo el paradigma iusnaturalista de los derechos fundamentales como *prius* lógico y axiológico, fundante y no fundado, en relación con el artificio estatal, sino también el paradigma constitucional, que al positivizar tales derechos los ha configurado como vínculos y límites a los poderes públicos en su conjunto²⁰⁷.

²⁰³ *Ibidem*, par. 258, p. 257.

²⁰⁴ G. Jellinek, *Teoría general del Estado*, citado, 1978, p. 361.

²⁰⁵ G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi* (1892), trad. de G. Vitagliano, Società Ed. Libreria, Milano, 1912, pp. 56, 96 y 215.

²⁰⁶ G. Jellinek, *Teoría general del Estado*, citado, pp. 439 y ss.

²⁰⁷ L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, citado, p. 27.

Que el panorama descrito resultaba poco favorable a ensayar fórmulas de control judicial sobre la ley parece evidente y, de hecho, ninguna logró prosperar en el marco del Estado de Derecho decimonónico. Ciertamente, en la medida en que el positivismo fue la cultura jurídica dominante durante ese periodo cabe reprocharle también este abandono del constitucionalismo y de sus exigencias más inmediatas; el estatalismo, el legalismo y el formalismo serían, pues, las características tanto del *modelo político* como de las elaboraciones teóricas y legitimadoras o justificatorias construidas a partir del mismo. Sin embargo, creo que es importante recordar algo ya indicado en el primer epígrafe: aun cuando en el lenguaje jurídico no siempre es fácil distinguir entre descripción y prescripción —ni para el sujeto que pretende hacer una cosa u otra, ni para su auditorio— el positivismo *teórico* representa una explicación adecuada de la realidad jurídica europea recién comentada, que era precisamente legalista y estatalista: y por eso, al haber dejado de serlo en nuestros días aquel positivismo se hace insostenible²⁰⁸. Sólo el positivismo entendido como ideología o programa de política jurídica, del que aquí hemos visto algunos ejemplos, comparte con el Estado de Derecho del siglo XIX la responsabilidad de haber retrasado durante más de cien años el establecimiento de una justicia constitucional.

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL POSITIVISMO: EL MODELO KELSENIANO

El sistema norteamericano de control judicial de la ley se apoyaba, como hemos visto, en dos grandes premisas: la supremacía constitucional, que traducía un viejo anhelo del iusnaturalismo contractualista y que suponía una concepción limitada del legislador como órgano estatal sometido a los derechos naturales y al poder constituyente del pueblo; y en segundo término pero no menos importante, una cierta filosofía de la separación de poderes que atribuye al juez una posición neutral, pasiva y garantista que, al menos en los planteamientos de *El Federalista*, permite depositar en él la tutela de los derechos individuales frente al poder tendencialmente abusivo de la mayoría. Poco que ver, pues, con la ideología jurídica del legalismo y

²⁰⁸ Con razón dice P. Comanducci que «dado que han cambiado (parcialmente) los modelos de Estado y de Derecho respecto a los típicos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, la teoría del Derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días», «Formas de (neo)constitucionalismo: un reconocimiento metateórico», inédito, p. 12.

de la soberanía estatal que acabamos de describir. Y, sin embargo, el diseño principal de la justicia constitucional europea no supuso propiamente una abdicación absoluta de su propia tradición o, si se prefiere, una acogida pura y simple de la herencia americana; más concretamente, el que pudiéramos calificar como gran invento del Tribunal Constitucional europeo es obra de un positivista convencido y, sobre todo, de un defensor a ultranza del legislador democrático frente al activismo judicial y frente a la autonomía del Gobierno, H. Kelsen²⁰⁹. Su modelo de justicia constitucional expresa tal vez la culminación del Estado de Derecho europeo, lo más lejos que éste podía llegar desde su concepción de la soberanía estatal y de la Constitución como orden jurídico del Estado, no sobre el Estado.

El contexto de la Europa de los años treinta, por completo diferente al que alumbró la primera experiencia de control de la ley, explica la opción kelseniana y seguramente la opción posterior de las Constituciones de postguerra. Dicho contexto venía caracterizado por esa cultura legalista y estatalista que ya conocemos, pero, sobre todo, por dos circunstancias fundamentales: el fracaso de la justicia constitucional de la República de Weimar entendida como forma de resolución de conflictos entre órganos estatales, que no de control abstracto de inconstitucionalidad de la leyes, un fracaso que en realidad fue el de la propia República y que desde luego obedeció más a motivos políticos que de técnica jurídica, como lo prueba su última gran decisión a propósito del famoso pleito entre Prusia y el Reich, para algunos el primer triunfo del nacionalsocialismo²¹⁰; y, segundo, el creciente activismo de los jueces ordinarios en el control de la ley, estimulado además por una filosofía jurídica abiertamente antiformalista como fue la representada por la Escuela de Derecho libre.

Por lo que se refiere al primer aspecto, como es bien sabido, en Weimar no pudo prosperar un auténtico control de constitucionalidad de la ley en el sentido de confrontación abstracta en sede judicial entre el enunciado de una norma inferior (la ley) y el de una norma superior (la Constitución). A cambio, no faltaron algunos intentos en la línea «antieuropea» de la *judicial review* y, sobre todo, no faltaron fórmulas con expreso respaldo constitucional dirigidas a la resolución de conflictos entre órganos estatales, más

²⁰⁹ Sigo aquí en lo sustancial algunas ideas de mi trabajo «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», *Doxa*, 23, 2000, pp. 167 y ss.

²¹⁰ Vid. G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di Giustizia Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 165 y ss.

concretamente entre el Reich y los *länder*: la encomendada al Tribunal del Reich (*Reichsgericht*), que suponía un control concentrado y abstracto, pero no propiamente en defensa de la Constitución, sino de la superioridad del Derecho del Reich sobre el de los Estados; y la atribuida al Tribunal del Estado del Reich (*Staatsgerichtshof*), que se configuraba como un modo de resolución de conflictos concretos o en vía incidental entre los protagonistas políticos de un Estado federal²¹¹. Se trataba, pues, de procedimientos que o bien no reposaban en una concepción nítida de la supremacía constitucional, o bien presentaban un fuerte carácter incidental, casi como formas de arbitraje en un conflicto político entre los sujetos de la vida estatal. Pero, sobre todo, más allá de las peculiaridades del sistema, pero también en parte debido a ellas, el modelo sucumbió ante las circunstancias del momento. La historia es conocida: tras el «golpe de Estado» contra Prusia en 1932, que suponía la anulación de la autonomía prusiana mediante el nombramiento de un Comisario del Reich, el Tribunal, de acuerdo con su carácter del juez del caso concreto, se niega a determinar en vía abstracta cuáles son las medidas lícitas que se pueden tomar al amparo del artículo 48 de la Constitución. Ante el estado de excepción dictado por Papen, el Tribunal adopta una solución de compromiso: los ministros prusianos seguían representando al Land, pero los comisarios asumían sus funciones. Poco después Hindenburg dejará sin ninguna competencia a los antiguos ministros, Hitler disuelve el Parlamento de Prusia y el Tribunal no volverá a funcionar.

En relación con el segundo aspecto, tan sólo hay que recordar que será en Weimar cuando llegue a su apogeo la reacción antiformalista y judicialista del Derecho libre: el juez se convierte en el mediador entre el Derecho y una supuesta conciencia popular, pudiendo incluso dictar sentencias *contra legem*. Más allá de lo que pudo comenzar siendo una crítica al ingenuo método de la escuela de la exégesis, el pensamiento jurídico de los años treinta no sólo sostendrá la discrecionalidad judicial como una tesis *descriptiva*, sino que verá en ella el vehículo ideal para incorporar al Derecho el sano sentimiento jurídico del pueblo, cuando no el necesario contrapunto de la «justicia» frente a la «política» partidista encarnada en la ley, esto es, una tesis *prescriptiva*²¹². Al margen de algunas plasmaciones concretas, bien que excepcionales, como la sentencia del Tribunal del Reich de 5 de noviembre

²¹¹ Vid. P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, citado, pp. 97 y ss.

²¹² He tratado el tema en *Ideología e interpretación jurídica*, citado, pp. 35 y ss.

de 1925²¹³, lo importante era la justificación del activismo judicial que ese pensamiento proporcionaba²¹⁴. El Congreso de constitucionalistas celebrado en Münster en 1926 encontrará la justificación ideal para el desarrollo de ese control difuso: el principio de igualdad consagrado en el artículo 109 de la Constitución, antes y ahora tal vez el parámetro de enjuiciamiento menos concluyente o más abierto a las consideraciones subjetivas del intérprete, de manera que será curiosamente la doctrina jurídica conservadora la que comience a exigir la igualdad de la ley y no sólo ante la ley. Como observa Volpe²¹⁵, se habían sentado las bases para que, en el marco de una Constitución democrática, pudiera desarrollarse una instancia de control «aristocrática», que por lo demás tampoco se sentía necesariamente vinculada a la Constitución, al fin y al cabo ella también obra artificial del legislador. La literatura alemana de la época pone de relieve que el control jurisdiccional que se proponía habría de ser realizado como un examen de la «justicia» o justificación de la ley a partir de criterios extraconstitucionales, como la «naturaleza de la cosa», la «conciencia jurídica de la comunidad» u otras nociones no menos evanescentes o metafísicas, imposibles de cristalización normativa, aunque finalmente dependientes de una voluntad judicial y en último término política²¹⁶.

Conviene, pues, tener muy en cuenta el distinto contexto político y cultural en que surgen la justicia constitucional norteamericana y europea o, más exactamente, kelseniana. En aquella Alemania no existía ningún absolutismo legislativo contra el que luchar, ni el encarnado en un alejado Parla-

²¹³ Sentencia de la que, por cierto, se ocupa extensamente C. Schmitt en *La defensa de la Constitución* con el propósito de matizar su analogía con el modelo americano, trad. de M. Sánchez Sarto (1931), prólogo de P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 47 y ss. Vid. también P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, citado, pp. 85 y ss.

²¹⁴ Sobre la actitud de la judicatura durante la República de Weimar puede verse D. Simon, *La independencia del juez* (1975), trad. de C. Ximénez-Carrillo y prólogo de M.A. Aparicio, Ariel, Barcelona, pp. 53 y ss.

²¹⁵ G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi*, citado, pp. 106 y ss.

²¹⁶ Por tanto, nada que ver con el frío formalismo de la interpretación apegada al texto generalmente atribuida a los positivistas. Vid. sobre ello la Introducción de E. Garzón Valdés al volumen *Derecho y filosofía*, citado, de quien conviene recordar esta idea: «la vigencia de un iusnaturalismo cargado de una buena dosis de irracionalismo en conjunción con un decisionismo, que veía en el Führer al “único legislador” de quien dependía en última instancia la validez de las normas, se presenta cada vez más claramente como el candidato adecuado para explicar lo sucedido en el campo del derecho entre 1933 y 1945 en Alemania», p. 7.

mento de la metrópoli inglesa, ni siquiera el representado por un Parlamento jacobino que se creyera portador de una sabia y omnipotente voluntad general. Más bien al contrario, es un parlamentarismo débil y hostigado por el poder ejecutivo y por una creciente conciencia judicial antiformalista el que ve surgir en Weimar fórmulas o propuestas de control de la ley; precisamente de una ley que casi cabe decir que por vez primera era democrática en Alemania. Y, en segundo lugar, tampoco la imagen de los jueces y de la interpretación del Derecho era semejante, sino más bien diametralmente opuesta: si a finales del siglo XVIII en Estados Unidos predomina una visión del juez a lo Montesquieu, como un sujeto imparcial capaz de juzgar neutral y cuasi científicamente la constitucionalidad de una ley, ahora se impone un pensamiento jurídico y político que no sólo constata el inevitable grado de discrecionalidad o subjetivismo de todo acto de aplicación del Derecho, sino que, haciendo de la necesidad virtud, quiere ver en los jueces unos protagonistas activos de la empresa colectiva de hacer triunfar el auténtico «espíritu del pueblo» sobre las parciales o partidistas interpretaciones «políticas» del legislador, aunque luego fuese un esclarecido Führer quien tuviese la última palabra. En tales condiciones, creo que proponer para Europa un modelo de control de constitucionalidad como el americano —que era por otra parte lo que venía a proponerse en Münster— previsiblemente hubiera tenido unas consecuencias prácticas muy diferentes y tal vez poco halagüeñas para el régimen parlamentario y para el conjunto del Estado de Derecho; en pocas palabras, si se quiere algo simplificadoras, ni las amenazas para la libertad parecían provenir del Parlamento, ni su garantía parecía poderse confiar a la cultura judicial de la época.

Seguramente es esta cultura la que en buena medida explica que el diseño constitucional de Kelsen no pierda nunca de vista ni la primacía de la ley, ni las prerrogativas del legislador, ni en suma las virtudes del pluralismo democrático; y de hecho el opúsculo de 1931 en respuesta a Schmitt²¹⁷ es un permanente alegato en favor del Parlamento frente al Jefe del Estado, cuya función de defensor de la Constitución propuesta por Schmitt es el «trasto más viejo» que pudiera exhumarse del teatro constitucional, pero también un reconocimiento expreso de la dimensión política de la actividad jurisdiccional:

²¹⁷ H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), estudio preliminar de G. Gasió, trad. y notas de R.J. Brie y supervisión de E. Bulygin, Tecnos, Madrid, 1975.

si se mira a la «política» como una «decisión» en orden a la resolución de los conflictos de intereses... entonces está presente en toda sentencia judicial, en mayor o menor medida, un elemento de decisión, un elemento de ejercicio del poder... Entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa, no cualitativa²¹⁸.

Este es un aspecto central que separa netamente la posición kelseniana de las tesis más o menos mecanicistas del viejo positivismo, y que además está muy presente a la hora de diseñar un modelo de justicia constitucional respetuoso con el legislador: los jueces crean Derecho o, como se lee ya en la primera edición de la *Teoría pura*,

la *jurisdictio* o acto de decir Derecho no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos... La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de Derecho²¹⁹.

De ahí que, sustrayendo la competencia de control a la jurisdicción ordinaria, Kelsen configure un Tribunal que expresamente forma parte del poder legislativo y que, sobre todo, ha de actuar de manera tal que reduzca al mínimo la irremediable dimensión subjetiva o creativa que tiene todo órgano, sea legislativo o judicial. En el Tribunal, escribe Kelsen,

está ausente casi por completo... la libre creación que caracteriza a la legislación. Mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes..., la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución... se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación del Derecho²²⁰.

Un aspecto que me parece capital para comprender esta propuesta kelseniana de justicia constitucional es la rigurosa exclusión de su esfera de

²¹⁸ *Ibidem*, pp. 9 y 18 y s.

²¹⁹ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1934), trad. de M. Nilve de la ed. francesa de 1953, Eudeba, Buenos Aires, 1975, pp. 151 y ss.

²²⁰ H. Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)» (1928), en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, ed. de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 131.

competencia de todo lo que tiene que ver con hechos o intereses concretos, tanto de aquellos que tuvo en cuenta el legislador, como de aquellos otros que contempla el juez ordinario en su tarea de aplicación del Derecho. En palabras de Gascón,

el rasgo definidor del sistema kelseniano residía en la rigurosa exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez de constitucionalidad; su tarea quedaba así rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referencia fáctica, la Constitución y la ley²²¹.

Y no es que Kelsen no fuese consciente de que la defensa de los derechos fundamentales hubiera requerido juicios concretos y no abstractos²²²; es que consideraba que un Tribunal respetuoso con el legislador no podía desarrollar un género de actividad que irremediamente había de interferir en el ámbito de discrecionalidad legislativa. Como es sabido, el autor austriaco distingue en toda norma una dimensión aplicadora o reproductora de la norma superior y un momento de libre creación, pero todo parece indicar que este segundo momento, que responde a una siempre parcial indeterminación de la norma superior, se hace presente justamente a través de los hechos o intereses que valora el órgano inferior (el legislador ante la Constitución y el juez ordinario ante la ley). Por eso, del Tribunal queda excluida la consideración de ese segundo momento, por así decirlo «libre» para el legislador, de manera que su función debe limitarse al control de la dimensión reproductora, esto es, de lo que efectivamente está determinado por la norma superior, en este caso por la Constitución.

Kelsen, ya lo hemos dicho, estaba lejos de compartir la imagen mecanicista o apolítica de la jurisdicción que dibujara Montesquieu y que parece asumida en las primeras fases del control de constitucionalidad en Estados

²²¹ M. Gascón, «La Justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994, p. 64.

²²² En la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de R.J. Vernengo, UNAM, México, 1986, Kelsen reconoce que «sólo cuando el individuo tiene el poder jurídico de suscitar la eliminación particular o general de la ley que por su contenido lesiona la igualdad o la libertad constitucionalmente reconocidas, el derecho o libertad fundamental constituye un derecho subjetivo del individuo», pero añade que «obligar jurídicamente a un órgano legislativo colectivo a no dictar leyes inconstitucionales es ya casi imposible por motivos técnicos, y de hecho no se impone tal obligación», p. 155 y s.

Unidos, y en esto se acercaba a los muchos cultivadores del Derecho libre. Pero, claramente, ese carácter político de la actividad judicial no constituía para él ninguna virtud que hubiese que alentar, sino un defecto que convenía combatir en aras, entre otras cosas, de la supremacía del Parlamento, y en esto se aproximaba a la ideología de *El Federalista*; esto es, en el plano descriptivo Kelsen se mostraba más bien realista o partidario de una teoría antiformalista de la interpretación, pero en el plano prescriptivo se inclinaba abiertamente por un juez técnico, neutral y, hasta donde fuera posible, «científico». Por eso tiene tanta importancia el aspecto que acabamos de comentar, pues ahí comienza a ponerse de relieve el empeño kelseniano por evitar la contaminación política, subjetiva o moral del juicio de constitucionalidad. Así debe entenderse el carácter concentrado y abstracto del modelo: el juez constitucional debe ser un tercero imparcial llamado a verificar un juicio de compatibilidad lógica entre dos productos normativos acabados, la Constitución y la ley, sin que en su juicio deban pesar ni los intereses o valoraciones que pudo tomar en consideración el legislador, ni aquellos otros que ha de tener presente un juez ordinario a la hora de resolver un caso concreto. Su juicio es de compatibilidad y no de adecuación o justicia de la ley en orden a disciplinar alguna parcela de la vida social, y por eso esta última ha de desaparecer de la esfera de conocimiento del Tribunal. Ello excluye naturalmente la técnica desaplicadora propia de la *judicial review*, y no sólo por el riesgo de sentencias contradictorias o por la siempre posible falta de respeto al precedente²²³, sino en realidad también porque tales riesgos responden a un problema más de fondo, que es el carácter creador de toda decisión jurídica que se inscriba en el proceso dinámico de especificación del Derecho. Por eso, antes de la sentencia del Tribunal Constitucional, todas las leyes son válidas: la inconstitucionalidad no existe hasta que no es establecida o constituida por el Tribunal mediante un acto de voluntad y de acuerdo con su propia lógica²²⁴.

²²³ Vid. H. Kelsen, «Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana» (1942), en *La giustizia costituzionale*, a cura de C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 293 y ss.

²²⁴ Desde el punto de vista del Derecho positivo, viene a decir Kelsen, hablar de nulidad constituye un cierto abuso del lenguaje, pues dado que toda nulidad ha de ser establecida por un órgano jurídico tras un cierto procedimiento, no hay más que anulabilidad, aunque se quiera conceder a ésta efectos retroactivos. En concreto, «la nulidad no puede de ninguna forma ser considerada como adquirida antes de la conclusión del procedimiento, pues éste puede desembocar en una decisión que la niegue, y porque la decisión debe, ne-

Ahora bien, si las normas son el fruto de un acto de voluntad, ¿cabe hablar de una relación de compatibilidad lógica entre ellas?; y, del mismo modo, si las sentencias son constitutivas porque reposan también en un acto de voluntad, ¿cómo conseguir, en el marco de la *teoría pura*, el ajuste entre un Tribunal que se quiere aplicativo con una concepción de la jurisdicción que aparece al mismo tiempo como creativa? Estas preguntas plantean el espinoso problema de las relaciones entre Derecho y lógica, cuestión en la que tal vez Kelsen no mantuvo una posición del todo uniforme²²⁵ y que tampoco procede examinar aquí. No obstante, la explicación más plausible creo que sería la siguiente: el juicio abstracto de compatibilidad entre normas puede ser concebido como una operación lógica en la medida en que cabe hablar de inferencia deductiva, no entre las normas en sí, que irremediamente son el resultado de un acto de voluntad, sino entre los contenidos normativos²²⁶. Por tanto, un órgano que no está llamado a participar en el proceso de especificación o concreción del Derecho, tarea en la que no puede eliminarse el momento creativo o discrecional, sino sólo a comprobar si la norma inferior es compatible con la superior, es decir, si representa uno de sus sentidos posibles, se halla en condiciones de adoptar un fallo o acto de voluntad fundado en la lógica:

puesto que la norma general viene expresada por una proposición, ella puede contener conceptos en los que pueden ser subsumidos los conceptos contenidos en otra norma... Si tal subsunción es una operación lógica que tiene lugar para fundar la validez de una norma mediante la validez de otra norma, la lógica es aplicable a la relación entre normas. Esta relación no es una deducción, sino una relación lógica²²⁷.

cesariamente, tener un carácter constitutivo, aunque, en su texto, se declare que el acto era nulo», «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», citado, p. 124.

²²⁵ Si bien acentuando quizás en exceso los cambios en la posición del autor, puede seguirse esa evolución en el ensayo de M. Losano, «La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo», que figura como Introducción a la edición italiana de la *Teoria generale delle norme* (1979), trad. de M. Torre, Einaudi, Torino, 1985.

²²⁶ Vid. J. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 83 y ss; también E. Bulygin, «Normas y lógica. Kelsen y Weinberger sobre la ontología de las normas», en C. Alchourron y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, prólogo de G.H. von Wright, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 249 y ss.

²²⁷ H. Kelsen, *Teorie generale delle norme*, citado, p. 443.

Y esto es lo que sustancialmente había de hacer el Tribunal Constitucional mediante un juicio abstracto y negativo: eliminar una norma incompatible, no crear una norma nueva; la ley no ha de ser deducción lógica de la Constitución, pero ha de encarnar uno de sus posibles sentidos, esto es, ha de hallarse en una relación de compatibilidad lógica. Por eso, porque ha de buscarse sólo esa compatibilidad lógica, cualquier otra opinión o motivación del Tribunal resulta superflua y de hecho Kelsen no se ocupa del problema.

La insistencia en que el juicio de constitucionalidad no se produzca en el proceso de especificación del Derecho, es decir, no se produzca en el marco de un juicio ordinario llamado a resolver un caso mediante la aplicación de normas generales, permitiría decir con terminología actual que el Tribunal Constitucional kelseniano se ocupa sólo de los discursos de fundamentación, no de los discursos de aplicación, esto es, se ocupa de los conflictos *internos* en los que se pone en juego la *validez* de las normas, no de los conflictos *externos* en los que se decide la mayor o menor adecuación de la norma para resolver un caso²²⁸; o, lo que puede ser casi lo mismo, el Tribunal Constitucional se ocupa de las reglas, no de los principios²²⁹. En efecto, salvo las normas que especifican con total precisión sus condiciones de aplicación (reglas), todas las demás aparecen en sí indeterminadas, son

²²⁸ Vid. K. Günther, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», trad. de J.C. Velasco, *Doxa*, n.º 17-18, 1995, pp. 274 y ss.

²²⁹ No podemos detenernos aquí en un análisis de detalle sobre la distinción entre reglas y principios, por lo demás debatida y no del todo precisa. He tratado el tema en otros trabajos, entre ellos *Principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, y *Ley, Principios, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 47 y ss. No obstante, en relación con el problema tratado quiere indicarse lo siguiente: una Constitución de reglas sería aquella en la que las eventuales contradicciones o antinomias nacidas de una regulación legal podrían ser descubiertas y resueltas en abstracto, sin referencia a un caso concreto o, por decirlo de otra forma, aquéllas que podrían ser descubiertas y resueltas siempre del mismo modo, sin necesidad de contemplar ningún supuesto de aplicación; y éste es el género de cuestiones de las que debería ocuparse el Tribunal kelseniano, Tribunal que lógicamente estaría llamado a declarar la inconstitucionalidad de la ley desde el momento en que se constatase su incompatibilidad con la norma constitucional. En cambio, nos encontraríamos ante una Constitución de principios, o ante un precepto principal, cuando la eventual contradicción se produce en presencia sólo de algunos supuestos de aplicación, pero no de todos los que abstractamente pudieran imaginarse, más exactamente, cuando su resolución dependiese de las concretas circunstancias del caso, y ello precisamente por la presencia de otro principio constitucional que suministra razones de sentido contrario. No es este último el campo de actuación del Tribunal; es la esfera propia del juez ordinario, que precisamente no puede desaplicar la ley.

aplicables *prima facie* y depende de otras normas su definitiva adecuación al caso concreto (principios). Pero esas normas que son aplicables *prima facie* y que, por tanto, aparentemente entran en conflicto con otras normas, no delatan ninguna incoherencia en el sistema. Por consiguiente, no es de ellas de las que había de encargarse el Tribunal, sino de las verdaderas incoherencias que se sitúan en el plano abstracto del discurso de validez o fundamentación; el juicio de constitucionalidad no es un juicio de adecuación de la norma a la realidad social, sino un juicio de validez o de compatibilidad de la norma a la Constitución. En suma, el Tribunal Constitucional kelseniano se mueve exclusivamente en esta última esfera, no en la de aplicación; se mueve en el campo de lo determinado, no en el de lo indeterminado. La indeterminación de la Constitución es el campo de la competencia legislativa, no de la judicial.

Este empeño en que el Tribunal Constitucional limite su actividad a lo que de determinado tiene la ley respecto de la Constitución, sin interferir en el ámbito de discrecionalidad del legislador, así como en excluir de su competencia todo discurso aplicativo en el que no se ventile estrictamente la validez de las normas, sino sólo su aplicabilidad o preferencia circunstancial en el caso concreto, es lo que seguramente explica el rechazo kelseniano a la presencia de principios o cláusulas materiales en el seno de la preceptiva constitucional. Como escribe Rubio, hay en Kelsen «una repugnancia a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución, a aceptar la predeterminación del contenido material de la ley»²³⁰. Pero no sólo eso: hay también una repugnancia a que, por encima de la ley, tales preceptos no puramente organizativos puedan ser tomados en consideración en los discursos de aplicación del Derecho mediante algo así como lo que hoy llamamos juicio de ponderación. En este sentido, cabe decir que la jurisdicción constitucional kelseniana se basaba ante todo en una concreta idea de Constitución, que es seguramente el aspecto que hoy más se ha transformado; una idea de Constitución como norma preferentemente formal, de competencia y procedimiento y *sólo hasta cierto punto* (Kelsen lo repite siempre) de contenido. Claramente, pone en guardia frente a ese riesgo que hoy es para muchos una espléndida realidad

²³⁰ F. Rubio, «Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional»(1982), en *La forma del poder*, citado, p. 40.

de recuperación por el Derecho positivo de los valores morales avalados por el viejo o nuevo Derecho natural: lo que hoy llamamos principios

pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional. Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada... Y no es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el Tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en ese caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoponible. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento». De ahí que la Constitución deba especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible²³¹.

En resumen, creo que el modelo kelseniano de justicia constitucional pretendió expresar el máximo nivel de compatibilidad que es posible alcanzar entre dos ideas o criterios que son tendencialmente contradictorios, el de constitucionalidad y el supremacía de la ley o, dicho de otro modo, el único sistema respetuoso con la tradición legalista del Derecho europeo una vez que la Constitución ya no se concibe en términos meramente retóricos, aunque tampoco todavía como fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos. La configuración del Tribunal como un legislador negativo, la exclusión de los juicios aplicativos sobre casos concretos en que una ley pudiera verse postergada por algún precepto constitucional, la eliminación de las cláusulas indeterminadas y prácticamente de todo parámetro de constitucionalidad que no sea organizativo o procedimental, la idea de juicio abstracto o de compatibilidad lógica en el que sólo se valoren los escasos aspectos de la ley en los que ésta aparece determinada por la Constitución, son todas cautelas al servicio de las prerrogativas del legislador en consonancia con el modelo europeo de Estado de Derecho. Si cabe decirlo así,

²³¹ H. Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la Constitución», citado, p. 142 y s.

el sistema norteamericano está diseñado en favor de la supremacía judicial y de los derechos naturales frente al legislador; el sistema kelseniano, en cambio, supone un acto de desconfianza frente a los jueces ordinarios y de restablecimiento de la supremacía del Parlamento ante la actividad libre de los jueces. Ni Kelsen ni la Constitución austriaca de 1920 llegaron a concebir una norma generadora de derechos y obligaciones capaces de imponerse al legislador mediante una garantía judicial²³²; la ley es el horizonte normativo máximo tanto para los jueces como para los ciudadanos, pues la Constitución opera en otro plano, en el plano «interno» de los órganos estatales y su garantía corresponde a un legislador especial, ajeno a las consideraciones políticas o discrecionales propias del Parlamento y ajeno también a la protección de derechos o intereses concretos. Algo coherente, en suma, con la idea europea de que la Constitución es la constitución u orden jurídico *del* Estado y no la decisión constituyente de la soberanía popular *sobre* el Estado.

El que he llamado Tribunal Constitucional del positivismo representa, pues, un modelo muy alejado de la otra gran construcción de una justicia constitucional, la norteamericana, y ello no sólo en el plano técnico o institucional, que sería lo de menos, sino en el plano político, ideológico y cultural. Como es sabido, el Tribunal kelseniano será el que sirva de referencia a la justicia constitucional europea posterior a la segunda gran guerra, pero sólo en apariencia. Salvo el aspecto estructural de jurisdicción concentrada y algunos otros de carácter procesal, los actuales Tribunales Constitucionales responden más bien al esquema norteamericano de la *judicial review*²³³. Son varias las transformaciones relevantes sufridas por el primitivo modelo austriaco, pero tal vez el elemento más decisivo que expresa el abandono de la óptica kelseniana, el primero y el que más poderosamente llama la atención, se cifra en el contenido mismo del documento constitucional, que ha dejado de ser una norma sólo organizativa o procedimental para convertirse en una norma principal o rematerializada. Y en segundo lugar, unido a lo anterior, la apertura de la justicia consti-

²³² Vid. F. Rubio, «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», en *La forma del poder*, citado, p. 507.

²³³ Sobre esto llama la atención E. García de Enterría, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», citado, p. 46; también F. Rubio, «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», citado, pp. 510 y ss.

tucional a los discursos aplicativos, a la resolución de casos concretos, lo que supone tanto que el Tribunal Constitucional deja de ser exclusivamente un juez «abstracto», como que los Tribunales ordinarios dejan de encarnar una justicia de mera legalidad para convertirse también en una justicia de constitucionalidad. Precisamente, esa apertura explica y, a mi juicio, hace inevitable la técnica de la ponderación que sin duda hubiera rechazado Kelsen, como hoy rechaza Habermas²³⁴. Pero, en el fondo, seguramente la transformación más profunda, aquella que sirve de base a las anteriores, afecta a la idea misma de Constitución, entendida hoy como fuente directa de derechos y obligaciones que nacen, no de un Estado que se autolimita, sino de una soberanía popular o poder constituyente que, como en el viejo contractualismo, diseña el artificio de una organización política limitada. A partir de ahí, la justicia constitucional de nuestros días entra en abierta pugna con la tradición legalista y con el absoluto e incondicionado respeto a la discrecionalidad del Parlamento que inspiró la primera construcción europea de un Tribunal Constitucional.

V. ESQUEMA DE CONCLUSIONES

Como advertí al principio, parece imposible trazar una nítida correspondencia entre la filosofía del control jurisdiccional de la ley y alguna particular concepción sobre el Derecho, y ello por dos motivos fundamentales. Primero, porque las dos grandes construcciones de justicia constitucional que hemos tenido oportunidad de examinar responden a ideologías y culturas jurídicas muy diferentes y, en alguno de sus componentes, casi cabe decir que opuestas: la tradición de los derechos naturales, la fuerza constituyente de la soberanía popular que cristaliza en un texto normativo y la confianza en el poder neutro de los jueces, en el modelo americano; la supremacía de la ley como expresión de una voluntad general inagotable, la mutación de la soberanía popular en soberanía estatal y la desconfianza en el estamento judicial, en el modelo europeo. Y segundo, porque las dos grandes concepciones sobre el Derecho distan también de presentar cada una de ellas un perfil homogéneo; la utilización de las etiquetas de iusnaturalismo y positivismo para calificar a lo largo de la historia muy distintas ideas o posiciones a propósito del Derecho, así como su frecuente uso polémico y emotivo, han deteriorado su significado de modo prácticamente irreversible,

²³⁴ Vid. J. Habermas, *Facticidad y validez*, citado, p. 332.

hasta el punto de que nadie está hoy dispuesto a comulgar con ninguna si no es tras extensas precisiones y matizaciones.

Algunas de esas precisiones hemos intentado formular en el primer epígrafe. Pero ahora, tras el examen de las influencias filosóficas y de los contextos históricos de cada uno de los modelos, cabe preguntarse de nuevo en qué medida la justicia constitucional responde a una tradición iusnaturalista o, desde otra perspectiva, hasta qué punto el positivismo resulta incompatible con dicha institución. A mi juicio, no procede una respuesta categórica o concluyente, aunque cabe ensayar la siguiente explicación: la filosofía del control de la ley parece combinar una *ideología* iusnaturalista en sentido muy lato con una *teoría* de la interpretación positivista, al menos moderadamente positivista. Tal vez la cuestión más polémica se halle en la esfera metodológica o *conceptual*, donde la justicia constitucional puede ponerse al servicio de una cierta concepción iusnaturalista, en la línea ya anunciada por Radbruch. Véamos cada uno de estos aspectos por separado.

En el plano ideológico ya sabemos que la vieja doctrina del Derecho natural ha servido a muy distintos señores, de manera que si a veces ha operado como estímulo a la crítica del Derecho positivo, a su desobediencia e incluso a la revolución, en otros momentos ha sido invocada justo para lo contrario, como justificación moral de lo existente, cualquiera que fuera el estado de cosas existente. Pero si bien es verdad que no todo Derecho natural está sin más en la base del constitucionalismo, sí parece cierto que este último representa una traslación a la esfera del Derecho positivo de los postulados de un cierto Derecho natural, concretamente del iusnaturalismo racionalista, secularizado y contractualista de los siglos XVII y XVIII. Todavía hoy, si hubiese que buscar una ideología candidata a fundar la justicia constitucional, es obvio que ésta no podría ser la que recomienda la obediencia ciega al poder constituido y que generalmente se identifica con el positivismo; habríamos de acudir a una ideología crítica con el poder que, al menos, defiende como *deber ser* moral la obligación por parte de las autoridades de respetar ciertas exigencias también morales. Y en la medida en que, en un sentido muy amplio, dicha ideología parece responder a una de las tradiciones del Derecho natural, cabe decir que la justicia constitucional, como toda forma de limitación o control del poder, encuentra mejor acomodo en esa ideología iusnaturalista.

Hay por tanto en el constitucionalismo y en la justicia constitucional lo que pudiéramos llamar un residuo funcional de iusnaturalismo, en el

sentido de que las Constituciones vienen a desempeñar la función en otro tiempo desempeñada por cierto Derecho natural, desde luego con un alcance muy diferente. Ello tal vez se comprenda mejor leyendo a los críticos: los argumentos de Rousseau, que son sustancialmente los mismos que en la actualidad se esgrimen por quienes censuran la existencia de una norma superior garantizada judicialmente, son argumentos de claro sabor positivista, de positivismo ideológico se entiende. Así, la caracterización de la voluntad general como fuente inagotable de la ley, de la ley justa más exactamente, que actúa sin traba constitucional alguna, se traduce hoy en ese reto que suele adoptar forma de pregunta: ¿en virtud de qué lo decidido por las generaciones del pasado puede vincular a las generaciones del presente y del futuro? La pregunta en sí representa una invitación a prescindir de todo Derecho superior a la ley, si se quiere, de todo Derecho que desempeñe la función típica del género de iusnaturalismo que aquí hemos examinado.

Desde esta perspectiva, el iusnaturalismo que se transforma en constitucionalismo encierra una exigencia de limitación del poder constituido desde una instancia externa a ese poder, que se sitúa precisamente en la soberanía popular cristalizada en un texto normativo. Por supuesto que esta construcción es una metáfora o una ficción, como lo es también —dicho sea de paso— la imagen legitimadora de una voluntad general representada y residenciada en el Parlamento, pero es una ficción fecunda para alcanzar dicha limitación, y de eso se trata desde un punto de vista pragmático. Es dudoso que el Estado de Derecho europeo que culmina en Kelsen pudiera compartir estas premisas y, por eso, es también dudoso que su modelo de justicia constitucional pueda ser adscrito a este iusnaturalismo del que venimos hablando, por muy amplios que sean los términos en que se le conciba; pues en tanto se prefiera hablar de la soberanía estatal y de la Constitución como norma «interna» al propio aparato del Estado, es en verdad difícil que la noción de poder constituyente despliegue toda su virtualidad, y las muchas cautelas que rodean la actuación del Tribunal Constitucional austriaco es la mejor prueba de ello. Pero justamente el abandono sustancial de este último modelo permite conectar de nuevo el constitucionalismo a esta herencia funcional de la ideología iusnaturalista.

Pero la justicia constitucional encierra dos postulados: uno es que el poder debe estar limitado, otro que esa limitación ha de ser una tarea judicial, y este segundo aspecto requiere una determinada concepción de la interpretación y aplicación del Derecho y, tal vez también, una cierta actitud ante la

judicatura o, cuando menos, parece excluir algunas. Por ejemplo, por muy norteamericano que sea, excluye el realismo o escepticismo extremo que viene a considerar sencillamente que «el Derecho es lo que los jueces dicen que es», pues en tal caso prácticamente de nada sirve disponer de una Constitución, ni tiene mucho sentido sustituir la voluntad del poder legislativo por la voluntad de otro poder, el judicial, que además no es democrático; salvo que encontremos en los jueces alguna virtud taumatúrgica capaz de sanar milagrosamente los defectos de la legislación o que les atribuyamos alguna función política autónoma, como hizo más o menos el Derecho libre. Esto significa que la discrecionalidad judicial como tesis descriptiva milita en contra de cualquier forma de control de constitucionalidad de la ley, mientras que, al contrario, como tesis prescriptiva o normativa alienta, y de hecho ha alentado, la mayor extensión y profundidad de dicho control, aunque sea al precio de transformar al juez en un protagonista político dotado de legitimidad propia. Por eso, salvo que se esté dispuesto a asumir esta difícil empresa, he dicho antes que la justicia constitucional se concilia mejor con una teoría de la interpretación positivista, al menos de un positivismo moderado: es preciso mantener, ya que no una posición toscamente mecanicista, sí cierta creencia en que el texto constitucional es algo objetivo y cognoscible, capaz de generar en su interpretación acuerdos razonables, no necesariamente unánimes, acerca de su significado.

No es sorprendente por ello que la primera justificación de la justicia constitucional en Norteamérica aparezca estrechamente vinculada a una teoría de la interpretación que luego se asoció con el primer positivismo, según la cual el juez es casi la «boca muda» de la ley, en este caso de la Constitución; teoría que naturalmente exime de mayores esfuerzos argumentativos, dado que si la interpretación del Derecho es un acto de conocimiento y no de voluntad, objetivo y guiado por patrones lógicos, la existencia de una justicia constitucional parece un corolario de la existencia misma de una Constitución normativa. Precisamente, las muchas cautelas adoptadas por Kelsen para asegurar la no contaminación política del Tribunal se explican mejor desde su teoría de la interpretación, que como teoría descriptiva puede calificarse de realista, muy alejada desde luego del modelo de juez a lo Montesquieu, y que, en cambio, en un plano normativo seguía fiel al ideal europeo del Estado de Derecho. No cabe duda en este sentido de que mientras se acentúe la idea de la discrecionalidad como una imagen adecuada del comportamiento de los tribunales, todo modelo de justicia constitucional

adolecerá de un déficit de legitimidad; déficit que Kelsen intentó salvar forzando un diseño institucional al servicio de la lógica jurídica, pero que, en la medida en que no seamos capaces de superar, obliga a una justificación suplementaria que trate de compensar de algún modo las carencias democráticas de la judicatura; razón por la cual los críticos actuales del control de la ley siempre comienzan subrayando al mismo tiempo la naturaleza creativa de la jurisprudencia y su carácter elitista o no democrático. Y esto seguramente también explique en parte el extraordinario desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica y de la interpretación constitucional —que en muchas de sus presentaciones parecen ser la misma cosa— hasta el punto de que desde ciertos enfoques el Derecho parece agotarse en la argumentación y la teoría de la Constitución en una teoría de la interpretación constitucional. Es lógico que así sea, pues ahí se juega la legitimidad del control judicial de constitucionalidad, e incluso para algunos también algo más importante como es la justificación moral del sistema jurídico en su conjunto. Esto nos permite enlazar con la última cuestión.

Ya conocemos las dos tesis fundamentales del positivismo conceptual: que el Derecho es un producto social y que no existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral, de donde se deduce una tercera tesis metodológica relativa a la actitud que procede adoptar frente al conocimiento del Derecho, que ha de ser una actitud neutral, externa o no comprometida con sus claves axiológicas. ¿Quedan de algún modo en entredicho estos postulados por la existencia de Constituciones y Tribunales Constitucionales? De entrada, la respuesta podría ser fácilmente negativa: el constitucionalismo es una realidad histórica de la que disfruta sólo una pequeña parte de la humanidad, por lo que, aun cuando admitiésemos que el Estado constitucional representa la más justa de las formas de organización política, ello no afectaría al positivismo cuyas tesis se mueven en otro plano, en el plano conceptual o si se quiere universal. Pues, como es obvio, el positivismo no niega que algunos sistemas jurídicos puedan resultar justos y hacerse por ello acreedores a la obediencia y a la participación comprometida de los ciudadanos y de los operadores jurídicos; lo que sostiene, primero, es que éste es un problema moral y no jurídico, y, segundo, que no afecta al concepto de Derecho desde el momento en que también pueden existir órdenes inicuos que no por ello dejan de ser sistemas jurídicos. Desde luego, no faltan constitucionalistas, como Alexy, que rehúsan compartir estas ideas, hablando en su lugar de una «pretensión de corrección», «mínima» eso sí, como

elemento insoslayable del concepto mismo de Derecho. Pero cabe pensar que estos esfuerzos, expresamente fiduciarios del Radbruch posterior a la segunda gran guerra, son independientes de la existencia de Constituciones y Tribunales, precisamente porque por su carácter de «mínima pretensión» quieren poder predicarse de todo sistema de organización mínimamente evolucionado.

Parece, pues, que como teoría universal del Derecho el positivismo es inmune al constitucionalismo. Pero, prescindiendo de estas consideraciones, si se admite que la teoría del Derecho pueda ser una teoría particular del Derecho, entonces las preguntas antes formuladas adquieren un sentido nuevo. Este es, por ejemplo, el sentido que presentan en Dworkin, quien de modo expreso escribe desde y para el Estado liberal democrático y, más concretamente, a la vista de la Constitución norteamericana; y también puede ser el caso de Alexy y de su propuesta de ver en la argumentación jurídica un caso especial del discurso moral. De forma muy esquemática, su perspectiva es ésta: las Constituciones, además de reglas, incorporan principios y derechos fundamentales que tienen un incuestionable carácter moral, por lo que los problemas jurídicos son en el fondo problemas morales cuya respuesta remite al final a una teoría ética, y de ahí que se postule una especie de disolución del Derecho constitucional en esa teoría ética. A su vez, unido a lo anterior, la argumentación constitucional, que es jurídica y moral a un tiempo, permite hallar una única respuesta para cada problema práctico o, al menos, una respuesta mejor que cualquier otra. De donde se deduce que el modelo constitucional jurisdiccionalmente garantizado encarna un Estado justo que reclama por parte del jurista una actitud comprometida con los valores morales que están en la base del mismo, y por eso aparece la figura ejemplar del juez Hércules. No por casualidad Hércules es un juez constitucional, pudiendo haber sido un legislador omnisciente, y es que precisamente es la justicia constitucional firmemente asentada en una depurada argumentación normativa la que viene a representar el eslabón de cierre del sistema en su conjunto, aquél que nos invita a abandonar definitivamente las premisas positivistas que ya conocemos: es en la aplicación del Derecho y especialmente en la interpretación constitucional, guiadas por una teoría plausible de la argumentación, donde al parecer culmina la reconciliación de la razón práctica, del orden jurídico y de la moralidad. Naturalmente, no me parece imprescindible compartir estas opiniones, aunque tampoco es momento de discutir las; se trata tan sólo de ilustrar cómo a partir

de una determinada comprensión de la justicia constitucional es posible desembocar en tesis conceptuales a propósito del Derecho. Claro que, de nuevo, la correspondencia, además de no ser unívoca, tampoco es recíproca, de modo que es posible mantener esas tesis conceptuales sin mostrar el mismo entusiasmo por la justicia constitucional; me parece que éste es el caso de Habermas, quien comulga en muchos aspectos con la concepción del Derecho de Alexy y, sin embargo, manifiesta fuertes cautelas frente a la justicia constitucional.

MARBURY *VERSUS* MADISON DOSCIENTOS AÑOS (Y MÁS) DESPUÉS

Marian Ahumada Ruiz

SUMARIO

- I. El «gran caso» *Marbury*.
- II. El comentario de *Marbury* y la celebración del bicentenario.
- III. El relato de *Marbury*: ¿cuáles son los «hechos relevantes»?
- IV. Conclusión: *Marbury* y el control de constitucionalidad.

I. EL «GRAN CASO» *MARBURY*

Los retratos de los señores Marbury y Madison cuelgan hoy de las paredes de un pequeño comedor privado de los jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. El homenaje a Madison, una de las indiscutibles grandes figuras de la Era de los Fundadores se comprende muy bien, pero ¿qué hay de este Marbury? La reunión de tan dispares personajes en la habitación «de John Marshall» no tiene más sentido que recordar el proceso que les enfrentó. Seguramente es inaudito que las partes de un juicio —un demandante cuya demanda no fue atendida, un demandado que nunca compareció— reciban esta muestra de reconocimiento por parte del tribunal; pero a fin de cuentas el caso de Marbury contra Madison es un caso extraordinario.

Marbury versus Madison —familiarmente, *Marbury*—, decidido en 1803 por el Tribunal Supremo americano, marca la fecha de inicio de la historia del control de constitucionalidad. Desde luego esta marca es convencional y no implica que «todo» empezara con *Marbury*. La convención establecida reconoce el papel de los antecedentes y muchos estudios recientes analizan el desarrollo y la práctica del control de constitucionalidad antes de *Marbury* (y antes de Marshall). Pero en el relato más difundido de la historia del control, aunque *Marbury* no sea el *big-bang*, lo anterior es prehistoria. Los tratados americanos de derecho constitucional, los manuales sobre jurisdicción federal, todos contienen la referencia inicial al caso *Marbury*; ningún libro sobre el Tribunal Supremo americano o sobre el control de constitucionalidad deja pasar la ocasión de rendir tributo a este caso. Habitualmente, la decisión de *Marbury* es presentada como un acontecimiento y como una conquista. Nadie lo ha expresado mejor que Alexander Bickel: «Si de algún progreso social se puede decir que fue “hecho” en un momento dado y mediante un acto concreto, tal fue lo logrado por Marshall. El momento fue 1803 y el acto, la decisión del caso *Marbury v. Madison*»¹.

¹ *Marbury versus Madison* fue decidido el 24 de febrero de 1803 y se recoge en el repertorio oficial de sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 5 U.S. 137 (que

El *Marbury* simbólico, el épico caso fundacional, ha desplazado hace tiempo al *Marbury* histórico, el que fuera conocido en su día como «caso del *mandamus*». Basta con leer la sentencia para comprobar que el prestigio y la fama enormes de *Marbury* no guardan proporción ni con la entidad del asunto debatido en el juicio ni con la trascendencia de los intereses particulares que en él se ventilaban. En el litigio en cuestión debía decidirse si William Marbury, un próspero hombre de negocios y discreto político local del bando federalista, tenía efectivamente derecho a su nombramiento como juez de paz del Distrito de Columbia —uno más de los decididos en el último momento por el gobierno federalista en funciones, horas antes del relevo republicano. Aspecto central del litigio era la «cuestión de derecho»

quiere decir en el volumen 5, página inicial, 137). Es tradicional, sin embargo, citar como fuente 1 Cranch 137. Efectivamente ésa es la fuente original, puesto que durante la mayor parte del siglo XIX fueron editores particulares los encargados de transcribir, coleccionar y publicar las decisiones del Tribunal. Los volúmenes de esta época reciben por eso también el nombre del editor o *Court's Reporter*. El caso *Marbury* se recoge en el primero de los volúmenes editados por William Cranch, en la página 137. A propósito de los antecedentes de *Marbury*, es común llamar la atención sobre la ausencia en la sentencia de cualquier mención a fuentes o precedentes en apoyo del poder de control; no hay en ella más que una apelación a «principios bien establecidos desde hace tiempo». Muchos trabajos científicos han procurado remediar esa ausencia (y la tarea no ha concluido). Entre los clásicos están B. Coxe, *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation, Being a Commentary on Parts of the Constitution of the United States*, Filadelfia, Kay and Brother (1893) o E. Corwin, «The "Higher Law" Background of American Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. 42 (1928-29), pp. 149 y ss. En el relato más tradicional, muy influido por Corwin, se conectan el caso *Bonham*, decidido en 1610 por lord Coke en el Tribunal inglés de Common Pleas, la experiencia del control del derecho colonial por el *Privy Council*, las instancias de insumisión a las leyes «inconstitucionales» de la metrópoli durante la etapa prerrevolucionaria (el asunto de los *writs of assistance*, la reacción frente a la *Stamp Act*), la temprana práctica del control de constitucionalidad en los Estados tras la Independencia y su definitiva afirmación bajo la Constitución Federal. Son los historiadores los que ahora ponen esta «historia de los antecedentes» en entredicho. *Vid.*, sobre todo, Gordon S. Wood, «The Origins of Judicial Review», *Suffolk University Law Review*, vol. 22 (1988), pp. 1293 y ss.; sin embargo, una actualización de la historia tradicional (que el autor no considera tradicional) en Philip Hamburger, «Law and Judicial Duty», *The George Washington Law Review*, vol. 72 (2003), pp. 1 y ss. La existencia de una práctica del control de constitucionalidad anterior a *Marbury* es algo que hoy no se discute; los trabajos recientes en este punto tratan de reconstruir de la manera más fidedigna esa práctica anterior. *Vid.*, últimamente, René Letow Lerner, «Judicial Review Before Marbury», y Matthew P. Harrington, «Judicial Review Before John Marshall», ambos en el vol. 72 de *The George Washington Law Review* (2003) y William M. Treanor, «Judicial Review Before Marbury», *Stanford Law Review*, vol. 58 (2005), pp. 455 y ss. (quien proclama su trabajo sencillamente definitivo). La presentación algo teatral que Bickel hace de *Marbury* (para criticar a continuación casi todo de esta decisión) aparece al comienzo de su conocida obra *The Least Dangerous Branch* (1962), Yale University Press (2.^a ed. 1986), p. 1.

acerca de si el nombramiento para un cargo público está perfeccionado desde el momento en que el decreto de nombramiento está firmado y sellado o sólo una vez se ha expedido y enviado al beneficiario. El demandante instaba del Tribunal la declaración de su derecho y, en consecuencia, la emisión de un *mandamus*: una orden judicial que obligara al secretario de Estado (Madison, en el caso) a remitirle el decreto de nombramiento conformándose con su validez. En la sentencia, el Tribunal, tras un largo razonamiento, reconoce el derecho de Marbury a su comisión, si bien se considera desahogado para emitir el remedio solicitado. Mediante una oscura interpretación del artículo III de la Constitución, el Tribunal llegaba a la conclusión de que esta norma limitaba su competencia para emitir *mandamus* a los casos de los que conociera en apelación y no en primera instancia, que era como Marbury llegaba. El artículo 13 de la *Judiciary Act* de 1789 permitía entender otra cosa pero, según se sostiene en la sentencia —y esta conclusión es determinante del fallo—, la jurisdicción original del Tribunal Supremo está delimitada por la Constitución y no puede ser *ampliada* por ley. En la medida en que la *Judiciary Act* hubiera obrado tal ampliación debía considerarse inconstitucional y, por tanto, nula y sin efecto e incapaz de atribuir jurisdicción.

El famoso razonamiento con el que se justifica el poder de los jueces para controlar la constitucionalidad de las leyes está contenido en la parte final y apenas ocupa siete de las veintiocho páginas de la sentencia. Considerado en el conjunto, tiene bastante de *excursus* de pertinencia discutible. Concluye de manera atropellada, pero el efecto retórico es formidable y se comprende muy bien que ésta sea la parte memorable de la decisión. Eso, sin embargo, no la convierte en la parte «central». Aunque la sentencia de *Marbury* se ha considerado magistral y admirable por muchos motivos, nadie le ha podido atribuir como mérito principal la justicia de la solución adoptada o la ortodoxia en el planteamiento de las cuestiones a decidir y en el modo de disponer el caso. Claramente, lo que aquí ha importado es otra cosa y que el asunto estuviera bien o mal decidido ha pasado a un segundo plano. «El coraje de *Marbury v. Madison*», señala el juez Frankfurter, «no resulta disminuido si se sugiere que su razonamiento no es impecable, ni su conclusión, aunque sabia, inevitable»². A estas alturas, cuando se alude

² Felix Frankfurter, «John Marshall and the Judicial Function», *Harvard Law Review*, vol. 69 (1955), p. 219.

a *Marbury*, el gran caso, nadie está pensando en aquel litigio sobre un nombramiento para un modesto cargo público y el poder del Tribunal Supremo para emitir *mandamus*.

La consideración de *Marbury* como un gran caso no fue inmediata. El descubrimiento del potencial de esta decisión no tiene lugar hasta el final del siglo XIX, en un marco constitucional y legal muy diferente del que conoció la generación de los Fundadores. Las profundas transformaciones políticas, económicas y sociales que el país experimentó después de la guerra civil, forzaron cambios fundamentales en el modo de gobierno y afectaron a todas las instituciones implicadas en él, incluido el poder judicial. Es en esa etapa, que en los Estados Unidos es también la de los inicios del Estado «administrativo» e interventor, cuando el Tribunal Supremo reactiva el poderoso instrumento del control judicial de las leyes, del que comienza a hacer uso frecuente y cada vez más desinhibido para vetar las que considera (constitucionalmente) inaceptables³.

La primera ocasión en la que *Marbury* es citado en una sentencia del Tribunal Supremo como precedente y autoridad para justificar la competencia judicial en el control de las leyes es en 1887. Para esta fecha, el Tribunal ya había hecho uso del poder para declarar la inconstitucionalidad de leyes en una variedad de ocasiones (la más notable, en la nefasta decisión de *Dred Scott* de 1857) sin haber reparado en *Marbury* en ninguna de ellas. Hasta entonces este caso se había sido considerado un precedente a tener en cuenta en materias tales como el alcance de la jurisdicción en apelación del Tribunal, o los límites del control judicial de la actuación de la administración. Tras su mención todavía lateral en el caso *Mugler* de 1887 pero, sobre todo, a partir de 1895 con su aparición como parte del argumento central en el notorio asunto *Pollock*, la cita y la referencia judicial se consolidan y

³ Hay multitud de obras que se ocupan de describir y explicar el alcance de las transformaciones ocurridas en el período inmediatamente posterior a la guerra civil. Aunque no es el relato más exhaustivo, sigo prefiriendo frente a otros el de Robert McCloskey en su libro *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press (2.^a ed. revisada por S. Levinson, 1994), caps. 5 y 6. No hay mucho misterio en los motivos para la reactivación de la competencia de control en el período inicial del «*regulatory State*». El Tribunal Supremo estaba intentando contener lo que tomaba por excesos de un gobierno —federal y estatal— que se alejaba cada vez más del supuesto ideal constitucional del «gobierno mínimo». El ejercicio del control sucede, sobre todo, al amparo de la «nueva» Enmienda XIV, una de las «Enmiendas de la Reconstrucción», que abrió insospechados horizontes a la acción judicial e través de la aplicación de la cláusula del «debido proceso legal» («due process of law»).

Marbury queda definitivamente asociado a «los orígenes» del poder judicial de control de las leyes, como caso fundacional. En esta segunda vida más gloriosa, *Marbury* va a servir para proveer la necesaria legitimidad «histórica» del poder de *judicial review* —un poder que, recordemos, no está previsto ni aludido en la Constitución federal⁴.

El razonamiento de Marshall y su apelación a «principios bien establecidos» para justificar la competencia judicial en el control de las leyes, serían reinterpretados (según la opinión menos caritativa, groseramente tergiversados) por el Tribunal Supremo de la época para poner las primeras bases

⁴ En el caso *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887) la referencia a *Marbury* se hace en *obiter dicta*. El Tribunal lo invocaba para justificar su poder para invalidar una ley estatal al amparo de la Enmienda XIV y bajo los términos de la doctrina del «debido proceso económico sustantivo» [*substantive economic due process*]. El caso *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895), es el primero en la encendida controversia de los *Income Tax Cases* (casos del impuesto de la renta). Como precedente vale poca cosa, porque el propio Tribunal se desdijo inmediatamente de su declaración de inconstitucionalidad en la decisión posterior 158 U.S. 601 (1895, *rehearing* del caso) y, por si quedaba rastro de la doctrina, la Enmienda XVI la borró. Pero tiene interés porque ha quedado como uno de los casos más representativos del *laissez-faire constitutionalism* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, una causa a la que *Marbury* habría de servir por algún tiempo. Entre 1803 y 1894, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de leyes *federales* en al menos 21 ocasiones, en ninguna de las cuales se refirió a *Marbury* como precedente en el ejercicio de este poder. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857) fue la segunda ocasión en la que el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una ley federal. En concreto, se declaró inconstitucional el Compromiso de Missouri de 1820 por interferir con el derecho (constitucional) de propiedad de los dueños de esclavos. La decisión, famosa por su carácter trágicamente errado, formó parte del preludio de la guerra de Secesión y ha empañado para siempre la imagen del Tribunal Taney y, en esa medida, del Supremo (se la considera su «*self-inflicted wound*»). La investigación minuciosa de las citas y referencias a *Marbury* y su tratamiento por la jurisprudencia y la doctrina durante todo el siglo XIX se encuentra en Robert Lowry Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas (1989). Del mismo autor, un trabajo más manejable con similar objeto, «*Marbury v. Madison, Judicial Review and Constitutional Supremacy in the Nineteenth Century*», publicado en Mark A. Graber y Michel Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, CQPress (2002), pp. 73-100. Este libro contiene una interesantísima recopilación documental; en uno de los apéndices se reúnen todas las citas a *Marbury* hechas por el Tribunal Supremo hasta junio de 2002. La historia de la «construcción» del gran precedente *Marbury* la cuenta Davison M. Douglas, «The Rethorical Uses of *Marbury v. Madison*: The Emergence of a “Great Case”», *Wake Forest Law Review*, vol. 38, pp. 378 y ss. La tesis de que la actual referencia a *Marbury* en modo alguno implica reconocer autoridad a la «doctrina de *Marbury*» que, por lo demás, nunca fue muy importante, la elabora Michel J. Klarman en «How Great were the “Great” Marshall Court Decisions?», *Virginia Law Review*, vol. 87 (2001), pp. 1113 y ss.

de lo que daría en llamarse «doctrina de la supremacía judicial», esto es, la doctrina según la cual el poder judicial federal —el Tribunal Supremo, en consecuencia— es el supremo intérprete de la constitución y su interpretación de esta norma vincula a los demás poderes:

Los tribunales deben obedecer la Constitución antes que al legislador, y deben, bajo su propia responsabilidad, determinar si, en cualquier caso concreto, esos límites [constitucionales] se han sobrepasado⁵.

Desde que se pronunciara la decisión de *Marbury v. Madison*, no se duda de que, por expresas previsiones de la constitución y por necesaria inferencia e implicación, es competencia judicial determinar si una ley de los Estados Unidos se ha hecho o no de conformidad con la constitución y, consiguientemente, si se ha de considerar válida o nula⁶.

Seguramente es cierto, como sostienen diversos autores, que tal conclusión difícilmente podía derivar de *Marbury*, entre otros motivos, porque la noción de supremacía judicial era ajena a la filosofía política y constitucional de Marshall. En cualquier caso, fuera o no el Tribunal Supremo consciente de ello, la supuesta falta de «coherencia» entre las nuevas condiciones de la práctica del control y las premisas de *Marbury* no supuso ningún obstáculo para la «entronización» de *Marbury*, poniéndose de ese modo de manifiesto lo que después se haría mucho más claro, como es que la fidelidad a la sentencia *Marbury* y a sus presupuestos teóricos nunca ha jugado un gran papel en la elaboración jurisprudencial de la moderna doctrina de la *judicial review*. Todo indica que la práctica actual del control de constitucionalidad hubiera sido impensable —probablemente, inaceptable— para Marshall y sus contemporáneos y quizá no sea un detalle simplemente trivial y anecdótico reparar en que el empleo de la expresión *judicial review* como denominación técnica del poder judicial de control, no se generaliza en los Estados Unidos hasta la segunda década del siglo xx. De manera que cuando se afirma que la idea del control judicial en los primeros tiempos sólo remotamente conecta con la práctica actual de la *judicial review*, y que es anacrónico leer las decisiones y comentarios de esa primera época desde las premisas y discusión teóricas actuales, realmente

⁵ *Mugler*, cit., p. 661.

⁶ *Pollock*, cit., p. 554.

se está diciendo, también en sentido literal, que en la época de *Marbury* y aun mucho después, no hay propiamente *judicial review*⁷.

La transformación de *Marbury* en un icono del derecho constitucional contemporáneo sólo se completa bien entrado el siglo xx. Para entonces el ejercicio judicial del control de constitucionalidad se ha hecho corriente, pero no sin que antes se produjeran cambios fundamentales que afectaron cualitativamente a su modo de ejercicio y a su orientación. El control judicial de las leyes que durante la primera parte de su historia había demostrado su eficacia como instrumento de defensa del *status quo* y de los derechos adquiridos (*vested rights*), dejó de servir a la causa de la «libertad econó-

⁷ La acuñación de la expresión «*judicial review*» como denominación técnica de la competencia de los jueces para el control de constitucionalidad de las leyes se atribuye a Edward Corwin que habría comenzado a emplearla en una serie de artículos, muy influyentes en su momento, publicados a partir de 1910 en la *Michigan Law Review* (el primero, «The Establishment of Judicial Review»). La expresión se populariza entre los académicos antes de ser finalmente adoptada por el Tribunal Supremo. En *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, París (1921), E. Lambert ya había llamado la atención sobre la variedad de denominaciones con que los autores americanos aludían a la competencia judicial de control, contribuyendo con ello aún más a la confusión en la definición de sus contornos. Lambert se refiere asimismo a Corwin como promotor de la expresión *judicial review* (*op. cit.* en p. 22). Se consagra por entonces una segunda acepción de «*judicial review*», que en su primera y originaria acepción inglesa se refiere al control judicial de actos de la administración por *ultra vires*. Sobre la primera fase de la manipulación de *Marbury* en apoyo de la construcción de la doctrina de la supremacía judicial, puede verse el libro de Clinton, *Marbury v. Madison...* citado en la nota 4, pp. 120 y ss. y Barry Friedman, «The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy», *New York University Law Review*, vol. 73 (1998), pp. 333 y ss. Más concretamente, la tesis de que esta doctrina habría sido resueltamente repudiada por Marshall, quien en la cuestión de la interpretación constitucional podía reconocerse correligionario de Jefferson (!), está desarrollada en el interesante y convincente ensayo de David E. Engdhal, «John Marshall's "Jeffersonian" Concept of Judicial Review», *Duke Law Journal*, vol. 42 (1992), pp. 279 y ss. El énfasis en la diferencia entre las primeras manifestaciones de *judicial review* (cuando aún no se llamaba así) y la actual *judicial review* es el argumento central en varias obras más y menos recientes, importantes y representativas de la aproximación actual al estudio de la evolución de la doctrina de la *judicial review*, entre las que destacan sin lugar a dudas la pionera de Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Basic Books (1986), la de Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press (1990) así como la ya citada de Robert Clinton, *Marbury v. Madison...*; más recientemente, con nuevos matices, las de William Nelson, *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas (2000) y, envuelta en la polémica, Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press (2004).

mica» y de la no intervención estatal para convertirse prioritariamente en un instrumento de garantía de derechos y libertades individuales y en un cauce para la defensa de intereses de individuos y minorías con poca o ninguna presencia en el proceso político. Orientado a la consecución de ciertos mínimos de «justicia» e «igualdad», el control de constitucionalidad podía funcionar llegado el caso (y, de hecho, funcionaba) como un potente mecanismo de reforma e impulsor de cambios sociales. Por supuesto, esto situaba de nuevo al poder judicial en el centro de la arena pública exponiéndolo al riesgo de conflicto con los órganos políticos. Necesitado de legitimidad en su nueva tarea, el Tribunal Supremo de la época Warren (1953-1969) no dudó en recurrir una vez más al providencial caso *Marbury* mientras daba otra vuelta de tuerca a la doctrina de la *judicial review*⁸.

En 1958, en la crítica decisión de *Cooper v. Aaron*⁹, el Tribunal Supremo respondió de la manera más enérgica al abierto desafío planteado a su autoridad por parte del gobernador, la asamblea legislativa y las autoridades educativas del Estado de Arkansas. Lo que en *Cooper* estaba en juego era, ni más ni menos, la eficacia de la sentencia de *Brown*. Explosiva y polé-

⁸ En pocos lugares puede encontrarse una expresión más clara de la trascendencia del cambio operado y de sus enormes consecuencias para el ejercicio y la concepción de la *judicial review* que en la célebre sentencia del Tribunal Supremo en *West Virginia v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). El Justice Jackson expone la opinión del Tribunal: «Nuestro deber de aplicar el *Bill of Rights* frente a ejercicios de autoridad por parte de los poderes públicos no depende de que estemos en posesión de una especial competencia en el campo en el que ocurre la invasión de derechos. Ciertamente, la tarea de traducir las majestuosas generalidades del *Bill of Rights*, concebido como parte del patrón del gobierno liberal del siglo dieciocho, en específicas limitaciones para el poder público que debe ocuparse de los problemas del siglo veinte, es como para perturbar la confianza en uno mismo. Esos principios crecieron sobre un sustrato que también produjo una filosofía en la que el individuo era el centro de la sociedad, cuya libertad se conseguía mediante la mera ausencia de restricciones impuestas por el gobierno, al que se le atribuía poca capacidad de intervención y sólo la más leve capacidad de supervisión de los asuntos entre particulares. Debemos transplantar esos derechos en un sustrato en el que el concepto de *laissez-faire* o principio de no interferencia ha caducado, al menos en lo que se refiere a los asuntos económicos, y donde los avances sociales son crecientemente promovidos mediante la mayor integración de la sociedad y mediante el fortalecimiento de la capacidad de intervención del gobierno. Este cambio en las condiciones a menudo priva de fiabilidad a los precedentes y nos aboca, más allá de lo que sería nuestra elección, a depender de nuestro propio juicio. Pero intervenimos en estas materias no por la autoridad de nuestra competencia, sino por fuerza de nuestra obligación. No podemos, con la excusa de nuestra limitada competencia en ámbitos tales como la educación pública, renunciar a tomar decisiones que la historia ha sancionado como la función de este Tribunal cada vez que la libertad es vulnerada» (pp. 639-640 de la sentencia).

⁹ 358 U.S. (1958), p. 1.

mica, esta sentencia había declarado tan sólo cuatro años antes, en 1954, la inconstitucionalidad del sistema de segregación racial en las escuelas públicas. *Brown* se convertiría en un hito de la «revolución de los derechos civiles», pero en 1958 los auspicios no eran buenos: la resistencia en muchas poblaciones de los Estados del Sur a adoptar las medidas de desegregación apropiadas apenas se ocultaba y el gobierno federal no estaba haciendo mucho por modificar ese estado de cosas, con un Presidente, Eisenhower, al que manifiestamente había disgustado la decisión. Los sucesos de Little Rock en Arkansas, que en última instancia darían lugar a la demanda de Cooper, fueron un caso de impedimento activo y violento por parte de las autoridades del Estado a un plan local de desegregación en cumplimiento de *Brown*¹⁰.

El Tribunal Supremo, consciente de su debilidad (que el Presidente Jackson ya había hecho notar delicadamente en el pasado: «el Tribunal ha tomado su decisión, dejémosle ahora que la ejecute»), recurrió en *Cooper* al poder de los símbolos. Excepcionalmente, para subrayar la comunidad de opinión, en el encabezamiento de esta decisión figuran los nueve jueces como ponentes. El grueso de la sentencia lo constituye una larga y detallada narración de los hechos, que vale por una denuncia que el Tribunal hace suya de la inaceptable situación. A continuación el Tribunal reafirma brevísimamente y sin matices la doctrina de *Brown*. Lo que sigue es el verdadero núcleo de la decisión: el mensaje dirigido al gobernador y el legislador estatales, recordándoles su obligación *constitucional* de respetar y cumplir las decisiones del Tribunal Supremo (*Brown*, en el caso, pero no únicamente). Para justificar la incuestionable fuerza vinculante de sus pronunciamientos el Tribunal apeló en primer lugar, de la forma más rotunda y también más audaz, al poder del que la Constitución le inviste *conforme a Marbury*:

¹⁰ La decisión de *Brown* [*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)] fue seguida en 1955 de un «*Brown II*» donde el Tribunal hubo de ocuparse específicamente de cuestiones relativas al procedimiento de ejecución y adopción de medidas eficaces para el cumplimiento de *Brown I*. La ambigüedad en esta segunda sentencia, frente a la claridad moral de la primera, fue desastrosa. El Tribunal imponía que se adoptaran las medidas adecuadas «with all deliberate speed» (más o menos: «lo antes posible»), lo que en la práctica actuó como una invitación a la recalcitrancia. La historia, circunstancias y consecuencias del caso *Brown*, en el famoso y excelente libro de Richard Kluger, *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, ed. Vintage (2004) (cito la última edición, la primera es de 1975).

En 1803 el Juez Presidente Marshall, expresando el parecer unánime del Tribunal y refiriéndose a la Constitución como «la ley suprema y fundamental de la nación», declaró en el conocido caso de *Marbury v. Madison* que «es particular competencia y peculiar deber del poder judicial, declarar cuál es el derecho» [*it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*]. Esta decisión declaró el principio básico de que el poder judicial federal es supremo en la interpretación del derecho de la Constitución y ese principio ha sido siempre desde entonces respetado por este Tribunal y por este País como elemento caracterizador permanente e indispensable de nuestro sistema constitucional¹¹.

El Tribunal, *Marbury* mediante, no sólo se proclamaba supremo intérprete «del derecho de la Constitución», sino que a renglón seguido afirmaba que sus pronunciamientos constitucionales eran parte de ese mismo derecho¹². De aquí derivaba, finalmente, la consecuencia de que desobedecer o ignorar un pronunciamiento constitucional del Tribunal Supremo era tanto como resistir la Constitución (el derecho de la Constitución) y quebrar, entonces, el deber constitucional de respetarla y defenderla¹³.

Un poder como el reclamado por el Tribunal Warren en *Cooper v. Aaron* nunca fue afirmado por el Tribunal Marshall (aunque el tipo de «lógica» empleada en la sentencia pueda muy bien recordar a la aplicada por Marshall en *Marbury*). No hubiera podido ser: con frecuencia se olvida lo irrelevante y vulnerable que fue el Tribunal Supremo (y el poder judicial federal) de la primera época y hasta qué punto fue enorme el logro del Tribunal Marshall al hacerse un lugar entre los poderes de la Federación¹⁴.

¹¹ 358 U.S. (1958), p. 18.

¹² «Se sigue de aquí que la interpretación de la Décimocuarta Enmienda hecha por este Tribunal en el caso *Brown* es el supremo derecho del país [*the supreme law of the land*], y el artículo VI de la Constitución le confiere efecto vinculante para los Estados “no obstante cualquier cosa en contrario en la Constitución o las Leyes de los Estados”». *Ibid.*

¹³ «Los legisladores, gobiernos y jueces de los Estados están solemnemente comprometidos por el juramento prestado conforme al art. VI.3, «a defender esta Constitución»... Ningún legislador, gobierno o juez de los Estados puede luchar contra la constitución [*war against the constitution*] sin vulnerar su compromiso de defenderla». *Ibid.*

¹⁴ Una buena descripción general del papel de Marshall y el Tribunal Marshall en esa conquista, poniendo el acento en el antes y después de la situación del poder judicial federal, del Tribunal Supremo y del Derecho Constitucional en, Samuel R. Olken, «Chief Justice John Marshall and the Course of American Constitutional History», *The John Marshall Law Review*, vol. 33 (2003), pp. 743 y ss.

Así las cosas, sin embargo, gracias al empeño del Tribunal Supremo del siglo xx y a la dedicación de una buena parte de la academia, la doctrina de la «supremacía judicial» aun en esta versión extrema, se asocia hoy fácilmente con los principios declarados en *Marbury*, como una característica natural del sistema de *judicial review*.

Para el Tribunal Supremo, *Marbury* es el emblema de su autoridad y algo más, porque su invocación en los casos que le resultan especialmente comprometidos no parece que se haga con el fin de iluminar, respaldar o reforzar una argumentación jurídica, sino con el muy diferente propósito de convocar las propiedades talismánicas de esa decisión. *Marbury* es inapelable, una *ultima ratio*, y su mención es solemne cada vez que, como en *Cooper*, el Tribunal ha sentido amenazada su autoridad. Aparece, significativamente, en la sentencia del caso de las cintas del Watergate cuando el Tribunal ha de decidir sobre el alcance del privilegio presidencial¹⁵, o en *Boerne* (el caso de la «Ley para la Restauración de la Libertad Religiosa») para afirmar la superior autoridad del Tribunal frente al legislador federal en la determinación del alcance de los derechos constitucionales¹⁶, o en los nuevos casos de federalismo (*United States v. López* o, últimamente, *Morrison*) a propósito de su competencia para determinar el «verdadero» alcance del poder del Congreso al amparo de la cláusula de comercio¹⁷. La Constitución, viene a concluirse, puede admitir diversas interpretaciones, pero no interpretaciones en conflicto con la interpretación constitucional del Tribunal Supremo. Por supuesto, *Marbury* es también la sonora referencia y último gran argumento de los disidentes en el seno del Tribunal Supremo, para denunciar en casos señalados la equivocación de la ma-

¹⁵ *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974) en pp. 703-705; también aparece por el mismo motivo en *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997) en p. 703.

¹⁶ *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997) en pp. 516, 529, 535-536. Me ocupé de esta decisión también para analizar el asunto de la «supremacía judicial» en la interpretación de la Constitución en, «City of Boerne v. Flores: la importancia del “candor judicial”», *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 54 (1998), pp. 311 y ss.

¹⁷ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) en p. 566 (comenta esta decisión, F. Rey Martínez, «United States v. Lopez y el “nuevo federalismo” norteamericano», *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 51 (1997) pp. 273 y ss.); *United States v. Morrison* 529 U.S. 598 (2000), en pp. 607, 616 [en *Morrison* el Tribunal Supremo declaró la inconstitucionalidad de la *Violence Against Women Act* (ley de Violencia Contra las Mujeres) por entender que el Congreso carecía de competencia derivada de la cláusula de comercio o de la Enmienda XIV para imponer esta regulación en los Estados].

yoría, los excesos del Tribunal o el desvío de lo que siempre ha sido su función adecuada en el esquema constitucional¹⁸.

Esta constante y enfática apelación por parte de los jueces a *Marbury* y sus principios ha contribuido como ninguna teoría a difundir y consolidar la idea de que la *judicial review*, desde su afirmación en 1803 y hasta hoy, sólo ha progresado, fiel a las mismas premisas. *Marbury*, entonces, se identifica con la *judicial review* y ya no es simplemente el gran precedente que está en el origen¹⁹. *Marbury* es intemporal y poco importa que, como de vez en cuando se recuerda, la doctrina contenida en la sentencia haya sido en su mayor parte modificada —cuando no, directamente, revocada— por la práctica y por decisiones posteriores. «Nada queda de *Marbury v. Madison*», escribe J.A.C. Grant, «a excepción de su influencia»²⁰.

¹⁸ La disidencia apeló a *Marbury* en la última gran polémica sentencia de *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000): véase el voto del juez Stevens en p. 128. Más curiosa es la invocación a *Marbury* en voto disidente por parte del Juez Scalia en *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000) para sostener la tesis contraria a *Cooper*: el Tribunal puede anular leyes contrarias a la Constitución, pero no las simplemente contrarias a «reglas» derivadas de la Constitución (en *Dickerson* estaba en juego la pervivencia de los famosos «derechos *Miranda*», la exigencia de poner al detenido en conocimiento de sus derechos a no declarar, a un abogado, etc., en el momento del arresto o la detención, algo que la Constitución, claramente, no exige y que el Tribunal Supremo derivó de la cláusula del *due process* en *Miranda v. Arizona* [384 U.S. 436 (1966)]).

¹⁹ Una buena muestra de esa equiparación entre *Marbury* y la *judicial review* en el voto concurrente del juez Powell en *United States v. Richardson*, 418 U.S. 171 (1974), citado después como autoridad por la mayoría del Tribunal en *Raines v. Byrd*, 521 U.S. 821 (1997), p. 829: «El valor insustituible del poder articulado por el Juez Presidente Marshall radica en la protección que ha dispensado a los derechos y libertades constitucionales del ciudadano individual y de grupos minoritarios frente a la acción gubernamental opresiva o discriminatoria. Es esta función y no una amorfa supervisión general de las actuaciones del gobierno, la que ha preservado la pública estimación de los tribunales federales y ha permitido la pacífica coexistencia de las implicaciones contramayoritarias de la *judicial review* y los principios democráticos sobre los cuales nuestro Gobierno Federal en última instancia descansa».

²⁰ La erosión del *holding* de *Marbury* comenzó, de hecho, bien temprano (y por obra de su autor, Marshall) con *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821) que consideró *dicta* parte de la interpretación del art.III de la Constitución que se hacía en *Marbury*. De todos modos es en la sentencia *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926) donde se contiene una buena discusión a propósito de «lo que queda» de *Marbury* (me refiero a ella *infra* en el apartado 3.). La frase de Grant la transcribe Julius J. Marke en el capítulo dedicado a *Marbury v. Madison* en, *Vignettes of Legal History*, vol. 1, Simmonds & Hill Publishing Ltd. & Gaunt Inc. (2000, nueva edición revisada y ampliada), p. 18.

II. EL COMENTARIO DE *MARBURY* Y LA CELEBRACIÓN DEL BICENTENARIO

La literatura sobre *Marbury* y en torno a *Marbury* es ingente y sigue aumentando. El carácter central de este caso en el Derecho Constitucional americano sólo en parte puede explicar la irresistible atracción que ejerce sobre los académicos y desde luego no nos da la clave para comprender el porqué del creciente interés que despierta en los últimos tiempos. Desde el final de la década de los ochenta hay un evidente auge de los estudios centrados en *Marbury* y los orígenes de la práctica y la doctrina de la *judicial review*. En los últimos diez años, tres voluminosas biografías de John Marshall han visto la luz, cada una de ellas aclamada como definitiva y todas animadas por la necesidad de llenar un inexplicable vacío documental y bibliográfico²¹.

En este ambiente, las celebraciones del doscientos aniversario de *Marbury* en 2003 —en la práctica, una continuación de las iniciadas dos años antes para conmemorar el bicentenario del providencial acceso de John Marshall a la Presidencia del Tribunal Supremo— no han hecho sino intensificar la tendencia. Los actos conmemorativos situaron de nuevo a *Marbury* en el primer plano, si es que lo había abandonado, y ofrecieron ocasión para el comentario de esta decisión desde todas las perspectivas posibles. Como era previsible, también han dejado tras sí una estela de nuevas publicaciones sobre el famoso caso. En vista de toda esta actividad de comentario, análisis e investigación concentrada últimamente en torno al mismo asunto, ¿qué hay de nuevo sobre *Marbury*? Doscientos años después, ¿qué quedaba por contar?

Sorprendentemente, casi todo, si hemos de dar por buena una opinión que se repite entre los autores que firman las obras de la última hornada. El dato pone de manifiesto uno de los aspectos más extraordinarios del caso *Marbury*: su capacidad para mostrarse ante sus estudiosos, que son legión, y después de dos siglos de existencia no precisamente lánguida, como un caso fundamentalmente mal conocido, mal entendido, mal interpretado e, incluso, repleto de misterios por resolver. Un caso, en definitiva, largamente

²¹ En general, todos consideraban que había llegado el momento de ofrecer alternativas a la magistral pero hagiográfica biografía de Marshall debida a Albert Beveridge y publicada en cuatro tomos entre 1916 y 1919. Las biografías a las que me refiero son las de Charles F. Hobson, *The Great Chief Justice: John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence: University Press of Kansas (1996); Jean Edward Smith, *John Marshall: Definer of a Nation*, New York: H. Holt & Co. (1996), R. Kent Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Louisiana State University Press, (2002).

necesitado de estudio verdaderamente serio y riguroso. Bajo la influencia de esta sugestión, la disposición a desvelar «por fin» de qué se trata auténticamente en *Marbury* ha animado y sigue animando muchos nuevos trabajos.

Los resultados de estas investigaciones son muy desiguales, pero en conjunto, y pese a opiniones autorizadas más escépticas, se puede decir que han contribuido a generar un nuevo acuerdo en cuanto a la adecuada presentación del caso *Marbury*, revisando algunos aspectos de la narración e interpretación tradicionales. Es verdad que la mayor parte de las «nuevas tesis» no se basan en el descubrimiento de material radicalmente desconocido y decisivo —no ha aparecido un carcomido diario de Marshall, ni un manojo de cartas reveladoras de la trama— sino en el reensamblaje y reinterpretación del ya conocido. Y es verdad también que, en una finca tan trillada, los recién llegados deberían sospechar que no se hará fácil, como advierte Alfange, «demostrar persuasivamente que lo que conocemos de este acontecimiento central de la historia constitucional americana se ha basado en interpretaciones fundamentalmente erradas resultantes de la universal incapacidad de los historiadores para percibir el significado y la importancia de los materiales históricos disponibles». Sin embargo, y a pesar de que algunas de las contribuciones recientes son ridículamente presuntuosas, hay motivos para creer que hoy se dispone de una información más completa y fidedigna de las circunstancias del caso y se está más cerca de reconstruir y comprender la mentalidad jurídica de la época que hace tan sólo tres décadas: los resultados acumulados del concienzudo y sistemático rastreo de documentos, la organización más eficiente de los archivos, los avances tecnológicos que facilitan como nunca el acceso a fuentes primarias y, sobre todo, los nuevos aires que corren por los dominios de la *Legal History*, apoyan esta impresión²². Veremos enseguida cómo influye esta

²² El comentario de Dean Alfange, Jr. en «Marbury v. Madison and Original Understandings of Judicial Review: In Defense of Traditional Wisdom», *The Supreme Court Review 1993*, The University of Chicago Press (1944), pp. 330-331. Al enorme trabajo que se ha realizado en estos años en relación con fuentes documentales de interés para el estudio del caso y su época se refiere, por ejemplo, Louise Weinberg en la nota introductoria a su artículo, «Our Marbury», *Virginia Law Review*, vol. 89 (2003) (éste también un trabajo exhaustivo, con sus casi 200 páginas y 609 notas repletas de referencias). En cuanto a las novedades en la forma de «aproximarse» al caso influidas por los nuevos rumbos de la historia constitucional americana, éstas consisten básicamente en la separación cada vez más nítida entre el estudio del *Marbury* «histórico» y el «simbólico». El análisis del caso *Marbury* ha estado tradicionalmente contaminado por la necesidad de dotar de «legitimidad

nueva literatura en el modo de narrar el caso; antes, valdrá la pena que nos detengamos un poco más en el fenómeno del comentario de *Marbury*.

Como acabo de decir, el comentario es masivo. Fundamentalmente, es menos un debate «sobre» *Marbury* que un debate a propósito de las cuestiones que *Marbury* plantea. Algunas de esas cuestiones —por ejemplo, todas las que giran en torno a cómo debe ejercerse la competencia del control judicial de constitucionalidad y con qué alcance— no están realmente implicadas en el caso pero se han podido conectar con él sin dificultad. Lo peculiar de las sentencias de Marshall, decía Frankfurter, «es que su «potencia irradiante» va mucho más allá de lo que estrictamente se decide en ellas», hasta el punto de que, en su opinión, son precisamente esas fuerzas que sus sentencias liberan las que hacen de Marshall una figura única en el panorama legal americano²³. Esta apreciación puede muy bien ponerse en relación con la de aquel otro astuto juez americano, Benjamin Cardozo, a propósito de lo que hace «grande» a un caso: «La idea de que los casos se hacen grandes únicamente por causa de algo intrínseco a ellos», nos dice, «es falsa y reductora; son grandes por lo que hacemos de ellos»²⁴. Aunque Cardozo mencionaba a continuación el genio que llevaba dentro una decisión como *McCulloch* —la mejor de Marshall según ilustres opiniones—, su reflexión es perfecta para *Marbury*.

Creo que no hay exageración en afirmar que lo que hace grande a *Marbury* es el debate que ha generado. El caso en sí, como muchos autores insisten en demostrar, no es un gran caso, ni por la entidad del asunto ni por la forma de resolverlo, y, de hecho, es significativo que —para pasmo del celoso biógrafo de Marshall, Beveridge— no despertara particular interés entre sus contemporáneos²⁵. Nada se les puede reprochar. Lo peor del caso

histórica» a la *judicial review*. Aunque el artículo está pensado para otro fin, en L. Kramer, «When Lawyers Do History», *The George Washington Law review*, vol. 72 (2003-2004), pp. 387 y ss., se describen bien las tribulaciones de los constitucionalistas puestos a hacer historia constitucional. En relación con las trampas de la «legitimidad histórica» y, más en general, sobre la «historia de gabinete legal» [*law-office history*] a la que es tan aficionado el Tribunal Supremo debe verse el artículo inteligente y divertido de Alfred Kelly, «Clio and the Court: An Illicit Love Affair», *The Supreme Law Review* 1965, pp. 119 y ss.

²³ F. Frankfurter, «John Marshall and the Judicial Function», *Harvard Law Review*, vol. 69 (1955), pp. 217.

²⁴ Lo cita Julius J. Marke en el prefacio a la primera edición de 1965 de *Vignettes of Legal History*, cit.

²⁵ Sobre la escasa reacción que provocó la decisión en el primer momento (fuera de Washington fue sencillamente ignorada), vid. Robert L. Clinton, *Marbury v. Madison...*, cit.,

no está en la omisión de toda referencia a los precedentes conocidos y a las fuentes que claramente inspiran el argumento del control de constitucionalidad en la sentencia —hay algo más que similitud entre el argumento «fuerte» de Marshall y el de Hamilton en *El Federalista* 78, con la diferencia de que éste está mejor desarrollado²⁶. Es la «lógica» que Marshall aplica en la decisión (sin piedad y en dos diferentes planos: en la disposición del caso y en la justificación del control judicial de constitucionalidad) la que nunca convenció a muchos de sus coetáneos y ha resultado insufrible para generaciones de estudiosos; que se haya hecho muy popular no dice nada de su «corrección».

pp. 102-103, donde también se refiere a la incredulidad de Beveridge, tan deslumbrado por *Mabury*. Lógicamente, esto también quiere decir que la sentencia no fue conocida fuera de Estados Unidos hasta relativamente tarde, aunque se tenía conocimiento de la práctica americana del control. Así, por ejemplo, Alexis de Tocqueville pudo escribir en *La democracia en América* —publicada en 1835— muy precisamente sobre el extraordinario poder de los tribunales americanos para controlar la constitucionalidad de las leyes, dando indicaciones sobre el modo en que se ejercía y sus consecuencias, sin mencionar en ningún momento *Marbury*, apoyándose en Hamilton (*El Federalista*) y seguramente los Comentarios de la Constitución de Story. Este estado de cosas avalaría las tesis de quienes como Engdhal consideran que el control de las leyes por los jueces era una práctica «bien establecida» para el momento de *Marbury* y que el debate y las dudas aparecen en el momento en que se intenta vincular la doctrina tradicional del control con la afirmación de la supremacía judicial. Esto explicaría que la discusión sobre (la legitimidad de) el control de constitucionalidad hubiera quedado pospuesta hasta finales del siglo XIX. Vid. D. Engdahl, «John Marshall's "Jeffersonian" Concept of Judicial Review», *Duke Law Journal*, vol.42 (1992), p. 279 y ss.

²⁶ Sobre el notorio desdén de Marshall hacia los precedentes, un rasgo de su estilo judicial, las interesantes observaciones de Eisgruber, «John Marshall's Judicial Rethoric», *The Supreme Court Review 1996*, The University of Chicago Press (1997), especialmente, pp. 457-466. En particular, sobre la manipulación de los únicos tres precedentes citados en *Marbury* y la deliberada desatención a los casos mencionados por el abogado del demandante, en los que el Tribunal ya había ejercido su jurisdicción original para emitir *mandamus* sin apreciar problema de inconstitucionalidad, véase, Susan Low Bloch y Maeva Marcus, «John Marshall's Selective Use of History in *Marbury v. Madison*», *Wisconsin Law Review* (1986), pp. 301 y ss. En cuanto a la falta de originalidad del razonamiento, menos destacada por los críticos de *Marbury* pero igualmente llamativa es la semejanza en las expresiones y argumentos en apoyo de la competencia judicial para interpretar la constitución (como derecho) entre *Marbury* y *Kemper v. Hawkins*, un caso de Virginia de 1793 decidido por el juez St. George Tucker: «a state constitution becomes the first law of the land, and as such must be resorted to on every occasion, where it becomes necessary to expound what the law is. This exposition it is the duty and office of the judiciary to make». En apéndice a los Comentarios de Blackstone, St. George Tucker también elabora el argumento que vincula el poder de los jueces para inaplicar leyes inconstitucionales con el juramento que han prestado de defender la constitución. Las citas de St. George Tucker p.ej., en Engdhal, «John Marshall's "Jeffersonian" ...», cit., pp. 300-301.

Es posible —y aquí interviene ya el comentario— que el problema esté en haber tomado esa «lógica» demasiado en serio o en haberla tomado por lo que no era. Si hemos de creer lo que los historiadores nos cuentan del carácter de nuestro hombre, el gusto de Marshall por los razonamientos irresistibles a base de relaciones causa-efecto y premisas-deducciones era bien conocido y no lo practicaba únicamente en el foro: «Cuando converso con Marshall, jamás admito nada. Tengo por seguro que tan pronto como uno le concede que determinada premisa es buena, no importa lo remota que resulte para la conclusión a la que quiere llegar, está perdido»²⁷. Era, no obstante, en las sentencias donde esta afición pasaba a formar parte de su peculiar estilo judicial, dando lugar a un prosa «tan poderosa como opaca»; la que, según la anécdota muy repetida, habría llevado a exclamar a Randolph, rabioso oponente político de Marshall, tras leer una de sus sentencias, «mal, todo mal, pero nadie en los Estados Unidos puede decir por qué o en qué». El estilo grandioso y efectista de Marshall siempre ha tenido admiradores y críticos. Es inimitable y, en opinión de la mayoría, es bueno que así sea²⁸.

La crítica a la «deducción lógica» del poder de control de los jueces contenida en *Marbury* tiene larga tradición e ilustres practicantes. Seguramente la debida a Gibson, un notable jurista y juez del Tribunal Supremo de Pennsylvania, es la más antigua y conocida, y también una de las más brillantes. Las objeciones de Gibson, incorporadas como voto particular del caso *Eakin v. Raub* de 1825 han sido la guía de buena parte de la crítica posterior²⁹ y quizá eso explique que esta modalidad del comentario —la

²⁷ El comentario es de Jefferson y lo cita G. Edward White, *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges* (1976), p. 12.

²⁸ La cita de la anécdota de Randolph y otras a propósito del estilo de Marshall en Lewis Henry LaRue, «How Not to Imitate John Marshall», *Washington and Lee Law Review*, vol. 56 (1999) pp. 819 y ss. (la anécdota de Randolph en pp. 828-829). LaRue es quien caracteriza la prosa judicial de Marshall como «poderoso y opaca», precisando que por «opaca» quiere decir, «resistente al análisis». Sobre el estilo de Marshall también, dos trabajos de Christopher Eisgruber, «John Marshall's Judicial Rhetoric», cit. y «Marbury, Marshall, and the Politics of Constitutional Judgment», *Virginia Law Review*, vol. 89 (2003), pp. 1203 y ss.

²⁹ *Eakin v. Raub*, Serg. & Rawle 330 (1825). El voto de Gibson fue descubierto para los especialistas por Thayer, quien en su influyente ensayo «The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. 7 (1893), lo alabó juzgándolo la mejor discusión sobre el control de constitucionalidad, por encima de *Marbury v. Madison*, que en su opinión había sido sobrevalorado (*op. cit.*, pp. 129-130 y n. 2).

centrada en la demostración de que la «lógica» de *Marbury* no es tal — resulte en conjunto extremadamente redundante y, a la postre, de poco alcance. Aceptado que Marshall no consigue por vía de deducciones justificar por qué deben ser precisamente los jueces los encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes —y está claro que en *Marbury* esto no se justifica satisfactoriamente— de aquí no se sigue más que la conclusión de que la fundación para la legitimidad del control que *Marbury* proporciona (derivada de la «lógica de las constituciones escritas») es incorrecta. Si uno no cree que el poder de control fuera inventado por Marshall y establecido de una vez por todas en *Marbury* (es decir, si uno no cree que la fundamentación empleada por Marshall sea la única para sostener el edificio del control judicial de constitucionalidad), el efecto de esta crítica se agota en indicar que el caso está mal decidido; todo lo más, si la conclusión quiere hacerse realmente dramática, que su fama se debe a un inmenso malentendido. Al llegar a este punto, la reflexión de Rostow puede ayudar a ver con más claridad:

Generaciones de juristas, de académicos, han diseccionado el razonamiento errático de *Marbury v. Madison*... De acuerdo. Es demasiado malo... Debemos aceptar el hecho de que bajo las mejores circunstancias los jueces a menudo dictarán sentencias que no consigan convencer a la mayoría o a todos los mejores juristas de su época o de épocas posteriores. Sus decisiones, sin embargo, pueden tornarse correctas o erradas, vistas en retrospectiva, según su anticipada coherencia o incoherencia con un principio entonces ignorado³⁰.

Entre los defensores de la importancia de *Marbury* para el desarrollo posterior del control de constitucionalidad son muchos los que están de acuerdo en que el «desarrollo lógico» de la fundamentación del control no es lo más logrado de la decisión. Algunos admiten directamente que es un fiasco³¹. Pero si la «lógica» de Marshall no se toma como método

³⁰ E. Rostow, *The Sovereign Prerogative: The Supreme Court and the Quest for Law*, Greenwood Press (1962), pp. 35-36. Tomo la cita de R.L. Clinton, *Marbury v. Madison*... cit., p. 221.

³¹ «Un argumento que se hace reposar sobre lógica deductiva, aunque no sea vulnerable a la crítica subjetiva, puede probarse erróneo si en cualquier parte el razonamiento descansa en una falacia. Por esta razón, puede decirse con certeza que el argumento de Marshall en *Marbury v. Madison* es erróneo», Dean Alfange, Jr., «*Marbury v. Madison* and Original Understanding of Judicial Review. In *Defense of Original Wisdom*», cit., p. 422.

para la demostración, sino como pura argucia retórica —deliberadamente por supuesto lo que no lo es tanto, con el fin de ocultar las debilidades de la conclusión— el juicio puede cambiar. Lo que Eisgruber opina (algo que también sugiere McCloskey y que da por bueno Alfange) es que Marshall deseaba asegurar para los tribunales el poder para «declarar cuál es el derecho» conforme a la Constitución, sin entrar en el debate de por qué los jueces podrían decidir sobre la constitucionalidad mejor que el legislador y, sobre todo, en la época inicial de la Federación, mejor que los Estados³². Marshall se sirve del argumento de Hamilton en *El Federalista* 78, pero no se refiere a las cautelas que Hamilton incorpora cuando señala que atribuir el poder de control a los jueces es conveniente, incluso si nada puede impedir que ocasionalmente abusen de él. Marshall convierte un argumento que en última instancia estaba basado en la ponderación de las ventajas sobre los inconvenientes, en un argumento rotundo acerca de «lo que es debido». En la medida en que esta afirmación de autoridad no fue contestada en su momento por los poderes políticos —más específicamente, por los republicanos— y el Tribunal Supremo pudo superar la crisis en la que estaba sumido en la época en la que el caso se decidía, la estrategia empleada en *Marbury* puede considerarse un éxito. La portentosa historia posterior de la *judicial review*, Marshall simplemente no la pudo imaginar.

De este modo se destacan las dos cualidades que para muchos comentaristas son las que hacen de *Marbury* el gran caso: su oportunidad y su éxito estratégico. A propósito de su oportunidad, de *Marbury* puede decirse lo que Holmes dijo de Marshall: que entre sus muchas virtudes no era la menor la de «haber estado ahí». La decisión de este caso no impulsó inmediatamente el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, de hecho, probablemente el Tribunal Marshall fue el Tribunal más «deferente» con el Congreso de la historia de Estados Unidos; pero cuando hizo falta una autoridad judicial a la que remitirse, un precedente no cuestionado (¡de la época de la generación constituyente!) que avalara el ejercicio del poder judicial de control, *Marbury* estaba ahí. Que Marshall hubiera anticipado esta futura necesidad, que hubiera querido dejar fijado en la primera y mejor ocasión el poder de control, es lo que sostienen los verdaderos entusiastas

³² Eisgruber, «Marbury, Marshall, and the Politics of Constitutional Judgment», cit.; R. McCloskey, *American Supreme Court*, cit., p. 43; D. Alfange, Jr., «Marbury v. Madison...», cit., p. 429.

de la decisión (desde luego, Beveridge, también McCloskey), pero esto ya entra en el terreno de las creencias. El éxito estratégico de la decisión habría consistido fundamentalmente en haber permitido al Tribunal salir airoso de una situación en la que tenía mucho que perder, tanto con una sentencia estimatoria (porque era más que una sospecha que el Ejecutivo no acataría la orden del Tribunal), como con una desestimatoria (que se leería como una implícita traición al Presidente federalista, al que de una u otra forma todos los jueces debían su puesto, y una muestra de sumisión a la nueva presidencia republicana), situación resuelta en el último momento mediante un fallo perfectamente inocuo aunque precedido por la denuncia de la actuación ilegítima (pero irremediable) del Ejecutivo y todo tipo de grandes consideraciones sobre el papel de los jueces en el gobierno constitucional. Para McCloskey, *Marbury* es una obra maestra de «despiste» [*masterwork of indirection*]; para Beveridge, un golpe increíblemente audaz que marcó el futuro de la Nación³³; para quienes lo ven más bien como una mala versión del truco del conejo en la chistera, la historia posterior del caso, su conversión en el gran precedente, es una gran ironía y un comienzo nada prometedor de la *judicial review*³⁴.

Con buen sentido, en un trabajo reciente S. Douglas Gerber llama la atención sobre un artículo publicado en 1917 en el que el autor, de pasada, se refiere a la recurrente discusión sobre la «usurpación» por parte de los jueces del poder de declarar las leyes inconstitucionales y, en relación con ella, a las variopintas razones por las que *Marbury* había llegado a convertirse en una referencia primordial. Sin el beneficio de la retrospectiva, al que se refería Rostow, la valoración de este autor —F.W. Grinnell— no puede ser más razonable y desapasionada. A su modo de ver, las razones serían fundamentalmente tres:

Primera, el hábito de buscar el precedente más que el principio ha llevado a apoyarse en la opinión del Juez Presidente Marshall en *Marbury v. Madison*; a pesar de que él mismo buscó el principio sin preocuparse por los precedentes.

³³ R. McCloskey, *The American Supreme Court*, cit.; Beveridge, *The Life of John Marshall III*, Johnson Reprint Corp. (1980, 1.ª ed. 1919), pp. 142-43.

³⁴ Así, por ejemplo, S. Levinson, «Why I Do Not Teach *Marbury* (Except to Eastern Europeans) and Why You Should't Either», *Wake Forest Law Review*, vol. 38 (2003), pp. 553 y ss.; o Samuel R. Olken, «The Ironies of *Marbury v. Madison* and John Marshall's Judicial Statesmanship», *John Marshall Law Review*, vol. 37 (2004), pp. 391 y ss.

Segunda y tercera, las fuerzas combinadas de la «política» Anti-Federalista por un lado, y la tendencia americana a la autoglorificación, por otro, convergieron para afirmar que era una idea exclusivamente americana inventada por el Juez Presidente Marshall. El hecho de que hubiera pocos repertorios de sentencias publicados anteriores a 1803, cuando *Marbury v. Madison* fue decidido, contribuyó a este mito. Las investigaciones recientes han descubierto una masa de información enterrada que demuestra que el principio ni era exclusivamente americano ni fue inventado por Marshall³⁵.

Ahora, ¿qué aporta de interés a esta larga saga el comentario de *Marbury* en torno a 2003? ¿Nos ayuda a comprender mejor el caso? ¿Consolida su fama? Aunque es difícil dar una valoración sobre el conjunto, pienso que a la vista de las «tendencias» a las que parecen responder las contribuciones recientes se puede extraer alguna conclusión de carácter general. De manera más intuitiva que científica, estos trabajos (me fijo básicamente en los aparecidos en torno a 2003, aunque no exclusivamente y, desde luego, no exhaustivamente) se pueden agrupar de la siguiente manera. Por un lado están los trabajos que, aunque coinciden con la oleada de 2003, no tienen nada de circunstancial y se inscriben en el marco más amplio de los estudios orientados a la revisión y reconstrucción de la historia constitucional americana desde nuevas premisas metodológicas, en el intento de construir un relato verdaderamente histórico, más objetivo, menos comprometido con el presente y liberado de adherencias doctrinales. Por otro, las contribuciones de quienes han considerado que el bicentenario era una inmejorable ocasión para ajustar cuentas con *Marbury* y llamar la atención sobre la larga serie de equivocaciones, exageraciones e inconsecuencias que a la postre han contribuido a la innecesaria fama de este caso y a su fabulosa mitificación. Un grupo aparte lo constituyen los ensayos en los que, con diverso grado de espectacularidad, los autores garantizan al lector que su visión de *Marbury* no volverá a ser la misma después de conocer la nueva tesis o interpretación que con ellos sale a la luz. Por fin, dejando a un lado el torrente de artículos «sobre» *Marbury* que con tal motivo simplemente

³⁵ «The Anti-Slavery Decisions of 1781 and 1788 and the History of the Duty of the Court in Regard to Unconstitutional Legislation», *Massachusetts Law Quarterly* vol. 2 (1917), p. 442. Scott Douglas Gerber, «The Myth of *Marbury v. Madison* and the Origins of Judicial Review», incluido en Graber y Perhac (eds.) *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, cit., p. 13.

tratan de la *judicial review*, sea en general o en algún aspecto concreto, están los trabajos de quienes denuncian la moda doctrinal consistente en restar importancia a *Marbury* e incluso ridiculizarlo. En el convencimiento de que esta corriente está llegando demasiado lejos en los últimos tiempos, algunos autores han considerado preciso volver sobre los viejos caminos, justificar la importancia de *Marbury* y salir en defensa de la respetable tradición que lo estima como uno de los grandes casos, si no el más grande, del Derecho constitucional americano.

De todos estos estudios, quizá sean los de carácter histórico los que hacen aportaciones más originales, precisamente por el esfuerzo que realizan por «devolver» el caso *Marbury* a su época. Esto no quiere decir, simplemente, situarlo en el contexto histórico a la manera tradicional; en la idea de que el pasado es otro lugar, y aplicando una metodología muy similar a la del Derecho comparado (primero estudiar y comprender los principios del derecho extranjero para, después, trazar los paralelismos, marcar las diferencias: en definitiva comparar), estos estudiosos intentan en primer término comprender la cultura jurídica y política del mil ochocientos para llamar la atención sobre las transformaciones en los conceptos y en las instituciones ocurridas desde entonces y que, desde luego, afectan a la manera de entender el caso y la sentencia *Marbury*³⁶.

En la sección de los trabajos con una aproximación más iconoclasta al caso, probablemente el de Levinson es el que ha conseguido más inmediata notoriedad y el que ha mostrado más capacidad de provocación. El título ha jugado su parte: «Por qué no explico *Marbury* en clase (salvo a europeos del Este) y por qué tú tampoco deberías»³⁷. Sin embargo, aunque el artículo de Levinson está lleno de observaciones inteligentes y de sentido común, tienen más interés académico, me parece, los artículos que reconstruyen el proceso de glorificación de *Marbury*, sin pasar por alto sus aberraciones. En este punto, aunque después del libro de Robert L. Clinton³⁸ mucha de

³⁶ Los trabajos de Gordon S. Wood, Hobson, Newmyer, LaRue, entre otros, publicados en el vol. 56 de la *Washington and Lee Law Review* (1999) pueden ser un buen ejemplo de esta tendencia.

³⁷ «Why I Do Not Teach *Marbury*...» ya citado en nota 34. Por supuesto el artículo ha conseguido la respuesta que buscaba: Eric J. Segall, «Why I Still Teach *Marbury* (And So Should You): A response To Professor Levinson», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 6 (2004); con duplica, S. Levinson, «Why I Still Won't Teach *Marbury* (Except In a Seminar)», en la misma revista y volumen que el anterior.

³⁸ *Marbury v. Madison*... (1989) ya citado.

esta información quizá no era tan novedosa, es excelente la reconstrucción de esta peculiar historia que hace Douglas³⁹.

El grupo de los ensayos que anuncian hallazgos espectaculares es, para utilizar la palabra de moda, «transversal». Hay trabajos históricos y trabajos más centrados en el análisis doctrinal del caso. Aunque añaden datos de interés, ninguno de ellos resulta «*path-breaking*» del mismo modo en que han podido ser rompedores los estudios de principios de los noventa que realmente se proponían ver el caso desde otra perspectiva: los de Clinton, de Snowiss o de O'Fallon y, en menor medida, el de Engdhal⁴⁰. Y desde luego su interés no es necesariamente proporcional al énfasis del autor. El trabajo de Farber, construyendo el relato de la historia de la «supremacía judicial» como un proceso de eliminación de los competidores (los otros intérpretes constitucionales) sobre la base del fracaso de éstos (primero los Estados, luego el Congreso y el Presidente) y no de las victorias del Tribunal Supremo, es original y explica bien algunos desarrollos⁴¹.

Entre los textos que no se ocupan exactamente de *Marbury*, sino más en general de la *judicial review*, me parece de mucho interés el artículo de Ross sobre la cuestión general de la «resistencia» de la *judicial review* a numerosos y serios intentos de reforma (algunos, pura y simplemente, de supresión) que de haber tenido éxito —y algunos estuvieron cerca de conseguirlo— hubieran dado la vuelta a la historia que hoy conocemos. El relato tiene particular atractivo para los europeos, que reconocerán algunas de las tesis europeas sobre el control abanderando las reformas y, todavía más, para los interesados en el diseño institucional del control, porque a la

³⁹ Davidson M. Douglas, «The Rethorical Uses of *Marbury v. Madison*: The Emergence of a “Great Case”», ya citado.

⁴⁰ Todos han sido citados en páginas anteriores.

⁴¹ Daniel A. Farber, «Judicial Review and Its Alternatives: An American Tale», *Wake Forest Law Review*, vol. 38 (2003), p. 415 y ss. A Treanor [«Judicial Review before *Marbury*», *Stanford Law Review*, vol. 58 (2005)], en cambio, se le fue la mano en la presentación, que parece más bien la crítica con la que sueña: «While scholars have long probed ... this Article presents a study ... that is dramatically more complete than prior work and that challenges prior scholarship on the original understanding of judicial review in the two most critical dimensions...» Tampoco me parece que logre su triple objetivo de «recomponer» el caso, mostrar cómo la noción de *rule of law* está implicada en el debate en torno a él y ofrecer una presentación del mismo útil en la construcción del derecho transnacional (al parecer, la idea surge tras asistir los autores a un Congreso en China), el trabajo de Reinstein y Rahdert, «Reconstructing *Marbury*», *Arkansas Law Review*, vol. 57 (2005), pp. 729 y ss.

vista de esta información se puede concluir que aunque en materia de organización del control no todo está inventado, es difícil ser original hoy⁴².

Y, finalmente, entre los trabajos que resaltan la vigencia del gran caso, sin duda, es el de Louisa Weinberg el más destacado, por muchas razones que incluyen también su exhaustividad. Aunque creo que no es tan eficaz como el trabajo de Dean Alfange, que cumplió a principios de los noventa esta misma misión de reponer la grandeza del caso atacando (académicamente) a sus críticos, el trabajo de Weinberg, que se propone, con un tono infinitamente más pacífico que el de Alfange, la heroica tarea de examinar y rebatir una a una las principales críticas a *Marbury*, es excelente incluso si no siempre logra convencer⁴³.

III. EL RELATO DE *MARBURY*: ¿CUÁLES SON LOS «HECHOS RELEVANTES»?

Por regla general, el relato de los hechos que están en la base de un litigio se acomoda a la estructura «quién hizo qué a quién». El relato fáctico es crucial en cualquier proceso judicial e indispensable para fijar los contornos del caso y comprender los términos de la decisión y sus consecuencias. La narración de los hechos en un caso judicial, sin embargo, está siempre condicionada por la exigencia de atenerse a los «hechos relevantes», que quiere decir, limitarse a consignar los que tienen interés para el derecho y, más en concreto, los que se consideren determinantes para la adopción de la solución jurídica apropiada. Evidentemente, cada participante en el proceso —y a menudo otros interesados en él por una variedad de motivos— tiende a presentar los hechos de la manera más adecuada a sus intereses, de tal forma que, en toda sentencia, además del pronunciamiento sobre «la cosa litigiosa», se contiene también una inevitable «decisión judicial» acerca de el relato de hechos que se da por bueno. En definitiva, todas las sentencias incluyen la versión «judicial» de la historia del caso.

Habitualmente, en trabajos jurídico-teóricos, cuando se estudia una decisión judicial o cuando se analiza una línea de jurisprudencia, es ese relato judicial de los hechos el que se tiene en cuenta —si se tiene en

⁴² «The Resilience of *Marbury v. Madison*: Why Judicial Review Has Survived So Many Attacks», *Wake Forest Law Review*, vol. 38, pp. 733 y ss.

⁴³ L. Weinberg, «Our *Marbury*», cit. Me parece, en cambio, que no aporta nada de especial interés y sólo es una continuación del relato tradicional, el trabajo de Prakash y Yoo, «The Origins of Judicial Review», *University of Chicago Law Review*, vol. 70 (2003), pp. 887 y ss.

cuenta alguno, en la venerable tradición del *civil law*—, incluso para valorar lo correcto o incorrecto de la decisión. A veces no es así. A veces es imprescindible ir más allá, poner el caso «en contexto» para comprender su verdadera dimensión jurídica. Por ejemplo, porque la real cuestión que se decide trasciende la estrictamente planteada en la controversia; o porque la decisión judicial está fuertemente condicionada por circunstancias que no aparecen como formando parte del caso (aunque los jueces hayan sido bien conscientes de ellas en todo momento); o porque el paso del tiempo y el cambio de circunstancias han cambiado el destino del caso: un caso «menor», enterrado en el repertorio de jurisprudencia, se convierte contra pronóstico, por obra de decisiones judiciales posteriores o porque adquiere prestigio académico, en un caso canónico, incluso en un «gran caso». Todo esto sucede con *Marbury* y contribuye a hacer de él un caso particularmente intratable cuando llega el momento de «contarlo». El riesgo de perderse en la descripción del escenario es grande y de esto no hay mejor prueba que la montaña del comentario dedicado a «explicar» cuáles eran las circunstancias que rodearon a *Marbury* que nos han de dar la clave para comprender lo que realmente se decidió y el porqué del modo en que se decidió.

En una cosa parece haber acuerdo: los «hechos relevantes» de *Marbury* no están recogidos en la sentencia; al menos, no los más significativos. Esto es cierto en el sentido más estricto y trivial de que, en contra de lo que es el uso, no hay en esta sentencia una presentación o identificación del caso propiamente dicha⁴⁴. Ni siquiera hay un encabezamiento en el que se

⁴⁴ La sentencia en cuanto tal comienza en la p. 153 (la página inicial de *Marbury* en Cranch es 137). En las primeras páginas se recoge información sobre algunas actuaciones preliminares; se indica, por ejemplo, que al inicio fueron cuatro personas, Marbury entre ellas, las promotoras del procedimiento; se informa de la toma de declaraciones a diversos testigos hasta que finalmente queda claro que las comisiones, los nombramientos, efectivamente existían y al menos el de Marbury había quedado en la Oficina del Secretario de Estado. Pero sobre todo, lo que se recoge es el alegato del abogado que representa a Marbury, Charles Lee, *Attorney General* (Fiscal General/Abogado del Estado) en la época de Adams. En lo básico, la sentencia sigue los argumentos de derecho introducidos por Lee, un esquema del que sólo se aparta al llegar a la cuestión de la inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley Judicial de 1789, que por supuesto, Lee no había planteado y se introduce de oficio por el Tribunal. La cuestión de la inconstitucionalidad nunca fue debatida, simplemente aparece planteada y resuelta en el momento de dictar sentencia. Madison nunca contestó a ningún requerimiento ni se dió por enterado de las actuaciones. Lincoln, *Attorney General* de la época de Jefferson intervino para testificar en su condición de Secretario de Estado interino (se ocupó de la gestión tras el acceso a la Presidencia de Jefferson y hasta el

indique, por ejemplo, quién es el Juez que redacta la decisión, aunque sea hoy sobreentendido que *Marbury* es de John Marshall y en la factura de la sentencia se vea la huella de todas las virtudes y vicios de su característico estilo⁴⁵. Pero obviamente no es esto lo que se quiere subrayar. ¿Por qué se descarta tan resueltamente que el caso *Marbury* pueda reconstruirse, como es lo corriente, a la vista de lo que se decide en la sentencia?

Reducido a lo esencial, un relato de los hechos a partir de los datos que nos proporciona la sentencia podría ser éste: El señor William Marbury fue nombrado por el presidente John Adams juez de paz para el Distrito de Columbia. Su nombramiento fue formalizado, sellado, aunque finalmente no enviado. El nuevo secretario de Estado, Madison, requerido a realizar el envío no ha mostrado voluntad de hacerlo. Ante lo que considera una negativa, Marbury, representado por el abogado Charles Lee (fiscal general en la etapa de Adams), se dirige al Tribunal Supremo en primera instancia —jurisdicción original— solicitando de este órgano la emisión de un *writ of mandamus* que conmine al secretario de Estado a enviar la comisión a la que el demandante tiene derecho y le permita, de este modo, ocupar el puesto para el que fue nombrado por el presidente de los Estados Unidos.

Este relato se acomoda bien a lo que se decide en el caso aunque no nos da pista alguna para comprender su especial importancia (y nos deja con la intriga de por qué Madison se niega a enviar el nombramiento —¿qué tendría contra *Marbury*?). También pasa por alto algunos detalles que, aunque no aparecen en la sentencia, fueron conocidos por los jueces y cualquier experto en Derecho, y no tanto, consideraría de interés:

nombramiento de Madison) aunque no aportó ninguna información significativa. No contribuyó con ninguna alegación a la causa. Se trata por tanto de un caso entre dos partes pero decidido con la notoria ausencia de una de ellas, una situación excepcional —el requisito del *adversary context* es imprescindible— que sólo se repite, con muy diferentes notas, en *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939).

⁴⁵ Christopher L. Eisgruber, «John Marshall's Judicial Rhetoric», *The Supreme Court Review 1996*, The University of Chicago Press (1997), pp. 439-481. David P. Currie ha caracterizado de este modo el estilo judicial de Marshall: «retórica florida, afirmaciones tajantes, digresiones abundantes, múltiples puntos de derecho decididos, se pasan por alto los precedentes favorables y se pone el énfasis en las indeseables consecuencias de cualquier interpretación diferente a la que se propone»; indica también Currie que «es difícil encontrar una sola decisión de Marshall en la que los argumentos jurídicos empleados confluyan de manera convincente». Las citas son de su libro *The Constitution in the Supreme Court: The First Hundred Years 1789-1888*, Chicago (1985) y las recoge Eisgruber en *op. cit.* p. 439, n. 1.

—el nombramiento de Marbury, junto con otros, se realizó por el gobierno de Adams en funciones y en el último momento. Para cuando Marbury inicia este litigio, Jefferson, el nuevo presidente, ya ha confirmado a algunos de los jueces de paz inicialmente nombrados por Adams, ha nombrado a algunos otros y ha suprimido algunos de los puestos inicialmente creados;

—el secretario de Estado al cargo cuando el nombramiento fue hecho, el que se encargó de sellarlo aunque no llegó a expedirlo, era John Marshall, juez del caso y, según todos los indicios, autor de la decisión;

—la demanda en solicitud de *mandamus* se interpone en diciembre de 1801, a finales del período de sesiones del Tribunal Supremo, pero el proceso queda interrumpido hasta febrero de 1803, cuando se reanudan las sesiones del Tribunal, que por motivos que no se indican no se reúne en todo el año 1802;

—en el Tribunal Supremo está pendiente de decisión al mismo tiempo que el caso de Marbury, el caso *Stuart v. Laird*, en el que se plantea directamente el problema de la constitucionalidad de la ley de 1802 que suprime el sistema de Tribunales de Circuito con jueces titulares, recién creado por una ley de 1801; la derogación de esta ley supone la pérdida de la condición de jueces federales (que, a diferencia del nombramiento por cinco años de juez de paz, es un nombramiento de por vida) de los 16 jueces nombrados por Adams para ocupar asiento en los circuitos.

Que el asunto de Marbury planteaba cuestiones «de interés público» lo reconoce la sentencia de pasada, cuando se dice al comienzo: «lo especialmente delicado de este caso, la novedad de sus circunstancias, y la real dificultad de las cuestiones que se plantean, demandan una completa exposición de los principios sobre los que se funda la decisión que adopta este tribunal»⁴⁶. La cuestión especialmente delicada no era la de una potencial declaración de inconstitucionalidad que nadie había pedido, sino la de si un Tribunal podía controlar el uso del poder presidencial en materia de nombramiento y continuidad de cargos públicos y si podría «obligar» en consecuencia, en el caso concreto, a que el Presidente republicano confirmara un nombramiento decidido a última hora por el Presidente federalista saliente. Una parte de la opinión pública había considerado una auténtica desfachatez el puro hecho de que el Tribunal Supremo hubiera dirigido

⁴⁶ 1 Cranch en p. 154

oficio a Madison, secretario de Estado, requiriéndole «*to show cause*» («dar razón») de los motivos por los que el Tribunal no habría de dirigir contra él un *writ of mandamus*, tal y como estaban solicitando los titulares de los nombramientos frustrados con el cambio de gobierno. Madison nunca contestó y, a todos los efectos, la Administración de Jefferson actuó como si el juicio de *Marbury* no existiera. Cuando la sentencia —totalmente inofensiva— se conoció, el comentario de Jefferson fue significativo: si el Tribunal carecía, según se decía en la sentencia, de jurisdicción para emitir el *mandamus*, todos los puntos de derecho tratados en la sentencia sobre el fondo del asunto eran «mera disertación en *obiter dicta* del Presidente del Tribunal»⁴⁷.

El espectacular desarrollo posterior de la competencia para el control de constitucionalidad y el enorme debate generado en torno a ella son causantes de la presente distorsión en la lectura del caso, que nunca fue un caso de control de constitucionalidad «de las leyes», sino de control de actos del ejecutivo y, por implicación, de separación de poderes —planteados estos temas desde una perspectiva muy diferente a la actual. Por eso, me parece que tienen razón quienes, como William Nelson, han subrayado que lo realmente audaz en esta decisión y que dice todo de la brillante capacidad estratégica de Marshall, es el argumento vertebral para la sentencia de que la función de los jueces es decidir casos conforme a derecho y que no les corresponde decidir cuestiones «por su naturaleza políticas»⁴⁸.

Esta solemne proclamación, viniendo del presidente de un Tribunal compuesto por políticos federalistas, uno de cuyos miembros se enfrentaba a un proceso de *impeachment* por sus furibundas arengas políticas a los jurados, no es cualquier cosa. No sólo es una forma de delimitar el ámbito propio de competencia, señalar sus razonables límites y precaverse de potenciales

⁴⁷ Mantuvo esta opinión toda su vida y así se lo recuerda al juez del Tribunal Supremo William Johnson en una carta de 1823. Tomo la referencia de K. Sullivan y G. Gunther, *Constitutional Law*, Foundation Press (2004, 15 ed.), p. 12.

⁴⁸ W. Nelson ha desarrollado esta idea en varios lugares y más recientemente en, *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review* (2000), cit. Tiene también interés para comprender algunos comportamientos del Tribunal Marshall el trabajo de E. White, «Recovering the World of the Marshall Court», *The John Marshall Law Review*, vol. 33 (1999-2000), pp. 781 y ss. No considero preciso extenderse mucho en las razones por las cuales en 1803 la «dificultad contramayoritaria» no se planteaba, mientras sí era urgente resolver la cuestión de la autoridad del Tribunal para interpretar autorizadamente la Constitución Federal frente a los Estados.

intromisiones de las «ramas políticas» del gobierno, en tal sentido, una hábil estrategia de supervivencia. Cuando esa afirmación se conecta con el emblema de aquellos nuevos tiempos, a saber, que el gobierno constitucional es «el gobierno de las leyes y no de los hombres», la reclamación para los jueces del poder para decidir en derecho muestra su verdadero alcance y su mordiente. El momento de coraje en la sentencia de *Marbury*, entonces, no está en la declaración de inconstitucionalidad ininteligible e insignificante de una parte de un artículo de la ley del Poder Judicial de 1789; tampoco en la pura afirmación de la competencia judicial para considerar nulas las leyes inconstitucionales, que se hace en unos términos absolutamente modestos y consistentes con lo que era una idea extendida⁴⁹. La velada amenaza aparece en la sentencia cuando, habiéndose reconocido el «derecho adquirido» de *Marbury* a su comisión⁵⁰, el Tribunal entra a examinar «si existe un remedio» para repararlo. Dice el Tribunal entonces:

⁴⁹ En este sentido, por ejemplo, D. Engdahl, «John Marshall's "Jeffersonian" Concept of Judicial Review», cit. Lo sostiene también Robert L. Clinton, *Marbury v. Madison...*, cit., pero sobre la base de una comprensión del alcance de la competencia de *judicial review* peculiar: la *judicial review* afirmada por Marshall estaría según esta interpretación, orientada y limitada a controlar las leyes que *afectan* al poder judicial (en el caso, la *Judiciary Act* de 1789), no cualquier ley; se trataría, por lo tanto, de un instrumento de garantía de la separación de poderes que los jueces utilizarían para controlar cualquier intento de intromisión en su terreno. Esta interpretación aparece también sugerida, aunque sólo tentativamente, en el clásico estudio de William W. Van Alstyne, «A Critical Guide to *Marbury v. Madison*», *Duke Law Journal* (1969), pp. 34-38.

⁵⁰ La «teoría» que se ensaya en *Marbury* a propósito del derecho al nombramiento (más allá de la cuestión de si el acto estaba o no «perfeccionado» una vez firmado y sellado pero no enviado) es la de que el poder para el nombramiento de este tipo de cargo público —que es discrecional y le corresponde al Presidente, aunque requiere la intervención y el consentimiento del Senado— llega hasta el momento en que se realiza el nombramiento. A partir de ahí, el «derecho al cargo» corresponde a quien lo ocupa, que sólo podrá ser despojado de él de acuerdo con las leyes, pero no a discreción del Presidente (*Vid.* 1 Cranch en pp. 154-162) Esta teoría, una hábil elaboración *ad hoc*, fue sencillamente revocada por el propio Tribunal Supremo en un caso en el que se planteaba el mismo punto de derecho que en *Marbury* en cuanto al derecho al cargo público. *Myers versus United States* [272 U.S. 52 (1926)], contiene la *mejor* discusión jurisprudencial sobre *Marbury*. En concreto la mayoría del Tribunal consideró la doctrina de *Marbury* (alternativamente): o no vinculante —un pronunciamiento del Tribunal en *obiter* puesto que, según afirmó, carecía de jurisdicción sobre el caso—; o errada —el propio Marshall se habría desentendido de ella, a juzgar por lo que a propósito del poder presidencial escribió en su *Vida de Washington* algunos años después de *Marbury*—; o desechada por el propio Tribunal Marshall en *Cohen v. Virginia* (1821) y, más claramente, por el Tribunal Supremo en 1897 en el caso *Parsons v. United States*.

El gobierno de los Estados Unidos ha sido calificado enfáticamente de gobierno de leyes y no de hombres. Ciertamente dejaría de merecer este elevado calificativo si las leyes no proporcionaran remedio para la violación de un derecho adquirido [*vested legal right*]⁵¹.

El remedio, como reconoce el Tribunal a continuación, existe y es apropiado. Y es sólo porque el Tribunal «no puede» proporcionarlo, que Madison no es obligado mediante el *mandamus* a enviar la comisión y Marbury no consigue la reparación que en derecho le corresponde. Como a veces se ha indicado, el hecho de que William Marbury, a la vista de la sentencia, en lugar de acudir inmediatamente al tribunal federal de instancia con jurisdicción para emitir *mandamus*, dejara correr el asunto y pareciera desinteresarse por el cargo que con tanta vehemencia había reivindicado (¡su demanda había provocado una declaración de inconstitucionalidad de una ley federal!), es un dato en favor de la opinión de que el caso era fundamentalmente político, que en toda la sentencia hay evidente sobreactuación y que, desde el principio, el asunto estaba pensado para lanzar un mensaje a Jefferson y explorar su actitud hacia el Tribunal Supremo en un momento de enorme tensión. La decisión del Tribunal en Marbury no eliminó esa tensión pero, al menos, tampoco la incrementó. Por otra parte, el caso *realmente* importante y decisivo era el que el Tribunal Supremo estaba a punto de decidir y que decidió unos días después de *Marbury: Stuart versus Laird*⁵².

A la vista de la decisión y de los hechos que conocemos hasta aquí, ¿debemos presentar *Marbury* como un caso político o, por el contrario,

⁵¹ 1 Cranch en p. 163.

⁵² La idea de que el caso es político o, al menos, que no está enfocado a la reivindicación de un derecho particular, la sugiere el abogado del demandante, tal y como se recoge en los preliminares a la sentencia: «Esta causa podría parecer trivial a primera vista, pero es importante en cuanto a los principios. Por esta razón es por lo que se molesta al tribunal con este asunto. Ni los emolumentos ni la dignidad del oficio son el objetivo de los demandantes. Ellos consideran que han sido debidamente nombrados jueces de paz y creen su deber mantener los derechos de su cargo y no permitir que sean vulnerados por la mano del poder. Los temores de los ciudadanos del distrito están excitados por los avances de poder de una persona en tal alto cargo como es el de secretario de estado» (1 Cranch, pág. 152). La interpretación de *Marbury* como un caso exclusivamente político está muy bien representada en James O'Fallon, «Marbury», *Stanford Law Review*, vol. 44 (1991-1992), pp. 219 y ss. Vale la pena confrontarlo con D. Alfange, «Marbury versus Madison. In Defense of Traditional Wisdom», cit. *supra.*, que critica ese punto de vista en general y el de O'Fallon en particular. El caso *Stuart v. Laird* se recoge en el repertorio de sentencias a continuación de *Marbury*, en 1 Cranch 299 (1803).

debemos destacar de él el esfuerzo del Tribunal, precisamente en este caso, por separar derecho y política?

Volvamos al asunto de los «hechos relevantes». El convencimiento de que *Marbury* debe ser explicado «en contexto» no es de ahora, pero tampoco existió mientras el caso no fue considerado de particular interés, lo que, como ya hemos visto, fue la situación hasta muy a finales del siglo XIX. Entre los difusores de la visión del caso «en la historia» ocupa un lugar destacado Beveridge, biógrafo de Marshall y agente principal del fulgurante proceso de mitificación del hombre y la obra iniciado con la celebración del primer centenario del nombramiento de Marshall como presidente del Tribunal Supremo⁵³. A él debemos la tradición de la forma más épica de contar el caso, continuada después por autores prestigiosos y progresivamente enriquecida con pequeños detalles no siempre verificables. En particular, es Beveridge quien construye la historia del caso de tal modo que su momento culminante llega con «el golpe de mano» de Marshall. Según esto, el presidente del Tribunal consiguió, de la manera más hábil e inesperada, afirmar un enorme poder para los jueces sin provocar rechazo en uno de los momentos más críticos de la historia del Tribunal. Nadie iba a considerar una usurpación del Tribunal la declaración de inconstitucionalidad de una ley que le atribuía jurisdicción. Pero mientras el Tribunal renunciaba a la insignificante competencia que el artículo 13 de la *Judiciary Act* de 1789 le confería⁵⁴, estaba fijando el precedente sobre el cual habría de consolidarse su extraordinario poder para controlar los actos del Congreso y declarar, en

⁵³ El proceso está inmejorablemente relatado y documentado por Davidson M. Douglas, «The Rethorical Uses of *Marbury v. Madison*: The Emergence of a “Great Case”», cit., pp. 398-407. Los cuatro volúmenes de la «Vida de John Marshall» de Albert Beveridge se publican entre 1916 (los dos primeros) y 1919 (los dos últimos). También es de esta misma época otra biografía de Marshall, menor en tamaño y en aspiraciones, debida a Corwin. Edward Corwin se mostraba menos entusiasta con la decisión de *Marbury* en cuanto tal, pero atribuía igualmente a Marshall el mérito de haber fundado y establecido la *judicial review* y haber hecho del Tribunal Supremo una de las grandes fuerzas políticas del país. Edward S. Corwin, *John Marshall and the Constitution: A Chronicle of the Supreme Court* (1919).

⁵⁴ En Van Alstyne, «A Critical Guide...» se sugiere algo muy diferente. Que al librarse de esa jurisdicción extra en primera instancia, el Tribunal ponía remedio a la posibilidad de verse inundado de pequeñas demandas (quizá instigadas por la nueva administración republicana). Van Alstyne no concede mucho peso a esta interpretación. Lo que sí está documentado es que el Tribunal había ejercido con anterioridad a *Marbury* su competencia ex artículo 13 de la ley de 1789, también para emitir *mandamus*, sin apreciar tacha de inconstitucionalidad alguna.

su caso, su inconstitucionalidad⁵⁵. Esta forma de narrar la historia ha tenido un éxito incuestionable, y sigue presente en muchos manuales y artículos generales sobre el control de constitucionalidad americano. Tiene dos grandes virtudes: contribuye como ninguna otra versión al atractivo de la figura del Marshall —un grandísimo hombre de Estado, dotado de clarividencia preternatural— y concluye con la siempre pedagógica moraleja de que, a veces, menos es más.

La que podríamos tomar por la versión aceptada y actualizada del caso —de acuerdo con el comentario de *Marbury* más reciente— insiste en la necesidad de presentarlo en contexto y en poner el acento en la complicada situación del Tribunal como consecuencia de la crisis política del momento. Esto, sin embargo, no para resaltar, como Beveridge quiere, «la brillante estrategia de Marshall», sino para destacar lo que en el caso hay de política constitucional. Adicionalmente, hay acuerdo también en que encajar adecuadamente a *Marbury* en el contexto de su época requiere prolongar algo más el relato, lo suficiente para situar a *Marbury* en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Marshall, que en 1803 estaba totalmente por hacer. Bajo esta luz, *Marbury* se percibe de otra manera, en muy buena medida como un incidente aislado y, desde luego, no representativo de lo que será la relación posterior del Tribunal Marshall con el Gobierno de la Federación. No cabe duda de que con el tiempo el Tribunal, bajo el liderazgo de Marshall, supo ganarse la confianza de los poderes de la Federación y que esto fue determinante para la afirmación de su autoridad.

Los aspectos básicos del contexto de *Marbury* se pueden exponer de este modo⁵⁶:

1. *Marbury* debe entenderse en el marco de la contienda política por la Presidencia durante las elecciones de 1800, que se saldaron con la estrepitosa derrota de los federalistas. No eran unas simples elecciones: Jefferson apelaba a la «revolución de 1800». Y ciertamente algunas cosas eran bastante revolucionarias: por primera vez en la historia de la joven República,

⁵⁵ «John Marshall fijó un hito de la historia americana tan alto que seguiría sirviendo de orientación en el futuro, tan resistente que todas las conmociones que la nación habría de enfrentar no pudieron abatirlo», W. Beveridge, lo cita Julius J. Marke en el relato del caso *Marbury* en *Vignettes of Legal History*, vol. 1, Simmonds & Hill Publishing Ltd. & Gaunt Inc. (2000, nueva edición revisada y ampliada), p. 15.

⁵⁶ Para la reconstrucción de esta historia es enormemente útil la colección de documentos contenida en el libro editado por Graber y Perhac, *Marbury v. Madison* ya citado.

un partido político era removido del poder por vía de elecciones. La crisis desatada como consecuencia de la pérdida del poder de los federalistas que habían ocupado durante más de una década la Presidencia y las dos Cámaras, tiene que ver con el hecho de que, ni la Constitución, ni los Fundadores, habían previsto tan rápido desarrollo de la política de partidos. En esta fase primitiva, los contendientes en la pugna política se temían y se aborrecían. En 1800 se está produciendo el difícil tránsito hacia el sistema bipartidista, un sistema en el que los perdedores aceptan el resultado de las elecciones.

Que los federalistas habían llegado a identificarse con el gobierno quedó claro con la aprobación de la *Sedition Act* de 1798. La ley, so pretexto de proteger a los cargos públicos de los libelos, en la práctica, estaba funcionando como un arma de los federalistas para perpetuarse en el poder, difundiendo la idea de que cualquier ataque a los representantes elegidos debía tomarse como un ataque contra la idea del gobierno del pueblo, un acto de traición a la República. Los republicanos que temieron la aplicación partidista de la ley acertaron porque la ley se aplicó para exclusiva ventaja de los federalistas y permitió el cierre de periódicos que simpatizaban con la causa de la oposición. Fueron numerosos los intentos de paralizar la ley por inconstitucional en los tribunales federales —lo que probaría que la idea de que los tribunales podían pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes era familiar y aceptada por los republicanos—, los suficientes para que quedara claro que los jueces federales y federalistas apoyaban la medida política de su gobierno. Los jueces neutralizaron los ataques a la ley en los tribunales. La clara victoria electoral de los republicanos que habían hecho campaña contra la ley y habían prometido su derogación debe leerse como clara aversión popular a medidas gubernamentales como las de la *Sedition Act* y al bando federalista que las apoyó.

2. Por razón de un procedimiento que sería demasiado largo de explicar aquí, el curioso y pintoresco mecanismo electoral vigente en los primeros tiempos podía dar la última palabra en cuanto al nombre del nuevo Presidente a la Cámara de Representantes. Esto sucedió en 1800, cuando la Cámara de Representantes, todavía controlada por los federalistas, debió resolver el empate en votos de electores entre los dos candidatos republicanos, Jefferson y Burr. Esto alargó más de lo que hubiera sido normal el período del gobierno en funciones de Adams. Aprovechando este período

extra, la administración federalista derrotada se lanzó a una frenética actividad y emprendió todo un programa de reformas para el poder judicial federal.

La antipatía republicana hacia los jueces federales sólo aumentó con las maniobras del último momento del gobierno en funciones de Adams. Primero fue la Ley Judicial de 1801. La Ley eliminaba la obligación de los jueces del Tribunal Supremo de recorrer los Circuitos (una petición razonable y antigua a la que, sospechosamente, se atiende en este último momento), para lo cual creaba nuevos tribunales de Circuito provistos de jueces titulares. En concreto, se creaban dieciséis puestos de jueces de Circuito (tres por tribunal y uno para el Circuito que se completaba con jueces de distrito) y se expandía considerablemente la jurisdicción federal. Suponiendo que el aumento en la jurisdicción y en número de tribunales hiciera llegar más casos al Tribunal Supremo, la ley también preveía que este tribunal tuviera sesiones en dos períodos: en junio y en diciembre. El número de jueces del Tribunal Supremo se reducía de seis a cinco con lo que se esperaba resolver el problema de los empates, aunque, evidentemente, también suponía que el futuro Presidente no podría designar su primer juez al producirse la primera vacante. Esta ley se aprobó a toda velocidad y el Presidente Adams procedió inmediatamente a nombrar a los jueces de Circuito entre más o menos fervientes federalistas. Estos jueces, que recibirían el nombre de «jueces de medianoche», fueron confirmados velozmente por el Senado. Oliver Ellsworth, por su parte, presidente del Tribunal Supremo, decidió también prestar un último servicio a la causa federalista y teniendo en cuenta su salud, dimitió de su cargo a tiempo para dejar a Adams y no a Jefferson la prerrogativa de nombrar sucesor. John Jay, que ya había estado en el Tribunal, lo rechazó y Adams con prisas le ofreció el puesto a su secretario de Estado, John Marshall. Puesto que el volumen de asuntos en el Tribunal no era grande y dado que en unas semanas se produciría el recambio de poder, Marshall compatibilizó en el primer momento los cargos de secretario de Estado y presidente del Tribunal Supremo.

El gobierno de Adams aún tuvo tiempo de aprobar otra ley, ésta sobre instituciones de gobierno del Distrito de Columbia, que, en la práctica, permitió la creación de 42 nuevos Juzgados de paz provistos de jueces nombrados para un período de cinco años. La maniobra del nombramiento instantáneo se repitió, aunque no fue posible, porque el tiempo ya no alcanzaba, ocupar todos los puestos creados y enviar todas las comisiones de

los nombramientos que se habían efectuado. Fue John Marshall, secretario de Estado y presidente del Tribunal Supremo el encargado de hacer llegar las comisiones a los interesados. (Señalemos simplemente que la fecha que consta de la nominación de Marbury como juez de paz por el Presidente Adams es la de 2 de marzo de 1801, su aprobación por el Senado se produjo al día siguiente, 3 de marzo; el día 4 de marzo se produjo, finalmente, el relevo de poder y Jefferson ocupó la Presidencia.)

3. En diciembre de 1801, una vez constituido el nuevo Congreso, con mayoría republicana, Jefferson urgió la «reconsideración» de la novísima legislación de reforma de la planta judicial. Los federalistas inmediatamente objetaron que sería inconstitucional actuar contra jueces que tienen garantizado en la Constitución un nombramiento de por vida mientras observen «buen comportamiento» y que alterar ese estado de cosas amenazaría la independencia judicial. El argumento no sólo no persuadió a los republicanos, sino que les convenció de la necesidad de actuar: después de todo, quien tiene el poder de crear oficios judiciales tiene el poder de suprimirlos. Entre tanto, también en diciembre de 1801, el antiguo fiscal de Adams promovía en el Tribunal Supremo la causa del *mandamus* contra Madison. Este declinó toda respuesta y el nuevo fiscal general declaró que no había recibido instrucción de intervenir. El Tribunal decidió que puesto que su período de sesiones estaba a punto de terminar, posponía la vista del asunto para el siguiente, en el que resolvería finalmente si el demandante tenía o no derecho al *writ of mandamus*.

La aprobación de la *Repeal Act* se produjo en marzo de 1802, de modo que la nueva ley que establecía los Circuitos había durado apenas un año. La aprobación fue ajustada en el Senado (16-15), no así en el Congreso (59-32) y dio clara muestra de la fragmentación política de las cámaras. La prensa republicana saludó la aprobación como el triunfo de la voluntad de la Nación frente a los jueces políticos. Por razones que no están del todo claras pero entre las cuales el temor a una intervención del Tribunal Supremo paralizando la ley derogatoria de 1802 tuvo mucho peso, el Congreso modificó en abril los períodos de sesiones del Tribunal Supremo: suprimió los de junio y diciembre y fijó un único período de sesiones que tendría lugar en el mes de febrero. Como consecuencia, el Tribunal Supremo no se reunió en todo el año 1802, y el caso del *mandamus* quedó en estado de pendencia durante todo ese tiempo.

4. Cuando el Tribunal se reunió para su período de sesiones en febrero de 1803, en su registro de casos pendientes estaba aguardando el caso del *mandamus* de Marbury pero también había entrado *Stuart v. Laird*, un caso en el que directamente se cuestionaba la constitucionalidad de la *Repeal Act* de 1802⁵⁷. Las condiciones del Tribunal Supremo en el tiempo transcurrido entre su anterior período de sesiones en diciembre de 1801 y el que ahora se abría en 1803 habían cambiado y la batalla que, en 1801, parecía que los jueces federales estaban dispuestos a dar por la defensa de las leyes judiciales federalistas ya no se planteaba de la misma forma en 1803.

En este punto creo que conviene hacer recuento y poner una marca de atención. Se ha discutido hasta la saciedad a propósito de si el control judicial de constitucionalidad fue una competencia que los redactores de la Constitución Federal dieron o no por supuesta. Sabemos que la Constitución no establece nada concreto sobre el asunto (más allá de la garantía judicial de la primacía del derecho federal sobre el estatal). Lo que quizá no se ha destacado adecuadamente es el vivísimo debate sobre el control de constitucionalidad en general y sobre la competencia judicial

⁵⁷ El señor Laird ganó un pleito por incumplimiento de contrato contra el señor Stuart ante el tribunal de Circuito de Virginia, uno de los nuevos tribunales creados al amparo de la Ley Judicial de 1801. Antes de que la sentencia se hubiera ejecutado completamente, la Ley de 1801 fue derogada por la *Repeal Act* de 1802 que restableció el sistema anterior de tribunales de circuito sin jueces titulares (integrados por jueces de distrito y del Supremo). Stuart objetó que su caso no podía ser trasladado a uno de los tribunales federales de circuito reestablecidos por la ley de 1802. Su abogado —ninguna sorpresa, Charles Lee, el mismo que el de Marbury— sostenía que la ley de 1802 era inconstitucional: porque privaba a los legítimos jueces de circuito de 1801 de sus oficios y porque ponía a los jueces del Tribunal Supremo, obligados a actuar como jueces de circuito, en la eventual situación de juzgar dos veces en la misma causa, en primera instancia en el Circuito y en apelación en el Supremo. La queja de la inconstitucionalidad fue planteada muchas veces pero, normalmente, retirada porque los jueces del Supremo en el Circuito daban a entender que ese no sería un argumento atendible. La excepción fue el caso de *Stuart v. Laird* que es decidido por el tribunal de Circuito con la presencia de —exacto— John Marshall, donde la alegación de inconstitucionalidad se sostiene y no es contestada por el Tribunal, que falla en contra de Stuart. El caso es apelado y John Marshall decide abstenerse de la decisión en el Supremo (pese a que no había dado por bueno el argumento de que sería inconstitucional el «bis in idem» del juez que la ley hacía posible).

El Tribunal Supremo resolvió en una sentencia brevísima que el Congreso tenía poder para trasladar casos de una jurisdicción a otra y que la obligación de recorrer los Circuitos no era nueva para los jueces del Supremo, por lo tanto si antes no se había considerado inconstitucional, ahora tampoco. No se pronunció, en cambio, sobre la constitucionalidad de la *Repeal Act*.

para ejercerlo que tuvo lugar en las Cámaras con ocasión del debate sobre la *Repeal Act* de 1802. En esta discusión los federalistas apoyan la noción de la supremacía judicial en la interpretación de la constitución, mientras algunos republicanos defienden la teoría de la independencia de los órganos constitucionales en la interpretación de la constitución. En el curso de estos debates, el caso *Marbury*, que estaba pendiente, no jugó ningún papel. Algunos políticos republicanos tomaron por inaceptable amenaza del poder judicial «federalista» el requerimiento hecho a Madison de que ofreciera sus razones contra un eventual *mandamus* en la causa de *Marbury*.

5. En este clima se ha de decidir el caso de *Marbury* que es visto ahora por varios autores no como el caso central, sino como un caso satélite al caso verdaderamente crítico que era *Stuart versus Laird*. Que el Tribunal tuviera en mente el caso *Stuart* mientras decidía el caso de *Marbury* podría justificar el lamentable trato que el Tribunal da al demandante *Marbury*, a quien reconoce su derecho para, a continuación, sin que la otra parte lo hubiera urgido y mediante una declaración de inconstitucionalidad sencillamente insostenible, privarle del remedio para hacerlo efectivo. También explicaría la oscura posición de Marshall, que decidió abstenerse en *Stuart* alegando un motivo algo peregrino mientras se encargaba de elaborar la decisión en *Marbury*, un caso en el que estaba notoriamente implicado del modo en que hemos visto. Por estos motivos, entre otros, estos autores concluyen que para comprender lo que se decide en *Marbury*, lo que realmente está en juego, hay que ponerlo en conexión con *Stuart*. Esto es una novedad, pues supone el rescate de un caso relativamente oscuro (que desde luego no aparece en letra grande, cuando aparece, en los manuales de derecho constitucional) y fuerza a redescubrir el carácter de *Marbury* como caso constitucional. Efectivamente, esta perspectiva presenta *Marbury* como un caso estratégico, pero no por las razones que tradicionalmente se han dado, sino porque este caso forma parte de una estrategia más amplia.

6. Pese a este inicio borrascoso, las relaciones del Tribunal Supremo con la Presidencia republicana y en general, con las «ramas políticas» de la Federación, mejoraron sensiblemente con el tiempo y llegarían a ser eventualmente de clara colaboración —llamativamente en *McCulloch*, por ejemplo, donde el Tribunal Supremo intervino decisivamente para legitimar

la expansión del poder del Congreso a costa de los Estados mediante la teoría de los «poderes implícitos», dándole, de hecho, a la administración Monroe mucho más de lo que había pedido. En los años inmediatamente posteriores a *Marbury*, todavía pendió la amenaza del *impeachment* sobre los jueces, pero las cosas se fueron apaciguando.

Marshall nunca volvió a desafiar al Gobierno. Nunca se repitió durante su presidencia en el Tribunal una declaración de inconstitucionalidad de una ley federal. Sólo el respeto que mostró hacia los Tratados firmados por el Gobierno con la Nación Cherokee le trajo algún problema con la administración de Andrew Jackson. Creía firmemente en el Gobierno nacional y, como alguna vez se ha indicado, a este fin supeditaba la «ortodoxia» de los medios. Su obsesión fueron los Estados insumisos, incluido su Estado de origen, Virginia, con su insistencia en los «State's Rights». El enredo de la discusión en este punto, el apreciable auge de las doctrinas confederales le hizo pensar cuando se retiró que su proyecto había fracasado. Lo cierto es que la suerte le acompañó hasta el final, porque a medida que la cuestión de la esclavitud se iba convirtiendo en cada vez más desestabilizadora en la discusión política, fueron muchos los que en vista del buen criterio mostrado por el Tribunal, urgieron acudir a él para darle ocasión de fijar los aspectos legales de la esclavitud de una vez por todas. Este fue el caso que no pudo evadir el Tribunal Taney con el resultado que conocemos (el *Dred Scott* case) y que pudo haber sido la perdición del Tribunal Marshall. No fue así y la estatura de este Tribunal y, sobre todo, de su Presidente siguen creciendo con el tiempo.

IV. CONCLUSIÓN: *MARBURY* Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El gran historiador Gordon Wood ha explicado muy bien que carece de sentido preguntarse si la generación de los Fundadores quiso establecer el control de constitucionalidad. La pregunta, nos dice, es anacrónica porque nadie en aquellos tiempos se planteaba establecer lo que finalmente daría en llamarse *judicial review*: «como la mayor parte de los productos históricos, la *judicial review* ni fue planeada, ni fue pretendida»⁵⁸. ¿Qué sentido tiene entonces todo el folclore en torno a *Marbury*, el caso fundacional?

⁵⁸ Gordon S. Wood, «The Origins of Judicial Review», *Suffolk University Law Review*, vol. 22 (1988), p. 1295.

Marbury, el gran caso, es un símbolo y como todos los símbolos tiene una importante función educativa y legitimadora. Otra cosa es que, en contra de lo pudo ser la opinión durante un tiempo, *Marbury* aclare muy poco y, en cambio, deba ser explicado. Aun así, el caso cumple con una importante labor educativa, porque en el esfuerzo de comprender lo sucedido con *Marbury* —la mitificación del caso, su manipulación, la permanente crítica de la que es objeto, finalmente, la labor de recuperación del caso histórico— está implicado el esfuerzo por comprender la evolución del Derecho constitucional americano y muchos de los grandes debates que la han impulsado.

Como hemos visto, en el comentario más reciente en torno a *Marbury*, algún autor propone provocativamente, medio en broma medio en serio, abandonar definitivamente el rito de «empezar» con *Marbury* los cursos de Derecho constitucional. Entre las razones aducidas es bastante poderosa la de que *Marbury* es desde el punto de vista técnico una decisión judicial atroz y desde el punto de vista teórico un caso de lamentable incongruencia entre la teoría y la práctica. Incluso si se pretende para los estudiantes una inmersión en el realismo jurídico, *Marbury* no es la sentencia adecuada.

Es cierto que no es fácil relatar *Marbury*; hay demasiados factores a tener en cuenta. Pero la gran cuestión que este caso plantea, la que lleva a Paul W. Kahn a decir que «el estudio del Derecho no sólo suele empezar con este caso sino que también termina en él»⁵⁹, es la que hace de *Marbury* un caso intemporal y, en buena medida, universal. Pues al tiempo que propone la «solución» del control judicial de constitucionalidad, deja planteado el problema de por qué los jueces habrían de tener la última palabra sobre las decisiones de la mayoría en una democracia. Una cuestión que no tiene una respuesta obvia y con la que de alguna forma todos los cursos de Derecho constitucional pelean desde el principio hasta el fin.

⁵⁹ Paul W. Kahn, *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America*, Yale University Press (1997), p. 4. Agradezco a la profesora Marta Lorente que me pusiera sobre la pista de este espléndido libro.

MARBURY *VERSUS* STUART

Bruce Ackerman*

SUMARIO

- I. La conexión en el tiempo.
- II. Significado público.
- III. Las elecciones de 1802, y sus consecuencias.
 1. La petición de los jueces.
 2. El Congreso ordena.
- IV. *Marbury* y *Stuart*: prolongando la trama doctrinal.
- V. Los sonidos del silencio.
- VI. El problema de la síntesis intergeneracional.

I. LA CONEXIÓN EN EL TIEMPO

«El señor Ross llama para decirme que está informado de que el Presidente de la Corte Suprema está dispuesto a ir tan lejos como pudiéramos desear», anota confiadamente el gobernador Morris en su diario el 5 de abril¹, el mismo día en que los Republicanos atacaban su segundo proyecto de Ley (*Bill*) Judicial en el Senado ante la oposición de federalistas como Ross y Morris. El diario de Morris confirma la carta del congresista Rutledge, dos semanas antes, trasladando la afirmación de Marshall de «que puede confiarse en la firmeza de la Corte Suprema».

Marshall ofrece todos los signos de estar revalidando el familiar papel de presidente irreflexivo. Así como se implica enérgica e imprudentemente en el nombramiento de los jueces de guardia, parece involucrarse también en su defensa frente al furioso ataque jeffersoniano.

El mismo día en que Morris expresa su confianza, Marshall se prepara para el siguiente acto del creciente drama. En una carta escrita desde Richmond, agradece a Wolcott que le haya enviado una copia de la propuesta de los republicanos de una segunda ley judicial: «Lamento que el período de sesiones finalice el próximo junio, pero no dudo de que se insistirá en la inmediata aprobación de la ley»². A pesar de lo que Monroe pueda pensar, Marshall no tiene dudas —Jefferson se moverá con decisión para impedir que los magistrados se reúnan en Washington y planeen su próximo

* Traducción del inglés de María Valvidares, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

¹ Morris, Diary (April 5, 1802), Library of Congress. No está claro si el informe de Ross se basa en una conversación reciente con Marshall o si Ross simplemente repite la información proporcionada por la carta de Rutledge de marzo dos semanas antes. Después de todo, Rutledge visitó a Marshall a petición de Ross, y Ross puede estar sencillamente reasegurando a Morris, en base a viejas noticias, que su derrota en el Senado no implica que todo esté perdido.

² Marshall a Wolcott, 5 de abril de 1802, 6 Papers 104.

movimiento—. A pesar de sus lamentos, Marshall no está preparado para allanarse y aceptar mansamente los hechos consumados por Jefferson. En vez de ello, intenta reanimar a sus colegas por medio de cartas.

Tan sólo cuatro de las cartas de Marshall permanecen en los archivos, pero todas defienden la misma postura. Si los magistrados consultaran los principios básicos, verían que la Constitución no les da opción: deben contravenir la nueva orden legal y negarse a acudir a los Tribunales de circuito. Para Marshall, un simple punto fue decisivo: cuando él y sus colegas fueron nombrados, recibieron órdenes de servir como magistrados de la Corte Suprema, y no como proveedores de todo tipo de servicios judiciales. La jurisdicción de los magistrados de la Corte Suprema se definió en el artículo III de la Constitución, y no incluyó una paga para desplazarse por todo el país y realizar juicios con los Jueces de distrito. Antes de que Marshall y los otros pudieran ser requeridos para realizar una labor jurisdiccional más extensa, el Presidente y el Senado tendrían que nombrarles para un segundo cargo diverso —según sus propias palabras en la carta a Cushing el 19 de abril: «Respecto a mí tengo más que dudas de la constitucionalidad de esta medida y de la obligación de realizar el circuito judicial sin un nombramiento como Juez de circuito»^{3*}.

No pueden albergarse dudas respecto a las convicciones de Marshall en este punto. Arrastró consigo, hasta el final de sus días, la profunda convicción de que la reanudación del circuito judicial era inconstitucional⁴. Pero mientras se acercaba el momento de la decisión, otros dos factores influyeron. En primer lugar, difícilmente podía Marshall negar que todos los Magistrados habían realizado el circuito a lo largo de 1790 sin sus-

^{3*} *Papers* de John Marshall, 108. Para juicios semejantes, véanse sus cartas a Paterson de 6 de abril, id. en (vols. n.ºs 105, 106, y de 3 de mayo, id. en 117. Su carta a Paterson del 19 de abril prosigue inmediatamente en la discusión del texto.

Circuit Courts o Tribunales de Circuito son Tribunales de Apelación que pertenecen al sistema judicial federal de los Estados Unidos (N. de la T.)

⁴ Cuando al anciano John Marshall, en su calidad de delegado de la Convención Constitucional de Virginia, se le preguntó su opinión respecto a la ley de derogación de 1802, respondió que la norma «nunca podría ser aceptada como definitiva y concluyente». Los republicanos rápidamente se alzaron para discrepar, incluido el anciano William Giles, quien fue determinante para conseguir la aprobación de la ley. Esto provocó que Marshall dejara claro que él permanecía inalterable: «El Sr. Marshall observó que el presente no era el primer ejemplo acaecido... en que diversos caballeros sostenían opiniones directamente opuestas entre sí». Véanse los *Proceedings and Debates of the Virginia State Convention of 1829-30*, 871-873 (1830).

citar ningún escrúpulo constitucional respecto de sus obligaciones. Si el circuito había sido aceptable anteriormente, ¿por qué no ahora?

Además había un segundo tipo de hechos indiscutibles. A Marshall no le era posible tomar la decisión por sí solo. Tendría que engatusar a sus cinco colegas para adoptar una posición unificada. Si un solo magistrado federalista retornaba a los circuitos, socavaría gravemente la fuerza política de la apelación de los demás al Pueblo. Podemos ver a Marshall lidiando con éstas y otras cuestiones en la carta más elaborada de las que permanecen en los archivos, la dirigida al magistrado William Paterson el 19 de abril:

Estimado señor:

Habiéndose hecho ahora evidente que no se celebrará sesión de la Corte Suprema de los Estados Unidos el próximo junio y que podremos ser enviados a los circuitos antes de que podamos debatir la actitud adecuada que debemos adoptar, me parece oportuno que los Jueces comuniquen sus impresiones al respecto a los demás para que puedan actuar de forma inteligible y en el mismo modo.

Creo que no necesito decir que no existe una persona que respete más que yo a aquéllos que aprobaron la ley original concerniente a los Tribunales de los Estados Unidos, y a aquéllos que actuaron bajo ella por primera vez. Tan profundamente respeto sus opiniones que no las habría examinado y habría procedido, sin una duda al respecto, a realizar las tareas que se me encomendaran si los recientes debates [en torno a la derogación de la ley Judicial] no hubiesen producido inevitablemente una investigación que de otro modo no hubiesen recibido nunca. El resultado de esta investigación ha sido la opinión, que yo no puedo eludir, de que la Constitución exige nombramientos y mandatos diferentes para los Jueces de los Tribunales inferiores y para aquéllos de la Corte Suprema. En cualquier caso es mi deber y mi disposición tanto en este como en otros casos ceñirme a la opinión de la mayoría de los Jueces, y debería por tanto haber procedido a ejecutar la ley en tanto que esa tarea me fuera asignada, si no hubiera creído probable que los Jueces se inclinarían a distinguir entre la condición original de ser nombrado para realizar tareas prefijadas antes de su nombramiento y la tarea de administrar justicia en nuevos Tribunales impuesta con posterioridad a sus nombramientos. No planteo esto porque esté personalmente convencido de que la distinción deba ser importante, pues no lo estoy, pero, puesto que podría tener importancia, me siento obligado a escribir a los Magistrados solicitándoles el favor de darme sus opiniones, que

posteriormente yo comunicaré a cada Magistrado. Mi propia conducta será ciertamente regulada por ellas.

Este es un asunto que no debe resolverse con ligereza. Las consecuencias de rechazar la aplicación de la ley pueden ser muy serias. Yo personalmente las rechazo, y estoy persuadido de que así lo hace todo caballero en el Tribunal cuando entra en contradicción con aquéllo que cree que es su deber, pero la convicción del deber habrá de ser muy fuerte antes de que se resuelva sobre la medida. Habiendo sido aplicada una vez la norma, no actuar ahora bajo sus prescripciones significaría una gran pérdida del mérito o la creencia ante la consideración pública en cuanto a la sinceridad de la determinación.

No sabiendo cómo dirigirme al Juez Cushing incluyo la carta dirigida a él en la presente y le pido a usted el favor de remitírsela.

Estaré muy complacido de tener noticias tuyas en Richmond, en donde estaré dentro de unos pocos días...⁵

Marshall se encuentra ante una misión especialmente delicada. Paterson habría sido la elección de Adams para magistrado jefe si la presión del tiempo no hubiera forzado al Presidente a nombrar a Marshall en su lugar. Paterson se hallaba presente, y Marshall no, en el momento de la creación constitucional en Filadelfia, y por tanto podía hablar con especial autoridad. Su decisión de unirse a la huelga no sólo era importante en sí misma considerada, sino que afectaría a la decisión de los demás.

Su paso siguiente es ofrecer educadamente a sus colegas un criterio legal que les permitiera desligarse de su desatino previo. Cuando originalmente el Presidente Washington le nombró para la Corte, quizás Paterson podría haber entendido que tal mandato autorizaba implícitamente la realización del circuito, puesto que éste era una parte esencial del trabajo tal y como en aquel momento lo definían las leyes. Pero una vez que la Ley Judicial Federalista de 1801 había liberado a Paterson de realizar el circuito, se enfrentaba a un problema legal distinto: ¿le autorizaba su *antiguo* nombramiento como juez de la Corte Suprema a aceptar *nuevas* obligaciones en los Tribunales?

Marshall no apura este particular con demasiada fuerza; después de todo, puesto que Marshall nunca realizó el circuito en la década de 1790, se halla en una posición distinta a la de sus colegas. Es a Paterson a quien

⁵ Id.

toca decidir si se puede desenterrar del agujero que cavó para sí mismo en la década de 1790. Todo lo que Marshall puede hacer es ofrecerle una pala.

Posteriormente nos encontramos el astuto párrafo que enfatiza los peligros de una huelga. Marshall no niega lo obvio: las consecuencias de desafiar a Jefferson pueden perfectamente «ser muy serias», y por ello la «convicción del deber ha de ser muy fuerte» antes de retarle. Pero leída en su conjunto, la carta sugiere que la batalla merece la pena. Después de todo, Marshall ya ha confesado que no puede «eludir» la convicción de que la realización del circuito es inconstitucional, y si su convicción es «insoslayable», significa que de hecho es «muy fuerte». La pregunta operativa a Paterson está suficientemente clara —¿es lo bastante valiente como para «menospreciar» los peligros y seguir la senda que exige el puro «deber»?

He trabajado el texto de Marshall porque recientes comentaristas lo han leído, de forma bastante infundada, como un argumento contra la guerra frente a los jeffersonianos⁶. Pero si Marshall quería apartarse del precipi-

⁶ Considérese, por ejemplo, la reciente nota sobre la participación de Marshall presentada por Jean Edward Smith en la elaborada biografía, *John Marshall: definidor de una nación* (1996). Para empezar, Smith omite totalmente las anteriores afirmaciones hechas por Marshall a políticos federalistas manifestando sus enérgicas intenciones de unirse a la resistencia judicial, y se lanza a leer la correspondencia que sustenta su visión general de Marshall como un moderado y casi imparcial hombre de Estado, más que como un protagonista involucrado. Así, dice que Marshall «no expresó interés» frente a la derogación en su carta a Wolcott de 5 de abril —pero de hecho aquél lamenta la cancelación del encuentro de junio, y no podía esperarse que abriera su alma a Wolcott cuando estaba a punto de comprometerse, con delicada diplomacia, con sus colegas magistrados—. Pasando a la carta a Paterson de 6 de abril, Smith dice que «Marshall sentía indiferencia frente a la abolición por el Congreso de la Ley de 1801» —una sorprendente interpretación de una carta en la que éste «[confiesa] que tiene ciertos prejuicios constitucionales bastante fuertes...»—. Smith pasa entonces brevemente a las cartas de Marshall de 19 de abril dirigidas a Cushing y Paterson, pero se centra principalmente en los pasajes proclives al circuito judicial, e ignora los pasajes más fuertes en que claramente defiende la huelga. También se equivoca en su discusión respecto al informe de Bayard sobre Marshall, al citar una carta del 17 de abril cuando parece estar hablando de una carta del 24 de abril, y sin conseguir situar esta carta en su contexto. En general, véase Smith, *supra*, 305-06.

Por otra parte, aunque el trabajo de Wythe Holt supone una contribución fundamental al asunto, el estudio que hace de la correspondencia es también altamente selectiva. Encuentra argumentos no existentes en la carta de 6 de abril: «Marshall escribía al Juez Paterson que, a pesar de sus “fuertes escrúpulos constitucionales” respecto a la derogación, el Congreso tenía sin embargo pleno poder constitucional para asignar diversas tareas a los Jueces federales, incluida la reasignación de las obligaciones de los Circuitos Judiciales existentes y

cio, tenía un camino fácil para hacerlo —simplemente escribir una carta anunciando inequívocamente su intención de obedecer las disposiciones normativas de los republicanos. Sometiéndose el magistrado presidente al cumplimiento del circuito judicial, era seguro que los demás seguirían su ejemplo.

de los Magistrados de la Corte Suprema... Marshall se concentró únicamente en el hecho del poder congresional para reasignar las obligaciones judiciales». Pero el texto de la carta simplemente no contiene esta concesión. Si bien Holt reconoce que Marshall «se mostraba más firme en sus objeciones constitucionales» dos semanas después, en su segunda carta a Paterson, trata el asunto como si Marshall, intimidado por la eventualidad del peligro, hubiera ya adoptado una decisión, y no toma en consideración por qué, si esto es así, Marshall mantiene aún en su tercera carta a Paterson de 3 de mayo la esperanza de una reunión desafiante.

Mi propia interpretación tiene más en común con las primeras aportaciones. En su clásica biografía, Albert Beveridge dice que «de hecho, cuando los republicanos derogaron la Ley Judicial Federal de 1801, Marshall había propuesto a sus compañeros del Tribunal que rechazaran ser Jueces de circuito, y “se expusieran a las consecuencias”. En virtud de la Constitución, decía, eran exclusivamente Magistrados de la Corte Suprema; sus mandatos probaban que habían sido nombrados únicamente para dichos cargos; y la disposición por la que se les requería para ejercer en Cortes inferiores era inconstitucional. Los otros miembros de la Corte Suprema, sin embargo, no tuvieron el valor de adoptar la heroica conducta recomendada por Marshall. Estuvieron de acuerdo en que sus consideraciones eran correctas, pero insistieron en que, puesto que la Ley Judicial de Ellsworth había sido consensuada con posterioridad a la adopción de la Constitución, la validez de tal Ley tenía que darse ahora por establecida. En consecuencia, Marshall abandonó a regañadientes su temerario plan. Mucho antes, la *New York Review* de 1838, en homenaje al último Magistrado Presidente, no había tenido problemas a la hora de identificar su papel en el asunto:

»Cuando esta última Ley fue aprobada, el Magistrado Presidente Sr. Marshall dirigió una circular a todos los demás Jueces de la Corte suprema, manifestando que, por encima de todo examen y consideración, había llegado a la conclusión de que los Jueces de la Corte suprema no podían ser requeridos constitucionalmente para entender de ninguna otra causa que no fueran las de la Corte Suprema y no podían ser obligados a juzgar en ningún otro tribunal; en consecuencia manifestaba a sus cofrades que si ellos compartían dicha opinión, él declinaría conocer de los pleitos en los Tribunales inferiores y se expondría a las consecuencias. Todos sus cofrades le respondieron compartiendo plenamente su opinión de que los Jueces de la Corte Suprema no podían, constitucionalmente, ser requeridos para juzgar en ningún otro tribunal; pero le recomendaban realizar el circuito, al considerar que ese argumento había sido desautorizado por la aquiescencia de los Jueces que habían realizado los circuitos hasta el año 1801. En consecuencia, siguió su consejo y acudió a los circuitos». 3 *New York Review* 328, 347 (1838).

A pesar de que estos primeros relatos contienen errores de detalle —probablemente sus escritores no tenían acceso a todos los documentos relevantes— se apartan de la hagiográfica tendencia de los escritores más modernos que prefieren ver a Marshall como una gran fuerza moderadora en interés del barco del Estado que navega en peligrosos mares.

La única finalidad de la carta de Marshall es dejar abierto el camino a todo tipo de confrontación. Seguramente, no apela directamente a la huelga, pues esto habría sido contraproducente. Si otros apoyaran su gesto hacia el sublime pero peligroso deber judicial, habría tiempo de sobra para considerar lo que debería suceder a continuación⁷.

El juez Samuel Chase no necesitó que le preguntaran dos veces. Como Paterson, también fue obsequiado con una carta de Marshall el 19 de abril⁸, y para el 24 de abril respondía con un memorando de 3000 palabras atacando la constitucionalidad de la derogación: «El honor de despojar el cargo a partir del Magistrado, y no al Magistrado a partir del cargo lo considero pueril y sin sentido». Tras un poderoso análisis de los aspectos constitucionales, Chase pasa a examinar la respuesta judicial apropiada:

Tengo tres objeciones que hacer a los Magistrados de la Corte Suprema que atienden el circuito judicial. Primera. Si la Ley de derogación no ha abolido los Tribunales del Circuito, lo que ciertamente no ha hecho,...y si la Ley de derogación no ha extinguido los cargos de los Magistrados nombrados, or-

⁷ Mi análisis de esta carta se sustenta aún más en contraste con la que Marshall había enviado a Paterson dos semanas antes, el 6 de abril:

«Confieso que poseo fuertes escrúpulos constitucionales. No puedo comprender bien la manera de defender la obligación de que los Jueces de la Corte suprema hayan de realizar el circuito Judicial. Si la cuestión fuera nueva tendría recelos de actuar sin haber consultado a los Magistrados; pero la considero ya decidida y cualquiera que sean mis escrúpulos estoy sujeto por la decisión. Sin embargo, no puedo sino lamentar la ausencia del período de sesiones de junio. Habría deseado que los Magistrados se hubiesen juntado antes de que procedieran a poner en marcha el nuevo sistema». *Papers of John Marshall* 108, 109. Como en la última carta, Marshall es claro en lo tocante a sus «fuertes escrúpulos constitucionales» frente al circuito judicial, pero parece resignado al hecho de que sus cofrades serán reacios a reconsiderar su antigua aceptación de la práctica —al menos si se ve restringido a las cartas escritas y se le priva de la oportunidad de hablar con sus compañeros cara a cara.

En cualquier caso, dos semanas después, ya no acepta la derrota sino que busca persuadir a sus compañeros de reabrir la discusión, para que consideren seriamente la posibilidad de una huelga judicial.

Seguramente, este acercamiento indirecto representa una suavización substancial de su confiada visión, relatada a políticos federalistas el mes anterior, de que «podía tenerse confianza» en la Corte. Pero esto sugiere simplemente que Marshall se había movido desde el enérgico rechazo de la derogación a la pragmática tarea de determinar si sería capaz de llevar a su Corte tras de sí.

⁸ No ha sobrevivido ninguna copia de la carta de Marshall a Chase, pero la respuesta de Chase comienza con un acuse de recibo agradecimiento por «su carta del 19 del presente» y parece razonable suponer que la carta de Marshall era similar en estilo y sustancia a la escrita a Paterson.

denados y cualificados bajo la Ley derogada; ha de concluirse que los cargos de dichos Magistrados se ejercen plenamente; y, en consecuencia, ningún Magistrado de la Corte Suprema...puede ejercer el cargo de Juez en tales Tribunales, sin vulnerar la Constitución. Segunda. Si la Ley de derogación como para intentar extinguir el cargo de los (que son) Magistrados bajo la ley derogada, y un Magistrado de la Corte Suprema ... debiera ejercer su cargo en los Tribunales del Circuito, creo que él estaría sirviendo de instrumento para la aplicación de una Ley inconstitucional... Si una persona ejerce un cargo para el que otro posee un título legal, es un malhechor, y debe ser destituido; y el malhechor debería ser readmitido en su cargo. ¿Debería un Magistrado ser un malhechor?...

[Tercera.]⁹ Pienso [tal y como ahora aconsejo] que un Magistrado de la Corte Suprema no puede admitir ni actuar bajo un mandato como Magistrado de los Tribunales de Circuito. La Constitución...da a la Corte Suprema jurisdicción originaria en causas de Embajadores etc. etc.; y la jurisdicción en apelación de los casos enumerados. Me parece que el Congreso no puede, por Ley, dar a los Magistrados de la Corte Suprema la jurisdicción originaria de los mismos casos en los que ella [la Constitución] expresamente le otorga la jurisdicción en apelación. Si una causa se origina en los Tribunales de Circuito, y se juzga allí, el Magistrado de la Corte Suprema puede solo (o con el Juez de Distrito) oír y decidir un caso sobre el que la Constitución le otorga expresamente la jurisdicción en apelación. La Constitución pretendió que los Magistrados de la Corte Suprema no tuvieran jurisdicción originaria, salvo en los pocos supuestos enumerados. Precisamente de ello se infiere que, puesto que la Constitución tan sólo da a la Corte Suprema jurisdicción originaria en unos pocos casos especificados, pretendía excluirla de la jurisdicción originaria en todos los demás supuestos...Pienso que está en manos de los Magistrados reunirse en Washington el próximo julio, o agosto; y desearía que usted impeliera a ello...

La carga de resolver tan gravemente el asunto, y bajo las actuales circunstancias de nuestro País, puede ser muy grande para todos los Magistrados unidos; pero un Magistrado individual, que declinara realizar el Circuito, se hundiría bajo ella¹⁰.

⁹ Aunque Chase comienza diciendo que ofrecerá tres razones, no identifica explícitamente la tercera parte de su alegato. Pienso que esto es lo que tenía en mente.

¹⁰ Existe una reimpresión de la carta de Chase en Haskins y Jonson, 172-177, n.º 182, y también en 4, *The Papers of John Marshall*, 109-116.

Los argumentos de Chase van más allá de los anunciados previamente por el magistrado presidente. Para Marshall, es suficiente con insistir en que los magistrados de la Corte Suprema no pueden realizar el circuito sin recibir antes un segundo nombramiento como tales jueces de circuito. Chase ataca también la constitucionalidad de la propia derogación, en tanto que la correspondencia jurídica de Marshall guarda silencio sobre este importante asunto¹¹. Con toda probabilidad, el rechazo de Marshall a tomar una decisión sobre la derogación habría conducido a una situación peliaguda si los magistrados hubiesen ido a la huelga. A menos que la Corte declarara inconstitucional la derogación, el resultado sería un vacío jurisdiccional bajo el que no podría celebrarse ningún tipo de juicio federal. Por un lado, los magistrados de la Corte Suprema no celebrarían juicios, toda vez que ello iría más allá de su mandato; por otro, los jueces de guardia tampoco, puesto que la norma habría sido constitucionalmente derogada. Seguramente, este vacío habría sido temporal: suponiendo que los republicanos hubiesen ganado la batalla de la opinión pública en relación a la Corte, el Congreso habría creado sin duda otra tanda de Tribunales de circuito, tripulados por leales jeffersonianos, para ocupar el lugar de los Magistrados. Sea como fuere que este vacío podría haberse llenado, es un grave error para los historiadores modernos tratar el limitado enfoque de Marshall como indicativo de una actitud comprometida. Al contrario, si quería conseguir apoyo para una huelga, sólo sería razonable dirigir la atención de sus colegas hacia el más estrecho campo legal que justificaba ese resultado, aislándola de los demás motivos colaterales suscitados por la más amplia crítica de Chase¹².

¹¹ Además, Chase llega tan lejos como para sugerir que una norma que autorizara el otorgamiento de un segundo mandato a los magistrados sería en sí misma inconstitucional. Pero estas especulaciones son evidentemente innecesarias para decidir el presente problema —toda vez que los magistrados no tenían de hecho un segundo mandato, y era extremadamente improbable que el Presidente republicano y el Congreso se lo otorgara nunca, el razonamiento de Marshall era más que suficiente para el problema presente.

¹² Aunque Marshall guardaba silencio respecto a la mayor parte de los asuntos en su correspondencia jurídica, Bayar le atribuye el siguiente punto de vista en una conversación privada contemporánea:

«Él [Marshall] considera que la última ley de derogación es operativa en cuanto a privar a los Magistrados de su poder, derivado de la ley derogada. El cargo que ostenta aún constituye una mera capacidad, sin un nuevo nombramiento para recibir y ejercer cualquier otra potestad judicial nueva que el Legislador quiera conferir. Se ha considerado aquí que el camino más prudente... para los Tribunales de Circuito... es suspender su actividad general al final de su próxima sesión, y dejar lo que falte por hacer a la Corte Suprema». Carta de

Es más importante que las diferencias legales entre Marshall y Chase no nos hagan perder de vista el punto principal —ambos estaban a favor de la huelga. De hecho, sus diferentes enfoques eran más complementarios que competitivos: Chase discutiendo más ampliamente todos los aspectos, y

Bayard a Hamilton (25 de abril, 1802), 25 Hamilton Papers 614; véase también la carta de Bayard a Bassett (24 de abril, 1802) Bayard MS, Maryland Historical Society, Baltimore, MD (advirtiendo a su suegro, quien es también un juez de guardia, de que la derogación ha quitado el poder a los Tribunales del circuito).

Bayard no cuenta, sin embargo, qué es lo que el magistrado presidente cree que «falta por hacer» por la Corte Suprema —¿será una huelga o la sumisión a las órdenes del Congreso?

El Gobernador Morris cuenta en su diario el 24 de abril la conversación de Bayard, pero no de tal forma que permita una respuesta clara:

Llamada al Sr. Bayard por la tarde. Una reunión en mi cámara para debatir qué puede ser lo mejor en relación a la Judicatura. El Sr. Bayard, el Sr. Griswold y el Sr. Odien. El Sr. Bayard hace un informe de parte del Presidente de la Corte. No estoy ni sorprendido ni decepcionado ya que se corresponde con mi concepto del Magistrado y con la opinión previamente expresada por el informador [Sr. Bayard]. Después de marcharse el Sr. Bayard, estamos de acuerdo en que este asunto no debe terminar aquí». *Gouverneur Morris Papers, Library of Congress, DC.*

A pesar de sus declaraciones en sentido contrario, Morris está evidentemente decepcionado al enterarse de que Marshall ya no expresa la determinación incondicional anotada en su diario el 6 de abril. Pero sería ir demasiado lejos sugerir que Morris da definitiva cuenta de la rendición de Marshall. Al contrario, esta anotación es perfectamente coherente con el hecho de que Morris ha averiguado la verdad —que Marshall había arrojado a sus colegas un balón de prueba invitándoles a tomarse en serio la huelga, pero era demasiado pronto para decir si ellos estarían o no conforme. Dada la anterior manifestación de confianza de Morris en la firmeza de Marshall, se habría sentido decepcionado ante cualquier signo de duda. De hecho, la afirmación con la que concluye —«este asunto no debe terminar aquí»— no sugiere que el informe de Bayard fuese demasiado desalentador.

Es complicado exponer la comunicación Bayard-Morris más allá de la estricta cronología. Si, como parece probable, Bayard habló con Marshall el —o hacia el— 24 de abril, el presidente de la Corte no podría haber recibido ya la carta de Chase en fuerte apoyo de la huelga —y por tanto, las anotaciones de Bayard no pueden informarnos de si el punto de vista de Marshall había cambiado tras leer los argumentos de Chase. Más aún, es posible que en el preciso momento en que Marshall había recibido la carta con la negativa de Washington, no hubiera recibido aún la carta afirmativa de Chase (no podemos estar seguros toda vez que la carta de Washington está perdida, y de su existencia sólo se da cuenta el 3 de mayo). Si la carta de Washington había llegado, habría hecho a Marshall aún más cauteloso —puesto que, al tiempo de hablar con Bayard, ésta habría sido la *única* evidencia que poseía del punto de vista de sus colegas, y no podía saber que Chase entraría pronto en la contienda con una resonante afirmación del imperativo constitucional de acudir a la huelga. Teniendo todas estas cosas en consideración, lo relatado por Bayard-Morris requiere mucho *tea-leaf reading* para mi gusto...

Marshall enfocando las cuestiones clave. Esta combinación dio a los jueces un buen conocimiento del territorio, pero ¿querían ellos ir hasta allí?

Washington fue el primero en decir «no», y tan rápidamente que el memorando de Chase probablemente no podía haberle llegado. Así es como Marshall describe la situación a Paterson el 3 de mayo:

El Sr. Washington también manifiesta su opinión de que la cuestión relativa al derecho constitucional de los Magistrados de la Corte Suprema a actuar como Jueces de Circuito debe considerarse zanjada y no debe tocarse de nuevo. Yo no albergo ninguna duda, pero este programa político dicta una decisión para todos nosotros. Los Magistrados son, en cualquier caso, aquéllos de entre todos los hombres con menor derecho a obedecer sus dictados. Yo mismo me sentiría satisfecho, en privado, si ésta fuera la opinión de la mayoría y con gran placer estaría de acuerdo con ella; aunque, si sobre el asunto no se discutiera nunca, yo mismo me sentiría realmente avergonzado al respecto.

También he recibido una carta del Magistrado Chase cuya opinión es totalmente opuesta a la del Magistrado Washington, pero expresa un encarecido deseo, que me ha pedido que traslade a cada miembro del Tribunal; que deberíamos reunirnos en Washington con el propósito de determinar la pauta de la conducta a seguir en este asunto. Debo informar al Magistrado Moore y le agradecería que escribiera al Magistrado Cushing sobre este asunto y me hiciera saber el resultado.

Si ciertamente llegamos a la determinación de proceder a realizar las obligaciones del circuito, considero que será en todo punto innecesario que nos reunamos en agosto. Si nos inclinamos por la opción contraria, o estamos indecisos, deberíamos reunirnos y expresarnos de palabra unos a otros nuestras dificultades¹³.

Una vez más, la gran sorpresa es que Marshall aún mantiene la posibilidad de la huelga como una opción abierta. Tal como la carta de Chase ponía de manifiesto, probablemente una huelga no podría tener éxito sin un frente unido, y Washington ya había dicho que él no estaba interesado. Sin embargo, Marshall responde menospreciando sutilmente la posición de Washington: votar «no» es pragmáticamente adecuado, pero las meras consideraciones de «política» son indignas para los magistrados. Así como

¹³ 4 Papers 117, 117-118.

el presidente de la Corte se sentiría satisfecho «en privado» si la mayoría estuviera de acuerdo con Washington, se sentiría muy «avergonzado» si sobre el asunto «no se discutiera nunca», lo que es, de hecho, muy probable¹⁴. Más que aceptar el veto de Washington como decisivo, Marshall aún sugiere la necesidad de un encuentro cara a cara si «nos inclinamos por la opción contraria o estamos indecisos» —sin mencionar que esa reunión desafiaba la nueva planificación convertida en ley la semana anterior¹⁵. En vez de ello, simplemente le pide ayuda a Paterson para conocer la opinión de los demás magistrados¹⁶, y Paterson coopera enviando su relato acerca de Chase y Washington a Cushing el 25 de mayo¹⁷.

Así, por un lado, el esfuerzo republicano de reventar los procesos deliberativos de la Corte ha fracasado por completo. Bajo el liderazgo de Marshall y Chase, la Corte se niega a aceptar la derogación aprobada por el Congreso como un hecho consumado. Cada uno de los magistrados está confrontando honradamente los graves problemas constitucionales destacados por el restablecimiento del circuito judicial. Pero por otro lado, el esfuerzo republicano sí ha tenido éxito, tal y como sugiere la respuesta de Paterson a finales de mayo:

¹⁴ No tengo conocimiento de ninguna evidencia de los años 1790, que sugiera que los magistrados hubieran tenido seriamente en consideración el problema constitucional en algún aspecto.

¹⁵ No sugiero que la reunión habría sido estrictamente ilegal —toda vez que la ley no prohibía explícitamente a los magistrados tener trato personal entre sí, sino que simplemente posponía la siguiente sesión plenaria de la Corte hasta febrero de 1803.

¹⁶ Nótese que Marshall no pide a Paterson que le pregunte al magistrado Washington respecto a una eventual reunión en agosto, ni tampoco sugiere que lo vaya a hacer él en persona. En vez de eso, Marshall asume la negativa de Washington, pero parte de la premisa de que un solo voto negativo no es dispositivo. Incluso en una fecha tan tardía como el 28 de mayo, Chase aún cree que habrá un encuentro cara a cara:

«Me he cruzado al Magistrado Chase en mi camino. Dice que habrá una reunión de los Magistrados en Washington antes de que la nueva Ley entre en vigor —con la finalidad de determinar si ayudarán o no en su ejecución. No creo que lo haga, estando todos los demás en su contra. La conciencia de la gente se está preparando —ya está de hecho preparada para sancionar lo que los Jueces hagan.» Carta de Stoddert a Wolcott, 28 de mayo, 1802, New York Historical Society.

A pesar de que Chase era un hombre extremadamente terco, normalmente no dejaba que su dogmatismo sacara partido de su sentido de la realidad práctica. Siendo Stoddert una persona sólida y de confianza, creo que su relato es fiable.

¹⁷ Paterson to Cushing, Massachusetts Historical Society. Chase envía una copia de su análisis completo a Cushing a primeros de junio, pero la fecha precisa no se señala en el sobre que se encuentra actualmente en los archivos de la MHS.

Respecto del derecho constitucional de los Magistrados a actuar como Jueces de circuito, mi opinión es coincidente con la del Magistrado Washington. La práctica ha fijado la interpretación, y es demasiado tarde para alterarla. Si estuviera abierta a discusión, merecería ser tomada seriamente en consideración; pero el análisis práctico es demasiado antiguo, fuerte y obstinado como para ser debilitado o restringido. La cuestión está zanjada. Si ésta debe ser la opinión preponderante, y no hay ningún otro asunto, nuestra reunión sería una pérdida de tiempo¹⁸.

Nótese la precaución: «Si estuviera abierta a discusión, merecería ser tomada seriamente en consideración». La respuesta de Cushing expresa dudas similares: admite que «las dudas habrían surgido» si el problema de la realización del circuito se hubiese planteado desde el principio, pero concluye que la práctica seguida desde la década de 1790 requiere de los Magistrados «ser consecuentes...debemos comportarnos según las viejas costumbres [y] permitir al compañero Chase ejercer su Particular Jurisdicción en agosto»¹⁹.

Estas líneas sugieren que la segunda ley de los republicanos, quebrantando el proceso deliberativo de la Corte, podría perfectamente haber logrado el éxito en su objetivo estratégico básico. Si los magistrados se hubieran reunido en una de sus acostumbradas deliberaciones cara a cara, la dinámica habría sido muy diferente. Después de que Chase presentara su poderoso alegato en persona, Marshall bien podría haber conducido sutilmente a sus débiles colegas hacia una posición más fuerte, tal y como intentará hacer en muchas ocasiones en el futuro. Pero dadas las cartas que tenía ante sí, el presidente de la Corte no tenía más opción que dar por terminado el asunto y ordenar a Chase que retomara sin más sus obligaciones en cuanto al circuito. Llamando a las cosas por su nombre: a pesar de los desvelos de Monroe, Jefferson probó que tenía mayor control de la posición

¹⁸ La carta original de Paterson no ha sobrevivido, pero aparentemente envió una copia al magistrado Cushing, cuya esposa, Hannah, la transcribió en una carta a Abigail Adams, que sí pervivió en los Adams Papers en Massachussets. El pasaje clave se encuentra en 4, Marshall Papers 118, n. 6.

¹⁹ Haskins en 177, citando una carta de Cushing a Paterson (8 de junio de 1802), *Miscellaneous Manuscripts Cushing*, New York Historical Society, New York City. Cushing expresa sentimientos similares a estos en una carta a Chase del 11 de junio, esta vez recogida por la Massachussets Historical Society.

No ha sobrevivido ninguna evidencia de una respuesta de Moore.

estratégica, presionando agresivamente hasta bloquear las deliberaciones de la Corte, podría perfectamente haber provocado que los magistrados retrocedieran del precipicio.

Pese a lo fascinante de estas hipótesis no deben distraernos de los sucesos que indiscutiblemente *sucedieron*, los cuales no son tan sólo importantes de por sí, sino que iniciaron modelos constitucionales que se presentaron repetidamente en momentos cruciales de la historia americana. Los republicanos fueron el primer movimiento político, pero no el último, en conseguir un amplio control sobre las asociaciones políticas sobre la base de (lo que gustaban en llamar) un mandato electoral del Pueblo; tampoco fueron los últimos en enfrentarse a una Corte Suprema llena de defensores de una era ya pasada; ni los últimos en responder buscando interrumpir los esfuerzos de la Corte de decidir sobre la constitucionalidad de las iniciativas de transformación de los nuevos movimientos.

Seguramente, la naturaleza precisa de la amenaza de los republicanos era difusa. Si la Corte hubiera mantenido una reunión desafiante que culminara en una huelga judicial, su llamada al Pueblo podría haberse probado persuasiva, tal como temía Monroe, en el terreno de la opinión pública; pero si no, la futura posición de la Corte estaba en peligro. Aprobando la segunda ley de 29 de abril, los republicanos pusieron sobre aviso a la Corte federalista de que no debía tratar el problema al estilo del *Caso Hepburn*, es decir, como parte del usual toma y daca generado por la separación de poderes. Al contrario, el Congreso puso a la Corte sobre aviso de que una mayor resistencia a sus iniciativas supondría cuestionar su futura legitimidad como actor independiente en el emergente sistema de la separación de poderes. Si se puede olvidar la jerga, diría que la perjudicial ley republicana lanzó una *amenaza no convencional*²⁰.

Los magistrados no tuvieron dificultad en descifrar el mensaje, que hablaba de «graves consecuencias». Pero no se arrugaron sin más ante la apisonadora republicana. Bajo el liderazgo de Marshall, se comportaron como un tribunal, tomando en consideración de forma sensata los pros y los contras de una mayor resistencia. Pero de forma característica — mientras la mayoría apreciaba los puntos principales avanzados por Marshall y Chase —, al final, se persuadieron más por consideraciones de diferente tipo.

²⁰ Hago un análisis de posteriores episodios que contienen amenazas no convencionales en *We the People: Transformations*.

Llámesele el argumento de las apariencias políticas. Habiendo obedecido el mandato federalista de realizar el circuito durante la década de 1790, ¿cómo sería visto el que los magistrados expresaran repentinamente sus escrúpulos constitucionales ahora que eran los republicanos quienes daban la orden? ¿Aceptaría la opinión pública esta construcción constitucional novedosa cuando los republicanos la denunciaban como el colmo de la parcialidad en favor los federalistas?

Este es el punto central de la objeción planteada por Cushing y Paterson: «La práctica ha fijado la interpretación, y es demasiado tarde para alterarla». Y tal como la historia revela, veremos que estas voces que pedían su aceptación eran totalmente acertadas: una huelga judicial habría finalizado en desastre para la Corte Suprema. Pero por ahora, dejemos que los documentos muestren cómo, en este primer momento decisivo para la historia constitucional, los magistrados tomaban honradamente en consideración la amenaza nada convencional proferida por Thomas Jefferson y su Congreso republicano, cuestionándose sensatamente si podrían o no ganar la posterior batalla ante la opinión pública, y escogieron acomodarse a la iniciativa presidencial sacrificando sus convicciones constitucionales.

Llámesese a esto la conexión en el tiempo.

II. SIGNIFICADO PÚBLICO

Mientras todo esto sucedía en privado, las manifestaciones en público comenzaron con el rechazo formal de la Ley Judicial federalista el 1 de julio de 1802. A juzgar por las apariencias, las perspectivas de una confrontación demoledora todavía eran altas. Después de todo, los magistrados habían servido previamente como baluarte de los federalistas, ayudando a las Administraciones de Washington y Adams en incontables ocasiones en tareas delicadas. Y durante las últimas elecciones, habían llegado a grandes cotas de apoyo al régimen. Cuando realizaron el circuito en 1800, hicieron una vigorosa campaña a favor de Adams y Pinckney, transformando sus solemnes cargos como jurado en discursos políticos partidistas. Persiguieron agresivamente a los editores republicanos al amparo de la Ley de Sedición, despertando las voces de la oposición en un momento crucial. Para hacer los problemas aún más ominosos, la Corte había sido en ese momento reforzada con el nombramiento, a última hora, de un presidente cuyo reciente cargo como secretario de Estado no prometía —por decirlo suavemente— moderación.

Además, los magistrados federalistas que hacían el circuito judicial no estaban preparados para aceptar la derrota sin haber luchado. Tras numerosa correspondencia y un encuentro privado²¹, el magistrado de circuito Richard Bassett hizo circular una prolija protesta pública en nombre de sus «compañeros de oficio»²². El *Protest* de Bassett está escrito como una *opinion* judicial —y una que en todos sus aspectos suena familiar a cualquier lector de *Marbury*. Basando su llamada a la nulidad judicial de la ley jeffersoniana «en las palabras y expresiones del *Pueblo*, contenidas en la Constitución, tal y como salió de sus manos», desarrolla una comprensión marshalliana de la naturaleza de los mandatos judiciales como derechos investidos:

Con este mandato y la compensación económica en su mano; con la ley del Congreso, que crea su cargo y fija la compensación, autorizándola; y con la *Constitución* de los Estados Unidos ante sus ojos, asegurándole positivamente que percibirá su *cargo* y su *salario en tanto que se comporte adecuadamente*, lo acepta bajo las condiciones ofrecidas. Y ¿debe ser privado de ambos, *cargo* y *salario*, el mes o año próximo? O cuando el legislativo, que no es más que una de las *tres* partes de ese pacto solemne, se complazca en decir «ya no eres

²¹ La reunión fue convocada por los magistrados del Tercer Circuito, véase Holt, en el 16, y aunque parecía haber generado una copiosa correspondencia —he hallado, por ejemplo, un tesoro oculto, escritos constitucionales de Oliver Wolcott, en la Connecticut Historical Society—; de hecho, sólo cuatro magistrados se reunieron en Filadelfia a principios de junio. Bassett, uno de los magistrados del Tercer Circuito, estaba presente, y su *Protest* describe su relación con sus colegas:

«Si existe alguna *diferencia* de opinión entre mis *colegas* y yo, se refiere exclusivamente al *momento temporal* para expresar nuestras opiniones. Puedo con confianza afirmar que, en cuanto a la discusión, *coinciden* conmigo en otros aspectos». *New England Palladium*, 2 (3 de septiembre de 1802).

²² Bassett era el suegro de James Bayard, y un experto cree que *Protest* fue en realidad escrito por su yerno, Holt en 16. Esta idea se ve apoyada por un editorial del periódico republicano de Boston, el *Independent Chronicle*, que afirma que *Protest* «se considera una obra de cierto peso; porque se considera el producto del trabajo conjunto de Bayard y Bassett». Cito la versión impresa por *The New England Palladium* de 31 de agosto y 3 de septiembre, de 1802. La fecha original de *Protest* es de 24 de agosto. Id. en el 2 (3 de septiembre de 1803).

Aunque tengo una gran deuda con el novedoso ensayo del profesor Holt, no puedo convenir con él en su decisión de seguir al profesor Ellis acusando al *Protest* de Barrett de «largo, tedioso y a menudo tortuoso». Antes al contrario, la visión de Holt-Ellis es deudora de una desafortunada tendencia de los historiadores políticos de menospreciar la importancia de los argumentos legales complejos en el desarrollo constitucional.

necesario ni conveniente, podemos encontrar Magistrados para ejercer tu cargo por menos dinero, o que vayan a ser más dóciles a nuestros deseos»²³.

El *Protest* de Bassett evidencia la sensación de lo fácil que habría sido para la Corte presidida por Marshall haber escrito una opinión del estilo *Marbury* en defensa de los mandatos para los magistrados de circuito. Por ahora, es suficiente resaltar que el *Protest* concluye con un llamamiento a los magistrados de la Corte Suprema para que se declaren en huelga — «para rehusar cualquier *cooperación*, que ejecutara, o *contribuyera* a ejecutar... la norma prohibida aprobada por el legislativo»²⁴.

Cuando se hizo evidente que los magistrados declinaban esta invitación, los abogados federalistas abrieron un segundo frente. En cuanto los magistrados comenzaron a realizar el circuito una vez más, rápidamente pusieron objeciones desde el estrado. Cuando se hizo el reparto de asuntos relativos al período primaveral, los principales abogados federalistas desafiaron la jurisdicción de los nuevos Tribunales²⁵. Estos casos estaban aún, hablando con propiedad, ante el tribunal compuesto por los tres magistrados de apelación que habían conocido del caso en primavera, por la simple razón de que la ley de apelación era inconstitucional. En cualquier caso, los abogados y jueces federalistas, más que seguir presionando con estos desafíos, se integraron en una danza característica. En respuesta al inicial desafío lanzado a la jurisdicción, la Corte suspendió su actividad de un día para otro, dando tiempo a que los magistrados y el consejo hablaran entre sí con franqueza. Y al día siguiente, los abogados federalistas desistieron de sus pretensiones sin mayores argumentos.

El silencio oficial difícilmente encubrió los trascendentales asuntos en cuestión. He aquí el republicano *Independent Chronicle*, describiendo la escena en el momento en que el magistrado William Cushing y el juez de Distrito John Davis abrían sus Tribunales de apelación para conocer de los asuntos, en Boston el 11 de octubre de 1802:

Cuando los Magistrados se reúnen, forman las listas de jurados, y el alguacil anuncia la organización de la Corte, se da por supuesto que la potestad juris-

²³ Id. en el 1 (3 septiembre, 1802).

²⁴ Id.

²⁵ Tenemos importantes pruebas substanciándose esta situación en cuatro de las seis apelaciones.

dicional está autorizada por la Constitución. En la actualidad, si un particular busca detener el procedimiento, con un alegato que ataca su existencia, es un acto de presunción que requiere la autoridad más alta para su conducta... Como ciudadanos, tenemos el derecho de preguntarnos ¿En base a qué autoridad una parte de los asuntos de la presente Corte fue suspendida por intervención suya?...Se entiende, señor, que su alegato atañe no solamente a la jurisdicción de la Corte en una acción particular, sino que se ataca los fundamentos sobre los que fue construida la superestructura judicial. Los Magistrados, con extrema deferencia, han dado traslado de su demanda para que sea discutida a las diez en punto del próximo día. Entre tanto, la Corte fue suspendida en su actividad, y ciertas acciones postergadas hasta que usted hubiera ofrecido los argumentos para apoyar sus alegaciones.

Durante esta interrupción, el espíritu del público estaba agitado; se consideraba que los Tribunales de justicia estaban paralizados; los procedimientos pendientes se suspendieron por ser dudoso su asunto; se retrasó el cumplimiento de las obligaciones del jurado; en resumen, muchos consideraron que durante veinticuatro horas las leyes del país caminaban, si no a la aniquilación, sí al menos hacia la disolución.

Llegó la hora, señor, en que esta interesante cuestión debía dilucidarse. La Corte se reunió y celebró en medio de un solemne suspense una vista sobre si debía considerarse o no una jurisdicción constitucional, competente a los efectos de juzgar todas las causas que figuraban en el listado de asuntos. En medio de esta horrible crisis se anunció que usted había promovido el examen de esta cuestión, la cual el día previo se había comprometido a suscitar personalmente, ¡o hablando alto y claro, que Theophilus Parsons, abogado, había permitido a la Corte de justicia continuar con sus asuntos sin mayores interrupciones!

Un individuo como éste que hace perder el tiempo a una Corte de justicia es, en mi opinión, una de las mayores indecencias posibles²⁶. Debe resaltarse que Theophilus Parsons no es un simple abogado, sino un gigante entre los federalistas de Massachussets; de hecho, John Adams encontró tiempo para nombrarle fiscal general durante los últimos y desesperados días de

²⁶ «Old South» LXXI, citado por el texto ligeramente revisado impreso en Benjamín Austin, Jr. [»Old South«], *Constitutional Republicanism in Opposition to Fallacious Federalism* (Boston, 1803), 297-302.

su presidencia. El nombramiento, confirmado el 20 de febrero de 1801²⁷, fue puramente honorífico; difícilmente tuvo Parsons el tiempo de ejercer sus obligaciones oficiales, excluyendo tal vez cuando se hizo cargo de las actividades relatadas por el *Independent Chronicle*.

En este momento, Parsons ya era el ex fiscal general, pero sus acciones estaban teñidas por su cargo, demostrando elocuentemente la complejidad de la respuesta federalista a la purga judicial jeffersoniana. Tal vez pudiéramos apreciar mejor la sutileza de la actuación de Parsons contrastándola con alternativas más evidentes. Por un lado, Parsons y su ilustre compañero podrían haber adoptado una posición de intransigencia absoluta —boicoteando todas las sesiones de la Corte y conduciendo a la Nueva Inglaterra federalista a una campaña de resistencia civil frente a los usurpadores judiciales. Por otro lado, podría haber defendido vigorosamente sus objeciones constitucionales, exigiendo que Chase y Davis se justificaran de forma oficial. En contraste con ello, su conducta de desafío y resignación significa algo diferente: una imperecedera objeción constitucional federalista a la legitimidad del *status quo*, más un amargo reconocimiento de que la prolongación del debate no tenía sentido. Describiré este momento —cuando el silencio habla más fuerte que las palabras— como un ritual de resignación.

Dicho ritual se repitió por actores igualmente notables más allá del sur: el congresista Roger Griswold se había situado en el mismo centro de la oposición federalista a la derogación, pero ahora se arrodillaba ante el Segundo Tribunal de Circuito en Connecticut, como hicieron Robert Goodloe Harper y Luther Martin ante el Tercer Tribunal de Circuito en Nueva Jersey²⁸. Y justo en ese momento en que el significado de este baile parecía inequívoco, sufrió un giro inesperado al presidir John Marshall la Corte de apelación en Virginia el mes de diciembre.

Una vez más, la *dramatis personae* no podría haber sido más distinguida. El magistrado presidente en su estrado lanza un desafío a su jurisdicción ayudado por Charles Lee —el fiscal general de Adams hasta los decadentes días de la Administración, cuando el presidente le nombró magistrado presidente del recién creado Tribunal de tres magistrados establecido para el

²⁷ El nombramiento fue hecho el 18 de febrero, 1 Sen. Exec. J. 381 (18 febrero, 1801), y confirmado dos días después, id. en 383 (20 febrero, 1801).

²⁸ Véase Holt, en 16-18, para una descripción más amplia de estos sucesos. A pesar de que mis investigaciones en los archivos apoyan las fuentes que él cita en la nota 50, no sugieren la necesidad de una modificación substancial.

Cuarto Circuito (creando de este modo la coyuntura para el nombramiento honorífico de Parsons)²⁹. Pero en la lucha de Adams y Marshall por crear juzgados de guardia, éstos parecen haber malinterpretado las intenciones del fiscal. Tan pronto como Lee tuvo conocimiento de la oferta la rechazó, requiriendo a Adams para que nombrara un sustituto una semana después³⁰.

Lee emerge ahora de las sombras para cumplir como el paladín de la Corte cuya suprema magistratura desdeñó. Una vez más, un ilustre federalista suscita un desafío constitucional por la transferencia de un caso pendiente de la Corte de tres magistrados a las nuevas/antiguas Cortes de apelación. Pero esta vez no hay ningún ritual de resignación. El fiscal general de Adams no rehuye su desafío a la jurisdicción de la Corte presidida por el magistrado presidente de Adams. Sin embargo, Marshall toma la decisión final del asunto en diciembre de 1801 en un caso llamado *Stuart v. Laird*. No ha perdurado ningún informe³¹, pero el senador William Plumer, una fuente fiable por lo general, rápidamente escribe que «el Magistrado Presidente Marshall ha denegado una instancia dirigida a la Corte de Apelación de Virginia, sin decidir si la derogación de la norma Judicial era constitucional...»³².

En este momento de los autos, el concreto razonamiento del presidente de la Corte es menos importante que el simple hecho de su decisión. Una vez que rechazó el desafío a la jurisdicción motivado por los fundamentos de derecho, Lee podía acudir en apelación directamente a la Corte Suprema, momento en el que el magistrado presidente sería libre de cambiar de opinión, si así lo decidía. Lee tomó con ansia la oportunidad, e igual hizo la Corte, la cual inmediatamente relegó el caso *Stuart* al conocimiento del pleno, junto con *Marbury v. Madison*, en el período de sesiones de febrero próximo, primera vez en catorce meses en que se reunirían como un cuerpo colegiado.

Este desvío de última hora dio un giro diferente a los ritos de resignación que le habían precedido. En aquellos primeros encuentros, ¿les dijeron los

²⁹ 1 Sen. J. 381 (18 febrero de 1801).

³⁰ 1 Sen. J. 385 (25 febrero de 1801).

³¹ He buscado en los archivos pertinentes.

³² Plumer a Livermore, 21 de diciembre, 1802, Plumer Papers, Library of Congress. Una búsqueda en los archivos pertinentes de Virginia solamente ha destapado papeles oficiales de la Corte de apelación, pero ninguna huella de la opinión manifestada por el presidente de la misma.

jueces del Circuito federalistas a los abogados federalistas que no había necesidad de presionar las cosas toda vez que el magistrado presidente y Lee ya se las habían arreglado para hacer llegar el asunto hasta la Corte Suprema?

Puede que sí, aunque nadie ha encontrado una evidencia consistente³³. Aun cuando ilustres federalistas pudieran haber alcanzado un acuerdo secreto, su importancia no debería exagerarse. Ningún acuerdo secreto podría contrapesar el sólido efecto legitimador creado por el simple hecho de que los jueces hubieran obedecido las órdenes jeffersonianas y rechazado hacer la huelga. Una vez que los magistrados federalistas habían presidido las sesiones en toda la nación, iba a ser mucho más difícil para ellos preparar un ataque frontal.

Sin embargo, la decisión de recurrir el caso *Stuart* fue importante y no sólo porque dio a la Corte una última y clara oportunidad de trastocar su posición servicial. Además, transformó la característica fundamental de la ley constitucional que emergería de la precipitada retirada de la Corte ante el presidente y el Congreso. Hasta este momento, hemos observado la creación de derecho constitucional a través de *hechos consumados*: las acciones de los presidentes de las Cortes han sido más elocuentes que sus palabras. De hecho, no estaba nada claro si llegaría el momento en que la Corte Suprema afrontaría públicamente las numerosas cuestiones constitucionales desperdadas con su comportamiento.

Pero con su decisión de admitir el caso *Stuart*, la Corte definitivamente cambia su estilo, desde el hecho consumado hasta el desarrollo razonado. Fuera cual fuera la resolución de los magistrados, tendrían que decir *algo* al respecto. Es más, el precedente constitucional que crearon en *Stuart* no estaría solo, tendría que convivir, de un modo u otro, con lo afirmado en *Marbury*. Tomando dos casos para su decisión, la Corte estaba creando un todo constitucional que era más grande que la suma de sus partes; invitando al auditorio, y a la posteridad, a construir un modelo de *common law*. En caso de que este punto se malograra, se podía contar con Charles Lee para hacerlo más comprensible, ya que el fiscal general de Adams no era sólo el abogado en *Stuart*, sino también en *Marbury*, y sus argumentos resaltarían los temas comunes que ambos asuntos habían desperezado.

³³ Al describir estos eventos, Holt dice que sucedieron «como si hubiera existido un preacuerdo», pero no ofrece ninguna prueba que sustente su versión.

Pero antes de que la Corte afrontara el momento de la verdad constitucional, los votantes tendrían la oportunidad de dar su opinión.

III. LAS ELECCIONES DE 1802, Y SUS CONSECUENCIAS

El ataque jeffersoniano a los Tribunales de circuito fue un factor principal en las elecciones de 1802. La protesta de Barreto, por ejemplo, fue ampliamente difundida por la prensa federalista³⁴, mientras que los periódicos Republicanos, como el *Independent Chronicle* de Boston, no tenían empacho en desenmascararlo como propaganda electoral: «Por qué el Magistrado Bassett se arriesga a dirigirse a la gente en este momento, es evidente. Su yerno, Bayard, es candidato al Congreso, y si unos cuantos débiles pueden ser agitados, su labor no habrá sido en vano —ya que su yerno resultaría elegido representante de Delaware»³⁵. Dejando a un lado la hábil disertación de Bassett, federalistas y republicanos se acusaban mutuamente respecto a la legitimidad del ataque jeffersoniano al poder judicial.

Pero al final, los votantes no se dejaron influir por el llamamiento federalista a defender los principios de la independencia judicial. Los jeffersonianos sepultaron a los federalistas con una abrumadora victoria electoral, ensalzada aún más por la reorganización de distritos realizada por el censo de 1800. Mientras la anterior Cámara de Representantes contaba con 69 republicanos y 36 federalistas, la nueva acogía a 102 republicanos y 39 federalistas; y tan sólo cinco federalistas permanecerían en el Senado³⁶.

Las consecuencias de esta derrota fueron profundas. A pesar de hablar de «revolución», Jefferson no había ganado, en realidad, la mayoría del voto popular en 1800; su victoria en el colegio electoral se debió por completo al plus del Sur esclavista. La arrolladora victoria de 1802 aumentó enormemente la reclamación del partido de un mayor apoyo popular, especialmente desde que el Pueblo había tenido en ese momento la oportunidad de comprobar lo que valía en la práctica el programa jeffersoniano de un gobierno reducido y bajos impuestos.

El impacto de la victoria electoral se hizo visible de inmediato ya que el Congreso no reelegido recurrió a Washington en enero de 1803. Por estas fechas, no se habían recibido todos los resultados de los escrutinios ya que

³⁴ Véanse, por ej., el *New York Commercial Advertiser*, de 24 y 25 de agosto de 1802; *The Centinel of Freedom* [New Jersey], de 7 de septiembre de 1802.

³⁵ *Independent Chronicle* en el n.º 1 (2 septiembre de 1802).

³⁶ D. Bacon, vol. 3, *Encyclopedia of the U.S.*, Congreso p. 1556 (1995).

no todos los Estados programaron las elecciones para el mismo día, e incluso algunos habían postergado sus elecciones para la primavera del nuevo año. Sin embargo, la amplitud de la derrota electoral ya era evidente. En consecuencia, los republicanos que estaban en el Congreso recibieron con mucha frialdad el posterior esfuerzo que hicieron los magistrados de circuito para incrementar los apoyos de sus reivindicaciones constitucionales.

1. La petición de los jueces

Los magistrados de circuito aún no habían abandonado. Esta vez fue Oliver Wolcott, de Connecticut, quien tomó el relevo, aumentando el apoyo general de los magistrados de circuito a favor de una petición formal sometida al Congreso el 27 de enero de 1802³⁷:

En virtud de los nombramientos realizados bajo la Constitución de los Estados Unidos, los abajo firmantes fueron investidos con los cargos así creados, y recibieron órdenes autorizándoles a realizar los mismos, con los emolumentos consiguientemente pertinentes, en tanto observaran un correcto comportamiento...

Inducidos por el sentido del deber público, de la manera más respetuosa requieren al Congreso...que defina los deberes que han de ser cumplidos por los abajo firmantes...

El derecho de los abajo firmantes a sus compensaciones, lo consideran honestamente garantizado por la Constitución, sin perjuicio de cualquier eventual modificación hecha por el Ministerio de Justicia que, en opinión del Congreso, recomiende la utilidad pública. Este derecho, en cualquier caso, que implica un interés personal, será tranquilamente sometido a examen y consideración judicial, en la forma en que la sabiduría y la imparcialidad del Congreso puedan prescribirlo»³⁸.

³⁷ Originariamente, Adams nombró a dieciséis magistrados de circuito, pero los tres del Quinto Circuito más al sur rechazaron los cargos, y John Lowell, el magistrado presidente del Primer Circuito, murió el 2 de mayo, véase el *Independent Chronicle*, de 11 de octubre de 1802. Uno de los doce que quedaban, McClung, era el único juez de guardia para el fronterizo Sexto juzgado del circuito, y estaba fuera del círculo de correspondencia y encuentros que unían a los demás.

La petición de Wolcott se discutió en noviembre en una reunión celebrada por un número indeterminado de magistrados de circuito, en Philadelphia. Para el tiempo en que se sometió al Congreso, los once magistrados federalistas restantes lo habían firmado, sin contar a McClung.

³⁸ El texto completo de la petición de los magistrados está reimpresso por Haskins & Jonson, en 179-180.

2. El Congreso ordena

Actuando con notoria celeridad, la Cámara de Representantes se ocupó del asunto el mismo día en que éste se sometió a su consideración. El líder republicano, John Randolph, rechazó el nombramiento de un comité parlamentario especial, con el argumento de que «el asunto, en todas sus manifestaciones, había padecido la más completa investigación, [realizada] no sólo por cada miembro presente en esa sala, sino por cada persona juiciosa de los Estados Unidos»³⁹.

Un fascinante debate tuvo lugar a continuación, rechazando el congresista Nicholson la pretensión federalista de que la apelación al poder judicial era la vía más justa para resolver sobre el status constitucional de las obligaciones de los magistrados, así como su reclamación de una compensación:

En su opinión, dijo el Sr. Nicholson, el mejor método para utilizar el derecho del Congreso a derogar la ley Judicial había estado en funcionamiento por un tiempo, y lo estaba aún. Los ciudadanos constituían el gran tribunal ante el que debía someterse la constitucionalidad de las leyes del Congreso, y ellos debían decidir este asunto. Algunos de ellos lo han hecho ya, y el resto decidirá con sus votos electorales. Es un tribunal imparcial al que todos debemos acudir, y su sentencia nos vincula a todos. A su decisión ha sido ya sometido, y a ellos deseaba encomendársela más que a ninguna Corte de justicia⁴⁰.

El mismo día que se ocupó de la petición de los magistrados, la Cámara la rechazó en una votación sometida a disciplina de partido.

El Senado fue más cauteloso, y encomendó el asunto a una comisión parlamentaria, que lo devolvió a la Cámara el 3 de febrero:

Resuelto. Que el Presidente de los Estados Unidos sea requerido para proporcionar información, al estilo de un *quo warranto*, que fuera completada por el Fiscal General contra Richard Bassett, uno de los antedichos peticionarios, con el propósito de dar una respuesta judicial a sus reclamaciones⁴¹.

Durante el debate subsiguiente, fue el senador Wright quien se mostró de acuerdo con Richardson:

³⁹ 12, *Annals*, 430.

⁴⁰ *Id.* en n.º 438.

⁴¹ *Id.* en n.º 52.

En cuanto a la ley de la última sesión, por la que estos Magistrados han sido desprovistos de sus cargos, el Sr. Wright no tiene dudas de que la Corte Suprema, o cualquier otra, intentaría anularla. El conjunto de la nación ha aprobado la medida, como muchos de los que se oponen a ella han fatalmente comprobado⁴².

Una vez más, la petición de los magistrados fue rechazada por una votación sometida a una estricta disciplina de partido: 15 a 13.

Para comprender el significado de este (pobremente entendido) episodio⁴³, imagínese un escenario diferente. Más que «experimentar fatalmente» la cólera de los votantes, suponga que los federalistas hubieran salido victoriosos de las elecciones. ¿Habría esto cambiado el resultado del debate? Después de todo, durante el anterior debate sobre la derogación, los propios republicanos estaban indecisos respecto a la cuestión de la compensación; indecisión que los federalistas recordaron continuamente durante el debate. Considérese, en este contexto, cómo podría haber resonado el llamamiento del senador Morris, el presidente de la Comisión Parlamentaria del Senado:

¿No es el deber de todo buen ciudadano curar, en la medida de lo posible, las heridas de la sociedad? ¿Calmar las irritaciones que disturbán su reposo? ¿Remover todo aquello que puede alarmar, afligir o exasperar?

Hemos oído de aquéllos en los que nuestro Gobierno confía más que en nosotros... que hay razones para creer que este país está al borde de una guerra. Espero que no. Espero que no seamos visitados por una desgracia tan grande. Pero si éste es nuestro destino, preparémonos para afrontarlo como hombres, con valentía, con unanimidad. Desterremos y destruyamos cualquier circunstancia que pueda suscitar o mantener vivo un espíritu de división...⁴⁴.

Si los federalistas hubiesen ganado las elecciones, ¿no habrían visto los republicanos mayor sentido común en este llamamiento a trascender los intereses de partido?

⁴² *Id.* en el n.º 60 (énfasis suplido).

⁴³ Me aflige informar que el profesor Haskins estropea la narración en su *historia* de Holmes Devise, fracasando al relatar el debate en la Cámara, ofreciendo datos y citas erróneos del debate del Senado.

⁴⁴ *Id.* en los n.ºs 52-53.

Bajo este escenario, los federalistas habrían afirmado *con razón* que los resultados de las elecciones de 1802 habían puesto claramente en duda el límite hasta el que el Pueblo respaldaba el ataque jeffersoniano al legado federalista. Dada la reciente decisión de los votantes, ¿no se serviría mejor a la causa de la unidad nacional haciendo un «llamamiento [al Presidente] para que proporcionara información, al estilo de un *quo warranto*, que completase el fiscal general contra Richard Bassett, uno de los antedichos peticionarios, con el propósito de dar una respuesta judicial a sus reclamaciones?»⁴⁵.

Tan sólo hay una cosa clara. Tal resultado habría provocado un profundo impacto en el curso subsiguiente de la comprensión constitucional. *Estados Unidos v. Bassett*, y no *Marbury v. Madison*, habría sido el gran caso que erigiera la reivindicación por la Corte de la revisión judicial. Más que emerger de un litigio privado iniciado por un decepcionado juez de paz, el pronunciamiento de Marshall habría derivado de un litigio provocado por el derecho *público*, iniciado por el fiscal general con el apoyo del Congreso, en un esfuerzo de afianzar el Estado de Derecho. Nuestro caso inicial, en resumen, se habría asemejado más al tipo de revisión constitucional que ahora es familiar en la Europa continental, donde los Tribunales resuelven con regularidad asuntos fundamentales a petición del Parlamento o del presidente, sin ninguna pretensión de participación privada⁴⁶.

Pero, por supuesto, nada podía evitar que Wolcott y sus colegas acudieran a los Tribunales antes o después de ser desairados por el Congreso. En estas circunstancias, *Wolcott* se habría unido a *Stuart y Marbury* en el listado de casos de la Corte, permitiendo a los magistrados construir una respuesta más matizada a la revuelta jeffersoniana. En contraste con *Marbury*, *Wolcott* no era un simple juez de paz, nombrado por un plazo de cinco

⁴⁵ *Id.* en el n.º 52.

⁴⁶ En el curso del debate, algunos republicanos negaron que la autorización expresa del Congreso de una acción legal exigiendo la revisión judicial fuera constitucionalmente apropiada. El congresista Richardson, por ejemplo, recalcó que era «un poco sorprendente que esta solicitud debiera hacerse», toda vez que los federalistas habían previamente afirmado que la Corte tenía potestad para realizar la revisión judicial independientemente de la autorización del Congreso:

«Si ellos [los magistrados] tienen este derecho, no necesitamos conferírsele; si no lo tienen, no se lo podemos dar. Si los magistrados peticionarios pueden traer su caso ante la Corte Suprema, dejémosles hacerlo; mi voluntad nunca lo autorizaría.»

Id. en n.ºs 437-438. Véase también *Id.* en n.º 59 (senador Wright). Pero, como sugiere el retazo de Richardson, el argumento está hecho en un tono de provocadora confianza nacida de la victoria electoral republicana.

años bajo un estatuto mundano, y gobernando el Distrito de Columbia. Era un verdadero magistrado nombrado por el Presidente y el Senado de forma vitalicia, al menos, por todo el tiempo en que estuviese libre de acusación. En claro contraste con Marbury, Wolcott ya estaba en posesión de su mandato judicial. Para garantizarle una compensación, la Corte no necesitaba involucrarse en una grave confrontación con el secretario de Estado, en un esfuerzo para incitarle a entregar un mágico trozo de papel. En vez de eso, podía simplemente ordenar a un funcionario de la Tesorería que continuara pagándole a Wolcott su salario judicial.

A mayor abundamiento, *Wolcott* habría sido un caso mucho más sencillo de manejar que *Stuart*. Como ya hemos visto, *Stuart* no requirió a la Corte para que expidiera una orden limitada a la Tesorería en orden a lanzar un desafío constitucional a la revuelta jeffersoniana. Les incitó a hacer huelga, poniendo con ello en peligro sus puestos de trabajo.

Frente a esto, nuestro hipotético proceso causado por Wolcott ofrecía la deliciosa perspectiva de una huelga quirúrgica. Considérese, por ejemplo, cómo trata Joseph Story las cuestiones suscitadas por la derogación en su clásico comentario constitucional:

El resultado de esta ley [de derogación] es, por tanto... que, a pesar de que el cargo constitucional de los Magistrados de Tribunales inferiores permanece en tanto observe un comportamiento correcto, el Congreso puede, en cualquier momento, por un simple acto legislativo, privarles de sus oficios a capricho, y quitarles desde sus títulos a sus salarios. Cómo pueda reconciliarse esto con los términos, o el ánimo de la Constitución, es más de lo que ningún razonamiento ingenioso ha logrado nunca, por ahora, demostrar... Puede afirmarse, sin ningún miedo o contradicción, que la ley se ha hecho en contra de la opinión de una gran mayoría de los más competentes juristas de la época; y probablemente ahora, cuando las pasiones del día se han apaciguado, podrán hallarse pocos juristas que defiendan la constitucionalidad de la norma. *Nadie puede cuestionar la total autoridad del Congreso de rediseñar los Tribunales de Justicia, o de conferir o separar su jurisdicción según su voluntad. Pero la cuestión es si pueden privarles del derecho a su oficio y a sus salarios, después de haber sido constitucionalmente investidos en ellos*⁴⁷.

⁴⁷ 3 Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, 495, n.º 2 (1833). He tomado las dos primeras frases de esta nota del libro de Story, p. 495, en tanto que el resto procede de la adición de una nota a pie de página que Story añade en una re-

Story divide el problema constitucional —admitiendo la potestad del Congreso de reorganizar los Tribunales inferiores, pero negando vehementemente que pueda privar a los actuales Magistrados de los derechos a sus salarios y comisiones con que han sido investidos. Nótese la seguridad del juicio vertido por Store: trata el asunto como si «pocos juristas» se atrevieran seriamente a rebatirlo.

Seguramente, Story publicó los *Comentarios* en 1833. Su tratado es un compendio de jurisprudencia federalista, y su identificación de un «caso fácil» sirve como muestra fidedigna de la opinión dominante defendida en el Tribunal por John Marshall y sus colegas federalistas⁴⁸. De hecho, Story se apoya en fundamentos sólidos al indicar que el consenso respecto de este pequeño punto se extendió más allá de los círculos federalistas; incluso durante el calor del debate del Congreso, dirigentes republicanos expresaron sus dudas respecto a que se privara a los magistrados de sus salarios.

Para abreviar, nuestro hipotético *Wolcott* habría sido para la Corte un vehículo muy superior a *Marbury* o *Stuart*, permitiendo a los magistrados un desafío constitucional más importante que *Marbury* con menor coste que *Stuart*. Esto nos conduce a una pregunta obvia: ¿por qué *Wolcott* y sus colegas Magistrados *no* buscaron apoyo en otros compañeros federalistas del Tribunal? ¡Después de todo, tenían *interés* en que se les pagara, eran perfectamente *capaces* de manejar un caso legal apremiante, y ciertamente estaban bien relacionados con hombres como Charles Lee y John Marshall!

Volveré a este asunto después de analizar lo que realmente sucedió en *Stuart* y *Marbury*. Por ahora, nuestra discusión de lo que podría haber sido construye de forma útil las realidades legales emergentes. Primero, la postura oficial de los partidos políticos en el Senado de rechazar la petición de los Magistrados el 3 de febrero, significa que la Corte tomaría en consideración los casos *Marbury* y *Stuart* sin ninguna muestra de apoyo del Congreso o del Presidente a las pretensiones constitucionales de los magistrados. En efecto, los abogados de Madison boicotearon todo el procedimiento de *Marbury*, evidenciando la sombría visión del presidente de los esfuerzos de la Corte para hacerle responsable bajo los términos de la Constitución de 1787.

dacción posterior. No creo que esta elisión quebrante el significado dado por Story. Como mucho, el conjunto del examen hecho por Story posee aún más énfasis que el pasaje que yo he presentado aquí.

⁴⁸ Véase la nota anterior.

Segundo, y como consecuencia de lo anterior, la Corte se vería obligada a construir su desafío constitucional como si en él se vieran implicados problemas de derecho privado, tales como conseguir una comisión u obtener legítima jurisdicción sobre un propio oponente. Ciertamente, el parecido de *Marbury* a un litigio ordinario era forzado, dada la negativa de Madison a defender a la Administración. Medido por estándares normales, Stuart se acercaba más a un litigio convencional en que *ambas* partes comparecían ante la Corte, buscando cada una promover sus opuestos intereses privados. Pero incluso en este punto, las casualidades del *common law* habían conspirado para presentar un vehículo nada atractivo para la consideración constitucional. Gracias a la decisión de Wolcott y sus compañeros de ignorar los Tribunales y buscar apoyo exclusivamente del Congreso, los magistrados no estaban en situación de construir una respuesta ajustada a la revolución jeffersoniana. Al contrario, estaban constreñidos por *Stuart*, un caso que les obligaba a ponerse en huelga para destapar el problema constitucional, y por *Marbury*, un asunto que sólo tangencialmente tenía relación con los principales problemas creados por la purgación jeffersoniana hecha en el poder judicial.

De hecho, si hubiesen dirigido los litigios dos abogados diferentes, habría sido fácil que cualquiera de ellos ignorara toda potencial relación doctrinal entre los casos. Pero también desde esta perspectiva, *Marbury* y *Lee* se apartan de la norma del *common law*, constituyendo el primer ejemplo histórico de una estrategia de litigación de «interés público» coordinada que hoy día los abogados dan por supuesta. Como hemos visto, Charles Lee fue designado consejero en ambos casos, y el fiscal general de Adams hizo un experto trabajo al transformar *Marbury* y *Lee* en un todo doctrinal mucho más grande que la mera suma de sus partes.

IV. *MARBURY* Y *STUART*: PROLONGANDO LA TRAMA DOCTRINAL

Antes de que transcurriera una semana tras el rechazo por el Senado de la petición de Wolcott, la Corte Suprema tuvo por fin la ocasión de volver al campo de batalla. Tras catorce meses sin una sesión plenaria, comenzó el 10 de febrero el período fijado para conocer de los asuntos pendientes, con la defensa de Charles Lee a favor de *Marbury*, que tuvo por respuesta un ominoso silencio por parte de la Administración jeffersoniana. Justamente dos semanas después, el presidente de la Corte Suprema comunicó su opinión en el asunto *Marbury*, y una vez más Charles Lee se encontraba

en el estrado, esta vez defendiendo el caso *Stuart*⁴⁹. Lee respondió al pronunciamiento de Marshall con una espectacular actuación como abogado, integrando de inmediato los fundamentos de *Marbury* en su argumentación legal. Concluyó ante los magistrados la dificultad, debida a un problema de lógica doctrinal, de retornar a los Tribunales de circuito una vez que *Marbury* había sido dictada.

Pero los magistrados permanecieron indiferentes ante el espléndido ejercicio de geometría doctrinal hecho por Lee. Sin tomar en consideración el precio a pagar en su integridad jurídica, cedieron ante las órdenes jeffersonianas de volver a los Tribunales de circuito, y redactaron unos débiles fundamentos reconociendo de forma implícita el carácter problemático de su decisión. Por una parte, su capitulación no constituyó ninguna sorpresa, después de todo, ya habían retornado a los Tribunales de circuito a pesar de las objeciones de Chase y Marshall, y Stuart simplemente sirvió como el estandarte oficial de la rendición. Pero, por otro lado, el triunfo de Lee en la defensa intensifica nuestra lectura de *Stuart-Marbury* en clave de precedente, ya que establece, como una cuestión de dominio público, que los magistrados, y el común de la gente, eran perfectamente conscientes de lo que estaban haciendo cuando la Corte abandonó la defensa de la Constitución de 1787 y permitió que los jeffersonianos purgaran el poder judicial en nombre del Pueblo de 1801.

Para apreciar la proeza de Lee como abogado en *Stuart*, será suficiente con un esquema sumario de las conclusiones de Marshall en el caso *Marbury*. Comienzo con el tratamiento hecho por el magistrado presidente de los mandatos judiciales. Estos documentos, enfatiza, no deben tratarse sin importancia, como meras piezas de papel que no significan nada. Al contrario, crean una especie de «derechos adquiridos»⁵⁰, cuya protección legal llega hasta la «verdadera esencia de la libertad civil». Yendo aún más

⁴⁹ Lee comenzó su defensa del asunto *Stuart* el 23 de febrero, y continuó con ella el 24, después de que (la sentencia) *Marbury* fuera notificada. Véase *Minutes of the Supreme Court of the United States* (National Archives Microfilm Publications, 1954), Series 215, Reel 1, Pág. 134, columna izquierda. Posteriormente destacaré los argumentos utilizados por Lee en su defensa oral, sugiriendo que los hizo después de que se dictara sentencia para el caso *Marbury*. En cualquier caso, las actas de la Corte no recogen con claridad este extremo, existiendo la lejana posibilidad de que Lee usara dichos argumentos en su primer día de la defensa, en cuyo caso tuvo una extraordinaria visión del camino que Marshall seguiría en *Marbury*.

⁵⁰ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 154-162.

lejos, Marshall niega que América pueda ser una nación gobernada por el principio del Estado de Derecho si ella «no provee ningún remedio frente a la violación de un derecho legalmente adquirido»⁵¹. Para resumir la larga explicación de la opinión de Marshall, diré que trata los mandatos judiciales como *legalmente determinados y privilegios de poder protegidos*.

Llegados a este punto, la opinión de Marshall realiza un famoso cambio de dirección: declara que la Corte no puede garantizar la reparación judicial que la justicia y la legalidad exigen imperativamente. Aunque el problema pudiera parecer técnico, Marshall nos asegura que es constitucional. Significativamente para los propósitos presentes, concierne al poder de los magistrados de la Corte Suprema para celebrar los juicios. El magistrado presidente subraya que el texto constitucional enfoca la Corte [Suprema] realizando un papel de apelación, y sólo otorga a los magistrados la potestad de celebrar juicios en dos casos especialmente delicados. Desde el momento en que [el caso] *Marbury* no tiene cabida en ninguna de esas categorías, la Corte sólo puede celebrar un juicio en dicho asunto si el Congreso puede expandir constitucionalmente la jurisdicción original de los magistrados, y esto es precisamente lo que Marshall niega, derribando la provisión legal que autorizaba a *Marbury* a proceder directamente ante la Corte sin litigar previamente ante un tribunal ordinario. Si *Marbury* deseaba obtener justicia, entonces tendría que llevar su caso ante un tribunal apropiado. La Corte Suprema no podía intervenir en este estadio del litigio.

Por supuesto, hay mucho que decir en relación a este análisis legal. Pero por ahora, es suficiente con resaltar cómo descansa en la apreciación de Marshall de que *ampliar la jurisdicción original de la Corte Suprema es inconstitucional*.

Nos encontramos ahora en posición de apreciar el brillante modo en que Lee respondió al pronunciamiento de Marshall tan rápido como lo escuchó en audiencia pública. Recuérdese que *Stuart*, no menos que *Marbury*, afectaba al *status* de los mandatos judiciales, aunque los mandatos en cuestión eran aquéllos sostenidos por Marshall y sus cofrades. En particular, ellos autorizaron a los magistrados a obedecer la orden jeffersoniana de regresar a los Tribunales de circuito y desplazar con ello a los jueces de circuito nombrados por John Adams. Una vez dictada *Marbury*, era fácil saber que

⁵¹ Id. en 163, 163.

la respuesta doctrinal acertada era «no». Considérese el siguiente silogismo constitucional:

1. Los mandatos de los magistrados de la Corte Suprema no deben ser tratados como mera verborrea en un papel. Al contrario, definen *privilegios de poder legalmente determinados y protegidos*.

2. En cualquier caso, estos mandatos, no pueden autorizar a los magistrados a dirigir todos los pleitos que se presenten en los Tribunales de circuito. Después de todo, la jurisdicción original de la Corte Suprema se halla estrechamente limitada por el texto constitucional y *ampliar la jurisdicción original de la Corte Suprema es inconstitucional*.

3. De ello se desprende que ningún magistrado de la Corte Suprema puede conocer de un litigio en un tribunal de circuito salvo y en cuanto le sea dado un mandato distinto como juez de circuito. Pero antes de que esto pudiera suceder, Marshall y sus colegas deberían ser nombrados para este otro cargo por el Presidente y confirmados por el Senado.

4. Esto no ha sucedido. Más que haber dado nuevos mandatos a Marshall y sus colegas, Jefferson y el Congreso simplemente se saltaron una ley ordenándoles ejercer como jueces de circuito. Pero esto es inconstitucional por la misma razón que la ley en *Marbury* es inconstitucional.

5. Se deduce que la decisión de Marshall en la Corte inferior en el caso *Stuart* debería ser revocada sobre la base de *Marbury*, y que los magistrados de la Corte Suprema no deberían en el futuro conocer de los litigios en los Tribunales de circuito. *Quod est demonstratur*.

Obsérvese ahora qué estrechamente rastrea Lee este silogismo en su propio argumento, tal y como fue resumido por el secretario de la Corte:

Las leyes son... inconstitucionales, porque ellas... suponen un nombramiento legislativo y no ejecutivo de los Jueces para ciertos Tribunales. Por la Constitución, todos los funcionarios de los Estados Unidos, incluidos los Jueces, han de ser nombrados e investidos por el Presidente, por y con el consejo y consentimiento del Senado, y han de recibir mandato del Presidente.

La ley de 29 de abril de 1802, nombra al «actual Magistrado Presidente de la Corte Suprema», Juez de los Tribunales de circuito en ella establecidos. Aquél podría haber sido igualmente nombrado Juez del tribunal de circuito del territorio de Columbia, o de Mississippi. Además, *en cuanto Magistrado de la Corte Suprema*, no podría ejercer los deberes o la jurisdicción asignada al tribunal del quinto circuito ya que, según la Constitución de los Estados Unidos,

la Corte Suprema sólo tiene *jurisdicción para conocer en apelación*, salvo en los dos supuestos en que un Estado o un ministro extranjero sean parte. Siendo la jurisdicción de la Corte Suprema, por tanto, sólo de apelación, ninguno de sus Magistrados, en cuanto tales, estaría autorizado a conocer en un tribunal de jurisdicción originaria. Ninguna ley del Congreso puede extender la jurisdicción original de la Corte más allá de los límites marcados por la Constitución⁵².

Lee debe haber llevado estos argumentos mucho más lejos, pero el resumen del taquígrafo basta para mostrar con qué fuerza presentó el silogismo, afirmando en el primer párrafo citado la primera proposición de *Marbury*; en el segundo, la segunda; y la frase inicial estableciendo la conclusión. Habiendo trabajado la geometría constitucional de *Marbury*, Lee se encaró con el precedente contrario establecido por los años que los magistrados habían realizado los Tribunales de circuito durante la década de 1790:

Si se afirma que la práctica de los años 1789 a 1801 nos es contraria, respondemos que dicha práctica era incorrecta, que se consolidó de repente, sin consideración y sin oposición; el Congreso al menos vio el error, y en 1801 lo corrigió, situando el sistema judicial en el grupo en que siempre debiera haber permanecido. Por la ley de 13 de febrero de 1801, el precedente fue roto, de manera que hoy día existen precedentes en ambos sentidos. Si hay doce años de práctica en contra nuestra, hay tan sólo un año a nuestro favor⁵³.

Una vez más, todo esto tendría que haber sido muy familiar para la Corte; como hemos visto, la primera correspondencia de Marshall había incluso animado a sus colegas a desligarse de los desafortunados precedentes creados por su anterior conducta al ejercer en los Tribunales de circuito.

Pero Paterson y los otros no estaban convencidos entonces, y tampoco lo estaban ahora. Tampoco estaban impresionados por los más ambiciosos esfuerzos de Lee para convencerles de declarar toda la purga judicial federalista nula e invalidada, en la manera defendida por Chase en su anterior memoranda⁵⁴. Tras apenas una semana de tomarlo en consideración, Pater-

⁵² *Stuart v. Laird*, 5 U.S. 299, 304-5 (1803). (Argumento de Charles Lee, para el demandante por error).

⁵³ *Id.* en el núm. 305.

⁵⁴ Como el resumen del reportero lo presenta: «[El Congreso] podría modificar los Tribunales, pero no puede destruirlos, si con ello priva a un magistrado de su cargo... Las

son transmitió su parecer a la Corte rechazando todos los alegatos de Lee, y reafirmando su determinación colectiva de retornar a los Tribunales de circuito.

Su razonamiento comienza con un breve resumen de los ataques de Lee a la ley de derogación. A pesar de su enérgico razonamiento de que la derogación había destruido inconstitucionalmente los cargos de los magistrados, Paterson afirmaba suavemente que la única cuestión suscitada por el caso era si el Congreso podía derivar litigios de un Tribunal a otro inferior cuando «en su caso, lo juzgara necesario». La consecuencia era suficientemente clara: si los magistrados de circuito como Wolcott quisieran protestar contra el trato otorgado por la ley, tendrían que utilizar otro litigio.

En contraste con su despectiva actitud hacia todos los ataques de Lee (y Chase) a la ley, Paterson reconoce la relevancia del silogismo constitucional de Lee en relación al litigio que se está conociendo en el Tribunal:

Otra razón para el cambio (la revocación) es que los Magistrados de la Corte Suprema no tienen derecho a actuar como Magistrados de circuito, ya que no son nombrados en cuanto tales, o, en otras palabras, deberían recibir nombramientos diversos para esa finalidad. Frente a esta objeción, de fecha reciente, es suficiente observar que la práctica y la aquiescencia a ésta durante un período de varios años, comenzando por la organización del sistema judicial, permite una respuesta ineluctable, y que de hecho ha fijado su interpretación. Es una explicación contemporánea de la más poderosa naturaleza. Esta demostración práctica es demasiado fuerte y obstinada para ser desalentada o controlada, y ahora no debe perturbarse⁵⁵.

Nótese que Paterson no dice que los magistrados puedan realizar el circuito *correctamente*, ni tampoco sostiene que el Congreso pueda rectamente despojar a los magistrados de circuito de sus mandatos, ni hace mención a *Marbury*. Simplemente dice que la «demostración práctica es demasiado fuerte y obstinada para ser desalentada o controlada» — ignorando las implicaciones doctrinales de la majestuosa opinión expresada por el magistrado Presidente. *Marbury* es el pasado, y el presente es el presente.

palabras *durante el buen comportamiento* no pueden significar *mientras quiera el Congreso*». *Id.* en los n.ºs 303-304 (1803).

⁵⁵ *Id.* en n.ºs 308-309.

A lo largo de esta solemne ceremonia de capitulación, Marshall permanece callado lo que, diciéndolo con suavidad, no era su costumbre. Entre 1801 y 1804, Marshall escribió las veinticuatro *opinions* del Tribunal que presidió, contribuyendo los demás magistrados con tan sólo una concurrente y ninguna que disintiera. El monopolio de Marshall contrastaba fuertemente con la praxis anterior, cuando cada magistrado escribía su propia e individual *opinion* en los litigios más importantes⁵⁶. ¿Por qué, entonces, un silencio tan considerable?

El relator de la Corte lo explica: «El Magistrado Presidente, habiendo conocido de dicha causa en el anterior Tribunal, declinó dar su *opinion*»⁵⁷. Pero esto era tan sólo una excusa. Seguramente los magistrados tenían la costumbre de abstenerse de las apelaciones hechas a sus propias decisiones en tanto que Jueces de circuito. Pero «no había una norma prefijada»⁵⁸, y es fácil encontrar magistrados que hicieran excepciones sin incurrir en la censura⁵⁹. Dos años después, el propio Marshall dictó una *opinion* para la Corte en un caso de su propio circuito en 1805⁶⁰. De hecho, toda la Corte

⁵⁶ Cada uno de los magistrados expedía sucesivamente *opinions* en casi un quinto de los casos que se conocieron antes de 1801. Generalmente, estos se refirieron a los más importantes asuntos, incluyendo: *Georgia v. Brailsford*, 2 Da. 402 (1792); *Chisholm v. Georgia*, 2 Dall. 419 (1793); *Bingham v. Cabot*, 3 Dall. 19 (1795); *Penhallow v. Doane's Administrators*, 3 Dall. 54 (1795); *Talbot v. Janson*, 3 Dall. 133 (1795); *Hylton v. United States*, 3 Dall. 171 (1796); *Ware v. Hylton*, 3 Dall. 199 (1796); *Fenemore v. United States*, 3 Dall. 357 (1797); *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386 (1798); *Cooper v. Telfair*, 4 Fall. 14 (1800); y *Bas v. Tingy*, 4 Dall. 37 (1800).

⁵⁷ Stuart, n.º 308.

⁵⁸ Véase Charles Hobson, *The papers of John Marshall*, n.º 371 (1990).

⁵⁹ Véase, por ejemplo, *Talbot v. Seeman*, 5 U.S. (1 Cranch) 1 (1801) (Washington); *Mason v. Ship Blaireau*, 6 U.S. (2 Cranch) 240 (1804) (Chase).

⁶⁰ *Hepbrun & Dundas v. Ellzey*, 6 U.S. (2 Cranch) 445 (1805) (Marshall). El caso se refería a un litigio entre un ciudadano del Distrito de Columbia y un ciudadano de otro Estado. El problema era si el tribunal de circuito tenía jurisdicción en virtud de la diversidad de ciudadanía de los litigantes. Escribiendo para la Corte Suprema, Marshall sostuvo que el Distrito de Columbia no era un «Estado» en sentido relevante, y que el Tribunal carecía de competencia.

En resumen, *Hepburn* era similar a *Stuart* en cuanto a plantear el problema de la jurisdicción del Tribunal —salvo en que era infinitamente menos importante que los asuntos suscitados en 1803. Si Marshall consideró apropiado saltarse la regla en 1805, nada le impedía hacer lo mismo en 1803, salvo, por supuesto, por el hecho de que no quería explicar por qué no estaba siguiendo la doctrina de *Marbury*.

Para ser justos con la recusación de Marshall, éste parece haber continuado su costumbre general de abstenerse después de que la Corte la abandonara en 1808, rompiendo con ella tan sólo después de 1817, aproximadamente. Sin embargo, su *opinion* en *Hepburn*

repudió la práctica en 1808, iniciando una era en la que tomaban parte con regularidad en las apelaciones hechas a sus propias sentencias⁶¹.

Más aún, si Marshall hubiera estado realmente motivado por consideraciones de corrección jurídica, habría elegido un caso completamente distinto para abstenerse. Más que ausentarse de *Stuart*, habría permanecido en silencio en *Marbury*, puesto que *éste* era el caso que le involucraba en una estridente infracción de la ética judicial. Después de todo, la negligencia de Marshall era la causa del problema de *Marbury*. Fue él quien, como secretario de Estado, olvidó dar al juez de paz su mandato. Al escribir para la Corte en el caso *Marbury*, Marshall estaba quebrantando el principio más esencial de todos: ¡si tú causas el problema, deja que otro decida el litigio!

Esto no era una simple moralina, sino que planteaba serios obstáculos legales a los demandantes: «*Marbury* tenía dificultad para procurarse la prueba de la existencia de su mandato ya que la persona que debería haber sido su principal testigo era el magistrado que presidía el tribunal que estaba conociendo del caso»⁶².

La abstención era aún más imperativa cuando una de las partes, el secretario de Estado Madison, rehusó defenderse a sí mismo. Esto situó a Marshall en la ultrajante situación de redactar una *opinion* que exculpaba sus propios errores como secretario de Estado a la vez que culpaba al actual

muestra que él no tenía ninguna objeción principal a participar. Más aún, su costumbre de abstenerse podía perfectamente haber sido un medio de calmar a aquellos colegas que deseaban realizar las *opinions*; en cualquier caso, sin renunciar a la reivindicación de Marshall en cuanto al protagonismo al hablar por la Corte como norma general.

⁶¹ Véase *Rose v. Himley*, 8 U.S. (4 Cranch) 241 (1808) (tres de los jueces presentes habían emitido *opinions* con anterioridad, y la abstención los habría dejado sin quórum); *Shirrs v. Caig*, 11 U.S. (7 Cranch) 34 (1812) (confirmando el abandono oficial de la práctica de la abstención, incluso cuando no era exigido por necesidad).

Los lectores modernos se sentirán sin duda molestos por una práctica según la cual los magistrados conocían con normalidad de las apelaciones hechas a sus propias resoluciones, y pueden sorprenderse al conocer que la Corte acogió esta práctica en 1808, en vez de moverse en la dirección señalada por los modernos conceptos de justicia.

Pero existían verdaderos problemas administrativos involucrados en una práctica en la que cada caso sufría el receso de uno o más de los magistrados. Uno debería tener también en cuenta que la práctica de los Tribunales superiores de Inglaterra era muy parecida —sus magistrados también participaban regularmente en la decisión de casos en Westminster de los que habían tenido conocimiento en los Tribunales de circuito. Véase James Oldham, *The Mansfield Manuscripts and the Growth of English Law in the Eighteenth Century*, p. 131 (1992).

⁶² Véase William Van Alstyne, *A Critical guide to Marbury v. Madison*, 1969 Duke L. J., 1, 8 (1969).

secretario *sin escuchar los argumentos de este último*. ¡Si hubo alguna vez un momento para la abstención, sin duda éste fue el momento de permitir a uno de los magistrados el honor de hablar en nombre de la Corte!⁶³.

Marshall no se apartó de *Stuart* por un ataque repentino de ética judicial. Se apartó porque no quería escribir una *opinion* de la Corte explicando por qué los mandatos judiciales de los magistrados de la Corte Suprema no eran tan constitucionalmente sacrosantos como el mandato de *Marbury* en cuanto humilde juez de paz. No quería escribir una *opinion* explicando por qué, aunque era inconstitucional para el Congreso extender la jurisdicción originaria de la Corte Suprema, era totalmente correcto ordenar a los magistrados de la Corte Suprema conocer de toda clase de litigios sin jurisdicción federal. Y tampoco quería escribir una *opinion* ignorando *Marbury*, ya que con ello podría sugerir que ésta podría ser olvidada cuando su doctrina resultara inconveniente. Dejemos que Paterson lo haga.

Además, él tampoco quería disentir. Odiaba disentir en general, y especialmente en un caso en que un desacuerdo público tan sólo incrementaría el triunfo de los jeffersonianos. Así que se agarró a cualquier excusa decente para desvincularse de una *opinion* que anunciaba la rendición de la Corte y el eclipse de *Marbury*.

Desgraciadamente para su colega incendiario, el magistrado Samuel Chase no podía procurarse a sí mismo una tapadera similar. Tan sólo le quedó la opción de retorcerse en silencio en el estrado mientras su colega Paterson presentaba la «*opinion* de la Corte» como si no hubiera discrepancias.

No es que los partidarios de Washington fueran engañados. En cuanto supieron que *Stuart* se encontraba ante la Corte, el senador William Plumer escribió a su natal New Hampshire: «se dice que la Corte Suprema, *con dos votos particulares disidentes*, confirmará la decisión» que sigue.

Tampoco Chase tuvo mucho éxito en mantener la boca cerrada con el paso del tiempo. En un par de meses, realizó una campaña pública frente al ataque republicano a la ley judicial de 1801, llevando rápida-

⁶³ Uno de los momentos más extraños del caso *Marbury* es la descripción hecha por Marshall de su compromiso frente al silencio de Madison:

«Después de buscar ansiosamente los principios en que podía sustentarse una *opinion* contraria, no he encontrado ninguno que parezca lo suficientemente fuerte como para apoyar la doctrina opuesta.

»Han sido examinados tan cuidadosamente como la capacidad de la Corte podía permitir, y después de darles la justa consideración que nos parecía posible, no sostienen la *opinion* que ha sido formada». *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 158 (1803).

mente al presidente a agravar su ataque al sector judicial federalista consiguiendo que la Cámara de Representantes realizara un *impeachment* contra Chase.

Pero estoy avanzando demasiado. Antes de pasar a la nueva gran campaña jeffersoniana de purga del poder judicial, deberíamos ahondar más en la historia de *Marbury-Stuart*.

V. LOS SONIDOS DEL SILENCIO

La decisión de Marshall de permanecer callado en el caso *Stuart* fue una de las más sabias de su carrera. Si él y Chase hubiesen armado un gran alboroto con un disentimiento formal, las generaciones posteriores habrían construido los grandes pronunciamientos de *Marbury* en contraste con la amarga protesta de Marshall ante el fracaso de la Corte de realizarlos en *Stuart*. Al quedarse callado, Marshall deja que la floja capitulación de Paterson ante el furioso ataque de los jeffersonianos se olvide gradualmente con el discurrir del tiempo, hasta el punto de que la importancia de *Stuart* es totalmente ignorada en los principales textos de Derecho constitucional⁶⁴. Los autores clásicos presentan la retumbante defensa hecha por Marshall de la revisión judicial como si fuera el *único* resultado significativo de la revolución jeffersoniana.

No querría menospreciar las líneas maestras de Marshall. Al contrario, deberían ser leídas con mayor cuidado de lo que es costumbre. *Marbury* se entiende como el *locus classicus* de una teoría de la revisión judicial basada en una Constitución escrita. Pero una lectura más cuidadosa revela que Marshall construye su caso sobre un fundamento más profundo. Retomemos los párrafos con los que comienza:

La cuestión de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en una ley vigente del país es de gran interés para los Estados Unidos; pero, felizmente, su complejidad no es proporcional a su interés. Para resolver dicha cuestión, parece tan sólo necesario reconocer ciertos principios que se suponen han sido establecidos con tiempo y sensatez.

⁶⁴ El índice del relevante tratado de *leading case* del profesor Laurence Tribe contiene referencias en 63 páginas a *Marbury*, y ni una sola a *Stuart*. Compárese Tribe, *American Constitutional Law* (2000). Los principales libros de *leading case* reducen *Stuart* a una nota a pie de página, sin incitar a los estudiantes a reflexionar en su fundamental relevancia constitucional. Véase Gerald Gunther & Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law* 12, n.º 1 (1997).

La base sobre la que se ha erigido la totalidad del edificio americano descansa en la idea de que el pueblo tiene un derecho originario a establecer, para su gobierno futuro, los principios que en su opinión le conducirán a su propia felicidad. El ejercicio de este derecho originario supone un gran esfuerzo, que no debe ni puede ser repetido con frecuencia. Por tanto, los principios así establecidos se consideran fundamentales. Y, puesto que la autoridad de la que proceden es suprema, y sólo se manifiesta ocasionalmente, están destinados a ser permanentes⁶⁵.

La defensa de Marshall de la autoridad Judicial no comienza con las reflexiones respecto de una Constitución escrita, sino con la exigencia de una política constitucional como algo muy especial, y que requiere «un gran esfuerzo».

Esta reclamación es absolutamente central en la argumentación de Marshall —si la política constitucional exitosa fuese un suceso cotidiano, la defensa de Marshall de la revisión judicial no podría realizarse con arreglo a tales términos. Después de todo, reconoce explícitamente que la soberanía es la verdadera «base» de todo el sistema de gobierno americano. Marshall reconoce implícitamente que, si fuera sencillo para un movimiento político hablar con la voz del Pueblo, no sería de la competencia de la Corte anular las decisiones legales del Congreso y del Presidente.

Si el magistrado presidente confía en reconciliar la revisión judicial con la soberanía popular, está lógicamente obligado a insistir en que la política constitucional se da ocasionalmente. Sólo entonces puede conseguir un espacio legítimo para la revisión judicial. Una vez que la política constitucional se ha definido como una proeza rara y difícil, Marshall puede presentar a la Corte como defensora de los principios fraguados por el Pueblo tras un gran esfuerzo y ejercicios previos de política constitucional.

Pero antes de que el magistrado presidente pueda llegar a su deseada conclusión, hace falta una premisa más. No es suficiente para él con glorificar el gran trabajo de los federalistas de 1787; además, debe denigrar la calidad de la política practicada por los republicanos en 1803. En principio, Marshall reconoce que los principios constitucionales no son inmutables, y pueden ser legítimamente alterados por el pueblo americano tras otro período de «gran esfuerzo». En resumen, para admitir la defensa hecha por

⁶⁵ Marbury, 175-176.

Marshall de la revisión judicial, hemos de aceptar su denuncia implícita de que los jeffersonianos tenían intereses meramente particulares y que no se habían comprometido ellos mismos en uno de esos «grandes esfuerzos» por la soberanía popular que asemejaban las heroicas luchas que tuvieron lugar entre 1776 y 1789.

Llegados a este punto, por supuesto, todos los republicanos de pensamiento lúcido estuvieron en desacuerdo con el magistrado presidente. Para ellos, aquél estaba siendo perverso al no querer reconocer que, de hecho, los republicanos eran valiosos herederos de la tradición de la soberanía popular de 1776 y 1787. Así como Jefferson levantó la voz contra el rey en su gran Declaración de 1776, protestó contra la opresión federalista de los años 1790 —esta vez junto a Madison— en las resoluciones de Kentucky y Virginia⁶⁶. Y así como la ciudadanía exaltada oyó la llamada de Jefferson para expulsar a los británicos, el Pueblo se puso de nuevo en marcha. Aunque por esta vez la guerra civil se había evitado por poco, las elecciones de 1800 dejaron claro que el Pueblo no toleraría más intentos Federalistas de quebrar su voluntad. Considérese, por ejemplo, la forma en que Jefferson describe el significado de su victoria nada más llegar a la Presidencia. Está contestando a una carta de John Dickinson, escrita tan pronto como su admirador tuvo conocimiento de que el *impasse* en la Cámara de Representantes había sido superado pacíficamente, y a favor de los republicanos:

No puede haber mayor placer que el que he tenido al leer su carta del 21 pasado [es decir, tras tener conocimiento de la resolución relativa al *impasse* de la Cámara]. Fue como la alegría que se espera en las casas de los bienaventurados cuando, recibidos con los abrazos de nuestros padres, somos bienvenidos con su bendición como si hubiéramos sido una parte valiosa de ello. En efecto, la tormenta a través de la que hemos pasado ha sido colosal. Los vigorosos costados de nuestra *Argosy** han sido probados por ella. Su fuerza ha contenido las olas a las que fue guiada con la intención de hacerla naufragar. Ahora hemos de colocarla en su rumbo republicano, y nos enseñará gracias a la belleza de

⁶⁶ Madison redactó la Resolución de Virginia, pero Jefferson era la fuerza dominante de todo el esfuerzo.

* La forma peculiar de ciertas carabelas ragusinas (procedentes de Ragusa, situada en Dubrovnik, Croacia, una gran potencia marítima en los siglos xv-xvii) dieron origen a la expresión poética del idioma inglés «argosy», que significa una nave galana y con carga preciosa, un galeón. (*N. de la T.*)

su movimiento la habilidad de quienes la construyeron. Imágenes aparte, nuestros conciudadanos han sido cegados en sus principios por una extraordinaria combinación de circunstancias. Pero la venda se ha quitado y ahora pueden ver por sí mismos. Espero presenciar en breve una consolidación perfecta, a cuyo efecto no ahorraré esfuerzos por mi parte⁶⁷.

Jefferson, en igual medida que Marshall, se está situando a sí mismo dentro del relato construido en la gran década revolucionaria de los años 1776 a 1787. Simplemente ha cambiado la identidad de los partidistas; ahora son Adams y Marshall y su grupo quienes condujeron la nave del Estado «con la intención de hacerla naufragar», en tanto que él y sus compañeros republicanos «quitaban la venda» partidista y hablaban por una ciudadanía que «ahora ve por sí misma». Ciertamente, al prometer su lealtad a «los principios de la revolución», Jefferson no está sugiriendo que quiera traicionar la Constitución de 1787, nuestra «Argosy». Su argumento es más sutil; el de que cualquier interpretación de la Constitución que no repare en el rechazo del Pueblo a la distorsión de los federalistas, tal y como representó la victoria republicana de 1800, es ilegítima.

Existe entonces una cierta lógica en el rechazo de Jefferson a defender la conducta de su Administración ante la Corte en el caso *Marbury*. Como hemos visto, consideraba el nombramiento de Marshall para la Corte, una vez que los resultados electorales eran conocidos, como paradigmático de la conspiración de la retaguardia federalista para despreciar y desconocer la voz del Pueblo. La sola idea de que un «juez de guardia» como John Marshall pudiera decidir sobre la reclamación de otro «juez de guardia» como William Marbury era suficiente, a ojos de Jefferson, para condenar todo el proceso como una distorsión partidista con relevancia constitucional, y seguramente no ayudó el hecho de enterarse de que el abogado del reclamante era el ministro de Justicia y fiscal de la Corte Suprema de Adams.

Más que dignificar estas disputas partidistas involucrándose en el asunto, Jefferson escogió presionar con su argumento lugares más adecuados, notablemente, el Congreso republicano. Como veremos, su boicot del caso *Marbury* es parte de una campaña más amplia para convencer al Senado de purgar la Corte Suprema acusando a sus miembros federalistas más ilustres. Esta estrategia podría haber parecido razonable en su momento, pero a largo plazo

⁶⁷ Thomas Jefferson a John Dickinson, 6 de marzo de 1801, edit. Merrill Peterson, *Thomas Jefferson, Writings* 1084 (1984).

el boicot de Jefferson resultó ser un error. Seguramente, nunca podremos saber lo que hubiera dicho Madison si Jefferson no le hubiera amordazado. Pero todos los indicios apuntan a que hubiese transformado el monólogo de *Marbury* en uno de los más grandes diálogos de nuestra tradición.

En los grandes debates, los protagonistas no hablan simplemente uno detrás de otro, en el modo en que los barcos se suceden en la noche. Dan voz a profundos desacuerdos en tanto que mantienen una estructura común de mutua comprensibilidad. Si ésta es la receta para la grandeza, Madison v. Marshall tiene todos los ingredientes. Ambos hombres comparten los mismos presupuestos constitucionales. No sólo está la soberanía popular en el centro del pensamiento constitucional de Madison, sino que él también está de acuerdo con Marshall en que la política constitucional requiere un «gran esfuerzo» y no debe repetirse a la ligera⁶⁸. Estos principios comunes, en consecuencia, habrían guiado a ambos protagonistas a una misma pregunta: Tras luchar para movilizar la opinión popular contra la represión federalista a finales de 1790, ¿deberían entenderse las victorias electorales de 1800 y 1802 como un mandato popular para repudiar la interpretación de la Constitución hecha por los federalistas?

Por supuesto, había muchas vías doctrinales diferentes en que Madison podía haberse preguntado y dado respuesta a esta cuestión. Mi queja principal frente a las enseñanzas académicas legales modernas es su fracaso en compensar el silencio de Madison. Más que situar *Marbury* dentro de un proceso más amplio de transformación constitucional, tratamos el monólogo de Marshall como si fuera la única manifestación duradera que definiera el significado constitucional de la revolución jeffersoniana⁶⁹. Al fracasar en penetrar el silencio de Madison, ignoramos por completo la crítica jeffersoniana a las premisas de *Marbury*⁷⁰.

⁶⁸ Presento los puntos de vista de Madison en este punto en Ackerman, *We the people: Foundations*, cap. 7 (1991), y en Ackerman, *Revolution on a Human Scale*, 108 *Yale Law Journal*, n.º 29, pp. 2279, 2299 (1999).

⁶⁹ Entre los más recientes comentaristas, la fuerza distintiva de James O'Fallon es su insistencia en que *Marbury* se lea como una respuesta a la revolución jeffersoniana. Desafortunadamente, en cualquier caso, también él insiste en que la defensa de la revisión judicial hecha conscientemente por Marshall es un aspecto relativamente poco importante de la *opinion*, y por tanto, fracasa al avanzar la discusión en este frente en particular. Estoy de acuerdo con Dean Alfange en que éste es un lamentable fallo en el esclarecedor ensayo de O'Fallon, véase Alfange, *supra* n.ºs 331-232.

⁷⁰ Mi crítica es muy diferente a la de Bickel.

No es sólo que el tratamiento estándar de *Marbury* sea demasiado conmemorativo. Cuando se les presenta a los estudiantes de Derecho americanos los misterios de *Marbury* en sus primeras semanas de estudio, el rito del pasaje se transforma en una demostración de la inadecuación técnica de dicha *opinion*. A través de todo el país, los profesores de Derecho demuestran que el pronunciamiento del magistrado presidente sobre la revisión judicial era totalmente innecesario; es un juego de niños explicar la ley sospechosa en términos que eviten toda duda sobre su constitucionalidad. Casi tan embarazosa es la indebidamente larga disquisición de la Corte relativa a los límites del poder presidencial. Si *Marbury* no tenía jurisdicción sobre la aplicación de *Marbury* por su turno, no era asunto suyo dar voz a las bondades de su disputa con Madison y con el jefe de Madison, Jefferson. No tener jurisdicción significa exactamente eso, no tener *juris dictio*, no tener capacidad para decidir cuál es el derecho aplicable. Así que, ¿por qué Marshall no descartó simplemente el caso sin entretenernos con sus *dicta* respecto a los poderes presidenciales?⁷¹

Mientras que estas demostraciones de virtuosidad técnica pueden crear la ilusión de progreso en las mentes de los ansiosos estudiantes de Derecho, no les ayudan en nada a comprender la relación de *Marbury* con la más amplia batalla sobre la legitimidad constitucional en la que se incardina. Una generación antes, Robert McCloskey abrió nuevos caminos al situar estas cuestiones dentro de un sistema institucional más amplio. Rechazó ver las discusiones de Marshall sobre los poderes presidenciales y del Congreso dentro del estrecho margen de los hechos concretos del caso *Marbury*. Nos incitó a entender la *opinion* del magistrado presidente como una experta respuesta al ascenso de los jeffersonianos en la presidencia y en el Congreso:

Si [la Corte] defendiese a *Marbury* y ordenara que se expidiera el mandato, seguramente la orden sería ignorada por Madison y la Corte dejada en evidencia por impotente... Si, por el otro lado, no defendieran a *Marbury*, darían ayuda y sostén a Jefferson y parecería que apoyaban su denuncia de los nombramientos [de los Jueces] «de guardia».

Pero Marshall estaba a la altura de la situación. El mandato de *Marbury*, dijo, está siendo ilegalmente retenido por la Administración jeffersoniana, y puede

⁷¹ Para ver críticas perceptivas junto con estas líneas, véase Alfange, *supra* pp. 368-372, 393-406; O'Fallon, *supra* pp. 243-259.

dirigirse apropiadamente un oficio ejecutivo a un oficial del gabinete cuando éste abandona sus obligaciones. En cualquier caso, la Corte Suprema no es el Tribunal apropiado para proporcionar a *Marbury* un remedio en este caso... Pues la jurisdicción original de la Corte está definida en la Constitución, y un acto del Congreso [extendiéndola al permitir a la Corte un mandato ejecutivo de *mandamus*] sería, por tanto, inconstitucional...

Sería difícil imaginar una serie de preguntas y respuestas más hábiles. El peligro de un choque frente a frente con los jeffersonianos se conjuró al denegar la jurisdicción; pero, al mismo tiempo, la declaración de que el mandato había sido retenido ilegalmente cerraba cualquier impresión de que la Corte perdonaba el comportamiento de la Administración... La Corte se encontraba en la deliciosa situación, tan común en su historia pero tan confusa para sus críticos, de rechazar y asumir el poder en una única respiración...⁷²

McCloskey está, al menos, parcialmente acertado. Una vez que reconstruimos el caso en términos institucionales, el *non sequitur* de Marshall respecto a los poderes congresionales y presidenciales toma una apariencia diferente, tramada exquisitamente para imposibilitar que el Presidente y el Congreso respondieran eficientemente a las pretensiones de la Corte.

Pero también está parcialmente equivocado. El problema surge cuando afirma que, al escribir *Marbury*, Marshall «cerraba toda impresión de que la Corte perdonaba el comportamiento de la Administración». Esta impresión se mantiene sólo en tanto ignoremos la íntima relación doctrinal que une los casos *Marbury* y *Stuart*. Una vez que se ha traído el segundo a colación, la sugerencia de McCloskey es claramente insostenible. En el caso *Stuart*, la Corte, más que evitar perdonar el trato dado por los jeffersonianos a los Jueces de guardia, se estaba estableciendo a sí misma como colaboradora de la voluntad de la Administración. *Al regresar a los Tribunales de circuito, los magistrados estaban degradando sus propios mandatos judiciales de una manera que Marshall había declarado constitucionalmente intolerable en Marbury*⁷³. A pesar de las orgullosas declaraciones de Marshall de

⁷² Robert McCloskey, *The American Supreme Court* 26-7 (Sanford Levinson ed., 1994) (suprimido el énfasis).

⁷³ Es un fallo característico de McCloskey, quien, en tanto que jurista positivista, está sistemáticamente ciego a las complejidades doctrinales. Aunque él es uno de los pocos comentaristas que se han dado cuenta de la existencia de *Stuart*, *id.* en núm. 30, tan sólo destaca sus implicaciones políticas, no las legales. Por el contrario, Dean Alfange destaca acertadamente la importancia doctrinal de *Stuart*, véase Alfange, *supra* pp. 362-264, 371,

que el Congreso no podía extender la jurisdicción original de la Corte, los magistrados se preparaban para un período de pleitos; a pesar de su declaración de que los términos del mandato Judicial garantizaban derechos legalmente adquiridos, los magistrados continuarían conociendo de litigios en los Tribunales de circuito sin un mandato legal apropiado, desafiando los mandatos judiciales sostenidos por los jueces de circuito federalistas nombrados por Adams (y Marshall)*.

No sería la colaboración jeffersoniana anunciada en *Stuart* un momento efímero en la historia de la Corte Federalista. John Marshall se vería obligado a saborear su irónica relación hacia *Marbury v. Madison* en cada comida miserable, en cada lecho duro y en cada carretera llena de baches que encontró en su interminable viaje alrededor del circuito. Cada indignidad diaria tan sólo podía grabar en él el triunfo de la Constitución de Thomas Jefferson, tal y como había sido codificada por su propia Corte en *Stuart v. Laird*. Y cada vez que el gran magistrado presidente comenzaba un nuevo juicio, establecía nuevamente que era la Constitución de 1801 y no la de 1787, la que servía de fundamento a la justicia en el país. Tampoco viviría Marshall lo suficiente como para cumplir la promesa hecha en *Marbury* respecto a la revisión judicial de la legislación federal.

VI. EL PROBLEMA DE LA SÍNTESIS INTERGENERACIONAL

No querría ser muy duro con McCloskey, puesto que su trabajo abrió y preparó el camino para mi crítica. Como él, intento entender la Corte que presidía Marshall en términos de realidades políticas que los Fundadores no habían nunca previsto; el auge de partidos políticos nacionales y la consiguiente transformación constitucional de la presidencia. McCloskey se equivoca sólo al analizar *Marbury* de forma muy limitada, fracasando al no apreciar su papel característico en un patrón más extenso y complejo de respuesta judicial a la Revolución jeffersoniana.

Considérese a *Marbury* la hora de la resistencia conservadora. Este es el momento cuando la Corte, llena de miembros nombrados por Administraciones anteriores, se presenta a sí misma como una defensora del antiguo régimen dispuesta para la batalla, luchando por preservar los disputados

391-92. Pero su ensayo busca tan sólo criticar el trabajo de otros, y no propone una interpretación afirmativa del significado permanente de la pareja *Marbury-Stuart*. En cualquier caso, estoy en deuda con su discusión por haberme estimulado a hacer este esfuerzo.

* Cursiva en el original. (*N. de la T.*)

principios del pasado frente a las temerarias transformaciones propuestas en el presente en nombre del Pueblo.

Pero después de *Marbury* viene *Stuart*, y la hora de la complacencia judicial. A pesar de las declaraciones de Marshall de fidelidad a los «grandes esfuerzos» del pasado constitucional, la Corte del caso *Stuart* rehúsa seguir la lógica doctrinal tan vigorosamente presentada en *Marbury*. En vez de echar por tierra la asombrosa iniciativa realizada por el actual portavoz del Pueblo, la Corte establece una conexión en el tiempo, participando —de forma reacia, en cualquier caso— en la legitimación del nuevo orden constitucional.

Seguramente, la *opinion* de Patterson busca esquivar la magnitud de su traición doctrinal. Pero sus implicaciones en el mundo real son evidentes para todos los ojos. Gracias a *Stuart*, el esfuerzo federalista para crear un sistema más fuerte en la administración de la justicia federal fracasa en picado, permitiendo a los Tribunales estatales dominar la escena por un largo tiempo en el futuro. A pesar de su valiente discurso respecto al carácter sagrado de los mandatos judiciales, los magistrados de la Corte Suprema habían pasado a ser los principales colaboradores de Jefferson. Más que ocuparse de sus asuntos en tanto que magistrados de apelación, ignoraron la sentencia *Marbury* y siguieron las órdenes republicanas en orden a desplazar a los jueces de circuito federalistas, recreando un desvencijado sistema de justicia federal. Fueron ellos y nadie más, quienes transformarían la visión jeffersoniana de un gobierno federal débil en una realidad operativa en las salas de Tribunales de los Estados Unidos.

Todo esto sucede con una rapidez de vértigo en *Marbury-Stuart*. A la Corte le lleva tan sólo una semana atacar y batirse en retirada, nombrarse a sí misma representante privilegiada del grandioso pasado constitucional y capitular ante los representantes populares del presente constitucional.

El análisis de McCloskey ayuda a explicar cómo la Corte podía mantener una mínima apariencia de credibilidad a pesar de este desconcertante cambio de opinión. Subraya correctamente cómo se designa cuidadosamente a *Marbury* como una sentencia sin consecuencias en la vida real. Al denegar a los jueces de paz cualquier satisfacción, la decisión de Marshall consigue con esfuerzo un espacio simplemente ineficaz para el discurso. Habiendo creado este espacio etéreo, el magistrado presidente se aprovecha brillantemente de dos grandes silencios —el de Madison en *Marbury*, y el de Marshall en *Stuart*— para crear la apariencia de un duradero e incontestable monumento a la revisión judicial.

Pero este logro retórico era consustancialmente incierto. A pesar del silencio de Marshall en *Stuart*, no había contradicción. En su primera confrontación en el mundo real con los republicanos que ascendían en la presidencia y el Congreso, la Corte federalista había capitulado, sin lograr seguir los dictados de *Marbury* en un «sencillo» caso en el que se veía implicada la integridad de sus propios mandatos como magistrados. Si continuaban replegándose ante las triunfantes tribunas del Pueblo en casos futuros, el esfuerzo hecho por Marshall para presentar la Corte como la defensora de la Constitución federalista de 1787 se desvanecería en el aire. No importaba lo que la Corte dijera, o no consiguiera decir, se haría cada vez más evidente que, en todos los asuntos controvertidos, sería la visión jeffersoniana sostenida por el Pueblo en 1800 y no la interpretación marshalliana de los principios federalistas de 1787, la que serviría como motor de la Constitución viva.

Exponiendo el problema en sentido positivo, la desatinada actuación de la Corte condicionó el escenario para la batalla siguiente con un problema de interpretación característico: ¿cómo reconciliar la interpretación de la Constitución de 1787 con la visión jeffersoniana de 1800? Llámese a este problema la cuestión de la *síntesis inter-temporal*, y es fácil deducir por qué la combinación *Marbury/Stuart* posiblemente no podía servir de respuesta final. Por un lado, *Marbury* sugería que desde 1787 todas las cosas habían sobrevivido, incluso el derecho de un insignificante juez de paz a exigir su mandato al Presidente de los Estados Unidos. Por otro, *Stuart* sugería que de hecho *nada* había perdurado —ni siquiera la autoridad de los magistrados para defender la integridad constitucional de sus propios mandatos como tales. Era casi como si la Corte estuviese anulando la ley de Aristóteles del tercero excluido, proclamando que A y no-A son simultáneamente verdaderas.

Marbury/Stuart fue más la manifestación de un problema futuro que la confiada afirmación de una solución permanente. En un escenario futuro, la Corte Suprema podría conseguir en última instancia la autoridad para declarar que *Marbury* contenía la regla general y *Stuart* la excepción puntual —*Stuart* afectaba a un caso puntual, los Tribunales de circuito. Y simplemente sostenía que no nos enfrentaríamos seriamente a un nuevo desafío constitucional a su legitimidad a la luz de nuestra previa aquiescencia en la práctica. Más allá de esta consecuencia concreta, *Stuart* no avanza nada respecto a nuestro desarrollo constitucional futuro.

Pero en 1803, sólo un tonto habría apostado por esta solución al problema de la síntesis intertemporal. Al contrario, era mucho más probable que *Stuart* proveyera las claves del futuro: en el momento en que la Corte de Marshall anunciara una interpretación federalista de los principios de 1787, su iniciativa constitucional se colapsaría bajo el peso de la oposición jeffersoniana. Con cada retroceso judicial, la promesa de *Marbury* se vaciaría más: tras repetidos fracasos, ¿abandonaría finalmente la Corte la intención de reafirmar (alguno) de los principios federalistas de 1787 en el hostil mundo constitucionalista creado por Thomas Jefferson en nombre del Pueblo?

Esta descorazonadora perspectiva nos permite penetrar en uno de los rasgos más desconcertantes de nuestra historia. Como hemos visto, la Corte Suprema no era la institución que adoptara el mayor número de decisiones constitucionales en febrero de 1803. Justo una semana antes de que se resolviera el caso *Marbury*, el Senado había echado abajo una petición de los Jueces de circuito federalistas relativa a sus salarios. Entonces, ¿por qué no respondieron los jueces de circuito a la Sentencia *Marbury* comenzando un litigio por propia iniciativa?

Oliver Wolcott, el promotor de la petición al Congreso, era totalmente capaz de escribir una queja similar para iniciar una acción ante los Tribunales. Tenía además un interés apremiante, ya que se balanceaba al borde de la bancarota en ese instante, y un salario judicial anual garantizado de 2.000 dólares le habría venido ciertamente como anillo al dedo.

Además, hemos visto que su queja habría encontrado una calurosa respuesta por parte de sus compañeros federalistas del Tribunal Supremo. Pese a cuál pudiera ser el poder del Congreso para cambiar la estructura legal de las Cortes inferiores, es muy difícil explicar por qué el mandato de Wolcott no le daba derecho a un salario en tanto que él estaba deseoso y era capaz de cumplir cualquier deber que el Congreso quisiera asignarle. A menos que se le removiera de su cargo por medio de un *impeachment*, él era aún un juez federal, y la Constitución afirma que

Tanto los Magistrados de la Corte Suprema como de los Tribunales inferiores, mantendrán su cargo en tanto observen un recto comportamiento, y deben, en los períodos señalados, recibir una compensación en pago por sus servicios, la cual no debe ser disminuida mientras continúen en su cargo⁷⁴.

⁷⁴ Artículo III, sección 1.

Tras lo expuesto, es difícil entender por qué Wolcott no acudió a los Tribunales y exigió que el Derecho cumpliera la promesa hecha en *Marbury*⁷⁵. Después de todo, el propio magistrado presidente declaró que los mandatos judiciales eran una especie de «derechos adquiridos», que exigían protección judicial en cualquier nación sometida al Estado de Derecho. ¿Cómo podría dejarse sin valor el mandato de Wolcott sin hacer patente que *Marbury* era papel mojado?

Seguramente, incluso si la Corte hubiera defendido la queja de Wolcott, el pobre juez no habría recibido su paga de forma rápida. Marshall y sus colegas podían expedir todos los mandatos judiciales que quisieran, pero correspondía al Ministerio de Hacienda decidir cuándo habían de obedecer y pagar los 2.000 dólares por año asignados al mandato judicial de Wolcott. Desde que el secretario de Estado Madison había boicoteado [el caso] *Marbury*, no había razón para suponer que el secretario de Hacienda Gallatin cooperaría en [el caso] *Wolcott*. Después de todo, tras ambos secretarios se alzaba la figura de Thomas Jefferson, y su opinión de los partidismos en la Corte era suficientemente clara.

Sin embargo, si Wolcott hubiese estado interesado exclusivamente en los dólares y los céntimos, la perspectiva de la resistencia jeffersoniana no le habría desalentado del pleito. Incluso si la Administración actual rehusaba pagar, la victoria judicial de Wolcott tendría igualmente un sustancioso valor económico. Una vez obtenida de los Tribunales una decisión judicial firme, podría cobrarla —con intereses— en cuanto llegara al poder una Administración más afín. Puesto que Wolcott vivió hasta 1833, las perspectivas de una última reclamación eran bastante prometedoras. Y, por supuesto, él era tan sólo uno de los once jueces de circuito con perspectivas similares. Todos ellos tenían tanto el interés como la capacidad para causar un juicio. ¿Por qué, entonces, ese silencio universal?⁷⁶

Precisamente porque estos caballeros estaban mucho más interesados en el futuro de la Corte Suprema federalista que en el futuro de sus saldos contables en el banco. El despectivo rechazo de Gallatin a honrar el mandato de

⁷⁵ Presumiblemente Wolcott habría comenzado su litigio en los Tribunales de circuito, obedeciendo las enseñanzas de *Marbury* relativas a la jurisdicción originaria. Sólo así llegaría el asunto a la Corte [Suprema] en apelación.

⁷⁶ El supuesto de una limitación de los jueces de circuito sugiere mucho más una coordinación política que el caso del propio *Marbury*. El valor financiero del cargo de juez de paz era trivial, y la posición duraba tan sólo cinco años.

la Corte en *Wolcott* podría perfectamente haber exterminado, de una vez por todas, el esfuerzo de *Marbury* por preservar los principios federalistas de 1787 frente a la revolución jeffersoniana de 1800. Aunque una futura Corte federalista podría recuperarse del daño hecho por *Stuart*, sería mucho más arduo resucitar las pretensiones de *Marbury* si a *Stuart* le siguiera inmediatamente un segundo episodio que evidenciara que la Corte de Marshall era un tigre de papel dentro del nuevo orden constitucional creado por Thomas Jefferson en nombre del Pueblo de los Estados Unidos.

Nótese que no es que el futuro de *Marbury* se hubiera asegurado por la auto-limitación colectiva de los jueces de circuito. Como mucho, dejó el significado último de *Marbury* en el limbo. Por un lado, *Stuart* había dejado dolorosamente claro que la Corte no desafiaría activamente la legitimidad de los puntos centrales de la agenda de transformación presentada por un Presidente triunfante y su partido. Pero el orgulloso pronunciamiento de *Marbury* permanecería suficientemente vivo como para hacer notar a Jefferson y sus republicanos que la Corte no se batiría en retirada al modo de *Stuart* más adelante, cuando la exigencia jeffersoniana de un fuerte mandato por parte del Pueblo pudiera ser más problemática.

Con toda seguridad, la Corte de Marshall no había comenzado aún ni siquiera a señalar el hilo discursivo y a identificar los principios federalistas de 1787 que defenderían pese a la visión opuesta de la orden constitucional dada por Jefferson y su partido en 1800. Menos aún había establecido que podría defender con éxito su manera de comprender los principios de 1787 frente a futuros ataques republicanos. Pero, gracias a la auto-restricción practicada por los jueces de circuito, aún no quedaba claro que el problema de la síntesis intergeneracional sería siempre e infaliblemente resuelto a favor de la revolución jeffersoniana de 1800 a costa de los principios federalistas de 1787. Al menos permanecía abierta una cuestión, la de si la interacción dinámica de los federalistas en la Corte Suprema y los republicanos en el Congreso y la presidencia produciría un todo constitucional más amplio que la suma de sus partes, sintetizando los principios de 1787 y 1800 de forma que no se apoyara por completo en ninguna de sus partes sino que ambas pudieran convivir.

DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS HUMANOS Y ESTADO DE DERECHO

Francisco Rubio Llorente

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. De los derechos humanos a los fundamentales. La constitucionalización de los derechos.
- III. El Estado de Derecho. Evolución histórica de una idea.
- IV. Derechos humanos y derechos fundamentales en el Derecho Internacional.

I. INTRODUCCIÓN

La afirmación tópica de que vivimos en la época de los derechos¹ no pretende decir, como bien se comprende, que la vida social y política contemporánea sea especialmente respetuosa con los derechos, sino sólo que el principio normativo dominante en nuestro tiempo es el de la primacía de los derechos. Esta ideología de los derechos, para utilizar una expresión frecuente en la que el término ideología debe ser entendido en un sentido puramente descriptivo, no con el significado fuerte y polémico que ese término tiene en la obra de Marx², está integrada, para exponerla en términos

¹ La expresión ha sido utilizada como título de, al menos, dos libros excelentes y representativos: L. Henkin, *The Age of Rights* (Columbia University Press, 1990); Norberto Bobbio, *L'età dei diritti* (1992).

² Esta acepción descriptiva de la ideología, como «conjunto de ideas fundamentales que caracterizan el pensamiento de una persona, colectividad o época», para emplear la fórmula del Diccionario, es la que en este trabajo se emplea también. Sobre la crítica marxista de la ideología (esta vez en sentido fuerte) de los derechos, ver sobre todo, en castellano, la obra de Manuel Atienza, *Marx y los derechos humanos* (Editorial Mezquita, 1983).

Además de «ideología» de los derechos, se habla frecuentemente de «teoría» o «doctrina», o «discurso», de los derechos para designar el conjunto de doctrina o teorías críticas del positivismo, que explican y/o justifican la obligada primacía de los derechos en el orden jurídico interno y/o internacional. En lengua inglesa, los críticos de tal ideología o teoría utilizan también, como denominación equivalente, la de *rights talk*, que tal vez se puede traducir al castellano como «charla de los derechos». En castellano, Eduardo García de Enterría ha utilizado, aunque en un sentido absolutamente opuesto, decididamente apologético, la expresión «lengua de los derechos» (*La lengua de los derechos*, Alianza Editorial, 1994). Mary Ann Glendon en el espléndido libro en el que la emplea como título (*Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*. The Free Press, 1991). No sé si el castellano «charla» es buena traducción para el inglés «talk», pero no se me ocurre otra mejor, ni la cosa tiene, creo, mayor importancia. En todo caso es evidente que sería error gravísimo traducir *rights talk* por «lengua de los derechos», expresión acuñada por Eduardo García de Enterría con un contenido igualmente omnicompreensivo, pero con un sentido diametralmente opuesto, resueltamente apologético (*La lengua de los derechos, cit.*).

forzosamente muy esquemáticos, por un principio de la razón práctica, asumido como creencia generalizada, de la que se derivan dos exigencias que constituyen otros tantos principios fundamentales para la Teoría del Estado y del Derecho.

La creencia básica es naturalmente la de que los individuos humanos (y para algunos, también ciertos grupos sociales definidos por razones históricas, culturales, e incluso físicas o psicológicas) son titulares de unos «derechos», inherentes a su dignidad de personas y por tanto de valor universal, cuya realización y preservación es el único fundamento posible de la legitimidad del poder y de la validez del derecho creado por éste. Como la mayor parte de los ideólogos de los derechos suelen sostener que estos configuran un conjunto abierto, de manera que el progreso moral y material de la humanidad se proyecta o debe proyectarse en una continua ampliación de su número, en el gozoso surgimiento de sucesivas «generaciones» de derechos, hay razones para pensar que la «fuente» de los derechos no es la persona o su dignidad, sino la percepción que de ella se tiene, es decir, un hecho social.

Las exigencias que de ese principio se derivan para la Teoría del Estado y del Derecho son las de que: a) la pretensión de legitimidad del poder del Estado ha de fundamentarse en su servicio a los derechos, en su capacidad para realizarlos y en su disposición a respetarlos. Como expresión máxima de esta pretensión, las Constituciones nacionales, fundamento de los respectivos ordenamientos, han de garantizar los derechos de los individuos (eventualmente también los derechos de los grupos), especialmente frente a la acción de los poderes constituidos, incluido, claro está, el poder legislativo, aunque sobre el grado y la forma de la sujeción de éste se mantengan diferencias importantes de opinión; y b) el servicio a los derechos en el orden interno de cada Estado ha dejado de ser un dominio exclusivo de éste, reservado a su soberanía, para convertirse en una materia regulada por el Derecho Internacional y en una finalidad legítima de la acción exterior de otros Estados distintos y *a fortiori* de la comunidad internacional.

Esta ideología de los derechos, que en la Segunda Guerra Mundial fue utilizada para definir la postura de las potencias aliadas contra el totalitarismo fascista, a su término sirvió de guía para la organización de la comunidad internacional, y en los años de la guerra fría como instrumento básico, y a la postre decisivo, de las potencias occidentales en su enfren-

tamiento con los Estados del «socialismo real»³, se ha convertido, tras la caída del Muro, en una ideología de ámbito universal; en la ideología que pone término a todas las ideologías, pues incluso las teorías que combaten su principio básico, esto es, la noción de derechos pre-positivos, comparte la concepción individualista de la que surge, y con ella sus valores⁴.

Para despejar todo equívoco, conviene precisar desde el comienzo que el presente trabajo no pretende ponerla en cuestión, sino ayudar a su triunfo, intentando deshacer algunos equívocos que resultan de lo que me parecen imprecisiones conceptuales graves. De modo muy sintético, la tesis que en él quiero sostener puede reducirse a las proposiciones siguientes: 1) como derechos morales, no simplemente jurídicos, los derechos humanos sólo pueden ser entendidos como derechos de todos frente a todos, derechos que cada miembro del género humano tiene frente a todos y cada uno de sus congéneres; 2) la justificación ética del Estado viene de la necesidad de concretar el contenido de estos derechos en las relaciones interpersonales de todo género y de organizar la acción colectiva indispensable para realizarlos o sancionar su violación. La legitimidad del poder estatal depende en primer lugar, aunque no exclusivamente, de su capacidad para asegurar la vigencia de esos derechos en el seno de la respectiva sociedad, mediante la creación y aplicación eficaz del derecho positivo que los incorpora; 3) aunque el Estado no surge para proteger los derechos humanos frente a él, sino frente a los demás, una vez creado no tiene ya sólo esa obligación positiva de hacerlos valer en el seno de la sociedad, sino también la obligación negativa de respetarlos, ajustando el ejercicio de su propio poder a límites y formas específicas. Como derechos en la relación frente al poder, los derechos humanos se denominan generalmente derechos fundamentales o constitucionales; 4) el concepto de Estado de Derecho, tal como ha sido construido históricamente, no toma en cuenta la función del Estado como

³ Sobre el uso de la ideología de los derechos en el curso de la guerra fría puede encontrarse abundante información en Robert M. Gates, *From the Shadows. The Ultimate Insider's Story of Five Presidents and How They won the Cold War* (Simon & Schuster, 1995).

⁴ Una indicación resumida de esta literatura crítica puede encontrarse en el capítulo inicial del libro de Andrew Halpin, *Rights and Law. Analysis and Theory* (Hart Publishing, Oxford, 1997). El hecho mismo de que para Halpin sean en el fondo utilitaristas, y por tanto positivistas, teóricos de los derechos tan destacados como Rawls, Nozick y Dworkin, evidencia el reducido alcance real, práctico, de la diferencia teórica. Vid. también el agudo análisis de Michael Perry «Taking Neither Rights-Talk, Nor the Critique of Rights Too Seriously», en *Texas Law Review*, n.º 62 (1984).

agencia indispensable para la realización de los derechos (su obligación positiva), sino sólo su obligación negativa de respetarlos, no los derechos humanos, sino los fundamentales; 5) la acción de las instituciones destinadas a garantizar los derechos (la justicia constitucional frente al legislador, los diversos órganos de la comunidad internacional frente al Estado como miembro de ésta) sólo puede asegurar el respeto de los derechos fundamentales, no la realización de los derechos humanos en el seno de las respectivas sociedades, garantizan el Estado de Derecho, no el Estado justo; 6) esa limitación de la garantía tiene una doble razón de ser: a) la carencia de legitimidad de las instancias de control para asumir una tarea reservada a la autonomía colectiva, que en el orden interno se expresa a través del legislador democrático y en el externo a través del Estado; b) la incapacidad técnica de esas instancias para llevar a cabo esa tarea de creación y aplicación del derecho; 7) la actuación de las instancias de control y el concepto de derechos con el que éstas operan, han de ser nítidamente diferenciadas de las actuaciones que se llevan a cabo en el marco de la política de los derechos humanos, que operan con un concepto muy amplio de estos derechos e identifican como violación toda situación de carencia, con independencia de que esa situación sea obra de acciones públicas o privadas, o incluso simple producto de circunstancias históricas o naturales⁵.

El encadenamiento de dos ideas simples, la de que la realización de los «derechos», de todos los derechos, es el componente esencial de la noción de Estado de Derecho, y la de que esta realización es exigencia de la justicia, lleva frecuentemente a la conclusión de que ésta, la justicia, es el fin propio del Estado de Derecho, que el Estado de Derecho puede y quizás debe, ser identificado con el Estado Justo. Esa identificación entre Estado de Derecho y justicia es sin embargo un gravísimo error del que es buena prueba el uso que de ella se ha hecho en la historia para acabar con los derechos. Las tesis que acabo de exponer se pueden resumir por eso, en cierto sentido, en la frase que utilizo como exerga, «El Estado de Derecho no es el Estado de justicia», que un gran constitucionalista suizo⁶ acuñó para enfrentarse con quienes, en nombre de una «justicia sustancial» pretendían ignorar los derechos

⁵ En recientes declaraciones, la presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refería a la hambruna del Sahel y a la plaga del SIDA en el África Oriental como las más sangrientas violaciones de los derechos humanos en el planeta.

⁶ Werner Kägi, en «Hundert Jahre Schweizerische Recht», en *Festgabe Giacometti* (1953) p. 178.

o acabar con ellos. La justicia material no puede ser fin del Estado porque, hoy menos que nunca, no hay «una» idea de justicia que el Estado pueda imponer a todos sus ciudadanos. Hay muchos modos diversos, legítimos e incompatibles entre sí, de entender la proporción entre igualdad y libertad en que consiste la justicia como *telos* de la acción social y la opción por cualquiera de ello, como objetivo único y necesario de la acción del Estado, conduce inevitablemente al totalitarismo. El Estado como tal, como estructura abierta a las distintas fuerzas y preferencias de la sociedad, no puede justificarse por el servicio a una determinada idea de justicia sustancial. El Estado de Derecho no es un Estado de Justicia, sino un Estado de «derechos». Excusado es decir que este trabajo no se enfrenta críticamente con una amenaza totalitaria de destrucción de los derechos, sino con el riesgo menor, pero no desdeñable, de que los encargados de velar, tanto en el plano interno como en el internacional, por el respeto a los derechos, intenten imponer su propia concepción de éstos como única adecuada a la justicia, ignorando o condenando la que mantienen aquellas instancias que han de conjugar el respeto a los derechos con su obligación primordial de asegurar su vigencia en el seno de la sociedad, en las relaciones interindividuales. Los derechos imponen límites a la autonomía colectiva, o en expresión más tradicional, a la soberanía popular, cuya proyección exterior es la soberanía de los Estados, pero la construcción de estos límites, la determinación del contenido de los derechos, no puede hacerse a partir de una idea abstracta de justicia que ignore la concepción que de esos mismos derechos tienen los poderes que han de respetarlos, pero también crear el Derecho indispensable para que esos mismos derechos (o si se quiere, los bienes protegidos por ellos) sean eficaces en la vida cotidiana de los gobernados.

Para sostener esta tesis y desarrollarla en el breve espacio que se nos concede, comenzaré por algunos apuntes sobre la relación entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, seguiré con una breve descripción de la evolución del concepto de Estado de Derecho, para terminar con algunas ideas acerca de cual es el ámbito propio de la jurisdicción de los derechos que en la terminología internacional se llaman humanos.

II. DE LOS DERECHOS HUMANOS A LOS FUNDAMENTALES. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

En la doctrina del iusnaturalismo racionalista, en donde está el origen inmediato de la noción, los *rights and privileges* que la ley natural concede

al hombre se resumen, según la famosa fórmula de Locke, en el poder (moral) del individuo para preservar «*his life, liberty and estate against the injuries and attempts of other men*». Estos derechos naturales para los que desde finales del siglo XVIII se generaliza la denominación de derechos del hombre o derechos humanos, se adjetivan así porque pertenecen a todos los hombres por igual y a todos los hombres por igual obligan. No son, ni podrían ser, derechos frente al poder, porque su existencia es anterior a la de éste, que tiene en ellos su origen, su razón de ser, su justificación. El poder, el Estado, surge precisamente para dotar a estos derechos de eficacia real, práctica, no simplemente moral⁷; para establecer su definición precisa y asegurar, mediante la coacción organizada, el cumplimiento de las obligaciones correlativas y la sanción de las infracciones. La legitimidad del poder y por tanto el deber de obediencia de los sometidos, la *political obligation*, son consecuencia de la indispensabilidad de aquél como instrumento para dotar de efectividad a los derechos en las relaciones interindividuales en el seno de la sociedad. El fin primario del Estado es hacer realidad los derechos humanos, no el servicio a otros fines trascendentes o a su propio engrandecimiento. La sociedad no tiene una naturaleza autónoma, ni fines propios, que el poder, el Estado, deban servir. En la concepción contractualista, la comunidad política es resultado de un pacto entre individuos igualmente libres, que abdican de su libertad natural para asegurarse el goce recíproco de sus derechos; para garantizar, con el derecho positivo, sus derechos «naturales». La sociedad civil nace con ella y en consecuencia no cabe hablar de una sociedad preestatal con entidad diferenciada y fines propios cuyo logro justifique por sí mismo el ejercicio del poder. El empleo de éste para la satisfacción de necesidades colectivas (entre otras, la de la defensa frente al exterior) se justifica sólo en la medida en que con ella se sirve a la plena realización de los derechos⁸.

⁷ Para dotar a la validez con la fuerza de lo fáctico, para utilizar una expresión de Habermas (*op. cit.*, p. 45).

⁸ Excusado es decir que la justificación individualista de la acción estatal que en el texto se esquematiza, no implica por sí misma en la práctica una limitación de esa acción o de sus finalidades posibles. Una vez admitida la existencia de la comunidad política como entidad diferenciada en el seno de la humanidad, no hay objetivo alguno cuya consecución no pueda ser justificada como medio directo o indirecto para la realización de los derechos de sus miembros. Pese a ello, la justificación individualista del poder impone a la acción de éste límites, al menos teóricos, inexistentes en las teorías conservadoras o colectivistas.

Son estos derechos humanos que constituyen la razón de ser del Estado, su justificación, los que se enuncian con admirable vigor retórico en los primeros textos positivos basados en la, entonces, nueva concepción del Estado y del Derecho. Los párrafos finales de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos⁹ y el artículo Segundo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹⁰ son declaraciones rotundas de la nueva fe. El Estado nace y se justifica para proteger estos derechos que cada hombre tiene, por serlo, frente a los ataques de los demás; no, naturalmente, para protegernos frente al Estado mismo, que sería absurdo. Son fines necesarios del Estado, no límites inexcusables de su poder.

No son sin embargo derechos de cada uno de los hombres frente a todos los demás, sino derechos de los individuos frente al poder, derechos correlativos a los límites materiales o formales que se imponen a la actuación de los poderes, o derivados de los principios a los que estos han de ajustar su actuación, los derechos consagrados como derechos humanos en las grandes declaraciones de finales del XVIII. Aunque la denominación, que es expresa en Francia¹¹, se omite en Norteamérica, también aquí la naturaleza «humana» de estos derechos aparece claramente del texto de los distintos *Bills of Rights* y de la conexión ideal entre la Declaración de Independencia y las nueve primeras Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos. Pero los derechos que se proclaman tienen como destinatario exclusivo al poder y como finalidad única su limitación. Es cierto que entre los derechos enumerados en la Declaración francesa, hay algunos que se enuncian directamente como fines del Estado e incluso (artículos 4.º y 5.º) una cláusula general de libertad, por lo que cabe sostener que, al menos respecto de ellos, el Estado no tiene sólo una obligación negativa, de abstención, sino también

⁹ «That all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness; That to secure these Rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed; That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles...»

¹⁰ «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturel et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.»

¹¹ El hecho de que las Declaraciones de 1789 y 1893 aludan en su título no sólo a los derechos del hombre, sino también a los del ciudadano, no empaña la clara identificación como derechos humanos de todos los enunciados. La duplicación hombre-ciudadano es más bien un pleonasma.

la positiva de protegerlos en las relaciones interindividuales, pero en el contexto no hay duda alguna de que también estos derechos se proclaman sobre todo en razón de la obligación de respeto que se quiere imponer al poder. El origen concreto de estos derechos, las razones que llevaron a destacar precisamente la protección frente al poder de estas libertades individuales y de estas formas necesarias de actuación (el principio de legalidad, los principios básicos del derecho procesal, etc.) no son teóricas, sino empíricas, históricas; con independencia de que puedan ser violadas también por otros hombres y para protegerlas frente a este riesgo se requiera la acción del poder, la amenaza que se quiere prevenir es la que viene del poder mismo, pues como enseña la experiencia, es éste sobre todo el que acostumbra a hollarlas. La consagración destacada de estos derechos, cuya función es la de limitar al poder, no implica en modo alguno que éste quede descargado de su obligación positiva de definir y garantizar los derechos humanos primarios a la vida, la libertad y las propiedades, que unos hombres tienen frente a otros, pero esta obligación positiva, este deber de protección (y en consecuencia también las obligaciones que su ejercicio impone a todos los miembros de la sociedad) van a quedar desde ahora relegados a un segundo plano, para pasar al primero, como obligación primordial, la de simple respeto del poder a determinados derechos y por tanto también éstos.

Siendo el poder el destinatario único (o al menos inmediato) de tales derechos, su positivización requiere, como condición necesaria, el desdoblamiento de aquél entre un poder supremo que agota su existencia en el momento de la fundación y otros poderes ordinarios, que actúan ya dentro del orden establecido. Y naturalmente, en correspondencia con ese desdoblamiento, una diferenciación formal entre las normas emanadas de esos distintos poderes. La universalización de la teoría del poder constituyente y de la práctica de la Constitución escrita, es la respuesta lógica a esta doble necesidad. La consagración de un repertorio más o menos amplio de derechos, sistematizados en un Título o Capítulo concreto, o dispersos a todo lo largo del texto constitucional, pasa a ser así un componente indispensable, una parte necesaria de éste, lo que durante mucho tiempo se ha llamado la parte dogmática de la Constitución.

Al incorporarse a la Constitución, el fundamento de validez de los derechos deja de ser, en apariencia, una cuestión abierta al debate teórico, para asentarse en el propio derecho positivo, en la decisión del soberano fundacional. Por ello dejan también de calificarse simplemente como humanos, y

reciben otras denominaciones que los refieren a la Constitución (garantías constitucionales, derechos constitucionales), o a su función de componentes esenciales del *status* de las personas (derechos civiles y políticos); en la Europa de hoy, por razones en las que no hemos de entrar, la denominación más utilizada es la de derechos fundamentales que se utiliza en el título.

El cambio en la denominación es reflejo de una serie de cambios trascendentales en el concepto que conviene recordar, aunque todos ellos son simple consecuencia del proceso de positivización. Como creación del derecho positivo, aunque su naturaleza obliga a enunciarlos de forma general y abstracta, mediante el empleo de fórmulas lapidarias susceptibles de muchas interpretaciones distintas, su contenido aparece ya referido a sectores concretos de actividad del individuo, la sociedad o el Estado, no a bienes, valores genéricos (la vida, la libertad, la seguridad) o finalidades omnicomprendivas, como la búsqueda de la felicidad. De otra parte, el paso de los derechos del ámbito de la moral al del derecho, al tiempo que circunscribe inevitablemente el conjunto de sus titulares, obliga a dotarlos de un fundamento particular, no el universal de la simple condición humana. Como derechos morales corresponden a todos los hombres, pero el poder que los consagra sólo puede establecerlos en favor de los hombres sujetos a su jurisdicción; no como derechos de los hombres en general, sino como derechos de los americanos, franceses, españoles etc. Ni pretende ese poder proclamar todos los derechos imaginables, sino sólo aquéllos que en un lugar y unas circunstancias históricas concretas se considera imprescindible garantizar frente al poder, con independencia de que su contenido sea coincidente con el de derechos universales, o resulte relevante sólo para los miembros de esa comunidad particular¹².

Es evidente, sin embargo, que esta determinación puramente jurídico-positiva de los derechos fundamentales, no permite olvidar su conexión con los derechos humanos y que más allá de las razones históricas concretas que llevaron a las primeras Declaraciones¹³, tanto éstas, como las que las

¹² Por ejemplo el derecho a poseer y llevar armas consagrado en la Enmienda Tercera de la Constitución de los Estados Unidos, o el derecho de fundación, que garantiza el artículo 34 de la Constitución española.

¹³ La discusión de estas razones es el tema de la célebre y ya anticuada polémica entre Jellinek y Boutmy, de la que E. García de Enterría ofrece un buen resumen en *La lengua de los derechos*, citada antes. Una bibliografía seleccionada sobre la cuestión se encuentra en la clara y apretada síntesis de M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones* (traducción castellana de C. Álvarez Alonso, Trotta, 1996).

han seguido hasta nuestros días, no son sino variantes de una concepción única¹⁴ en cuyo centro están aquéllos. La constitucionalización de los derechos, la imputación de su origen a la voluntad del constituyente, permite explicar el lugar que ocupan dentro del sistema, no elimina ni resuelve el inmenso problema teórico que plantea la relación entre derechos humanos, legitimidad del poder y validez del derecho positivo, un problema que no basta a resolver por sí solo el principio democrático, el reconocimiento de la propia comunidad como titular del poder. La conciliación del poder de la comunidad con los derechos de los individuos, de la autonomía pública con la privada, lleva inevitablemente a poner el acento en la función limitativa de los derechos, dejando en la sombra la función primaria de éstos como derechos de unos hombres frente a otros y justificación del poder. Tras una revisión crítica de los esfuerzos realizados para lograr lo que llama «paradójica fundamentación de la legitimidad en la legalidad», especialmente los gigantescos de Rousseau y Kant, Habermas intenta conseguirlo, aplicando su teoría discursiva del Derecho.

La conexión interna entre derechos humanos y soberanía popular radica en el hecho de que el sistema de los derechos ofrece justamente las condiciones que permiten la institucionalización jurídica de las formas de comunicación necesarias para una creación del derecho políticamente autónoma.

Por eso «ese sistema ha de incluir precisamente aquellos derechos (fundamentales) que los ciudadanos se han de reconocer recíprocamente si quie-

¹⁴ Para Kriele (*Einführung in die Staatslehre*, Rohwolt Verlag, 1975, pp. 149-164), que resta todo valor a esa polémica, el derecho originario, el *Ur-Grundrecht* viene de la cláusula de la Magna Charta que prohíbe que ningún hombre libre sea condenado, preso, desposeído, degradado, exiliado o perjudicado de cualquier otra forma, si no es mediante un juicio fundado en derecho. La decisión del juez Coke de extender este *Ur-Grundrecht* a todos los hombres libres es la madre de todos los derechos fundamentales. Incluso la libertad religiosa puede ser considerada simplemente como una aplicación concreta de este derecho originario. Para Habermas, lo que podríamos llamar distintas formas de «invención histórica» de los derechos que ahora llamamos fundamentales deban ser entendidas como «distintas lecturas, contextualmente determinadas, del mismo sistema de derechos» (*Faktizität und Geltung*, 4.^a edición, Suhrkamp, 1994, p. 162; hay traducción castellana: *Facticidad y validez*, Trotta, 1998). Este sistema único es el que el mismo Habermas ofrece como construcción teórica, a partir de la idea de que los «derechos fundamentales» son primariamente derechos horizontales.

ren regular su vida en común mediante un derecho positivo legítimo»¹⁵. Si esta deslumbrante construcción logra o no su propósito, es cosa que aquí no importa y sobre la que, por lo demás, no podría yo aventurar opinión alguna en este trabajo¹⁶. Su cita en él se justifica, en todo caso, aparte su valor intrínseco, porque expresa con claridad meridiana las razones por las que la teoría del Estado de Derecho se vio obligada a dejar en el olvido la conexión entre derechos humanos y fines del Estado, y se ha construido hasta nuestro tiempo exclusivamente sobre la idea de los derechos fundamentales, los que limitan el poder, no los que le imponen la obligación positiva que justifica su existencia, la de asegurar el derecho de unos hombres frente a otros a sus vidas, sus libertades y sus pertenencias¹⁷.

La concepción de los derechos fundamentales como límites del poder se encuentra sometida en nuestro tiempo a la acción de dos teorías contrapuestas. De una parte, la que pretende reforzar ese carácter, sometiendo a control

¹⁵ La tesis de Habermas se expone sobre todo en los capítulos Tercero y Cuarto de *Faktizität und Geltung*, cit. Los pasajes citados, que traduzco con alguna licencia, aparecen en las páginas 134 y 151. Estos derechos que los ciudadanos han de reconocerse recíprocamente configuran el sistema teórico de los derechos fundamentales, que Habermas propone y que está integrado por: 1) derechos que derivan del derecho a gozar en la mayor medida posible de iguales libertades de actuación; 2) derechos derivados de la configuración políticamente autónoma del status de miembro en una comunidad jurídica voluntaria; 3) derechos derivados de la accionabilidad de los derechos y de la configuración políticamente autónoma de la protección mediante el derecho y 4) derecho a participar en condiciones de igualdad en los procesos de formación de la opinión y de la voluntad mediante los que los ciudadanos ejercen su autonomía política y a través de los cuales crean derecho legítimo. De estos cuatro derechos deriva a su vez un derecho (5) a que se aseguren condiciones de vida sociales, técnicas y ecológicas que permitan gozar por igual de los derechos anteriores (*ibid.*, pp. 155-157). Una vez creado el poder que ha de asegurar el derecho positivo, estos derechos son concebidos primordialmente como derechos frente a él, como derechos de defensa (*ibid.* 214).

¹⁶ El problema de la conexión entre derechos humanos y soberanía se resuelve hoy por lo general apelando a lo que cada vez con más frecuencia se llama «constitucionalismo». De la estructura de esta solución, que realmente elude el problema filosófico, nos ocupamos más abajo, en relación con los derechos fundamentales.

¹⁷ Por lo demás, Habermas incluye entre los derechos indispensables también algunos derechos de contenido positivo, a prestación.

La existencia de este doble componente en la noción de derechos humanos, como derechos «horizontales», de unos hombres frente a otros, y derechos «verticales», frente al poder, es, a juicio de Bloch, una proyección de la disociación entre el *pactum associationis* y el *pactum subjectionis* típica del iusnaturalismo racionalista y anulada por Hobbes. Vid. E. Bloch, *Derecho Natural y dignidad humana* (traducción castellana de F. González Vicén, Aguilar, 1980).

judicial el respeto del legislador a los derechos. Frente a la postura tradicional del constitucionalismo europeo, que dejaba a la ley plena libertad para interpretar los preceptos constitucionales, y por tanto para determinar el contenido real de los derechos allí enunciados, se impone cada vez con más fuerza la visión norteamericana, que hace del juez el intérprete supremo de la Constitución y en consecuencia sujeta a control judicial también la obra del legislador. Como este control sólo es plenamente eficaz para invalidar decisiones legislativas, no para forzar al legislador a dictar normas, esta influencia del modelo norteamericano viene a reforzar sin duda la equiparación entre derechos fundamentales y derechos límite. Frente a esta tendencia, en sentido diametralmente opuesto, actúa otra que afirma la necesidad de incluir en el repertorio de los derechos constitucionalmente garantizados algunos de nuevo tipo, que obligan al Estado a prestaciones determinadas de bienes o servicios, o que acentúa el llamado «aspecto objetivo» de los derechos fundamentales tradicionales, de cuyo enunciado deriva una obligación positiva de «prestaciones normativas», es decir, la obligación del legislador de dictar normas que protejan esos derechos (más precisamente, los bienes o libertades que son su objeto) en las relaciones interindividuales; en definitiva, que concibe los derechos no sólo como límites del poder, sino también como finalidades necesarias de su acción. El marco en el que se despliega la acción de estas fuerzas contrapuestas es el de la teoría del Estado de Derecho, de la que nos ocupamos a continuación.

III. EL ESTADO DE DERECHO. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE UNA IDEA

El principio normativo de la sumisión del poder al Derecho está en las raíces de nuestra civilización y, probablemente, de todas las civilizaciones. Como la idea del Estado de Derecho no es sino una manifestación específica de este principio normativo universal, el inicio de su historia puede llevarse en consecuencia hacia atrás tan lejos como se quiera¹⁸, pero aunque estos antecedentes lejanos ayuden a comprenderla e incluso a explicar su nacimiento, la idea en cuestión, en su forma actual, es producto de la confluencia de dos nociones elaboradas en un lugar y un tiempo determinados, la noción alemana del *Rechtstaat* y la anglosajona de la *rule of law*.

¹⁸ Así, por ejemplo U. Scheuner, «Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates», en E. Forsthoff (editor) *Rechtsstaatlichkeit und Sozialsstaatlichkeit* (Darmstadt, 1968), pp. 469 y ss. Scheuner, por supuesto, se refiere al pensamiento y a las instituciones anteriores al siglo XIX simplemente como precedentes de la idea decimonónica del Estado de Derecho.

Es cierto que, como afirmó Otto Mayer, sería un error creer que la idea de Estado de Derecho sea una peculiaridad del pensamiento germánico. La idea alemana del *Rechtstaat* no es muy distinta de la francesa del *État legal*, aunque se teorice de modo distinto, ni estuvo menos sujeto al Derecho el Estado francés de la Tercera República que el alemán del Segundo Reich, sino probablemente más. Pese a ello, es en Alemania en donde surge la expresión y es la doctrina alemana la que elabora una noción que, desde allí, se ha extendido a la doctrina de otros países¹⁹, cuyos textos constitucionales han recogido también, en no pocos casos, la expresión²⁰. Es pues la doctrina alemana la que necesariamente se ha de tomar como punto central de referencia para hacer la historia de esa noción²¹.

Esa historia es, sin embargo, la historia de la Teoría del Estado, una gigantesca construcción que sería ridículo intentar resumir aquí. Lo único que cabe es señalar algunos hitos significativos en el proceso que lleva desde una visión que podríamos llamar teleológica, en la que el Estado de Derecho se define como tal en razón de su finalidad específica, hasta la pura formalización del concepto, a partir de la cual, y ya en nuestra época, la noción de fin vuelve a formar parte del concepto. Y todo ello, como es obvio, desde la perspectiva de los derechos humanos y fundamentales.

El origen de la noción (no de la expresión, que no llegó a utilizar) se suele atribuir a Kant, en cuyo pensamiento se depura la idea de contrato

¹⁹ García Pelayo se ocupa de ella tanto en el *Derecho constitucional comparado* (capítulo VI, 1, 4) como en *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (1, 10) y, más tarde, «Estado constitucional y Estado legal de Derecho», recogido en *Obras completas* (CEC, Madrid, 1991), vol. III, pp. 3027 y ss. Dedicó un trabajo monográfico excelente a «La idea de Estado de Derecho en F.J. Stahl», incluido inicialmente en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Libro homenaje al profesor Antonio Truyol Serra* (CEC, Madrid, 1986) y recogido ahora en sus *Obras completas*, vol. III, pp. 3015 y ss.

²⁰ K-P Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen* (Mohr Siebeck, 1997), p. 49. En esta misma obra (pp. 205-206) se ofrece una larga relación de Constituciones europeas y americanas que han incorporado la expresión.

La cita de Mayer, que tomo de Sommermann, procede de su *Deutsches Verwaltungsrecht*.

²¹ Como se ha dicho muchas veces, es probable que el hecho de que la doctrina alemana se esforzase por integrar en una teoría jurídica del Estado las ideas que en otros países de Europa (Inglaterra y Francia sobre todo, pero no sólo en estos) se ofrecía directamente como elementos de una teoría política, se deba en buena medida a la imposibilidad de hacer política en la que se encontraban los súbditos de las monarquías germánicas. De esta separación incoada entre política y Derecho se intentarían extraer, ya en nuestro siglo, consecuencias a las que aludiremos después.

social. Un contrato que no es instrumento al servicio de una finalidad extrínseca, pues con él «se fundamenta el derecho de los hombres a vivir bajo leyes respaldadas por la coacción pública, merced a las cuales se da a cada uno lo suyo y se le asegura frente al ataque de los demás»; es decir, en una sociedad sometida al Derecho, que es «la limitación de la libertad de cada uno como condición de su coexistencia con la libertad de los demás, en la medida en la que esto es posible según una ley general». El contrato social es el acto fundacional del Estado, cuya finalidad es en consecuencia la creación del Derecho (positivo): el establecimiento y aplicación de normas que aseguren «la libertad de todos los miembros de la sociedad en cuanto hombres» y «la igualdad de cada uno de ellos con todos los demás en cuanto súbditos». El Estado se define por su servicio al Derecho, es decir, en cuanto que las referencias a la igualdad y la libertad (e incluso al *suum cuique*) no pueden ser entendidas de otro modo, a los derechos humanos.

En virtud de esta orientación individualista hacia los derechos, la ruptura de esta concepción del Estado con las que justifican su existencia por su calidad de instrumento al servicio de finalidades trascendentes, religiosas o seculares, es patente. Incluso con aquéllas que lo incardinan a una finalidad immanente, referida a los individuos mismos, pero definida y administrada desde el poder. La noción kantiana del Estado no es ya la del Estado policia del despotismo ilustrado.

La definición del Estado en razón de su fin, como instrumento de los derechos, no puede hacerse, sin embargo, sin tomar en cuenta los medios. La simple referencia a categorías formales (libertad, igualdad, lo suyo de cada uno) no basta para asegurar la justicia del derecho positivo, su validez moral. Como «nadie puede ser injusto consigo mismo», el medio indispensable para asegurar la validez del Derecho es encomendar su creación a «leyes públicas», leyes que expresen la voluntad pública de ciudadanos unidos y autónomos²². El Estado está al servicio de los derechos, pero no hay derechos materiales concretos que el Estado deba asegurar y respetar, sino sólo aquéllos que, por ser obra de la voluntad pública, son necesariamente valiosos.

²² Kant expone sus ideas sobre el Estado en diversos escritos y en especial en la tesis *Sobre el lugar común «esto puede ser verdad en teoría...»*, el célebre opúsculo sobre *La paz perpetua* y la *Metafísica de las costumbres*. Para el breve resumen del texto he seguido el de Habermas (*op. cit.*, pp. 121-123).

La racionalidad del Derecho positivo, la adecuación de éste a su idea, queda así asegurada en la teoría kantiana por la vinculación de la creación de la norma a la voluntad pública. Como ha dicho Ingeborg Maus:

La unión de los componentes materiales y formales que, según frecuentemente se dice, es propia del concepto del Estado de Derecho del primer liberalismo, significa en Kant que los componentes materiales quedan subsumidos en los formales²³.

Subsumidos, no abolidos, pues es evidente que la forma necesaria, la voluntad pública, es a su vez dependiente de los derechos que ha de realizar. Por eso, para que la conexión sea lógicamente necesaria, es indispensable que esta voluntad pública, como la *volonté générale* rousseauiana, sea concebida como una voluntad ascética, desprendida de los intereses concretos, particulares, de los individuos reales. Paradójicamente, esta visión ascética de la voluntad pública se acomoda más fácilmente a la doctrina oficial de Estados contruidos sobre el principio monárquico, gobernados por monarcas que retienen la soberanía aunque asocien a su ejercicio, en un ámbito importante, pero limitado, a unas Cámaras representativas, que a aquellos otros (en la época, aquel otro) en los que la voluntad pública es la voluntad real de un Parlamento real.

Pero si en la construcción filosófica del Estado de Derecho puede identificarse éste como única finalidad de aquél y basta con apuntar la tensión entre fines y medios, entre materia y forma, la teorización jurídica de la idea ha de introducir en el esquema finalidades de los Estados reales que *prima facie* no se identifican con la creación y aplicación del derecho, y resolver, en favor de uno u otro término, la mencionada tensión.

Esa teorización se inicia con la obra de Robert von Mohl²⁴, en la que el concepto de Estado de Derecho, con valor tanto descriptivo como normativo, se nos presenta como término final de una sucesión de formas políticas que, en cierta forma, reflejan el progreso del espíritu humano. El fin perseguido por el Estado ha de concordar siempre, dice von Mohl,

²³ Ingeborg Maus «Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats», en Mehdi Tohidipur (editor), *Der bürgerlichen Rechtsstaats* (Suhrkamp, 1978) p. 16.

²⁴ Sobre usos ocasionales del término *Rechtsstaat* anteriores a von Mohl, *vid.* U. Scheuner, *op. cit.*, p. 461.

con la opinión del pueblo (*Volksansicht*) al que sirve de instrumento. A una opinión orientada hacia la religión, corresponde un Estado teocrático; a la preocupada por lo material (*sinnlich*), el despotismo; a aquélla en la que predominan los derechos privados, el Estado patrimonial; a la que se centra en la familia, el Estado patriarcal; a la orientada hacia finalidades que son a la vez materiales y racionales (*sinnlich-vernünftigen*), el Estado de Derecho²⁵.

En éste, lo que cada uno de los miembros de la sociedad quiere y pretende ha de ser querido también por la propia sociedad y en consecuencia:

El Estado de Derecho no puede tener otra finalidad que la de ordenar la vida en común del pueblo de tal forma que cada uno de los miembros de éste reciba apoyo y estímulo para usar y aprovechar sus fuerzas de la manera más libre y completa que sea posible²⁶.

En una sociedad dominada por esta opinión,

«el principio supremo es el de la libertad del ciudadano»²⁷. «El apoyo del Estado (al individuo) sólo puede ser por eso negativo, ha de reducirse a eliminar los obstáculos que resultan demasiado pesados para las fuerzas individuales»²⁸. «El fin del Estado es el de remover los obstáculos que impiden el pleno desarrollo de las fuerzas de los ciudadanos»²⁹.

Esos obstáculos son de dos géneros distintos, según vengan de la actividad de otros hombres o de la fuerza de circunstancias exteriores. Para remover los primeros, los que se originan en la actividad antijurídica de los demás, el Estado ha de dictar normas positivas y establecer la organización

²⁵ R. v. Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft aus den Grundsätzen des Rechtsstaates* (Tübingen 1844, vol I), p. 5.

²⁶ *Ibid.*, p. 8.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, página 9. A juicio de Sommermann (*op. cit.*, p. 50), esta frase evidencia que von Mohl tiene un concepto «material» del Estado de Derecho, que enlaza con la noción de Estado social de nuestro tiempo. Eso explica, dice, que la encontremos repetida, en términos muy parecidos, como norma sobre la determinación del fin del Estado (*Staatszielbestimmung*), en las Constituciones italiana (artículo 3.2) y española (artículo 9.2).

necesaria para imponer su respeto³⁰. Para eliminar los segundos, ha de desarrollar una actividad de «policía», es decir de administración³¹.

Aunque el concepto del Estado de Derecho acuñado por von Mohl es, como el de Kant, un concepto que cabría llamar teleológico, puesto que es la finalidad perseguida por el Estado la que determina su forma, hay en él, junto con elementos nuevos, una mayor atención a las exigencias puramente formales que la realización del Derecho implica para la estructura y el funcionamiento del Estado. El hombre no es visto sólo desde la perspectiva de la razón³², sino también desde la realidad material, como ser menesteroso y en consecuencia el Estado de Derecho, para serlo, ha de llevar a cabo, junto a la actividad puramente *jurídica*, de creación y aplicación de normas, una actividad *administrativa*, prestacional. Aunque para algunos esta concepción, que todavía ve en la realización de la libertad y la igualdad el fin necesario del Derecho, no significa en modo alguno una formalización del concepto e incluso permite considerar a von Mohl como un precursor de la idea del Estado social, en ella se encierra ya, para otros, el comienzo de una evolución que reduce la idea de Estado de Derecho a pura forma, cuyo significado se agota en el sometimiento de la Administración a la ley, en tanto que el contenido de la ley misma, e incluso su vinculación a la voluntad pública, dejan de ser relevantes³³.

³⁰ El jugoso texto de von Mohl (*op. cit.*, p. 10) es el siguiente: «Frente a las intromisiones hostiles de los hombres, instituye (el Estado), la jurisdicción, la justicia. Dicta normas para determinar los límites del círculo jurídico de cada uno; prohíbe las intromisiones lesivas en ese ámbito mediante la intimación de penas; establece, cuando es necesario, instituciones para prevenir las amenazas contra el derecho; instaura, por último, jueces que investigan las quejas de los ciudadanos o que, de oficio, averiguan las violaciones del derecho y, a continuación, resuelven los litigios de acuerdo con la ley, o tienen que castigar a los infractores en la forma prevista.»

³¹ Sobre el concepto de policía, *ibidem*, p. 10, nota 2. Las ramas de la Administración de las que von Mohl se ocupa son la sanitaria («Protección estatal de la vida y la salud de los ciudadanos»), la de beneficencia o «de pobres» («Ayuda para la alimentación de indigentes») y la educativa (que incluye, junto con la enseñanza, la formación moral, la religiosa y la artística).

³² Quizás hay que recordar, sin embargo, que aunque con cierta quiebra de la coherencia interna de su pensamiento, también Kant encomendaba al Estado el cuidado de los pobres, el mantenimiento de viudas y ancianos y la creación y sostén de hospitales. Llega a hablar incluso del *Daseinsvorsorge* como tarea propia del Gobierno. *Vid.* Sommermann, *op. cit.* pp. 37-38 y bibliografía allí citada.

³³ Para la visión positiva, que es la más extendida, *vid.*, además del libro de Sommermann repetidamente citado, W. Böckenförde, «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbe-

Sin entrar en esa polémica, sí cabe afirmar que el paso primero y decisivo hacia la pura formalización del concepto de estado de Derecho se da en la obra en cierto modo paradójica de F.J. Stahl, un autor que se inscribe en la corriente más conservadora de la derecha hegeliana e ideológicamente situado por tanto a los antípodas de von Mohl. Pese a ello, asume la idea típicamente liberal del Estado de Derecho y da de éste una definición que es poco menos que punto de partida obligado para todo el pensamiento posterior³⁴. Aunque utiliza una concepción del Derecho, de lo jurídico, no exenta de consecuencias materiales, afirma rotundamente que la noción de Estado de Derecho no hace referencia a los fines del Estado, sino sólo al modo que éste tiene de realizarlos, a la forma. Como al mismo tiempo y de manera no menos rotunda, Stahl afirma que «Derecho y derecho positivo son ...conceptos equivalentes. No hay más derecho que el derecho positivo»³⁵, no parece exagerado entender que en él se encuentra ya en cierto modo prefigurada la monumental construcción positivista que terminaría por eliminar de la noción de Estado de Derecho todos los vestigios de una legalidad suprapositiva, llevando hasta el final su formalización. Los elementos materiales, los derechos humanos, quedan latentes (quizás incluso se los da por supuestos), pero durante décadas desaparecerán de la teoría y los derechos fundamentales subsisten sólo como formas vacías de contenido preciso, como elementos de una estructura puramente formal con la que se identifica el Derecho. Estado de Derecho es el que acomoda a Derecho la intromisión del poder en la libertad o la propiedad de los individuos, pero el Derecho es pura forma,

griffs», en *Staat-Gesellschaft-Freiheit* (Frankfurt, 1976). Para la visión crítica, I. Maus, en *op. cit.*, con abundante bibliografía.

³⁴ De clásica e incluso canónica la califica García Pelayo, en la obra citada *supra* en nota 37. Su texto (*Philosophie des Rechts*, Bd. II, *Rechts und Staatslehre auf der Grundlage christlichen Weltanschauung*, Abt. 2.^a reimpresión, Darmstadt, 1963, p. 137) es el siguiente: «El Estado ha de ser Estado de Derecho; ésta es la consigna y en verdad, también la tendencia de los tiempos nuevos. Ha de utilizar el Derecho para determinar con precisión y asegurar de modo inquebrantable, tanto las vías y los límites de su actividad como la esfera de libertad de sus ciudadanos. No ha de llevar la realización estatal, es decir, directa, de las ideas morales, más allá de lo que es propio de la esfera jurídica, esto es, reducir la coacción a lo estrictamente indispensable. Este es el concepto de Estado de Derecho, no que el Estado se limite a la aplicación del ordenamiento, o simplemente a la protección plena de los derechos individuales. El Estado de Derecho no hace referencia a la finalidad y el contenido del Estado, sino sólo al modo y manera de realizarlos».

³⁵ *Philosophie des Rechts*, *cit.*, p. 221.

como se diría más tarde, el lenguaje necesario del poder, no un límite material para su actuación.

La principal exigencia que se deriva de la idea de Estado de Derecho es, en consecuencia, la que afecta a la estructura estatal. El Estado de Derecho exige una separación de poderes, con una distinción neta entre la función legislativa, la ejecutiva y la judicial. La creación del derecho queda reservada en exclusiva a la ley, pero la identificación de ésta con la voluntad *pública* de la teoría kantiana, se difumina poco a poco. Incluso la forma necesaria que inicialmente se postula para la ley, la de que ésta se produzca como norma general y abstracta, se va debilitando poco a poco y a partir de Laband, como se sabe, el único criterio distintivo de la ley, el rasgo al que se anuda su fuerza específica, será su origen.

La sujeción del Estado al derecho significa simplemente sujeción del Ejecutivo a la norma aprobada por el Parlamento, sean cuales fueren su forma y su contenido. Pero es una sujeción cada vez más acentuada. El largo debate sobre la reserva de ley, la delimitación del ámbito en el que la actuación de la Administración requiere una previa decisión del legislador se va ampliando insensiblemente. La fórmula se mantiene durante largo tiempo sin apenas cambio: la ley es necesaria para la injerencia de la Administración en la libertad y la propiedad de los individuos, es decir, en sus derechos. El modo de entenderla evoluciona sin embargo con el tiempo y la idea de la vinculación meramente negativa de la Administración a la ley va siendo sustituida por la de la vinculación positiva. La Administración no puede hacer todo lo que la ley no le impide, sino sólo aquello para lo que la ley la habilita³⁶.

Junto con este proceso de ampliación del ámbito de la actividad administrativa sujeta a la ley, y naturalmente en estrecha conexión con él, discurre el de afirmación del control judicial de dicha actividad y el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Al final de esta evolución, el Estado de Derecho significa, según un célebre texto de Richard Thoma:

Omnipotencia de la ley, pero sólo de una ley que deje espacio a la libre iniciativa; responsabilidad jurídica (*justizmässige*) del Estado y de los funcionarios por la violación culpable de los límites impuestos por la ley; garantía, mediante

³⁶ Vid. U. Scheuner, *op. cit.*, pp. 481-482.

tribunales administrativos y autoridades independientes, frente a la utilización inadecuada o partidista de la ley; finalmente: creación de un Derecho Público minucioso mediante la reelaboración jurídicamente avanzada de una legislación que hasta ahora ha estado excesivamente dominada sólo por consideraciones políticas y técnicas³⁷.

Ya no hay ni rastros de la idea que vinculaba el Estado a la realización de los derechos humanos; el legislador omnipotente goza de plena libertad para definir el bien común y perseguirlo por los medios que considere adecuados, sin verse limitado por supuestos derechos o libertades garantizados por un Derecho superior³⁸. Y tampoco de los derechos fundamentales queda gran cosa en este «Estado de Derecho Administrativo bien ordenado»³⁹. Sólo esa oscura alusión a la necesidad de que la ley que sujeta a la Administración deje espacio a la «libre iniciativa» del individuo sugiere la existencia de alguna limitación material, substantiva, al poder del legislador. Pero se trata, en todo caso, de una necesidad política, no jurídica. El legislador no choca con derechos que haya de respetar, pues los que la Constitución enuncia o garantiza no tienen otro contenido que el que el propio legislador les atribuye y quizás ni siquiera para proteger la libertad del sujeto, sino en atención a otros fines. De la idea de que el Estado de Derecho tiene como finalidad la creación del derecho positivo para hacer realidad los derechos humanos y está limitado por unos derechos preexistentes cuya positivización es condición inexcusable de la legitimidad del poder, se ha pasado a una situación en la que, en un pasaje que encuentro más bien patético, Jellinek ha de oponerse a quienes ven en los derechos individuales simples «derechos reflejo»⁴⁰.

³⁷ «Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft», en *Jahrbuch des oeffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. 4 (1910), p. 214. La cita en Sommermann, *op. cit.*, p. 55.

³⁸ El Estado de Derecho implica la existencia de «un poder legislativo ilimitado... que en interés del bien común puede imponer nuevas ordenaciones de la vida en común, por encima de todos los derechos, libertades y situaciones establecidas»... «Se abandona la idea de Estado de Derecho cuando se pretende subordinar el Estado en su totalidad a un Derecho absoluto situado más allá del poder normativo de los hombres; se la entiende adecuadamente si se la interpreta como una exigencia de plena legalidad y juridicidad de la Administración y de la Justicia dentro de la ley» *Ibid.* pp. 201 y 204.

³⁹ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I (Munich-Leipzig, 1924), p. 58.

⁴⁰ *Allgemeine Staatslehre* (reimpresión, Kronberg, 1976), pp. 417 y ss. El pasaje es aquél en el que Jellinek se opone tanto a quienes identifican los «derechos públicos subjetivos» con derechos privados, como a quienes niegan su posibilidad porque en el ámbito del

Aunque este modo de concebir el Estado de Derecho, que es el que se impuso en la práctica de los Estados continentales europeos en el siglo XIX, venía siendo objeto de críticas desde mucho tiempo atrás, su derrumbamiento no se produce hasta el término de la Primera Guerra Mundial, con la quiebra en Alemania de la «monarquía constitucional». Con la instauración de un régimen democrático y la consiguiente presencia en el Reichstag de fuerzas políticas que ponen en cuestión el orden social y económico hasta entonces imperante, comienza a cuestionarse también la racionalidad de la ley, se quebranta la fe en el legislador. Las primeras apelaciones a unos «derechos» que están más allá de la ley y que ésta por tanto ha de respetar, vienen en consecuencia de grandes juristas de la derecha, en tanto que los más próximos a la izquierda defienden, de manera en cierto modo paradójica, la concepción positivista de la absoluta supremacía de la ley⁴¹. El trágico final de la República de Weimar puso también término, sin embargo, a estos intentos de revisar la idea de Estado de Derecho para introducir en ella la de la vinculación del legislador a los derechos, que sólo habían dado frutos fuera de Alemania, con la introducción de un innovador sistema de jurisdicción constitucional en Austria, Checoslovaquia y, más tarde, España⁴². En torno a 1933, estos intentos son sustituidos por una construcción más novedosa, dirigida no hacia la potenciación de los derechos, sino hacia su destrucción. El concepto tradicional del Estado de Derecho es condenado como una antigüalla puramente formal e inservible, en lugar de la cual ha de colocarse una idea que determine el Estado, no en razón de la función que el Derecho desempeña al determinar «las vías y límites de su actividad», para emplear la expresión de Stahl, sino en atención a su finalidad, que

derecho público sólo caben los «derechos reflejo», es decir, aquéllos que la norma objetiva concede en atención a fines generales, no para respetar unos (imposibles) derechos de quienes se benefician del «reflejo». Por lo demás, la fundamentación que Jellinek propone para justificar la necesidad de los derechos públicos subjetivos, tan criticada, no está muy lejos de la que hoy propone Habermas para explicar la necesidad de que el derecho positivo fundamente su propia validez en el servicio a estos derechos como condiciones de posibilidad de un diálogo libre entre iguales.

⁴¹ Ingeborg Maus, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

⁴² Conviene recordar aquí que, sobre todo en Austria y Checoslovaquia, ese «detronamiento de la ley» que la jurisdicción constitucional implica, había sido inspirado y conducido por el más destacado representante del positivismo. Por otra parte, ya se entiende que el texto no pretende establecer una relación de causa a efecto entre el final de la República de Weimar y el de la Segunda República española, aunque es evidente que alguna conexión hubo entre ambas tragedias.

ahora, sin embargo, no será la realización de los derechos humanos, sino la de la justicia. El Estado «material» de Derecho había de ser el Estado de Justicia, el instrumento de su realización; en el caso, naturalmente, el instrumento para realizar la justicia adecuada a la raza, a la comunidad de «sangre y tierra»⁴³.

La revisión sería de la idea de Estado de Derecho, en la teoría y en la práctica, se lleva a cabo, sin embargo, mucho después, al término de la Segunda Guerra Mundial, y en buena medida determinada por los horrores que acompañaron, en Alemania y fuera de ella, a la implantación de ese peculiar «Estado de Justicia».

Frente a la concepción del Estado de Derecho que ahora se denomina «formal», o quizás más precisamente, junto a ella⁴⁴, se ofrece una concepción que, de manera algo equívoca, suele llamarse también «material».

El rasgo definitorio de esta nueva concepción es el de la primacía de los derechos, de manera que, como se ha dicho, mejor que de Estado de Derecho habría que hablar de Estado de los Derechos. No basta ya con asegurar la sumisión del Ejecutivo a la ley, sino que es necesario garantizar también la del legislador a unos derechos de contenido concreto que la ley no puede violar o ignorar y cuya defensa ha de quedar, en consecuencia, en manos del juez. Esta atribución al juez de la función de garantizar los derechos, incluso frente al legislador, es la que permite decir que la concepción actual del Estado de Derecho recibe elementos de la noción paralela, pero distinta, de la *rule of law*, que ha habido una confluencia entre la vieja noción continental y la anglosajona. Una confluencia de la que resulta, paradójicamente, una formalización del concepto de derechos fundamentales.

Aunque en su forma clásica, la británica, la *rule of law* no significa, en efecto, que el juez tenga poder para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sino sólo para interpretarlas de acuerdo con los derechos que forman parte de una Constitución no escrita⁴⁵, la versión más influyente es

⁴³ *Ibid.*, pp. 42 y ss. Vid. además, Sommermann, *op. cit.*, pp. 205-223 y Scheuner, *op. cit.* pp. 487 y ss.

⁴⁴ Esa vieja concepción formal suele calificarse también de positivista, pero la pertinencia del adjetivo me parece cuestionable por más de una razón. La nueva concepción «material», que entronca con las experiencias positivistas de Austria y Checoslovaquia mencionadas, no significa en modo alguno un regreso al iusnaturalismo, sino a lo sumo una positivización de un principio de raíz naturalista, el de la dignidad de la persona.

⁴⁵ «El Parlamento es el legislador supremo, pero a partir del momento en el que ha expresado su voluntad como legislador, esa voluntad queda sujeta a la interpretación de los

la norteamericana, que al aplicar la lógica de la *rule of law* a un sistema de Constitución escrita, ha conducido a la *judicial review of legislation*, a la atribución al juez de la potestad de inaplicar la ley inconstitucional, o en la versión europea, a declarar su invalidez, a anularla. La instauración de la jurisdicción constitucional, sea cual sea el modelo, lleva inevitablemente a identificar como derechos fundamentales aquéllos que, sea cual fuere su contenido, quedan bajo la salvaguardia del juez que juzga desde ellos la obra del legislador. La existencia de una jurisdicción constitucional como elemento necesario de lo que se llama «Estado material de Derecho» o, alternativamente, «Estado constitucional moderno», y sobre todo la caracterización de los derechos fundamentales como «derechos frente al legislador», según una definición cada vez más generalizada, desvinculan estos derechos de cualquier idea de legalidad supraempírica, son nociones estrictamente positivistas. Pero además, y como antes se ha apuntado, la utilización de este rasgo como criterio definitorio de los derechos fundamentales exige que éstos tengan una estructura tal que el juez pueda garantizar eficazmente su vigencia, y esa condición sólo se da cuando la obligación que imponen al legislador es la pura obligación negativa de respetarlos o, a lo sumo, establecen principios a los que ha de acomodarse la propia estructura del poder (por ejemplo, principios procesales), no cuando le obligan a crear estructuras y apropiarse fondos para la prestación de bienes y/o servicios, cuyo contenido concreto también ha de determinar. La caracterización puramente formal, positivista, de los derechos fundamentales, no ofrece respuesta alguna para el difícil problema de la interpretación judicial de los derechos, pero no crea problemas estructurales cuando el repertorio de estos derechos es el de los clásicos derechos de libertad y defensa, como en Norteamérica. Cuando a estos derechos se añaden otros derechos de prestación no puramente normativa, de prestación en sentido estricto, en la

jueces del país, y los jueces, que están tan sujetos a sus propios sentimientos como al espíritu general del *common law*, tienden a construir las excepciones estatutarias de los principios del *common law* de una manera muy distinta a la que emplearía un cuerpo de funcionarios o la misma Cámara de los Comunes, si tuviera que interpretar sus propios enunciados». A. V. Dicey, *The Law of the Constitution* (6.^a edición, Londres, 1902), p. 357.

«Los principios generales de la Constitución (como por ejemplo el derecho a la libertad personal, o el de reunión en público) son entre nosotros resultado de decisiones judiciales que determinan los derechos de personas privadas discutidos ante los tribunales» (*Ibid.*, p. 191). «Nuestra Constitución es una Constitución hecha por los jueces y tiene en consecuencia todos los rasgos, buenos y malos, del derecho de creación judicial» (*Ibid.*, p. 192).

terminología de Robert Alexy, sólo caben teóricamente dos soluciones, o bien la de admitir que el juez ejerza poderes claramente exorbitantes de su función propia, o bien la de admitir que estos derechos, aunque consagrados por la Constitución, no están cubiertos por la garantía judicial, no son derechos fundamentales. Esta última solución, que es la única que preserva la división de poderes, y la que predomina en Europa y resueltamente adopta la Constitución Española, reintroduce, aunque con un cambio importante, la noción original de los derechos humanos como derechos que el legislador ha de realizar, aunque ahora esa realización no comporte su positivización, sino la organización material de los servicios que han de satisfacerlos, no una prestación normativa, sino una prestación fáctica. Estos derechos nuevos, cuyo mejor ejemplo es quizás el derecho al mínimo vital, son derechos humanos en cuanto que derivados de la dignidad humana, pero no derechos fundamentales.

Hay que señalar, por último, que muchas de las Constituciones sobre las que se ha construido la nueva noción de Estado de Derecho, o que se han acomodado a ella, incorporan también al texto constitucional una referencia al origen de los derechos, a su fuente extra positiva o suprapositiva, para lo cual apelan a la noción de «dignidad humana». Esta apelación remite al Derecho Internacional, no sólo porque fue en el ámbito internacional en donde por primera vez se mencionó en un texto positivo la idea de dignidad humana como fuente de los derechos, sino sobre todo porque sólo una concepción universal de tal dignidad permite lógicamente designar como humanos los derechos que de ella derivan. Si el Estado de Derecho ha de ser una categoría universal con la que cabe contrastar cada uno de los Estados reales, los derechos que éstos han de realizar y/o respetar para merecer esa calificación no pueden ser simple creación de sus propios derechos positivos o de las respectivas opiniones públicas. Esta conexión⁴⁶ entre la

⁴⁶ Por lo demás, la doctrina utiliza ya habitualmente esa conexión para definir el Estado de Derecho, o la *rule of law*, expresiones hoy día sinónimas. Así, por ejemplo, Thomas Caruthers («The rule of law revival», en *Foreign Affairs*, n.º 77, 1998, pp. 95 y ss.): «The rule of law can be defined as a system in which the laws are public knowledge, are clear in meaning, and apply equally to everyone. They enshrine and uphold the political and civil liberties that have gained status as universal human rights over the last half-century. In particular, anyone accused of a crime has a right to a fair, prompt hearing and is presumed innocent until proved guilty. The central institutions of the legal system, including courts, prosecutors and police, are reasonably fair, competent, and efficient. Judges are impartial and independent, not subject to political influence and manipulation. Perhaps most important,

idea de Estado de Derecho y Derecho Internacional obliga, para concluir este trabajo, a hacer un análisis de la relación entre derechos humanos y derechos fundamentales en ese campo.

IV. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La denominación de derechos humanos ha quedado de hecho reservada en nuestro tiempo para los consagrados bajo esa rúbrica en el ámbito internacional. Tan vinculada está la expresión a este nuevo uso, que en muchos textos autorizados se le atribuye exclusivamente esta acepción⁴⁷.

Aunque con anterioridad se suscriben Tratados que, como el de la abolición de la esclavitud⁴⁸, o de la trata de blancas⁴⁹, tienen como finalidad específica la protección de la libertad individual, esa acción se lleva a cabo por razones humanitarias o de justicia, no en defensa de los derechos humanos, un concepto cuya «internacionalización» es, como se sabe, un hecho relativamente reciente, ligado con la Segunda Guerra Mundial⁵⁰ y más específicamente con la creación de las Naciones Unidas, en cuya Carta se hacen varias referencias genéricas a los derechos⁵¹ y que acomete, desde su primera reunión, la tarea de especificarlos. Fruto de ella fue, tras el fracaso de proyectos más ambiciosos, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁵².

the government is embedded in a comprehensive legal framework, its official accept that the law will be applied to their own conduct, and the government seek to be law-abiding».

⁴⁷ Así, por ejemplo, en la *New Encyclopaedia Britannica* (15.ª edición, 1992), en la que bajo el artículo «Human Rights», obra de Burns Weston, se dice «The expression Human Rights is relatively new, having come into everyday parlance only since World War II and the founding of the United Nations in 1945. It replaces the phrase “natural rights”, which fell into disfavor in part because of the concept of natural law...became a matter of great controversy, and the later phrase, “the rights of Man”»...

⁴⁸ Declaración del Congreso de Viena, de 8-2-1815.

⁴⁹ París, 18-5-1904.

⁵⁰ En el curso de la guerra, los derechos se invocan repetidamente como bandera de la causa aliada. Así, por ejemplo, en el «discurso de las cuatro libertades» del presidente Roosevelt, (6-1-1941), la «Carta del Atlántico», suscrita por Roosevelt y Churchill el 12-8-1941, la «Declaración conjunta de las cuatro naciones» (Moscú, 30-10-1943), etc.

⁵¹ Preámbulo y artículos 1.3, 55.c, 56.

⁵² Sobre la elaboración de la Declaración vid. por todos, E. Schwalb, *Human Rights and the International Community. The Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights* (1964).

Aunque la relación entre la Declaración de 1948 y la de 1789, cuyas fórmulas reproduce a veces literalmente, es evidente y ha sido subrayada muchas veces⁵³, hay entre ambas divergencias significativas. Así, el artículo tercero de 1948, que enumera los derechos del individuo, además de no calificarlos de naturales, deja fuera uno de ellos, el de resistencia a la opresión, y, sobre todo, omite la precisión esencial de que la conservación de estos derechos es la finalidad de toda asociación política. Es evidente que esta omisión no significa que tales derechos no deban ser protegidos en las relaciones interindividuales, pero sí es razonable entenderla como signo de que no es la necesidad de imponer a los Estados esta obligación positiva de protección la que la Declaración intenta satisfacer. Un entendimiento que se ve reforzado, tanto por la referencia específica de la propia Declaración a este deber de protección en relación con algún derecho concreto⁵⁴, como por los leves pero significativos cambios que la definición de los derechos experimenta al juridificarse plenamente, tanto en el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en la Convención Europea de los Derechos Humanos⁵⁵. Los derechos enunciados en la Declaración son esencialmente derechos frente al poder, bien por tratarse de derechos que se dan sólo en el marco de una relación entre el poder y los sometidos, bien porque, aun teniendo como contenido una libertad que no sólo el poder puede violar, el deber internacional que directamente se deriva de él para el Estado es el de respetarla, no el de protegerla frente a terceros. Incluso los derechos de igualdad y no discriminación, cuya influencia sobre la configuración de las relaciones en el seno de la sociedad es obvia, pueden ser entendidos sólo como límites a la acción del Estado, no como fuente de una obligación correlativa de carácter positivo.

Junto a estos derechos clásicos, a los que se agregan otros de la misma naturaleza (a la vida, a la nacionalidad, a la no discriminación, etc.), que

⁵³ No sólo con la Declaración de 1789, sino incluso más generalmente, con las ideas de la revolución francesa. Parece razonable pensar que pudo ser el deseo de no dejar fuera ningún elemento del lema revolucionario el que llevó a la Comisión de las Naciones Unidas a incorporar en el artículo primero el mandato de que los hombres han de comportarse fraternalmente unos con otros.

⁵⁴ Así en el artículo 12, en relación con el derecho a la vida privada.

⁵⁵ En estos textos se introduce sin embargo la obligación estatal de proteger la vida mediante la ley. Una evolución, creo, bien significativa, es la que se produce en relación con el derecho a la vida privada. El deber estatal de protegerla mediante intromisiones arbitrarias se mantiene todavía en el Convenio, pero la intromisión expresamente prohibida por la Convención (artículo 8.º) es ya la de la autoridad pública.

antes de las barbaries de nuestro siglo no se había considerado necesario destacar, los preceptos finales de la Declaración, entre el 23 y el 28 (el 29 es el que contiene la célebre afirmación de que toda persona tiene deberes frente a su comunidad, sin especificar ninguno), contienen sin embargo derechos sociales, del mismo género que los que, según se indicaba antes, se han incorporado a muchas Constituciones modernas. Derechos que no son límites de la acción de Estado, sino fines necesarios de ésta. La Declaración es técnicamente sin embargo una simple recomendación de las previstas en el artículo 13 de la Carta. En la intención de sus autores no era derecho y aun hoy, y sin perjuicio del hecho de que, en virtud de una práctica reiterada, algunos de sus principios vinculen actualmente a todos los Estados, como parte del Derecho Internacional común, no tiene fuerza obligatoria, sino sólo persuasiva. No cabe por eso construir, partiendo únicamente de su texto, una explicación acerca de la obligación (simplemente de respeto, o también de realización) que los derechos enunciados pretenden imponer. Esa explicación, que, en su caso, llevará a distinguir entre derechos simplemente humanos y otros que son, además, fundamentales, sólo puede buscarse en el análisis de los Tratados derivados de la Carta. Antes de ello es necesario, sin embargo, hacer una breve referencia a la fundamentación que la Carta ofrece para los derechos enunciados.

Aunque se ha dicho que la diferencia sustancial entre la fundamentación de los derechos en la Declaración Universal y en las clásicas de los orígenes del constitucionalismo, radica en el hecho de que la Declaración Universal (o antes que ella el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas), «no invoca los derechos “naturales” ni ningún otro fundamento filosófico para los derechos humanos», la verdad es que en todos estos textos tales derechos se conectan con la dignidad de la persona humana y por mucho que «este valor se tenga como evidente»⁵⁶, no es lógicamente fácil atribuir igual dignidad a todos los hombres sin atribuirles también una naturaleza igual. La única vía es quizás la de sustituir la naturaleza por la opinión, poner la fuente de los derechos no en la dignidad humana, como realidad ontológica,

⁵⁶ Los textos entrecomillados con los que se polemiza pertenecen a la obra de Louis Henkin, *International Law, Politics, Values and Functions*, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. IV (1989), p. 215. Henkin define los derechos humanos como «those liberties, immunities and benefices, which *by accepted contemporary values* (subrayado nuestro) all human beings should be able to claim, as of right, of the society in which they live».

sino en la valoración que los hombres hacen de ella. Los derechos valen así porque así lo quieren los hombres; una fundamentación plausible, pero cuya suficiencia puede ser puesta en cuestión y efectivamente los ha sido por quienes, especialmente en el mundo islámico, ven en la afirmación del valor universal de los derechos un producto típico del pensamiento occidental, e incluso una manifestación o un instrumento del imperialismo⁵⁷.

La debilidad teórica de la fundamentación de los derechos en la dignidad humana⁵⁸ no priva a estos derechos de su validez como obra, por así decir, de un legislador universal, pero naturalmente la hace depender de la voluntad de éste. Esta es, entre otras, la razón del debate abierto, y aún no cerrado, con la transformación de los derechos enunciados en la Declaración en derecho positivo vinculante. El intento de llevar a cabo esa transformación mediante la inclusión de todos los derechos en un solo cuerpo normativo resultó imposible, de donde resultó la elaboración de dos Convenios distintos, que no se concluyó además hasta 1966, siendo necesario aún el transcurso de otra década para que estos textos lograsen el número de ratificaciones previsto para su entrada en vigor. La división entre los derechos «civiles y políticos» de una parte, y los «económicos, sociales y culturales» de otra, ha dado lugar a dos tesis contrapuestas: para unos, «derechos humanos» son sólo los primeros, los civiles y políticos; para otros, lo son por igual todos. En favor de esta última tesis se aduce el origen común y la deliberada utilización de preámbulos idénticos; en apoyo de la primera, la distinta naturaleza y el diferente régimen jurídico de los unos y de los otros. Los derechos civiles y políticos imponen a los Estados primordialmente una obligación negativa, de respeto; son esencialmente derechos de defensa. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen como correlato una acción positiva. La obligación impuesta por los primeros a los Estados es inmediata y plena; los segundos, por el contrario, los obligan sólo a actuar, en la medida que los recursos disponibles permitan, para lograr progresivamente el goce de los derechos enunciados.

⁵⁷ Un buen resumen de esta discusión y algunos textos interesantes pueden verse en Henry H. Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context. Law. Politics. Moral* (Clarendon Press, 1996).

⁵⁸ A esta fundamentación se añade otra por así decir funcional, que conecta los derechos con el mantenimiento de la paz, tanto interna como internacional, cuyo análisis lleva a conclusiones análogas.

En el fondo, como fácilmente puede comprender el lector, este debate se origina por la identificación entre dos conceptos que en los apartados anteriores de este trabajo hemos intentado diferenciar como género y especie: derechos humanos y derechos fundamentales. Como derechos derivados de la dignidad humana, requeridos para su pleno despliegue, etc., tan humanos son los unos como los otros. Derechos fundamentales, como derechos susceptibles de ser garantizados por una instancia externa (el juez frente al legislador, los órganos internacionales frente al Estado), sólo aquéllos que imponen una obligación negativa, sólo los derechos civiles y políticos.

El olvido de esta diferencia lleva frecuentemente a las instancias encargadas de garantizar la obligación negativa que imponen los derechos fundamentales (los órganos correspondientes de la comunidad internacional y en especial los tribunales internacionales de Derechos Humanos, en el orden internacional; los tribunales constitucionales en el interno) a invadir el ámbito de competencias propio de los poderes que han de *realizar* los derechos humanos en las respectivas sociedades. Una obligación que, dicho sea de paso, también la comunidad internacional ha de asumir cuando el Estado se derrumba, como ha sucedido en algunos países africanos, o es destruido por la propia comunidad internacional, para poner término a violaciones continuadas y graves de los derechos.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ITALIANA ENTRE MODELO *DIFUSO* Y MODELO *CONCRETO*

Alessandro Pizzorusso*

SUMARIO

- I. Orígenes y variedades de la justicia constitucional.
- II. Control *político* y control *jurisdiccional*; control *difuso* y control *concentrado*.
- III. Relaciones entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria; control *abstracto* (principal) y control *concreto* (incidental); control *preventivo (a priori)* y control *sucesivo (a posteriori)*.
- IV. Control con efectos *erga omnes* y control con efectos *inter partes*.
- V. La experiencia italiana: ¿control difuso o control concreto?
- VI. El lugar de los hechos en el proceso constitucional incidental (en sentido estricto).
- VII. El control del juez *a quo* acerca de la eventualidad de una cuestión manifiestamente infundada.
- VIII. La cooperación entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios.
- IX. La aplicación directa de la Constitución por parte de la Administración Pública.
- X. Observaciones conclusivas.

I. ORÍGENES Y VARIEDADES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La formación de una jurisdicción administrativa y de una jurisdicción constitucional —a veces separadas de la jurisdicción «ordinaria», a veces entrelazadas de diferentes modos con ésta— constituye causa y efecto de la sujeción de los actos que constituyen expresión de soberanía, incluida la ley, a controles jurisdiccionales del tipo de los que se ejercitaban con anterioridad casi exclusivamente sobre los actos de los sujetos privados. La afirmación del principio del «Estado de Derecho» que ha comportado esto¹, se ha traducido en muchos países, a partir del siglo XIX, pero sobre todo en el curso del siglo XX, no sólo en la extensión de la jurisdicción civil y penal al control de los actos de los titulares de funciones públicas (reduciéndose los vastos espacios de inmunidad previstos anteriormente a supuestos que han adquirido cada vez más el carácter de excepciones, justificables solamente con base en una específica «razón de Estado», en vez de en un mero «privilegio»), sino también por el desarrollo de nuevas jurisdicciones, calificadas a menudo como «especiales». Así, la «justicia constitucional» ha venido a incluir tanto los supuestos de ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces ordinarios, como aquellos casos en los que dicha función (algunas veces junto a otras dotadas de un alcance político-cultural similar) se ha confiado a jueces instituidos *ad hoc*, por regla general denominados «tribunales constitucionales».

En concreto, por lo que respecta a la ley, es de señalar que en el plano teórico el sometimiento de ésta al control de constitucionalidad presenta al menos una correspondencia tendencial con la relación entre los poderes del monarca (incluido el legislativo), y los principios fundamentales de la orga-

* Traducción del italiano de Carlos Ortega Santiago, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid.

¹ Sobre la cuestión cfr., recientemente, P. Costa, D. Zolo, E. Santoro (ed.), *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milán, 2002.

nización jurídica y política que limitaban dichos poderes y que la doctrina jurídica había especificado en el marco de las doctrinas iusnaturalistas. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en la época del absolutismo, cuando los poderes soberanos se encontraban prácticamente exentos de cualquier control, la justicia constitucional ha logrado asumir también, en algunos casos al menos, una cierta concreción de efectos.

En el caso americano, donde la justicia constitucional nació en un ambiente cultural fuertemente influenciado por el iusnaturalismo (además de por las ideas liberales que se habían desarrollado en Gran Bretaña desde el siglo anterior), la misma llevó a cabo efectivamente dichas premisas casi sin solución de continuidad respecto de la fase de elaboración doctrinal de sus premisas teóricas. En Europa, sin embargo, la transferencia del poder legislativo del monarca a una asamblea representativa favoreció una concepción de dicho poder como exento completamente de vínculos, y este planteamiento se consolidó en el curso del siglo XIX. No obstante, dicha concepción se mostró necesitada de correctivos, sobre todo después de que emergiera con claridad la dificultad de establecer formas de representación política capaces de dar cumplimiento adecuadamente a las exigencias prácticas que habían determinado el triunfo de las ideas democrático-liberales; y después de que se multiplicaran los ejemplos de adquisición del consenso popular por parte de autócratas cuyo poder ni siquiera encontraba los límites teóricamente impuestos a los monarcas del *ancien régime*. La introducción de formas de justicia constitucional que restablecieran de alguna manera límites de este tipo, pero dándoles mayor concreción, se llevó a cabo, no obstante, acto seguido a las dos guerras que ensangrentaron el siglo XX, en un cuadro cultural orientado prevalentemente hacia el iuspositivismo y, por tanto, sobre bases teóricas muy diferentes a las que habían inspirado el sistema adoptado en los Estados Unidos.

Por otra parte, eso no obsta para que la exigencia de concretar en la Constitución un límite para el poder político haya representado, en ambos casos, el factor determinante de la adopción de sistemas de justicia constitucional del tipo de los que encontramos aplicados hoy en gran parte de los ordenamientos estatales contemporáneos.

II. CONTROL POLÍTICO Y CONTROL JURISDICCIONAL; CONTROL DIFUSO Y CONTROL CONCENTRADO

Por tanto, a pesar de esta tendencial *unitariedad* de la institución, la realización de la justicia constitucional se ha producido en los diversos países

con distintas modalidades, incluso dependiendo de las diferentes exigencias prácticas que se han manifestado en los mismos, de manera que han resultado profundamente diferenciadas las experiencias a las que debemos mirar hoy para reconstruir, desde un punto de vista esencialmente teórico, sus principales variantes. Se deben considerar así, no sólo las diferencias verificables entre los casos en los que el control de constitucionalidad de las leyes se ha realizado a través de formas «jurisdiccionales», y aquellos casos en que se ha realizado esencialmente a través de formas «políticas»²; sino también aquellas diferencias, a menudo muy relevantes, que se verifican entre las diversas formas de control jurisdiccional³.

El ejemplo en cuyo ámbito aparece más clara la continuidad entre la concepción iusnaturalista de los límites del poder soberano elaborada en la época preconstitucional y el control de constitucionalidad de las leyes es, como se ha dicho, el ofrecido por el debate acerca de la oportunidad de adoptar dicho control, que condujo en 1803 al celeberrimo pronunciamiento *Marbury v. Madison* de la Corte Suprema, mediante el cual dicho control fue introducido, por la vía del precedente, en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos⁴. Con ello no se intentó aportar modificación alguna

² Cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1968, p. 4 y ss.

³ Acerca de las clasificaciones de las formas de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes cfr. M. Cappelletti, *op. cit.*, p. 49 y ss.; A. Pizzorusso, «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi», en *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 521 y ss.; S. Bartole, «Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune esperienze dell'Europa centro-orientale», en *Quaderni costituzionali*, 1996, p. 229 y ss.; P. Carozza, «La giustizia costituzionale e i suoi modelli: il problema delle regole su organizzazione e funzionamento. Sintesi di un dibattito», en P. Costanzo (ed.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Turín, 1996, p. 449 y ss.; L. Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, PUF, París, 1996; M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, París, 1996; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2.^a ed., 2001, p. 23 y ss.; J.J. Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002; P.F. Grossi, «Alle origini del processo di legittimità costituzionale delle leggi», en *Rassegna parlamentare*, 2002, p. 423 y ss. Analiza el problema desde un punto de vista politológico P. Pasquino, «Tipologia della giustizia costituzionale in Europa», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, p. 359 y ss. Cfr. además las comunicaciones presentadas sobre el tema IV.B.3 del XVI Congreso internacional de la *International Academy of Comparative Law*, celebrados en Brisbane (Australia) del 14 al 20 de julio de 2002.

⁴ *U.S. Supreme Court, 1 Cranch 137; 2 L. ed. 60 [1803]*; y también A. Hamilton en A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist, or the New Constitution (1787-88)*, Blackwell, Oxford, 1948, n. 78.

al Derecho vigente, sino simplemente reconocer que, en la búsqueda de la norma a aplicar en el supuesto sometido a su examen, el juez debe desaplicar las normas legislativas que considere incompatibles con el *higher law* resultante de los preceptos constitucionales (o adoptadas con violación de los mismos), incluso si son normas posteriores; del mismo modo que inaplicaría normas incompatibles con otras posteriores en virtud de los principios relativos a la derogación⁵.

De esta forma, se llevó a efecto el *judicial review of legislation*, aplicado aún en los Estados Unidos y en otros lugares, pero recibido rara vez en Europa, donde se desarrolló a partir de aquella época, sin embargo, una tradición de controles políticos destinados a insertarse en el procedimiento de formación de las leyes (como los atribuidos a la competencia de la *Jurie constitutionnaire* de Sieyès, del *Sénat conservateur* y similares); los cuales, por otra parte, a diferencia del *judicial review*, no lograron ejercer una función práctica de relieve, cuando menos hasta la realización del *Conseil constitutionnel* previsto por la Constitución de la 5.^a República. En cambio, la evolución de este último ha acercado la tradición de los controles políticos a la de los controles jurisdiccionales.

Por lo demás, también la reciente experiencia francesa se muestra deudora más que del vínculo que pueda advertirse en el plano teórico entre el planteamiento de Sieyès y el de sus contemporáneos americanos, del establecimiento, en la Europa central y mediterránea, de sistemas de justicia constitucional que se inspiraban en otros principios, como fueron los «tribunales constitucionales» instaurados en el período de entreguerras en Austria, en Checoslovaquia y, más tarde, en España⁶; y después de la Segunda Guerra Mundial en la República Federal Alemana, en Italia, de nuevo en España, y en muchos otros países.

A estos tribunales, cuya estructura y cuyas funciones combinaron caracteres que permitieron calificarlos como órganos jurisdiccionales con características similares a las propias de las asambleas parlamentarias, se les atribuyó la tarea de juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes con efectos *erga omnes* —y, por lo tanto, con resultados prácticos similares (pero no idénticos) a los de una ley derogadora—, determinados por la pu-

⁵ Acerca de las antinomias y su resolución, cfr. N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Turín, 1960, p. 82 y ss.

⁶ P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1931)*, CEC, Madrid, 1987.

blicación del fallo de sus pronunciamientos de forma análoga a la prevista para las leyes; sobre la base de recursos propuestos por sujetos específicamente legitimados y, más en general, sobre la base de principios similares a los adoptados en la segunda mitad del siglo XIX para el establecimiento de una jurisdicción «especial» habilitada para controlar la legitimidad de los actos administrativos⁷. A pesar de esta combinación de diversos factores, el carácter jurisdiccional de estos órganos y de sus funciones generalmente prevaleció.

Las diferencias principales que distinguían estos sistemas del americano derivaban del hecho de nacer en un ámbito de *civil law*, en vez de *common law*, y como consecuencia de una cultura iuspositivista, en vez de iusnaturalista⁸. En el plano más propiamente procedimental, la diferencia deriva del hecho de que en el caso americano la cuestión de inconstitucionalidad constituye una cuestión prejudicial, cuya decisión es meramente instrumental a la decisión de fondo del caso (por lo que dicha cuestión asume carácter «difuso»); mientras que, en el otro caso, la decisión de la cuestión de inconstitucionalidad da lugar a un proceso distinto de aquél en el que desplegará sus efectos eventualmente (si se establece una relación de prejudicialidad entre las dos decisiones), y constituye el único objeto de la concreta decisión (de manera que el juicio de constitucionalidad asume carácter «concentrado»). No obstante, también puede darse un vínculo más estrecho en los casos de control concentrado cuando la iniciativa del mismo se atribuya al juez de cualquier proceso en el que la ley de cuya constitucionalidad se duda deba aplicarse (control «incidental» en sentido estricto⁹).

⁷ Fue fundamental para el planteamiento de esta forma de justicia constitucional la obra de Hans Kelsen, condensada en el célebre artículo «La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)», en *Revue du droit public et de la science politique*, 1928, p. 197 y ss. Para una recopilación de los escritos de Kelsen sobre este tema, cfr. *La giustizia costituzionale*, C. Geraci (ed.), Giuffrè, Milán, 1981.

⁸ Esta diferencia es palmaria si se compara el ambiente cultural en el que se afirmó el control constitucional en los Estados Unidos a finales del siglo XVIII y principios del XIX, con el ambiente en el que se desarrolló dicho control en Austria y en otros lugares en el curso del siglo XX. Por otra parte, se debe tener presente que en el período de más de un siglo que transcurre entre la decisión *Marbury vs. Madison* y las primeras experiencias del *Verfassungsgerichtshof* austríaco, la cultura iuspositivista se había extendido también a los países de *common law*; y que, en uno y otro ámbito, se habían comenzado a manifestar reacciones antipositivistas.

⁹ Nótese que también el control difuso de tipo americano es «incidental»; sin embargo, en ese caso la relación de prejudicialidad se desarrolla totalmente dentro del proceso

Sin embargo, estas diferencias se atenuaron por diversos factores, entre los cuales es preciso señalar la atribución a los tribunales constitucionales europeos de un conjunto de nuevas competencias que vinieron modificando en cierta medida el planteamiento sobre el que se concibieron originariamente dichos tribunales. Además, fue especialmente importante la previsión del control «incidental» de constitucionalidad de las leyes en sentido estricto¹⁰, el cual permitió poner en contacto a los jueces constitucionales con los otros jueces; y este efecto se manifestó con especial alcance en Italia, donde este procedimiento absorbió una parte abundantemente preponderante del trabajo de la Corte Constitucional, y donde ésta contribuyó notablemente a la educación de la clase forense en el respeto de los valores expresados por la Constitución de 1947. De modo diferente, un contacto tan estrecho se produjo también entre el Tribunal Constitucional y los otros jueces españoles en virtud de la posibilidad de recurrir al primero, mediante *amparo*, contra las decisiones de los segundos que resultasen lesivas de los derechos fundamentales¹¹.

III. RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA JUSTICIA ORDINARIA; CONTROL *ABSTRACTO* (PRINCIPAL) Y CONTROL *CONCRETO* (INCIDENTAL); CONTROL *PREVENTIVO* (*A PRIORI*) Y CONTROL *SUCESIVO* (*A POSTERIORI*)

Estas y otras circunstancias dieron lugar a una serie de problemas relativos a la relación entre jueces constitucionales y otros jueces que pueden diferenciarse en dos grupos, según se refieran a la determinación del sujeto

ordinario, mientras que en el otro caso viene a haber dos procesos distintos, aunque unidos por la relación de prejudicialidad, uno ordinario y el otro constitucional/concentrado. Esta diferencia puede tener reflejo sobre el régimen del principio contradictorio, además de sobre el régimen de los efectos de la sentencia.

¹⁰ En el juicio incidental la cuestión de inconstitucionalidad de la ley surge en el curso de cualquier juicio en el que la ley que es objeto de la cuestión debe aplicarse, pero no es decidida por el juez de dicho juicio, el cual se limita a verificar la seriedad y la «relevancia» respecto del juicio en curso, para después remitirla al examen del juez constitucional *ad hoc*. Las variantes de este modelo dependen del hecho de que la remisión se produzca sobre la base de una mera previsión de la aplicabilidad de la ley sospechosa de inconstitucionalidad al asunto en examen, o bien de la aplicación ya realizada de la misma, si bien con decisión no definitiva; y, correlativamente, del hecho de que el poder de remisión de la cuestión se reconozca a cualquier órgano judicial, o solamente a alguno de ellos.

¹¹ Cfr. F. Rubio Llorente, «Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional» (1982), en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, p. 463 y ss.

competente para ejercer las funciones de juez constitucional, o bien a la relación entre las decisiones adoptadas por éste y las otras funciones jurisdiccionales.

Por lo que respecta a la determinación del sujeto competente para ejercer las funciones de juez constitucional han de contraponerse, antes de todo, las dos soluciones extremas, es decir aquélla en la que dichas funciones se asignan a los mismos sujetos que ejercen las otras funciones jurisdiccionales, sin ninguna distinción de competencia (como en el modelo americano), y aquélla en la que dichas funciones se asignan a un sujeto *ad hoc*, totalmente diferenciado del sistema de los órganos judiciales (como en el modelo de tribunal constitucional).

No obstante, existen también una serie de soluciones que deben considerarse en cierta medida intermedias, entre las que se deben contar aquéllas en las que una parte de los componentes del tribunal constitucional son elegidos por órganos del poder judicial y/o el previo ejercicio de funciones judiciales constituye requisito de legitimación para el nombramiento; o bien aquéllas en las que las funciones del tribunal constitucional se asignan a un órgano judicial particular (como la *Sala constitucional* de la Corte Suprema de Costa Rica, o similares).

Reglas similares sirven a veces también para la delimitación del poder de iniciativa del proceso constitucional, cuando dicho poder se confiere a los órganos jurisdiccionales (que pueden ejercerlo de oficio o a instancia de las partes en el proceso); en ese caso existen supuestos en los que este poder se reconoce a cualquier sujeto que sea titular de funciones jurisdiccionales y casos en los que, sin embargo, se limita a algunos órganos judiciales específicamente habilitados. Estas alternativas dependen principalmente del modo en que se estructuran los órganos judiciales en el ordenamiento de referencia y del papel que se asigna en el mismo a los órganos judiciales.

En efecto, el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes y la iniciativa de los procedimientos de control, constituyen una actividad dotada de indudable realce político que se confía de mal grado a sujetos considerados por el legislador poco dignos de confianza políticamente. Por otra parte, la confianza en los titulares de los órganos judiciales desde un punto de vista político depende del tipo de selección y de formación que les sean propios. Por un lado, dicha confianza es inversamente proporcional al grado de independencia respecto de los órganos constitucionales políticos de la que disponen dichos órganos judiciales. Y si el grado de

independencia es bastante bajo, como ocurre a menudo, especialmente en el caso de las jurisdicciones superiores, la atribución a las mismas de estas funciones puede producir efectos paralizantes que a veces convierten en ineficaces a los propios controles. Por contra, cuando el poder judicial tiene una tradición de fuerte independencia en relación con los poderes políticos, la atribución a aquél de las funciones de juez constitucional (o el establecimiento de vínculos con éste) representa una evidente valorización de dicha independencia y, en general, del papel del propio poder judicial. Obviamente, además, tanto una posibilidad como la otra pueden mostrarse más o menos funcionales para el correcto funcionamiento de las instituciones dependiendo del punto de vista.

Pero también hay razones de carácter técnico que pueden inducir a favorecer o no la presencia en un tribunal constitucional de juristas que hayan actuado en el ámbito del poder judicial, o bien otras formas de vinculación de este tipo. Dichas razones dependen del hecho de que se considere que el control de constitucionalidad deba desarrollarse de forma «abstracta», esto es, independientemente de la aplicación de la disposición o norma controlada a uno o más supuestos de hecho que se hayan verificado y se hayan identificado concretamente; o bien de manera «concreta», esto es, en relación (exclusiva o preponderante) con la aplicación de la disposición o norma a un concreto supuesto de hecho. En efecto, en el primer caso el ejercicio del control de constitucionalidad constituye una actividad bastante próxima a la obra del legislador que valora las consecuencias que un determinado texto normativo puede producir en relación con una generalidad de hipótesis, sin definir directamente, no obstante, las consecuencias que podrían derivarse de dicha norma respecto de concretos supuestos de hecho; mientras en el segundo caso el control de constitucionalidad se acerca principalmente a la actividad del juez que debe establecer las consecuencias de su decisión respecto del caso llevado a su conocimiento. Y es indudable que, en el primer caso, es necesario recurrir, al menos en parte, a juristas dotados de determinadas sensibilidades y experiencias; en el segundo caso, a otros.

Se debe señalar que el control tiene necesariamente carácter «abstracto» en los casos en los que éste es «preventivo» (o, según se expresa la doctrina francesa, *a priori*), en cuanto que se plantea antes de que la ley que constituye su objeto entre en vigor (y sea aplicable, por tanto, a supuestos de hecho concretos). El control incidental, sin embargo, se refiere necesariamente a leyes ya vigentes y tiene por tanto carácter «sucesivo» (o *a posteriori*).

IV. CONTROL CON EFECTOS *ERGA OMNES* Y CONTROL CON EFECTOS *INTER PARTES*

Por lo que respecta a las relaciones entre las decisiones de los órganos de justicia constitucional y las decisiones de los jueces comunes, la principal alternativa es la que se funda en la distinción entre los casos en los que dichas relaciones se configuran sobre la base de la prejudicialidad de las decisiones de los primeros respecto de las de los segundos (donde las primeras decisiones tienen por objeto la constitucionalidad de una disposición o norma que debe aplicarse a través de las decisiones de los jueces comunes); y aquellos casos en los que no existe dicha prejudicialidad y la eficacia de las decisiones (o al menos de las decisiones estimatorias) se configura como una eficacia *erga omnes* similar a la de la ley controlada. Esta distinción se plantea con especial claridad en los casos de control de constitucionalidad de las leyes, pero puede presentarse también en relación con otras competencias de los jueces constitucionales.

En los casos en que el control tiene carácter difuso, los efectos de la decisión se producen en el ámbito del proceso ordinario en el que la decisión se adopta, y dichos efectos se identifican por tanto con los efectos de los que es susceptible la concreta decisión. Por consiguiente, desde la perspectiva subjetiva estos efectos se producirán normalmente *inter partes*. Ésta será cuando menos su eficacia «de cosa juzgada», mientras que siempre es *erga omnes* la eficacia de precedente que la decisión puede producir, pero que en los países de *civil law* no tiene carácter vinculante (y que en muchos países de *common law*, comenzando por los Estados Unidos, tiene en muchos casos únicamente carácter «persuasivo»). Desde la perspectiva objetiva, donde no se establezca de modo diverso, la eficacia de precedente de la decisión de inconstitucionalidad adoptada en un régimen de control difuso consistirá, de ordinario, en la cesación de la eficacia de la ley declarada inconstitucional con referencia al futuro y a las relaciones anteriores susceptibles aún de ser reexaminadas en sede jurisdiccional.

En los casos de control concentrado sucesivo, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad consistirán también aquí en la cesación de la eficacia de la ley, pero cuando esto se produce lo hace como el efecto de cosa juzgada del pronunciamiento y no como un simple efecto de precedente. En los ordenamientos de *civil law*, el momento inicial de este efecto viene determinado comúnmente por la publicación de la decisión a través de formas similares a las utilizadas para la publicación de las leyes. Algunos

ordenamientos extienden estos efectos también a las decisiones de *rechazo* de la inconstitucionalidad.

En los casos de control preventivo los efectos de la decisión, sea de acogimiento o de denegación, se producirán normalmente en el ámbito del procedimiento de formación de la ley, que podrá llegar a perfeccionarse o no según el tenor de la decisión del juez constitucional. Sin embargo, en los ordenamientos que extienden los efectos de cosa juzgada a la motivación, dicho efecto puede concretarse incluso en relación con una decisión adoptada en el control preventivo. Por otra parte, nada impide que estas decisiones produzcan también efectos de precedente.

En los casos en los que el control concentrado se produce a partir de la remisión por parte de un juez, que lo solicita con el objeto de una previsible aplicación de la disposición o norma presuntamente inconstitucional en un proceso del que está conociendo, la cuestión puede sumar los efectos de una decisión abstracta con los de una decisión concreta, destinada a resolver la cuestión prejudicial que el juez del proceso ordinario no puede decidir por sí mismo¹². La Corte Constitucional italiana considera que en los casos de este tipo también ella está obligada a resolver la cuestión dentro de los límites de la relevancia que la propia cuestión debe tener respecto del juicio *a quo*; exceptuados, con todo, los casos de autoremisión o de aplicación de la disposición que permiten a la Corte, en los supuestos de declaración de la inconstitucionalidad de una disposición o norma, «declara[r], además, cuáles son las otras disposiciones legislativas cuya ilegitimidad se deriva como consecuencia de la decisión adoptada»¹³. Esto comporta que, en el proceso *a quo*, la decisión de la Corte tenga una eficacia diversa a la que produce *erga omnes* (puesto que la decisión opera en dicho proceso como

¹² Según la regulación contenida en el artículo 136 de la Constitución italiana, el efecto de cosa juzgada *erga omnes* se superpone al efecto de precedente que ejercerían las decisiones de inconstitucionalidad de forma adicional a la eficacia respecto al juicio *a quo* derivada de los principios propios de este último. Sin embargo, esto acontece solamente respecto de la decisión sobre la cuestión de inconstitucionalidad considerada fundada, mientras que, en los casos de pronunciamiento sobre la *falta de fundamento* de la cuestión o de pronunciamientos de acogimiento interpretativos de normas constitucionales referibles también a otras leyes ordinarias, el precedente lleva a efecto sus efectos persuasivos ordinarios, pero no se extiende con la fuerza de cosa juzgada más allá de la específica cuestión decidida. Por otra parte, en esto la solución italiana se diferencia de la alemana y de la francesa.

¹³ Art. 27 de la Ley n.º 87, de 11 de marzo de 1953. Las aplicaciones que ha hecho la Corte Constitucional de esta disposición han determinado notables incertezas acerca de su alcance efectivo.

una decisión normal sobre una cuestión prejudicial y, por tanto, tiene eficacia de cosa juzgada incluso cuando se trata de una decisión de rechazo de la cuestión, a pesar de que en Italia las decisiones de rechazo no comparten la eficacia *erga omnes* de las decisiones de acogimiento de la cuestión de inconstitucionalidad).

V. LA EXPERIENCIA ITALIANA: ¿CONTROL DIFUSO O CONTROL CONCRETO?

El rumbo jurisprudencial de la Corte italiana, que ha hecho cada vez más riguroso el control de la relevancia de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en vía incidental y que impone a la propia Corte el respeto del principio de «correspondencia entre lo demandado y lo resuelto», ha inducido a la doctrina a preguntarse si el sistema de control incidental aplicado en Italia está evolucionando en el sentido de transformarse en un sistema de control difuso¹⁴.

Para responder a esta pregunta es preciso, primeramente, despejar el campo del problema terminológico que se deriva del uso del término «difuso», que a veces aparece utilizado en el sentido de «concreto». La expresión que emplea el primero de estos términos indica un control que es ejercido por una pluralidad de jueces distribuidos por el territorio o, más exactamente, por todos los jueces que deban afrontar asuntos para cuya resolución sea necesario establecer, por lo general solamente respecto de la decisión sobre la cuestión «principal» (denominada a veces también cuestión «de fondo»), si una determinada disposición legislativa es o no es conforme a los principios o normas constitucionales.

De este modo, como hemos visto, este tipo de control se contrapone a aquél en que se confía exclusivamente a un único juez decidir con efecto vinculante para todos, en el ámbito de un juicio que tiene por único objeto la duda de constitucionalidad. Dicho juicio, que es calificado comúnmente como «concentrado», puede ser completamente autónomo de cualquier otro juicio, pero puede surgir también como continuación de la «remisión» de la cuestión por parte de uno o más jueces que deben pronunciarse so-

¹⁴ Cfr. E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (eds.), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, Giappichelli, Turín, 2002, donde se reproducen las actas del seminario celebrado en Pisa los días 25-26 de mayo de 2001 y cuyo tema era la pregunta *¿Hacia un control de constitucionalidad de carácter difuso?* Las observaciones que siguen constituyen la reelaboración de la intervención de este autor en el curso de dicho seminario. Acerca de los supuestos de control difuso previstos hasta ahora en el ordenamiento italiano, cfr. Ruggieri, Spadaro, *op. cit.*, p. 296 y ss.

bre un asunto diferente respecto del cual la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad resulta «relevante» y, por lo tanto, normalmente «prejudicial».

Sin embargo, control «concreto», en contraposición a «abstracto», es un control que se ejerce en función de la aplicación que la disposición o norma de cuya constitucionalidad se duda debe recibir o ha recibido respecto de un supuesto de hecho determinado, ya sea porque la realización del control corresponde al mismo juez que debe resolver dicho juicio, ya sea porque corresponde a un juez diferente cuya específica competencia se atribuye como derogación de la del juez «ordinario» y que se presenta, por ello, como un juez «especial». En el primer caso, evidentemente, el control es tanto difuso como concreto, mientras que en el segundo es concentrado pero no necesariamente abstracto.

Control «abstracto» significa, por contra, un control de constitucionalidad realizado a partir al menos de una referencia potencial a cualquier aplicación de la disposición o norma controlada que sea técnicamente hipotizable y, por tanto, a cualquier supuesto concreto que pueda considerarse comprendido en las formulaciones abstractas previstas en la norma. Clara hipótesis de control abstracto es, como hemos visto, el juicio preventivo, mientras normalmente también es concreto el juicio que trae causa de un recurso directo cuando éste implique el control de constitucionalidad de una ley (como sucede en el caso de la *Verfassungsbeschwerde*, o bien en el caso del *amparo* cuando éste dé lugar a la *autocuestión*).

Si se mira la evolución que ha recibido el control de constitucionalidad en Italia desde la época de su introducción hasta hoy, parece indiscutible que el nivel de «concreción» que ha asumido aquél ha resultado en su conjunto mayor de lo que se podía prever a partir de los trabajos preparatorios de la Constitución y de las leyes que han actuado la justicia constitucional. Y ello, no sólo por la clara prevalencia que ha asumido en la práctica el juicio incidental respecto del juicio principal (que se limita a las controversias Estado-Regiones), sino también por la forma que ha dado la Corte al juicio incidental (y, sorprendentemente, incluso a los juicios sobre los conflictos de atribuciones). En efecto, aunque la Corte ha oscilado alguna vez entre una concepción rigurosa de la «relevancia» de la cuestión respecto del juicio *a quo* (concepción claramente predominante tanto en la jurisprudencia como en la doctrina) y una concepción más posibilista, la configuración de dicha relevancia como condición de admisibilidad de la demanda presentada ante

la Corte ha hecho —según mi parecer, correctamente— del juicio incidental un juicio concentrado, pero concreto.

En consecuencia, los factores de «difusión» del control que operan en el sistema llevado a efecto en Italia no se reducen al *examen* de la presunta «no manifiesta falta de fundamentación» de la cuestión que compete al juez *a quo* (aunque la Corte ha pretendido alguna vez, discutiblemente, ejercer sobre dicho *examen* un control configurado como control de admisibilidad), y a la «aplicación directa» que efectúe cualquier juez de una disposición o norma constitucional en el marco de la actividad de búsqueda de la norma a aplicar al caso del que está conociendo, cuando el juez deduzca de ahí la derogación (o, de cualquier forma, la no aplicabilidad) de una disposición o norma legislativa ordinaria (nos encontramos, sin embargo, fuera de los casos de control de constitucionalidad cuando el juez aplique directamente la Constitución sin que eso comporte la derogación o la inaplicación de disposiciones legislativas).

De otra parte, las perspectivas de ampliación del espacio del control difuso y/o concreto que se han puesto de manifiesto en estos últimos tiempos en la jurisprudencia de la Corte derivan de la tendencia a adoptar, en el ámbito de los juicios incidentales, decisiones de inadmisibilidad (y no de simple rechazo de la cuestión) motivadas sobre la base de la posibilidad de que el juez *a quo* adopte una interpretación *conforme* de la disposición impugnada a partir de la cual pueda obtenerse una norma compatible con los principios constitucionales considerados vulnerados. E incluso las sentencias interpretativas de rechazo, que parecían pasadas de moda, han seguido empleándose con bastante frecuencia¹⁵.

Una decisión de inadmisibilidad tiene una fuerza persuasiva ciertamente menor que la que tendría una sentencia interpretativa de rechazo (si se admite incluso, con la opinión dominante, que tampoco esta última tiene eficacia *erga omnes*). En efecto, si es verdad que una decisión de la Corte constitucional que invite al juez *a quo* a adoptar una interpretación *conforme* se diferencia de una sentencia interpretativa de rechazo (es decir, de aquella sentencia que sitúa la propia interpretación *conforme* en la base de la decisión de rechazo), sólo por el hecho de ser —al menos normalmente— una decisión que no resuelve sobre el fondo como lo es, sin embargo, la inter-

¹⁵ L. Carlassare, «Perplessità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 186 y ss.

pretativa de rechazo; de cualquier modo, siempre hay una cierta diferencia entre la intervención de la Corte que invita a los jueces «difusos» a actuar por su cuenta, sin dirigirse nuevamente a la propia Corte, y una clásica sentencia interpretativa concebida como la primera mitad de un «doble pronunciamiento» (es decir, como una sentencia «condicional»¹⁶, según un determinado planteamiento doctrinal), destinada presumiblemente a ser continuada por una decisión de acogimiento en el caso de que el primer pronunciamiento no sea respetado.

Por otra parte, es claro que la actividad de interpretación *conforme*, de por sí, no debe resultar necesariamente concreta: nada impide que se lleve a cabo una operación intelectual de este tipo, en referencia a una disposición legislativa, independientemente de su aplicación a un determinado supuesto real. En efecto, es claro que también puede efectuarse una interpretación *conforme* en un trabajo doctrinal que no tenga por objeto resolver un caso determinado, sino tratar de modo sistemático una materia determinada, tomando como referencia una generalidad de casos hipotizables abstractamente. E incluso el «Derecho viviente», si presupone ciertamente una serie de aplicaciones de la disposición interpretada a supuestos concretos, no excluye una sistematización de la jurisprudencia que permita obtener una norma al menos relativamente abstracta.

VI. EL LUGAR DE LOS HECHOS EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL INCIDENTAL (EN SENTIDO ESTRICTO)

Otro orden de problemas, que presentan alguna conexión con los que se han analizado hasta aquí, se refiere al papel de los «hechos» en el proceso constitucional y, como consecuencia, el modo de concebir una eventual actividad instructoria de la Corte Constitucional —o, si les compete, de otros jueces— que tienda a la reconstrucción de los acontecimientos que puedan tomarse en consideración con vistas a la resolución de la cuestión de constitucionalidad¹⁷.

Esta posibilidad se presenta en múltiples situaciones. Una de las más claras es la que se produce cuando la razonabilidad de una diferenciación

¹⁶ M. Cappelletti, «Sentenze condizionali della Corte costituzionale», en *Rivista di diritto processuale*, 1957, p. 88 y ss.

¹⁷ F. Dal Canto, «La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale», en Malfatti, Romboli, Rossi (eds.), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, op. cit., p. 145 y ss.

legislativa depende de la existencia de una desigualdad de hecho, verificable concretamente entre dos situaciones, desigualdad que justifica precisamente la diferenciación (o que convierte en inconstitucional el eventual tratamiento paritario); o bien, en el supuesto contrario, en el que la inexistencia de dicha desigualdad convierte en irrazonable la frustrada discriminación de situaciones diferenciadas (o que convierte en razonable el tratamiento indiferenciado). En efecto, el juicio sobre la razonabilidad, tal y como ha sido realizado por la jurisprudencia de la Corte, se resuelve a menudo en un juicio sobre los hechos que se efectúa comúnmente sobre la base de la trascendencia de las situaciones a las que se refiere la disciplina legislativa denunciada como inconstitucional, pero que en supuestos en nada excepcionales podría requerir perfectamente la realización de una instrucción¹⁸. Y no hay duda de que se trata de valoraciones que constituyen pasos necesarios del juicio para el que es competente la Corte Constitucional.

Un segundo orden de problemas se plantea en el ámbito del control de la relevancia de las cuestiones propuestas en vía incidental, control que la Corte Constitucional se ha reconocido progresivamente competente para cumplir. Es conocida la evolución de la jurisprudencia en este punto: A una primera fase en la que la Corte afirmaba que el juicio acerca de la relevancia de la cuestión correspondía al juez *a quo* y que la Corte no podía controlarlo, le han seguido fases posteriores en las que la Corte ha afirmado, primero, que además podía solicitar al juez *a quo* una motivación más adecuada sobre este punto, cuando faltase, o un nuevo examen cuando la existencia de la relevancia pareciera dudosa porque el juez *a quo* no había tomado en consideración determinados hechos, o a causa de hechos sobrevenidos; y después, cada vez con más claridad, que la Corte podía declarar inadmisibles aquellas cuestiones respecto de las cuales la relevancia se mostrase inexistente.

Dado que la relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad depende de la aplicabilidad de la disposición o norma de cuya constitucionalidad se duda a los hechos de la causa pendiente en el juicio *a quo*, no hay duda de que para verificar la existencia de la relevancia es necesario verificar cuáles son tales hechos, y eso la Corte no lo hace directamente, sino sobre la base del auto de remisión (al mismo tiempo, no es seguro del todo que la

¹⁸ T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milán, 1997.

Corte pueda tomar en consideración los actos del proceso, que también se le deben transmitir — se diría — con esta finalidad, o bien no). Además, es de señalar que las valoraciones que la Corte realiza con este fin no se refieren solamente a la prueba de los hechos en cuestión, sino a la concreción de las normas a aplicar a los mismos, por lo que la decisión que la Corte adopta sobre este punto viene a coincidir (en todo o en parte) con la que debería adoptar el juez *a quo* para decidir la causa, una vez resuelto el incidente de constitucionalidad.

La dificultad nace, sobre todo, de la circunstancia de que el análisis que el juez *a quo* realiza acerca de la relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad es un juicio solamente de pronóstico acerca de la aplicabilidad de la disposición o norma a los hechos de la causa. En efecto, cuando el juez dicta el auto de remisión a la Corte Constitucional, no se han establecido necesariamente de modo completo los hechos sobre los que debe pronunciarse el juez, y tampoco es necesario que sus previsiones acerca de la aplicabilidad de la disposición o norma a los propios hechos (una vez establecidos debidamente) presenten la suficiente certeza, ni siquiera provisional, pudiendo ser modificados libremente en el curso posterior del proceso, también únicamente por efecto de un cambio de opinión del juez (pudiendo darse incluso, en muchos casos al menos, un cambio en la persona física que encarna al juez).

En relación con los casos de este tipo, como se sabe, se ha planteado el problema de establecer si las valoraciones sobre la base de las cuales la Corte declara inadmisibles por defecto de relevancia una cuestión de inconstitucionalidad, tienen efecto vinculante para el juez *a quo* en cuanto a la inadmisibilidad de la cuestión y en cuanto a la aplicabilidad a los hechos de la causa de la disposición o norma que la Corte ha considerado aplicable a los mismos (especialmente si dicha norma es diferente a la que había sido indicada como aplicable por el juez *a quo*). Y por más que el replanteamiento de la cuestión se ha admitido generalmente, es claro que no existen grandes probabilidades de que la Corte cambie de opinión cuando la cuestión se vuelva a plantear en los mismos términos.

Por otra parte, en lo que respecta al juicio sobre la cuestión principal, parece claro que el juez de la misma no está vinculado por la sentencia de la Corte, pero queda sin solución el problema que se plantea cuando siga estando convencido de que la causa debe decidirse haciendo aplicación de la disposición o norma de cuya constitucionalidad duda, y que la Corte ha

rechazado controlar a causa de la irrelevancia ya considerada de la cuestión. La tesis que fue avanzada por quien escribe hace algunos años¹⁹, según la cual en dicho supuesto el juez — ante la imposibilidad de conseguir que se realice el control concentrado — podría controlar él mismo la ley según la técnica del control difuso, no ha alcanzado muchos consensos y ninguna otra solución parece practicable.

Indudablemente, el problema nace sobre todo de la circunstancia, ya señalada, de que la remisión de la cuestión incidental a la Corte se produce sobre la base de un juicio de mero pronóstico, el cual no presupone ninguna decisión, aunque sea con carácter no definitivo, ni en cuanto a la verificación de los hechos, ni en cuanto a la aplicabilidad a los mismos de la disposición o norma de cuya constitucionalidad se duda. Ciertamente el problema sería más fácil de resolver si, como en el sistema austríaco, la cuestión pudiera proponerse sólo después de que se ha producido al menos una sentencia de primera instancia que ha consolidado de alguna manera la materia de la disputa, lo cual daría a la cuestión un grado de concreción seguramente mayor; pero, por otra parte, se comprenden bien las razones que han inducido a configurar la cuestión de inconstitucionalidad como una cuestión prejudicial no sometida a particulares condiciones de orden procedimental. Y no hay duda de que también la solución austríaca, por otro lado, produce dificultades de carácter sistemático.

VII. EL CONTROL DEL JUEZ *A QUO* ACERCA DE LA EVENTUALIDAD DE UNA CUESTIÓN MANIFIESTAMENTE INFUNDADA

Otro punto importante es el relativo a la evolución del análisis que corresponde al juez *a quo* acerca de la eventual manifiesta falta de fundamentación de la cuestión, que ha llevado a la Corte de Casación a negar el carácter meramente «*examinador*» atribuido generalmente a dicho análisis con anterioridad, hasta identificarlo con un poder de control pleno que comportaría incluso, si fuera el caso, un análisis profundo acerca de la constitucionalidad de la ley²⁰.

¹⁹ A. Pizzorusso, «“Verfassungsgerichtsbarkeit” o “Judicial Review of Legislation”?», en *Il Foro italiano*, 1979, I, 1933.

²⁰ G. Sorrenti, «La “manifesta infondatezza” delle questioni di legittimità costituzionale e l’applicazione diretta della Costituzione nella prassi giudiziaria, ovvero: una ricerca empirica su una risalente ipotesi, di rinnovata attualità», en Malfatti, Romboli, Rossi (eds.), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, *op. cit.*, p. 76 y ss.

Aunque la previsión de este juicio como dirigido a verificar el eventual carácter «manifiesto» de la falta de fundamentación no comporta ninguna prohibición para el juez de desarrollar un análisis pleno de la cuestión, indudablemente más acorde con la cualificación profesional de los componentes del órgano que efectúa dicho análisis; de hecho la regulación legislativa del auto de «manifiesta falta de fundamentación» parece presuponer que en todos los casos en los que la falta de fundamentación no parezca manifiesta para el juez *a quo*, la cuestión no debe sustraerse a la Corte Constitucional, que resulta, en consecuencia, el juez específicamente competente para resolverla.

Si esta solución parece la más correcta teóricamente, por otra parte es evidente que la distinción de los casos que pueden presentarse en la práctica parece bastante difícil de establecer si no puede encontrarse, como ocurría en la primera fase de actividad de la Corte italiana, una tendencia de determinados posibles jueces *a quibus* a desvalorar la Constitución y las consiguientes posibilidades de utilización de ésta. En efecto, en dicha situación se planteaba un problema para cuya resolución se avanzó incluso la *configurabilidad* de un recurso por conflicto de atribuciones contra la decisión de manifiesta falta de fundamentación de la Corte de Casación²¹. En una situación como la actual, en la que la apelación a los principios constitucionales ha llegado a ser de uso común, sin concretos obstáculos de carácter ideológico y sobre la base de una formación profesional de la mayor parte de los operadores jurídicos que refleja los progresos de los estudios de Derecho Constitucional, la «difusión» del control de constitucionalidad parece mucho más compatible incluso con un sistema como el italiano.

VIII. LA COOPERACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS JUECES ORDINARIOS

Pasando a otro punto, querría señalar la mejoría de las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces que puede advertirse en la jurisprudencia reciente y que, a juicio de algunos²², ha dado lugar a una cooperación mayor entre la una y los otros. Esta conclusión, que me parece que puede compar-

²¹ P. Calamandrei, «Corte costituzionale e autorità giudiziaria (1956)», en *Opere giuridiche*, III, Morano, Nápoles, 1968, pp. 644-645.

²² E. Lamarque, «Il seguito giudiziario delle decisioni della Corte costituzionale», en Malfatti, Romboli, Rossi (eds.), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, *op. cit.*, p. 200 y ss.

tirse en conjunto, impone una reflexión acerca del porqué ha sido necesario tanto tiempo para conseguir un orden más aceptable de estas relaciones.

Con este fin es necesario recordar que ha sido preciso un período de tiempo bastante largo para que el sistema de justicia constitucional previsto por la Constitución de 1947, completado gradualmente por las fuentes de desarrollo y operante a partir de 1955-1956, penetrara en la cultura jurídica de los operadores del Derecho. En efecto, en la formación profesional de gran parte de los que trabajaban como magistrados o como abogados en la fase inicial de los pasados cincuenta años, el estudio de este tipo de problemas no había tenido lugar. A título de ejemplo, puedo recordar haber seguido las lecciones de Derecho Constitucional en la Universidad de Pisa en 1950-1951, cuando esta materia era explicada aquí por primera vez por Franco Pierandrei, y por pertenecer por ello a una clase de estudiantes que recibieron una enseñanza constitucionalista en el ámbito de la cual se reconocía un cierto espacio a los problemas de la justicia constitucional. Por contra, todo hace suponer que todos los que habían estudiado aquí en los años precedentes no habían oído ni siquiera hablar de estas cuestiones. Y nada induce a pensar que, en la mayor parte de los casos al menos, la situación de las otras universidades fuera mejor. No puede sorprender por tanto que, cuando la Corte Constitucional comenzó a funcionar algunos años después, gran parte de los operadores jurídicos estuvieran bastante desprevenidos para afrontar los problemas que se derivaban de esa puesta en funcionamiento y que las incertezas se hayan mantenido presentes durante largo tiempo, a veces en la propia jurisprudencia constitucional, incluso respecto de problemas relativamente simples.

En este marco vino a insertarse la actividad de la Corte Constitucional, la cual asumió a menudo, en relación con los autos de remisión de la cuestión de inconstitucionalidad, una postura similar a la que el juez asume normalmente respecto de las demandas judiciales, analizando su admisibilidad sobre la base de un control riguroso de la subsistencia de los requisitos procedimentales. Esta postura habría estado probablemente más justificada si la Corte Constitucional se hubiese sumado a la tesis, en aquella época avanzada por la doctrina²³, según la cual el juez *a quo* asumiría en el proceso

²³ M. Cappelletti, «Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata», en *Rivista di diritto processuale*, 1956, 1, 154; pero véase, a este respecto, R. Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milán, 1985, p. 77 y ss.

constitucional el papel de la parte actora, respecto de la cual el juez-Corte constitucional se sitúa en la posición de *tercero*, y debe hacer respetar las normas procesales con todo el rigor del caso, como ocurre respecto de cualquier otra parte procesal. Con todo, la tesis *cappelletiana* del juez-parte actora del proceso constitucional ha quedado completamente aislada y si eso no excluye que, de todas formas, la Corte se encuentre limitada en el ejercicio de sus funciones por el principio de la necesaria correspondencia entre lo solicitado y lo resuelto, sin embargo tampoco puede negarse que el juez *a quo* y la Corte Constitucional miran a la cuestión de inconstitucionalidad desde un idéntico punto de vista, que es el de quien propende a la actuación imparcial de la Constitución y de las otras fuentes del Derecho; y que debe excluirse totalmente la *configurabilidad* de un interés del juez *a quo* que se contrapona a un hipotético interés de la Corte o, en un plano de igualdad, a los intereses de las partes en el juicio *a quo* o a los de cualquier otro sujeto.

Este comportamiento se ha resuelto a veces en situaciones de falta de colaboración que han llevado a incrementar el número de las decisiones de inadmisibilidad o similares, dando la impresión de que, en realidad, la Corte se valía de los instrumentos procesales (gran parte de los cuales inventados por ella misma) para llevar a cabo una suerte de *case selection* camuflada de control de regularidad de los autos. Por otra parte, mientras que la *case selection* ejercida —por ejemplo— por los jueces americanos²⁴ constituye un aspecto, aunque sea menor, de su jurisprudencia, el control sobre los autos de remisión —que ha continuado incluso después de que el nivel técnico de los mismos hubiera mejorado progresivamente— se ha mostrado con frecuencia totalmente dissociado de las orientaciones jurisprudenciales de la Corte, y algunas veces incluso como fruto de una gestión meramente burocrática del propio control.

Por tanto, el aumento de las formas de colaboración entre Corte y jueces *a quibus* debe valorarse positivamente, no sólo porque amplía la esfera de operatividad de la justicia constitucional, sino también porque se inserta en aquella acción educativa respecto de los valores constitucionales que ha desarrollado la Corte, sobre todo en la primera fase de su actividad, en relación

²⁴ V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Turín, 1999; F. Tirio, *Il «writ of certiorari» davanti alla Corte Suprema. Principi, strategie, ideologie*, Giuffrè, Milán, 2000; P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Giappichelli, Turín, 2000.

con todos los que operan en el ámbito forense y que constituye, según mi parecer, uno de los resultados más positivos conseguidos por la misma.

IX. LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Un problema aún muy abierto a la discusión es el de la aplicación directa de la Constitución por la Administración Pública. Querría señalar aquí un aspecto, ciertamente no nuevo, pero que ha recibido hasta ahora, a mi parecer, insuficiente atención, esto es, el de la justificación de la falta de reconocimiento a los órganos de la Administración Pública de la legitimación para plantear la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes que se atribuye, sin embargo, a los órganos jurisdiccionales²⁵.

Me parece que dicha justificación puede advertirse en la relación que existe entre la Administración Pública y el Gobierno, el cual es titular de la iniciativa legislativa y dispone de la confianza de la mayoría parlamentaria a la cual puede solicitar, verosímilmente con éxito, la aprobación de leyes derogadoras o modificadoras de leyes vigentes. En consecuencia, cuando los órganos de la Administración Pública consideren inconstitucionales (o, incluso, solamente inoportunas) determinadas disposiciones legislativas vigentes, está en ellos la facultad de hacerse promotores de una iniciativa derogadora o modificadora.

Sin embargo, el reconocimiento a los órganos jurisdiccionales del poder de remitir a la Corte constitucional eventuales cuestiones que consideren relevantes respecto de un juicio en curso y no manifiestamente carentes de fundamentación, tiene su presupuesto en la situación de independencia que es propia de estos órganos, los cuales no tienen (ni deben tener) una relación con los órganos políticos del tipo de la que es propia normalmente de los órganos administrativos (cuando menos de aquéllos incardinados en la jerarquía administrativa de la que son vértice los ministerios).

Si esta lectura de las normas vigentes puede considerarse correcta, por otra parte parece injustificada la exclusión del número de los legitimados para plantear cuestiones de inconstitucionalidad de toda una serie de órganos públicos, los cuales, aun no siendo órganos jurisdiccionales, tienen una condición de independencia en relación con el Gobierno que no permite es-

²⁵ Cfr. A. Pizzorusso, «Relazione di sintesi», en L. Carlassare (ed.), *Il diritto costituzionale dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Cedam, Padua, 1998, pp. 238-239.

timar que este último pueda considerarse obligado a valorar, cuando menos, las eventuales solicitudes de iniciativa legislativa provenientes de aquéllos, como lo estaría verosímelmente respecto de las iniciativas provenientes de los órganos integrados en la jerarquía administrativa de la que es vértice.

Tal es el caso claramente de las autoridades administrativas independientes que se han instituido en estos últimos años, del Banco de Italia y de los órganos no jurisdiccionales pertenecientes al poder judicial, como el Consejo Superior de la Magistratura (al margen de su competencia disciplinaria, a la que se reconoce carácter jurisdiccional), y de los otros órganos dotados de funciones análogas en relación con las jurisdicciones especiales, que ejercen funciones administrativas aunque vinculadas instrumentalmente con el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Análogo es también el caso de los órganos que gestionan las competiciones electorales y referendarias y el de los órganos del Ministerio Fiscal, cuyas funciones son judiciales pero no *juzgadas*²⁶.

X. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

El síntoma que emerge de estas observaciones parece moverse en el sentido de considerar que en los últimos cincuenta años ha habido en Italia, entre los operadores del Derecho, un notable crecimiento en cuanto al conocimiento de los problemas constitucionales y en cuanto a la sensibilidad hacia los mismos. De este crecimiento ofrecen un testimonio particularmente importante la creciente confianza de la Corte Constitucional en la posibilidad de una actuación directa de la Constitución que se realice incluso a través de formas de interpretación *conforme* de la ley ordinaria por parte de los potenciales jueces *a quibus*, y la tendencia de estos últimos a no conformarse con un simple «examen» de las cuestiones de constitucionalidad con el fin de adoptar la decisión acerca de su eventual manifiesta falta de fundamentación.

El ciclo que se inició en 1956, durante el cual la Corte Constitucional ha desarrollado una importante labor de educación de los juristas italianos —y como reflejo, de todo el pueblo italiano— en aquella cultura constitucional que la Asamblea constituyente había introducido en los circuitos de

²⁶ Sólo parcialmente diferente es el caso de los árbitros, resuelto recientemente por la Corte Constitucional, sentencia n.º 376 de 28 de noviembre de 2001, en *Il Foro italiano*, 2002, I, 1648, en el sentido de su legitimación para plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

la vida política, administrativa y forense, reforzando las delicadas raíces que dimanaban de las escasas investigaciones realizadas anteriormente por los estudiosos, parece concluido; en el sentido de que la profunda fisura que existía al inicio de esta fase entre los que trabajaban en el Palacio de la Consulta y un núcleo bastante reducido de juristas que comentaban sus decisiones, por un lado, y la gran masa de los que, aun estando privados de una adecuada cultura constitucional trabajaban en el Parlamento, en las administraciones y en los tribunales, por otro lado, puede decirse que se ha cerrado ya.

Por otra parte, esta confortante conclusión había recibido una confirmación sustancial en el estímulo que se había manifestado en el ámbito de la Comisión bicameral para las reformas institucionales que trabajó en 1997 (en la cual, en verdad, los constitucionalistas que habían sido partícipes principalmente de esta evolución no ejercían realmente un papel preeminente), para investir a la Corte Constitucional con todo tipo de funciones, hasta el punto de correr el riesgo de ahogarla por exceso de confianza, reconociéndola casi facultades taumaturgicas²⁷. La evolución posterior, que ha sacado a la luz desgraciadamente actitudes de signo muy diverso, ha vuelto a poner en discusión, en cierta medida, muchas cuestiones que parecían superadas. El futuro nos dirá cuál de estos síntomas contrastantes está destinado a encontrar confirmación en la evolución futura.

Las prácticas que pueden hacer pensar en una suerte de evolución del modelo italiano de justicia constitucional hacia formas calificadas principalmente como control difuso y/o como control concreto, constituyen un efecto casi de maduración. Por otra parte, dichas prácticas no representan una modificación del propio modelo, sino únicamente un refinamiento de las soluciones técnicas que lo caracterizan.

²⁷ Cfr., entre muchos, R. Granata, «La giustizia costituzionale nel 1997 (conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale)», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 2903 y ss.; R. Romboli, «La giustizia e la Corte costituzionale», en Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *La riforma costituzionale (atti del convegno del 6-7 novembre 1998)*, Cedam, Padua, 1999, p. 397 y ss., esp. 433 y ss. y 455-460.

Alessandro Pizzorusso

La giustizia costituzionale italiana fra modello “diffuso” e modello “concreto”.

SOMMARIO: 1. Origini e varietà della giustizia costituzionale. - 2. Controllo “politico” e controllo “giurisdizionale”; controllo “diffuso” e controllo “accentrato”. - 3. Rapporti fra giustizia costituzionale e giustizia ordinaria; controllo “astratto” (principale) e controllo “concreto” (incidentale); controllo “preventivo” (*a priori*) e controllo “successivo” (*a posteriori*). - 4. Controllo con effetti *erga omnes* e controllo con effetti *inter partes*. - 5. L’esperienza italiana: controllo diffuso o controllo concreto? - 6. Il ruolo del fatto nel processo costituzionale incidentale (in senso stretto). - 7. Il controllo del giudice *a quo* sull’eventuale manifesta infondatezza della questione. - 8. La cooperazione fra Corte costituzionale e giudici ordinari. - 9. L’applicazione diretta della Costituzione da parte della Pubblica amministrazione. - 10. Osservazioni conclusive.

1. La formazione di una giurisdizione amministrativa e di una giurisdizione costituzionale - talora separate dalla giurisdizione “ordinaria”, talora variamente intrecciate con essa - costituisce causa ed effetto dell’assoggettamento degli atti che costituiscono espressione di sovranità, legge compresa, a controlli giurisdizionali del tipo di quelli in precedenza esercitati quasi esclusivamente sugli atti dei soggetti privati. L’affermazione del principio dello “stato di diritto”¹, che ciò ha comportato, si è tradotta infatti in molti paesi, a partire dal XIX secolo, ma soprattutto nel corso del XX, non soltanto nell’estensione della giurisdizione civile e penale al controllo degli atti dei titolari di funzioni pubbliche (riducendosi le vaste aree d’immunità anteriormente previste ad ipotesi che hanno assunto sempre di più il carattere di eccezioni, giustificabili soltanto sulla base di una precisa “ragion di stato”, anziché di un mero “privilegio”), ma anche nello sviluppo di nuove giurisdizioni, spesso qualificate come “speciali”. La “giustizia costituzionale” è venuta a comprendere così, sia i casi di esercizio del controllo di costituzionalità delle leggi da parte dei giudici ordinari, sia quelli in cui tale funzione (talora insieme con altre dotate di analoga portata politico-culturale) è affidata a giudici istituiti *ad hoc*, per lo più denominati “corti costituzionali”.

Per quanto riguarda la legge, in particolare, è da notare come sul piano teorico l’assoggettamento di essa al controllo di costituzionalità presenti una almeno tendenziale corrispondenza col rapporto fra i poteri (anche legislativi) del monarca e i principi fondamentali dell’organizzazione politica e giuridica limitativi di tali poteri che la dottrina giuridica aveva individuato nel quadro delle dottrine giusnaturalistiche. A differenza di quanto avveniva al tempo dell’assolutismo, quando i poteri sovrani erano praticamente esenti da qualunque controllo, la giustizia costituzionale è riuscita però ad assumere, in alcuni casi almeno, anche una certa concretezza di effetti.

Nel caso americano, ove la giustizia costituzionale nacque in un ambiente culturale fortemente influenzato dal giusnaturalismo (oltre che dalle idee liberali sviluppatesi in Gran Bretagna fin dal secolo precedente), essa realizzò tali premesse quasi senza soluzione di continuità rispetto alla fase di elaborazione dottrinale delle sue premesse teoriche. In Europa, invece, il trasferimento del potere legislativo dal monarca ad un’assemblea rappresentativa favorì una concezione di tale potere come completamente esente da vincoli e questa impostazione si consolidò nel corso del XIX secolo. Essa, tuttavia, si dimostrò bisognosa di correttivi soprattutto dopo che emerse con chiarezza la difficoltà di realizzare forme di rappresentanza politica capaci di assolvere adeguatamente alle

¹ Sul quale cfr., da ultimo, Pietro COSTA, Danilo ZOLO, Emilio SANTORO (cur.), *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002.

esigenze pratiche che avevano determinato il trionfo delle idee democratico-liberali e dopo che si moltiplicarono gli esempi di acquisizione del consenso popolare da parte di autocrati il cui potere non incontrava nemmeno i limiti teoricamente imposti ai monarchi dell'*ancien régime*. L'introduzione di forme di giustizia costituzionale che in qualche modo ripristinassero limiti di questo genere, dando però ad essi maggiore concretezza, si realizzò peraltro, all'indomani delle due guerre che insanguinarono il secolo XX, in un quadro culturale prevalentemente orientato verso il giuspositivismo e quindi su basi teoriche assai diverse da quelle che avevano ispirato il sistema adottato negli Stati Uniti.

Ciò non toglie, peraltro, che l'esigenza di individuare nella costituzione un limite per il potere politico abbia rappresentato in entrambi i casi il fattore determinante dell'adozione di sistemi di giustizia costituzionale, del genere di quelli che troviamo oggi applicati in gran parte degli ordinamenti statali contemporanei.

2. Nonostante questa tendenziale unitarietà dell'istituto, la realizzazione della giustizia costituzionale è avvenuta quindi nei vari paesi con modalità diverse, anche in dipendenza delle diverse esigenze pratiche manifestatesi in essi, cosicché profondamente differenziate sono risultate le esperienze cui oggi dobbiamo guardare per ricostruire, da un punto di vista essenzialmente teorico, le loro principali varianti. Vengono così in considerazione, non soltanto le differenze riscontrabili fra i casi nei quali il controllo di costituzionalità delle leggi è stato realizzato in forme "giurisdizionali" e quelli nell'ambito dei quali è stato realizzato essenzialmente in forme "politiche"², ma anche quelle, spesso molto rilevanti, che si riscontrano fra le diverse forme di controllo giurisdizionale³.

L'esempio nell'ambito del quale la continuità fra la concezione giusnaturalistica dei limiti del potere sovrano elaborata nell'epoca pre-costituzionale e il controllo di costituzionalità delle leggi appare più chiara, come già si è detto, è quello offerto dal dibattito sull'opportunità di adottare tale controllo che condusse nel 1803 alla celeberrima pronuncia *Marbury v. Madison* della Corte suprema, mediante la quale esso fu introdotto, in via di precedente, nell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti⁴. Con ciò non si intese apportare alcuna modifica al diritto vigente, ma semplicemente riconoscere che, nel ricercare la norma da applicare alla fattispecie sottoposta al suo esame, il giudice deve disapplicare le norme legislative che ritenga incompatibili con lo "*higher law*" risultante dai precetti costituzionali (o comunque adottate in violazione di essi), anche se successive,

² Cfr. M.CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968, p.4 ss.

³ Sulla classificazione delle forme di controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi cfr. CAPPELLETTI, *Op.cit.*, p.49 ss.; A.PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, p.521 ss.; S.BARTOLE, *Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune esperienze dell'Europa centro-orientale*, in *Quaderni costituzionali*, 1996, p.229 ss.; P.CARROZZA, *La giustizia costituzionale e i suoi modelli: il problema delle regole su organizzazione e funzionamento. Sintesi di un dibattito*, in P.COSTANZO (cur.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, p.449 ss.; L.FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF, 1996; M.FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996; A.RUGGERI, A.SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2^a edizione, 2001, p.23 ss.; J.J.FERNANDEZ RODRIGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002; P.F.GROSSI, *Alle origini del processo di legittimità costituzionale delle leggi*, in *Rassegna parlamentare*, 2002, p.423 ss. Da un punto di vista politologico esamina il problema P.PASQUINO, *Tipologia della giustizia costituzionale in Europa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, p.359 ss. Cfr., altresì le relazioni presentate sul tema IV.B.3 del XVI° Congresso internazionale dell'*International Academy of Comparative Law*, svoltosi a Brisbane (Australia) dal 14 al 20 luglio 2002.

⁴ *U.S. Supreme Court, 1 Cranch 137; 2 L. Ed. 60 [1803]*, nonché A.Hamilton, in A.HAMILTON, J.MADISON, J.JAY, *The Federalist or, the New Constitution (1787-88)*, Oxford, Blackwell, 1948, n.78.

nello stesso modo in cui disapplicherebbe norme incompatibili con altre più recenti in virtù dei principi sull'abrogazione⁵.

Si realizzò così il *judicial review of legislation*, tuttora applicato negli Stati Uniti e altrove, ma raramente recepito in Europa, dove si sviluppò invece, a partire da quell'epoca, una tradizione di controlli politici destinati ad inserirsi nel procedimento di formazione delle leggi (come quelli attribuiti alla competenza della *Jurie constitutionnaire* di Siéyès, del *Sénat conservateur* e simili), i quali peraltro, a differenza del *judicial review*, non riuscirono ad esercitare una funzione pratica di un qualche rilievo, quanto meno fino alla realizzazione del *Conseil constitutionnel* previsto dalla Costituzione della 5^a Repubblica. L'evoluzione di quest'ultimo ha ravvicinato invece la tradizione dei controlli politici a quella dei controlli giurisdizionali.

Anche l'esperienza francese recente appare debitrice, del resto, molto più che del legame che sul piano teorico può ravvisarsi fra l'impostazione di Siéyès e quella degli americani suoi contemporanei, della realizzazione, nell'Europa centrale e mediterranea, di sistemi di giustizia costituzionale che si ispiravano a tutt'altri principi, quali furono le "corti costituzionali" istituite nel primo dopoguerra in Austria, in Cecoslovacchia e, più tardi, in Spagna⁶ e, nel secondo dopoguerra, nella Repubblica federale tedesca, in Italia, ancora in Spagna e in molti altri paesi.

A queste corti, la cui struttura e le cui funzioni combinarono caratteri che consentirono di qualificarli come organi giurisdizionali con connotati simili a quelli propri delle assemblee parlamentari, fu attribuito il compito di giudicare della costituzionalità delle leggi con effetti *erga omnes* - e quindi con risultati pratici simili (ma non identici) a quelli di una legge abrogatrice - determinati dalla pubblicazione dei dispositivi della loro pronunce in forme analoghe a quelle previste per la legge, sulla base di ricorsi proposti da soggetti specificamente legittimati e, più in generale, di principi simili a quelli adottati nella seconda metà del XIX secolo per la realizzazione di una giurisdizione "speciale" abilitata a controllare la legittimità degli atti amministrativi⁷. Nonostante questa combinazione di fattori diversi, il carattere giurisdizionale di questi organi e delle loro funzioni risultò generalmente prevalente.

Le principali differenze che distinguevano questi sistemi da quello americano derivavano dal fatto di nascere in un ambito di *civil law*, anziché di *common law*, e ad opera di una cultura giuspositivista, anziché giusnaturalista⁸. Sul piano più propriamente processuale, la differenza deriva dal fatto che nel caso americano la questione di costituzionalità costituisce una pregiudiziale, la cui decisione è meramente strumentale alla decisione complessiva del caso (cosicché essa assume carattere "diffuso"), mentre, nell'altro caso, la decisione della questione di costituzionalità dà luogo ad un processo distinto da quelli in cui essa eserciterà eventualmente i suoi effetti (qualora si determini un

⁵ Sulle antinomie e la loro risoluzione cfr. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, p.82 ss.

⁶ P. CRUZ VILLALON, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1931)*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1987.

⁷ Fondamentale per la progettazione di questa forma di giustizia costituzionale fu l'opera di Hans Kelsen, riassunta nel celebre articolo *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)*, in *Revue de droit public et de la science politique*, 1928, p.197 ss. Per una raccolta degli scritti di Kelsen su questo tema cfr. *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981.

⁸ Questa differenza è palese se si confronta l'ambiente culturale in cui si affermò il controllo costituzionale negli Stati alla fine del XVIII-inizio del XIX secolo con quello in cui esso si sviluppò in Austria e altrove nel corso del XX secolo. E' da tenere presente, peraltro, che nel periodo di oltre un secolo che intercorre fra la decisione *Marbury v. Madison* e le prime esperienze del *Verfassungsgerichtshof* austriaco, la cultura giuspositivista si era diffusa anche nei paesi di *common law*. e che, nell'uno e nell'altro ambito, avevano cominciato a manifestarsi reazioni antipositivistiche.

rapporto di pregiudizialità fra le due decisioni) ed essa costituisce l'unico oggetto della relativa decisione (cosicché il giudizio di costituzionalità assume carattere "concentrato"). Un collegamento più stretto può realizzarsi però anche nei casi di controllo accentrato, ove l'iniziativa di esso sia attribuita al giudice di un qualsiasi processo nel quale la legge della cui costituzionalità si dubita debba trovare applicazione (controllo "incidentale" in senso stretto⁹).

Queste differenze furono tuttavia attenuate da vari fattori, fra i quali occorre segnalare l'attribuzione alle corti costituzionali europee di un complesso di competenze ulteriori che vennero in qualche misura modificando l'impostazione in base alla quale esse erano state originariamente concepite. Particolarmente importante fu, inoltre, la previsione del controllo "incidentale" di costituzionalità delle leggi in senso stretto¹⁰, il quale consentì di mettere in contatto i giudici costituzionali con gli altri giudici e questo effetto si manifestò con speciale rilievo in Italia, dove questa procedura assorbì una parte largamente prevalente del lavoro della corte e dove essa contribuì notevolmente all'educazione della classe forense al rispetto dei valori espressi dalla Costituzione del 1947. In diverso modo, un motivo di contatto assai stretto si determinò anche fra il *Tribunal constitucional* e gli altri giudici spagnoli in virtù della possibilità di ricorrere al primo, mediante *amparo*, contro le decisioni dei secondi che apparissero lesive di diritti fondamentali¹¹.

3. Queste ed altre circostanze dettero luogo ad una serie di problemi concernenti i rapporti fra giudici costituzionali e altri giudici che possono distinguersi in due gruppi a seconda che riguardino l'individuazione del soggetto competente ad esercitare le funzioni di giudice costituzionale oppure il rapporto fra le decisioni adottate da questo e le altre funzioni giurisdizionali.

Per quanto riguarda l'individuazione del soggetto competente ad esercitare le funzioni di giudice costituzionale si contrappongono, innanzi tutto, le due soluzioni estreme, cioè quella in cui tali funzioni sono assegnate agli stessi soggetti che esercitano le altre funzioni giurisdizionali, senza alcuna distinzione di competenza (come nel modello americano), e quella in cui esse sono assegnate ad un soggetto *ad hoc*, totalmente distinto dal sistema degli organi giudiziari (come nel modello a corte costituzionale).

Esistono però anche una serie di soluzioni che sono da considerarsi in qualche misura intermedie, fra le quali sono da annoverare quelle in cui una parte dei componenti della corte costituzionale sono nominati da organi del potere giudiziario e/o l'avvenuto esercizio di funzioni giudiziarie costituisce requisito di legittimazione alla nomina, oppure

⁹ Si noti che "incidentale" è anche il controllo diffuso, di tipo americano; tuttavia in tal caso il rapporto di pregiudizialità si sviluppa tutto all'interno del processo ordinario, mentre nell'altro caso si vengono ad avere due processi distinti, pur se legati dal rapporto di pregiudizialità, uno ordinario ed uno costituzionale/concentrato. Questa differenza può avere riflessi, oltre che sul regime degli effetti, anche su quello del contraddittorio.

¹⁰ Nel giudizio incidentale la questione di costituzionalità delle legge sorge nel corso di un qualunque giudizio in cui la legge che ne costituisce oggetto debba trovare applicazione, ma non è decisa dal giudice di tale giudizio, il quale si limita ad accertarne la serietà e la "rilevanza" rispetto al giudizio in corso per poi rimetterla all'esame del giudice costituzionale *ad hoc*. Varianti di questo modello dipendono dal fatto che la rimessione avvenga sulla base di una mera previsione dell'applicabilità della legge sospettata d'incostituzionalità alla fattispecie in esame, oppure della già avvenuta applicazione di essa, seppur con decisione non definitiva, e, corrispondentemente, dal fatto che il potere di rimessione della questione sia riconosciuto a qualunque giudice, oppure soltanto a taluni di essi.

¹¹ Cfr. F.RUBIO LLORENTE, *Sobre la relacion entre Tribunal constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdiccion constitucional* (1982), in *La forma del poder (Estudios sobre la constitucion)*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1993, p.463 ss.

quelle in cui la funzioni di corte costituzionale sono assegnate ad un particolare organo giudiziario (come la *Sala constitucional* della Corte suprema del Costarica, o simili).

Regole analoghe valgono talora anche per la delimitazione del potere d'iniziativa del processo costituzionale quando esso è conferito ad organi giurisdizionali (che possono esercitarlo d'ufficio o su iniziativa delle parti processuali); in tal caso, si hanno ipotesi in cui questo potere è riconosciuto a qualunque soggetto che sia titolare di funzioni giurisdizionali e casi in cui invece è limitato a taluni organi giudiziari specificamente abilitati. Queste alternative dipendono principalmente dal modo in cui, nell'ordinamento di riferimento, gli organi giudiziari sono strutturati e dal ruolo che in esso è assegnato al potere giudiziario.

L'esercizio del controllo di costituzionalità delle leggi e l'iniziativa dei procedimenti di controllo, infatti, costituiscono un'attività dotata di indubbio rilievo politico, la quale viene affidata mal volentieri a soggetti ritenuti politicamente inaffidabili dal legislatore. L'affidabilità dei titolari di organi giudiziari dal punto di vista politico, d'altronde, dipende dal tipo di selezione e di formazione che di essi è proprio. Per un verso, tale affidabilità è inversamente proporzionale al grado di indipendenza nei confronti degli organi costituzionali politici di cui essi dispongono. E se il grado di indipendenza è assai basso, come spesso accade, specialmente per le giurisdizioni superiori, l'attribuzione ad essi di queste funzioni può determinare effetti paralizzanti, che rendono talora inefficaci i controlli stessi. Per contro, quando il potere giudiziario ha una tradizione di forte indipendenza nei confronti dei poteri politici, l'attribuzione ad esso delle funzioni di giudice costituzionale (o la realizzazione di collegamenti con esso) rappresenta un evidente potenziamento di tale indipendenza e, in genere, del ruolo del potere giudiziario stesso. Ovviamente, peraltro, sia l'una che l'altra eventualità possono apparire più o meno funzionali al corretto funzionamento delle istituzioni a seconda dei punti di vista.

Ma vi sono anche ragioni di carattere tecnico che possono indurre a favorire o meno la presenza in una corte costituzionale di giuristi che abbiano operato nell'ambito del potere giudiziario, ovvero altre forme di collegamento di questo tipo. Esse dipendono dal fatto che si ritenga che il controllo di costituzionalità debba svolgersi in forma "astratta", cioè indipendentemente dall'applicazione della disposizione o norma controllata ad una o più fattispecie realmente verificatesi e specificamente identificate, ovvero in forma "concreta", cioè con riferimento (esclusivo o prevalente) all'applicazione che la disposizione o norma deve avere ad una tale fattispecie. Nel primo caso, infatti, l'esercizio del controllo di costituzionalità costituisce un'attività assai prossima all'opera del legislatore che valuta le conseguenze che un certo testo normativo può produrre in relazione ad una generalità di ipotesi, senza tuttavia determinare direttamente le conseguenze che potranno derivarne in relazione a singole fattispecie, mentre nel secondo esso si avvicina maggiormente all'opera del giudice che deve stabilire le conseguenze della sua decisione sul caso portato al suo esame. Ed è indubbio che nel primo caso sia naturale ricorrere, in parte almeno, a giuristi dotati di talune sensibilità ed esperienze, nel secondo caso ad altri.

E' da segnalare che il controllo ha necessariamente carattere "astratto" nei casi in cui esso è "preventivo" (o, come si esprime la dottrina francese, "*a priori*"), in quanto viene proposto prima che la legge che ne costituisce oggetto entri in vigore (e quindi divenga applicabile a fattispecie concrete). Il controllo incidentale, invece, riguarda necessariamente leggi già vigenti e quindi ha carattere "successivo" (o, "*a posteriori*").

4. Per quanto riguarda i rapporti fra le decisioni degli organi di giustizia costituzionale e le decisioni dei giudici comuni, la principale alternativa è quella che si fonda sulla distinzione dei casi in cui tali rapporti sono configurati sulla base della pregiudizialità delle prime rispetto alle seconde (ove le prime abbiano ad oggetto la costituzionalità di una disposizione o norma che debba trovare applicazione ad opera delle seconde) da quelli in cui una tale pregiudizialità non sussiste e l'efficacia delle decisioni (o almeno quella delle decisioni di accoglimento) è configurata come un'efficacia *erga omnes* simile a quella delle legge controllata. Questa distinzione si pone con particolare chiarezza nei casi di controllo di costituzionalità delle leggi, ma può presentarsi anche con riferimento ad altre competenze dei giudici costituzionali.

Nei casi in cui il controllo ha carattere diffuso, gli effetti della decisione si producono nell'ambito del processo ordinario in cui la decisione è adottata e si identificano quindi con gli effetti di cui la relativa decisione è capace. Sotto il profilo soggettivo, questi effetti si produrranno quindi normalmente soltanto *inter partes*. Questa sarà quanto meno la loro efficacia "di giudicato", laddove è sempre *erga omnes* l'efficacia di precedente che la decisione può produrre, ma che, nei paesi di *civil law* non ha carattere vincolante (e che anche in molti paesi di *common law*, a cominciare dagli Stati Uniti, ha molto spesso carattere soltanto "persuasivo"). Sotto il profilo oggettivo, ove non sia diversamente stabilito, l'efficacia di precedente della decisione d'incostituzionalità resa in regime di controllo diffuso consisterà per lo più nella cessazione di efficacia delle legge dichiarata incostituzionale con riferimento al futuro ed ai rapporti anteriori tuttora suscettibili di essere riesaminati in sede giurisdizionale.

Nei casi di controllo concentrato successivo, gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità consisteranno anche qui nella cessazione di efficacia della legge, ma quando ciò si verifica questo è l'effetto di giudicato della pronuncia e non un semplice effetto di precedente. Negli ordinamenti di *civil law*, il momento iniziale di questo effetto è per lo più determinato dalla pubblicazione della decisione in forme simili a quelle impiegate per le leggi. Alcuni ordinamenti estendono questi effetti anche alle decisioni di rigetto.

Nei casi di controllo preventivo gli effetti della decisione, sia essa di accoglimento o di rigetto, si eserciteranno normalmente nell'ambito del procedimento di formazione della legge, che potrà giungere a compimento o meno a seconda del tenore della decisione del giudice costituzionale. Tuttavia, negli ordinamenti che estendono l'effetto di giudicato alla motivazione, tale effetto è configurabile anche con riferimento ad una decisione resa su controllo preventivo. Nulla impedisce d'altronde che anche queste decisioni producano effetti di precedente.

Nei casi in cui il controllo concentrato avviene su rimessione da parte di un giudice, che lo richiede ai fini dell'eventuale applicazione della disposizione o norma sospettata d'incostituzionalità in un processo in corso dinanzi a lui, la questione può sommare gli effetti di una decisione astratta con quelli di una decisione concreta, destinata a risolvere la pregiudiziale che il giudice del processo ordinario non può decidere da sé¹². La Corte

¹² Secondo la disciplina di cui all'art.136 della Costituzione italiana, l'effetto di giudicato *erga omnes* si sovrappone all'effetto di precedente, che le decisioni di incostituzionalità eserciterebbero in aggiunta all'efficacia rispetto al giudizio *a quo* derivante dai principi propri di quest'ultimo. Ciò avviene tuttavia soltanto con riferimento alla decisione sulla questione di costituzionalità ritenuta fondata mentre, nei casi di pronuncia d'infondatezza o di pronunce di accoglimento interpretative di norme costituzionali riferibili anche ad altre leggi ordinarie, il precedente esercita i suoi normali effetti persuasivi, ma non si propaga con forza di giudicato oltre la specifica questione decisa. In questo peraltro la soluzione italiana si differenzia da quella tedesca e francese.

costituzionale italiana ritiene che nei casi di questo genere è anch'essa vincolata a decidere la questione nei limiti della rilevanza che la questione stessa deve presentare rispetto al giudizio *a quo*, salvi peraltro i casi di autorimessione o di applicazione della disposizione che le consente, nei casi di dichiarazione d'incostituzionalità di una disposizione o norma, di "dichiara[re], altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata"¹³. Ciò comporta che, nel processo *a quo*, la decisione della Corte ha un'efficacia diversa da quella che essa esercita *erga omnes* (poiché essa vi opera come una normale decisione di una pregiudiziale e quindi ha efficacia di giudicato anche ove si tratti di una decisione di rigetto, nonostante che in Italia le decisioni di rigetto non condividano l'efficacia *erga omnes* delle decisioni di accoglimento).

5. L'indirizzo giurisprudenziale della Corte italiana che ha reso sempre più rigoroso il controllo della rilevanza delle questioni di costituzionalità sollevate in via incidentale e che impone alla Corte stessa il rispetto del principio di "corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato" ha indotto la dottrina a domandarsi se il sistema di controllo incidentale applicato in Italia si stia evolvendo nel senso di trasformarsi in un sistema a controllo diffuso¹⁴.

Per rispondere a questa domanda, occorre preliminarmente sgombrare il campo dal problema terminologico derivante dall'impiego del termine "diffuso", che appare talora impiegato nel senso di "concreto". L'espressione che impiega il primo di questi termini indica un controllo che sia esercitato da parte di una pluralità di giudici distribuiti sul territorio o, più precisamente, da parte di tutti i giudici che debbano affrontare questioni per risolvere le quali occorra stabilire, per lo più soltanto ai fini della decisione sulla questione "principale" (detta talora anche questione "di merito" in uno dei tanti diversi significati che quest'ultimo termine assume), se una determinata disposizione legislativa sia o non sia conforme a principi o norme costituzionali.

In tal modo, come abbiamo visto, questo tipo di controllo si contrappone a quello che sia affidato esclusivamente ad un solo giudice il quale decida con effetto vincolante per tutti, nell'ambito di un giudizio avente per unico oggetto la questione di costituzionalità. Un tale giudizio, che viene per lo più qualificato come "accentrato", può essere completamente autonomo da ogni altro, ma può anche sorgere a seguito di "rimessione" della questione da parte di uno o più giudici che debbono pronunciarsi su una diversa questione rispetto alla quale la decisione della questione di costituzionalità risulti "rilevante", e quindi normalmente "pregiudiziale".

Controllo "concreto", in contrapposizione ad "astratto", è invece un controllo che sia esercitato in funzione dell'applicazione che la disposizione o norma della cui costituzionalità si dubita deve ricevere o ha ricevuto rispetto ad una fattispecie determinata, sia che l'effettuazione del controllo spetti allo stesso giudice che deve definire tale giudizio, sia che spetti ad un diverso giudice, cui la relativa competenza sia assegnata in deroga a quella del giudice "ordinario" e che si presenti perciò come un giudice

¹³ Art.27, legge 11 marzo 1953, n.87. Le applicazioni che la Corte ha fatto di questa disposizione hanno determinato notevoli incertezze circa la sua effettiva portata.

¹⁴ Cfr. E.MALFATTI, R.ROMBOLI, E.ROSSI (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, Giappichelli, 2002, dove sono riprodotti gli atti di un seminario svoltosi a Pisa nei giorni 25-26 maggio 2001 ed avente per tema l'interrogativo: *Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Le osservazioni che seguono costituiscono rielaborazione dell'intervento svolto dall'autore nel corso di tale seminario. Sui casi di controllo diffuso tuttora previsti dall'ordinamento italiano cfr. RUGGERI, SPADARO, *Op.cit.*, p.296 ss.

“speciale”. Nel primo caso, evidentemente, il controllo è sia diffuso che concreto, mentre nel secondo è accentrato, ma non necessariamente astratto.

Controllo “astratto” significa, per contro, un controllo di costituzionalità effettuato con almeno potenziale riferimento a qualunque applicazione della disposizione o norma controllata che sia tecnicamente ipotizzabile e quindi a qualunque fattispecie concreta che possa ritenersi compresa nella fattispecie astratta da essa prevista. Chiara ipotesi di controllo astratto è, come abbiamo visto, il giudizio preventivo, mentre concreto è normalmente anche quello che trae origine da un ricorso diretto, quando questo implichi il controllo di costituzionalità di una legge (come avviene nel caso della *Verfassungsbeschwerde*, ovvero anche nel caso dell'*amparo*, quando esso dia luogo ad *autocuestión*).

Se si guarda all'evoluzione che il controllo di costituzionalità ha ricevuto in Italia dall'epoca della sua introduzione ad oggi, pare indiscutibile che il tasso di “concretezza” che esso ha concretamente assunto sia risultato nell'insieme maggiore di quanto si potesse prevedere sulla base dei lavori preparatori della Costituzione e delle leggi che hanno dato attuazione alla giustizia costituzionale. E ciò, non solo per la netta prevalenza che il giudizio incidentale in pratica ha assunto rispetto al giudizio principale (che è limitato alle controversie Stato-Regioni), ma anche per la conformazione che la Corte ha dato al giudizio incidentale (e, sorprendentemente, persino ai giudizi sui conflitti di attribuzioni). Infatti, anche se la Corte costituzionale ha talora oscillato fra una concezione rigorosa della “rilevanza” della questione rispetto al giudizio *a quo* (comunque nettamente prevalente, sia nella giurisprudenza che nella dottrina) ed una concezione più possibilista, la configurazione di essa come condizione di ammissibilità della domanda proposta alla Corte ha fatto - a mio parere, correttamente - del giudizio incidentale un giudizio accentrato, ma concreto.

Conseguentemente, i fattori di “diffusione” del controllo operanti nel sistema attuato in Italia si riducono alla delibazione dell'eventuale “non manifesta infondatezza” della questione, la quale compete al giudice *a quo* (anche se la Corte ha talora discutibilmente preteso di esercitare su di essa un controllo configurato come controllo di ammissibilità), e all'“applicazione diretta” che un qualsiasi giudice compia di una disposizione o norma costituzionale nel quadro dell'attività di ricerca della norma da applicare alla fattispecie in esame, quando egli ne desuma l'abrogazione (o comunque la non applicabilità) di una disposizione o norma legislativa ordinaria (siamo invece fuori dai casi di controllo di costituzionalità, quando il giudice applichi direttamente la Costituzione senza che ciò comporti abrogazione o disapplicazione di disposizioni legislative).

D'altronde, le prospettive di ampliamento dell'area di controllo diffuso e/o concreto, manifestatesi in questi ultimi tempi nella giurisprudenza della Corte, derivano dalla tendenza ad adottare, nell'ambito di giudizi incidentali, decisioni di inammissibilità (e non di semplice rigetto) motivate in base alla possibilità che il giudice *a quo* adotti un'interpretazione adeguatrice della disposizione impugnata dalla quale possa ricavare una norma compatibile con i principi costituzionali che si denunciavano come violati. Ed anche le sentenze interpretative di rigetto, che sembravano passate di moda, hanno continuato a venir impiegate abbastanza di frequente¹⁵.

Una decisione d'inammissibilità ha una forza persuasiva certamente minore di quella che avrebbe una sentenza interpretativa di rigetto (pur ammettendosi, con

¹⁵ L.CARLASSARE, *Perplexità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto*, in *Giur.cost.*, 2001, 186 ss.

l'opinione dominante, che anche quest'ultima non abbia efficacia *erga omnes*). Se è vero, infatti, che una decisione della Corte costituzionale la quale inviti il giudice *a quo* ad adottare un'interpretazione adeguatrice si distingue da una sentenza interpretativa di rigetto (la quale cioè ponga la medesima interpretazione adeguatrice a base di una decisione di rigetto) soltanto per il fatto di essere – almeno di regola – una decisione non di merito come invece l'altra è, vi è pur sempre una qualche differenza fra un'intervento della Corte che invita i giudici "diffusi" a fare da soli, senza ulteriormente rivolgersi alla Corte stessa, ed una classica sentenza interpretativa concepita come la prima metà di una "doppia pronuncia" (cioè come una sentenza "condizionale"¹⁶, secondo una certa impostazione dottrinale) prevedibilmente destinata ad essere seguita da una decisione di accoglimento nel caso in cui il suggerimento posto a base della prima pronuncia non sia osservato.

D'altronde è chiaro che l'attività di interpretazione adeguatrice, di per sé, non è detto che debba necessariamente risultare concreta: nulla impedisce che si svolga un'operazione intellettuale di questo genere, con riferimento ad una disposizione legislativa, indipendentemente dalla sua applicazione ad una determinata fattispecie reale. E' infatti chiaro che un'interpretazione adeguatrice può essere svolta anche in un'opera di dottrina che non abbia per scopo di risolvere un caso determinato, ma di trattare in modo sistematico una certa materia, avendo riguardo ad una generalità di casi astrattamente ipotizzabili. Ed anche il "diritto vivente", se presuppone certamente una serie di applicazioni della disposizione interpretata a fattispecie concrete, non esclude una sistemazione della giurisprudenza la quale consenta di ricavarne una norma almeno relativamente astratta.

6. Un altro ordine di problemi, che presentano qualche collegamento con quelli fin qui analizzati, riguarda il ruolo del "fatto" nel processo costituzionale e, conseguentemente, il modo di concepire un'eventuale attività istruttoria della Corte costituzionale – o, per quanto di competenza, di altri giudici – la quale tenda alla ricostruzione degli accadimenti che possono venire in considerazione in vista della risoluzione della questione di costituzionalità¹⁷.

Questa eventualità ricorre in molteplici situazioni. Una delle più chiare è quella che si ha quando la ragionevolezza di una discriminazione legislativa dipende dalla sussistenza di una disparità di fatto, concretamente riscontrabile fra due situazioni, la quale appunto la giustifichi (oppure renda incostituzionale l'eventuale trattamento paritario), ovvero nel caso inverso in cui l'inesistenza di una tale disparità renda irragionevole la mancata discriminazione di situazioni differenziate (oppure ragionevole il trattamento indifferenziato). Il giudizio sulla ragionevolezza, quale è stato realizzato dalla giurisprudenza della Corte, si risolve infatti spesso in un giudizio di fatto, che viene per lo più compiuto sulla base della notorietà delle situazioni cui si riferisce la disciplina legislativa denunciata come incostituzionale, ma che in casi tutt'altro che eccezionali ben potrebbe richiedere il compimento di un'istruttoria¹⁸. E non vi è dubbio che si tratta di valutazioni che costituiscono passaggi necessari del giudizio di competenza della Corte.

Un secondo ordine di problemi si pone nell'ambito del controllo della rilevanza delle questioni proposte in via incidentale che la Corte costituzionale si è

¹⁶ M.CAPPELLETTI, *Sentenze condizionali della Corte costituzionale*, in *Riv.dir.proc.*, 1957, 88 ss.

¹⁷ F.DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in MALFATTI, ROMBOLI, ROSSI (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, cit., p.145 ss.

¹⁸ T.GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1997.

progressivamente riconosciuta competente a compiere. E' nota l'evoluzione della giurisprudenza su questo punto: ad una prima fase nella quale la Corte affermava che il giudizio circa la rilevanza della questione spettava al giudice *a quo* e che la Corte non poteva sindacarlo, hanno fatto seguito fasi ulteriori in cui la Corte ha affermato, dapprima, che essa poteva peraltro richiedere al giudice *a quo* una motivazione più adeguata su questo punto, ove essa mancasse, o un nuovo esame quando la sussistenza della rilevanza apparisse dubbia perché il giudice *a quo* non aveva tenuto conto di certi fatti, o a causa di fatti sopravvenuti, e poi, sempre più nettamente, che essa poteva dichiarare inammissibili quelle questioni con riferimento alle quali la rilevanza apparisse insussistente.

Dato che la rilevanza della questione di costituzionalità dipende dall'applicabilità della disposizione o norma della cui costituzionalità si dubita ai fatti della causa pendente dinanzi al giudice *a quo*, non vi è dubbio che per accertare la sussistenza della rilevanza occorre accertare quali siano tali fatti e ciò la Corte non fa direttamente bensì sulla base dell'ordinanza di rimessione (mentre non è del tutto certo se essa possa tenere conto degli atti processuali, che pure debbono esserle trasmessi, si direbbe, proprio a questo scopo, oppure no). Inoltre è da notare come le valutazioni che la Corte compie a questo fine non riguardino soltanto la prova dei fatti in questione, bensì anche l'individuazione delle norme da applicare ad essi, per cui la decisione che la Corte compie su questo punto viene a coincidere (in tutto o in parte) con quella che il giudice *a quo* dovrebbe adottare, una volta risolto l'incidente di costituzionalità, per decidere la causa.

La difficoltà nasce soprattutto dalla circostanza che la valutazione che il giudice *a quo* compie circa la rilevanza della questione di costituzionalità è un giudizio soltanto prognostico circa l'applicabilità della disposizione o norma ai fatti della causa. Quando egli pronuncia l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, infatti, non è detto che, i fatti su cui deve pronunciare siano stati compiutamente accertati e non è detto neppure che le sue previsioni circa l'applicabilità della disposizione o norma ai fatti stessi (una volta debitamente accertati) presentino sufficiente certezza, neppure provvisoria, potendo essere liberamente modificate nell'ulteriore corso del processo, anche soltanto per effetto di un mutamento di opinione del giudice (ben potendo, in molti casi almeno, aversi perfino un cambiamento della persona fisica che impersona il giudice).

Con riferimento ai casi di questo genere, come si sa, si è posto il problema di stabilire se le valutazioni sulla base delle quali la Corte dichiara inammissibile per difetto di rilevanza una questione di costituzionalità abbiano effetto vincolante per il giudice *a quo*, quanto alla inammissibilità della questione e quanto all'applicabilità ai fatti di causa della disposizione o norma che la Corte ha ritenuto applicabile ad essi (specialmente se essa è diversa da quella che era stata indicata come applicabile dal giudice *a quo*). E per quanto la riproponibilità della questione sia stata generalmente ammessa, è chiaro che non vi sono grandi probabilità che la Corte cambi opinione quando la questione sia riproposta negli stessi termini.

Per quanto riguarda il giudizio sulla questione principale, d'altronde, sembra chiaro che il giudice di essa non è vincolato dalla sentenza della Corte, ma resta insolubile il problema che si pone quando egli continui ad essere convinto che la causa debba essere decisa facendo applicazione della disposizione o norma della cui costituzionalità egli dubita e che la Corte si è rifiutata di controllare a causa della ritenuta irrilevanza della questione. La tesi, che fu avanzata da chi scrive anni fa¹⁹, secondo la quale in tale ipotesi il giudice - nell'impossibilità di ottenere che venga esercitato il controllo concentrato -

¹⁹ A. PIZZORUSSO, "Verfassungsgerichtsbarkeit" o "Judicial Review of Legislation"?, in *Foro it.*, 1979, I, 1933.

potrebbe controllare lui la legge secondo la tecnica del controllo diffuso, non ha riscosso molti consensi e nessun'altra soluzione appare praticabile.

Indubbiamente, il problema nasce soprattutto dalla circostanza, già segnalata, che la rimessione delle questioni incidentali alla Corte avviene sulla base di un giudizio meramente prognostico, il quale non presuppone alcuna decisione, sia pure a carattere non definitivo, né quanto all'accertamento dei fatti, né quanto applicabilità ad essi della disposizione o norma della cui costituzionalità si dubita. Il problema sarebbe certamente più facile da risolvere se, come nel sistema austriaco, il questione potesse essere proposta soltanto dopo che vi è stata almeno una sentenza di primo grado che ha in qualche modo consolidato la materia del contendere, il che darebbe alla questione un grado di concretezza sicuramente maggiore, ma per altro verso ben si comprendono anche le ragioni che hanno indotto a configurare la questione di costituzionalità come una pregiudiziale non soggetta a particolari condizioni di ordine processuale. E non vi è dubbio che anche la soluzione austriaca, per altro verso, determina difficoltà di ordine sistematico.

7. Altro punto importante è quello relativo all'evoluzione della valutazione del giudice *a quo* circa la eventuale manifesta infondatezza, che ha portato la Corte di cassazione a negare il carattere meramente "deliberativo" ad essa generalmente attribuito in precedenza, fino ad identificarla con un potere di controllo pieno, tale da comportare anche, se del caso, una verifica approfondita della costituzionalità della legge²⁰.

Anche se la previsione di questo giudizio come rivolto ad accertare l'eventuale carattere "manifesto" dell'infondatezza non comporta nessun divieto per il giudice di svolgere una valutazione piena della questione, indubbiamente più congrua alla qualificazione professionale dei componenti dell'organo che la rende, sta di fatto che la previsione legislativa dell'ordinanza di "manifesta infondatezza" sembra presupporre che in tutti i casi in cui l'infondatezza non appaia manifesta al giudice *a quo*, la questione non debba essere sottratta alla Corte costituzionale, che risulta conseguentemente il giudice specificamente competente a risolverla.

Se teoricamente questa conclusione appare la più corretta, è d'altronde evidente che la distinzione dei casi che possono presentarsi nella pratica appare assai difficile da stabilire quando non sia ravvisabile, come avveniva nella prima fase di attività della corte italiana, una tendenza di certi possibili giudici *a quibus* a svalutare la Costituzione e le conseguenti possibilità di impiego di essa. In tale situazione infatti, si poneva un problema per risolvere il quale fu prospettata addirittura la configurabilità di un ricorso per conflitto di attribuzioni contro le decisioni di manifesta infondatezza della Corte di cassazione²¹. In una situazione come quella attuale, nella quale il ricorso ai principi costituzionali è divenuto di impiego comune, senza particolari ostacoli di carattere ideologico e sulla base di una formazione professionale della maggior parte degli operatori che risente dei progressi degli studi di diritto costituzionale, la "diffusione" del controllo di costituzionalità appare molto più compatibile anche con un sistema come quello italiano.

²⁰ G.SORRENTI, *La "manifesta infondatezza" delle questioni di legittimità costituzionale e l'applicazione diretta della Costituzione nella prassi giudiziaria, ovvero: una ricerca empirica su una risalente ipotesi, di rinnovata attualità*, in MALFATTI, ROMBOLI, ROSSI (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, cit., p.76 ss.

²¹ P.CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria* (1956), in *Opere giuridiche*, III, Napoli, Morano, 1968, 644-645.

8. Passando ad un altro punto, vorrei segnalare il miglioramento dei rapporti fra Corte e giudici che è ravvisabile nella giurisprudenza recente e che, a giudizio di alcuni²², ha dato luogo ad una maggiore cooperazione fra l'una e gli altri. Questa conclusione, che mi pare nel complesso condivisibile, impone una riflessione sul perché ci sia voluto tanto tempo per realizzare un assetto più accettabile di questi rapporti.

A questo fine occorre ricordare come sia occorso un periodo di tempo abbastanza lungo perché il sistema di giustizia costituzionale previsto dalla Costituzione del 1947, gradualmente completato dalle fonti attuative e funzionante a partire dal 1955-56, penetrasse nella cultura giuridica degli operatori. Nella formazione professionale di gran parte di coloro che lavoravano come magistrati o come avvocati nella fase iniziale del decorso cinquantennio, infatti, lo studio di questo tipo di problemi non aveva avuto alcuna parte. A titolo di esempio, posso ricordare di avere seguito le lezioni di diritto costituzionale nell'Università di Pisa nel 1950-51, quando per la prima volta questo corso era tenuto qui da Franco Pierandrei, e di appartenere perciò ad una classe di studenti che ricevettero un insegnamento costituzionalistico nell'ambito del quale un certo spazio era riconosciuto ai problemi della giustizia costituzionale. Per contro, tutto lascia supporre che tutti quelli che avevano studiato qui negli anni precedenti di queste cose non avessero mai sentito neppure parlare. E nulla induce a pensare che, nella maggior parte dei casi almeno, la situazione delle altre università fosse migliore. Non può quindi sorprendere che, quando la Corte costituzionale cominciò a funzionare qualche anno dopo, gran parte degli operatori fossero assai impreparati ad affrontare i problemi che ne derivavano e che incertezze siano rimaste a lungo presenti, talora nella stessa giurisprudenza costituzionale, anche su problemi relativamente semplici.

In questo quadro venne ad inserirsi l'attività della Corte costituzionale, la quale assunse spesso, nei confronti delle ordinanze di rimessione, un atteggiamento simile a quello che il giudice normalmente assume nei confronti della domanda giudiziale, scrutinandone l'ammissibilità sulla base di un controllo rigoroso della sussistenza dei requisiti. Questo atteggiamento sarebbe stato probabilmente più giustificato se la Corte costituzionale avesse aderito alla tesi, in quell'epoca avanzata in dottrina²³, secondo la quale il giudice *a quo* assumerebbe nel processo costituzionale il ruolo dell'attore, nei confronti del quale il giudice-Corte si ponga in posizione di terzietà e debba far rispettare le norme processuali, così come nei confronti di qualunque altra parte, con tutto il rigore del caso. La tesi cappellettiana del giudice-attore del processo costituzionale è rimasta peraltro completamente isolata e, se ciò non esclude che la Corte sia comunque limitata nell'esercizio delle sue funzioni dal principio di necessaria corrispondenza fra chiesto e pronunciato, non si può però nemmeno negare che giudice *a quo* e Corte guardano alla questione di costituzionalità da un identico punto di vista, che è quello di chi tende all'attuazione imparziale della Costituzione e delle altre fonti del diritto e che è assolutamente da escludere la configurabilità di un interesse del giudice *a quo* contrapposibile a un ipotetico interesse della Corte o contrapposibile, su un piano di parità, con quelli delle parti del giudizio *a quo* o di qualunque altro soggetto.

Questo atteggiamento si è risolto talora in forme di mancata collaborazione che hanno portato ad incrementare il numero delle decisioni di inammissibilità o simili, dando

²² E.LAMARQUE, *Il seguito giudiziario delle decisioni della Corte costituzionale*, in MALFATTI, ROMBOLI, ROSSI (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, cit., p.200 ss.

²³ M.CAPPELLETTI, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, in *Riv.dir.proc.*, 1956, I, 154; ma vedi, in proposito, R.ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985, 77 ss.

l'impressione che, in realtà, la Corte si avvallesse degli strumenti processuali (gran parte dei quali da lei stessa inventati) per operare una sorta di *case selection* camuffata da controllo di regolarità delle ordinanze. Mentre peraltro la *case selection* esercitata - ad esempio - dai giudici americani²⁴ costituisce un aspetto, sia pur minore, della loro giurisprudenza, il controllo sulle ordinanze di rimessione - continuato anche dopo che il livello tecnico delle ordinanze era progressivamente migliorato - è apparso spesso del tutto dissociato dagli orientamenti giurisprudenziali della Corte e talora addirittura frutto di una gestione meramente burocratica del controllo stesso.

Lo sviluppo di forme di collaborazione fra Corte e giudici *a quibus* va quindi valutato positivamente, non soltanto perché allarga la sfera di operatività della giustizia costituzionale, ma anche perché si inserisce in quell'azione educativa rispetto ai valori costituzionali che l'attività della Corte ha svolto, soprattutto nella prima fase della sua attività, nei confronti di tutti coloro che operano nell'ambito forense e che costituisce, a mio parere, uno dei risultati più positivi da essa conseguiti.

9. Un problema ancora molto aperto alla discussione è poi quello dell'applicazione diretta della Costituzione da parte della Pubblica amministrazione. Vorrei segnalare qui un aspetto, certamente non nuovo, ma che ha ricevuto finora, a mio parere, insufficiente attenzione, quello cioè della giustificazione del mancato riconoscimento agli organi della P.A. di quella legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità delle leggi che è invece attribuita agli organi giurisdizionali²⁵.

Tale giustificazione mi sembra ravvisabile nel rapporto che esiste fra la Pubblica amministrazione e il Governo, il quale è titolare dell'iniziativa legislativa e gode della fiducia della maggioranza parlamentare alla quale può chiedere, verosimilmente con successo, di approvare leggi abrogative o modificative di leggi vigenti. Conseguentemente, qualora gli organi della P.A. ritengano incostituzionali (o anche soltanto inopportune) determinate disposizioni legislative vigenti, è in loro facoltà di farsi promotori di un'iniziativa abrogativa o modificativa.

Il riconoscimento agli organi giurisdizionali del potere di rimettere alla Corte costituzionale eventuali questioni che essi ritengano rilevanti ai fini di un giudizio in corso e non manifestamente infondate ha invece il suo presupposto nella situazione di indipendenza che è propria di questi organi, i quali non hanno (né debbono avere) un rapporto con gli organi politici del tipo di quello normalmente proprio degli organi amministrativi (quanto meno di quelli incardinati nella gerarchia amministrativa che fa capo ai ministeri).

Se questa lettura delle norme vigenti può ritenersi corretta, appare peraltro ingiustificata l'esclusione dal novero dei legittimati a sollevare questioni di costituzionalità per tutta una serie di organi pubblici i quali, pur non essendo organi giurisdizionali, hanno una condizione di indipendenza nei confronti del Governo che non consente di ritenere che quest'ultimo possa ritenersi tenuto quanto meno a valutare eventuali richieste di iniziativa legislativa da essi provenienti, come verosimilmente lo sarebbe nei confronti

²⁴ V.BARSOTTI, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1999; F.TIRIO, *Il "writ of certiorari" davanti alla Corte Suprema. Principi, strategie, ideologie*, Milano, Giuffrè, 2000; P.BIANCHI, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino, Giappichelli, 2000.

²⁵ Cfr. A.PIZZORUSSO, *Relazione di sintesi*, in L.CARLASSARE (cur.), *Il diritto costituzionale dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, Cedam, 1998, pp.238-239.

di iniziative provenienti da organi inseriti nella gerarchia amministrativa che ad esso fa capo.

Tale è chiaramente il caso delle autorità amministrative indipendenti che sono state istituite in questi ultimi anni, della Banca d'Italia e degli organi non giurisdizionali appartenenti al potere giudiziario, quali il Consiglio superiore della magistratura (al di fuori della sua competenza disciplinare, cui è riconosciuto carattere giurisdizionale) e gli altri organi dotati di analoghe funzioni in relazione alle giurisdizioni speciali, che esercitano funzioni amministrative ancorché strumentalmente collegate all'esercizio delle funzioni giurisdizionali. Analogo è anche il caso degli organi che gestiscono le competizioni elettorali e referendarie e quello degli organi del pubblico ministero, le cui funzioni sono giudiziarie ma non giudicanti²⁶.

10. L'indicazione che emerge da queste osservazioni sembra essere nel senso di ritenere che negli ultimi cinquant'anni vi è stata, in Italia, fra gli operatori del diritto, una notevole crescita quanto alla conoscenza dei problemi costituzionali e quanto alla sensibilità ad essi. Di questa crescita offrono testimonianza particolarmente importante, l'accresciuta fiducia della Corte costituzionale nelle prospettive di un'attuazione diretta della Costituzione che si risolve anche in forme di interpretazione adeguatrice della legge ordinaria ad opera dei potenziali giudici *a quibus* e la tendenza di questi ultimi a non accontentarsi di una semplice "delibazione" delle questioni di costituzionalità ai fini della decisione circa la loro eventuale non manifesta infondatezza.

Il ciclo iniziato nel 1956, durante il quale la Corte costituzionale ha svolto un'importante opera di educazione dei giuristi italiani – e di riflesso dell'intero popolo italiano – a quella cultura costituzionale che l'Assemblea costituente aveva immesso nei circuiti della vita politica, amministrativa e forense, rafforzando le gracili radici che le derivavano dalle rare ricerche precedentemente condotte dagli studiosi, appare concluso, nel senso che il profondo fossato che esisteva all'inizio di questa fase fra coloro che lavoravano al Palazzo della Consulta e un nucleo assai ristretto di giuristi che commentavano le loro decisioni, da un lato, e la grande massa di coloro che, pur essendo privi di un'adeguata cultura costituzionale, lavoravano in Parlamento, nelle amministrazioni e nel foro, dall'altro lato, può dirsi ormai colmato.

Questa confortante conclusione aveva ricevuto, del resto, una sostanziale conferma nella spinta manifestatasi nell'ambito della Commissione bicamerale per le riforme istituzionali che lavorò nel 1997 (nella quale, invero, i costituzionalisti che maggiormente erano stati partecipi di questa evoluzione non esercitavano davvero un ruolo preminente) a investire la Corte di ogni genere di funzioni, fin quasi a rischiare di soffocarla per troppa fiducia, quasi riconoscendo ad essa facoltà taumaturgiche²⁷. L'evoluzione successiva, che ha messo purtroppo in luce atteggiamenti di segno assai diverso, ha rimesso in qualche misura in discussione molti punti che sembravano acquisiti. L'avvenire ci dirà quali fra questi sintomi contrastanti siano destinati a trovare conferma nell'evoluzione futura.

Le prassi che possono far pensare ad una sorta di evoluzione del modello italiano di giustizia costituzionale verso forme maggiormente caratterizzate come controllo diffuso

²⁶ Solo parzialmente diverso è il caso degli arbitri, recentemente risolto da Corte cost., 28 novembre 2001, n.376, in *Foro it.*, 2002, I, 1648, nel senso della loro legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità.

²⁷ Cfr., fra i molti, R.GRANATA, *La giustizia costituzionale nel 1997* (conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale), in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p.2903 ss.; R.ROMBOLI, *La giustizia e la Corte costituzionale*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La riforma costituzionale* (atti del convegno del 6-7 novembre 1998), Padova, Cedam, 1999, p.397 ss., spec. pp.433 ss., 455-460.

e/o come controllo concreto costituiscono un effetto di questa maturazione. Esse non rappresentano peraltro una modificazione del modello stesso, ma soltanto un affinamento delle soluzioni tecniche che lo caratterizzano.

SOBRE LA INTRODUCCIÓN HIPOTÉTICA DEL
RECURSO INDIVIDUAL ANTE EL CONSEJO
CONSTITUCIONAL

Louis Favoreu*

La cuestión de la introducción de un recurso directo de inconstitucionalidad abierto a los particulares en nuestro sistema de justicia constitucional no ha sido nunca abordada en calidad de tal en Francia¹. La mayoría de las veces lo que hay es una gran confusión, no sólo en la clase política, sino también en la doctrina, en cuanto a las diversas vías de acceso a la justicia constitucional.

I

Durante mucho tiempo unos y otros se han referido exclusivamente al ejemplo americano —todavía hoy sólo a veces citado en ciertas obras—, interpretándolo a menudo de manera bastante errónea, como abriendo a todo individuo la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de una ley ante el Tribunal Supremo.

A esta presentación ya inexacta —pues, como se sabe, un individuo no tiene más que una probabilidad ínfima de que su caso sea juzgado por el Tribunal Supremo Federal, no aceptando éste examinar más que unos cuarenta casos constitucionales sobre los cinco mil asuntos que le son sometidos cada año— se añade algunas veces la creencia de que el Tribunal puede conocer directamente y que resuelve, como en Francia, sobre la regularidad de leyes nacionales o federales, lo que, de hecho, es excepcional.

* Traducción del francés de Paloma Requejo Rodríguez, profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

¹ La cuestión no ha sido nunca abordada en calidad de tal en Francia, es decir, en tanto reforma aplicable al caso francés. Hace diez años, no obstante, el tema del recurso individual fue objeto de la primera parte del coloquio internacional organizado en Aix a iniciativa nuestra (Coloquio del 12 al 13 de julio de 1991, Tribunales constitucionales y derechos fundamentales. Primera parte: El acceso directo a la protección: técnicas y resultados): a partir de las experiencias alemanas, austriacas, españolas y belgas se discutió, de manera general, la utilidad y la oportunidad de un recurso de este tipo (*Annuaire international de justice constitutionnelle*, VII, 1991, pp. 89-175). La discusión había de hecho comenzado ya en una jornada de estudio mantenida en Lovaina en febrero de 1990 bajo la dirección de Francis Delpérée («Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel», *Economica et Bruylant*, 1991).

De ahí ha nacido indudablemente la concepción francesa de la justicia constitucional, únicamente centrada en el control de constitucionalidad de las leyes ejercido por un Tribunal Supremo a la americana y alimentada por una serie de proposiciones de leyes constitucionales formuladas entre las dos guerras y después de la Segunda Guerra, pretendiendo instaurar un recurso directo contra la ley ante un «Tribunal Supremo» a la americana, en realidad un Tribunal Constitucional a la europea. Es la tradición de la falsa imitación del Tribunal Supremo. La mitología del control de constitucionalidad de las leyes en Francia se ha nutrido igualmente de las repercusiones de la obra de Edouard Lambert sobre «el gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en Estados Unidos»². De esta obra notable, sobre todo, se ha retenido el título: el «gobierno de los jueces», apareciendo en lo sucesivo como un fantasma o un «espectro» que hace falta condenar, sobre todo después de que el enfrentamiento entre Roosevelt y el Tribunal Supremo, en el curso de los años treinta, haya parecido confirmar esta desconfianza.

Desde entonces, a partir de entre las dos guerras, el control de constitucionalidad de las leyes aparece como un instrumento de conservación social, susceptible de obstaculizar las reformas. El mito del «gobierno de los jueces» está anclado en adelante en la conciencia colectiva de la izquierda: ¿no es significativo a este respecto que en otoño de 1981 el entonces secretario general del Partido Socialista hubiera declarado a propósito de una amenaza de censura de la ley sobre las nacionalizaciones «nunca una reforma ha sido parada por un Tribunal Supremo»?

La paradoja radica, sin embargo, en que entonces mismo, cuando se denuncia la intervención de un Tribunal Supremo, las proposiciones de reforma del Consejo Constitucional —especialmente formuladas en el «programa común de gobierno»— pretenden instaurar un «verdadero Tribunal Supremo». Lo que muestra la persistencia de una confusión de ideas debida al hecho de que el desconocimiento del Derecho comparado —particularmente del Derecho constitucional comparado europeo— aún es todavía grande.

II

Pero he ahí que en el curso de los años ochenta algunos constitucionalistas tienen la repentina revelación de la existencia de un modelo europeo de

² *L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, París, Giard, 1921.

justicia constitucional ilustrado por la existencia de poderosos Tribunales Constitucionales en diversos Estados vecinos de Francia. Desde entonces, el «retraso» francés en materia de acceso de los individuos a la justicia constitucional es estigmatizado en comparación a estos casos ejemplares, antes que en comparación al caso americano. Cuando las experiencias alemana, italiana, austriaca, española o portuguesa eran hasta entonces ignoradas — a pesar de los esfuerzos de equipos trabajando particularmente en la puesta a punto del *Annuaire international de justice constitutionnelle*— de repente son invocadas y citadas como ejemplo para señalar mejor con el dedo al «mal alumno» francés.

El problema es que la invocación de ejemplos extranjeros es a menudo bastante peligrosa en derecho comparado, puesto que éstos que acuden a él no conocen la mayoría de las veces el contexto propio de cada país. Así, referirse a la institución española del *amparo* — que permite a todo individuo recurrir ante el Tribunal Constitucional por la violación de sus derechos fundamentales — para mostrar que, a diferencia de lo que pasa en Francia, el acceso de los individuos al control de las leyes está ampliamente abierto, constituye un error de talla en la medida en que el *amparo* está abierto contra actos administrativos y jurisdiccionales... pero no contra las leyes. E incluso, como veremos más adelante, cuando existe un recurso directo contra las leyes, no se puede deducir de ello consecuencias imaginadas por los nuevos conversos.

Se ha pasado en Francia de un extremo a otro. Hasta los años setenta, muchos juristas no consideraban como anormal la situación francesa caracterizada por una ausencia de control de la ley conforme a nuestra tradición y algunos de ellos se contentaban con ponderar un control a la americana («mal madurado») con el desprecio más grande hacia el Consejo Constitucional. A partir del momento en que éste comienza a ejercer un control original y cada vez más eficaz, los nuevos conversos han reclamado que haga mucho más, colocando en paralelo el carácter restringido de su jurisdicción y la generosa apertura del acceso al juez constitucional en el extranjero. Sin percibir que la susodicha apertura no concernía al control de las leyes — lo único que interesa a los juristas franceses —, sino a otros actos o comportamientos. Sin querer remarcar igualmente que muchos países de la Unión Europea no permiten ningún control de la ley³.

³ Para un cuadro reciente, cf. L. FAVOREU, «Le contrôle de constitutionnalité des lois en Europe de l'Ouest, La documentation française», *Cahiers français*, n.º 299, 2001.

El complejo de inferioridad observado entre numerosos miembros de la doctrina en Francia es irrazonable e irracional; la ocasión es, por consiguiente, buena para intentar clarificar lo que constituye, para los turiferarios del control abierto, el *nec plus ultra*, a saber, el recurso directo de inconstitucionalidad abierto a los individuos.

El ejercicio va a consistir en situarse en el contexto francés y en verificar a qué conduciría la inserción en este contexto del «arma absoluta»: el recurso directo abierto a los individuos contra las leyes.

III

Esto es lo único que se ha percibido en Francia como existente en el extranjero cuando, como se va a constatar, no representa más que una parte endeble de la actividad jurisdiccional de los Tribunales constitucionales.

Los principales ejemplos son ofrecidos por los sistemas alemán, austriaco y belga.

En efecto, aunque muchas veces llamada a resolver sobre la constitucionalidad de las leyes, la Corte italiana está sometida, como se sabe, al sesgo de la remisión por los tribunales ordinarios de cuestiones prejudiciales de inconstitucionalidad, según el sistema llamado de «control concreto de las normas». La creación de un recurso directo, a la manera alemana o austriaca, ha sido considerada en el momento de la vasta reforma constitucional estudiada por la «Comisión bicameral»⁴. Pero la institución de un recurso tal ha sido rechazada con gran alivio de la Corte constitucional que temía ser literalmente «asfixiada» por la afluencia de recursos, cuando ya tiene una intensa actividad. Algunos incluso se han preguntado si una reforma tal no habría sido proyectada con este fin por los adversarios de la Corte.

En cuanto a los recursos directos alemán y austriaco, es interesante señalar, para nuestro propósito, que tanto uno como otro llegan muy raramente al examen de fondo de la constitucionalidad de la ley y todavía menos a menudo a la invalidación de la ley. Esto resulta de las severas condiciones de admisibilidad derivadas del carácter subsidiario del recurso directo y del rigor del control. Así, en 1999, en Austria, sobre 81 «requerimientos individuales» sometidos al Tribunal, tres han sido examinados en el fondo y uno

⁴ A. Pizzorusso, «La présentation de la Cour constitutionnelle italienne», *Cahiers du Conseil constitutionnel* n.º 6, 1999, especialmente p. 35; R. Romboli (D.), E. Rossi, R. Tarchi, *La Corte costituzionale nei lavori della commissione bicamerale*, Giappichelli, Turin, 1998.

solo ha dado lugar a la invalidación. En el mismo tiempo, 2373 decisiones han sido adoptadas sobre recursos directos contra actos administrativos individuales.

Cifras parecidas pueden avanzarse para la República Federal de Alemania: muy pocos recursos conciernen a las leyes; en compensación, muchos miles de recursos, dando lugar a miles de decisiones, se han dirigido contra actos jurisdiccionales.

En Bélgica, desde 1989, los particulares pueden someter a la Corte de Arbitraje recursos directos de anulación contra actos legislativos (leyes nacionales, decretos y ordenanzas emanadas de autoridades legislativas de las comunidades). En 1999, la Corte ha dictado 39 decisiones sobre recursos de particulares. En el mismo tiempo, 82 decisiones se han pronunciado sobre la remisión de cuestiones prejudiciales.

IV

Los tres ejemplos rápidamente expuestos invitan a la reflexión, desde el momento en que, sobre todo, se plantea la cuestión —teórica, en estas condiciones— de extender las soluciones así adoptadas a Francia.

Primera constatación turbadora: los recursos individuales contra las leyes son muy poco numerosos —menos de una centena—, cuando, al mismo tiempo, se someten a los Tribunales alemán y austriaco miles de requerimientos individuales dirigidos contra actos infralegislativos.

¿Qué se puede deducir de ello? En primer lugar, es posible avanzar una explicación según la cual condiciones de admisibilidad muy estrictas desalientan a los recurrentes. Pero ¿por qué cuando el 99% de los recursos dirigidos contra actos infralegislativos son rechazados, los demandantes continúan introduciendo requerimientos a miles?

Resulta obligado entonces considerar la hipótesis según la cual el recurso individual contra la ley no presenta un mayor interés para los particulares. Pero una reflexión tal es iconoclasta y será ciertamente criticada muy severamente. Entonces ¿cuál es la explicación?

La pregunta no se ha planteado nunca de esta manera y es difícil responderla; pero se espera con impaciencia las respuestas que serán propuestas por los que saben. Por nuestra parte, mientras esperamos estas explicaciones, nos quedamos con la respuesta precedente, a menos que se considere que la existencia de plazos cortos (6 meses o un año) tiene una influencia (v. *infra*), al menos en el caso belga y alemán.

V

Supongamos ahora que se quiere introducir en Francia el recurso individual contra la ley.

Hay que señalar, en primer lugar, que hasta aquí nadie ha hecho esta propuesta en Francia. Efectivamente, sin duda algunos se han abstenido de hacerlo por prudencia y con conocimiento de causa; pero la mayoría no lo han hecho por ignorancia.

¿Cuáles serían las condiciones de la introducción de este nuevo recurso en el actual contexto francés? Parece que debemos entregarnos a un ejercicio de prospectiva, pues la introducción de un recurso directo no ha sido considerada concretamente hasta el presente. Pero no se procederá aquí a examinar todas las modalidades de introducción de un mecanismo tal, sino únicamente las principales o las que susciten problemas particulares.

Primera pregunta: ¿Todas las leyes podrán ser objeto de un recurso directo o solamente, por ejemplo, las leyes votadas a partir de la reforma? En 1990, para un tipo de reforma muy diferente, es cierto, no fue fijada ninguna fecha. Además, si se entiende por «leyes» el conjunto de actos legislativos, se abre un campo enorme al control. Los constituyentes belgas y alemanes⁵ han precisado que los actos legislativos no podrán ser impugnados más que en el plazo de seis meses y de un año (reducido a un mes en ciertos casos) siguiente a su publicación respectivamente. Es una sabia medida que debería imponerse si el recurso directo fuera introducido en Francia; un plazo de seis meses sería conveniente. Eso resuelve evidentemente otro problema planteado más arriba: solo las leyes «parlamentarias» serían susceptibles de recurso.

Segunda pregunta: ¿Hace falta fijar un límite en cuanto a los motivos del recurso individual? Se observará inmediatamente que los Tribunales alemán y austriaco no pueden conocer más que en caso de ataque a los derechos fundamentales del demandante; este ataque no puede ser potencial, sino necesariamente actual y efectivo. La reglamentación belga parece menos restrictiva, pues otros motivos pueden ser invocados junto a los derechos fundamentales. Pero los derechos fundamentales invocados no son más que tres: igualdad, libertad de enseñanza y no discriminación.

⁵ En compensación, no hay plazo en Austria y, por tanto, hay menos de una centena de recursos por año.

Parece aquí que la solución francesa podría incorporar las soluciones alemana y austriaca, sobre todo cuando ésta es la solución que se había preconizado en 1990. Desde entonces la noción de derechos fundamentales se ha precisado, lo que podría facilitar las cosas.

Tercera pregunta: ¿El recurso individual debe ser «subsidiario», es decir, no admisible más que si no hay otros recursos posibles?

Esta es la regla en los casos alemán y austriaco: los demandantes deben agotar todas las otras vías de recursos posibles y «agotar todo rodeo exigible». La actitud tan exigente de los dos Tribunales conduce a que el número de recursos admisibles sea de los más pobres.

Parece razonable ir en el mismo sentido, obligando a utilizar todas las vías de recursos posibles antes de introducir el recurso directo.

VI

Examinemos ahora la posibilidad de introducir el recurso directo en el actual sistema francés de justicia constitucional, tomando en consideración las tres condiciones precedentemente evocadas: leyes votadas en el plazo de seis meses, ataque a los derechos fundamentales, subsidiariedad de los recursos.

Un primer problema se plantea por la existencia de control *a priori* que es la característica del sistema francés. En primer lugar, parece razonable considerar que las leyes controladas a través del recurso previo no pueden ser de nuevo impugnadas. Sin embargo, debe ser clarificada la cuestión de la impugnabilidad de las disposiciones no examinadas expresamente por el Consejo Constitucional, pero de las que haya podido declarar que no había lugar a suscitar a propósito de las mismas un problema de constitucionalidad. Es un debate clásico que nosotros no retomaremos aquí⁶, nos contentamos con recordarlo, subrayando, no obstante, que la evolución de la jurisprudencia del Consejo Constitucional tiende a limitar el alcance de la autoridad de cosa juzgada⁷. Sin embargo, esto no debería jugar, evidentemente, para las leyes orgánicas, de las que se admite que el control obligatorio es total; las leyes orgánicas deberían, por consiguiente, ser excluidas del control activado por el recurso individual, estando reservado éste para las leyes ordinarias.

⁶ Cf. Th. Di Manno, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica-PUAM, 1994.

⁷ Lo que ha sido hecho, parece, en la perspectiva de la reforma proyectada en 1990.

La existencia de control *a priori* suscita otra cuestión: en efecto, un control tal no se justifica más que en la medida en que las decisiones sobrevengan en unos plazos breves, siempre respetados. La experiencia española ha mostrado⁸, en efecto, que el control *a priori* está condenado a corto plazo, si el juez constitucional acuerda plazos suplementarios, durante los que se suspende la aplicación de las leyes votadas. Esto indica, por consiguiente, que el Consejo Constitucional tiene tiempo de continuar resolviendo en el plazo de un mes —y algunas veces de ocho días—, los recursos *a priori*, examinando muchas decenas de requerimientos individuales, al menos desde el punto de vista de su admisibilidad. Se puede pensar, en efecto, que en la medida en que las leyes promulgadas no podrían ser atacadas más que el plazo de seis meses (plazo propuesto más arriba), el número de recursos directos estaría al mismo nivel que en los tres países atrás citados: si se excluyen, en efecto, las leyes orgánicas y las leyes controladas *a priori* por el Consejo Constitucional, el número de leyes susceptibles de ser cuestionadas será a lo sumo de algunas decenas. Si se considera que muchos recursos pueden apoyarse en la misma ley o en la misma serie de disposiciones legislativas, el número de asuntos a examinar, primero bajo el ángulo de la admisibilidad —eventualmente por formaciones compuestas de tres jueces— y luego en el fondo, no debería ser considerable (sobre todo, puesto que en realidad en Alemania y Austria la casi totalidad no pasa la frontera de la admisibilidad).

VII

Supongamos que el problema sea planteado en los términos que acabamos de exponer⁹. ¿Esto es suficiente para «barrer» todas las objeciones a la introducción de un recurso individual en Francia?

En realidad, persisten objeciones de gran importancia.

En primer lugar, objeciones de principio.

Admitir un recurso tal es renunciar a la inmunidad jurisdiccional de la ley promulgada. Ahora bien, desde un punto de vista institucional, esto forma parte, de alguna manera, de nuestra herencia republicana, y de otra parte, está ligado a la idea de seguridad jurídica, pues constituye una garantía. En el estado actual del derecho positivo, cada uno está en su derecho de

⁸ Había sido previsto un control *a priori* de las leyes orgánicas en España.

⁹ Lo que no puede ser una certeza, pues los recursos directos en Francia pueden ser más numerosos que en Alemania y Austria.

considerar que la estabilidad de la ley promulgada está asegurada y que se puede construir proyectos sobre la base de esta ley. Ciertamente, hoy el famoso control de «convencionalidad» permite a las jurisdicciones ordinarias rechazar una ley contraria a la Convención europea de Derechos Humanos: pero la ley deja de ser aplicada en un único caso y sigue siendo válida en todos los demás. Mientras que la declaración de inconstitucionalidad mediante recurso directo tiene normalmente efectos *erga omnes*.

Otra objeción de principio: la introducción del recurso directo haría más pesada la sujeción, ya importante, del Parlamento legislador al control del juez, reduciendo de este modo en la misma proporción la autonomía de dicho Parlamento. Los partidarios del «siempre más»¹⁰ olvidan la mayoría de las veces que el examen *a priori*, tal y como hoy lo asegura el Consejo Constitucional, es uno de los controles más apremiantes que existen en Derecho comparado. La ley votada por el Parlamento se situaría todavía más bajo la vigilancia del Consejo Constitucional: es verdad que ciertos responsables políticos siguen hasta proponiendo que el Consejo Constitucional ¡controle todas las leyes!¹¹ Lo que evidentemente suprimiría toda interrogación sobre la introducción de un control *a posteriori* y transformaría al Consejo Constitucional en Senado del Imperio.

Otras objeciones son de orden técnico.

En primer lugar, ¿cómo hacer funcionar al mismo tiempo y de manera satisfactoria, control *a priori* y control *a posteriori* (pregunta ya evocada más arriba)?

¿Qué sucedería luego con las leyes promulgadas, pero deferidas al Consejo Constitucional algunos meses, incluso algunas semanas o días después de su promulgación? Podemos imaginar que en el curso del periodo de espera que seguiría, sin duda serían suspendidos algunos procedimientos, tales como, por ejemplo, la redacción y la expedición de decretos de aplicación.

En fin, si se traza una suerte de balance costes-beneficios, ¿vale la pena correr el riesgo de bloquear el funcionamiento del control *a priori* y cuestionar la seguridad jurídica por un resultado que en Alemania y en Austria se resume algunas veces en una sola invalidación de disposiciones legislativas por año?

¹⁰ Que, casi siempre, desearían incluir también los compromisos internacionales en el bloque de constitucionalidad, lo que no hará más que entorpecer la sujeción.

¹¹ Declaración del ministro Jack Lang, *Le Monde*, el 14 de febrero de 2001.

VII

¿Significa que estas objeciones son absolutamente decisivas y que es imposible hacer caso omiso?

No es esto lo que sostenemos, pero es importante tener presente el conjunto de parámetros de una operación a realizar antes de efectuarla. Hemos intentado proporcionar lo esencial, sin pretender haber formulado la lista completa de estos parámetros: esto merecería sin ninguna duda un estudio más en profundidad.

En todas las hipótesis, después de esta perspectiva no realizada hasta ahora en lo que sabemos, destaca una impresión: la introducción de un recurso directo, en las condiciones precisadas más arriba, parece, en definitiva, más factible que la de un procedimiento de reenvío prejudicial por los tribunales ordinarios al modo italiano o al francés (versión 1990), en la medida en que no perturbaría el funcionamiento de dichos tribunales y de sus jurisdicciones supremas, ni les inclinaría a practicar un control anterior de constitucionalidad.

En la medida también en que el número de leyes susceptibles de ser impugnadas sería mucho más reducida, la seguridad jurídica sería menos perturbada por el recurso directo que por la cuestión prejudicial de constitucionalidad, salvo si ésta, como hemos propuesto¹², no pudiera ser planteada más que por el Consejo de Estado o por el Tribunal de casación.

¹² «La question préjudicielle de constitutionnalité. Retour sur un débat récurrent», *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ-Montchrestien, 1999, pp. 265-273.

SUR L'INTRODUCTION HYPOTHÉTIQUE DU RECOURS INDIVIDUEL DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

par Louis FAVOREU

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
Directeur du Groupe d'Études et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle CNRS 6055*

La question de l'introduction d'un recours direct en inconstitutionnalité ouvert aux particuliers dans notre système de justice constitutionnelle, n'a jamais été abordée en tant que telle en France¹. C'est qu'il y a le plus souvent une grande confusion, non seulement dans la classe politique mais aussi en doctrine, quant aux diverses voies d'accès à la justice constitutionnelle.

I - Longtemps les uns et les autres se sont référés exclusivement à l'exemple américain —encore aujourd'hui parfois seul cité dans certains ouvrages— en l'interprétant de manière assez souvent erronée comme ouvrant la possibilité à tout individu de contester la constitutionnalité d'une loi devant la Cour Suprême.

A cette présentation déjà inexacte —car, comme on le sait, un individu n'a qu'une chance infime de faire juger son cas par la Cour Suprême fédérale, celle-ci n'acceptant d'examiner qu'une quarantaine de cas constitutionnels sur les cinq mille affaires qui lui sont soumises chaque année— s'ajoute parfois la croyance que la Cour peut être saisie directement et qu'elle statue, comme en France, sur la régularité des lois nationales ou fédérales, ce qui, en fait, est exceptionnel.

De là est née certainement la conception française de la justice constitutionnelle, uniquement centrée sur le contrôle de constitutionnalité des lois exercé par une Cour suprême à l'américaine et nourrie par une série de propositions de lois constitutionnelles formulées entre les deux guerres et après la Seconde Guerre, visant à instaurer un recours direct contre la

¹ La question n'a jamais été abordée en tant que telle en France, c'est-à-dire en tant que réforme applicable au cas français. Il y a dix ans cependant le thème du recours individuel a fait l'objet de la première partie du colloque international organisé à Aix à notre initiative (Colloque des 12-13 juillet 1991, Cours constitutionnelles et droits fondamentaux - 1ere partie L'accès direct à la protection: techniques et résultats): à partir des expériences allemande, autrichienne, espagnole et belge, il a été discuté, de manière générale, de l'utilité et de l'opportunité d'un tel recours (*Annuaire international de justice constitutionnelle*, VII-1991 pp. 89-175). La discussion avait en fait commencé lors d'une journée d'études tenue à Louvain en février 1990 sous la direction de Francis Delpérée («*Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*», Economica et Bruylant 1991).

loi devant une «Cour suprême» à l'américaine, en réalité une Cour constitutionnelle à l'européenne. C'est la tradition de la fausse imitation de la Cour suprême. La mythologie du contrôle de constitutionnalité des lois en France est également nourrie de toutes les retombées de l'ouvrage d'Edouard Lambert sur «le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis»². De cet ouvrage remarquable, il a été surtout retenu le titre: le «gouvernement des juges» apparaissant désormais comme un épouvantail ou un «spectre» qu'il faut condamner surtout après que l'affrontement entre Roosevelt et la Cour suprême ait, au cours des années trente, paru confirmer cette méfiance.

Dès lors, à partir de l'entre-deux guerres, le contrôle de constitutionnalité des lois apparaît comme un instrument de conservation sociale, susceptible de faire obstacle aux réformes. Le mythe du «gouvernement des juges» est désormais ancré dans la conscience collective de la gauche: n'est-il pas significatif à cet égard qu'à l'automne 1981, l'actuel Premier ministre —alors Secrétaire général du Parti socialiste— ait déclaré à propos d'une menace de censure de la loi sur les nationalisations «jamais une réforme n'a été arrêtée par une Cour suprême»?

Le paradoxe est, cependant, qu'alors même qu'est dénoncée l'intervention d'une Cour suprême, les propositions de réforme du Conseil constitutionnel —notamment formulées dans le «programme commun de gouvernement»— visent à instaurer une «véritable Cour suprême». Ce qui montre la persistance d'une confusion dans les esprits due au fait que la méconnaissance du droit comparé —particulièrement du droit constitutionnel comparé européen est toujours aussi grande.

II - Mais voilà qu'au cours des années quatre-vingt, quelques constitutionnalistes ont la brusque révélation de l'existence d'un modèle européen de justice constitutionnelle illustré par l'existence de puissantes Cours constitutionnelles dans divers États voisins de la France. Dès lors, le «retard» français en matière d'accès des individus à la justice constitutionnelle, est stigmatisé au regard de ces cas exemplaires, plutôt qu'au regard du cas américain. Alors que les expériences allemande, italienne, autrichienne, espagnole ou portugaise étaient jusque-là ignorées —malgré les efforts des équipes travaillant notamment à la mise au point de l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*— elles sont tout d'un coup invoquées et citées en exemple pour mieux montrer du doigt le «mauvais élève» français.

Le problème est que l'invocation d'exemples étrangers est assez souvent périlleux en droit comparé dès lors que ceux qui y ont recours ne connaissent pas le plus souvent le

² *L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921.

contexte propre à chaque pays. Ainsi, se référer à l'institution espagnole de l'*amparo* —qui permet à tout individu de se plaindre, auprès du Tribunal constitutionnel, de la violation de ses droits fondamentaux— pour montrer qu'à la différence de ce qui se passe en France, l'accès des individus au contrôle des lois est largement ouvert, constitue une erreur de taille dans la mesure où l'*amparo* est ouvert contre les actes administratifs et juridictionnels... mais non contre les lois. Et même, comme nous le verrons plus loin, lorsqu'existe un recours direct contre les lois, on ne peut en tirer les conséquences imaginées par les nouveaux convertis.

On est passé en France d'un extrême à l'autre. Jusqu'aux années soixante dix, beaucoup de juristes ne considéraient pas comme anormale la situation française caractérisée par une absence de contrôle de la loi conforme à notre tradition, et certains d'entre eux se contentaient de prôner un contrôle à l'américaine («mal digéré») avec le plus grand mépris pour le Conseil constitutionnel. A partir du moment où celui-ci s'est mis à exercer un contrôle original et de plus en plus efficace, les nouveaux convertis ont réclamé qu'il en fasse beaucoup plus en mettant en parallèle le caractère restreint de sa saisine et la généreuse ouverture de l'accès au juge constitutionnel à l'étranger. Sans s'apercevoir que ladite ouverture ne concernait pas le contrôle des lois — seule chose qui intéresse les juristes français — mais d'autres actes ou comportements. Sans vouloir remarquer également que plusieurs pays de l'Union européenne ne permettent *aucun* contrôle de la loi³.

Le complexe d'infériorité observé chez de nombreux membres de la doctrine en France est irraisonné et irraisonnable; l'occasion est donc bonne de tenter de clarifier ce qui constitue, pour les thuriféraires du contrôle ouvert, le *nec plus ultra*: à savoir le recours direct en inconstitutionnalité ouvert aux individus.

L'exercice va consister à se situer dans le contexte français et à vérifier ce à quoi conduirait l'insertion dans un tel contexte, de «l'arme absolue»: le recours direct ouvert aux individus contre les lois.

III – C'est ce qui est uniquement perçu en France comme existant à l'étranger alors que, comme il va être constaté, ceci ne représente qu'une faible partie de l'activité juridictionnelle des cours constitutionnelles.

Les principaux exemples sont offerts par les systèmes allemand, autrichien et belge.

³ Pour un tableau récent, cf. L. FAVOREU, *Le contrôle de constitutionnalité des lois en Europe de l'Ouest*, La documentation française, Cahiers français n° 299, 2001.

En effet, bien que souvent appelée à statuer sur la constitutionnalité des lois, la Cour italienne est saisie, comme on le sait, par le biais de renvois, par les tribunaux ordinaires, de questions préjudicielles de constitutionnalité, selon le système dit du «contrôle concret des normes». La création d'un recours direct, à la manière allemande ou autrichienne, a été envisagée lors de la vaste réforme constitutionnelle étudiée par la «Commission bicamérale»⁴. Mais l'institution d'un tel recours a été rejetée au grand soulagement de la Cour constitutionnelle qui craignait d'être littéralement «étouffée» sous l'afflux des recours alors qu'elle a déjà une intense activité. Certains se sont même posé la question de savoir si une telle réforme n'avait pas été envisagée à cette fin par les adversaires de la Cour.

Les recours directs allemand et autrichien sont étudiés dans la même livraison et il ne nous appartient donc pas de les décrire. Il est intéressant cependant de noter, pour notre propos, que l'un comme l'autre aboutissent très rarement à l'examen au fond de la constitutionnalité d'une loi et encore moins souvent à l'invalidation de la loi. Ceci résulte des conditions très sévères de recevabilité découlant du caractère subsidiaire du recours direct et de la rigueur du filtrage. Ainsi, en 1999, en Autriche, sur 81 «requêtes individuelles» soumises à la Cour, trois ont été examinées au fond et une seule a donné lieu à invalidation. Dans le même temps, 2373 décisions ont été rendues sur recours direct contre des actes administratifs individuels⁵.

Des chiffres semblables peuvent être avancés pour la République fédérale d'Allemagne: très peu de recours concernent les lois; en revanche, plusieurs milliers de recours, donnant lieu à des milliers de décisions, sont dirigés contre les actes juridictionnels.

En Belgique, depuis 1989, la Cour d'arbitrage peut être saisie de recours directs en annulation contre des actes législatifs (lois nationales, décrets et ordonnances émanant d'autorités législatives des communautés) par des particuliers. En 1999, la Cour a rendu 39 arrêts sur recours de particuliers. Dans le même temps, 82 arrêts ont été prononcés sur renvoi de questions préjudicielles.

⁴ A. PIZZORUSSO, La présentation de la Cour constitutionnelle italienne, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 6, 1999, spécialement p. 35 ; R. ROMBOLI (D.), E. ROSSI, R. TARCHI, *La Corte costituzionale nei lavori della commissione bicamerale*, Giappichelli, Turin, 1998.

⁵ Rapport autrichien: «En raison des limitations relativement étroites, les requêtes individuelles ne sont en définitive que rarement considérées comme recevables par la Cour constitutionnelle. Elle sont rejetées dans l'immense majorité des cas».

IV – Les trois exemples rapidement exposés invitent à la réflexion, dès lors surtout que se pose la question -théorique en l'état- d'une extension des solutions ainsi adoptées en France.

Première constatation troublante: les recours individuels contre des lois sont très peu nombreux –moins d'une centaine– alors que les Cours allemande et autrichienne sont, dans le même temps, saisies de plusieurs milliers de requêtes individuelles dirigées contre des actes infra-législatifs.

Que peut-on en déduire ? Il est tout d'abord possible d'avancer l'explication selon laquelle les conditions de recevabilité très strictes découragent les requérants. Mais pourquoi alors que 99% des recours dirigés contre des actes infra-législatifs sont rejetés, les plaignants continuent-ils à introduire des requêtes par milliers?

Force est alors d'envisager l'hypothèse selon laquelle le recours individuel contre la loi ne présente pas un intérêt majeur pour les particuliers. Mais une telle réflexion est iconoclaste et sera certainement critiquée très sévèrement. Alors quelle est l'explication?

La question n'ayant jamais été posée de cette manière, il est difficile d'y répondre; mais on attend avec impatience les réponses qui seront proposées par ceux qui savent. Pour notre part, nous en restons, en attendant ces explications, à la réponse précédente à moins de considérer que l'existence de délais courts (6 mois ou un an) ait une influence (v. *infra*), du moins dans les cas belge et allemand.

V – Supposons maintenant que l'on veuille introduire en France le recours individuel contre la loi.

Il est à remarquer, tout d'abord, que jusqu'ici nul n'a fait cette proposition en France. En fait, sans doute quelques uns se sont-ils abstenus de le faire par prudence, et en connaissance de cause; mais la plupart ne l'ont pas fait par ignorance. Cela ne pourra plus être le cas à compter de la publication de la présente série d'études, du moins peut-on l'espérer.

Quelles seraient les conditions d'introduction de ce nouveau mode de saisine dans le contexte français actuel? C'est à un exercice de prospective qu'il nous faut nous livrer car, semble-t-il, la mise en place d'un recours direct n'a pas été envisagée concrètement jusqu'à présent. Mais il ne s'agit pas ici d'examiner toutes les modalités de l'introduction d'un tel

mécanisme mais uniquement les principales ou celles qui soulèvent des problèmes particuliers.

Première question: toutes les lois pourront-elles faire l'objet d'un recours direct ou seulement, par exemple, les lois votées à partir de la réforme? En 1990, pour un tout autre type de réforme il est vrai, aucune date n'avait été fixée. En outre, si l'on entend par «lois» l'ensemble des actes législatifs, c'est un énorme champ qui s'ouvrirait au contrôle. Les constituants belge et allemand⁶ ont précisé que les actes législatifs ne pouvaient être mis en cause que dans le délai de six mois suivant leur publication pour le premier et d'un an pour le second (réduit à un mois dans certains cas). C'est une mesure sage qui devrait s'imposer si le recours direct était introduit en France ; et un délai de six mois serait convenable. Cela résout évidemment un autre problème posé plus haut: seules les lois «parlementaires» seraient susceptibles de recours.

Deuxième question: faut-il fixer une limite quant aux motifs de recours individuel? On observera immédiatement que les Cours allemande et autrichienne ne peuvent être saisies qu'en cas d'atteinte aux droits fondamentaux du requérant, cette atteinte ne pouvant être potentielle mais nécessairement actuelle et effective. La réglementation belge paraît moins restrictive car d'autres moyens peuvent être invoqués au côté des droits fondamentaux: mais les droits fondamentaux invocables ne sont qu'au nombre de trois: l'égalité, la liberté d'enseignement et la non-discrimination.

Il semble ici que la solution française pourrait rejoindre les solutions allemande et autrichienne alors surtout qu'en 1990, c'est cette solution qui avait été préconisée. Depuis lors, la notion de droits fondamentaux s'est précisée, ce qui pourrait faciliter les choses.

Troisième question: le recours individuel doit-il être «subsidaire», c'est-à-dire n'être recevable que s'il n'y a pas d'autres recours possibles?

C'est la règle dans les cas allemand et autrichien: les requérants doivent épuiser toutes les autres voies de recours possibles, et même comme il est dit dans le rapport autrichien, «épuiser tout détour exigible». L'attitude très exigeante des deux cours conduit à ce que le nombre de recours recevables est des plus faibles.

Il paraît raisonnable d'aller dans le même sens en imposant d'utiliser toutes les voies de recours possibles avant d'introduire le recours direct.

⁶ En revanche, il n'y a pas de délai en Autriche et pourtant il y a moins d'une centaine de recours pas an.

VI – Envisageons maintenant la possibilité d'introduire le recours direct dans le système français actuel de justice constitutionnelle en prenant en considération les trois conditions précédemment évoquées: lois votées dans le délai de six mois, atteinte aux droits fondamentaux, subsidiarité des recours.

- Un premier problème est posé par l'existence du contrôle *a priori* qui est la caractéristique du système français. Tout d'abord, il paraît raisonnable de considérer que les lois contrôlées sur recours préalable ne peuvent être à nouveau mises en cause. Toutefois, doit être éclaircie la question de la contestabilité des dispositions non expressément examinées par le Conseil constitutionnel mais dont il a pu déclarer qu'il n'y avait pas lieu de soulever à leur propos un problème de constitutionnalité. C'est un débat classique que nous ne reprendrons pas ici⁷, nous contentant de l'évoquer, en soulignant cependant que l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel tend à limiter la portée de l'autorité de chose jugée⁸. Toutefois, ceci ne devrait pas jouer évidemment pour les lois organiques dont il est admis que le contrôle obligatoire est total: les lois organiques devraient donc être exclues du contrôle déclenché sur recours individuel, celui-ci étant réservé aux lois ordinaires.

L'existence du contrôle *a priori* soulève une autre question: en effet, un tel contrôle ne se justifie que dans la mesure où les décisions interviennent dans de brefs délais, toujours respectés. L'expérience espagnole a montré⁹, en effet, que le contrôle *a priori* est condamné à brève échéance si le juge constitutionnel s'accorde des délais supplémentaires, pendant lesquels la mise en application des lois votées est suspendue. Cela suppose donc que le Conseil constitutionnel ait le temps de continuer à statuer dans le délai d'un mois –et parfois de huit jours– sur les recours *a priori* tout en examinant plusieurs dizaines de requêtes individuelles, du moins du point de vue de leur recevabilité. On peut penser, en effet, que dans la mesure où les lois promulguées ne pourraient être attaquées que dans le délai de six mois (délai proposé plus haut) le nombre de recours directs serait au même niveau que dans les trois pays cités plus haut: si l'on exclut en effet les lois organiques et les lois contrôlées *a priori* par le Conseil constitutionnel, le nombre de lois susceptibles d'être mises en cause n'est au plus que de quelques dizaines. Si l'on considère que plusieurs recours peuvent porter sur la même loi ou la même série de dispositions législatives, le nombre d'affaires à examiner sous l'angle de la recevabilité d'abord –éventuellement par des formations composées de trois

⁷ Cf. Th. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica-PUAM, 1994.

⁸ Ce qui a été fait, semble-t-il, dans la perspective de la réforme projetée de 1990.

⁹ Il avait été prévu un contrôle *a priori* des lois organiques en Espagne.

juges– puis au fond, ne devrait pas être considérable (surtout au fond puisqu'en Allemagne et Autriche, la quasi-totalité ne passe pas le cap de la recevabilité).

VII – Supposons que le problème soit posé dans les termes que nous venons d'exposer¹⁰. Cela suffit-il à «balayer» toutes les objections à l'introduction d'un recours direct individuel en France?

En fait, demeurent des objections de grande importance.

Tout d'abord, des objections de principe.

Admettre un tel recours c'est renoncer à l'immunité juridictionnelle de la loi promulguée. Or, d'un point de vue institutionnel, cela fait partie, en quelque sorte, de notre héritage républicain; et d'autre part, c'est lié à l'idée de sécurité juridique dont elle constitue une garantie. En l'état actuel du droit positif, chacun est en droit de considérer que la stabilité de la loi promulguée est assurée et que l'on peut bâtir des projets sur la base de cette loi. Certes, aujourd'hui, le fameux contrôle de «conventionnalité» permet aux juridictions ordinaires d'écarter une loi contraire à la Convention européenne des Droits de l'Homme: mais la loi cesse d'être applicable dans un seul cas et reste valide dans tous les autres. Tandis que la déclaration d'inconstitutionnalité intervenant sur recours direct a normalement effet *erga omnes*.

Autre objection de principe: l'introduction du recours direct alourdirait l'assujettissement, déjà important, du Parlement législateur au contrôle du juge, diminuant ainsi d'autant l'autonomie dudit Parlement. Les partisans du «toujours plus»¹¹ oublient le plus souvent que l'examen *a priori* tel qu'il est assuré aujourd'hui par le Conseil constitutionnel est un des plus contraignants contrôles qui existent en droit comparé. La loi votée par le Parlement serait encore davantage placée sous la surveillance du Conseil constitutionnel: il est vrai que certains responsables politiques vont jusqu'à proposer que le Conseil constitutionnel contrôle toute les lois!¹² Ce qui évidemment supprimerait toute interrogation sur l'introduction d'un contrôle *a posteriori* et transformerait le Conseil constitutionnel en Sénat de l'Empire.

¹⁰ Ce qui ne peut être une certitude car les recours directs en France peuvent être plus nombreux qu'en Allemagne et Autriche.

¹¹ Qui, presque toujours, souhaiteraient inclure aussi les engagements internationaux dans le bloc de constitutionnalité, ce qui ne ferait qu'alourdir l'assujettissement.

¹² Déclarations du Ministre Jack Lang, *Le Monde*, du 14 février 2001.

D'autres objections sont d'ordre technique.

Comment tout d'abord faire fonctionner en même temps et de manière satisfaisante, contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori* (question déjà évoquée plus haut)?

Qu'advierait-il ensuite des lois promulguées mais déferées au Conseil constitutionnel quelques mois, voire quelques semaines ou jours après leur promulgation? On peut imaginer qu'au cours de la période d'attente qui suivrait, seraient sans doute suspendues quelques procédures telles que par exemple, la rédaction et l'édition des décrets d'application.

Enfin, si l'on dresse une sorte de bilan coûts-avantages, cela vaut-il la peine de risquer de bloquer le fonctionnement du contrôle *a priori* et de mettre en cause la sécurité juridique pour un résultat qui, en Allemagne et en Autriche, se résume parfois en une seule invalidation des dispositions législatives par an?

VIII – Est-ce à dire que ces objections sont absolument décisives et qu'il est impossible de passer outre?

Ce n'est pas ce que nous soutenons, mais il importe d'avoir présent à l'esprit l'ensemble des paramètres d'une opération à réaliser avant d'effectuer celle-ci. Nous avons tenté d'en donner l'essentiel sans prétendre avoir dressé la liste complète de ces paramètres: cela mériterait sans aucun doute une étude plus approfondie.

En toute hypothèse, après cette mise en perspective non réalisée jusqu'ici à notre connaissance, se dessine une impression: l'introduction d'un recours direct, dans les conditions précisées plus haut, paraît en définitive plus faisable que la mise en place d'une procédure de renvoi préjudiciel par les tribunaux ordinaires à la manière italienne ou même à la manière française (version 1990) dans la mesure où cela ne perturberait pas le fonctionnement desdits tribunaux et de leurs juridictions suprêmes, ni ne les inclinerait eux-mêmes à pratiquer un avant-contrôle de constitutionnalité.

Dans la mesure aussi où le nombre de lois susceptibles d'être mises en cause serait beaucoup plus réduit: la sécurité juridique serait moins perturbée par le recours direct que par

la question préjudiciable de constitutionnalité, sauf si celle-ci, comme nous l'avons proposé¹³ ne pouvait être introduite que par le Conseil d'État ou par la Cour de cassation.

¹³ «La question préjudiciable de constitutionnalité. Retour sur un débat récurrent», *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ-Montchrestien, 1999, pp. 265-273.

EL CONTROL PREVIO, A LOS VEINTE AÑOS DE SU SUPRESIÓN*

Pedro Cruz Villalón

SUMARIO

- I. La experiencia española con el control previo.
- II. Coordenadas de la situación actual.
 - 1. Algunas buenas razones para recuperar el control previo.
 - 2. Dificultades objetivas del control previo.
 - 3. Condiciones del control previo en un contexto de jurisdicción constitucional sucesiva.
- III. Una posible alternativa al modelo vigente desde 1985.

El primer volumen (1985) del *Anuaire Internationale de Justice Constitutionnelle* reproduce un memorable debate sobre el control previo, al hilo de la supresión del mismo que en aquellos meses estaba teniendo lugar en España¹. Dejando de lado las posiciones previas de los distintos participantes en aquella mesa redonda de 1984 en torno a las bondades de uno u otro tipo de control, el previo o el sucesivo, la discusión plantea ante todo la cuestión de fondo de la compatibilidad, o más bien incompatibilidad, entre ambos modos de control en un mismo ordenamiento: la frustrada experiencia española con el control previo es, en este sentido, juzgada con cierta severidad.

Transcurridos ya veinte años desde el abandono por parte española del más relevante de sus puntos de conexión con el modelo francés de justicia constitucional², algunas circunstancias del momento político-constitucional español permiten volver sobre esta variante del control de las leyes, a cuya explicación y difusión tantas energías dedicase Louis Favoreu a lo largo de su vida. En efecto, de un lado, el legislador se dispone a efectuar la primera reforma *generalizada* de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), sin plantearse una recuperación del control previo³. De otro,

* Este texto se ha redactado como contribución al libro homenaje a Louis Favoreu.

¹ L.O. 4/1985, de 7 de junio. La mesa redonda se celebra, sin embargo, cuando todavía las Cortes Generales están discutiendo el proyecto. Es Pierre Bon quien introduce el tema, aportando la información y valoración necesarias (pp. 83-85). En la discusión participan, además del propio Pierre Bon y Louis Favoreu, Michel Fromont, François Delpèrée, Jean Rivero, entre otros. AIJC I (1985), Table ronde internationale du 25 octobre 1984. Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité des lois», pp. 77 y ss. «Contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori*. Débat à propos de la suppression du contrôle *a posteriori* (*sic*) en Espagne», pp. 82-91.

² Cfr. L. Favoreu, «Les Cours constitutionnelles». París, 1986. M. Fromont, «La justice constitutionnelle dans le monde». París, 1996.

³ Cfr. texto de la reforma en Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG) de 25 de noviembre de 2005. Núm. 60-1. Sobre la LOTC, cfr. J.L.Requejo Pagés (ed.), Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional». Madrid, 2001. AAVV, La

cabe constatar una cierta nostalgia por esta forma de control, al menos en relación con la reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, sometidos igualmente a un generalizado proceso de reforma⁴. Todo ello, además, en un contexto en el que la mayoría parlamentaria tiene planteada una reforma de la Constitución⁵.

I. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA CON EL CONTROL PREVIO

En España no se produjo mayor polémica en torno a la disyuntiva control previo/control sucesivo de constitucionalidad de las leyes durante el proceso constituyente⁶: Los modelos que se tuvieron a la vista, tanto el alemán, como el italiano y el austriaco marcaban una única pauta, la del control sucesivo, como la más fiel a una función que quería concebirse como jurisdiccional. Sólo la circunstancia de que el recurso de inconstitucionalidad, con arreglo a la LOTC, debiera interponerse en el plazo de tres meses desde la promulgación reforzaba el carácter de un control más apegado al texto de la ley, que no a la ley en aplicación⁷: Pero, como corresponde a un control sucesivo, siempre sobre la base de una ley *perfecta* y publicada. Sólo por

jurisdicción constitucional en España. La ley orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1984. Madrid, 1995. AAVV, «Jurisdicción y procesos constitucionales», 2.^a ed. Madrid, 2000.

⁴ En la actualidad, prácticamente todas las Comunidades Autónomas se encuentran en una fase más o menos avanzada de reforma de sus Estatutos de Autonomía.

⁵ Se trata de una reforma anunciada por el presidente Rodríguez Zapatero en su primer discurso ante el Congreso de los Diputados. La reforma debe incorporar en la Constitución tanto una alusión a la integración europea como los nombres de las Comunidades Autónomas. Igualmente debe reformar el Senado de forma coherente con la descentralización del Estado y debe, finalmente, eliminar la preferencia del hombre sobre la mujer en el orden de sucesión a la Corona. El Gobierno ha puesto en marcha la reforma solicitando un informe al Consejo de Estado sobre diversos extremos relativos a la misma.

⁶ P. Bon (coord.), *Études de droit constitutionnel franco-espagnol*, París, 1994. Pamio, Verónica, «La giustizia costituzionale in Spagna», en M. Olivetti/T. Groppi, *La giustizia costituzionale in Europa*. Milán, 2003, pp. 207 ss. «La giustizia costituzionale in Spagna», en: J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, *Esperienze di giustizia costituzionale*. Turín, 2000. pp. 285 y ss. H.R. Horn/A. Weber (eds.) *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*. Baden-Baden, 1989.

⁷ Debe recordarse cómo en el caso de la Ley orgánica de armonización del proceso autonómico (LOAPA) se fijó una *vacatio legis* de cinco meses a fin de que el Tribunal pudiera pronunciarse antes de que entrara en vigor. Debe añadirse que la previsión era innecesaria dado que en aquel momento cabía el control previo, como así se hizo (STC 76/1983).

excepción, el artículo 95 CE preveía un control previo («declaración») de los tratados internacionales a solicitud del Gobierno o de cualquiera de las dos cámaras⁸.

Es la LOTC (Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre) la que introduce la polémica, al regular, junto a la «declaración» previa sobre los tratados, un «recurso previo de inconstitucionalidad» referido exclusivamente a los Estatutos de Autonomía «y demás leyes orgánicas», que la Constitución no había anticipado en absoluto⁹. El único fundamento de este proceso es la cláusula de apertura contenida en el artículo 161.1d) CE, que permitía la ampliación de las competencias del Tribunal por medio de ley orgánica, distintas de las previstas expresamente en la Constitución. La doctrina científica no tardó en reaccionar negativamente frente a esta novedad legislativa. Se sostenía, con razón, que lo que la Constitución permitía era el sometimiento de otras materias a la jurisdicción del Tribunal, pero no la transformación de la opción básica por el control sucesivo¹⁰.

En el corto número de años de su vigencia (1979-85), el control previo no fue utilizado nunca frente a un Estatuto de Autonomía. La eficacia práctica de este recurso se proyectó exclusivamente sobre las leyes orgánicas, frente a las que llegaron a interponerse seis recursos, la mayoría de ellos frente a leyes aprobadas por la II Legislatura (1982-1986), en la que el Partido Socialista disponía de una abrumadora mayoría¹¹. La disfuncionalidad de estos recursos para la actividad legislativa resultó de la incapacidad del Tribunal Constitucional para resolverlos en el plazo marcado por la LOTC

⁸ Que la LOTC no hizo incompatible con el control sucesivo.

⁹ Hay acuerdo en que el control previo se introdujo pensando más en los Estatutos de Autonomía que no en las leyes orgánicas. En los primeros meses de vigencia de la Constitución, que es cuando se aborda la redacción de la ley del Tribunal Constitucional, se está comprobando la dificultad de los primeros Estatutos (País Vasco y Cataluña).

¹⁰ Como pudiera acaso ser el contencioso electoral, o la exigencia de responsabilidad a las altas magistraturas del Estado, o la incorporación del abuso de derechos fundamentales o la prohibición de partidos políticos, por señalar algunos posibles, extraídos del derecho comparado. Cfr. Alba Navarro, Manuel, «El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica». *Revista de Derecho Político*, 1982-82, 16, pp.; Cruz Villalón, Pedro: «El control previo de constitucionalidad». *Revista de Derecho Público*, 82 (1981), pp. 15 ss.; Rolla, Giancarlo, «Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna». Nápoles, 1986, pp. 160 y ss: «Il ricorso preventivo sulle leggi organiche: una competenza anomala»; Santaolalla López, Fernando, «Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad».

¹¹ SSTC 38/1983, 76/1983, 72/1984, 53/1985, 66/1985 y 77/1985. La STC 66/1985 declaró, en vía previa, la constitucionalidad de la supresión del control previo.

(aproximadamente dos meses)¹². La respuesta de la mayoría parlamentaria fue la supresión de este proceso, que no consideraba criatura suya¹³.

Desde 1985, por tanto, el control previo quedó reducido a la específica variante de la «declaración» sobre los tratados internacionales (artículo 95 CE). El Gobierno se ha dirigido en dos ocasiones al Tribunal Constitucional a fin de que declarara si determinadas estipulaciones contenidas en tratados internacionales firmados por España son o no contrarias a la Constitución. En ambas se ha tratado de tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. En 1992 el Tribunal fue consultado exclusivamente respecto del actual artículo 19.1 del Tratado de la Comunidad Europea, en la medida en que ampliaba el sufragio pasivo a los ciudadanos comunitarios en las elecciones municipales de los Estados miembros. En dicha ocasión el Tribunal declaró que dicho precepto entraba en colisión con el texto del artículo 13.2 CE, que sólo permitía por excepción el sufragio activo en este tipo de elecciones a los no españoles¹⁴, dando lugar a la única reforma de la Constitución de 1978¹⁵. Doce años más tarde, en 2004, el Tribunal fue consultado, en términos más amplios, respecto de la compatibilidad con la Constitución del «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». Esta vez, el Tribunal declaró que el tratado podía ratificarse sin necesidad de reforma previa de la Constitución¹⁶. Por el contrario, el Tribunal no fue llamado a pronunciarse en relación con una norma sobre la que también hay experiencia en Francia, el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

II. COORDENADAS DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Como ya se ha puesto de manifiesto, la LOTC está siendo objeto de su primera revisión generalizada tras más de un cuarto de siglo de vigencia. A pesar de que la reforma se extienda por casi toda la Ley, ello no impide que sus objetivos sean puntuales¹⁷, lo que puede explicar el que la reforma

¹² «...ces règles n'ont jamais été respectées», exclamaba P. Bon ya en 1984». cit. n. 1, p. 85. J. Rivero: el sistema francés funciona bien porque respeta los plazos, *ibid.*, p. 87.

¹³ Javier Pérez Royo, «Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas». *REDC* 17 (1986), pp. 137 y ss.

¹⁴ Declaración de 1 de julio de 1992.

¹⁵ Reducida, como es sabido, a la introducción en dicho precepto de las palabras «y pasivo». Reforma de 27 de agosto de 1992.

¹⁶ Declaración 1/2004, de 13 de diciembre.

¹⁷ Estos objetivos pueden cifrarse en: a) refuerzo del *status* del Tribunal y de sus miembros, fuertemente cuestionado desde la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Su-

mantenga el carácter esencialmente represivo del control de las leyes. Por otra parte, la reforma se plantea como reforma exclusivamente de la Ley orgánica, y no de la Constitución, lo que prácticamente equivale a renunciar a una recuperación del control previo. No obstante, a pesar de todo ello, este modo de control conserva su capacidad de sugestión en España.

1. Algunas buenas razones para recuperar el control previo

Hoy día muchos observadores españoles dirían que existen buenos motivos para recuperar, e incluso ampliar, el control previo de constitucionalidad. La idea, expuesta simplemente, es que las razones que existen para controlar de forma previa la constitucionalidad de los tratados son igualmente válidas para otras normas.

La primera de éstas es la de reforma de la Constitución, dada en particular la dualidad de procedimientos previstos en su Título X. Es ésta una cuestión sobre la que también en Francia hay suficiente experiencia, a partir de la introducción de la elección directa del Presidente de la República. Y también en España se plantea en torno a dos procedimientos de reforma de la Constitución, si bien ambos indiscutiblemente previstos como tales. La Constitución española combina la ausencia de límites materiales expresos a la reforma constitucional con dos procedimientos muy diferentes en su rigidez según se trate o no de una «reforma total» y según afecte o no a un núcleo duro de la Constitución¹⁸.

La reforma de la Constitución no es considerada como un posible objeto de control de constitucionalidad *a posteriori*. Ello no está dicho de forma expresa ni en la Constitución ni en la Ley orgánica. No obstante, el detallado enunciado en la LOTC de las normas susceptibles de ser controladas a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, entre las que no aparece la reforma de la Constitución lleva a considerar pacífico que dicho control no es posible. Y, si hay acuerdo en que no es posible el control sucesivo, menos o incluso ninguna duda cabe acerca del control

premo de 23 de enero de 2004; b) la *descentralización* del Tribunal mediante la posibilidad de delegar funciones del Pleno a las Sales, y de las Salas a las Secciones; c) *objetivación* del amparo, en el sentido de dejarlo reducido a aquellos que planteen cuestiones de «especial trascendencia constitucional».

¹⁸ En los primeros casos, se requiere el procedimiento agravado del artículo 168. El «núcleo duro» es el integrado por el Título Preliminar (artículos 1 a 9), la Sección 1.^a del Capítulo Segundo del Título I (artículos 15 a 29, derechos fundamentales y libertades públicas) y el Título II (artículos 56 a 65, la Corona).

preventivo. Aparte de la declaración sobre los tratados, mientras existió el «recurso previo», éste se extendía taxativamente a los Estatutos de Autonomía y a las leyes orgánicas.

El segundo tipo de normas en relación con el cual se plantea el control previo son los Estatutos de Autonomía. A diferencia del caso anterior y como ya se ha visto, el control previo de estas normas estuvo en vigor hasta 1985, sin que fuera utilizado a lo largo de aquellos años¹⁹. Esto último, sin embargo, tiene explicación: por más que los Estatutos del País Vasco y de Cataluña se discutieron en paralelo con la LOTC, la realidad es que, cuando entra en vigor esta última (octubre de 1979), estos Estatutos ya se encuentran pactados, pendientes sólo de referéndum. Una vez superada la negociación de los Estatutos más complicados, el control previo de los que le siguieron tampoco resultó necesario²⁰.

Durante los años que siguieron a su supresión, el control previo no fue echado particularmente de menos en relación con las frecuentes reformas de Estatutos que han tenido lugar en los últimos veinte años, y que no han afectado a los de las Comunidades Autónomas más caracterizadas. Ha sido en el momento en el que, primero el País Vasco y después Cataluña, han comenzado el siglo planteando, aunque sea con intensidades muy diferentes, la reivindicación de Estatutos de nueva planta, cuando el control previo está haciendo su reaparición. Así, en el caso del llamado «Estatuto político de la Comunidad de Euskadi»²¹, el Gobierno, entonces del Partido Popular, intentó paralizar su discusión ya en el seno del Parlamento vasco a través del excepcional proceso constitucional llamado «impugnación», que finalmente fue inadmitido por el Tribunal Constitucional. Más tarde, cuando el «Estatuto político» llegó al Congreso de los Diputados, éste lo rechazó por medio de una enmienda de totalidad, por lo que su contenido no llegó a ser siquiera discutido. En la actualidad, el Estatuto aprobado por el Parlamento de Cataluña está siendo objeto de tramitación por el Congreso de los Diputados²², pero el Partido Popular ha acudido ante el Tribunal Constitucional

¹⁹ Aunque sí lo fue frente a la más relevante de las leyes aprobadas en aquel periodo, la ya citada LOAPA, declarada inconstitucional en su mayor parte en la STC 76/1983.

²⁰ En conjunto, parece como si la introducción del control previo a lo largo de 1979 tuviera el carácter de un instrumento de presión en la negociación de aquellos primeros Estatutos.

²¹ BOCC. Congreso de los Diputados. N.º B-149-1, de 21 de enero de 2005.

²² BOCC. Congreso de los Diputados. N.º B-210-1, de 21 de octubre de 2005.

por medio de un recurso de amparo, con el argumento de que este Estatuto, en la medida en que vulnera la Constitución, debió ser tramitado «como reforma de la Constitución». El argumento, como se ve bastante especioso, pretende en definitiva una forma de control previo sobre un texto, sin embargo, todavía no deliberado en el Congreso de los Diputados²³.

El control previo de los Estatutos de Autonomía tiene un fundamento en definitiva no muy diferente del que se invoca en relación con los tratados. Se trata, en efecto, de una norma que involucra a varias partes, a dos parlamentos, además de al electorado de manera directa. Es en este sentido la más compleja de las normas del ordenamiento español, por lo que a su tramitación se refiere: un texto negociado o pactado, al que además, cualquier reforma, en el caso de los más relevantes, debe ser sometida a ratificación por medio de referéndum. En esto último se aproxima al caso de la reforma de la Constitución y plantea en definitiva el problema clásico del control de cualquier norma sobre la que ha habido un pronunciamiento popular directo.

En definitiva, en relación con los Estatutos de Autonomía, y más allá de la letra de la ley, el control previo parece el único posible, al menos con arreglo a la realidad de los hechos. En efecto, a lo largo de todos estos años, se ha acudido a la técnica de la «interpretación conforme» de los preceptos estatutarios, en algún que otro supuesto en el que, acaso, lo más espontáneo hubiera sido la declaración de inconstitucionalidad.

El tercer supuesto en el que cabe pensar en un regreso al control previo es el de las leyes orgánicas. Estas normas previstas en el artículo 86 CE y que en su día protagonizaron el desarrollo normativo de la Constitución sí cuentan con una amplia experiencia de control previo en los años en los que éste estuvo en vigor y por supuesto también de control sucesivo. Los particulares problemas de control de constitucionalidad de otras normas (Constitución, tratados, estatutos de autonomía) aquí no se plantean.

El problema es aquí el de la llamada *irreversibilidad* de algunas leyes, en particular de desarrollo de los derechos fundamentales, en buena medida, pues, leyes orgánicas. La actualidad española está centrada en el caso de la extensión del matrimonio a personas del mismo sexo por medio de una ley ordinaria de modificación del Código Civil (Ley 13/2005), y pendiente de un recurso de inconstitucionalidad; la ley se promulgó sin *vacatio legis*,

²³ Recurso de amparo no resuelto en el momento de redactar estas páginas.

de tal modo que, a las pocas semanas de su promulgación ya se estaban celebrando matrimonios del mismo sexo en España. Pero la cuestión tiene mayor alcance; hay que tener en cuenta, como un signo de los tiempos, la necesidad de legislar sobre materias extremadamente sensibles, sobre las que no hay experiencia (bioética, por ejemplo). No se trata, por supuesto, ni ello sería posible salvo supuestos muy concretos, de regular estas materias por medio de una reforma de la Constitución. Pero sí puede defenderse la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal constitucional antes de que estas normas entren en vigor.

Más allá de las leyes orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales, hay una ley *orgánica*, en el sentido literal de la expresión, que se sitúa a este respecto en una posición muy particular. Se trata, como cabe imaginar, de la propia LOTC y del control de constitucionalidad que sobre la misma quepa ejercer. En efecto: Su artículo 1.º declara que el Tribunal Constitucional está sometido exclusivamente «a la Constitución y a su Ley orgánica». Por lo que hace a esto último, es claro que nos encontramos ante un enunciado declarativo. La fuerza de la Ley orgánica es la que resulta de la Constitución, y no de lo que la Ley orgánica diga. De otra parte, ella misma no se excluye a sí misma del control de constitucionalidad por parte del Tribunal. No obstante lo cual, este precepto transmite una evidencia, que no es sino la de que el Tribunal *se rige* por esa ley, a la que tiene que adecuar su funcionamiento. Sin duda, es perfectamente posible que el Tribunal esté sometido a esa norma y que controle su constitucionalidad; pero a nadie se le oculta la ventaja de que la LOTC nazca sin polémica en torno a su constitucionalidad²⁴. Una reforma de la Ley del Tribunal Constitucional puede ser también irreversible, o muy difícil de controlar *ex post*.

Las anteriores consideraciones en torno a algunos tipos de normas que podrían beneficiarse del control previo deben ser completadas con una alusión a la forma monárquica de Estado, en la medida en que tiene repercusiones indirectas sobre nuestro tema. En efecto, no se ha prestado la atención suficiente a la dificultad de que un monarca parlamentario asuma funciones frecuentemente asumidas por el Presidente en una República parlamen-

²⁴ La experiencia comparada muestra por otra parte hasta qué punto una reforma de la jurisdicción constitucional puede ser una pieza clave en un golpe de Estado por vía legal. Así, la «desactivación» del Tribunal Constitucional de Austria bajo su I República en el año 1933. P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987, pp. 269 y ss.

taria. Entre ellas se encuentra, como es sabido, un cierto control sobre la constitucionalidad *formal* de las leyes, sobre la regularidad del proceso de producción legislativa²⁵. O, mucho más sencillamente, la dificultad para conferir al Rey una facultad de formalizar un control previo ante el juez constitucional. El Rey, en una palabra, carece de alternativa a la sanción de la ley en el término de quince días (artículo 91 CE), a diferencia de lo que frecuentemente es el caso en una República. En fin, el hecho de que la Jefatura del Estado se encuentre ocupada por un monarca genera un cierto hueco, por comparación con la forma republicana, que no es fácil de suplir. Acaso un fortalecimiento de la neutralidad del presidente del Parlamento podría facilitar la recuperación de alguna de estas funciones; pero la cuestión ni es fácil ni ha sido lo suficientemente debatida.

2. Dificultades objetivas del control previo

Más allá de estas «buenas razones», el problema con el control previo es que no es suficiente con poner de manifiesto las ventajas que tendría esta forma de control en el caso de determinados tipos de normas, por contraste con el control a posteriori. Resulta necesario, además, superar los inconvenientes propios de este tipo de control, en determinadas circunstancias. Y es que la dificultad no se presenta cuando el control previo es una opción de principio, más allá lógicamente de lo que ella misma implique como concepción general del sistema. El problema se plantea cuando se pretende introducir una cierta dosis de control preventivo en un modelo que se ha concebido como sucesivo y, en definitiva, como jurisdiccional. Y es que, como en la discusión de hace veinte años se ponía de manifiesto, cada una de estas funciones de control tiene sus propias exigencias orgánicas²⁶. Hay una tendencial incompatibilidad entre ambos tipos de control, lo que supone ante todo que ambas técnicas no pueden *combinarse* entre sí de cualquier manera. La dificultad esencial es, pues, a nuestros efectos, la del volumen de control previo que puede soportar un modelo de justicia constitucional esencialmente sucesivo²⁷.

²⁵ Baste recordar, por su importancia, el caso aún reciente del cómputo de los votos del Land de Brandenburg en el *Bundesrat* en relación con la Ley de Inmigración.

²⁶ F. Delpèree, cita n.º 1, p. 88.

²⁷ Baste recordar el pasaje de la Declaración 1/1992 en el que se proclamaba que el control previo vía Declaración no eliminaba la naturaleza jurisdiccional del trabajo del Tribunal: «...aun cuando este procedimiento no haya de poseer necesariamente naturaleza

3. Condiciones del control previo en un contexto de jurisdicción constitucional sucesiva

A partir de todo lo dicho, cabe legítimamente hablar de unas *condiciones* de los elementos de control preventivo que puedan introducirse en el seno de un sistema de control sucesivo.

El primero de ellos sería sin duda la *excepcionalidad*. Quiere decirse con esto que el modelo mayoritario de control esencialmente sucesivo, acompañado de una mayor o menor dosis de «microconstitucionalidad», por decirlo con la expresión favorita a Louis Favoreu, sólo soporta esta función en la medida en que no desnaturaliza su condición, en la medida en que puede situarse ante ella en términos de excepcionalidad²⁸. Esto puede alcanzarse de dos modos: En primer lugar, evidentemente, restringiendo el tipo de normas que pueden ser sometidas a control previo. Desde esta perspectiva, es claro que el tipo «ley orgánica» era excesivamente amplio²⁹. En segundo lugar, restringiendo la legitimación en la medida de lo razonable. Hay que procurar que sólo una demanda *fuerte* abra el paso al control previo. Pero por otra parte, una restricción que excluya de la legitimación a la minoría por amplia que sea, como hace el artículo 95 CE, *altera* el sentido de esta función de control.

El segundo requisito es la *puntualidad* y en todo caso la rapidez en la respuesta. Esta condición quedó patentemente incumplida en el caso de los procesos de control preventivo que se dieron en España en la primera mitad de los años ochenta. Ciertamente, la respuesta fue bastante rápida por comparación a la evolución posterior del control de las leyes en España. El control previo no puede paralizar el proceso legislativo o, más generalmente, el proceso político, sino, por el contrario y de algún modo, *insertarse* en él, aunque sea como un cuerpo extraño. El legislador no puede

contenciosa, no por dicha circunstancia se ve alterada la posición del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución. Al igual que en cualquier otro cauce, el Tribunal actúa aquí como el órgano jurisdiccional que es y su declaración, por tanto, no puede sino basarse en argumentaciones jurídico-constitucionales, hayan sido éstas sugeridas o no por el órgano solicitante o por los demás que están legitimados» (FJ 1). Es una respuesta apriorística que sólo se justifica en la medida en que se trata de una función muy excepcional.

²⁸ Del mismo modo que, a la inversa, un órgano esencialmente concebido para el control previo tiene dificultades para asimilar un amplio control sucesivo. Cfr. Louis Favoreu, «L'exception d'inconstitutionnalité: le projet de réforme de la saisine du conseil constitutionnel», 1990.

²⁹ Con independencia de que el Tribunal se haya inclinado por una concepción material y no jerárquica, desde el primer momento: STC 5/1981.

tener la sensación de que los plazos están a la disposición del Tribunal en estos casos³⁰.

La tercera condición, seguramente la más difícil de cumplir, es la no interferencia en la *libertad de configuración* del legislador. El control previo no debe facilitar la conversión del juez constitucional en legislador positivo. El juez del control previo debe limitarse a «sacar la tarjeta roja» y devolver la ley al legislador, sin añadir nada más, por fácil que parezca. Este peligro es tanto mayor cuanto más nos aproximemos al terreno de los derechos fundamentales, como se puso de manifiesto en la STC 53/1985, calificada desde instancias internas al Tribunal como «sentencia constructiva»³¹.

III. UNA POSIBLE ALTERNATIVA AL MODELO VIGENTE DESDE 1985

Bajo las actuales condiciones, es claro que una primera respuesta podría ser la de dejar las cosas tal como están. Al final de todo lo dicho quizá fuera preferible asumir que el control previo tuvo su oportunidad en España, y que fue una oportunidad perdida. La mayoría de los Estados de nuestro entorno se limitan a un control sucesivo, sin mayores disfunciones. De lo que se trata, más bien, es de reflexionar sobre los problemas a los que podría subvenir un control previo, cómo evitarlos o cómo disminuir sus riesgos. En definitiva, la técnica de la garantía jurisdiccional de la Constitución siempre tendrá un alcance limitado, sin que pueda aspirarse a un modelo ausente de lagunas.

Pero, por supuesto, también cabe emprender un cierto esfuerzo imaginativo, con el horizonte siempre seguro de reforzar las garantías de la normatividad de la Constitución. Desde esta perspectiva, cabe hacer una respuesta diferenciada a cada uno de los tres problemas planteados: el de las leyes orgánicas, el de la reforma de los Estatutos y el de la reforma de la Constitución.

Por lo que hace al primero, las leyes orgánicas, los argumentos que abogaron en el pasado por un control previo, pensando sobre todo en las leyes de «desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas» (artículo 86.1 CE), pueden quedar satisfechos a través de un mecanismo más suave que el del control previo. En concreto, la facultad de suspender la ley

³⁰ Un caso en el que el Tribunal español fue particularmente consciente de esta necesidad fue su examen del Tratado constitucional (DTC 1/2004).

³¹ Informe español en la 6.^a Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos. Lisboa, 1987.

cauteladamente, mientras se resuelve el recurso *a posteriori*, puede atender tales objetivos. En este sentido, el Tribunal español, que sólo puede intervenir, y de forma limitada, en la suspensión de las leyes autonómicas³², podría recibir la facultad de suspender, si no cualquier ley estatal recurrida, sí al menos las que pudiéramos llamar leyes «constitucionalmente sensibles», y que frecuentemente coinciden con leyes orgánicas.

Ello, sin embargo, debiera ir acompañado de condiciones, a fin de que esta experiencia no resulte negativa. En primer lugar, a fin de no llegar demasiado tarde, el legislador no debiera en estos casos prescindir de la *vacatio legis* ordinaria de veinte días; incluso debiera optar por una *vacatio* tendencialmente coincidente con el plazo fijado para la interposición del recurso por vía de control abstracto. En segundo lugar, el recurso de inconstitucionalidad de una ley suspendida en su vigencia debe ser resuelto en los plazos, breves por su propia naturaleza, legalmente establecidos.

El problema de las reformas de los Estatutos de Autonomía, al igual que el de la reforma de la Constitución, no se resuelve con el simple expediente de la suspensión cautelar. Y ello porque el problema no es sólo de *contenido*, como es el caso de los derechos fundamentales, cuanto de *sujetos*, quiere decirse, de agentes involucrados en la producción de la norma. Del mismo modo que el problema del control de los tratados es el de la pluralidad de las partes que los originan, el problema del control sucesivo de los Estatutos es el de la diversidad de los sujetos que intervienen en el mismo.

Abandonar el terreno de la suspensión cautelar o, lo que es lo mismo, introducirse en el control previo, es tanto como plantear la reforma de la Constitución. Desde el comienzo se ha venido señalando cómo el control previo de 1979 nació deslegitimado como consecuencia de la insuficiencia de su rango normativo. A estas alturas, por tanto, debería encontrarse fuera de discusión que cualquier ampliación del control previo más allá del artículo 95 CE requiere reforma de la Constitución. Esto implica reconocer, en las actuales circunstancias, que la reintroducción del control previo tiene mucho de políticamente inviable.

Al igual que en el supuesto anterior, y aun a riesgo de ser reiterativo, hay que advertir de que cualquier reintroducción del control previo debe ir acompañada de la garantía de la puntualidad en la resolución del recurso por

³² Esta posibilidad se considera hoy día excluida en España a partir de una interpretación sistemática, que no contempla más supuesto de suspensión de leyes que el de las autonómicas.

parte del juez constitucional, sin necesidad de entrar en más detalles acerca de cómo esta garantía en concreto deba ser introducida.

Por lo que hace a los Estatutos de Autonomía, su control de constitucionalidad no plantea materialmente más problemas que los de la apertura y ambigüedad de la Constitución en lo que a la estructura territorial del Estado se refiere, lo que no es poca cosa. Pero, con independencia de ello, es evidente que una reforma de un Estatuto puede plantear problemas de constitucionalidad.

La cuestión de la *legitimación* para solicitar el control previo de una reforma estatutaria debiera orientarse al criterio, bastante seguro, de la proporción de votos necesaria para impedir la reforma si se hubiera introducido como reforma de la Constitución: por consiguiente, al menos, dos quintos (artículo 167 CE) Este umbral podría reducir el número de los recursos previos al mínimo. El *momento* del control previo de las reformas de los Estatutos debiera ser una vez que el texto está fijado por parte de ambos parlamentos, pero en todo caso de forma previa a la ratificación por vía de referéndum.

Por fin queda la reforma de la Constitución. En este caso el problema del control sucesivo no viene tanto de la pluralidad de los legisladores (dejando ahora aparte el sometimiento a referéndum) cuanto de la dificultad lógica, en una concepción extendida en España, de contrastar con la Constitución lo que es ya Constitución, lo que ha pasado a formar parte de la Constitución. En todo caso, como se ha visto, las solas normas con pretensión de imponerse normativamente a la reforma de la Constitución española son las procedimentales contenidas en los artículos 166 a 169 CE. Y la voluntad con pretensión legítima de imponerse sería, cuando menos, aquélla en situación de impedir la reforma si se tramitara por el procedimiento agravado (artículo 168 CE). Dicho más concretamente, una reforma calificada como ordinaria habría de poder ser impugnada por quienes estarían en situación de vetarla de haberse calificado como extraordinaria, lo que equivale a abrir la legitimación a un tercio de los integrantes de cualquiera de ambas cámaras.

Finalmente, en el supuesto de una reforma constitucional que introdujese el control previo de la reforma de la Constitución y de los Estatutos, tendría bastante lógica el que el único supuesto actualmente previsto, el de los tratados internacionales, se adaptase a este mismo esquema, en particular ampliando la legitimación al menos a los dos quintos de cualquiera de las cámaras. El artículo 95 CE no debiera, pues, ser la pauta en lo que a la legi-

timación para acudir ante el Tribunal Constitucional se refiere. Un control tan estricto únicamente da garantías a la mayoría, lo que sin duda puede ser una garantía de seguridad. Pero la jurisdicción constitucional está ante todo para dar garantía a las minorías.

La conclusión final es que no faltan razones para que el caso singular de control previo que en este momento suponen los tratados internacionales, y tal como aparece hoy previsto en el artículo 95 de la Constitución, dejase de ser un supuesto excepcional y único, de tal modo que, con las cautelas y modificaciones señaladas, se abriera a los casos de las reformas de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. Tal ampliación no desnaturaría la opción básica por el control sucesivo y contribuiría seguramente a reforzar la garantía jurisdiccional de la Constitución normativa.

FUNCIONES CONSTITUCIONALES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Gil Carlos Rodríguez Iglesias
Julio Baquero Cruz

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Derecho constitucional comunitario.
- III. Características de la justicia constitucional comunitaria.
- IV. Control de la constitucionalidad del Derecho comunitario derivado.
- V. Conflictos interinstitucionales y garantía del equilibrio institucional.
- VI. La delimitación de las competencias de la Comunidad y de los Estados miembros.
- VII. Protección de los derechos fundamentales.
- VIII. El control preventivo de la compatibilidad de los acuerdos internacionales con el Tratado.
- IX. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

I. INTRODUCCIÓN

La eficacia normativa de toda Constitución depende de la existencia y buen funcionamiento de instituciones y mecanismos encargados de garantizar su respeto. El Derecho constitucional comparado ofrece gran variedad de modelos.

En algunos sistemas prima un control político del respeto de la Constitución, que se confía al poder legislativo, al ejecutivo, al jefe del Estado o a algún otro órgano de naturaleza política¹. En otros sistemas el poder judicial aparece como intérprete y garante supremo del respeto de la Constitución². Después de arduos debates teóricos y prácticos³, el control judicial parece haberse confirmado como el sistema que asegura de forma más satisfactoria los postulados del Estado de Derecho, la eficacia de la Constitución, la separación y limitación de los poderes públicos y la protección de los derechos fundamentales.

El control judicial es el sistema preponderante entre los Estados miembros de la Unión Europea. Con todo, las modalidades de ese control varían de un Estado a otro, tanto en lo que se refiere a la intensidad y amplitud del control como en cuanto a las soluciones técnicas e institucionales adoptadas.

¹ Por ejemplo, la Constitución de la República Popular China (1982) confía a la Asamblea Popular Nacional y al Comité Permanente el control del respeto de la Constitución (artículos 62 y 67). Aunque proclama la independencia de los tribunales (artículo 126), la Constitución no establece ningún mecanismo para el control judicial de la actividad de los poderes legislativo y ejecutivo. Es más, en virtud del artículo 128 el Tribunal Supremo es responsable ante la Asamblea Popular Nacional y el Comité Permanente.

² Por ejemplo, el artículo 93 de la Constitución alemana (1949) confiere al Tribunal Constitucional Federal una amplia competencia para controlar la constitucionalidad de la actuación de los restantes poderes públicos.

³ La polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt es particularmente significativa. Véase al respecto C. M. Herrera, «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución», *Revista de Estudios Políticos*, 1994, 195.

Catorce Estados miembros cuentan con sendos tribunales constitucionales dotados de una amplia jurisdicción y encargados específicamente de garantizar el respeto de la Constitución (Alemania⁴, Austria⁵, Eslovaquia⁶, Eslovenia⁷, España⁸, Hungría⁹, Italia¹⁰, Letonia¹¹, Lituania¹², Luxemburgo¹³, Malta¹⁴, Polonia¹⁵, Portugal¹⁶ y República Checa¹⁷). La existencia de un tribunal constitucional no excluye, por lo general, la aplicación y respeto del Derecho constitucional por parte de todos los órganos jurisdiccionales del Estado correspondiente¹⁸.

Dos Estados cuentan con órganos jurisdiccionales especializados en el contencioso constitucional pero cuya competencia es más limitada que la de los tribunales constitucionales que acabamos de mencionar: se trata de Bélgica, con su Tribunal de Arbitraje (Cour d'arbitrage), que es similar a un tribunal constitucional pero cuya jurisdicción sólo se refiere a algunas disposiciones de la Constitución belga¹⁹; y Francia, con su Consejo Constitucional (Conseil Constitutionnel), que sólo puede efectuar un control abstracto y *ex ante* de la constitucionalidad de las leyes²⁰.

⁴ Constitución alemana (1949), artículos 92 a 94.

⁵ Constitución austríaca (1983), artículos 137 a 148.

⁶ Constitución eslovaca (1992), artículos 124 a 140.

⁷ Constitución eslovena (1991), artículos 160 a 167.

⁸ Constitución española (1978), artículos 159 a 165.

⁹ Constitución húngara (1949, reformada en 1989), artículo 32 A.

¹⁰ Constitución italiana (1948), artículos 134 a 165.

¹¹ Constitución letona (1922, reformada en 1996), artículo 85.

¹² Constitución de Lituania (1992), artículos 102 a 108.

¹³ Luxemburgo, cuya Constitución (1868) establecía un sistema similar al de los Países Bajos, cuenta desde 1996 con un Tribunal Constitucional (artículo 95 ter).

¹⁴ Constitución maltesa (1964), artículo 95.

¹⁵ Constitución polaca (1997), artículos 188 a 197.

¹⁶ Constitución portuguesa (1976), artículos 223 a 226.

¹⁷ Constitución de la República Checa (1992), artículos 83 a 89.

¹⁸ Véase, para el caso español, E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (3.ª edición, Civitas, Madrid, 1983, pp. 63 y ss.).

¹⁹ Constitución belga (1831), artículo 142. Esta disposición limita el control efectuado por la Cour d'arbitrage a los conflictos de competencia, a los derechos de los artículos 10 (igualdad), 11 (no discriminación) y 24 (enseñanza) de la Constitución, y a aquellas otras disposiciones de la Constitución que la ley determine. Hasta la fecha no se ha hecho uso de esta última posibilidad, pero los principios de igualdad y no discriminación han permitido a la Cour d'arbitrage controlar indirectamente el respeto de otros derechos fundamentales.

²⁰ Constitución francesa (1958), artículos 56-63.

Siete Estados confían el control del respeto de la Constitución a todos o algunos de los jueces y tribunales ordinarios; dicho control se ejerce a través de diferentes modalidades procesales (Chipre²¹, Dinamarca²², Estonia²³, Finlandia²⁴, Grecia²⁵, Irlanda²⁶ y Suecia²⁷).

Por último, dos Estados miembros excluyen completamente el control judicial del respeto de la Constitución. Se trata de los Países Bajos, cuya Constitución dispone en su artículo 120 que «[e]l juez no puede juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes y de los tratados»²⁸, y del Reino Unido, cuyo sistema político se basa en el principio según el cual la soberanía del

²¹ Chipre cuenta con un «Tribunal Supremo Constitucional» (Constitución de 1960, artículos 133 a 151).

²² Constitución danesa (1953). Según J. Husa («Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective», *American Journal of Comparative Law*, 2000, pp. 345, 370 y 377-378), el control judicial del respeto de la Constitución danesa no se deriva del propio texto de la Constitución, sino de la doctrina y la jurisprudencia, se concentra *de facto* en el Tribunal Supremo, y es objeto de un uso bastante limitado.

²³ En Estonia se ha creado una sala de control constitucional en el seno del Tribunal Supremo (Constitución de 1992, artículos 15, 149 y 152; Ley de procedimiento de control constitucional, de 1993).

²⁴ En Finlandia el control judicial difuso de la constitucionalidad ha sido introducido por la Constitución de 1999 (en vigor desde el 1 de marzo de 2000; artículos 106 y 107). Este control judicial se añade a un control político: el artículo 74 atribuye a la Comisión Constitucional del Parlamento el control previo de constitucionalidad de las propuestas legislativas.

²⁵ Constitución griega (1975), artículo 93.4: «Los Tribunales no podrán aplicar una ley cuyo contenido sea contrario a la Constitución» (citado según la traducción española que puede encontrarse en *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea* (edición preparada por G. Gómez Orfanel, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996, p. 351). Un Tribunal Especial Superior previsto en el artículo 100 de la Constitución se pronuncia con carácter definitivo sobre la constitucionalidad de las leyes si hubiera decisiones contradictorias de los distintos órdenes jurisdiccionales. En virtud del apartado 4 del artículo 100, toda disposición de ley declarada inconstitucional por el Tribunal Especial Superior «caducará a partir de la publicación de la decisión correspondiente o de la fecha que ésta señale».

²⁶ Constitución irlandesa (1937), artículos 26 y 34. El control viene confiado exclusivamente al Tribunal Supremo (Supreme Court) y a la High Court.

²⁷ Constitución sueca (1975), artículo 11:14. Se trata de un control difuso, *ex post*, y de uso infrecuente (véase J. Husa, «Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective», citado en la nota 22, 362).

²⁸ Artículo 120 de la Constitución de los Países Bajos (1983), citado según la traducción española, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea* (obra citada en la nota 25, p. 379). El Consejo de Estado puede ser consultado en relación con los actos del Parlamento, pero emite meras recomendaciones (artículos 73 y 80 de la Constitución).

Parlamento es ilimitada mientras no intente vincular a Parlamentos sucesivos, lo que implica que ningún otro órgano puede controlar su actividad²⁹. Conviene de todos modos recordar que en estos dos Estados miembros de la Unión Europea dicho principio de Derecho constitucional nacional —la ausencia de control judicial del respeto de la Constitución— deja de operar en el ámbito del Derecho comunitario, que sí prevé un control judicial del respeto del Derecho comunitario (incluido el Derecho constitucional o primario comunitario)³⁰.

En los tres Estados que son actualmente candidatos a devenir miembros de la Unión Europea el modelo seguido es el de un tribunal constitucional dotado de una jurisdicción muy amplia, similar a la del Tribunal Constitucional alemán o español³¹.

Esta breve recorrido comparado puede ayudarnos a situar en su contexto el control del respeto del Derecho constitucional en el sistema jurídico de la Unión Europea, que es el objeto del presente estudio.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, el «Tribunal de Justicia») está encargado, en virtud del artículo 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957 (en lo sucesivo, «Tratado» o «Tratado CE»)³², de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de dicho Tratado³³. Tal misión comprende,

²⁹ Véase A.V. Dicey, *The Law of the Constitution* (reimpresión de la octava edición, de 1915, Liberty Fund, Indianápolis, 1982), pp. 3-4: «The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament».

³⁰ Sobre si la adhesión a la Comunidad Europea supone un cambio radical o incluso «revolucionario» en los principios del ordenamiento británico, véase N. McCormick, *Questioning Sovereignty* (OUP, Oxford, 1999), pp. 78-95.

³¹ Bulgaria (Constitución de 1991, artículos 147 a 152), Rumania (Constitución de 1991, artículos 140 a 145) y Turquía (Constitución de 1982, artículos 146 a 153).

³² Y disposiciones equivalentes de los otros Tratados constitutivos: artículo 31 del hoy extinto Tratado CECA y artículo 136 del Tratado CEEA (Euratom).

³³ Conviene tener presente que esta misión no corresponde con carácter exclusivo al Tribunal: la comparte con el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas desde la creación de este último en 1989 y, sobre todo, con los órganos jurisdiccionales del conjunto de los Estados miembros. En efecto, cabe afirmar que el sistema judicial de la Comunidad Europea se ha basado desde su creación en el principio de subsidiariedad. Se trata de una aplicación *avant la lettre* de este principio que sólo fue introducido en el ordenamiento comunitario en 1993, con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea,

en la medida en que el Tratado viene entendido e interpretado por el propio Tribunal de Justicia como «la carta constitucional de una Comunidad de Derecho»³⁴, la tarea de velar por el respeto del Derecho constitucional comunitario. Se establece, pues, un sistema de control judicial del respeto de las disposiciones del Tratado. Tal control no se extiende al conjunto del Derecho de la Unión Europea, hallándose limitado a los Tratados comunitarios y a determinadas disposiciones del Tratado de la Unión Europea enumeradas en el artículo 46 de este último Tratado. De este modo, las funciones constitucionales del Tribunal de Justicia no se extienden a aquellas partes del Tratado de la Unión Europea con respecto a las cuales no tiene competencia.

Este trabajo se centra en las cuestiones jurisdiccionales y generales del Derecho constitucional comunitario y no trata cuestiones sustantivas de indudable importancia constitucional tales como la aplicación de sus disposiciones económicas (esencialmente, las normas de libre circulación y de competencia)³⁵, de la prohibición de la discriminación por razón de la

en el segundo párrafo del artículo 5 CE, según el cual la Comunidad intervendrá conforme al principio de subsidiariedad en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva. De esta forma, sólo se han reservado a los órganos jurisdiccionales propios de la Comunidad aquellas competencias que no podían ser atribuidas a los órganos jurisdiccionales nacionales. El presidente Robert Lecourt ya señalaba en *L'Europe des juges* (Bruylant, Bruselas, 1976), 8-9, que «il est d'autres juges communautaires que la Cour de justice. Tout juge national est aussi juge communautaire. Il l'est même, en un certain sens, plus naturellement que la Cour dont la compétence est seulement d'attribution». Así, las funciones judiciales en la Comunidad Europea aparecen distribuidas entre los órganos jurisdiccionales propios de la Comunidad, esto es el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia, y los órganos jurisdiccionales nacionales. Son los órganos jurisdiccionales nacionales los que, de forma congruente con la ejecución administrativa generalmente descentralizada del Derecho comunitario, deben aplicar el Derecho comunitario en su ámbito de competencia territorial y funcional.

³⁴ Dictamen 1/91 (EEE), Rec. 1991, I-6079, ap. 21; véase asimismo el asunto 294/83, *Los Verdes/Parlamento*, Rec. 1986, 1339, ap. 23: «la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado».

³⁵ Las disposiciones de libre circulación de los factores económicos, por ejemplo, tienen una importancia constitucional considerable, pues prohíben los comportamientos proteccionistas de los Estados y confieren directamente a los particulares derechos que los tribunales nacionales han de proteger. Tales disposiciones también obligan a las instituciones comunitarias. Véanse los asuntos 15/83, *Denkavit Nederland*, Rec. 1984, 2171, ap. 15; C-51/93, *Meyhui*, Rec. 1994, I-3879, ap. 11: «Según reiterada jurisprudencia, la prohibición de restricciones cuantitativas así como de medidas de efecto equivalente es válida no sólo

nacionalidad (artículo 12 CE), del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras (artículo 141 CE) o de las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión Europea (artículos 17 a 22 CE).

Analizamos en primer lugar el alcance y sentido de la caracterización del Tratado como «carta constitucional» (sección II). A continuación se trata de determinar el tipo de justicia constitucional que existe en la Unión Europea (sección III). Luego se ofrece una visión de la jurisprudencia del Tribunal en los distintos ámbitos en que despliega sus funciones constitucionales: el control de constitucionalidad del Derecho derivado (sección IV); la garantía del equilibrio institucional (sección V); la delimitación de las competencias entre la Comunidad y los Estados miembros (sección VI); la protección de los derechos fundamentales (sección VII) y el control preventivo de la compatibilidad de los acuerdos internacionales con el Tratado (sección VIII)³⁶. La sección final del artículo examina las novedades que habría introducido en este ámbito el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa³⁷, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, basado en el proyecto elaborado por la Convención Europea, y pendiente de una ratificación que, tras el resultado negativo de los referendums francés y holandés, parece improbable.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL COMUNITARIO

Aunque carezca de una Constitución en sentido formal, la Unión Europea —al menos en lo que se refiere al «pilar» comunitario— constituye un ordenamiento constitucional autónomo, por mucho que esté estrechamente ligado a los Derechos constitucionales de sus Estados miembros. Como la naturaleza constitucional de esta Unión de Estados y de pueblos no es comparable en muchos aspectos a la de un Estado-nación —marco tradicional del constitucionalismo—, dado que su objeto y presupuestos son diferentes de los de cualquier Estado-nación, su Derecho constitucional también se diferencia en buena medida del constitucionalismo tradicional. Se trata,

para las medidas nacionales, sino igualmente para las medidas que emanan de las Instituciones comunitarias». Sobre estas cuestiones, véase J. Baquero Cruz, *Entre competencia y libre circulación: el Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

³⁶ Las secciones IV a VIII del presente trabajo se basan en parte en el artículo de G.C. Rodríguez Iglesias, «Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht», *Europarecht*, 1992, 225.

³⁷ A lo largo de este estudio también nos referimos a él como «Tratado Constitucional».

con todo, de un Derecho que está modificando sin cesar el panorama del constitucionalismo europeo, en una interacción enriquecedora con los ordenamientos nacionales y con el sistema del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»)³⁸. Puede considerarse que este triángulo normativo e institucional va conformando gradualmente un nuevo «constitucionalismo compuesto», a varios niveles³⁹. En la medida en que los principios fundamentales que rigen las relaciones entre los sistemas jurídicos en juego —en Derecho comunitario, los principios de primacía, efecto directo y responsabilidad del Estado— son respetados por los jueces y tribunales de los Estados miembros, puede pensarse en la existencia de un orden constitucional europeo que va más allá de las fronteras del Estado constitucional nacional.

No se trata, como se ha afirmado, de una «perturbación del edificio del constitucionalismo contemporáneo»⁴⁰, sino más bien de una transformación o evolución del mismo, unida a una «constitucionalización» de las relaciones entre los Estados europeos. Tal evolución se debe en buena medida a una reacción frente a las limitaciones del constitucionalismo tradicional aferrado al Estado-nación. A los pesos y contrapesos internos, el nuevo orden público europeo añade toda una serie de pesos y contrapesos externos de naturaleza tanto normativa como institucional, tendentes a asegurar la estabilidad de los sistemas constitucionales nacionales y la del conjunto. El constitucionalismo europeo se ve de esta forma completado por una dimensión supranacional.

³⁸ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido a la CEDH como «un instrumento constitucional del orden público europeo» («instrument constitutionnel de l'ordre public européen»; sentencia de 25 de marzo de 1995, *Loizidou/Turquía* (excepciones preliminares), A 310, § 75. Véase asimismo R. Ryssdal, «On the Road to a European Constitutional Court», *Collected Courses of the Academy of European Law*, Volume II, Book 2 (Kluwer, 1993), 7.

³⁹ P. Cruz Villalón se refiere a «una tendencial dualidad constitucional» («La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2002, 9, 21); véase asimismo I. Pernice, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?», *Common Market Law Review*, 1999, 703.

⁴⁰ C. Grewe y H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens* (PUF, París, 1995), 101: «La création d'un espace européen par l'ouverture des frontières et l'émergence d'une citoyenneté européenne constituent-elles les soubassements d'un territoire et d'un peuple européen, l'Europe est-elle en voie de se doter d'une Constitution? Souhaité par les uns, redouté par les autres, un tel prolongement de l'État de droit dans la sphère internationale vient cependant en même temps perturber fortement l'édifice du constitutionnalisme contemporain».

Tampoco se trata de una transformación que haya sucedido de una vez, con la entrada en vigor de los Tratados constitutivos o en otro momento decisivo. Aunque este estudio adopta una perspectiva sincrónica —tomando con referencia el estado actual del Derecho— hay que destacar que la constitucionalización del ordenamiento comunitario ha sido —y en buena medida sigue siendo— un proceso lento y gradual. En este proceso, la jurisprudencia ha sido importante, pues fue el Tribunal de Justicia quien hizo germinar las «semillas» constitucionales que estaban esparcidas por los Tratados, tomándose «en serio» el Derecho comunitario. En este sentido, la jurisprudencia de los años 60 relativa al efecto directo⁴¹, a la primacía⁴² o a la competencia exterior de la Comunidad⁴³, es la principal razón que luego permitió al Tribunal afirmar que el Tratado constituye la «carta constitucional de una Comunidad de Derecho»⁴⁴. El desarrollo jurisprudencial de toda una serie de límites y garantías constitucionales fue a la par con el desarrollo y consolidación de las funciones constitucionales del Tribunal, hoy plenamente consolidadas. Cabe destacar, por último, que el Tribunal de Justicia no fue el único actor del proceso de constitucionalización: su jurisprudencia constitucional se elaboró en el marco de un diálogo con los jueces y tribunales nacionales, con las demás instituciones comunitarias y con los Estados miembros; en sucesivas reformas de los Tratados los Estados miembros refrendaron dicha jurisprudencia explícita o implícitamente.

Este proceso de constitucionalización puede compararse con un momento decisivo de la historia constitucional de los Estados Unidos de América, momento que tuvo lugar hace exactamente dos siglos. Nos referimos a la sentencia *Marbury v. Madison* (1803)⁴⁵, que constituye un punto de inflexión fundamental hacia la consideración de la Constitución como norma jurídica suprema y del poder judicial como principal garante de su respeto por los restantes poderes públicos. Los argumentos dados por el juez Marshall en esta sentencia, aunque se refieren a un problema jurídico diferente (el de la capacidad del Tribunal Supremo para controlar el respeto de la Constitución), pueden compararse con algunos pasajes centrales de *Costa/ENEL* (que estableció el principio de primacía del Derecho co-

⁴¹ Asunto 26/62, *van Gend en Loos*, Rec. Selec. 1963, 333.

⁴² Asunto 6/64, *Costa/ENEL*, Rec. Selec. 1964-1966, 99.

⁴³ Asunto 22/70, *Comisión/Consejo*, Rec. Selec. 1971, 25.

⁴⁴ Véase la jurisprudencia citada en la nota 24.

⁴⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

munitario sobre el Derecho de los Estados miembros)⁴⁶. En primer lugar, Marshall destaca que el gobierno de los Estados Unidos es un gobierno cuyos poderes se hallan limitados por la Constitución⁴⁷, de manera que los actos del poder legislativo contrarios a la constitución son nulos⁴⁸. El control de la constitucionalidad de las normas inferiores a la Constitución es una de las funciones propias del poder judicial en su actividad corriente de aplicación del Derecho, perteneciendo a «la esencia misma de la función judicial» («the very essence of the judicial duty»)⁴⁹. La supremacía de la Constitución implica pues una supremacía del poder judicial en cuanto a su interpretación. La opción contraria permitiría al legislador traspasar los límites de sus poderes y anularía «la mayor mejora en las instituciones políticas — una Constitución escrita —»⁵⁰. Por ello, *Marbury v. Madison* ha sido interpretada como la declaración de independencia del propio Tribunal frente a los restantes poderes de los Estados Unidos⁵¹.

Estas relaciones entre normas (supremacía de la Constitución) e instituciones (separación de poderes) conducen a la institución del control judicial de la constitucionalidad de la actividad de los restantes poderes públicos,

⁴⁶ Citada en la nota 41.

⁴⁷ *Marbury v. Madison*, citada en la nota 44, 176: «The powers of the Legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the Constitution is written.»

⁴⁸ *Ibid.*, 177: «Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the Legislature repugnant of the Constitution is void.»

⁴⁹ *Ibid.*, 177-178: «It is, emphatically, the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each.

»So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

»If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.»

⁵⁰ *Ibid.*, 178: «it thus reduces to nothing what we have deemed the greatest improvement on political institutions — a written constitution.»

⁵¹ L.D. Kramer, «The Supreme Court 2000 Term-Foreword: We the Court», *Harvard Law Review*, 2001, 4, 5: «The Supreme Court's own Declaration of Independence».

formando parte de una «gramática constitucional básica», común, como hemos visto, a un número importante de sistemas constitucionales.

En el ámbito comunitario, la sentencia *Costa/ENEL* se refirió a la creación por el Tratado de «un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros [...] y que vincula a sus órganos jurisdiccionales», a los «poderes reales» de la Comunidad, «derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad», creando así «un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos». De estos y otros elementos dedujo el Tribunal que al Derecho comunitario no se le puede oponer «una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad»⁵².

La comparación que puede hacerse entre *Marbury v. Madison* y *Costa v. ENEL* es que ambas sentencias siguen técnicas similares de interpretación de los textos constitucionales, otorgando una importancia capital a la limitación de los poderes públicos y partiendo de una misma concepción del papel y funciones del poder judicial en un ordenamiento constitucional. El paralelo basado en este ejemplo concreto puede hacerse con muchas otras sentencias y, en general, con la función y papel histórico de ambas jurisdicciones en el desarrollo de límites y garantías constitucionales en los ordenamientos respectivos.

No se trata, de todas maneras, de actuaciones unilaterales correspondientes a una concepción excesiva de la función judicial. Ambos tribunales crearon (y crean) su jurisprudencia en un entorno institucional que reacciona ante las distintas decisiones judiciales de alcance constitucional. La esencia de la jurisprudencia constitucional de ambos tribunales forma ya parte de los Derechos constitucionales respectivos. Hoy nadie negaría al Tribunal Supremo de los Estados Unidos la capacidad de controlar la constitucionalidad de las leyes (judicial review), aunque siga sin figurar en la Constitución. De igual forma, y aunque tampoco figura de forma expresa en los textos constitucionales comunitarios⁵³, pocos se oponen hoy al principio de pri-

⁵² Citada en la nota 41, 105-106.

⁵³ El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, pendiente de ratificación, habría consagrado expresamente el principio de primacía en su artículo I-6. Una declaración aneja al Acta final aclara que dicha disposición se limita a reflejar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

macía del Derecho comunitario. De hecho, cuando mediante el Tratado de Ámsterdam (entrado en vigor el 1 de mayo de 1999) se añadió al Tratado CE un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, los Estados miembros dejaron claro que tal aplicación «no afectará a los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en lo que se refiere a la relación entre el Derecho comunitario y el nacional». Este protocolo, que en virtud del artículo 311 CE forma parte íntegra del Tratado CE, por tanto de la «carta constitucional» de la Comunidad Europea, constituye uno de los varios reconocimientos significativos por parte del poder de revisión de los Tratados de la obra jurisprudencial constitucional del Tribunal de Justicia.

Puede decirse que la caracterización del ordenamiento comunitario como ordenamiento constitucional es *analógica*, a falta de una Constitución formal, pero resulta legítima y útil en la medida en que permite subrayar la función constitucional de los Tratados constitutivos en el sistema jurídico de la Comunidad Europea. Esta función constitucional tiene distintas manifestaciones, entre las cuales pueden destacarse las siguientes: los Tratados constituyen la norma suprema en la jerarquía normativa del sistema, el fundamento de las competencias de la Comunidad y su límite con respecto a las competencias de los Estados miembros; también establecen algunos principios fundamentales del ordenamiento comunitario (ciudadanía de la Unión, no discriminación por razón de nacionalidad, libertades económicas fundamentales, etc.) y, en definitiva, son la base de un sistema jurídico que traslada a la esfera comunitaria las exigencias propias de un Estado de Derecho. Ello permite afirmar que la Comunidad Europea es una *Comunidad de Derecho*, cuyo poder está sometido a límites equivalentes a los de un ordenamiento constitucional.

Esta caracterización constitucional a falta de una Constitución en sentido formal es aceptada porque redundaría en beneficio de todos los actores concernidos. Beneficia, en primer lugar, a los Estados miembros, pues se les garantiza un marco más estable y permanente en el que se desarrolla el proceso de integración, y la seguridad del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario. Beneficia, sobre todo, a los particulares, pues el poder público supranacional conferido por los Tratados a las instituciones queda sometido a límites constitucionales: las competencias de la Unión son limitadas; deben ejercerse de conformidad con los procedimientos establecidos en el Tratado; su ejercicio ha de respetar garan-

tías sustantivas tales como los derechos fundamentales; todos los Estados miembros deben respetar las mismas garantías cuando actúan en el marco del Derecho comunitario.

Tales límites constitucionales se encuentran a menudo establecidos de modo expreso en el Tratado (por ejemplo, el primer párrafo del artículo 5 CE dispone que «[l]a Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna»). En otras ocasiones, frente al silencio del Tratado, ha sido el Tribunal de Justicia quien ha elaborado los límites constitucionales refiriéndose al sistema del Tratado, a los principios generales del Derecho comunitario o a principios generales comunes a los ordenamientos de los Estados miembros.

La sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, de 1970, constituye un ejemplo significativo de este método de desarrollo jurisprudencial de garantías constitucionales. Un tribunal administrativo alemán (el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main) había planteado una cuestión prejudicial sobre la validez de las garantías relativas al régimen de certificados de exportación previsto por la legislación comunitaria. Hasta entonces, el tribunal nacional se había negado a admitir la validez de dichas disposiciones. Consideraba que el compromiso de importar o de exportar derivado de la expedición de los certificados, junto con la fianza, constituían una intromisión excesiva en la libertad de disposición de los comerciantes, ya que a su juicio el objetivo de la reglamentación comunitaria se habría podido alcanzar con intervenciones menos gravosas. Para el tribunal nacional, la normativa comunitaria era contraria a determinados principios estructurales del Derecho constitucional alemán (principios de libertad de acción y de disposición, de libertad económica y de proporcionalidad). En opinión del tribunal nacional, la primacía del Derecho comunitario debía ceder ante tales principios⁵⁴.

La respuesta del Tribunal de Justicia trató de garantizar la integridad del ordenamiento comunitario, completando el Tratado —que no contenía y sigue sin contener una carta de derechos fundamentales— con garantías constitucionales análogas a las del Derecho constitucional nacional. El razonamiento de la sentencia merece ser reproducido *in extenso*:

⁵⁴ Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec. Selec. 1970, 241, aps. 1 y 2.

—«el recurso a normas o conceptos jurídicos del Derecho nacional, para apreciar la validez de los actos de las Instituciones de la Comunidad, tendría por efecto menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho comunitario»;

—«la validez de dichos actos sólo puede apreciarse con arreglo al Derecho comunitario»;

—«al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma»;

—«la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado»;

—«sin embargo, *es preciso examinar si no se ha infringido ninguna garantía análoga, inherente al Derecho comunitario*»;

—«en efecto, la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia»;

—«*la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad*»⁵⁵.

A veces, garantías constitucionales análogas a las de las Constituciones de los Estados miembros que han sido consagradas por la jurisprudencia son constitucionalizadas —es decir, codificadas o integradas en el Tratado—. En el caso concreto de los derechos fundamentales, la jurisprudencia del Tribunal ha sido incorporada en el apartado segundo del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea:

La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

⁵⁵ Ibid, aps. 3 y 4 (cursiva añadida).

De este modo, el poder de revisión de los Tratados reconoce y ratifica una vez más el papel del Tribunal en el desarrollo de un Derecho constitucional comunitario⁵⁶.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMUNITARIA

Ya hemos señalado que el Tribunal de Justicia garantiza el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado (artículo 220 CE). En el marco de la CEECA, la introducción de un Tribunal tuvo como finalidad principal el control de las decisiones de la Alta Autoridad, prefiriéndose a la idea inicial de un tribunal arbitral⁵⁷. La declaración Schuman de 9 de mayo de 1950 sólo hacía referencia a la institución de la Alta Autoridad, que debía ser fuerte e independiente. Como resultado de las negociaciones del Tratado de París, la Alta Autoridad (embrión de la actual Comisión) quedó inscrita en un marco institucional muy similar al actual —compuesto por el Consejo, la Asamblea (luego denominada Parlamento) y el Tribunal de Justicia—, destinado a garantizar su control y el equilibrio de poderes resultante de dicho marco institucional⁵⁸.

De entre las funciones expresamente atribuidas al Tribunal, una parte sustancial tiene una naturaleza inequívocamente constitucional. Pero el Tribunal no se dedica exclusivamente a estas funciones, que sólo constituyen

⁵⁶ El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, pendiente de ratificación, completaría el ordenamiento comunitario incluyendo en su parte II la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

⁵⁷ G. Isaac, *Droit communautaire général* (7.^a edición, Colin, París, 1999), 228: «Les négociateurs du traité CEECA, sous l'influence allemande, semble-t-il, abandonnèrent très rapidement l'idée d'un tribunal arbitral conçu dans un esprit internationaliste au profit d'une juridiction qui se comporterait, au contraire, comme un *juge interne* de la Communauté, faisant des États membres, des institutions communautaires et aussi des particuliers de véritables justiciables». J. Monnet, *Mémoires* (Fayard, París, 1976), 379-380 (refiriéndose a las negociaciones del Tratado CEECA): «Peu à peu, l'édifice s'élevait sur ses fondations. Il lui manquait pour être complet deux pièces importantes: le conseil de ministres que les petits pays allaient exiger et la Cour de justice dont nous avons seulement créé l'embryon. En revanche, l'arbitre et la procédure en deux temps que nous avons prévue disparaîtraient bientôt sous la pression des mêmes petits pays [...]».

⁵⁸ Véase P. Gerbet, *La construction de l'Europe* (Imprimerie nationale, París, 1994), 115: «Dans la déclaration française, il n'avait été question que d'une seule institution: la *Haute Autorité*, indépendante des gouvernements [...]. Des inquiétudes s'exprimèrent quant au caractère "technocratique" et "despotique" qu'elle pourrait revêtir. Aussi fut-elle entourée d'organes chargés de la contrôler»; véase asimismo D. Spierenburg y R. Poidevin, *Histoire de la Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier* (Bruylant, Bruselas, 1993), 15-23.

un aspecto de su actividad⁵⁹. Hay que tener en cuenta que, al contrario de lo que ocurre en otros sistemas que establecen vías e instituciones específicas para el control del respeto de la Constitución, las cuestiones constitucionales no se plantean ante el Tribunal de Justicia a través de procedimientos especiales —a excepción del procedimiento de control previo previsto para los acuerdos internacionales de la Comunidad en el apartado 6 del artículo 300 CE—, sino a través de los procedimientos generales establecidos en el Tratado, en virtud de los cuales se plantean también otras muchas controversias que no tienen carácter constitucional. Con todo, las funciones constitucionales del Tribunal de Justicia han ido adquiriendo mayor relieve en los últimos años. La creación del Tribunal de Primera Instancia en 1989, que en buena medida constituye la jurisdicción administrativa de la Comunidad —bajo el control casacional del Tribunal de Justicia—, resalta más, si cabe, el papel constitucional del Tribunal de Justicia.

La competencia del Tribunal de Justicia se extiende a todas las cuestiones de Derecho comunitario. Dado que una parte de este Derecho ha sido interpretada como Derecho constitucional, por ocupar la cúspide del ordenamiento jurídico y contener normas constitucionales por razón de la materia, a menudo el Tribunal de Justicia se ve abocado a controlar el respeto de tales normas, ejerciendo las funciones propias de la justicia constitucional. Si se considera su relación con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, el Tribunal aparece además como un órgano jurisdiccional parecido a los que existen en sistemas de tipo federal, pues tiene que decidir también sobre las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, y sobre la división de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, garantizando que no se violen los límites establecidos por el Tratado en cuanto a las competencias, ya sea en detrimento de la Comunidad o de los Estados miembros⁶⁰.

⁵⁹ Como afirma P. Pescatore, «La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle», en *Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes* (Carl Heymanns Verlag, Köln, 1965, 519), 520: «Lorsque nous parlons de la Cour de Justice des Communautés Européennes en termes de 'juridiction constitutionnelle', il est manifeste que nous ne considérons rien qu'un aspect dans la compétence totale de la Cour.»

⁶⁰ *Ibid.*, 522: «il faut envisager encore la relation entre les Communautés et les États membres. Cette dernière relation est de type fédéral; elle repose en effet sur une délimitation des compétences entre l'organisme communautaire et les États membres. Elle comporte l'obligation des États membres de respecter la compétence des Communautés, et, réciproquement, l'obligation des organes communautaires de respecter la compétence des

No se trata, sin embargo, de un tribunal constitucional especializado, producto del modelo kelseniano de justicia constitucional concentrada. El sistema comunitario es un sistema mixto que no responde a ninguno de los modelos básicos de justicia constitucional, presentando elementos de uno y de otro. En cierta medida, puede compararse al Tribunal de Justicia con el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pues ambos tienen una jurisdicción general que incluye el contencioso constitucional.

Para caracterizar el sistema comunitario de justicia constitucional hemos de distinguir entre el control de la constitucionalidad del Derecho derivado comunitario —que depende de la adecuación de este último al Tratado o «carta constitucional»— y el control de la conformidad del Derecho de los Estados miembros con el Derecho comunitario.

El Tribunal lleva a cabo el control de la constitucionalidad del Derecho derivado a través de los recursos directos y de las cuestiones prejudiciales.

Los recursos directos que pueden plantear cuestiones relativas a la conformidad del Derecho derivado con el Tratado son los recursos de nulidad y los recursos por omisión. En los recursos de nulidad, el Tribunal puede pronunciarse sobre la legalidad de los actos de Derecho derivado. Estos recursos incluyen entre los motivos que pueden invocarse la *violación del Tratado o de cualquier otra norma jurídica relativa a su ejecución* (por ejemplo, los derechos fundamentales protegidos como principios generales del ordenamiento comunitario) y, de ser fundado el recurso, conlleva la declaración de nulidad, quedando el acto impugnado «sin valor ni efecto alguno» (artículos 230 y 231 CE). En los recursos por omisión, el Tribunal examina las abstenciones de pronunciarse de las instituciones en violación del Tratado (artículo 232 CE). En ambos casos, la institución afectada está obligada a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal (artículo 233 CE).

En el ámbito de las cuestiones prejudiciales también pueden plantearse cuestiones de validez del Derecho comunitario derivado con respecto del Tratado. Cuando se trata de evaluar la validez del Derecho derivado, el Tribunal ha establecido en la sentencia *Foto-Frost*, frente a las dudas que pu-

États membres. Le rôle de la Cour de Justice nous apparaît ici comme étant non seulement celui d'une cour constitutionnelle, mais d'une cour fédérale, arbitre suprême entre les organismes centraux des Communautés et les États membres, à la fois gardienne des intérêts communs et garante des prérogatives nationales.»

diera plantear el texto del artículo 234 CE, que «los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias»⁶¹. Esta sentencia es fundamental para comprender la naturaleza de la justicia constitucional en el sistema comunitario⁶², pues tiene como consecuencia que el examen de la constitucionalidad del Derecho derivado (es decir, el examen de la adecuación de la legislación comunitaria a la carta constitucional de la Comunidad) está reservado al Tribunal de Justicia, no sólo a través de los recursos directos, sino también en el ámbito de las cuestiones prejudiciales. El razonamiento del Tribunal para llegar a esta decisión fue el siguiente:

Los órganos jurisdiccionales nacionales

pueden examinar la validez de un acto comunitario y, si no encuentran fundados los motivos de invalidez que las partes alegan ante ellos, desestimarlos concluyendo que el acto es plenamente válido. En efecto, al actuar de este modo, no enjuician la existencia del acto comunitario.

—En cambio, no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones comunitarias. [...] [L]as competencias reconocidas al Tribunal de Justicia por el artículo [234] tienen esencialmente por objeto garantizar una aplicación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales. Esta exigencia de uniformidad es particularmente imperiosa cuando se trata de la validez de un acto comunitario. [L]as divergencias entre los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de los actos comunitarios pueden llegar a comprometer la misma unidad del ordenamiento jurídico comunitario y perjudicar la exigencia fundamental de la seguridad jurídica.

—La necesaria coherencia del sistema de protección jurisdiccional establecido por el Tratado impone la misma conclusión. Es importante recordar a este respecto que la remisión prejudicial para que se aprecie la validez de un acto constituye, de la misma manera que el recurso de anulación, una modalidad del control de legalidad de los actos de las instituciones comunitarias. [...]

—Dado que el artículo [230] atribuye competencia exclusiva al Tribunal de Justicia para anular un acto de una institución comunitaria, la coherencia

⁶¹ Asunto 314/85, *Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rec. 1987, 4199, ap. 20.

⁶² Gerhard Bebr se refirió a esta sentencia como «a remarkable constitutional decision» («The Reinforcement of the Constitutional Review of Community Acts Under Article 177 EEC Treaty», *Common Market Law Review*, 1988, 667).

del sistema exige que la facultad de declarar la invalidez del mismo acto, si se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional, esté reservada asimismo al Tribunal de Justicia⁶³.

Para el tema que ahora nos ocupa, la sentencia *Foto-Frost* cierra el sistema del Tratado —no en vano la referencia al artículo 230 CE constituye el centro del razonamiento—, dejando claro que dicho sistema se basa en un control concentrado de la «constitucionalidad» de la legislación comunitaria, por lo que permite a los tribunales nacionales concluir que un acto es válido, pero obliga a plantear una cuestión prejudicial si se duda sobre la validez. Esta solución es similar a la de algunos ordenamientos nacionales que cuentan con una jurisdicción constitucional especializada y con un sistema de cuestiones prejudiciales de constitucionalidad⁶⁴.

El contencioso de tipo constitucional también puede plantearse en cuestiones de compatibilidad del Derecho de los Estados miembros con el Derecho comunitario. El control se realiza tanto por el Tribunal como por los tribunales nacionales. En primer lugar, los recursos por incumplimiento permiten al Tribunal pronunciarse, a instancia de la Comisión o de un Estado miembro, sobre el incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado (artículos 226 a 228). Se trata del único procedimiento que permite al Tribunal pronunciarse sobre la adecuación del Derecho nacional al Derecho comunitario. En el marco de la cuestión prejudicial, en segundo lugar, una jurisprudencia consolidada ha establecido que «el Tribunal no puede aplicar el Tratado a un asunto determinado, ni pronunciarse sobre la validez de una medida de Derecho interno en relación con aquél, como podría hacer en el marco del artículo [226]»⁶⁵. Lo único que el Tribunal puede hacer es proporcionar al tribunal nacional la interpretación de las disposiciones de Derecho comunitario aplicables al caso a fin de que este último tribunal resuelva el asunto del que tiene que conocer, declarando, en su caso, la incompatibilidad de la disposición nacional con la disposición comunitaria y aplicando esta última.

⁶³ *Ibid.*, aps. 14 a 17.

⁶⁴ Los artículos 100 de la Constitución alemana y 163 de la Constitución española, por ejemplo, obligan a los tribunales ordinarios a plantear una cuestión prejudicial al Tribunal Constitucional cuando consideren que una ley puede ser contraria a la Constitución.

⁶⁵ Asunto 6/64, *Costa/ENEL*, Rec. Selec. 1964-1966, 99, 104.

De este modo, por lo que se refiere al Derecho comunitario derivado el Tratado ha establecido un sistema de justicia constitucional concentrado confiado a un tribunal no especializado, puesto que su jurisdicción comprende otras cuestiones no constitucionales. El carácter concentrado del control de la validez del Derecho comunitario derivado queda confirmado, por lo que se refiere al procedimiento prejudicial, en la sentencia *Foto-Frost*.

En cambio, cuando se trata de la adecuación del Derecho de los Estados miembros al Derecho comunitario, el control es difuso, y queda confiado a los tribunales nacionales (que pueden o deben según el caso solicitar la colaboración del Tribunal a través del procedimiento prejudicial) y al Tribunal de Justicia (procedimiento por incumplimiento de los artículos 226 a 228 CE).

Otro rasgo que acentúa el carácter constitucional de la competencia del Tribunal relativa a los recursos directos es la legitimación activa para promover recursos de nulidad. Dicha legitimación la tienen a título principal los Estados miembros, el Parlamento, el Consejo y la Comisión (artículo 230 CE, párrafo 2). El Tribunal de Cuentas y el Banco Central Europeo pueden interponer recursos de nulidad con el fin de salvaguardar sus prerrogativas (artículo 230 CE, párrafo 3)⁶⁶. En cambio, un particular (persona física o jurídica) sólo puede atacar aquellas decisiones de las que sea destinatario (es decir, actos administrativos individuales de las instituciones comunitarias) y «las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente» (artículo 230 CE, párrafo 4)⁶⁷. En la mayoría de los sistemas de justicia constitucional los particulares tampoco tienen legitimación activa para promover el control de la constitucionalidad de las leyes.

A este respecto, es interesante señalar que en una sentencia de 1956, refiriéndose a una disposición comparable aunque no idéntica al artículo 230 CE, el artículo 33 del hoy extinto Tratado CECA, el Tribunal declaró que

⁶⁶ El Tratado de Niza ha incluido al Parlamento entre los «demandantes privilegiados» del segundo párrafo del artículo 230 CE. Hasta su entrada en vigor, el Parlamento sólo podía interponer recursos dirigidos a la salvaguardia de sus prerrogativas.

⁶⁷ El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, pendiente de ratificación, incluye una modificación parcial de esta disposición, que será examinada en la sección final del presente trabajo.

el Tratado no contiene ninguna indicación que permita conceder a las empresas privadas un derecho al control de la «constitucionalidad» de las decisiones generales, es decir de su adecuación al Tratado, cuando se trata de actos casi legislativos que emanan de una autoridad pública y tienen un efecto normativo *erga omnes*⁶⁸.

Esta sentencia, aparte de contener la primera referencia al tema constitucional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pone de manifiesto que una de las funciones del recurso de nulidad es precisamente el control de la constitucionalidad del Derecho derivado. La dimensión constitucional del recurso de nulidad queda confirmada a la vista de la limitación de la legitimación activa para promoverlo. Contra actos de naturaleza general (legislación comunitaria), la legitimación activa corresponde a los Estados y las instituciones. Los particulares tienen legitimación activa para impugnar actos individuales o actos generales de eficacia individual, de carácter administrativo.

Podría pensarse que la claridad de este sistema de legitimación activa para impugnar las distintas fuentes queda algo desdibujada a causa de la heterogeneidad de la «legislación comunitaria», que incluye verdaderos actos legislativos junto a reglamentos de carácter marcadamente administrativo. La separación rigurosa de un contencioso constitucional del contencioso administrativo (general e individual) requeriría el establecimiento previo de una jerarquía de las fuentes del Derecho comunitario derivado que diferenciase entre legislación y reglamentación administrativa. La introducción de tal jerarquía, que implica asimismo una diferenciación más nítida entre los poderes legislativo y ejecutivo comunitarios, ha sido uno de los temas de discusión de la Convención Europea y ha tenido su eco en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, como veremos en la sección final de este artículo. Es evidente que una evolución de este tipo cambiaría los presupuestos de la justicia constitucional en el sistema comunitario, facilitando la delimitación más nítida del contencioso de naturaleza constitucional.

⁶⁸ Asunto 8/55, *Fédération charbonnière de Belgique/Haute Autorité*, Rec. 1955-1956, 199, 227: «Le Traité ne contient aucune indication permettant de conclure à l'octroi aux entreprises privées d'un tel droit au contrôle de la "constitutionnalité" des décisions générales, c'est-à-dire de leur conformité avec le Traité, alors qu'il s'agit d'actes quasi législatifs émanant d'une autorité publique et ayant un effet normatif "erga omnes"».

Cabe destacar, por último, la competencia especial del Tribunal para pronunciarse con carácter previo, a instancia del Parlamento, del Consejo, de la Comisión o de un Estado miembro⁶⁹, sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo internacional previsto con las disposiciones del Tratado. A diferencia de los otros cauces procesales establecidos por el Tratado, que establecen un control concreto y *a posteriori*, el apartado 6 del artículo 300 CE establece un control preventivo y abstracto. Un dictamen negativo del Tribunal tiene la consecuencia de que el acuerdo sólo podrá entrar en vigor si el Tratado es modificado o si el acuerdo previsto es modificado para asegurar su conformidad con el Tratado (artículo 300.6). Esta competencia, a la que volveremos en la sección VIII, tiene claramente un perfil constitucional.

IV. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO DERIVADO

El control de la constitucionalidad del Derecho comunitario derivado se lleva a cabo a través del recurso de anulación previsto en el artículo 230 del Tratado, a través del control del examen prejudicial de la validez de los actos de las instituciones de la Comunidad previsto en el artículo 234 y también mediante el control incidental de la legalidad de las disposiciones generales previsto en el artículo 241. Estos procedimientos no son específicos para el control de constitucionalidad, dado que también sirven para efectuar un control de la mera legalidad de los actos administrativos comunitarios. A este respecto, resulta significativo que en la sentencia *Foto-Frost* el Tribunal afirmara su competencia exclusiva para pronunciarse sobre la validez de los actos comunitarios sin establecer distinción alguna entre actos legislativos y actos administrativos.

Según el tenor del artículo 230 del Tratado, el Tribunal de Justicia

controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

El segundo párrafo de dicha disposición añade que, a tal fin, el Tribunal

⁶⁹ El Parlamento puede solicitar un dictamen en virtud del artículo 300.6 CE desde la entrada en vigor del Tratado de Niza.

será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión.

El concepto «violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución» hay que entenderlo en sentido amplio, de conformidad con el artículo 220 CE y su referencia amplia al «respeto del Derecho». Por lo tanto, incluye también los principios generales del Derecho, a través de los cuales el Tribunal ha enriquecido de manera notable el ordenamiento comunitario, colmando algunas lagunas de naturaleza constitucional (como la relativa a los derechos fundamentales, recordada anteriormente). La identificación, consagración y desarrollo de tales principios generales del Derecho es uno de los aspectos más interesantes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Tales principios, que se deducen a veces de la estructura o sistema del Tratado, otras de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, otras del Derecho internacional o de una mezcla de los anteriores, constituyen una parte importante del Derecho constitucional comunitario, imponiendo límites en el campo de acción de la Comunidad y de los Estados miembros.

La concepción del «control de legalidad» previsto en estas disposiciones como control de constitucionalidad aparece con especial claridad en la sentencia *Los Verdes*, en la que el Tribunal de Justicia, apartándose del texto del artículo 230 CE (entonces artículo 173), que sólo preveía el control de la legalidad de los actos del Consejo y de la Comisión, declaró que los actos del Parlamento Europeo que producen efectos jurídicos frente a terceros también quedan sujetos a dicho control. Esta conclusión se basó fundamentalmente en la consideración de que

la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado.⁷⁰

El objeto del control de validez en el campo de las cuestiones prejudiciales (artículo 234 CE) son los actos adoptados por las instituciones de la

⁷⁰ Asunto 294/83, *Los Verdes/Parlamento*, Rec. 1986, 1339, ap. 23.

Comunidad y por el Banco Central Europeo. Se trata por lo tanto de los mismos actos que pueden ser atacados a través del recurso de anulación del artículo 230 del Tratado. En la sentencia *Los Verdes*, el Tribunal ha hecho especial hincapié en el paralelismo entre ambas disposiciones, más allá de las diferencias textuales⁷¹.

El control incidental de la legalidad comunitaria está previsto en el artículo 241 CE, a tenor del cual

aunque haya expirado el plazo previsto en el párrafo quinto del artículo 230 [plazo de dos meses para introducir el recurso de nulidad], cualquiera de las partes de un litigio en el que se cuestione un reglamento adoptado conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo o un reglamento del Consejo, de la Comisión o del BCE, podrá acudir al Tribunal de Justicia, alegando la inaplicabilidad de dicho reglamento por los motivos previstos en el párrafo segundo del artículo 230.

Según la jurisprudencia del Tribunal, dicha disposición

constituye la expresión de un principio general que garantiza a cualquiera de las partes, para obtener la anulación de una Decisión que la afecte directa e individualmente, el derecho de cuestionar la validez de los actos institucionales anteriores que constituyan la base jurídica de la Decisión impugnada, cuando la referida parte no disponga del derecho a interponer, con arreglo al artículo [230] del Tratado, un recurso directo contra dichos actos, cuyas consecuencias sufriría así sin haber podido solicitar su anulación.

Según el Tribunal,

el ámbito de aplicación de dicho artículo debe, por consiguiente, ampliarse para incluir los actos de las Instituciones que, aunque no revistan la forma de Reglamentos, produzcan efectos análogos, y que, por esos motivos, no podían ser impugnados en el marco del artículo [230], por sujetos de Derecho distintos de las Instituciones y de los Estados miembros.

Se añade que

⁷¹ *Ibid.*, aps. 23 y 24.

esta interpretación amplia del artículo [241] obedece a la necesidad de garantizar un control de legalidad en beneficio de las personas a las que el párrafo segundo del artículo [230] excluye de la posibilidad de interponer recurso directo contra los actos de carácter general, en el momento en que son objeto de decisiones de aplicación que les afectan directa e individualmente⁷².

Esta jurisprudencia se aplica indudablemente a actos atípicos de efectos similares a los de un Reglamento. Todavía no se ha planteado si el procedimiento incidental se aplica a otro tipo de actos (directivas, por ejemplo), pero es posible pensar que, en la medida en que una directiva no incorporada o incorrectamente incorporada al Derecho de un Estado miembro puede desplegar efectos en las relaciones entre el Estado y los particulares, el razonamiento que acabamos de recordar sería aplicable y la vía incidental del artículo 241 CE quedaría abierta.

V. CONFLICTOS INTERINSTITUCIONALES Y GARANTÍA DEL EQUILIBRIO INSTITUCIONAL

El concepto de «equilibrio institucional» tiene en el sistema comunitario un alcance parecido al del concepto de «separación de poderes» en los sistemas constitucionales de los Estados miembros. El equilibrio institucional, implícito en el artículo 7 del Tratado —que atribuye la realización de las funciones asignadas a la Comunidad a las distintas instituciones y dispone que «[c]ada institución actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado»—, ya había aparecido en la jurisprudencia de los años cincuenta en el contexto del Tratado CECA. Cabe destacar un dictamen del Tribunal dictado en virtud del artículo 95 del Tratado CECA (procedimiento simplificado de revisión, también conocido como «pequeña revisión»). El Tribunal declaró que el proyecto de modificación del Tratado CECA presentado por la Comisión era incompatible con el artículo 95 de dicho Tratado, entre otras razones porque «el equilibrio previsto por el Tratado entre las instituciones de la Comunidad se hallaría comprometido»⁷³. En la importante sentencia *Meroni*, sobre el control de la delegación de poderes por parte de la Alta Autoridad (embrión de la actual Comisión en el Tratado CECA) a ciertos organismos de Derecho privado, el

⁷² Asunto 92/78 *Simmenthal*, Rec. Selec., 1979, 441, aps. 39 a 41.

⁷³ Dictamen de 17 de diciembre de 1959, Rec. 1958-1959, 551, 562: «L'équilibre prévu par le traité, entre les institutions de la Communauté, se trouverait compromis».

Tribunal se refirió al «equilibrio de poderes, característico de la estructura institucional de la Comunidad», como una «garantía fundamental otorgada por el Tratado, especialmente a las empresas y a las asociaciones de empresas a las cuales se aplica»⁷⁴.

La garantía jurisdiccional del equilibrio institucional, es decir, de la esfera de funciones y competencias de cada institución, tiene especial importancia en los conflictos interinstitucionales que ocupan cada vez más al Tribunal en los últimos años⁷⁵. El equilibrio institucional es un principio que protege y obliga principalmente a las instituciones. Así, una sentencia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad ha destacado que «el sistema de reparto de competencias entre las diferentes Instituciones de la Comunidad tiene como objetivo garantizar el respeto del equilibrio institucional previsto por el Tratado y *no la protección de los particulares*», por lo que «el hecho de no respetar el equilibrio institucional no puede bastar, por sí solo, para generar la responsabilidad de la Comunidad»⁷⁶.

Como otras cuestiones de alcance constitucional, los conflictos interinstitucionales carecen de una vía procesal específica, por lo que se plantean fundamentalmente a través de los recursos de anulación y por omisión.

En este campo, son especialmente significativos los conflictos relativos a la base jurídica de los actos comunitarios. En efecto, en un sistema de competencias de atribución la elección del fundamento de los actos tiene importantes consecuencias jurídicas, pues determina el órgano u órganos competentes y el procedimiento que ha de seguirse para su adopción.

La larga serie de sentencias que solucionan conflictos interinstitucionales relativos a la base jurídica de los actos de Derecho derivado se inicia con la sentencia dictada en el asunto llamado de las «preferencias arancelarias generalizadas»⁷⁷. Esta sentencia anuló dos Reglamentos de 1985 relativos a

⁷⁴ Asunto 9/56 *Meroni*, Rec. 1958, 9, 44: el artículo 3 del Tratado CEEA «permet de voir dans l'équilibre des pouvoirs, caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté, une garantie fondamentale accordée par le Traité, notamment aux entreprises et associations d'entreprises auxquelles il s'applique».

⁷⁵ Para un ejemplo reciente y de gran importancia, véase la sentencia sobre el pacto de estabilidad y crecimiento, de 13 de julio de 2004, asunto C-27/04, *Comisión/Consejo*, aún no publicada.

⁷⁶ Asunto C-282/90, *Industrie en Handelsovereenkomst Vreugdehill/Comisión*, Rec. 1992, I-1937 (cursiva añadida).

⁷⁷ Asunto 45/86 *Comisión/Consejo*, Rec. 1987, 1493.

las preferencias arancelarias generalizadas, al mismo tiempo que declaraba definitivos los efectos de los Reglamentos en virtud del segundo párrafo del artículo 231 del Tratado, habida cuenta de las necesidades de la seguridad jurídica⁷⁸. Se trata de un desarrollo jurisprudencial importante para el contencioso relativo a la elección de la base jurídica. Desde este punto de vista hay que destacar los siguientes aspectos.

En primer lugar, se reconoce implícitamente la adecuación del recurso de nulidad como vía procesal para la solución de conflictos de competencias entre instituciones comunitarias, aun en el supuesto de que no exista entre éstas controversia alguna acerca del contenido material del acto impugnado. El Consejo había expresado dudas acerca de la admisibilidad de la demanda en razón de la ausencia de una auténtica controversia jurídica y de falta de interés procesal por parte de la Comisión. A este respecto, el Tribunal se limitó a observar que la Comisión y los Estados miembros están legitimados, en virtud del artículo 230 del Tratado, para impugnar los Reglamentos del Consejo sin que el ejercicio de este derecho esté subordinado a la demostración de ningún tipo de interés procesal⁷⁹. En sus conclusiones, el abogado general Lenz había examinado más ampliamente la cuestión de la existencia de un auténtico interés procesal, subrayando expresamente el carácter constitucional de estos conflictos, que comparó a los procesos constitucionales que tienen por objeto determinar el alcance de los derechos y obligaciones de los distintos órganos del Estado en los ordenamientos jurídicos de Alemania, España, Francia e Italia⁸⁰.

En segundo lugar, el Tribunal destacó que la obligación de motivación incluye la base jurídica:

Es cierto que la omisión de la referencia a una disposición concreta del Tratado puede no constituir un vicio sustancial cuando el fundamento jurídico

⁷⁸ *Ibid.*, ap. 23.

⁷⁹ *Ibid.*, ap. 3.

⁸⁰ *Idem*, conclusiones Lenz, ap. 35: «Una ojeada a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que disponen de Tribunales Constitucionales confirma que los conflictos de competencias interinstitucionales constituyen litigios. Así, existe la posibilidad de interponer recursos ante el Tribunal Constitucional sobre el alcance de los derechos y de los deberes de los órganos del Estado —si bien en formas distintas— en los ordenamientos jurídicos de la República Federal de Alemania, España, Francia e Italia. Semejantes polémicas no pueden, en consecuencia, ser consideradas como meros conflictos políticos, sino también como litigios».

de un acto puede ser determinado apoyándose en otros elementos de éste. Tal referencia explícita es, sin embargo, indispensable cuando, a falta de ésta, los interesados y el Tribunal de Justicia carecen de certeza respecto al fundamento jurídico concreto⁸¹.

El Tribunal señaló que,

en el marco del sistema de competencias de la Comunidad, la elección del fundamento jurídico de un acto no puede depender únicamente de la convicción de una institución respecto al fin perseguido, sino que debe basarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional⁸².

Se reconoce que el defecto en la elección del fundamento jurídico no era meramente formal, pues podía tener consecuencias en el contenido de los actos impugnados:

la controversia sobre el fundamento jurídico correcto no tenía un alcance meramente formal, dado que los artículos 135 y 235 [actuales artículos 186 y 308] del Tratado establecen normas diferentes para la formación de la voluntad del Consejo y que la elección del fundamento jurídico podía, por lo tanto, tener consecuencias sobre la determinación del contenido de los Reglamentos impugnados⁸³.

La sentencia aclara que el recurso al artículo 308 del Tratado como fundamento «sólo está justificado [...] cuando ninguna otra disposición del Tratado confiera a las instituciones comunitarias la competencia necesaria para adoptar dicho acto»⁸⁴. Esta jurisprudencia limita el recurso al artículo 308 del Tratado como base jurídica residual. El alcance de este pronunciamiento jurisprudencial se puede medir en comparación con una sentencia de 1973, según la cual el recurso al artículo 308 CE podía justificarse en interés de la seguridad jurídica⁸⁵. La jurisprudencia posterior ha insistido

⁸¹ *Ibid.*, ap. 9.

⁸² *Ibid.*, ap. 11.

⁸³ *Ibid.*, ap. 12.

⁸⁴ *Ibid.*, ap. 13.

⁸⁵ Asunto 8/73 *Massey-Ferguson*, Rec. 1973, 357, ap. 4.

en la existencia de límites al uso de esta disposición, especialmente en el Dictamen 2/94⁸⁶.

En este campo puede destacarse asimismo la jurisprudencia relativa a la posición del Parlamento Europeo en el marco institucional. En las sentencia *Roquette Frères*, de 1980, se deja claro, en primer lugar, que el derecho de intervención del Parlamento Europeo derivado del artículo 37 del Estatuto del Tribunal de Justicia no está sometido a limitaciones, siendo idéntico al de las restantes instituciones⁸⁷. Por otro lado, el Tribunal elaboró la noción del derecho de consulta del Parlamento en el procedimiento decisorio (en aquella época la participación del Parlamento en el procedimiento legislativo era bastante limitada). Para el Tribunal, la consulta

es el medio que permite que el Parlamento participe efectivamente en el proceso legislativo de la Comunidad. Esta competencia representa un elemento esencial del equilibrio institucional deseado por el Tratado. Es el reflejo, aunque limitado, en el ámbito comunitario, de un principio democrático fundamental, según el cual los pueblos participan en el ejercicio del poder a través de una asamblea representativa. En consecuencia, la consulta al Parlamento en debida forma en los casos previstos por el Tratado constituye una formalidad esencial, cuyo incumplimiento implica la nulidad del acto de que se trate⁸⁸.

La consulta del Parlamento se interpreta por el Tribunal como una prerrogativa de este último a ser consultado y expresar su opinión de manera efectiva. La ausencia de consulta en el caso concreto conllevó la nulidad del acto atacado⁸⁹.

⁸⁶ Dictamen 2/94 (*CEDH*), Rec. 1996, I-1759, ap. 35: «Una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad, cuyas implicaciones institucionales serían asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235 [actual 308]. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado».

⁸⁷ Asunto 138/79 *Roquette Frères*, Rec. 1980, 3333, aps. 17-21.

⁸⁸ *Ibid.*, ap. 33.

⁸⁹ Otros asuntos más recientes relativos a la consulta del Parlamento se refieren también al concepto de equilibrio institucional: asunto C-408/95, *Eurotunnel/SeaFrance*, Rec. 1997, I-6315, ap. 45; asunto C-58/94, *Países Bajos/Consejo*, Rec. 1996, I-2169; asunto C-21/94, *Parlamento/Consejo*, Rec. 1995, I-1827, ap. 17; asunto C-65/93, *Parlamento/Consejo*, Rec. 1995, I-643, ap. 21; asunto C-316/91, *Parlamento/Consejo*, Rec. 1994, I-625, aps. 11-12.

También merece especial atención el control jurisdiccional del ejercicio por parte del Parlamento Europeo de sus competencias en el ámbito presupuestario. En una sentencia de 3 de julio de 1986⁹⁰, el Tribunal de Justicia estimó un recurso del Consejo y anuló el acto del Presidente del Parlamento Europeo por el que éste había declarado concluido el proceso de adopción del presupuesto para el año 1986. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia rechazó la excepción de inadmisibilidad invocada por el Parlamento Europeo, basándose en que el artículo 173 CE (hoy artículo 230 CE) no preveía en aquel entonces que los actos del Parlamento pudieran ser objeto de un control de legalidad, del mismo modo que tampoco permitía al Parlamento atacar los actos de otras instituciones. El Tribunal rechazó la excepción y declaró el recurso admisible. En primer lugar recordó que la sentencia *Los Verdes* ya había dejado claro que puede interponerse un recurso de anulación contra los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros⁹¹. Por otra parte, el Tribunal destacó que si los actos de la autoridad presupuestaria estuviesen sustraídos al control jurisdiccional, las instituciones que conjuntamente constituyen la autoridad presupuestaria podrían invadir las competencias de los Estados miembros o de las otras instituciones o bien exceder los límites de sus propias competencias⁹². Se trata, pues, de una motivación especialmente relevante desde la perspectiva del equilibrio institucional.

Otras sentencias importantes desde esta perspectiva son las relativas a la legitimación activa del Parlamento para interponer recursos ante el Tribunal de Justicia. Dicha legitimación no estaba prevista expresamente en el Tratado. En 1990 el Tribunal de Justicia acabó reconociendo al Parlamento Europeo, por vía jurisprudencial, una legitimación activa para impugnar los actos del Consejo limitada a lo que fuera necesario para la defensa de las propias competencias del Parlamento. El Tribunal, que, menos de dos años antes, en el asunto llamado de la *comitología*, había considerado que las disposiciones aplicables en su estado actual no le permitían reconocer legitimación activa al Parlamento Europeo⁹³, rectificó su jurisprudencia sobre

⁹⁰ Asunto 34/86, *Consejo/Parlamento*, Rec. 1986, 2155.

⁹¹ Asunto 294/83, *Los Verdes*, Rec. 1986, 1339.

⁹² *Ibid.*, ap. 12.

⁹³ Asunto 302/87, *Parlamento/Consejo*, Rec. 1988, 5615, ap. 28: «En la fase actual de desarrollo de la normativa aplicable, este Tribunal de Justicia no puede reconocer al Parlamento Europeo legitimación activa para ejercitar acciones de anulación».

la base de una motivación en la que aparece especialmente subrayada su propia función como garante del equilibrio institucional, así como la importancia del Parlamento Europeo como expresión del principio democrático. El razonamiento del Tribunal comienza con la constatación de que las vías procesales existentes no bastan para «garantizar, en toda circunstancia y de manera cierta, el control jurisdiccional de un acto del Consejo o de la Comisión que infrinja las prerrogativas del Parlamento»⁹⁴. Para el Tribunal, tales prerrogativas «constituyen uno de los elementos del equilibrio institucional creado por los Tratados», que han instituido

un sistema de reparto de competencias entre las distintas instituciones de la Comunidad, que atribuye a cada una un ámbito de actuación propio dentro de la estructura institucional de la Comunidad y en el marco de la ejecución de las funciones a ellas asignadas⁹⁵.

Seguidamente, en la sentencia se argumenta que:

Este Tribunal, que, en virtud de los Tratados, ha de velar por el respeto del Derecho en su interpretación y aplicación, *debe igualmente poder garantizar el mantenimiento del equilibrio institucional*, y, por consiguiente, el control jurisdiccional del respeto de las prerrogativas del Parlamento cuando, a tal efecto, este último interponga ante este Tribunal el correspondiente recurso, a través de una vía procesal adaptada al objetivo por aquél perseguido.

Bien es cierto que, en el ejercicio de esta función, este Tribunal no puede elevar al Parlamento al rango de aquellas instituciones que pueden interponer un recurso, al amparo de los [entonces] artículos 173 del Tratado CEE o del artículo 146 del Tratado CEEA, sin necesidad de justificar un interés en el ejercicio de la acción.

No obstante, incumbe a este Tribunal *garantizar la plena aplicación de las disposiciones de los Tratados relativas al equilibrio institucional y efectuarlo de manera tal que, al igual que las restantes instituciones, no puedan menoscabarse las prerrogativas del Parlamento sin que éste, de manera cierta y eficaz, pueda disponer de una de las vías procesales previstas en los Tratados*.

⁹⁴ Asunto C-70/88, *Parlamento/Consejo*, Rec. 1990, I-2041, ap. 20.

⁹⁵ *Ibid.*, ap. 21.

El hecho de que en los Tratados no exista una disposición que confiera al Parlamento Europeo la legitimación activa para interponer recursos de anulación puede constituir una laguna de orden procesal, pero *esta laguna no puede prevalecer contra el interés fundamental en que se mantenga y respete el equilibrio institucional definido por los Tratados* constitutivos de las Comunidades Europeas.

Por consiguiente, el Parlamento tiene legitimación activa para interponer ante este Tribunal un recurso de anulación contra un acto del Consejo o de la Comisión, a condición de que el objeto del mismo no sea otro que la salvaguarda de sus prerrogativas propias y que en el mismo se invoquen únicamente motivos basados en la violación de estas últimas [...] ⁹⁶.

El método interpretativo seguido en esta sentencia es excepcional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pues la interpretación va mucho más allá del tenor de la norma, que no contemplaba la legitimación activa del Parlamento y parecía incluso excluirla. Para llegar a esta solución, el Tribunal se basó en consideraciones relativas a la estructura del Tratado y al marco institucional establecido por el mismo. La garantía del equilibrio institucional aparece así como un elemento fundamental del sistema comunitario.

Debe destacarse que el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea consagró expresamente la legitimación activa y pasiva del Parlamento Europeo en los mismos términos que se desprenden de la jurisprudencia, previendo asimismo una legitimación activa del mismo tipo —es decir dirigida a la defensa de las propias prerrogativas— para el Banco Central Europeo. El Tratado de Ámsterdam también reconoció al Tribunal de Cuentas la legitimación activa para interponer recursos dirigidos a la salvaguardia de sus prerrogativas. Se trata de otro ejemplo de «constitucionalización» de una jurisprudencia del Tribunal por el constituyente comunitario, similar al ya recordado del artículo 6 UE (protección de los derechos fundamentales). El Tratado de Niza ha modificado nuevamente los párrafos segundo y tercero del artículo 230 CE, asimilando al Parlamento a los «demandantes privilegiados» (hasta ahora los Estados miembros, el Consejo y la Comisión), que pueden impugnar cualquier acto comunitario sin necesidad de que su demanda se dirija a salvaguardar sus prerrogativas.

⁹⁶ *Ibid.*, aps. 23-27 (cursiva añadida).

VI. LA DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD Y DE LOS ESTADOS MIEMBROS

La naturaleza constitucional de la jurisdicción del Tribunal con respecto a la delimitación de las competencias de la Comunidad y de los Estados miembros es también clara. En el sistema jurisdiccional comunitario no existe una vía específica para tratar de los conflictos de competencia, por lo que, al igual que otras controversias constitucionales, tales conflictos se sustancian a través de los procedimientos ordinarios. El procedimiento de nulidad del artículo 230 CE prevé expresamente, por ejemplo, que tales recursos pueden invocar la «incompetencia» de la institución que dictó el acto impugnado, entre otros posibles motivos. Este tipo de controversias pueden plantearse también a través de procesos por incumplimiento, cuestiones prejudiciales y solicitudes de dictamen del artículo 300 del Tratado. Además de la compatibilidad material de un proyecto de acuerdo con el Tratado, estos dictámenes pueden tener por objeto el control de la extensión de la competencia de la Comunidad y de las instituciones comunitarias para la conclusión de un acuerdo internacional. Algunos dictámenes, como veremos en la sección VIII de este artículo, han contribuido de forma importante a la definición de las competencias externas de la Comunidad. Cabe señalar asimismo que en rigor lo que el Tribunal hace no es delimitar las competencias de la Comunidad y *de los Estados*, sino definir los límites de las competencias comunitarias o de sus instituciones. Esta definición afecta a las competencias de los Estados miembros en la medida en que el ejercicio de una competencia comunitaria excluye la acción estatal (la llamada «pre-emption» u ocupación del campo normativo) o, excepcionalmente, ciertas competencias comunitarias se definen como exclusivas y excluyen sin más una competencia de los Estados.

La jurisprudencia relativa a una interpretación «útil» de las atribuciones de competencias a la Comunidad es bien conocida y no requiere una explicación detallada. Cabe mencionar la sentencia AETR, en la que se introduce el concepto de competencias implícitas, referido a las relaciones exteriores de la Comunidad. En este asunto, el Tribunal tenía que decidir como cuestión previa si la competencia para concluir el acuerdo AETR (Acuerdo europeo relativo al trabajo de los conductores de vehículos que efectúan transportes internacionales por carretera) «estaba encuadrada en el ámbito de la competencia de la Comunidad o en el de los Estados miembros»⁹⁷. El

⁹⁷ Asunto 22/70, *Comisión/Consejo*, Rec. Selec. 1971, 25, ap. 5.

problema era el siguiente: el artículo 75 (actualmente artículo 71) del Tratado, relativo a la política de transporte, sólo atribuía a la Comunidad una competencia interna, para regular el transporte de entre los Estados de la Comunidad, pero hacía referencia a la posibilidad de que la Comunidad concluyera acuerdos internacionales en la materia. El Tribunal consideró que la competencia de la Comunidad para celebrar acuerdos internacionales

no sólo es atribuida explícitamente por el Tratado [...] sino que también puede derivarse de otras disposiciones del Tratado y de actos adoptados, en el marco de estas disposiciones, por las Instituciones de la Comunidad; [...] en particular, cada vez que la Comunidad, con el fin de aplicar una política común prevista por el Tratado, adopta disposiciones que establecen normas comunes, en la forma que sea, los Estados miembros ya no tienen la facultad, bien actúen individual o incluso colectivamente, de contraer con Estados terceros obligaciones que afecten a dichas normas⁹⁸.

El concepto de competencias implícitas no sólo ha sido usado en el campo de las relaciones exteriores de la Comunidad. En la esfera interna, el auto *Camera Care*, de 1982, constituye un ejemplo significativo de la puesta en práctica de este concepto proveniente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense⁹⁹. En este asunto, se planteaba una cuestión relativa a las competencias de que dispone la Comisión para ejecutar la política de competencia en virtud del Reglamento 17¹⁰⁰. Dicho Reglamento atribuye a la Comisión toda una serie de competencias de investigación y decisión a fin de aplicar las disposiciones de competencia del Tratado aplicables a las empresas (artículos 81 y 82 CE), pero no autorizaba expresamente a la Comisión a dictar medidas cautelares. Frente a las conclusiones

⁹⁸ *Ibid.*, aps. 16-17.

⁹⁹ Véase la sentencia *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 421 (1819): «We think the sound construction of the constitution must allow to the national legislature that discretion, with respect to the means by which the powers it confers are to be carried into execution, which will enable that body to perform the high duties assigned to it, in the manner most beneficial to the people. Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional».

¹⁰⁰ Reglamento n.º 17: Primer reglamento de aplicación de los artículos 85 [81] y 86 [82] del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; edición española 08/01, p. 22).

del abogado general Warner, quien había considerado que atribuir tal competencia a la Comisión ante el silencio del Reglamento excedía la función del Tribunal, pues le parecía evidente que los autores del Reglamento no habían tenido tal intención¹⁰¹, el Tribunal reconoció la competencia de la Comisión basándose en consideraciones de eficacia cercanas al concepto de las competencias implícitas, pues entendió que la facultad de adoptar medidas cautelares podía estar implícita en la facultad de dictar decisiones finales imponiendo sanciones por las violaciones de las disposiciones de competencia:

es importante que [el derecho de decisión reconocido a la Comisión] pueda ser ejercitado de la forma más eficaz y adecuada a las circunstancias de cada situación concreta. A tal efecto, no se puede excluir la posibilidad de que el ejercicio del derecho de decisión reconocido a la Comisión se articule en fases sucesivas, de manera que una decisión por la que se comprueba una infracción puede ir precedida de todas las disposiciones preliminares que se consideren necesarias en un momento dado. [...] Desde este punto de vista, la Comisión debe poder adoptar también [...] disposiciones cautelares, en la medida en que éstas puedan considerarse indispensables para evitar que el derecho de decisión previsto por el artículo 3 [del Reglamento 17] termine resultando ineficaz o, incluso, ilusorio, debido a la actuación de determinadas empresas¹⁰².

Aunque este asunto no tiene que ver directamente con la delimitación de las competencias de la Comunidad, sino con las competencias de una de las instituciones comunitarias, tiene interés para nuestro tema por el uso del concepto general de competencias implícitas y porque detrás de este y muchos otros asuntos relativos a la división de competencias entre las instituciones (en particular, entre el Consejo y la Comisión) laten problemas similares a los que se plantean cuando se discute la división de competencias entre la Comunidad y sus Estados, a causa de los intereses representados por las distintas instituciones en el sistema comunitario.

Por lo que se refiere al control de las competencias comunitarias, durante algunos años se oyeron críticas, especialmente en Alemania, según las cuales el Tribunal de Justicia había descuidado en alguna medida su tarea de

¹⁰¹ Asunto 792/79 R, *Camera Care/Comisión*, Rec. Selec. 1981, 75, 89.

¹⁰² *Ibid.*, aps. 17 y 18.

guardián de la Constitución comunitaria, interpretando de manera demasiado expansiva las competencias de la Comunidad en detrimento de los Estados miembros. Aparte de algunas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales¹⁰³, la expresión más conocida de este tipo de crítica se encuentra en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán relativa al Tratado de Maastricht¹⁰⁴. En ella, el Tribunal Constitucional alemán había destacado que

si el desarrollo dinámico de los Tratados vigentes se ha venido apoyando hasta ahora en una aplicación generosa del art. 235 TCEE [actual artículo 308 CE] [...], en la idea de competencias implícitas [...] y en una interpretación de los tratados con arreglo al espíritu del mayor aprovechamiento posible («*effet utile*») de las competencias comunitarias [...], a la hora de interpretar las normas que confieren competencias por parte de las instituciones y los órganos de las Comunidades *habrá de tenerse en cuenta en adelante que el Tratado de la Unión diferencia fundamentalmente entre la salvaguardia de una competencia soberana otorgada con limitaciones y la modificación del Tratado, razón ésta por la que no cabrá equiparar los resultados de su interpretación a una modificación del Tratado. Tal interpretación de las normas que confieren competencias no surtiría efecto vinculante para Alemania*¹⁰⁵.

¹⁰³ Por ejemplo, J.-H. Kaiser, «Grenzen der EG-Zuständigkeit», *Europarecht*, 1980, 97.

¹⁰⁴ BVerfGE 89, 155 (1993); traducción española en la *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, 975. Esta sentencia puede ponerse en relación con una sentencia anterior del Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 75, 223, 235 (1987)), en la cual se afirmaba que la competencia transferida al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas mediante el artículo 234 CE (entonces artículo 177) no es ilimitada, quedando sujeta a los límites de la Constitución alemana garantizados por el Tribunal Constitucional alemán («Die durch Art. 177 EWGV übertragene Kompetenz ist nicht schrankenlos. Die ihr durch das Grundgesetz gezogenen Grenzen unterliegen letztlich der Gerichtsbarkeit des Bundesverfassungsgerichts»).

¹⁰⁵ BVerfGE 89, 155, 211 (1993): «Wenn eine dynamische Erweiterung der bestehenden Verträge sich bisher auf eine großzügige Handhabung des Art. 235 EWGV [...], auf den Gedanken der inhärenten Zuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaften [...] und auf eine Vertragsauslegung im Sinne einer größtmöglichen Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse (*effet utile*) gestützt hat [...], so wird in Zukunft bei der Auslegung von Befugnisnormen durch Einrichtungen und Organe der Gemeinschaften zu beachten sein, daß der Unions-Vertrag grundsätzlich zwischen der Wahrnehmung einer begrenzt eingeräumten Hoheitsbefugnis und der Vertragsänderung unterscheidet, seine Auslegung deshalb in ihrem Ergebnis nicht einer Vertragserweiterung gleichkommen darf; eine solche Auslegung von Befugnisnormen würde für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten».

Aunque puede comprenderse desde el punto de vista del Derecho constitucional alemán, este pronunciamiento —que únicamente constituye una «cautela argumental», pues el Tribunal Constitucional acabó dando luz verde a la ratificación del Tratado de Maastricht por Alemania— es criticable desde el punto de vista del Derecho comunitario por lo que tiene de unilateral en una Unión Europea basada en los postulados del imperio del Derecho y en la que existen disposiciones, instituciones y procedimientos destinados a resolver todo tipo de controversias, incluidas aquéllas relativas al alcance de las competencias comunitarias. Se trata, asimismo, de un tipo de argumento que no ha vuelto a repetirse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, el cual ha mostrado recientemente su confianza y deferencia hacia la labor judicial del Tribunal de Justicia en el ámbito del Derecho comunitario¹⁰⁶, contribuyendo de forma significativa con su actitud de cooperación institucional a la realización de un constitucionalismo compuesto europeo. Con ello se ha alcanzado un punto de equilibrio que se debe a la voluntad de ambas jurisdicciones de cooperar respetando el ámbito de sus competencias respectivas.

Desde un punto de vista sustantivo, la apreciación de que la interpretación de las competencias comunitarias ha sido demasiado extensiva puede ser inexacta. Es cierto que, en el pasado, el Tribunal ha tenido que defender a menudo la posición de la Comunidad frente a los Estados miembros, mediante una interpretación teleológica, dinámica y hasta cierto punto extensiva —al menos no siempre restrictiva— de las competencias comunitarias. Al hacerlo, el Tribunal protegía el interés común representado por la Comunidad frente a los intereses particulares de los Estados miembros. Pero probablemente ello se explica porque, entonces, la Comunidad era casi siempre la «parte débil» frente a los Estados miembros. Entretanto, la Comunidad se ha desarrollado de forma espectacular, el Tratado incluye bases jurídicas en diversos ámbitos, su legislación se extiende a muchos y muy

¹⁰⁶ Nos referimos a los autos de 7 de junio de 2000 (BVerfGE, 2 BvL 1/97), por el que se declara inadmisibile una cuestión de constitucionalidad por considerarse que el nivel de protección de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho comunitario es generalmente equivalente al nivel de protección existente en el ámbito de la Constitución alemana; y de 9 de enero de 2001 (BVerfGE, 1 BvR 1036/99), en el que se declara entre otras cosas que el Tribunal Supremo Administrativo alemán (Bundesverwaltungsgericht) ha violado el artículo 101.1 de la Constitución alemana (derecho al juez legal) al no plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en virtud de la obligación contenida en el artículo 234, apartado 3, CE.

variados campos y a menudo las decisiones se toman por mayoría cualificada, de manera que no siempre depende de cada uno de los Estados que no se excedan las competencias de la Comunidad, como cuando se toman por unanimidad. Tales desarrollos han tenido como consecuencia que desde la década de los noventa el Tribunal haya sido llamado en diversas ocasiones a definir los límites de las competencias comunitarias, y por ende a proteger las competencias de los Estados miembros frente a posibles intromisiones ilegítimas de la Comunidad. Ello lo ha hecho en virtud de la disposición del Tratado que establece que las competencias de la Comunidad son competencias de atribución cuyo ejercicio —cuando no se trata de competencias exclusivas de la Comunidad— está sometido al principio de subsidiariedad (artículo 5 CE), e interpretando las distintas disposiciones que atribuyen una competencia a la Comunidad.

Hay varios ejemplos significativos. Destacaremos los dictámenes sobre la Organización Mundial del Comercio y sobre la competencia de la Comunidad para la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y, más recientemente, la sentencia de 5 de octubre de 2000 en la que se anuló la directiva sobre publicidad del tabaco¹⁰⁷.

En estos asuntos el Tribunal se ha esforzado por precisar los límites de las competencias comunitarias, rechazando una concepción excesivamente extensiva de tales competencias tanto en materia de relaciones económicas internacionales como en materia de protección de los derechos fundamentales o de adopción de medidas para la realización del mercado interno.

Especial interés tiene la interpretación de la cláusula competencial residual del artículo 308 CE (ex 235), disposición según la cual

cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.

El Tribunal ha interpretado esta disposición en el sentido de que no permite vulnerar el principio básico de competencias de atribución y por

¹⁰⁷ Dictamen 1/94 (OMC), Rec. 1994, I-5281; Dictamen 2/94 (CEDH), Rec. 1996, I-1759; asunto C-376/98, *Alemania/Consejo*, Rec. 2000, I-8419.

tanto no puede constituir un fundamento autónomo válido para ampliar el ámbito de las competencias de la Comunidad más allá del marco general resultante del conjunto de las disposiciones del Tratado y en especial de las que definen las misiones y las acciones de la Comunidad¹⁰⁸.

Naturalmente, el Tribunal sigue protegiendo o afirmando las competencias de la Comunidad frente a ciertas intromisiones y ataques de los Estados miembros. En este sentido, sentencias recientes como *Países Bajos/Parlamento y Consejo*¹⁰⁹, las sentencias relativas a los acuerdos «open skies»¹¹⁰ o la dictada en el asunto *British American Tobacco*¹¹¹ muestran que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia trata de encontrar un equilibrio entre la protección de las competencias de los Estados miembros y las de la Comunidad, basándose en los textos y los objetivos de la «carta constitucional» de la Comunidad, la cual ofrece una serie de parámetros que le permiten determinar a través de la interpretación la extensión y límites de las competencias comunitarias.

Esta jurisprudencia muestra que el Tribunal no está dispuesto a sustituir al poder de revisión de los Tratados, único legitimado para modificarlos, es decir a los Estados miembros de conformidad con el procedimiento del

¹⁰⁸ Dictamen 2/94 (CEDH), Rec. 1996, I-1759, ap. 35, citado en la nota 84.

¹⁰⁹ Asunto C-377/98, *Países Bajos/Parlamento y Consejo*, Rec. 2001, I-7079 (sentencia por la que se rechaza el recurso presentado por los Países Bajos solicitando la anulación de la Directiva 98/44/CE, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, recurso basado en particular en un defecto de base jurídica (artículo 95 CE) y la violación del principio de subsidiariedad; ambos motivos fueron rechazados por el Tribunal, el primero en aplicación de los principios establecidos en sentencia relativa a la publicidad del tabaco).

¹¹⁰ Sentencias de 5 de noviembre de 2002 en los asuntos llamados «open skies», asuntos C-466/98, *Comisión/Reino Unido*, C-467/98, *Comisión/Dinamarca*, C-468/98, *Comisión/Suecia*, C-469/98, *Comisión/Finlandia*, C-471/98, *Comisión/Bélgica*, C-472/98, *Comisión/Luxemburgo*, C-475/98, *Comisión/Austria*, C-476/98, *Comisión/Alemania*, Rec. 2002 (Rec. 2002, I-9427 y ss.); en estas sentencias el Tribunal declara, en particular, que todos los Estados miembros demandados por la Comisión salvo el Reino Unido —que había celebrado un acuerdo diferente que únicamente violaba la libertad de establecimiento— habían invadido la competencia externa de la Comunidad en violación del Tratado al celebrar acuerdos internacionales con los Estados Unidos en materias que ya habían sido «ocupadas» por el Derecho comunitario, y que por tanto eran competencia de la Comunidad en virtud de la jurisprudencia *AETR*, citada en la nota 80).

¹¹¹ Asunto C-491/01, *British American Tobacco*, Rec. 2002, I-11453 (sentencia en la que el Tribunal afirma la validez de la Directiva 2001/37/CE, relativa a la fabricación, presentación y venta de productos de tabaco, declarando entre otras cosas que la base jurídica de dicha Directiva es la correcta y que la misma no viola el principio de subsidiariedad).

artículo 48 UE, en las opciones que corresponden al mismo. Aunque haya modificaciones de los Tratados que puedan parecer deseables, éstas han de realizarse a través del procedimiento prescrito por el propio Tratado y no mediante una acción de las instituciones justificada por construcciones jurisprudenciales que excedan los límites de la interpretación¹¹². Por otra parte, el Tribunal tampoco está dispuesto a dejar sin protección el interés común representado por las competencias comunitarias, y actuará en defensa de la Comunidad cuando los Estados miembros las invadan de forma ilegítima.

Con todo, la declaración n.º 23 del Tratado de Niza relativa al futuro de la Unión «apela a un debate más amplio y profundo» sobre diversas cuestiones, entre las cuales está «la forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad». El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, pendiente de ratificación, incluye algunas novedades interesantes en cuanto a la delimitación de las competencias y los mecanismos para salvaguardar sus límites, novedades que examinaremos en la sección final de este trabajo.

VII. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La protección de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho comunitario constituye una de las funciones más importantes del Tribunal de Justicia. Dicha función la desarrolla por sí solo, en los procedimientos directos, o en colaboración con los tribunales nacionales, en los procedimientos prejudiciales. También incumbe, naturalmente, al Tribunal de Primera Instancia, en el ámbito de su competencia.

Los derechos fundamentales se protegen en la Comunidad como principios generales del Derecho. La jurisprudencia en este campo es bien conocida, por lo que nos limitaremos a recordar sus rasgos principales¹¹³. Hay

¹¹² Véase el Dictamen 2/94 (CEDH), citado en nota 73. Véase, en otro ámbito, la sentencia dictada en el Asunto C-50/00 P *Unión de Pequeños Agricultores*, Rec. 2002, I-6677, ap. 45: «Si bien es cierto que puede concebirse un sistema de control de la legalidad de los actos comunitarios de alcance general distinto del establecido por el Tratado originario, cuyos principios nunca han sido modificados, corresponde a los Estados miembros, de conformidad con el artículo 48 UE, reformar, en su caso, el sistema actualmente vigente.»

¹¹³ Para una exposición más detallada de la evolución jurisprudencial, véase G. C. Rodríguez Iglesias y A. Valle Gálvez, «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribu-

que tener en cuenta, en primer lugar, que el ordenamiento comunitario no sólo incluye normas escritas, como el Tratado o el Derecho derivado, sino también toda una plétora de principios generales, a los que ya nos hemos referido. Dichos principios comprenden los principios generales del Derecho internacional, los principios básicos del ordenamiento comunitario y los principios comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, a los que el artículo 288 del Tratado CE remite expresamente en materia de responsabilidad extracontractual. Todos estos principios generales, independientemente de su variada procedencia, forman parte del ordenamiento comunitario, enriqueciéndolo y completándolo.

El ejemplo más espectacular de desarrollo del Derecho comunitario a través de principios generales se encuentra precisamente en la jurisprudencia sobre derechos fundamentales. El Tribunal de Justicia protege tales derechos como principios generales del Derecho, en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad. Tal protección se inspira en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y en los instrumentos internacionales de los que son partes. Entre ellos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen una influencia especialmente fuerte. A partir de todos estos datos normativos el Tribunal elabora sus propios criterios y niveles de protección. Esta protección tiene lugar en los campos pertenecientes al Derecho comunitario, independientemente de que se trate de medidas comunitarias o medidas estatales de aplicación o adoptadas en el ámbito del Derecho comunitario¹¹⁴.

Como ya hemos señalado, el constituyente comunitario ha tomado al pie de la letra esta construcción jurisprudencial del Tribunal, pues el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales como «principios generales del Derecho comunitario». Esta disposición, introducida por el Tratado de Maastricht, «constitucionaliza» lo esencial de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre derechos fundamentales.

nal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, 329, 332-346.

¹¹⁴ Véanse los asuntos 29/69 *Stauder*, Rec. Selec. 1969, 387; 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec. Selec. 1970, 241; 4/73 *Nold*, Rec. Selec. 1974, 273; 44/79 *Hauer*, Rec. 1979, 3727; 60 y 61/84 *Cinéthèque*, Rec. Selec. 1985, 909; 12/86 *Demirel*, Rec. 1987, 3719; 2/92 *Bostock*, Rec. 1994, I-955.

La protección podría verse reforzada por una carta escrita de derechos fundamentales. El proceso de elaboración de la misma fue inaugurado por el Consejo Europeo de Colonia de 3 y 4 de junio de 1999¹¹⁵. Redactada por una Convención reunida al efecto y compuesta por 62 miembros (15 representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados, 1 representante de la Comisión, 16 diputados del Parlamento Europeo, 30 de los Parlamentos nacionales), la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea fue aprobada solemnemente por el Parlamento, el Consejo y la Comisión el 7 de diciembre de 2000. Una de las cuestiones a discutir en la Convención Europea —inspirada en la Convención que elaboró la Carta— y en la conferencia intergubernamental era precisamente el estatuto jurídico de la Carta, que por el momento no constituye un documento jurídico vinculante, aunque pueda tener cierto valor interpretativo¹¹⁶.

Otra posibilidad complementaria para reforzar y consolidar la protección de los derechos fundamentales es la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos, posibilidad que fue objeto del Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia¹¹⁷. Este Dictamen señaló la necesidad de una reforma del Tratado que confiriera una competencia específica a la Comunidad en materia de derechos fundamentales antes de proceder a la adhesión. Tal reforma no ha tenido lugar hasta la fecha, pero la declaración de Laeken, con su mención expresa de la posibilidad de una adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos —opción complementaria y no alternativa a la posibilidad de una inserción de la Carta en el Tratado— volvió a abrir este debate.

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa contiene importantes novedades sobre todas estas cuestiones. Volveremos a ellas en la sección final de este artículo.

¹¹⁵ Véase el Boletín EU 6-1999, 13 y 35.

¹¹⁶ En el asunto C-173/99, *BECTU*, Rec. 2001, I-4881, ap. 28, el abogado general Tizzano, ha argumentado que «en asuntos que se refieren a la naturaleza y alcance de un derecho fundamental, las declaraciones pertinentes de la Carta no pueden ignorarse; en particular, no podemos ignorar su propósito claro de servir, en la medida en que lo permiten sus disposiciones, de parámetro de referencia sustantivo para todos los concernidos —los Estados miembros, las instituciones, las personas naturales y jurídicas— en el contexto comunitario».

¹¹⁷ Dictamen 2/94 (*CEDH*), Rec. 1996, I-1759.

VIII. EL CONTROL PREVENTIVO DE LA COMPATIBILIDAD DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES CON EL TRATADO

El apartado 6 del artículo 300 CE, al que ya nos hemos referido, prevé un cauce específico para controlar la constitucionalidad de los acuerdos que la Comunidad tenga previsto concluir. Según esta disposición,

[e]l Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con las disposiciones del presente Tratado. Cuando el dictamen del Tribunal de Justicia sea negativo, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor en las condiciones establecidas en el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea.

Este procedimiento puede compararse con el que establece el artículo 95 de la Constitución española, según el cual «[l]a celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional». Dicha disposición también establece que «[e]l Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción»¹¹⁸.

Esta competencia ha sido ejercida con intensidad variable a lo largo del tiempo, según las solicitudes de dictamen presentadas por las instituciones. En los años 70 hubo una serie de dictámenes importantes, en los ochenta el procedimiento casi cayó en desuso, y a partir de los noventa ha vuelto a adquirir una gran vitalidad. Mencionaremos simplemente los Dictámenes 1/91¹¹⁹ y 1/92¹²⁰, relativos al proyecto de acuerdo entre la Comunidad y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio sobre la creación del espacio económico europeo; el Dictamen 2/91¹²¹ sobre el convenio 170 de la OIT relativo a la seguridad de la utilización de sustancias químicas en el

¹¹⁸ Este procedimiento fue utilizado por el Gobierno para comprobar la compatibilidad con la Constitución de ciertos aspectos del Tratado de la Unión Europea. El Tribunal Constitucional dictó una Declaración de 1 de julio de 1992, en la que afirmaba la existencia de incompatibilidad y la necesidad de una reforma constitucional. Ello llevó a la reforma del artículo 13.2 de la Constitución, de 27 de agosto de 1992, por la que se añadió la posibilidad de sufragio pasivo de los extranjeros en las elecciones municipales para adaptar la Constitución a la carta constitucional de la Comunidad.

¹¹⁹ Dictamen 1/91, Rec.1991, I-6079.

¹²⁰ Dictamen 1/92, Rec. 1992, I-2821.

¹²¹ Dictamen 2/91, Rec. 1993, I-1061.

trabajo; el Dictamen 2/92¹²² sobre la competencia de la Comunidad para participar en la tercera decisión revisada del Consejo de la OCDE relativa al trato nacional; el Dictamen 1/94¹²³, sobre la competencia de la Comunidad para concluir el acuerdo constitutivo de la organización mundial del comercio y el Dictamen 2/94¹²⁴, al que ya hemos hecho referencia, sobre la compatibilidad de la protección de la adhesión de la Comunidad Europea al CEDH con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Por último, hay que señalar el Dictamen 2/00¹²⁵, relativo a la competencia para concluir el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología y el Dictamen 1/00¹²⁶, relativo al Proyecto de Acuerdo referente a la creación del Espacio Europeo Aéreo Común entre la Comunidad Europea y países terceros, que desarrolla los principios establecidos en los Dictámenes 1/91 y 1/92.

Los dictámenes han sido muy importantes para definir las competencias de la Comunidad en materia de relaciones exteriores, en la que el Tratado originario era bastante impreciso e incompleto. Así, el Dictamen 1/76 completa en cierto modo la jurisprudencia AETR a la que nos referimos en la sección VI de este artículo. Como recuerda el Dictamen 1/76, dicha jurisprudencia había dejado claro que

siempre que el Derecho comunitario haya atribuido a las Instituciones de la Comunidad competencias en el ámbito interno con el fin de alcanzar un objetivo determinado, la Comunidad está facultada para contraer las obligaciones internacionales necesarias para la consecución de este objetivo, aun cuando no exista una disposición expresa al respecto¹²⁷.

El Tribunal añadió que

[e]sta conclusión se impone, en especial, en todos aquellos casos en que ya se ha utilizado la competencia interna para adoptar medidas relativas a la realización

¹²² Dictamen 2/92, Rec. 1995, I-521.

¹²³ Dictamen 1/94, Rec. 1994, I-5281.

¹²⁴ Dictamen 2/94, Rec. 1996, I-1759.

¹²⁵ Dictamen 2/00, Rec. 2001, I-9713 (el Dictamen examina en particular la extensión y límites de la competencia comunitaria exclusiva derivada del artículo 133 CE, relativo a la política comercial común).

¹²⁶ Dictamen 1/00, Rec. 2002, I-3493.

¹²⁷ Dictamen 1/76, Rec. Selec. 1977, 181, ap. 3.

de las políticas comunes. No obstante, no se limita a este supuesto. Si sólo se adoptan medidas comunitarias internas en la celebración y la entrada en vigor del Acuerdo internacional, la competencia para obligar a la Comunidad frente a Estados terceros se desprende, sin embargo, de manera implícita de las disposiciones del Tratado que establecen la competencia interna, siempre que la participación de la Comunidad en el Acuerdo internacional sea necesaria [...] para la consecución de uno de los objetivos de la Comunidad¹²⁸.

La importancia de otros dictámenes excede el ámbito de las relaciones internacionales de la Comunidad, contribuyendo al desarrollo general del Derecho constitucional comunitario¹²⁹. Aparte del Dictamen 2/94 sobre el CEDH, el ejemplo más claro es el Dictamen 1/91, relativo al acuerdo constitutivo del Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, «acuerdo EEE»). En este Dictamen, solicitado por la Comisión, el Tribunal tenía que pronunciarse sobre la compatibilidad del sistema de control jurisdiccional previsto por el acuerdo EEE y el Tratado. Para ello, el Tribunal comparó el proyecto de acuerdo con el Tratado CE, concluyendo su análisis con la declaración de que el sistema jurisdiccional previsto en el proyecto de acuerdo era incompatible con el Derecho comunitario.

La conclusión se basaba en una serie de consideraciones estructurales y materiales. El acuerdo EEE incluía disposiciones similares a las normas de libre circulación y competencia del Tratado, pero el Tribunal destacó que el hecho de que «el tenor de las disposiciones del Acuerdo sea idéntico al de las normas comunitarias correspondientes no significa necesariamente que hayan de ser interpretadas de manera idéntica»¹³⁰. En efecto, los distintos objetivos del acuerdo previsto y del Tratado podían hacer que tales disposiciones fueran interpretadas de formas distintas, impidiendo la homogeneidad en la interpretación de ambos cuerpos normativos. Esta diferencia de objetivos se acompañaba de una diferencia de naturaleza:

aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Tratados comunitarios

¹²⁸ *Ibid.*, ap. 4.

¹²⁹ Véase, al respecto, F. Castillo de la Torre, *El control judicial de los acuerdos internacionales de la Comunidad Europea* (Dykinson, Madrid, 2001), pp. 125 a 160.

¹³⁰ Dictamen 1/91 (EEE), Rec. 1991, I-6079, ap. 14.

han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales [...]. Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular, su primacía con respecto a los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos¹³¹.

Todo este razonamiento se basa en la jurisprudencia fundamental de los años 60 (efecto directo y primacía). En ella se funda la conclusión de que el Tratado constituye una carta constitucional en sentido material, que no es sólo la Constitución interna de la Comunidad, pues resulta aplicable a los Estados y «sus nacionales».

En cuanto a las consideraciones materiales, el Tribunal destaca que el proyecto de acuerdo EEE «contempla la aplicación de un régimen de libre comercio y de competencia en las relaciones económicas y comerciales entre las partes contratantes». Por el contrario, el Tratado CE,

tiene por objeto alcanzar una integración económica que desemboque en el establecimiento de un mercado interior y de una unión económica y monetaria. El artículo 1 del Acta Unica Europea precisa además que el conjunto de los Tratados comunitarios tiene como objetivo contribuir a hacer progresar de manera concreta la Unión Europea.

De lo anteriormente expuesto se desprende que las disposiciones del Tratado [CE] que regulan la libre circulación y el Derecho de la competencia, lejos de representar una finalidad en sí mismas, son únicamente instrumentos para la realización de estos objetivos¹³².

El Tribunal consideró que el sistema jurisdiccional propuesto en el proyecto de acuerdo podía «hacer peligrar la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario en la consecución de los objetivos de éste»¹³³. El hecho de que el acuerdo del Espacio Económico Europeo incluyera «una parte esencial de las normas, incluidas las de Derecho derivado, que regulan las relaciones económicas y comerciales dentro de la Comunidad y que cons-

¹³¹ *Ibid.*, ap. 21.

¹³² *Ibid.*, aps. 15, 17-18.

¹³³ *Ibid.*, ap. 30.

tituyen, en su mayoría, *preceptos fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario*», fue uno de los argumentos principales para llegar a la conclusión de que «el objetivo del Acuerdo de garantizar la homogeneidad del Derecho en el conjunto del Espacio EE no sólo rige la interpretación de las disposiciones propias del Acuerdo, sino, también, la de las normas correspondientes del Derecho comunitario». De este modo, el Tribunal declaró que el proyecto de acuerdo infringe «el artículo [220] del Tratado [CE] y, de modo más general, vulnera los propios fundamentos de la Comunidad»¹³⁴.

Tras sufrir ciertas modificaciones como consecuencia del Dictamen 1/91, un nuevo proyecto de acuerdo fue sometido al Tribunal de Justicia, que dio luz verde a la conclusión del acuerdo constitutivo del Espacio Económico Europeo en su forma final, que no ponía en entredicho la autonomía ni la integridad del ordenamiento jurídico comunitario¹³⁵.

IX. EL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

Para concluir este trabajo queremos examinar las consecuencias que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, basado en el proyecto de Constitución elaborado por la Convención Europea y pendiente de ratificación, podría tener para las funciones constitucionales del Tribunal de Justicia. El hecho de que parezca improbable que el Tratado Constitucional vaya a entrar en vigor tras los resultados negativos de los referendums francés y holandés no resta interés a dicho examen. En efecto, la Convención y la conferencia intergubernamental que lo elaboraron han realizado una importante propuesta para dotar a la Unión de un marco constitucional más estable y perfecto. Este ejercicio complejo y difícil requería la codificación y desarrollo de principios y normas constitucionales ya existentes, la introducción de nuevos principios y la inclusión de todos ellos en un único documento constitucional. Aunque no entre en vigor, el Tratado Constitucional contiene datos importantes y su estudio nos dice mucho sobre el estado actual de la Unión Europea.

Puede decirse que el Tribunal de Justicia es la institución de la Unión que se ve menos afectada por el Tratado Constitucional. Ello se debe a tres razones principales. En primer lugar, ciertas cuestiones institucionales, ta-

¹³⁴ *Ibid.*, aps. 41, 45-46 (cursiva añadida).

¹³⁵ Dictamen 2/91, Rec. 1993, I-1061.

les como el futuro papel, composición y procedimiento de elección de los miembros de la Comisión y de su Presidente, la creación de un Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión o el establecimiento de una Presidencia más permanente del Consejo Europeo, tenían una importancia política que dejaba los debates relativos al modelo judicial en un segundo plano¹³⁶. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha tenido desde los orígenes de la Comunidad un papel distinto y bien definido: el de garantizar, de conformidad con el artículo 220 CE, el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado. Contrariamente a otras instituciones, el Tribunal nunca ha querido modificar su posición, sino adaptarse a las circunstancias para continuar desempeñando la misma función. En tercer lugar, el Tratado de Niza llevó a cabo varias adaptaciones para que el Tribunal de Justicia pueda afrontar la ampliación, siguiendo una línea de flexibilización del sistema judicial comunitario¹³⁷.

Ni la Declaración n.º 23 relativa al futuro de la Unión, aneja al Acta Final del Tratado de Niza, ni la Declaración de Laeken de 15 de diciembre de 2001¹³⁸ mencionaban al Tribunal de Justicia. Sin embargo, desde un principio fue evidente que algunos de los temas de centrales de la Convención podrían tener una influencia en el sistema judicial de la Unión Europea. Además, en febrero de 2003 se creó en el seno de la Convención un círculo de discusión especialmente dedicado al Tribunal de Justicia. Dicho círculo hizo público su informe final el 25 de marzo de 2003¹³⁹.

Tanto la creación del círculo de discusión como la referencia al Tribunal de Justicia en varios debates de la Convención muestran la posición central que el poder judicial ocupa en el sistema constitucional de la Unión Europea. El imperio del Derecho es una parte fundamental de todo sistema

¹³⁶ Véanse, por ejemplo, los artículos I-22 y I-28 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

¹³⁷ En la misma línea de flexibilidad, los artículos III-359, III-364 y III-381 del Tratado Constitucional prevén que el Parlamento y el Consejo puedan adoptar por mayoría cualificada y a través del procedimiento legislativo las decisiones relativas a la creación de salas jurisdiccionales, a la atribución al Tribunal de competencia para resolver litigios relativos a los títulos comunitarios de propiedad industrial, así como las modificaciones del Estatuto del Tribunal, a excepción del Título I.

¹³⁸ La Declaración de Laeken contiene una referencia al acervo jurisprudencial («acquis jurisprudentiel») relativo a los artículos 95 y 308 CE. La Declaración también previó la posibilidad de que el Presidium de la Convención invitase al Presidente del Tribunal para intervenir en la Convención.

¹³⁹ CONV 636/03, de 25 de marzo de 2003.

constitucional y la misión del Tribunal consiste precisamente en garantizar su respeto. Hay que tener en cuenta, además, que la caracterización de la Comunidad Europea como Comunidad de Derecho y del Tratado como Carta constitucional se debe a la jurisprudencia del Tribunal¹⁴⁰. En este contexto parece natural que la Convención se interesara por la posición y funciones del Tribunal.

Dos de los aspectos en los que la Convención y el Tratado Constitucional han innovado y que pueden tener una influencia en el Tribunal son especialmente importantes: los mecanismos dirigidos a garantizar el respeto del principio de subsidiariedad y la protección de los derechos fundamentales¹⁴¹.

La Declaración n.º 23 aneja al Acta final del Tratado de Niza subrayaba que una de las cuestiones a discutir en el curso del debate sobre el futuro de la Unión era la de «la forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad»¹⁴². La Declaración de Laeken de 15 de diciembre de 2001 también enfatizó la necesidad de clarificar y simplificar la división de competencias entre la Unión y los Estados miembros, encargando a la Convención de hacerla más transparente, buscando un equilibrio entre el dinamismo del proceso de integración y la necesidad de preservar las competencias de los Estados miembros. Todo ello reflejaba una cierta insatisfacción política en cuanto a la actual división de competencias entre la Unión y sus Estados miembros.

Uno de los Grupos de trabajo creados en la Convención se dedicó especialmente a esta cuestión. En su informe final, dicho Grupo puso de manifiesto el carácter eminentemente político del principio de subsidiariedad, la discrecionalidad de que deben gozar las instituciones a la hora de aplicarlo y la importancia de establecer un control político *ex ante*¹⁴³. El Grupo de

¹⁴⁰ Véanse las decisiones ya citadas: Asunto 294/83 *Les Verts*, Rec. 1986, 1339, ap. 23; Dictamen 1/91 (Espacio Económico Europeo), Rec. 1991, I-6079, ap. 21.

¹⁴¹ Otra cuestión importante que no trataremos aquí es la desaparición de los límites actuales de la jurisdicción del Tribunal en el Título VI del Tratado UE (Cooperación policial y judicial en materia penal) y en el Título IV del Tratado CE (Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas). El Tratado Constitucional habría sometido estas materias a la competencia general del Tribunal de Justicia, sin las limitaciones actuales en cuanto a la posibilidad de plantearle cuestiones prejudiciales.

¹⁴² Apartado 5 de la Declaración.

¹⁴³ CONV 286/02, de 23 de septiembre de 2002, p. 2.

trabajo propuso establecer un «mecanismo de alerta rápida» que debería reforzar el control del respeto del principio de subsidiariedad por los Parlamentos nacionales, los cuales podrían obligar a la Comisión a reconsiderar sus propuestas legislativas a la luz de dicho principio.

El Protocolo relativo a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anejo al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, desarrolla y articula el mecanismo de control político *ex ante* (mecanismo de alerta rápida) que había propuesto el grupo de trabajo¹⁴⁴. Según dicho Protocolo, la Comisión deberá enviar todas sus propuestas legislativas y las modificaciones de las mismas a los Parlamentos nacionales al mismo tiempo que al legislador de la Unión. El Parlamento y el Consejo también deberán enviar sus resoluciones legislativas y posiciones comunes a los Parlamentos nacionales. Las propuestas de la Comisión deben incluir una explicación detallada que haga posible evaluar si se han respetado los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. En el plazo de seis semanas a partir de la transmisión de una propuesta legislativa, cualquier Parlamento nacional puede enviar a los Presidentes del Parlamento, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado explicando por qué considera que la propuesta en cuestión no respeta el principio de subsidiariedad. Las instituciones de la Unión deben tener en cuenta tales dictámenes motivados, y si los mismos representan un tercio de los votos de los Parlamentos nacionales¹⁴⁵ (los Parlamentos unicamerales tienen dos votos mientras que en los sistemas bicamerales cada cámara cuenta con un voto), la Comisión deberá revisar su propuesta y decidir si la mantiene, la modifica o la retira, motivando su decisión.

Por lo que se refiere a la dimensión judicial del control del respeto del principio de subsidiariedad, el informe final del Grupo de trabajo encargado de esta cuestión propuso que dicho principio quedara sometido al control judicial *ex post* del Tribunal de Justicia, y no a un control judicial *ex ante* confiado al propio tribunal. También se ha rechazado la propuesta, ya mencionada, de la creación de un nuevo tribunal «constitucional» o «de subsidiariedad», que conocería exclusivamente de los asuntos relativos a la división de competencias entre la Unión y los Estados miembros¹⁴⁶. En ello

¹⁴⁴ CONV 850/03, de 18 de julio de 2003, pp. 229 a 231.

¹⁴⁵ Un cuarto en el caso de propuestas en el área de libertad, seguridad y justicia.

¹⁴⁶ Para propuestas de este tipo, véanse, por ejemplo, J. H. H. Weiler, «A Constitution for Europe? Some Hard Choices», *Journal of Common Market Studies*, 2002, 555,

se sigue una importante resolución del Parlamento Europeo, basada en el informe Lamassoure, que desaconsejó la creación de una nueva institución jurisdiccional y puso de manifiesto que el Tribunal de Justicia constituye ya el Tribunal Constitucional de la Unión¹⁴⁷. Del mismo modo, el Grupo de trabajo afirmó con claridad que se debe rechazar la creación de un órgano específico para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad¹⁴⁸.

La Convención y la conferencia intergubernamental siguieron la misma dirección, confirmando las actuales funciones constitucionales del Tribunal de Justicia como árbitro de la división de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros. Como es sabido, el Tribunal ya es competente para controlar el respeto del principio de subsidiariedad a través del procedimiento del artículo 230 CE (recursos de anulación), control que ha ejercido en varias ocasiones¹⁴⁹.

De este modo, el Protocolo relativo a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anejo al Tratado Constitucional confía el control *ex post* del principio de subsidiariedad al Tribunal de Justicia. En cuanto a la legitimación activa para acceder al Tribunal invocando una violación del principio de subsidiariedad por parte de un acto legislativo de la Unión, el artículo 8 del Protocolo mantiene la vía el artículo 230 CE. Los Estados miembros tendrían tal legitimación, y podrían además presentar recursos de anulación en nombre de los Parlamentos nacionales o de una de sus cámaras, de conformidad con el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro. El Protocolo también daría legitimación activa al Comité de las Regiones, por lo que se refiere a actos legislativos en relación con los cuales haya sido consultado.

Todo ello parece indicar que en el marco del Tratado Constitucional el Tribunal de Justicia seguiría desempeñando el papel que ha tenido hasta

573-574; en la Convención, E. Teufel, WG I-WD 6, de 9 de julio de 2002. Véase también U. Goll y M. Kenntner, «Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht? Vorschläge zur Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 4/2002, 101; N. Reich, «Brauchen wir eine Diskussion um ein Europäisches Kompetenzgericht?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 9/2002, 257.

¹⁴⁷ Véase el documento del Parlamento A5-0133/2002, de 24 de abril de 2002, ap. 37. En este aspecto el informe Lamassoure es algo diferente de la resolución final adoptada por el Parlamento, puesto que allí se afirmaba que «la Unión necesita un verdadero Tribunal Constitucional» que «podría basarse en el actual Tribunal de Justicia» (*ibid.*, ap. 8).

¹⁴⁸ CONV 286/02, de 23 de septiembre de 2002, p. 2.

¹⁴⁹ Por ejemplo, en la sentencia de 10 de diciembre de 2002, Asunto C-491/01, *British American Tobacco*, Rec. 2002, I-11453; o en el Asunto C-377/98 *Países Bajos/Parlamento y Consejo*, Rec. 2001, p. I-7079.

ahora en el control del respeto del principio de subsidiariedad y, más en general, en el ámbito de la delimitación de las competencias entre la Comunidad y de los Estados miembros. En este campo el Tribunal siempre ha tratado de encontrar un equilibrio entre el respeto de las competencias de los Estados miembros y la garantía de las competencias de la Comunidad. Las novedades introducidas por la Convención serán sobre todo de carácter político. Vistas en el contexto de las propuestas de crear una jurisdicción distinta para controlar el respeto del principio de subsidiariedad, las propuestas de la Convención recogidas en el Tratado Constitucional tienden a reforzar la posición del Tribunal de Justicia, confirmándolo como el órgano judicial encargado de velar por la correcta división de competencias entre la Unión y sus Estados miembros, lo que puede verse como un reconocimiento constitucional de esta importante función del Tribunal.

Otro de los aspectos del Tratado Constitucional que podría afectar al Tribunal de Justicia es la protección de los derechos fundamentales. Ya se ha señalado que la Declaración n.º 23 aneja al Acta final del Tratado de Laeken planteó la cuestión del estatuto jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y que la Declaración de Laeken añadió la cuestión complementaria de la posible adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. También hemos recordado que, en ausencia de una carta de derechos fundamentales, desde los años 70 el Tribunal de Justicia ha venido elaborando una jurisprudencia en este campo, según la cual «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, éste se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El [Convenio Europeo de Derechos Humanos] reviste a este respecto un significado particular». Los principios básicos elaborados por dicha jurisprudencia han sido reafirmados por el preámbulo del Acta Única Europea y posteriormente en el artículo F, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (hoy artículo 6, apartado 2, UE)¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Véase, por ejemplo, Asunto C-94/00 *Roquette Frères*, Rec. 2002, I-9011, aps. 23-24.

La adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea constituye un nuevo elemento de gran importancia. Si se le diera valor vinculante, como sucedería si el Tratado Constitucional entrara en vigor¹⁵¹, sus disposiciones constituirían el punto de referencia principal para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. Además, el artículo I-9 del Tratado Constitucional opta por declarar que la Unión «se adherirá» al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Entre las opciones disponibles para incorporar la Carta se eligió por tanto la incorporación en el texto mismo del Tratado Constitucional, en lugar de hacerlo en un anexo. Se trata probablemente de la opción más clara, pues da a los derechos fundamentales el lugar y la visibilidad que merecen en el texto constitucional.

Otra cuestión que se ha abordado en el campo de los derechos fundamentales es la de la necesidad de un procedimiento judicial específico para su protección, similar al recurso de amparo. Tal procedimiento no parece necesario para mejorar la protección de los derechos fundamentales en la Unión, por lo cual el Grupo de trabajo encargado de estas cuestiones no recomendó su introducción¹⁵². En la práctica sería difícil y bastante artificial distinguir los problemas relacionados con los derechos fundamentales de otras cuestiones jurídicas, porque normalmente se plantean a la vez. Además, sería preferible garantizar la protección de los derechos fundamentales en el marco general de los procedimientos previstos en el Tratado. En el caso de que tales procedimientos se considerasen insuficientes, se podrían mejorar en general, no sólo por lo que se refiere a los derechos fundamentales.

Este ha sido el enfoque seguido por la Convención y por el Tratado Constitucional. En lugar de proponer un procedimiento específico para la protección de los derechos fundamentales, el Tratado Constitucional ha optado por una apertura limitada del acceso directo de los particulares al Tribunal de Justicia, manteniendo la condición actual (afectación directa e individual) para los actos legislativos¹⁵³ y facilitando el acceso de los particulares cuando sus recursos se dirijan contra actos reglamentarios que no conllevan medidas de ejecución, caso en el que sólo se les exigiría

¹⁵¹ Siguiendo en este punto el proyecto de la Convención y la recomendación del Grupo de Trabajo relativo a la Carta (CONV 354/02, de 22 de octubre de 2002).

¹⁵² CONV 354/02, de 22 de octubre de 2002, p. 15.

¹⁵³ Para la interpretación de esta condición, véase el Asunto C-50/00 P *Unión de Pequeños Agricultores*, Rec. 2002, I-6677.

probar una afectación directa, sin necesidad de que sea individual¹⁵⁴. La introducción de un «test» de acceso distinto para actos legislativos y reglamentarios sería posible gracias a la distinción entre actos legislativos y actos reglamentarios, otra de las novedades del Tratado Constitucional¹⁵⁵. Esta flexibilización se limitaría pues a los casos en los que el particular se viera obligado a violar la norma reglamentaria comunitaria para poder acceder a la justicia. Se trata de una solución equilibrada dirigida a facilitar el acceso directo de los particulares al Tribunal de Justicia en ciertos casos problemáticos sin alterar radicalmente el principio fundamental según el cual la protección jurídica de los derechos que el ordenamiento comunitario confiere a los particulares debe garantizarse a título principal por los jueces y tribunales nacionales y sólo subsidiariamente por los órganos jurisdiccionales comunitarios.

En cuanto a la posible adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Grupo de trabajo de la Convención sólo había sugerido introducir un fundamento jurídico a tal fin. El Tratado Constitucional va más allá, conminando a la Unión a adherirse al Convenio. El lenguaje utilizado es significativo, pues no se limita a autorizar la adhesión de forma neutral.

La adhesión de la Unión al sistema del Convenio sería una buena idea para asegurar la necesaria coherencia de la protección de los derechos fundamentales en Europa. Dicha adhesión, como ha señalado la Declaración de Laeken, es una cuestión complementaria a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. La Carta y el Convenio podrían contribuir conjuntamente a una protección reforzada de los derechos fundamentales en Europa, enriqueciéndose mutuamente. Del mismo modo, la adhesión permitiría al Tribunal de Justicia y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos cooperar y completar sus actuaciones en este campo. Parece claro, por otra parte, que la posibilidad de someter algunas sentencias del Tribunal de Justicia al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derechos funda-

¹⁵⁴ Artículo III-365, apartado 4, del Tratado Constitucional: «Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones contempladas en los apartados 1 y 2, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución».

¹⁵⁵ La diferenciación entre actos legislativos y no legislativos fue propuesta en la Convención por el Grupo de Trabajo IX «Simplificación» (CONV 424/02, de 29 de noviembre de 2002); el Tratado Constitucional la introduciría en sus artículos I-33 a I-35.

mentales no debilitaría la posición institucional del Tribunal de Justicia. De hecho, si la Unión accede al sistema del Convenio, el Tribunal de Justicia se encontraría en una posición similar a la de los tribunales constitucionales y supremos de los Estados miembros. Finalmente, la adhesión crearía un vínculo normativo entre el orden jurídico de la Unión y el del Convenio, reduciendo las posibles divergencias entre ambos.

En estas y otras áreas parece que la Convención Europea ha cumplido su tarea de proponer un marco constitucional más estable y perfecto para la Unión Europea. El proyecto de la Convención es, en efecto, la base del Tratado Constitucional, que sólo lo modifica en aspectos menores. En la actualidad, como ya hemos señalado, parece improbable que el Tratado Constitucional vaya a entrar en vigor. Este hecho importante desde un punto de vista político no parece tener consecuencias jurídicas, en la medida en que podemos seguir refiriéndonos a un Derecho constitucional comunitario y a las funciones constitucionales del Tribunal de Justicia, como se ha hecho hasta ahora. Como hemos visto, el Tratado Constitucional habría confirmado la posición constitucional que el Tribunal de Justicia tiene en el marco constitucional actual, de manera que su no entrada en vigor tampoco comporta consecuencias jurídicas graves para la posición institucional del Tribunal.

LO QUE CUESTAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
UNA REVISIÓN DE SU TUTELA ANTE LOS
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES*

Ignacio Villaverde Menéndez

SUMARIO

- I. Avance de unas reflexiones provocadoras.
- II. El coste de la tutela constitucional de los derechos fundamentales.
- III. Una anomalía en el sistema de control concentrado de constitucionalidad: la tutela de los derechos ante la jurisdicción constitucional.
- IV. ¿Quién paga el coste de la tutela constitucional de los derechos?
- V. Subsidiariedad, irradiación de los derechos y objetivación del amparo. La jurisdicción constitucional como jurisdicción de mínimos.
- VI. El futuro de la tutela constitucional de los derechos fundamentales. El punto de partida.

I. AVANCE DE UNAS REFLEXIONES PROVOCADORAS

¿Cuestan los derechos fundamentales? Esta es una pregunta que puede parecer insólita, pero, así lo creemos, es decisiva para abordar con solvencia el objeto de estas páginas. Este volumen de *Fundamentos* reúne una serie de brillantes trabajos en los que, desde perspectivas bien distintas, se examina detenidamente la erosión que ha sufrido el legislador democrático del Estado constitucional contemporáneo desde la irrupción de la justicia constitucional. Y decimos bien al referirnos a este concepto, porque en rigor no sólo es la jurisdicción ejercida por los Tribunales Constitucionales en los modelos concentrados la que ha venido a erosionar la posición del legislador democrático. También lo ha hecho la jurisdicción ordinaria, y no sólo en los modelos difusos de control de constitucionalidad (donde, desde luego, es evidente), en la medida en que ejerce una potestad de control de la constitucionalidad de las leyes¹.

* Este epígrafe y el título de este trabajo parafrasea el de un magnífico libro de Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Co., New York/London, 1999, y que aborda una dimensión poco atendida en la doctrina constitucional española de los derechos fundamentales: el coste económico de un sistema eficiente de derechos fundamentales. El presente trabajo es en muy buena medida deudor de las ideas expuestas en ese libro.

¹ Al respecto véanse las ya clásicas citas de Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, *passim*, en especial su Capítulo III; y también el estudio de Ramón Punset Blanco, «Tribunal Constitucional y órganos judiciales en la tutela de la supremacía de la Constitución. Un perspectiva general», en *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*, Punset/Santos (dirs.), Xunta de Galicia, Santiago de Compostela 1996, pp. 13 y ss. También, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, «Jurisdicción y justicia constitucionales», en *La Jurisdicción constitucional en España. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Rodríguez-Piñero y otros, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 227 y ss.; véase de Francisco Rubio Llorente el apartado 1.1 de su «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Rubio/Jiménez, McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 155 y ss., donde se da un concepto preciso de «jurisdicción constitucional».

La cuestión es si el sistema de tutela jurisdiccional de los derechos articulada en distintas fases y escalones, uno ordinario y otro constitucional, ha supuesto verdaderamente esa erosión de la que se habla líneas más arriba. La tesis que aquí vamos a defender es que no es así; o, al menos, no lo es en las condiciones en las que tiene lugar hoy la tutela jurisdiccional de derechos. La implantación y vertebración de sistemas de tutela jurisdiccional, ordinaria y/o constitucional, de derechos fundamentales, tal y como se han erigido en los Estados constitucionales contemporáneos de nuestra órbita cultural, no ha debilitado la posición del legislador democrático simplemente porque han seguido un curso paralelo y separado del control de la ley².

En efecto, finalmente, y pese a propuestas doctrinales en otro sentido³, el modelo de tutela que se ha consolidado no ha sido el de un «amparo frente a ley» sino el de un «amparo frente a juez»⁴. Y no sólo por efecto de la extensión del contenido y alcance de derechos fundamentales como los encuadrados en el artículo 24 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE), también por la propia percepción que la jurisdicción constitucional tiene de su función en esa vía procesal. La tutela constitucional de los derechos fundamentales, en último término, acaba por ser un mecanismo de control de las decisiones de la jurisdicción ordinaria y su adecuación a la Constitución. Por consiguiente, la existencia de Tribunales Constitucionales con jurisdicción en la tutela constitucional de derechos fundamentales, si ha erosionado algo, ha sido la posición de los jueces y Tribunales ordinarios, no la del legislador democrático⁵.

² En este opúsculo emplearemos el término «ley» para referirnos a los productos normativos del legislador, considerando a éste también como el órgano constitucional que tiene atribuida la función legislativa.

³ Propuestas que en el caso de España dieron lugar a una interesante polémica de la que daremos cuentas más abajo.

⁴ No nos referimos aquí a la posibilidad procesal de impugnar una ley mediante un recurso de amparo por considerarla contraria a un derecho fundamental, sino al propósito que se persigue con el amparo constitucional de derechos: asegurarlos frente al legislador más que frente a jueces que no hacen sino aplicar las leyes. Lo primero, el recurso de amparo contra leyes, es una cuestión procesal, que estando ligada, no plantea el asunto de fondo de la segunda, si la razón de ser de la tutela constitucional de derechos es ofrecer un mecanismo de protección frente al legislador que no puede ofrecer en los modelos concentrados de justicia constitucional la jurisdicción ordinaria.

⁵ Brun-Otto Bryde, en su libro interesantísimo, *Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 1982, dice del *Bundesverfassungsgericht* en el ejercicio de sus funciones a través de la *Verfassungsbeschwerde* que «el control de los tribunales por el *Bundesverfassungsgericht* es, pues, un

Sin embargo, esta apreciación que será objeto de una reflexión más extensa en estas páginas, está íntimamente ligada al asunto que es objeto de debate desde hace más de diez años: el colapso de la jurisdicción constitucional de amparo de derechos fundamentales⁶. Aquellos modelos de tutela jurisdiccional de derechos que prevén ese escalón constitucional, particularmente el norteamericano, alemán y el español, están sumidos desde hace unos años en un proceso que por el momento parece inexorable de progresiva pérdida de eficiencia en el uso de sus recursos humanos y materiales para atender un torrente imparable y creciente de recursos interpuestos por particulares, y también por entes públicos, que demandan su protección frente a posibles lesiones de sus derechos fundamentales. La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante, SCtUS)⁷, el

control de controladores, una tutela jurídica respecto de instituciones de tutela jurídica» (se toma la traducción de López Pietsch que se puede encontrar en la nota 36 de la que hace del trabajo de Wahl/Wieland, «Verfassungsrechtsprechung als Knappes Gut» (*Juristen Zeitung*, n.º 23, 1996, p. 1137 y ss.) para la *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 51, 1997, pp. 9 y ss., con el título, «La jurisdicción constitucional como bien escaso». Afirmación aquella que Wahl/Wieland remachan señalando que «se trata de una tutela jurídico-individual después de una tutela jurídico-individual» (*ibidem*, nota 35 de la versión original del opúsculo). Véase también de Wieland su «Der Zugang des Bürgers zum Bundesverfassungsgericht und zum U.S. Supreme Court», *Der Staat*, Hft. 3, Bd. 29, 1990, pp. 333 y ss.; y su «Die Annahme von Verfassungsbeschwerde», en *Urteilverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Ein Grundrecht Colloquium*, Bogs (Hrs.), Nomos, Baden-Baden, 1999.

⁶ Esclarecedoras las páginas de Ernst-Wolfgang Böckenförde en su trabajo «Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Hft.8, 1996, pp. 281 y ss. El panorama que presenta Böckenförde en este trabajo de la (sobre-)carga de trabajo de los Magistrados/as del BVerfG, ya en 1995, y plenamente trasladable al Tribunal Constitucional, es sobrecogedor, sobre todo, porque como él y otros muchos citados en estas páginas, llama la atención sobre que esa sobrecarga impide que el proceso de toma de decisiones en el seno de los tribunales constitucionales sea el más adecuado, lo que repercute inevitablemente en su imagen pública y legitimidad.

⁷ No es el momento de hacer un repaso exhaustivo del debate norteamericano, del que algo se dirá en las páginas que siguen, pero sí de dejar noticia de él. A finales del siglo XIX ya se puso de manifiesto la amenazante sobrecarga que podía sufrir ya la SCtUS. En los años 20 del siglo XX esa amenaza era una realidad. Y no es casual que la progresiva introducción del sistema de *certiorari* se produjo en sendas intervenciones legislativas en 1891 y 1925, que concluyen por el momento en 1988 con la reforma legal de la regla relativa a la SCtUS del *Judicial Code* (28 U.S.C.) para terminar de definir el *writ certiorari* moderno y que parece ser objeto de deseo de otras jurisdicciones constitucionales. No se olvide que el *writ of certiorari* será un mecanismo procesal que se introduce para dar respuesta a precisamente esa incipiente sobrecarga. A mediados de los años 70 del pasado siglo se recrudece el debate sobre la mejor manera de abordar la crisis por exceso de recursos que amenazaba con dañar irreparablemente la legitimidad y prestigio de la Corte. Pero el problema sigue

Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania (en adelante, BVerfG) y el Tribunal Constitucional español, llevan años llamando la atención sobre su situación casi desesperada ante una progresión, inabarcable ya, de quejas por lesiones de derechos que, simplemente, está provocando su paulatino colapso. Un colapso que ya se manifiesta en el retraso que por inevitable no es menos inaceptable de la resolución de los amparos y que posee su más grave expresión en la ineludible conversión de las resoluciones constitucionales en este campo en decisiones declaratorias con escasos o nulos, según el caso, resultados para la protección efectiva de los derechos fundamentales. No hará falta llamar la atención sobre el desgaste institucional que sufren estos altos Tribunales en estas circunstancias. Tampoco es ajeno a esta situación el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), el cual se ha visto inmerso a lo largo de estos años en sucesivas crisis que no sólo no han resuelto las reformas de su procedimiento, sino que se han agudizado con la irrupción de nuevos Estados sujetos a su jurisdicción⁸.

Es verdad, así lo han dicho Reiner Wahl y Joachim Wieland, que la jurisdicción constitucional es un bien escaso. Es por ello, que si tiene un futuro,

estando en la agenda de la SCtUS; aunque ya no se trate de una urgencia. Son innumerables los trabajos en la materia. Una visión interna y en ocasiones muy crítica del asunto se puede encontrar en los interesantísimos libros de David M. O'Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, W.W. Norton, New York (3.^a edic.), 1993; y de Bernard Schwartz, *Decision: How the Supreme Court Decides Cases*, Oxford University Press, Oxford, 1996; también el libro de Edward Lazarus, *Closed Chambers. The Rise, Fall, and Future of the Modern Supreme Court*, Penguin, New York/London, 1999. Para una análisis en español del sistema de *certiorari* del SCtUS consúltese el artículo de María Ángeles Ahumada Ruiz, «El *certiorari*. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994, pp. 89 y ss.

⁸ Aunque debiera dedicarse unas breves reflexiones a la dimensión internacional de la protección de los derechos fundamentales, no es objeto de este estudio abordar las cuestiones propias de esta jurisdicción. En cualquier caso no es esa vía la solución, y, si acaso, aumentará aún más si cabe la complejidad del sistema de tutela de derechos. Es de sobra conocida la situación preocupante por la que está pasando el TEDH. En enero de 2006 acumulaba más de 82.000 asuntos pendientes de resolución, con retrasos ya de más de cinco años (<http://www.iustel.com/noticias> -9 de enero de 2006). En el año 2005 accedieron al TEDH 41.510 denuncias según datos de su *Memoria de actividades 2005* (http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4753F3E8-3AD0-42C5-B294-0F2A68507FC0/0/2005_SURVEY_COURT_.pdf). Consúltese el Informe dirigido por Lord Wolf, en cumplimiento de un encargo del Consejo de Europa, *Étude des méthodes de travail Cour européenne des Droits de l'Homme. Décembre 2005*, y su *Review*, también de diciembre de 2005.

de tenerlo, quizá pase por concebir en este caso a los Tribunales Constitucionales no como una sede dispensadora de la última tutela jurisdiccional de los derechos frente a las decisiones de la jurisdicción ordinaria⁹, sino como una instancia en la que se ejerce una jurisdicción «propedéutica» y no «reparadora». En fin, si, como tantas veces ha dicho el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo no se ejerce la jurisdicción propia de una tercera instancia (aunque quiérase o no, acaba ejerciendo una mitigada por su autoimpuesta restricción en el conocimiento de las cuestiones de hecho), seamos coherentes plenamente con esa afirmación y que la tutela de los derechos en sede constitucional no sea tal «tutela», sino algo distinto. Indagar qué pueda ser ese algo es el propósito último de estas páginas, alentadas por la convicción de que, no por poner más instancias superpuestas de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales se logra una mejor y más eficiente garantía de éstos¹⁰.

Si es así, acaso debemos preguntarnos si en efecto se garantizan mejor los derechos porque haya una tutela en sede constitucional de ellos. Quizá deba ser esa la perspectiva a elegir para el debate sobre qué remedios legislativos se pueden poner para paliar la asfixia de los Tribunal Constitucionales provocada por el borbotón imparable de demandas de amparo. Incluso llevando al extremo el argumento, ¿la tutela de derechos en sede constitucional es necesaria e irrenunciable?

En suma, quizá la pregunta correcta en este momento no sea saber si el amparo debe ser «frente a ley» o «frente al juez», es decir, sobre qué deben pronunciarse los Tribunales Constitucionales; sino para qué sirven sus pronunciamientos y si son necesarios. Tres son las preguntas que trataremos de contestar en estas páginas de forma muy incipiente porque el debate es profundo y largo. Véanse más como provocaciones a la reflexión antes que como una teoría acabada de la justicia constitucional de los derechos para el tiempo venidero. ¿Es sostenible un modelo de amparo como el actual? Si no lo es, ¿es necesario o tiene algún sentido que siga existiendo? Y, finalmente, si pervive, ¿para qué debe servir?

⁹ Hecha la salvedad de los escasos y casi testimoniales supuestos de recursos de amparo directos que conocen aquellos tribunales mencionados en el cuerpo de este texto.

¹⁰ Manuel Aragón Reyes habla de que el amparo debe permitir al Tribunal Constitucional serlo de la tutela objetiva del orden constitucional antes que un «Tribunal de casos». Véase su «Comentario al Título X CE. El Tribunal Constitucional», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Alzaga (dir.), EDERSA, 1996-1999, Tom. XII, pp. 200 y 201.

II. EL COSTE DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS

Proteger derechos fundamentales cuesta. Esta es una perspectiva a la que no se suele recurrir en la doctrina al uso sobre la justicia constitucional. Pero, y sin ánimo de incurrir en una explicación simple del fenómeno de la tutela constitucional de los derechos a partir del modelo teórico del análisis económico del derecho, difícilmente se puede soslayar si se echa un vistazo a las cifras que arrojan las estadísticas judiciales; y el caso español es especialmente llamativo por su bajísima, llamémosla, tasa de resolución (porcentaje de asuntos de amparo resueltos estimatoriamente respecto del total de asuntos ingresados en el año)¹¹.

La presidenta del Tribunal Constitucional, en una reciente intervención en la Universidad de Oviedo¹² situaba esa tasa en el 2,5 por 100, es decir, de 9.707 asuntos que ingresaron en el Registro del Tribunal Constitucional en el año 2005 (un incremento del 18% respecto del año 2004), un 97,67 por 100 fueron recursos de amparo, de los que se inadmitieron de plano mediante sendas providencias el 95 por 100 [en torno al 70 por 100 en aplicación de la causa de inadmisión de la letra c) del artículo 50.1 LOTC, carecer manifiestamente de contenido constitucional que justifique una decisión del Tribunal Constitucional] y llegaron a estimarse sólo el 2,5 por 100 mencionado¹³.

A ello debe sumarse una variable nada desdeñable si tratamos de indagar sobre la eficiencia de este modelo: el tiempo. El retardo medio de resolución

¹¹ Según los datos de los que se ha podido disponer, la SCtUS recibió el año 2004 un total de 7.496 asuntos, resolviéndose 74, siendo su tasa de resolución de un 1% aproximadamente —consúltese el *2005 Year-End Report on the Federal Judiciary*—. El examen de las cifras del BVerfG arroja resultados similares al Tribunal Constitucional. En el año 2005 el BVerfG ingresó 4.967 amparos (*Verfassungsbeschwerden*) de los que inadmitió 4.667 (casi un 94 %), y del 6% admitido, resolvió estimatoriamente 133, situando su tasa de resolución en umbrales similares al Tribunal Constitucional, en torno al 2,6 % —consúltese su Memoria del año 2005—.

¹² Conferencia titulada «El Tribunal Constitucional, 25 años de funcionamiento», impartida el 23 de febrero de 2006 en la Escuela de Relaciones Laborales de la Universidad de Oviedo (puede escucharse en la sección «mediateca» de la página <http://www.uniovi.es>).

¹³ Es de sumo interés el ya temprano trabajo de Rosa Lapuente Arago, «Las dificultades del recurso de amparo, en cifras», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 2, 1990, pp. 143 y ss. Un elenco completo de cuadros y estadísticas pueden verse en los anexos elaborados por María Fraile Ortiz del libro coordinado por Pablo Pérez Tremps, *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004. Asimismo el Tribunal Constitucional edita desde 1999 una *Memoria* anual en el que se reflejan de diversos modos sus cifras.

de un recurso de amparo desde su fecha de ingreso hasta la fecha de puesta de su sentencia, se mantiene en estos últimos años, en, aproximadamente, dos años.

La propia presidenta llamaba la atención sobre estos preocupantes datos, porque, y esto lo añadimos ahora nosotros, esta tasa de resolución no se acompasa en modo alguno con el ingente esfuerzo que debe distraer el Tribunal Constitucional para llegar a tan pobre resultado cuantitativo (que no cualitativo). De seguido hizo notar la Presidenta que esa menguada cifra confirma la eficaz tutela que la jurisdicción ordinaria dispensa a los derechos fundamentales. De los cientos de miles de resoluciones judiciales que se dictan al año (y piénsese que la exigencia del agotamiento de la vía ordinaria previa antes de acudir al amparo constitucional reconduce prácticamente todos los recursos de amparo a impugnaciones, directa o indirectamente, de resoluciones judiciales) sólo es recurrida ante el Tribunal Constitucional un ínfima parte (la patología del sistema), y de esa ínfima, sólo se resuelve estimatoriamente una parte aún más ínfima. Casi podría decirse, permítasenos la expresión, que la jurisdicción constitucional de amparo es una *nanotutela jurisdiccional* de los derechos.

Esta dimensión cualitativa del problema permite arribar a dos conclusiones. La primera es que la observancia por parte de la jurisdicción ordinaria y de los poderes públicos de las garantías constitucionales de las personas (tasa de respeto) y la eficiencia del sistema de tutela judicial ordinaria de derechos, esto es, el amparo ordinario de derechos fundamentales (tasa de tutela en origen) es muy alta, casi diríamos que satisfactoria¹⁴. La segunda conclusión, es que, dicho lo anterior, ¿es sostenible un modelo de amparo constitucional con estas cifras y los costes político-institucionales, y también jurídicos, que su existencia supone?¹⁵

¹⁴ Conclusión que convendría tener en cuenta si fuese el caso de revisar la doctrina constitucional sobre el artículo 24 CE y cuáles de sus contenidos debieran acceder a la tutela constitucional del Tribunal Constitucional. En este sentido pueden leerse las páginas de Carles Viver Pi-Sunyer en su trabajo «El proceso constitucional de amparo: tópicos, datos y propuesta de reforma», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, UCM, Fundación Ortega y Gasset, CEPC, Madrid, 2002, vol. II, pp. 1785 y ss.; reiterado parcialmente en el posterior, «Diagnóstico para una reforma», en *La reforma del recurso de amparo*, Pérez Tremps (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 17 y ss.

¹⁵ Obviamente aquí no se habla de costes económicos. En términos económicos el amparo es un producto barato. De una forma un tanto prosaica, pero que bien puede expresar de forma aproximada el coste económico de un amparo (sin perjuicio de que también sería

En nuestra opinión, sí es sostenible, pero siempre que el Tribunal Constitucional abandone su empeño en seguir dispensando tutela judicial de los derechos sobre la ya dispensada por la jurisdicción ordinaria¹⁶. Y esta respuesta excede, a nuestro juicio, del debate sobre si el amparo constitucional debe «objetivarse», renunciando en mayor o menor medida a ser una vía de garantía de posiciones iusfundamentales jurídico-subjetivas¹⁷. La tesis que aquí se sostendrá es que esa objetivación no debe consistir sólo en una más o menos discrecional decisión de los Magistrados/as del Tribunal Constitucional sobre qué es importante y en consecuencia debe ser decidido; lo que intensificará aún más el desgaste institucional del Tribunal Constitucional, y laminará sutilmente su legitimidad. Se trata también de que el propio acceso al Tribunal Constitucional se objective, porque el colapso no está en la capacidad del Tribunal Constitucional para decidir, sino

ésta una investigación interesante), acudiendo a los datos ofrecidos por la Memoria del Tribunal Constitucional correspondiente a las actividades del año 2004, el presupuesto del Alto Tribunal ascendió a un total de 16.649,53 miles de euros. Si a esta cantidad le restamos el Capítulo 8 (activos financieros), el presupuesto se eleva a 11.849,53 miles de euros. Dividida esa cifra entre los recursos de amparo ingresados ese año, 7.814, resulta que la tramitación de cada uno de ellos tendría un coste promedio aproximado de 1.516 euros.

¹⁶ Véase el atinado trabajo de Rafael Bustos Gisbert, «¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución española?», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 4, 1999, pp. 273 y ss.

¹⁷ Recuértese que éste fue un vivo debate en la segunda mitad de los años noventa del siglo pasado en España, siguiendo la estela del abierto en fechas similares en la República Federal de Alemania. De este último véanse las obras ya citadas de Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Überlastung...* y de Whal/Wieland, *Verfassungsrechtsprechung...* El debate español, ligado a la propuesta hecha por quien fuera posteriormente magistrado y presidente del Tribunal Constitucional, Pedro Cruz Villalón, de transitar de un «amparo frente a juez» a uno «frente a ley», que formuló inicialmente en su trabajo «El recurso de amparo constitucional (El Juez y el Legislador)», *Los Procesos Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales (Colección «Cuadernos y Debates» n.º 41), pp. 117 y ss., en el que empleó esas expresiones de «amparo frente a Juez» y «amparo frente a leyes». Este opúsculo dio inicio a una polémica interesantísima entre Luis María Díez Picazo, en su «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 40, 1994, pp. 9 y ss., y el propio Cruz, que le respondió en su artículo «Sobre el amparo», recogido en su libro *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 495 y ss., en particular las pp. 502 y ss. En ese debate terciaría Francisco Caamaño Domínguez en su «El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado *contra-amparo*», *Revista Española de derecho Constitucional*, n.º 47, 1996, pp. 125 y ss., trayendo a colación la posición del Tribunal Constitucional como intérprete *no único* de los derechos fundamentales, de lo que algo también se dirá en estas páginas.

en la masiva llegada de asuntos al Tribunal Constitucional que sólo puede aliviarse endureciendo los criterios de acceso. Un endurecimiento que se correspondería con la probada eficiencia de la tutela de los derechos en la jurisdicción ordinaria.

Parafraseando al *Justice* William Howard Taft, la función del Tribunal Constitucional no debe ser la de ofrecer el remedio a las cuitas de los litigantes particulares, sino la consideración de aquellos casos que involucren principios de aplicación relativos a la identificación de los intereses públicos y del gobierno de la comunidad más relevantes, y que deben ser decididos con autoridad por un último tribunal¹⁸.

III. UNA ANOMALÍA EN EL SISTEMA DE CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD: LA TUTELA DE LOS DERECHOS ANTE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La preocupación por el estado del amparo constitucional en el modelo español no es distinta de la manifestada en el modelo alemán¹⁹. Como antes se ha señalado, sus tasas de resolución, que son muy similares, ponen de manifiesto indudablemente que el sistema de tutela ordinaria de los derechos funciona, a pesar de que esto no impida que el Tribunal Constitucional, como el BVerfG, perciba la ineficiencia del actual sistema de amparo constitucional. Esta paradoja, que una misma cifra sirva de un lado para constatar la relativa ineficiencia del proceso constitucional de tutela de derechos ante la jurisdicción constitucional y, de otro, muestre el, también relativo éxito de los sistema de jurisdicción ordinaria en esa misión, no es más que la manifestación de lo insólito de ese mecanismo protector.

¹⁸ Cita tomada del libro de David M. O'Brien, *Storm Center...*, p. 116.

¹⁹ Sobre el debate alemán, véanse los trabajos que se han sucedido en el tiempo de Helmut Schulze-Fielitz, «Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitsgeist. Zur Methodogmatik der verfassungsinterpretation», *Archiv für öffentliches Recht.*, Bd. 122, 1997, pp. 2 y ss.; Paul Kirchhof, con una visión diversa a la anterior, «Tareas del Bundesverfassungsgericht en una época de cambios», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 49, 1997, pp. 9 y ss.; más recientemente, Jutta Limbach, «Papel y poder del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 4, 1999, pp. 93 y ss.; y finalmente de Joachim Wieland, «El Bundesverfassungsgericht en la encrucijada», en el mismo número de la revista que se acaba de citar, pp. 127 y ss. Véanse también los diversos trabajos publicados en *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit?*, Guggenberger/Wurtenberger (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden, 1998; especialmente el trabajo de Reiner Wahl, «*Quo Vadis* – Bundesverfassungsgericht? Zur Lage von Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassung und Staatsdenken», pp. 81 y ss.

Insólito porque la justificación técnica de la existencia de una jurisdicción constitucional superpuesta a la ordinaria, que es el modelo de control de constitucionalidad elegido por los sistemas constitucionales europeos continentales, responde a razones que no justifican la introducción en ellos de procesos como el recurso de amparo o el *verfassungsbeschwerde*. Quiérase o no, el amparo constitucional de derechos es un *cuerpo extraño* en la jurisdicción constitucional.

En efecto, en el modelo continental europeo de jurisdicción constitucional los Tribunales Constitucionales se conciben, al menos en el plano teórico, como la *voz de la norma constitucional* frente al legislador (y a la propia jurisdicción ordinaria pero de un modo indirecto, en tanto la constitucional decide qué leyes y qué interpretación de las leyes aplica la ordinaria); mientras que en el modelo norteamericano la SCtUS es la *voz de la mayoría*²⁰ que actualiza la voluntad constituyente en cada decisión.

²⁰ Obviamente se ha hecho una generalización no exenta de dificultades y que requeriría una mayor matización; aunque éste no es el lugar para hacerlo. Claro está, que la SCtUS también es la *voz de la Constitución* frente a los poderes constituidos y de la *minoría* frente a la mayoría. Ocurre que, siendo así, en el modelo norteamericano y dada su teoría constitucional y su concepción sobre el principio democrático en su forma de Estado y Gobierno, no siempre coincidente con la europea continental, cuando la SCtUS garantiza la Constitución, lo hace preservando la voz mayoritaria del «Pueblo de los Estados Unidos de Norteamérica» que se ha hecho norma en el texto constitucional («We, the People...», así se abre el Preámbulo de la Constitución norteamericana) frente a los poderes públicos. De ahí que cuando se hable de que la Corte pronuncia un fallo *contramayoritario*, se está haciendo un juicio de valor sobre el sentido de una decisión de la SCtUS que en un caso concreto se considera enfrentada a la voluntad mayoritaria expresada a través de las leyes. La literatura sobre todas estas cuestiones es ingente y bien conocida, no obstante, por haber sido lecturas que han influido fuertemente en estas páginas, aunque no siempre se coincide con sus autores ni estos entre sí, véanse la serie de Bruce A. Ackerman, *We the People, Foundations* (1991, 2.^a edic. 1993), *Transformations* (1998), ambos publicados por la Harvard University Press; y Cass S. Sunstein, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1997 y *The Partial Constitution*, de la misma editorial, 1993; Y John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1980; y finalmente, desde una perspectiva sumamente atractiva y coetánea a la de Ely, Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Process. A Functional Reconsidering Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago/London, 1980. Pero también autores españoles han aportado reflexiones interesantísimas sobre el debate en torno a la posición de la jurisdicción constitucional en una Constitución democrática; ese es el caso del libro de Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, y de Maríán Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson/Civitas, Madrid/Pamplona, 2005.

En el modelo norteamericano la SCtUS es un Tribunal más, integrado en su sistema judicial al cual cierra por arriba constituyendo la última instancia en todos los órdenes jurisdiccionales, estatales o federales. Históricamente²¹ fue concebido como una Corte Suprema de apelaciones con la que resolver el problema de dispersión y falta de unidad que aquejaba al modelo británico de *common law*, lo cual resultaba en buena medida incompatible con un Estado constitucional democrático dotado de una Constitución escrita, y, por consiguiente con un sistema de producción normativa jerarquizado en sentido descendente (de la Constitución hasta la última ordenanza municipal o Sentencia de un juez de distrito). Este modelo tratará de elevar a *higher law* el *common law* sin que se contradiga la voluntad de los norteamericanos expresada soberanamente en la Constitución, y articulada con la consideración de la decisión judicial como una fuente de derecho más. Desde esta perspectiva, la SCtUS actuó desde un principio como Corte de apelación que *unifica* los pronunciamientos judiciales, también en materia constitucional, y, además, manteniendo la posición prevalente del juez frente a la ley siempre que esta última sea contraria a lo dispuesto en la Constitución. Si se nos permite la expresión, la SCtUS viene a reforzar el pleno y exclusivo sometimiento del juez a la Constitución *a pesar de la ley*.

Cierto que la SCtUS en la actualidad ya no ejerce propiamente funciones de Corte de apelación en sentido estricto. Pero no lo hace, no porque su cualidad jurídica haya dejado de ser la de la máxima y última instancia jurisdiccional en el poder judicial norteamericano, sino porque, justamente, la sobrecarga de asuntos derivados de los *writ of certiorari* ligados a conflictos constitucionales, y en su mayoría a los derivados de posibles lesiones de derechos constitucionales, ha impuesto el aligeramiento de la agenda de la Corte reduciendo sus procesos en la práctica a éste. En cierto modo, y aun ocupándose sólo de los *writ of certiorari*, la SCtUS sigue siendo una Corte de apelación y ejerciendo de última instancia judicial en materia constitucional. De ahí que el ejercicio de su función tuteladora de derechos no sea vista como causa de conflictos y desavenencias con las instancias judiciales inferiores, porque esa tutela en realidad se dispensa frente a la labor del legislador garantizando la posición subjetiva de los ciudadanos que la Constitución les otorga y que los jueces le tutelan. Es evidente que

²¹ Para una historia de la SCtUS, consúltese el ya clásico de Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1993.

la garantía jurisdiccional de derechos no es una función extraña en este modelo de justicia constitucional y la posición de la SCtUS en él sí que ha venido a erosionar la posición del legislador democrático en el Estado constitucional estadounidense.

Ahora bien, en el modelo norteamericano la tutela de derechos constitucionales no es una función específica de la Corte; ni siquiera es un proceso constitucional singular. Se inscribe en su dimensión de Corte de apelación cuya función constitucional es la de uniformizar la interpretación y aplicación del Derecho norteamericano (a salvo las de resolución de conflictos entre jurisdicciones); y el *certiorari*, incluso desde la reforma de 1988, únicamente ha terminado por convertir el *appeal* ante la SCtUS de un derecho de las partes en litigio a una decisión (relativamente) discrecional de la Corte sobre qué asuntos decidir²². Pero en todos ellos lo que hace la Corte es resolver como última instancia judicial, reservando su jurisdicción únicamente para aquellos asuntos que planteen una cuestión constitucional relevante. Como última y suprema instancia judicial, sólo se pronuncia sobre los litigios en los que esté envuelta una interpretación de la última y suprema norma, la Constitución.

El modelo europeo ha seguido caminos distintos²³. Desde un inicio, los Tribunales Constitucionales se concibieron como jurisdicciones especiales,

²² Titulábamos intencionadamente un trabajo sobre el trámite de admisión del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, Ignacio Villaverde Menéndez, «Decidir qué no decidir o qué hacer con los amparos. El trámite de admisión de los recursos de amparo» (*Teoría y Realidad Constitucional*, n.ºs 10-11, 2002-2003, pp. 323 y ss.), haciendo un juego de palabras con las dichas por el *Justice Brandeis*. Según la opinión de este *Justice* de la SCtUS lo más importante que hacía la Corte era justamente no hacer nada: «The most important thing we do, is not doing». La cita está tomada de la página 71 del libro de Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch, the Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1986 (2.ª ed.). Recuérdese el interesantísimo debate habido entre Bickel, a raíz de su tesis sobre las «virtudes pasivas» del ejercicio del *certiorari* por la SCtUS, y Gerald Gunther justamente sobre las «virtudes» o los «vicios» del uso por la Corte Suprema de los Estados Unidos de ese poder del que dispone sobre todo con el *certiorari* para «evitar decidir»; «The Subtles Vices of the «Passive Virtues» – A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review», *Columbia Law Review*, vol. 64, n.º 1, 1964, pp. 1 y ss. Véase la obra de H.W. Perry Jr., *Deciding to Decide. Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1991.

²³ Una obra canónica sobre la evolución del modelo europeo sigue siendo la de Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, véase en concreto las pp. 170 y ss. Véase también el trabajo de Marina Gascón Abellán, «La Justicia constitucional: entre

separadas de la ordinaria, y superior a ésta en lo relativo a la garantía de la supremacía de la Constitución. En Europa la *judicial review* constitucional no es, en puridad, un colofón del *rule of law* como en Norteamérica, sino una expresión de la desconfianza *de la Constitución* frente a los poderes constituidos, en un juego paradójico en el que los Tribunales Constitucionales protegen a la Constitución de la ley, al tiempo que protegen a la ley de los jueces y Tribunales ordinarios. Una jurisdicción de normas, y no de casos, hasta que irrumpió la tutela constitucional de los derechos, en la que los Tribunales Constitucionales asumieron la condición de garantes, no sólo de los derechos como normas constitucionales que son (y, en consecuencia, de su supremacía como norma constitucional en la resolución de los litigios), sino, antes bien, de la posición subjetiva iusfundamental de sus titulares en los litigios emprendidos ante la jurisdicción ordinaria. El rasgo diferencial de esta tutela jurisdiccional especial en sede constitucional es su supuesta «subsidiariedad», pues su incompetencia para conocer de las cuestiones de hecho, lo es en general del sistema de jurisdicción constitucional en su conjunto.

En efecto, ambos rasgos han permitido al Tribunal Constitucional (y no en menor medida el BVerfG) sostener de forma reiterada que el recurso de amparo no es una tercera instancia, o un remedo de recurso de casación (STC 214/2001)²⁴; que su función es la de limitarse a comprobar si hubo o no una lesión de derechos fundamentales ocasionada por un acto u omisión de un poder público (STC 159/1997, fundamento jurídico 6; 83/2001 fundamento jurídico 2²⁵). Como hemos dicho en otro lugar, y ciñéndonos al caso español, cuando el Tribunal Constitucional afirma que no es una tercera instancia, hace profesión de su propio ámbito jurisdiccional. Y en esa

legislación y jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994, pp. 63 y ss.

²⁴ Véase lo dicho por Wahl/Wieland, *Verfassungsrechtsprechung...*, *op. cit.*, pp. 1138, 1142 y 1143.

²⁵ «Como señala el artículo 41.2 LOTC, el recurso de amparo tiene como objeto la protección de los ciudadanos frente a las violaciones de sus derechos y libertades fundamentales, pero este mismo precepto, en su apartado tercero, dispone que «en el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso». Por esta razón, este Tribunal ha señalado de forma reiterada que el objeto del recurso de amparo es únicamente reparar o, en su caso, prevenir, lesiones concretas y efectivas de derechos fundamentales (entre otras muchas, SSTC 167/1986, de 22 de diciembre, FJ 4; 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 52/1992, de 8 de abril, FJ 1, y 78/1998, de 21 de abril, FJ 3).»

medida aprecia de oficio su falta de competencia para resolver cuestiones que serían propias de una instancia judicial ordinaria, pero no constitucional (STC 114/1995, AATC 3/1996, 218/1996, 254/1997).

Pero cuando se hacen estas afirmaciones sobre un proceso cuya causa es un previo pronunciamiento judicial estribado en una valoración de unos hechos y una aplicación de la legalidad vigente a esos hechos, es inevitable precipitarse por una larga serie de paradojas que no han hecho sino oscurecer el significado del amparo²⁶. Prueba de ello es que 25 años después de la primera Sentencia del Tribunal Constitucional (un amparo por cierto, STC 1/1981) la doctrina y el propio Tribunal Constitucional sigue preguntándose por el sentido y alcance de esta modalidad procesal.

En nuestra opinión, esa deriva está provocada por la propia inconsistencia del recurso de amparo constitucional respecto del sentido de la jurisdicción constitucional concentrada en los Estados constitucionales democráticos. La supremacía de la Constitución no es razón suficiente para explicar la existencia de Tribunales Constitucionales, concebidos como jurisdicción especial, concentrada (monopolio de rechazo) y separadas de la ordinaria. En este sentido, resulta evidente que la Constitución no es suprema porque haya Tribunales Constitucionales. La existencia de éstos sólo se explica por el propósito de proteger a la ley parlamentaria, y por tanto a la voluntad normativa de los ciudadanos expresada a través de sus representantes políticos en los Parlamentos, de los restantes jueces y Tribunales que en el ejercicio de su función de selección y aplicación de normas al caso, pudiendo enjuiciar su validez, podrían frustrar la pretensión normadora de la ley mediante decisiones contramayoritarias, esgrimiendo la excusa de las libertades del individuo frente al imperio de las decisiones de la mayoría. En fin, la implantación de una jurisdicción constitucional, como es bien sabido, es la expresión institucional de una desconfianza histórica.

La brillantez del planteamiento se pone manifiesto en la circunstancia de que tal objetivo se ha logrado articulando un sistema de controles, no sobre la jurisdicción ordinaria, sino sobre el propio legislador que ha servido de

²⁶ Ese es el caso de la negativa del Tribunal Constitucional a valorar los hechos y juicios de hecho de la instancia o a discutir las cuestiones de hecho, acudiendo a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 44 LOTC (véanse Sentencias del Tribunal Constitucional como la 178/2002, 73/2003); o el arcano de la autoafirmada incompetencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre «las cuestiones de mera legalidad ordinaria». Sobre todas estas cuestiones consúltese el trabajo ya citado de Ignacio Villaverde Menéndez, «Decidir ...», *passim*.

excusa técnica para negar ese mismo control a los jueces y tribunales ordinarios²⁷. Este entramado y propósito se ve traicionado con la introducción de los procesos de tutela de los derechos fundamentales ante los Tribunales Constitucionales, porque en este caso lo perseguido, ciertamente, no es ampliar el círculo de legitimados para instar el control de constitucionalidad de la ley a través de las quejas de los ciudadanos por la lesión de sus derechos, sino proteger a estos mismos ciudadanos en sus posiciones iusfundamentales frente a la jurisdicción ordinaria, o bien porque no les han dispensado la protección constitucionalmente merecida, o bien porque, habiéndosela dispensado, no ha alcanzado al grado constitucionalmente satisfactorio a juicio del Tribunal Constitucional correspondiente. Así las cosas, en el modelo europeo la crisis del amparo no podía ser sino la crónica de una crisis anunciada.

Esa crisis tiene diversas causas. Si no la primera, sí la más importante, es, en nuestra opinión, la inconsistencia estructural de los propios procesos de tutela de derechos en sede constitucional. En modelos difusos de control de constitucionalidad, y, sobre todo, donde no hay una jurisdicción constitucional orgánica y funcionalmente distinta de la ordinaria, la protección de derechos fundamentales responde a la lógica institucional de un recurso de apelación por motivos constitucionales²⁸ (y que, en rigor, si se ha reducido a motivos constitucionales es por razón del uso casi exclusivo del *writ of certiorari* para acceder a la SCtUS desde 1988). En los modelos de control concentrado con una jurisdicción constitucional funcional y orgánicamente distinta y separada, sin una precisión clara de los motivos para acceder a esta sede jurisdiccional y con la finalidad de restituir a los recurrentes en el pleno disfrute de sus derechos fundamentales en el marco de sus relaciones jurídicas con los poderes públicos (e incluso con otros particulares), la progresiva saturación de asuntos es inevitable, lo que conlleva la ineficiencia del sistema. El ejemplo español es paradigmático, y de ello algo hemos dicho en la Sección segunda de este opúsculo.

Esta situación produce un progresivo desgaste institucional de los Tribunales Constitucionales que, en casos como el español, termina por aflorar

²⁷ Sumamente sugerentes son las reflexiones de Víctor Ferreres Comella en su trabajo «Integración europea y crisis del modelo centralizado de Justicia Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 65, 2003, en particular su apartado III y pp. 73 y ss.

²⁸ No muy distinto pudiera ser el sentido y finalidad de la casación por motivos constitucionales del apartado 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ).

en un, no por inexplicable, menos grave conflicto entre jurisdicciones, la constitucional y la ordinaria²⁹. La superposición de ambas jurisdicciones en la tutela de un mismo objeto litigioso, las posibles vulneraciones de derechos fundamentales, sin unas reglas claras y precisas de articulación, abocan necesariamente a la fricción. La cuestión es saber si en efecto existe tal superposición. Probablemente en el caso español el «en su caso» del artículo 53.2 CE hubiera sido la oportuna excusa constitucional para ubicar la tutela constitucional de los derechos en un lugar competencial que aminorase los efectos perversos que acompañaban inextricablemente su condición de función anómala en el modelo español de justicia constitucional.

Y esa condición de anomalía³⁰ en el modelo concentrado de justicia constitucional que a nuestro juicio posee la tutela de derechos en sede constitucional no parece que se resuelva con una reorientación del juicio consti-

²⁹ Es un tema recurrente el relativo a las relaciones jurisdicción constitucional-jurisdicción ordinaria. En España esta relación se ha teñido de un cierto dramatismo fruto del sordo conflicto que las Salas Civil y Penal del Tribunal Supremo mantienen con el Tribunal Constitucional, cuyo colofón ha sido una insólita condena por responsabilidad civil de algunos magistrados del Tribunal Constitucional a consecuencia de la inadmisión por providencia de un recurso de amparo (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, Sección Primera, de 23 de enero de 2004). Sigue siendo un libro de consulta ineludible el ya citado de Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional...*; hay que citar también a Andrés de la Oliva Santos, «La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria», en *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*, Punset/Santos (dirs.), Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1996, pp. 35 y ss.; también de cita obligada es el libro de Rosario Serra Cristóbal, *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1999, quien expresamente habla de la «desconfianza» para con los jueces, pp. 39 y ss. Interesantes también las reflexiones de Enrique Bacigalupo en su trabajo «Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales», recopilado en su libro *Justicia penal y derechos fundamentales*, Pons, Madrid, 2002, pp. 243 y ss.; y Pedro Cruz Villalón, «El juez como garante de los derechos fundamentales», en *Constitución y Poder Judicial*, CGPJ, Madrid, 2003, pp. 29 y ss. La doctrina alemana le ha dedicado alguna página a esta, en ocasiones allí también, conflictiva relación. Valgan como ejemplo las ponencias de Robert Alexy y Philip Kunig sobre «Verfassungsrecht und einfaches Rect. Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtsbarkeit», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 61, 2002; y los opúsculos de Christian Starck, «Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte als Hüter grundrechtskonformer Gesetzanwendung», Gerhard Robbers, «Für ein neues Verhältniss zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit», pp. 57 y ss., y Paul Kirchhof, «Verfassungsverständnis, Rechtsprechungsaufgabe und Entlastung des Bundesverfassungsgericht», pp. 71 y ss., todos ellos en *Urteilverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Ein Grundrechte-Colloquium*, Harald Bogs (Hrsgs.), Nomos, Baden-Baden, 1999.

³⁰ Véase Francisco Rubio Llorente, *La forma del Poder*, op. cit., pp. 591 y ss.

tucional a la dimensión objetiva de los derechos o la mutación de esa tutela en un amparo frente a la ley y no frente al juez.

Mientras el sistema se sustente en el axioma de que la función que desempeña el Tribunal Constitucional, éste o cualquiera de los mencionados, en los procesos de amparo constitucional de derechos, es la de ofrecer un escalón más de tutela subjetiva de pretensiones individuales o colectivas de protección de derechos en el caso concreto, sea «frente a ley», sea, como es en realidad hoy, «frente al juez», el sistema es insostenible. Es desproporcionado el coste que Tribunales como el Tribunal Constitucional soportan como institución al cernir sobre ellos la amenaza constante de una profunda, y, acaso, irreversible, crisis de eficacia, a la que seguirá la de legitimación, si es incapaz de resolver los recursos de amparo constitucional de derechos en un número y en un tiempo que permita al usuario de su servicio tener la percepción de que acudir a su instancia tiene alguna utilidad³¹.

IV. ¿QUIÉN PAGA EL COSTE DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS?

Hemos dicho ya que, en puridad, es la jurisdicción ordinaria la que ha visto más erosionada su posición constitucional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, sometida únicamente al imperio de la ley (artículo 117.1 y 3 CE en el caso español), por la presencia de un Tribunal Constitucional que, además, de controlar la constitucionalidad de la ley y ostentar la competencia privativa de su expulsión del ordenamiento, dispensa tutela singular a los derechos fundamentales a través de procedimientos como el de amparo³².

³¹ No deja de ser llamativa y digna de un estudio que aquí no se puede hacer, y por tanto tómense con cautela las afirmaciones que preceden a esta nota a pie en el cuerpo del opúsculo, la preeminencia que sigue teniendo la doctrina del Tribunal Supremo español entre los operadores jurídicos. Varias razones pueden avalar este hecho que, por lo demás, contrasta con al circunstancia de que en igual o peor situación están las Salas de este Tribunal (y la de mucho Tribunales Superiores de Justicia) y, sin embargo, aunque se vive con preocupación el desbordamiento de asuntos en la jurisdicción ordinaria, no ha suscitado las crisis, críticas y desgastes institucionales que sí ha sufrido el Tribunal Constitucional. Probablemente, el Tribunal Constitucional siga siendo una pieza que desencaja aún en el modelo inconsciente de sistema jurisdiccional que tiene el Foro y los propios jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Asunto éste que bien merecería también un estudio detenido que, obviamente, no puede hacerse en estas páginas.

³² En este mismo sentido, Ernst-Wolfgang Böckenförde, «Überlastung ...», *op. cit.*, p. 283.

Lo peculiar de esa tutela dispensada por la jurisdicción constitucional es que no se limita a salvaguardar la posición iusfundamental de los ciudadanos. Al tiempo que lo hace, ejerce un *control* sobre la conformidad constitucional de las decisiones de jueces y Tribunales ordinarios. Hablar de *control* de constitucionalidad de los pronunciamientos judiciales (y es indiferente que ese control lo sea respecto de la observancia de la dimensión objetiva como de la subjetiva de los derechos) altera por completo la cualidad de las distintas instancias que se superponen en los modelos de jurisdicción al uso. El exclusivo sometimiento del juez ordinario al *imperio de la ley*, también de la Constitución, sustancia de su independencia, resulta consistente con la existencia de vías recursales, porque el órgano jurisdiccional superior no *controla* la adecuación al ordenamiento de los pronunciamientos del inferior, por tanto no hay relación jerárquica de subordinación de uno sobre otro. Se trata más bien de que la segunda instancia (incluso las terceras especiales, extraordinarias y/o excepcionales) cuando resuelve, no lo hace comprobando si el fallo recurrido es conforme a Derecho, sino examinando de nuevo el caso y haciendo su propia aplicación del derecho vigente. Si la solución alcanzada por la segunda instancia discrepa de la ofrecida en la instancia anterior, revocará su decisión. Y no lo hará como corolario de un supuesto control jurídico sobre la adecuación de la decisión judicial al ordenamiento jurídico, sino de un sistema de doble pronunciamiento donde prevalece el segundo sobre el primero, como garantía del deseado acierto de la decisión judicial.

Lo que hace la jurisdicción ordinaria en el recurso de amparo es bien distinto, porque la propia configuración del recurso hace del proceso un mecanismo de control de la constitucionalidad de las decisiones judiciales, que, de no haber respetado la constitución (los derechos fundamentales), deben ser anuladas. En materia de garantías constitucionales, la jurisdicción constitucional, parafraseando el artículo 123 CE, no sólo es la instancia superior al resto, sino *jerárquicamente* superior a todas.

Cuando el juez o el Tribunal ordinario aplica una norma iusfundamental al caso del que conoce³³, no hace nada distinto cualitativamente a cuando hace lo propio con cualquier otra norma del ordenamiento, sea de rango

³³ De hecho, también cuando infringe con su actuación u omisión un derecho fundamental, de ordinario los del artículo 24 CE, no hace más que aplicarlo incorrectamente o inaplicarlo sin más.

legal o reglamentario³⁴. Y lo hace sin estar vinculado a precedente alguno. La erosión se produce al irrumpir en ese proceso un órgano jurisdiccional cuyas resoluciones sobre derechos fundamentales sí vinculan a la jurisdicción ordinaria, recreando así un remedo de *stare decisis* atípico. En suma, una doctrina unificada, la cual, de no observarse por la jurisdicción ordinaria, se lesionaría el propio derecho fundamental porque lo que sea ha sido delimitado y definido por la jurisdicción constitucional³⁵.

El amparo constitucional de derechos es, desde luego, un *amparo frente al juez*, y probablemente haya razones de peso para que así sea. Es posible que no se pueda arbitrar un *amparo frente al legislador* que posibilite que la decisión de un ciudadano pueda poner en jaque el ejercicio democrático de la representación política expresando la voluntad normativa mayoritaria a través de la ley, sin erosionar en buena medida el normal funcionamiento del Estado constitucional democrático. De instaurarse semejante especie de amparo, sí que sería cierto que los derechos fundamentales son expresión de una soberanía individual retenida que permiten imponer la sola voluntad de un individuo a la del legislador democrático mediante el sometimiento de sus leyes al juicio de un tribunal constitucional³⁶. Es indiferente que el amparo se inste por lesión de la dimensión objetiva del derecho o de su dimensión subjetiva, en rigor son indisolubles una de otra, en cualquier caso se pone en manos de los ciudadanos un formidable mecanismo de control constitucional de la ley³⁷.

³⁴ Es una cuestión de vinculación positiva de los poderes públicos, también los jurisdiccionales, a la Constitución. Así lo reflejan en el ordenamiento jurídico español los artículos 9 CE y 5 y 7.1 y 2 LOPJ.

³⁵ Véase Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 474, 475 y 484, donde expone ideas muy sugerentes, aunque con las que no siempre coincidimos. Luis López Guerra, ha identificado ese remedo de precedente judicial subrayando que se da con mayor intensidad cuando precisamente la resolución del Tribunal Constitucional confirma una línea doctrina de la jurisdicción ordinaria, en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, p. 1455.

³⁶ Sobre la idea de los derechos como expresión de una *soberanía individual retenida*, véase el artículo de Francisco Bastida Freijedo, «La soberanía borrosa: la democracia», *Fundamentos*, n.º 1, 1998, pp. 381 y ss. Reconocer un amparo frente a ley sería el corolario evidente de esta tesis.

³⁷ En rigor, para que sea posible un amparo frente a ley es necesario que la propia composición del tribunal, el diseño del procedimiento constitucional de dicho amparo, y el contenido del fallo constitucional y sus efectos se regulen de forma distinta a la habitual y más extendida entre los tribunales constitucionales europeos. En España, por otra parte,

El impacto de la jurisdicción constitucional tuteladora de derechos lo absorbe verdaderamente la jurisdicción ordinaria cuyas resoluciones son objeto de un último control de constitucionalidad por un órgano jurisdiccional distinto y separado de esa misma jurisdicción ordinaria. En último término, los jueces y Tribunales ordinarios no sólo están sometidos a la ley y a la Constitución, también lo están a la doctrina que sobre la interpretación de una y otra hace la jurisdicción constitucional en la tutela de los derechos fundamentales. Como ya se ha afirmado páginas más atrás, la jurisdicción de amparo constitucional es una tutela de derechos que se superpone sobre la ordinaria respondiendo, de un lado a una desconfianza, que en la actualidad las cifras de los amparos estimados desacredita; y, por otro lado, a la errónea creencia de que la superposición de distintas capas de tutela jurisdiccional que se suceden en el tiempo aseguran una respuesta más *justa* a las pretensiones de las partes³⁸.

Pero también el impacto lo reciben parcialmente los propios Tribunales Constitucionales cuya posición institucional se ve paulatinamente desgastada por un procedimiento de tutela ineficiente.

ya existe un medio indirecto de articular el amparo frente a ley a través de la autocuestión o cuestión interna de constitucionalidad (artículo 55.2 LOTC). Véase, Fernández Farreres, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Pons, Madrid, 1994, pp. 47 y ss. Sobre el «amparo contra leyes», véanse AATC 25/1980, 66/1981, 281/1985, 46/1993 y SSTC 40/1982, 117/1998, 200/1999. Asimismo el trabajo de Ignacio Borrajo Iniesta, «Amparo frente a leyes», *Revista de Administración Pública*, 98, 1982, pp. 167 y ss. Sobre la autocuestión, véanse los libros de Luis Mieres Mieres, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales. Especial referencia al incidente en el recurso de amparo*, Civitas, Madrid, 1998, y la recensión al mismo hecha por Ignacio Villaverde, «El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 59, 2000, pp. 387 y ss.; también el libro de Joaquín P. Uria Martínez, *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.

³⁸ En fin, se trataría de la búsqueda infructuosa de *la única respuesta jurídicamente correcta y justa* que con tanto tino ha criticado Alejandro Nieto en su libro *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000. No nos cabe duda de que el ordenamiento jurídico se articula en torno a un principio de decisión (que no debe confundirse con un burdo decisionismo al modo de Schmitt). Dado que las normas jurídicas son interpretables y por sí mismas no resuelven los conflictos en las relaciones jurídicas que regulan, la necesidad de identificar a alguien que declare la interpretación correcta de la norma y resuelva el conflicto aplicándola exige también que ese proceso se resuelva en una decisión, que podrá ser revisada por otra instancia; lo que a su vez requiere poner fin a esa cadena infinita cerrando el sistema en una instancia decisora concreta, cuyas resoluciones no son ya potencialmente irrevocables, sino irrevocables desde que se dictan.

Si la senda elegida ha sido la de diseñar una tutela constitucional de los derechos superpuesta a la ordinaria. Una instancia que dispensa una salvaguarda de las posiciones jurídico-subjetivas iusfundamentales respondiendo a las pretensiones individuales (o colectivas) de declaración y reparación de una lesión de los derechos en el caso concreto, cuando éstas no han encontrado una solución satisfactoria en el jurisdicción ordinaria. Si, en último término, la tutela constitucional de derechos se distingue de la ordinaria (y a eso parece en ocasiones reducirse el tan manido principio de subsidiariedad del amparo constitucional) únicamente en que la constitucional no puede conocer de las cuestiones de hecho³⁹, difícilmente la jurisdicción constitucional no actuará como auténtica tercera instancia en cuestiones constitucionales. Es más, y desde esta perspectiva de la tutela subjetiva, así debiera actuar gozando de plena jurisdicción en aquellos litigios en los que se deduce ante él demanda de amparo por la lesión de derechos fundamentales⁴⁰. Sin embargo, es obvio que hacerlo en las condiciones actuales agravaría aún más la crisis del amparo, si no se produce antes un ajuste procesal, constitucional y ordinario, de largo alcance.

V. SUBSIDIARIEDAD, IRRADIACIÓN DE LOS DERECHOS Y OBJETIVACIÓN DEL AMPARO. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO JURISDICCIÓN DE MÍNIMOS

Han sido muchas las páginas vertidas reflexionando sobre el sentido y alcance de las palabras que ahora se transcribirán del apartado 2 del artículo 53 CE: «y, en su caso, a través del recurso de amparo». En otros modelos de jurisdicción constitucional también han acogido este principio vertebrador de la subsidiariedad del amparo constitucional de derechos respecto del dispensado por la jurisdicción ordinaria⁴¹. Pero quizá haya

³⁹ Sobre la incontrovertibilidad de los hechos en la jurisdicción constitucional véase el trabajo ya citado de Ignacio Villaverde Menéndez, «Decidir ...», apartado IV a).

⁴⁰ Así lo hemos defendido en el citado trabajo Villaverde Menéndez, «Decidir ...».

⁴¹ Sobre la polémica suscitada respecto de la interpretación de ese inciso, véase el sugerente trabajo de Ignacio Díez-Picazo Giménez, «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», en *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, de la Oliva/Díez-Picazo, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 69 y ss.; también Rubio Llorente, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en su libro *La forma del Poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 463 y ss., en especial, pp. 492 y ss.; del mismo autor «El recurso de amparo», en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Rubio, Jiménez, McGrawHill, Madrid, 1998, pp. 31 y ss., y en especial pp. 33 y 37.

sido en España donde el debate y el calado de sus consecuencias han sido más intensos⁴².

En otro lugar⁴³ ya hemos dicho que las exigencias del previo agotamiento de la vía judicial previa [arts. 42 *in fine*, 43 *in fine*, 44.1 a), en relación con el artículo 50.1 a), todos LOTC] y de la invocación de los derechos o derechos supuestamente vulnerados ante la jurisdicción ordinaria [arts. 44 c) LOTC, que el Tribunal Constitucional ha extendido a los amparos del artículo 43 LOTC⁴⁴] son la forma técnica en la que el legislador orgánico ha interpretado el «en su caso» del artículo 53.2 CE y llenado de contenido el *principio de subsidiariedad*. Este principio de subsidiariedad estriba en último término en la idea esencial de que el Tribunal Constitucional sólo debe actuar allí donde la jurisdicción ordinaria no lo haya hecho siempre que el recurrente le haya permitido hacerlo o las leyes procesales no se lo impidan⁴⁵. De

También su aportación «La subsidiarité dans la jurisprudence constitutionnelle», en *Justice Constitutionnelle et subsidiarité*, Francis Delpérée (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2000. Para conocer las discrepancias internas habidas en el seno del propio Tribunal Constitucional sobre el alcance del principio son de sumo interés las reflexiones de Juan Luis Requejo en la crónica jurisprudencial «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2000», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 60, 2000, pp. 219 y ss. También sobre la subsidiariedad del amparo véanse el prólogo de Tomás y Valiente al libro de Germán Fernández Farreres, y su propio introducción, así como las pp. 32 y ss. de *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Pons, Madrid, 1994; y su contribución a *Comentario a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Requejo Pagés (coord.), Tribunal Constitucional-BOE, Madrid 2001, pp. 644 y ss., pp. 698 y ss. Y de Juan Luis Requejo Pagés, «La lógica de la subsidiariedad y sus perversiones. Los recursos de amparo mixtos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, 2002, pp. 189 y ss.

⁴² Con carácter general, véanse los distintos trabajos que componen la ya citada obra dirigida por Harald Borgs, *Urteilsverfassungsbeschwerde...*, y la dirigida también por Francis Delpérée, *Justice Constitutionnelle*, *op. cit.*

⁴³ Véase Ignacio Villaverde Menéndez, «Decidir ...», *op. cit.* apartado b). IV. En ese apartado, y en general en todo el trabajo, se señala que el Tribunal Constitucional ha terminado por reducir las consecuencias y el sentido de la subsidiariedad establecida en el apartado 2 del artículo 53 CE a aquellas condiciones de admisibilidad de los recursos de amparo, cuando, acaso, debiera haberse hecho el camino inverso: interpretar y aplicar esas condiciones de admisión a la luz del principio constitucional de la subsidiariedad del recurso de amparo.

⁴⁴ SSTC 17/1982, 79/1984, 189/1987, 71/1989, 241/1992, 200/1999, 36/2000; ATC 365/1984.

⁴⁵ SSTC 105/1983, 158/1995, 214/2000, 190/2001, 80/2002. Un ejemplo de esta técnica ha sido el ATC 254/2001, caso de la Comunidad de Pescadores de El Palmar, Valencia. Para el Tribunal Constitucional era indiscutible que la entidad recurrente había sido debidamente amparado en sus derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria, con independencia del sentido en el que lo hubieren hecho.

ahí que el Tribunal Constitucional haya afirmado tan reiteradamente, que excusa toda cita, que ni su jurisdicción es plena (cognición limitada), ni es una tercera instancia; e incluso que el recurso de amparo ni es un recurso para la unificación de doctrina (STC 309/1994 fundamento jurídico 3) ni un cauce para el control abstracto de la ley (STC 223/2001, fundamento jurídico 7), sino «un medio reparador de lesiones concretas y efectivas de derechos fundamentales» (STC 215/2000, fundamento jurídico 4)⁴⁶. En fin, que el amparo constitucional es subsidiario porque los jueces y Tribunales son la instancia ordinaria e idónea de protección de los derechos.

Con todo, y sin negar que, en efecto, esa pueda ser la sustancia de la subsidiariedad del recurso de amparo, somos de la opinión de que su expresión acabada es la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual no es él el intérprete único de los derechos ni de la legalidad ordinaria alumbrada por la irradiación de esos derechos, sin renunciar a su función de intérprete supremo de la norma constitucional (por todas STC 160/1997). El Tribunal Constitucional hace un esfuerzo en deslindar su función de la de los jueces y Tribunales ordinarios al tratar de trazar la línea divisoria de ambas jurisdicciones en el ejercicio de su función de garantes de los derechos dejando a la jurisdicción ordinaria la capital función de fijar hasta donde llega la irradiación de los derechos y libertades en la legalidad ordinaria. El Tribunal Constitucional vela únicamente por que esa fijación del alcance de la irradiación mediante la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria no sea directamente contraria al contenido constitucionalmente declarado del derecho fundamental o se trunque con una interpretación *manifestamente* contraria a los derechos fundamentales en cuestión. El Tribunal Constitucional podrá distanciarse de una determinada interpretación de los derechos mantenida por la jurisdicción ordinaria; pero no por ello esa interpretación ha de ser lesiva del derecho fundamental en cuestión (*mutatis mutandis* STC 160/1997, fundamento jurídico 4). A mayor abundamiento, ya en la STC

⁴⁶ Otro elemento que también ha terminado por integrar el contenido del principio de subsidiariedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido la supuesta incontrovertibilidad de los hechos probados en la instancia, la cual ha sido deducida del apartado b) del artículo 44 LOTC. Sin embargo, a nuestro juicio, el mencionado principio está ligado a la cognición limitada del amparo y a su relación estructural y sistémica con los jueces y tribunales ordinarios, pero no a la imposibilidad de revisar en todo caso los hechos probados en las instancias precedentes cuando su examen puede ser relevante para la constatación de la lesión denunciada en la demanda de amparo de los derechos fundamentales en cuestión. Con más detalle véase el ya citado de Ignacio Villaverde Menéndez, «Decidir...», *op. cit.*

309/1994 se había afirmado que el recurso de amparo no era un cauce procesal para fijar la interpretación correcta de los derechos fundamentales, sino para la exclusiva reparación de sus concretas violaciones si las hubiere.

Es aquí donde justamente estriba nuestra discrepancia con la doctrina del Tribunal Constitucional. El hecho de que no esté entre sus funciones precisar de forma exclusiva y excluyente la interpretación constitucionalmente conforme y única de los derechos, no quiere decir que no sea una de sus funciones irrenunciables por su posición en el sistema constitucional la de fijar la identidad constitucional de cada derecho, a la que deben someterse todas las instancias jurisdiccionales. Cosa distinta es que en esa labor su interpretación deba ser de mínimos. El recurso de amparo sí es, y esa es su única función coherente, a nuestro juicio, con el sistema de control concentrado de constitucionalidad, un cauce procesal para fijar la correcta interpretación de los derechos; sólo que debe hacerlo *subsidiariamente*, cuando la dada por la jurisdicción ordinaria es contraria a la norma constitucional iusfundamental. Por esa misma razón, su delimitación del contenido constitucional de los derechos debe ser de *mínimos*.

En definitiva, esta tesis no es sino la otra cara de la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en su STC 160/1997 (y reiterada en la 5/2002, fundamento jurídico 4) relativa al alcance de la jurisdicción del Tribunal Constitucional en la determinación del efecto irradiante de los derechos. Dice la STC 5/2002 (fundamento jurídico 4):

Este es el sentido de la STC 160/1997, de 2 de octubre (FJ 4), cuando puso de manifiesto que la Constitución, y muy particularmente los derechos fundamentales, inspiran y alientan todo nuestro ordenamiento, hasta sus últimas o más modestas manifestaciones, pero sin que ello pueda implicar el que este Tribunal esté llamado a imponer su criterio, determinando, hasta el último extremo, la medida en que todas y cada una de las interpretaciones de la legalidad deben quedar influidas por los contenidos constitucionales, ya que, en caso contrario, el ámbito de las «garantías constitucionales» (artículo 123.1 CE), que marca el límite de nuestra jurisdicción, se extendería a la interpretación de todo el ordenamiento, porque una cosa es la garantía de los derechos fundamentales y otra, necesariamente muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de interpretación de la legalidad: esto último puede no ocurrir sin que ello implique siempre la vulneración de un derecho fundamental.

Evidentemente, si el Tribunal Constitucional no puede imponer «su criterio» en la interpretación de la legalidad ordinaria habida cuenta de que son diversas las formas de irradiarse cada derecho fundamental, so pena de suplantar a la jurisdicción ordinaria en su función de intérprete de esa legalidad. Salvo que la interpretación del derecho y de la legalidad que debe hacer la jurisdicción ordinaria para precisar esa irradiación sean contrarios, frontalmente contrarios, al contenido constitucional del derecho, que sí puede y debe delimitar el Tribunal Constitucional. Pero en este caso sólo debiera hacerlo de ese *mínimo* necesario para comprobar si ha habido o no contradicción⁴⁷.

En nuestro sistema constitucional, los jueces y Tribunales también pueden delimitar el contenido constitucional de los derechos a falta de ley orgánica que lo haga al desarrollar el derecho (artículo 81.1 CE); y también a falta de sentencia del Tribunal Constitucional que delimite el derecho en cuestión. La delimitación que realiza la jurisdicción ordinaria tiene la peculiaridad de que no posee efectos generales y se ciñe al caso concreto en el que se efectuó. Ahora bien, esa delimitación singular puede ser desplazada por la ley orgánica que desarrolle el derecho y por la doctrina del Tribunal Constitucional que fija su contenido constitucional con eficacia general⁴⁸. Sin embargo, y a pesar de que el Tribunal Constitucional es quien delimita *erga omnes* ese contenido constitucional del derecho, a la jurisdicción ordinaria le compete mediante la interpretación de la legalidad, también ordinaria, fijar el alcance de la irradiación de los derechos en el ordenamiento jurídico⁴⁹.

⁴⁷ No se confunda ese mínimo constitucional con un supuesto contenido esencial del derecho al modo alemán. El autor de este trabajo ha defendido en varios lugares que el contenido esencial al que se refiere el artículo 53.1 CE no es, ni puede ser, distinto al contenido constitucionalmente definido en abstracto en la norma iusfundamental de cada derecho. Cuando aquí se habla de *contenido mínimo* lo hacemos para referirnos a una técnica interpretativa del *contenido constitucional* que permita acomparar las competencias del Tribunal Constitucional con las de la jurisdicción ordinaria en la interpretación de la legalidad. Aquí por mínimo se quiere decir: *que no agote* las posibilidades de irradiación y garantía de los derechos en el marco de la aplicación de la legislación ordinaria. Lo que debe comprobar el Tribunal Constitucional es que las ofrecidas por la jurisdicción ordinaria no son, al menos, contrarias al contenido constitucional del derecho correspondiente.

⁴⁸ Sobre estas cuestiones véase Bastida y otros, *Teoría general...*, *op. cit.*, p. 156.

⁴⁹ No estará de más recordar las agudas observaciones de Ernst-Wolfgang Böckenförde sobre las consecuencias del efecto de irradiación de los derechos en la estructura general del Estado constitucional democrático y la articulación de sus poderes públicos. A su juicio,

En esa delimitación, el viraje *objetivo* no estriba en la necesidad de ubicar el amparo en la tutela de la dimensión objetiva de los derechos desplazando la subjetiva a la jurisdicción ordinaria. Se trata más bien de que el Tribunal Constitucional a través del amparo preserve la identidad constitucional de los derechos fijando en sus sentencias el contenido constitucional de cada derecho fundamental, compuesto indisolublemente por ambas dimensiones, que debe ser observado por la jurisdicción ordinaria en su interpretación de la legalidad ordinaria (irradiación y dimensión objetiva de los derechos) y en su reparación de las lesiones de los derechos provocadas por actos de particulares o poderes públicos. El Tribunal Constitucional se limitaría, y no es poco, a delimitar el contenido de una norma constitucional y a comprobar si ha sido respetado por los poderes públicos⁵⁰.

VI. EL FUTURO DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL PUNTO DE PARTIDA

Puede, ciertamente, que resulte paradójica esta última sección de este trabajo, por cuanto lo esperable serían unas «conclusiones» y no un «punto

la técnica de la irradiación y el peso otorgado por el BVerfG a la dimensión objetiva de los derechos como canon de control de la actuación de los poderes públicos terminará por trocar la democracia parlamentaria en una democracia judicial en la que la decisión sobre la intensidad y extensión de la presencia de los derechos en las relaciones jurídicas y las normas que las regulan ya no estará en un parlamento elegido por los ciudadanos, sino en un órgano judicial que no es elegido por los ciudadanos. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Baden-Baden (trad. Requejo/Villaverde), 1993, pp. 130 y 136 y ss.

⁵⁰ Probablemente ésta haya sido la idea que late en los AATC 248/1994 y 182/1997, que trataron, infructuosamente, de *objetivas* el recurso de amparo. A nuestro juicio, en ambos Autos la inadmisión de los recursos no estuvo movida tanto por su *parvedad cuantitativa* (las cuantías de los pleitos de instancia), ni por la *parvedad constitucional* de ambos casos, sino por lo innecesario de una pronunciamiento del Tribunal Constitucional en dos amparos que ya fueron satisfactoriamente resueltos por la jurisdicción ordinaria sin que su actuación haya sido contraria al contenido constitucional de los derechos en presencia (y aunque el propio Tribunal Constitucional pudiere haber discrepado de la forma en la que los interpretó y aplicó la jurisdicción ordinaria). Véase el opúsculo de Juan Luis Requejo, «Hacia la objetivación del amparo constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 42, 1994, pp. 153 y ss. Ningún inconveniente hay, por lo demás, en que se siga exigiendo como condición de admisibilidad del amparo constitucional que se denuncie una lesión real y efectiva de un derecho fundamental. Así es porque con ello no se está identificando el objeto de la pretensión (reparar la lesión si se acredita) y, en consecuencia, el alcance de la cognición del Tribunal Constitucional, sino el modo de evitar que el recurso de amparo constitucional sea utilizado por los particulares como un remedo de recurso en interés de Constitución.

de partida». Sin embargo, concientemente se ha elegido esta expresión, que podrá dejar perplejos a quien espere en estas líneas finales un remedo de corolario final. Lo que se ha dicho en estas páginas, al contrario, nos sugieren una línea de indagación que permitirá aventurar fórmulas para que el coste de la tutela constitucional de los derechos sea asumible en los modernos Estados constitucionales democráticos.

En apretada síntesis, cauces procesales como el recurso de amparo español o el *Verfassungsbeschwerde* alemán son una anomalía en los respectivos sistemas de justicia constitucional, si su función es la de reparar lesiones singulares en el ejercicio de los derechos fundamentales que no han sido atajadas en la jurisdicción ordinaria. Anomalía que acrecienta su efecto disfuncional en el sistema como mecanismo protector ineficiente para ese fin por tardío, y con un coste institucional inasumible por el Tribunal Constitucional y el BVerfG. Ofrecer soluciones únicamente para aliviar (supuestamente) el acumulamiento inexorable de demandas de amparo pendientes de admisión ante la jurisdicción constitucional, terminan siendo un mero placebo provisional, como así lo demuestran los magros resultados obtenidos con las distintas reformas de las leyes procesales constitucionales del Tribunal Constitucional y el BVerfG.

La tesis que aquí se sostendrá es que, esa objetivación no debe consistir sólo en una más o menos discrecional decisión de los magistrados/as del Tribunal Constitucional sobre qué es importante y, en consecuencia, debe ser decidido; lo que intensificará aún más el desgaste institucional del Tribunal Constitucional y a la larga laminará sutilmente su legitimidad. Se trata también de que el propio acceso al Tribunal Constitucional se objetive al igual que debe hacerlo su función, porque el colapso no está en la capacidad del Tribunal Constitucional para decidir, sino en la masiva llegada de asuntos al Tribunal Constitucional. Hecho que sólo puede aliviarse endureciendo los criterios de acceso. Un endurecimiento que se correspondería con la probada eficiencia de la tutela de los derechos en la jurisdicción ordinaria y con el cambio de sentido de la función de la tutela constitucional de derechos en el sistema de justicia constitucional: ser jueces de la norma iusfundamental definiendo su contenido, y no jueces de casos en los que se reparen lesiones singulares de derechos.

¿Convierte este planteamiento al recurso de amparo en una especie de casación para la unificación de la doctrina? Si así se quiere ver, habrá que decir que sí, porque la función constitucional de ese recurso no debiera ser,

empleando palabras de Marc Carrillo, «proteger el ejercicio de los derechos fundamentales frente a lesiones imputables a los poderes públicos, sino corregir una interpretación judicial errónea de preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales»⁵¹. Si se quiere considerar esta fórmula como una manera de objetivar el amparo, valga la expresión y así sea. Es claro que el amparo sigue siendo frente a juez, pero con un alcance muy distinto, donde el Tribunal Constitucional ejerce ese papel de garante superior de la supremacía de las normas constitucionales. Una función que en este caso consiste en la preservación de la identidad del derecho fundamental frente a sus diversas, dispares y heterogéneas concreciones judiciales, delimitando su contenido con eficacia *erga omnes*.

Los jueces pueden y deben delimitar el contenido de los derechos para resolver los casos de los que conocen. En esa medida, la posición del legislador puede verse afectada en tanto el juez ordinario aplicará sus normas a la vista de la posible interpretación que el Tribunal Constitucional haga de esas normas, y así debe ser por cuanto la exclusiva competencia del juez ordinario en la interpretación de la legalidad ordinaria tiene dos excepciones claras: las leyes orgánicas de desarrollo de los derechos y las leyes configuradoras de los derechos fundamentales de, valga la redundancia, configuración legal. Es obvio que si el Tribunal Constitucional no cuestiona una u otras, su delimitación del derecho será la hecha por el legislador. Pero en rigor, el Tribunal Constitucional contrastará su propia delimitación con la del legislador, y también en rigor, si esta no contradice frontalmente la Constitución, el Tribunal Constitucional debiera darla por buena e imponerla a la jurisdicción ordinaria. En caso contrario, elevará la autocuestión imponiendo su criterio al juez por encima incluso de la ley, en el momento que estima el amparo del que trae causa la mencionada autocuestión.

La jurisdicción ordinaria, dada la eficacia directa de los derechos fundamentales, la vinculación positiva de aquéllos a éstos, ejercen la ineludible potestad (y empleamos este término en su sentido técnico riguroso) de *delimitar* los derechos concretando su contenido definido abstractamente en la constitución, a falta de ley que los desarrolle, para extraer de ellos las consecuencias oportunas, tanto de su dimensión objetiva, como mandato

⁵¹ En el libro colectivo *La reforma del recurso de amparo*, coordinado por Pablo Pérez Tremps, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

de optimización, como de su dimensión subjetiva, como regla que ha de resolver o condicionar la resolución del asunto litigioso sometido a su conocimiento⁵². Pero esa función concretadora de los derechos llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria posee un alcance limitado, por cuanto sus efectos son los propios de la cosa juzgada. Sin embargo, y así en el caso español, las dos únicas formas de dotar de eficacia universal a una delimitación (concreción) de un derecho fundamental es albergarla o en una ley o en una resolución de un tribunal constitucional.

Al respecto, alguna dificultad plantea la regla del artículo 164.1 CE en cuya virtud las sentencias que «no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos». Esto podría hacer pensar que las sentencias estimatorias de amparo no poseen plenos efectos frente a la jurisdicción ordinaria, y que reducen su alcance al propio de la cosa juzgada. Además de que en este precepto constitucional late un amparo constitucional concebido como un instrumento de satisfacción de pretensiones individuales relativas a los derechos, su sentido no debe ir más allá de considerar que tan menguada eficacia queda limitada al fallo mismo de la Sentencia, pero no a la doctrina que en ella se siente sobre el contenido constitucional del derecho fundamental en cuestión, que vincula a las propias Salas del Tribunal Constitucional (artículo 13 LOTC) y a los jueces y Tribunales ordinarios (artículo 7.2 LOPJ).

Dicho todo esto, bien podría reconstruirse un recurso de amparo constitucional en el que el *interés constitucional* del asunto que *justifique un pronunciamiento* de la jurisdicción constitucional tenga lugar cuando la resolución de la jurisdicción ordinaria se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de la instancias superiores de la jurisdicción ordinaria (Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo)⁵³; o en el caso de que los pronunciamientos de los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria (los citados) fueran contradictorias entre sí, o con las dictadas por los superiores en su orden jurisdiccional respecto de litigantes en idéntica situación donde,

⁵² Véase el libro de Bastida y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 156.

⁵³ Se ha parafraseado el artículo 477 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos⁵⁴.

Esa pudiera ser la función del amparo constitucional, reconducir a unidad la disparidad de posibles interpretaciones de derechos fundamentales que puedan resultar del ejercicio de la jurisdicción por los jueces y Tribunales (e indirectamente, a través de los amparos de los arts. 42 y 43 LOTC, de los restantes poderes públicos)⁵⁵.

En este sentido debe entenderse también la subsidiariedad de la tutela constitucional de derechos. Formalmente esa tutela sería un mecanismo excepcional de protección de derechos, pero no enfocado desde la perspectiva procesal de recurso extraordinario (esto nos seguiría sitiendo en el modelo de tutela subjetiva de derechos fundamentales), sino desde la propia excepcionalidad de la jurisdicción constitucional en el marco general de la justicia constitucional. Materialmente esa tutela sirve para delimitar con eficacia general el contenido mínimo del derecho fundamental tutelado. Considerarlo así impone, a nuestro juicio, objetivar los motivos de acceso en reglas precisas sobre la instancia cuyas resoluciones pueden ser objeto de impugnación en sede constitucional⁵⁶. Y en segundo lugar, esa tutela debe dispensarse a partir de un canon de contenido mínimo del derecho, como parámetro de contraste (en el sentido indicado más arriba) y de contradicción: sólo cabe la tutela cuando la resolución judicial impugnada es manifiestamente contraria a la delimitación del contenido constitucional del derecho en cuestión hecha por el propio Tribunal Constitucional o por el legislador cuando le compete. En tercer y último lugar, la sentencia constitucional es-

⁵⁴ En este caso las referencias son al artículo 96 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y al artículo 217 del Real Decreto-Legisativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁵⁵ En este sentido se han pronunciado Ernst-Wolfgang Böckenförde, «Überlastung...», *op. cit.*, p. 283; y Reiner Wahl también en su «Der Zugang zum BverfG», en *Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland: gestern und heute*, edición de la Friedrich Ebert Stiftung-Forschungsinstitut, Bonn, 1991, pp. 21 y ss.

⁵⁶ Un ejemplo claro de la consistencia de esta idea y su utilidad es, justamente, limitar a las resoluciones del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia, según el caso, los amparos por infracción del artículo 24 CE. La existencia de un recurso extraordinario por infracción procesal (artículo 468 LECiv) y el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 240 LOPJ ponen bien a las claras que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene sus propios cauces de garantía singular en los procesos ordinarios; al menos en la vía civil. Existiendo tales cauces, apenas tiene sentido sumar uno más.

timatoria de la queja, salvo casos excepcionales, deberá limitarse a anular la resolución impugnada y a retrotraer para que se falle de nuevo; sin perjuicio de que esté a disposición del tribunal constitucional correspondiente una batería de medidas dirigidas a garantizar la eficacia de su sentencia (que no al restablecimiento de la posición jurídico subjetiva iusfundamental del recurrente, lo que le compete a la jurisdicción ordinaria).

Es evidente que las actuales y mayoritarias propuestas de reforma de la LOTC no siguen este derrotero⁵⁷. Todas ellas siguen ancladas a una visión del amparo constitucional de derechos como una jurisdicción de casos en la que existe un cierto deslumbramiento ante las supuestas bondades del *writ of certiorari* de la SCtUS, aún por demostrar, como pone bien de manifiesto, no sólo las propias dificultades que en Estados Unidos de Norteamérica sigue arrastrando dicho mecanismo procesal, sino también el relativo fracaso observado en el denominado *certiorari* en positivo adoptado por el BVerfG⁵⁸.

⁵⁷ La literatura sobre este particular es casi inabarcable. No obstante es de cita obligada para el caso español el libro colectivo *La reforma del recurso de amparo*, coordinado por Pablo Pérez Tremps, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, en el que se ofrecen las más acabadas e interesantes propuestas de reforma del amparo constitucional formuladas recientemente (un resumen de todas ellas en la sección de Conclusiones con el trabajo de García Roca, «La cifra del amparo constitucional y su reforma», pp. 273 y ss.). Algo más antiguas, pero no menos interesantes son las aportaciones de Ignacio Borrajo Iniesta, «Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 43, 1995, pp. 25 y ss.; y Manuel Carrasco Durán, «El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 63, 2001, pp. 79 y ss. La obra más reciente es la firmada por Anamari Garro Casas, «El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España. Análisis de algunas de las propuestas a la luz de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 76, 2006, pp. 95 y ss. Véanse también los libros de Encarna Carmona Cuenca, *La crisis del recurso de amparo*, Universidad de Alcalá, Alcalá, 2005; y de Ángela Figueruelo, *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001.

⁵⁸ No deja de ser llamativo que éste ha sido el sistema adoptado por el Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOTC en cuyo nuevo artículo 50 así lo dispone. Este instrumento procesal no hace sino invertir la carga de la prueba sobre la relevancia constitucional del asunto sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional exigiendo del recurrente que razone y convenza al alto Tribunal de que su amparo la tiene. Un comentario breve y de urgencia sobre este Proyecto en Manuel Pulido Quecedo, «Sobre la reforma del recurso de amparo y otras modificaciones de la LOTC», *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, n.º 11, 2005, pp. 9 y ss. Es curioso el ascendente que tienen las técnicas procesales de la SCtUS sobre la jurisdicción constitucional europea. Véase de Heinrich Wilms, «Die

Este tipo de soluciones, así lo creemos, no resolverán la crisis del amparo español, como tampoco la resolvió la reforma de 1988. Buena nota debiéramos tomar de los resultados reales de estos mecanismos, de sus prácticas y resultados. Como bien ha señalado Carles Viver Pi-Sunyer, el problema del recurso de amparo en España no está (o no estaba, porque las cifras del año 2004 arrojan ya un resultado preocupante) en la capacidad que tienen las Salas del Tribunal Constitucional para tramitar y resolver los asuntos de amparo admitidos a trámite⁵⁹. El problema reside en la admisión misma de asuntos. En el año 2004 la demandas de amparo de nuevo ingreso fueron 7814, los amparos inadmitidos fueron 6428, y los aún pendientes de primera providencia a 31 de diciembre de 2004 ascendían a 7580. Parece obvio que las dificultades no están en el *docket* (asuntos pendientes de sentencia), sino en el *workload* (asuntos de nuevo ingreso en el Tribunal)⁶⁰, y todas las soluciones ofrecidas aliviarán, si es que lo hacen, aquél, pero no el verdadero lastre de la jurisdicción constitucional: la masiva llegada de demandas de amparo a su Registro.

Vorbildfunktion des United Status Supreme Court für das BverfG», *Neue Juristische Wochenschrift*, hft. 21, 1999, pp. 1527 y ss. Y del BVerfG sobre el Tribunal Constitucional, Pablo López Pietsch, «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 53, 1998, pp. 115 y ss. Una aproximación original y reciente al caso alemán (al hilo de la reforma de su ley procesal acometida en 1998), Peter Häberle, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della Giustizia Costituzionale Tedesca*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁵⁹ En el año 2004 se admitieron a trámite 318 asuntos a resolver por las Salas del Tribunal Constitucional, de los que 311 eran para Sentencia, habiéndose dictado 207 Sentencias de amparo en total ese año.

⁶⁰ Este mismo juicio se hizo respecto de la situación en la SCtUS. Véase Bernard Schwartz, *Decision... op. cit.*, pp. 148 y ss.; y ofreciendo soluciones para el atasco de asuntos que en el *workload* tenía la SCtUS, David M. O'Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, W.W. Norton, New York (3.ª edic.), 1993, pp. 152 y ss. (recomendaciones que no estaría de más tener en cuenta en el debate español). Véase también la *Note* publicada en la *Harvard Law Review*, Vol. 97, n.º 1, 1983, pp. 307 y ss., «Of High Designs: a Compendium of Proposals to reduce the Workload of the Supreme Court»; lecturas que deben completarse con los no menos interesantes e influyentes trabajos de Henry M. Hart, «The Time Chart of the Justices», *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959, pp. 84 y ss., y el de Estreicher/Sexton, «A Managerial Theory of the Supreme Court's Responsibilities: An Empirical Study», *New York University Law Review*, vol. 64, 1964, pp. 1 y ss. Más reciente, H.W. Perry Jr., *Deciding to Decide, op. cit.* No cabe duda de que el rico debate norteamericano sobre su *certiorari* alumbrará el español sobre nuestro amparo alejando de esta técnica falsas expectativas. Véase también el estudio de Vittoria Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1999; además del ya citado de Marian Ahumada, «El *certiorari*»....

Al final, sistemas al modo del *certiorari* norteamericano terminan por cifrar la eficiencia del sistema de admisión de amparo en la voluntad de los magistrados constitucionales de hacer una interpretación severa e inflexible de la norma sobre qué asuntos son relevantes constitucionalmente para merecer una resolución de fondo⁶¹. Y no es menor la paradójica consecuencia que tiene las propias dudas que sobre la legitimación de sistema de *certiorari* acaban teniendo unos y otros. Hasta el punto de que para huir de la sospecha de que este mecanismo procesal encubre nada más que un ejercicio discrecional de la jurisdicción constitucional, los propios magistrados/as de los Tribunales Constitucionales terminan por auto-restringir su uso frustrando, probablemente, sus buenos propósitos, introduciendo por la ventana la duda de discrecionalidad que precisamente pretendían expulsar por la puerta de la contención en el ejercicio de esa potestad de selección.

Ahora bien, y con el ánimo de ir concluyendo, no se pretenda leer en estas páginas una propuesta implícita de abrogación de las modalidades de amparo constitucional ante los tribunales constitucionales, o la defensa latente de la creación de una Sala especial de amparo constitucional en el seno de los tribunales supremos o como quiera que se denomine aquel con el que se cierra la jurisdicción ordinaria⁶². Hay buenas y sólidas razones

⁶¹ Muchas de las propuestas de los citados más arriba también sugieren la conveniencia de que los tribunales constitucionales apuren en la medida de lo posible las posibilidades que las normas procesales de sus leyes les ofrecen, en una clara alusión a la necesidad de que no se frustren los propósitos de las distintas reformas que esas normas han sufrido por un uso pacato o en exceso pudoroso de éstas. Respecto de lo que se ha denominado el «corsé procesal» en el que debe embutirse todo tribunal constitucional para tomar sus decisiones véanse los trabajos, especialmente, el de Peter Häberle, «El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concreto frente a la judicatura del Tribunal Constitucional», *Pensamiento Constitucional*, n.º 8, 2001, pp. 25 y ss.; y Tade Matthias Spranger, «Die Verfassungsbeschwerde im Korsett des Prozessrechts», *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 127, 2002, pp. 27 y ss.; y los trabajos de Patricia Rodríguez-Patrón, *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional*, Thomson/Civitas, Madrid, 2003, y «La libertad del Tribunal Constitucional en la configuración de su derecho procesal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 62, 2001, pp. 125 y ss.

⁶² Alguna voz ha habido ya que ha planteado este escenario. Véase el trabajo de Fernando Herrero Tejedor, cuyas interesantes ideas y sugerencias no son compartidas por nosotros, «La tutela judicial efectiva y el Tribunal Supremo», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 5, 2005, pp. 13 y ss. Este autor limita la creación de una «Sala de Amparo» en materia de tutela judicial efectiva (que, no obstante, no excluiría la posibilidad, muy restringida, de acceder al Tribunal Constitucional), pp. 18 y ss.

para que no sea así en un modelo constitucional como el de los Estados constitucionales democráticos europeos contemporáneos.

¿Qué aporta la jurisdicción constitucional tal y como hoy la conocemos en Europa que la hace deseable y aconsejable en esa función de amparo de derechos? La composición de sus tribunales, o para ser más exactos, la forma de provisión de sus magistrados/as.

La composición y provisión de magistrados/as en los Tribunales Supremos o similares es de naturaleza eminentemente *técnica*. La de los Tribunales Constitucionales, no. O dicho de otro modo, los primeros gozan de una legitimidad democrática funcional (porque ejerce funciones constitucionales), pero no orgánica (porque su provisión es técnica, *de carrera* en la terminología española); mientras que los segundos poseen una legitimidad democrática tanto funcional (ejerce funciones constitucionales), cuanto orgánica. Así es porque su provisión es *política*, en el sentido de que sus magistrados/as no son personal al servicio del Estado integrados en un cuerpo sometido a normas de acceso, promoción y cese de actividad regladas, sino por designación de otros órganos constitucionales dotados de legitimidad democrática política y no meramente técnico-funcional.

Y así debe ser a nuestro juicio, porque sólo de este modo se puede explicar democráticamente el control de constitucionalidad sobre los actos u omisiones de otros poderes públicos dotados de legitimidad democrática directa. Ahora bien, esa explicación se desvanece si lo que ejercen los Tribunales Constitucionales es una función tutelante de la posición jurídico-subjetiva iusfundamental de las personas a través de recursos de amparo. Salvo, claro está, que en el ejercicio de esa función no se persiga la resolución de un litigio en su dimensión constitucional subjetiva, sino la definición del contenido constitucional de los derechos a lo que está vinculado positivamente el juez ordinario con carácter general. Como se dijo páginas atrás, este es el *punto de partida* para afrontar el futuro de la garantía en sede constitucional de los derechos fundamentales.

NUEVOS PARÁMETROS DE CONSTITUCIONALIDAD

Paloma Requejo Rodríguez

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. La necesidad de un nuevo parámetro de constitucionalidad complejo.
 1. Las razones de la necesidad.
 2. Algunos ejemplos de parámetros complejos.
 - a. Remisiones imperativas a normas internas de rango constitucional.
 - b. Remisiones potestativas a normas internas de rango infraconstitucional.
 - c. Remisiones a normas externas.
 3. Las consecuencias procesales de la función de cierre estructural.
- III. Los «falsos» parámetros de constitucionalidad.
 1. Las razones de la «falsedad».
 2. Algunos «falsos» parámetros de constitucionalidad.
- IV. Otros parámetros constitucionales novedosos.
- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El cumplimiento de la función procesal de parámetro de constitucionalidad va indisolublemente ligada y encuentra su justificación en el desempeño de una específica función en el interior del ordenamiento y no tanto, como en principio pudiera parecer, en la posición que la norma que se quiere usar de referencia ocupa en el mismo.

Una vez asumida la ubicación de la Constitución en lo más alto de la pirámide normativa, como norma que es condición de validez de las demás y cuya validez no deriva de ninguna otra norma positiva, la existencia de un control de constitucionalidad de las normas resulta su consecuencia ineludible. Desde esta superioridad, preguntarse acerca de cuál es la disposición que han de utilizar como referencia los órganos encargados de dicho control parece tener una respuesta obvia; no puede ser otra que la Constitución, única norma que goza en la jerarquía positiva de fuerza activa y pasiva respecto de cualquiera que sea objeto de enjuiciamiento. Por eso la justicia constitucional en sus inicios no fue más allá de la posible utilización de un parámetro complejo integrado por la Constitución y por otras leyes constitucionales de su mismo rango, que bien la reformaban, bien le servían de complemento¹. La superioridad de la Constitución se construyó,

¹ Así ocurrió en los orígenes de la jurisdicción constitucional en Austria y Checoslovaquia. Aquí el parámetro no estaba integrado por un texto único, claramente diferenciado, sino por un conjunto de disposiciones de rango constitucional que modificaban o desarrollaban el texto originario. Prescindiendo de la consideración como normas de referencia de los tratados y otras reglas de derecho internacional generalmente reconocidas a las que también se les atribuye valor constitucional, sólo podemos encontrar un parámetro integrado por normas del mismo e inferior rango que las que son objeto de enjuiciamiento cuando los Tribunales llevaban a cabo, tal y como sucedía en Suiza o en Alemania, un control de «federalidad» de las leyes cantonales o estatales. Una exposición exhaustiva de los distintos modelos de control de constitucionalidad puede consultarse en P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

en definitiva, desde una perspectiva formal, que la coloca en la cumbre del ordenamiento, relegando a un segundo plano su consecuencia más evidente, la expansividad ilimitada en sus contenidos y en el alcance del tratamiento que les dispensa, gracias a la cual podrá disponer sobre cualquier materia lo que quiera y como quiera².

Normalmente las Constituciones suelen decantarse cuando establecen los modos de producción normativa por formulaciones genéricas, o incluso abiertas, que han de ser concretadas por los órganos legislativos y jurisdiccionales a los que ella misma remite³. En ocasiones tales normas de concreción, formalmente infraconstitucionales, pueden ser determinantes de la validez de otras de su mismo rango, pero esta superioridad lógica, que deriva del cumplimiento de dicha función, no ha de tener necesariamente traducción en el plano positivo. De todos modos el habitual manejo del principio jerárquico, tal cual se ha descrito, para explicar las relaciones internormativas, hace que se tienda a mezclar indebidamente el aspecto lógico y el positivo, denominando, por ejemplo, Constitución en sentido material, norma interpuesta o bloque constitucional a toda norma que condicione la validez de otra. Estos términos de uso común introducen confusión, en tanto de los mismos parece deducirse un ascenso en el rango de las normas que merecen tales calificativos, inexistente en el plano positivo a causa de su sometimiento a la Constitución formal. Por eso sólo resultan aceptables si se entiende que aluden a la función que tales normas comparten con la Constitución y no a su posición en el ordenamiento.

No obstante las normas a las que la propia Constitución remite para efectuar su siempre necesaria concreción sólo comparten ese objetivo genérico, ya que tienen encomendadas distintas funciones específicas en el interior del ordenamiento.

² En relación al principio de jerarquía, H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, pp. 201 y ss.

³ Para J. L. Requejo Pagés, «Constitución y remisión normativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39, 1993, p. 120, «la abstracción de las prescripciones constitucionales se concreta, pues, mediante sucesivas decisiones, realizables unas en determinadas formas jurídicas a las que la propia Constitución se remite expresamente —sea imperativamente para que sólo en ellas se decidan ciertos aspectos de sus mandatos..., sea de forma contingente en la medida en que se habilita a algunas formas para la realización de actividades de concreción que en otro caso habrán de verificarse por formas subsidiarias... y realizables a la postre todas ellas... por las formas jurídicas elaboradas en el último estadio del proceso de producción de normas».

En unos casos, ésta consiste en *complementar* las abstracciones en que incurre la Constitución, precisando sus enunciados más genéricos. Con esta finalidad los preceptos constitucionales habilitan a determinadas formas para que únicamente ellas regulen ciertas materias o les ofrezcan un concreto tratamiento. Esta técnica aparentemente puede tener alguna incidencia en las relaciones internormativas, porque introduce, junto al tradicional principio de jerarquía, otros, como el de reserva o el de distribución de competencias, que se centran en el contenido y no en la posición de las normas. Sin embargo tales principios siempre son reconducibles al de jerarquía, pues la nulidad de la disposición que indebidamente entra a regular materias que le están vedadas deriva de la vulneración del precepto constitucional que impone tal prohibición y no de una contradicción con unas normas que satisfacen lícitamente la reserva o la distribución de competencias y que incluso pueden no existir⁴. Al ser la lesión de la Constitución la única causa de nulidad de la norma cuestionada, su consideración como normas de referencia para determinar la validez de otras es innecesaria y su empleo como parámetro sólo puede obedecer a un deseo de ejemplificar cómo se hubiera desarrollado correctamente la cadena de remisiones constitucionalmente establecida.

En otros casos, por el contrario, nos situamos ante una habilitación de distinta naturaleza y mayor calado, en la que la norma beneficiaria de la misma puede o debe *completar* a la norma remitente, pronunciándose sobre cuestiones que ni siquiera se han abordado de manera abstracta, sino que se han dejado deliberadamente sin resolver. Tales normas aportan, porque así lo ha querido la Constitución, datos imprescindibles para conocer de la validez de otras, convirtiéndose por ello en parámetro necesario de control, que explicita una serie de mediaciones más compleja que la antes apuntada, pero que igualmente nos remonta hasta la norma de imputación última, la Constitución⁵.

⁴ Sin embargo I. de Otto y Pardo, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 94 y ss., considera que la introducción del principio de distribución de materias es la causa que explica en nuestro ordenamiento la aparición de un bloque de la constitucionalidad integrado por normas de rango infraconstitucional a las que se reserva en exclusiva la regulación de una determinada materia.

⁵ Esta diversidad, a partir respectivamente de la naturaleza de la remisión o de la función que las destinatarias de las mismas están llamadas a cumplir, puede estudiarse en J. L. Requejo Pagés, *Constitución y remisión... op. cit.*, pp.115 y ss. y P. Requejo Rodríguez,

El empleo de tales normas como parámetro necesario de constitucionalidad corresponde a cualquier juez encargado de llevar a cabo ese control. Por tanto, allí donde no haya una jurisdicción constitucional, la aplicación del parámetro complejo correrá a cargo de los Tribunales ordinarios y allí donde exista un Tribunal Constitucional la harán ambos, pues su utilización no depende del órgano ni del rango de la norma objeto de enjuiciamiento, sino que en todo caso resulta ineludible para poder explicar y constatar la existencia de un vicio de inconstitucionalidad. Sin olvidar el papel de los Tribunales ordinarios, esta exposición hará más hincapié, en lo que a cuestiones procesales se refiere, en la jurisdicción constitucional, dada su incidencia en nuestro ordenamiento y en el de los países de nuestro entorno.

Así todo, como veremos, no son éstas las únicas novedades que en cuanto al parámetro se han de tener en consideración. Junto a las ya referidas, fruto de distintas abstracciones y aperturas constitucionales, es posible encontrar en sentido amplio otros nuevos parámetros, fruto más bien de la necesidad provocada por la sobrecarga de los órganos a los que corresponde velar por la supremacía constitucional. Su empleo condicionará la subsiguiente aplicación del parámetro estricto de constitucionalidad, simple o compuesto, al que hemos aludido, cuando se considere oportuno para que dichos Tribunales puedan desarrollar la función que en cada caso se les encomiende. Al análisis de todos ellos se dedicarán las páginas que siguen.

II. LA NECESIDAD DE UN NUEVO PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD COMPLEJO

1. Las razones de la necesidad

De lo dicho hasta el momento se desprende que bajo la apariencia del desempeño de una idéntica función procesal de parámetro de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes se aglutinan normas entre las que es difícil establecer alguna afinidad funcional de otra índole, pues, atendiendo a la remisión que la Constitución efectúa en su favor, están llamadas a realizar una diferente misión en el interior del ordenamiento. El estudio de cuál ha de ser dicha función resulta obligado, ya que permitirá deslindar qué disposiciones son realmente ineludibles como referencia, sin convertir de otro modo en inútil un concepto de parámetro tan amplio que terminaría por vaciarse de contenido.

Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997.

Pocas veces la Constitución precisa inequívocamente las normas que acogen sus enunciados. Como ya se ha indicado lo más usual es que su identificación se retrase a la espera de que otras formas, a las que la Constitución autoriza llevar a cabo la concreción última de sus prescripciones, se pronuncien en favor de alguno de los contenidos constitucionalmente posibles. Si bien hay una coincidencia entre la norma habilitante —la Constitución— y la norma habilitada —siempre normas infraconstitucionales— el objeto y el alcance de este reenvío en ocasiones presenta significativas diferencias. Aunque las remisiones nunca son cheques en blanco, en tanto la norma constitucional puede imponer límites materiales y procedimentales, no es menos cierto que se confiere a los encargados de satisfacerlas un distinto margen de maniobra según cuál sea la naturaleza de la función que se les atribuya.

No es lo mismo establecer que ciertas materias deberán ser forzosamente reguladas por una determinada forma, cuya existencia, ubicación y relación con las demás aparece prefigurada en la Constitución, que dar entrada a otras formas para que la suplan, adoptando unas decisiones que tradicionalmente ella misma tomaba. Estas normas, en algunos casos, han de completar necesariamente una omisión consciente del texto constitucional; en otros, su existencia no es obligada, al prever la Constitución una respuesta subsidiaria por si no llegaran a aprobarse. Quizás sean estas últimas las que planteen una mayor complejidad, considerando que no se limitan a ocuparse de unos contenidos que la Constitución ha renunciado totalmente a regular en su favor, sino que pueden llegar incluso a constituir entes con capacidad normativa en aquellos ámbitos que la propia norma establece, convirtiéndose, por tanto, en ordenadoras de los criterios de distribución de competencias entre los sujetos que han creado. Al determinar su espacio de actuación, se transforman en condición de validez de unas normas que, después de satisfecha la remisión constitucional, pueden ya entrar a formar parte del ordenamiento; de ahí que, a la hora de pronunciarse sobre su licitud, resulte insoslayable contar con su presencia⁶.

Habitualmente la aparición de las normas a las que nos estamos refiriendo va ligada a la apertura en que incurren algunas constituciones cuando dejan sin definir cuáles son los principios estructurales que van a carac-

⁶ Un análisis en profundidad de estas remisiones puede encontrarse en J. L. Requejo Páges, «Constitución y remisión»... *op. cit.*, pp. 134 y ss.

terizar la organización y funcionamiento de sus ordenamientos o cuando omiten cuáles son los contenidos de los principios que han elegido. Esta función intrínseca de cierre, que permite reconocer la estructura del sistema o el alcance de una estructura ya fijada en la Constitución, hace que nos encontremos ante disposiciones constitutivas no constitucionales, que se identifican en relación al sistema mismo y no en relación a otras normas⁷.

A la hora de precisar quiénes, por cumplir la función intrínseca descrita, han de desarrollar la función extrínseca de ser parámetro necesario de constitucionalidad, resulta irrelevante conocer si la Constitución prevé o no sus procedimientos de aprobación y reforma⁸ o qué lugar, constitucional o infraconstitucional, ocupan en la jerarquía positiva, pues el adjetivo constitucional sólo se predica de una función, sin que afecte al rango de las normas que la llevan a cabo y sin que tampoco suponga una minoración de la supremacía normativa que ostenta la Constitución. Tampoco, a nuestro juicio, es relevante si el reenvío constitucional en su favor es imperativo o potestativo, es decir, no importa que la Constitución imponga su concreción o que configure el ejercicio de la función de cierre estructural e, incluso, la propia existencia de las normas que han de realizarla como una de las alternativas posibles. Es el contenido de la remisión, no la norma objeto de la misma, el que tiene que comenzar siendo una posibilidad y terminar por convertirse en necesario cuando se materialice el reenvío. En definitiva, la función existencial, no solventada únicamente por la Constitución, de conferir validez al sistema en su conjunto estructural puede ser resuelta, como veremos a continuación, mediante varios supuestos, tanto por remisiones imperativas como potestativas, tanto por normas constitucionales como infraconstitucionales, tanto por normas que tienen en la vigente Constitución la razón de su validez como por otras pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes, siendo posible entre ellas todo tipo de combinaciones.

⁷ Véase, P. Requejo Rodríguez, *Bloque constitucional... op. cit.*, pp. 37 y ss., donde se realiza un estudio de la categoría bloque constitucional y de las normas que la integran en el ordenamiento español.

⁸ En conclusión, es irrelevante, siguiendo la terminología acuñada por N. Bobbio, que estemos ante fuentes delegadas, que tienen en la Constitución la causa de su validez, o ante fuentes reconocidas, cuyo origen se encuentra en normas anteriores a las constituciones vigentes o en normas que pertenecen a ordenamientos diferentes. Véase, en este sentido, N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1980, pp. 27 y ss.

2. Algunos ejemplos de parámetros complejos

a. Remisiones imperativas a normas internas de rango constitucional

Un buen ejemplo de remisión imperativa a normas de rango constitucional aprobadas con anterioridad a la Constitución vigente puede encontrarse en Francia. El preámbulo de la Constitución francesa de 1958⁹ realiza una adición imperativa a contenidos dispersos en otras disposiciones de existencia previa y de su mismo rango. Estas recuperan su vigencia con el fin de llenar de significado la afirmación, recogida en el artículo 1 CF, de que «Francia es una República indivisible, laica, democrática y social», pues en ningún otro de sus preceptos se explicitan, más allá de aspectos meramente organizativos, las exigencias materiales que la adopción de tales principios estructurales imponen. La Constitución francesa, por tanto, define cuáles son éstos, pero silencia las consecuencias que para los ciudadanos tiene su acogida, convirtiéndolos, a falta de remisión, en una declaración vacía de contenido, al omitir cualquier alusión a un catálogo de derechos que conforme la parte dogmática de la Constitución. A partir de esa apertura, primero la doctrina¹⁰ y posteriormente la jurisprudencia gala¹¹, adaptan al ámbito constitucional el concepto administrativista de bloque de la legalidad y acuñan la expresión de bloque de la constitucionalidad. Bajo esta denominación se incluyen las normas de referencia distintas de la Constitución que, al identificar los derechos fundamentales de los franceses, han de ser

⁹ «El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946».

¹⁰ Aunque son numerosos los análisis en profundidad sobre el concepto de bloque de la constitucionalidad en Francia y de las normas y principios que lo componen, pueden señalarse, entre muchos, L. Favoreu, *Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Mélanges Einsenmann, Cujas, París, 1977, pp. 33 y ss.; del mismo autor, «L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles», *Revue française de Droit Administratif*, n.º 2, 1984, pp. 174 y ss. y «El bloque de la constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 5, 1990, p. 45, más tarde publicado en 1991 en Civitas junto con un trabajo del profesor Rubio Llorente bajo el título de *El bloque de la constitucionalidad*; F. Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, París, 1980 y *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, París, 1987; C. Denizeau, *Existse-t-il un bloc de constitutionnalité?*, LGDJ, París, 1997 y, por último, entre nosotros J. Pardo Falcón, *El Consejo Constitucional francés*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 115 y ss.

¹¹ La D.44DC de 16 de julio de 1971 es la primera de una interminable serie, imposible de reproducir aquí, en la que el Consejo Constitucional utiliza como parámetro las remisiones del Preámbulo a las que califica como «normas y principios de valor constitucional».

utilizadas necesariamente por el Consejo Constitucional, cuando resuelve sobre la validez de las leyes orgánicas, las leyes ordinarias y los reglamentos parlamentarios de modo preventivo, antes de que entren a formar parte del ordenamiento. Sin embargo el supuesto descrito, aun siendo el más conocido, no es el único. Aunque menos estudiada, también la Ley Fundamental de Bonn, en su artículo 140¹², realiza una remisión imperativa a normas constitucionales del pasado, en concreto haciendo suyos los preceptos de la Constitución de Weimar que permitirán afirmar la neutralidad del Estado frente al fenómeno religioso y reconocer los derechos de las sociedades que se formen con esta naturaleza. Esta recepción completa y específica las referencias al hecho religioso que se realizan respectivamente en los artículos 3 y 4 de la LFB, prohibiendo toda discriminación por esa causa y reconociendo la libertad religiosa en su vertiente individual. Por todo ello la regulación en materia de derechos efectuada en Weimar recibe el mismo tratamiento que si fuera directamente formulada en el texto constitucional, confiriéndole idéntico rango al que hoy ocupa la norma que la actualiza con su acogida¹³.

b. Remisiones potestativas a normas internas de rango infraconstitucional

Pero, como adelantamos, quizás las remisiones que revistan una mayor complejidad sean las de carácter potestativo en favor de normas de existencia no necesaria. El ejemplo más significativo lo encontramos en nuestro ordenamiento en relación con la organización territorial del Estado. Cuál es el modelo elegido resulta una incógnita desde la Constitución. Ésta sólo fija una estructura centralizada llamada a operar subsidiariamente en el supuesto de que no lleguen a ser producidas las normas que pueden llevar a cabo con carácter definitivo la descentralización del sistema jurídico dentro de un marco constitucional que condiciona procedimental y materialmente la adopción de esa decisión estructural última. La Constitución, por tanto, no ofrece una estructura acabada del ordenamiento y difiere su conclusión a procesos que ella misma prevé, pero no pone en marcha. En el caso de que

¹² «Las disposiciones de los artículos 136, 137, 138, 139 y 141 de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919 forman parte integrante de la presente Ley fundamental».

¹³ Sobre esta incorporación véase, M. Morlok, *Artikel 140, Grundgesetz: Kommentar, herausgegeben von Horst Dreier*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 1247 y ss. y T. Maunz, *Geltung von Artikeln der Weimarer Verfassung*, Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 2001, pp. 336 y ss.

se lleven a término, el resultado de tales procesos será una serie de normas infraconstitucionales que no se limitan a sentar los criterios de pertenencia de una norma a un sistema jurídico concreto; también definen los rasgos de identidad de ese sistema, tal cual quedó estructurado una vez que convirtieron en necesaria una de las expectativas que tenían cabida constitucional. En la Constitución se determina el núcleo del sistema y la estructura que operará por defecto y desde la Constitución las normas objeto de remisión pueden pronunciarse a favor de una estructura compleja, creando los sujetos encargados de realizar la producción normativa en un ámbito territorialmente limitado conforme a los procedimientos y respecto de los contenidos que ellas mismas establecen¹⁴. En España este papel definidor de la estructura variable que se ha descrito recae en los Estatutos de Autonomía, cuya aprobación, además de suponer la adopción de la decisión primera que permite reconocer la estructura descentralizada de nuestro ordenamiento, tiene una trascendencia para los entes territoriales que crean, en tanto pasan a ser las normas institucionales básicas que determinan su composición orgánica y fijan sus competencias¹⁵.

¹⁴ Sobre esta apertura en la descentralización *ad intra* de nuestro ordenamiento en torno a lo que se conoce como principio dispositivo, véase P. Cruz Villalón, «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 4, 1981, pp. 53 y ss. y «La Constitución territorial del Estado», *Autonomías*, n.º 13, 1991, pp. 61 y ss.; J. J. Solozábal Echavarría, «Sobre el modelo de organización territorial del Estado según la Constitución de 1978», *Revista de Derecho Político*, n.º 13, 1982, pp. 53 y ss.; F. Rubio Llorente, «El bloque de constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989, pp. 9 y ss. y, del mismo autor, junto al profesor Favoreu, *El bloque de la constitucionalidad*, Civitas, 1991; L. M.ª Díez-Picazo, «Ley autonómica y ley estatal (sobre el significado del principio de competencia en el Estado autonómico)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 25, 1989, pp. 63 y ss.; J. Pérez Royo, *Un proceso constituyente singular: el Estado de las Autonomías, el Tribunal Constitucional y el Estado de las Autonomías*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994; M. Aragón Reyes, «El Estado autonómico: ¿modelo indefinido o modelo inacabado?», *Autonomías*, n.º 20, 1995, pp. 187 y ss.

¹⁵ Siendo tan numerosas como valiosas las aportaciones doctrinales en relación a los Estatutos de Autonomía, pocas se ocupan de analizar su función de cierre como norma de reconocimiento de la estructura descentralizada y como norma identificadora de los ordenamientos parciales que conforma. Sin ánimo de ser exhaustivos, entre las más significativas, bien por calificar al Estatuto como norma constitucional secundaria en atención a su especial relación con la ley desde un punto de vista más procedimental y procesal que funcional, bien por constatar el papel constitutivo del Estatuto, afirmando o negando adicionalmente, según el caso, su naturaleza constituyente, cabe destacar F. Rubio Llorente, *El bloque... op. cit.*, pp. 25 y ss. y «Sobre la conveniencia de terminar la Constitución antes de acometer su reforma», *Claves de razón práctica*, n.º 25, 1992, pp. 10 y ss.; L. M.ª Díez-Picazo, «Sobre

Cumplida la misión que la norma suprema asigna a los Estatutos, esto es, actuar como norma de identificación de la estructura descentralizada del sistema, la propia Constitución da entrada a otras normas infraconstitucionales capaces de alterar no el principio estructural, en nuestro caso, estatutariamente establecido, pero sí su alcance. Se trata de las leyes previstas en el artículo 150 CE, que, por habilitación constitucional, pueden introducir cambios significativos en un reparto de competencias efectuado por el Estatuto que no ha de ser definitivo. Estamos ante un cauce complementario, no alternativo, de deslinde competencial, pues por esta vía pueden bien verse incrementadas las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas por asignación estatutaria mediante la transferencia del ejercicio de competencias legislativas o ejecutivas estatales, bien verse reducido el tratamiento jurídico que, según el Estatuto, los territorios pueden dispensar a una materia, al tener que ceñirse a los principios contenidos en una ley de armonización estatal¹⁶. Aunque carentes de la dimensión fundacional que

la delimitación estatutaria del territorio de las Comunidades Autónomas y la rigidez de los Estatutos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 20, 1987, pp. 139 y ss.; M. Aragón Reyes, *La iniciativa de las Cortes Generales en la reforma de los Estatutos de autonomía*, *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pp. 160 y ss. y en «La reforma de los Estatutos de Autonomía», *Documentación Administrativa*, n.º 232-233, 1992-1993, pp. 197 y ss. y *El Estado autonómico... op. cit.*, pp. 192 y ss.; C. Aguado Renedo, *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

¹⁶ Al igual que en los Estatutos de Autonomía, el enfoque doctrinal de las Leyes del artículo 150 CE no suele poner el acento en su dimensión funcional, ni en sus consiguientes consecuencias procesales. En este sentido puede consultarse P. Requejo Rodríguez, *Bloque constitucional... op. cit.*, pp. 70 y ss., mientras que un análisis más detallado de la naturaleza y el contenido de tales normas puede encontrarse en F. Garrido Falla, «El desarrollo legislativo de las normas básicas y leyes marco estatales por las Comunidades Autónomas», *Revista de Administración Pública*, n.º 94, 1981, pp. 13 y ss.; M. Bassols, J. M. Serrano, «El artículo 149 de la Constitución en relación con el artículo 150.2: análisis de la delegación en materia de competencias estatales exclusivas», *Revista de Administración Pública*, n.º 97, 1982, pp. 31 y ss.; E. Aja, F. de Carreras, «Carácter de las leyes de armonización», *Revista de Derecho Político*, n.º 18-19, 1983, pp. 59 y ss.; J. Salas Hernández, *Estatutos de Autonomía, leyes básicas y leyes de armonización, organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1984, pp. 78 y ss.; L. Sánchez Agesta, *Las leyes de armonización, Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, pp. 2835 y ss.; J. Vernet i Llobet, *Concepte i objecte de les Lleis d'harmonització*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1985; E. García de Enterría, «Las leyes del artículo 150.2 de la Constitución como instrumento de ampliación del ámbito competencial autonómico», *Revista de Administración Pública*, n.º 116, 1988, pp. 7 y ss.; A. Calonge Velázquez, «Las leyes orgánicas

sólo corresponde al Estatuto, la remodelación competencial autonómica que conlleva su aprobación obliga a tener necesariamente en cuenta a estas normas a la hora de precisar el contenido de nuestro Estado compuesto, determinando cuáles son las concretas atribuciones de los distintos entes territoriales que lo integran.

Incluso en Estados en los que no existe indefinición alguna respecto de la estructura descentralizada de sus ordenamientos, pues la propia Constitución se decanta en su favor de modo expreso y ella misma se encarga de delimitar las competencias entre los distintos entes que crea, es frecuente encontrar remisiones como las que acabamos de describir. Así la Ley Fundamental de Bonn, tras afirmar en su artículo 20 el principio estructural federal sin ningún tipo de apertura y efectuar ella misma el reparto primero de competencias, tanto legislativas, exclusivas — artículos 70 y 73 — y concurrentes — artículos 72 y 74 —, como ejecutivas — artículos 83 y ss. —, entre la Federación y los Länder que ha constituido, sólo cuenta con otras disposiciones infraconstitucionales federales a la hora de alterar esta distribución inicial. En unos casos, porque gracias a su mediación los territorios podrán legislar allí donde haya una competencia legislativa exclusiva de la Federación — artículo 71 — y en otros, porque se delega a los Länder competencias ejecutivas que constitucionalmente corresponden a la Federación — artículo 85 — o porque se trata de leyes marco que sientan principios de obligada aceptación por los Länder cuando legislan sobre determinadas materias — artículo 75 —¹⁷. Esta reformulación por normas infraconstitu-

de transferencias o delegación: algunos problemas de interpretación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 62, 1989, pp. 243 y ss.; E. Aja, J. Tornos, «La ley orgánica de transferencias o delegación del art. 150.2 CE», *Documentación Administrativa*, n.º 232-233, 1992-1993, pp. 185 y ss.; G. Fernández Farreres, «El artículo 150.2 de la Constitución y el desarrollo del Estado de las Autonomías», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 36, 1993, pp. 81 y ss.; J. A. Montilla Martos, *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación*, Tecnos, Madrid, 1998, sin perjuicio de las referencias a todas ellas en los manuales generales sobre Derecho autonómico y sistema de fuentes.

¹⁷ Además de un análisis de cada una de estas remisiones, puede encontrarse una referencia bibliográfica sobre este particular en R. Stettner, *Artikel 71; Artikel 75, Grundgesetz: Kommentar, herausgegeben von Horst Dreier*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 1336 y ss. y pp. 1432 y ss., respectivamente; G. Hermes, *Artikel 85, Grundgesetz: Kommentar, herausgegeben von Horst Dreier*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 67 y ss.; T. Maunz, *Artikel 71; Artikel 75, Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 2001; P. Lerche, *Artikel 85, Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 2001; T. Schneider, *Die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes*, Lorenz-Von Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften, Kiel, 1994.

cionales del alcance de un principio estructural ya predeterminado por la Constitución tampoco es extraña al ordenamiento italiano. También aquí, y a diferencia de lo que vimos sucedía en el nuestro, la Constitución italiana no acoge una estructura variable, sino que se pronuncia inequívocamente por la descentralización — artículo 114 —, concretando qué regiones se benefician de la misma — artículos 116 y 131 — y sobre qué materias ejercerán las distintas competencias — artículo 117 —. Aun así cabe reestructurar el planteamiento constitucional, delegando en las regiones potestad reglamentaria que, por afectar a materia exclusiva del Estado, en principio sólo a él correspondería — artículo 117 —, o mediante la aprobación de leyes de la República que concedan a ciertas regiones condiciones especiales de autonomía en materias en principio concurrentes o incluso en algunas de las que pertenecen en exclusiva al Estado — artículo 116—¹⁸.

c. Remisiones a normas externas

Esta variedad de remisiones a normas constitucionales e infraconstitucionales, anteriores o posteriores en su vigencia al texto constitucional, de existencia necesaria o potestativa, se completa permitiendo que las indefiniciones estructurales en las que incurren las Constituciones puedan ser concluidas a través del reenvío a normas que tienen su origen en otros sistemas jurídicos de naturaleza internacional. Es lo que ocurre en la mayoría de los ordenamientos en relación a la descentralización *ad extra* del Estado, esto es, a su integración en una organización supranacional, cuyos órganos podrán normar válidamente sobre materias que previamente han delegado los Estados en dónde deberán ser aplicadas. Así las Constituciones italiana — artículo 80 — o española — artículo 93 — no imponen la adhesión de sus respectivos países a la Unión Europea¹⁹ y la acogen como una posibilidad

¹⁸ Tras la reforma constitucional de 18 de octubre de 2001, que modificó el Título V de la Parte II, pueden destacarse las referencias que se efectúan a estas cuestiones en las obras generales de T. Martines, *Lineamenti di diritto regionale*, Giuffrè, Milán, 2001; A. Ruggeri, *Le fonti del diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Giappichelli, Turín, 2001; G. Rolla, *Diritto regionale e degli enti locali*, Giuffrè, Milán, 2002; A. Anzon, *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Giappichelli Editore, Torino, 2002.

¹⁹ Distinto es el caso, por ejemplo, de las Constituciones alemana y francesa, en las que los preceptos con mayor incidencia sobre la Unión Europea — artículo 23 y artículos 88-1 y ss., respectivamente — parten del hecho consumado de que la integración ya ha tenido lugar, pues son introducidos una vez producida ésta por la Ley de reforma de la Ley Fundamental de 21 de diciembre de 1992 y por las Leyes constitucionales n.º 92-554 de

que deberá ser previamente autorizada por ley. La Constitución, por tanto, deja abierta la puerta a que se produzca una alteración de los sujetos que en principio estaban llamados a poner en práctica una serie de competencias ejecutivas, legislativas y judiciales, puesto que su ejercicio respecto de ciertas materias puede transferirse de órganos nacionales a comunitarios. En Estados compuestos tal redistribución afectará indistintamente al Estado central y a los sujetos descentralizados, pues ambos sufrirán una merma de sus competencias en beneficio de los órganos europeos. Pero en ningún caso estos cambios podrán justificar un reajuste en el reparto de competencias *ad intra*. El principio de autonomía institucional permite compatibilizar las exigencias de la integración con las de la descentralización, impidiendo que la adhesión pueda servir de coartada para que el Estado, con base en títulos genéricos, como el de relaciones internacionales, comercio exterior u ordenación general de la economía, recupere competencias perdidas, usurpando a los territorios las facultades que le corresponden según las normas internas de distribución de poder.

En definitiva, las normas de origen estatal en sentido amplio pierden toda exclusividad, al compartir ámbito territorial de aplicación con aquellas otras que tienen un origen supranacional. Volvemos a encontrarnos ante una apertura potestativa de naturaleza política que, en esta ocasión, no sólo es concluida por la norma interna, pues, en tanto su contenido no va más allá de la mera autorización, necesita a su vez ser completada por otra que fije los términos de la delegación en lo que a su objeto y beneficiarios se refiere. Estamos ante una doble remisión, de la Constitución a la norma estatal y de ésta a la comunitaria, en concreto a su derecho originario, ya que sólo la conjunción de ambos permitirá determinar si lo posible se ha transformado en necesario y con qué alcance. Serán los tratados, y no la ley que da el visto bueno a su ratificación, los que precisen qué competencias concretas, de entre todas aquéllas que derivan de la Constitución, resultan indispensables para el cumplimiento de los fines comunitarios; qué órganos, dentro de la estructura que ellos mismos establecen, se harán cargo de su ejecución supliendo a los nacionales; conforme a qué procedimientos se materializará el ejercicio de dichas competencias y qué principios permitirán articular las relaciones entre los actos y disposiciones resultado de los procedimientos

25 de junio de 1992 y n.º 99-49 de 25 de enero de 1999. No obstante, el papel que en su momento han cumplido y cumplen los Tratados en estos ordenamientos es idéntico al que se les atribuye en el texto.

antedichos y el Derecho de los Estados que han cedido el ejercicio de sus competencias. De nuevo la Constitución opera, de un lado, como norma supletoria, estableciendo un reparto competencial entre órganos internos, que regirá en ausencia de norma que cierre su apertura *ad extra*; y, de otra, como norma de remisión a otras formas de existencia posible pero no necesaria, de cuya aparición depende la presencia de unos entes con capacidad normativa no previstos constitucionalmente, que obligarán a una inevitable redistribución de competencias²⁰.

3. Las consecuencias procesales de la función de cierre estructural

Los distintos ejemplos que hemos ido desgranando sólo tienen en común la función que cumplen las normas que los protagonizan, porque así lo ha querido la propia Constitución, a través del juego de las remisiones. Dicha función intrínseca consiste en aportar una serie de datos que afectan a la estructura del ordenamiento de imposible conocimiento, si atendemos exclusivamente a una regulación constitucional marcada por la indefinición. Ese papel en el interior del ordenamiento de cierre jurídico de aperturas

²⁰ Para una visión de las consecuencias de la integración en la Unión Europea en distintos ordenamientos consúltese, entre muchos, VV.AA., *Le prospettive dell'Unione Europea e la Costituzione*, Cedam, Padua, 1995; A. la Pergola, *Costituzione ed integrazione europea: il contenuto della giurisprudenza costituzionale*, Studi in onore di Leopoldo Elia, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 815 y ss.; F. Sorrentino, *L'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana*, Studio in onore di Leopoldo Elia, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 1635 y ss.; J. Rideau, «Constitution et droit international dans les Etats membres des Communautés européennes. Réflexions générale et situation française», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 2, 1990, pp. 259 y ss. y «La ratification et l'entrée en vigueur du traité de Maastricht», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 11, 1992, pp. 479 y ss.; L. Favoreu, P. Gaia, «Les décisions du Conseil Constitutionnel relatives au traité sur l'Union Européenne», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 11, 1992, pp. 389 y ss.; F. Chaltier, «Droit constitutionnel et droit communautaire», *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, n.º 3, 1999, pp. 395 y ss.; K. Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987; R. SCHOLZ, «Grundgesetz und europäische Einigung», *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 41, 1992, pp. 2598 y ss.; S. Muñoz Machado, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986; P. Pérez Tremps, *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994; J. J. Solozabal Echavarría, «Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 90, 1995, pp. 45 y ss.; J. L. Requejo Pagés, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como normas sobre la aplicación de normas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995; A. López Castillo, *Constitución e integración. El fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en la República Federal de Alemania*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

estructurales ha de tener necesariamente su reflejo en el plano extrínseco de lo procesal, pues, en contra de lo que se suele mantener, la utilización como canon de constitucionalidad de estas disposiciones formalmente ajenas a la Constitución es la consecuencia de haber satisfecho un reenvío de la naturaleza descrita y no la causa o el elemento definitorio que permite darles una cierta unidad²¹.

La identificación de la estructura del ordenamiento de entre aquéllas que desde la Constitución son tan sólo una posibilidad hace obligado acudir al bloque formado por la Constitución, norma de apertura a otras formas jurídicas, y estas normas de cierre, que materializan el reenvío. Sólo así podemos reconocer cuál es la estructura del ordenamiento y con ella qué sujetos tienen potestad normativa y con qué alcance. Nos enfrentamos ante un supuesto de inconstitucionalidad mediata, en el que el desempeño de una función constitucional por disposiciones formalmente no constitucionales permite atribuirles cualidades procesales propias del nivel constitucional. Estas normas, en conclusión, son parámetro obligado de constitucionalidad por su carácter constitutivo de la estructura del sistema, aunque carezcan de un carácter constituyente del ordenamiento jurídico al que pertenecen.

Como ya hemos apuntado en la introducción, cualquier órgano jurisdiccional, ordinario o constitucional, debe contar con tales normas como parámetro, pues su concurrencia resulta obligada para probar el vicio de inconstitucionalidad.

Centrándonos en los Tribunales Constitucionales parece evidente que los procedimientos donde tales normas de cierre están llamadas a actuar como norma sujeto son aquéllos en los que de modo abstracto o concreto se realiza un juicio de constitucionalidad. De hecho esta opción aparece reconocida expresamente en las normas procesales que se ocupan de regular los mismos²² y que especifican unos preceptos constitucionales que, por el

²¹ Si el desempeño de la función de parámetro de constitucionalidad fuera el único rasgo distintivo de estas normas, eso obligaría a equipararlas, como veremos, con otras que siendo también utilizadas como referencia se limitan, sin embargo, a concretar abstracciones, que no indefiniciones, constitucionales, con el consiguiente equívoco tanto en lo que se refiere al concreto alcance de su función intrínseca como al de su función extrínseca.

²² Por ejemplo, el artículo 28 LOTC permite al Tribunal Constitucional tener en consideración a las normas legales de distribución competencial cuando ha de enjuiciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una norma del mismo rango que la que puede usar como parámetro. En la misma línea, desde la perspectiva de la función intrínseca y extrínseca que van a desarrollar y no desde su posición en el ordenamiento, los

contrario, o bien sólo reconocen la posibilidad de comparar las disposiciones objeto de enjuiciamiento con la Constitución²³ o bien obvian cualquier alusión al parámetro²⁴, sin que ello suponga un inconveniente que impida el contraste con un parámetro complejo. Aun así tal parámetro no tiene asegurada su aplicación en este tipo de procedimientos, porque es posible que la duda de constitucionalidad se pueda solventar sin necesidad de acudir a otras formas distintas a la Constitución, por tratarse de una cuestión que ha quedado perfectamente definida en ésta. Sin embargo, no ocurre lo mismo en aquellos procedimientos donde la declaración de inconstitucionalidad, estando presente, es un objetivo secundario, ya que la finalidad primordial del recurso no es otra que determinar a quién corresponde la titularidad de una competencia controvertida. Cuando estos procedimientos, conocidos como conflictos, traen causa de una disputa competencial entre entes territoriales, cuya existencia y ámbito de actuación no han sido totalmente resueltos por la Constitución, siempre es obligado el empleo de ese parámetro complejo que dilucida las incógnitas constitucionales, convirtiéndose de este modo en parámetro exclusivo de constitucionalidad, pues sin su concurso sería imposible determinar a quién pertenece la competencia en juego²⁵.

En todo caso, no hay que olvidar que, a pesar de su función constitucional, las normas que conforman, junto a la Constitución, ese parámetro complejo tienen rango legal y, por tanto, están sometidas a un control de validez, que deberán superar si quieren cumplir la función procesal encomendada. El Tribunal Constitucional no sólo debería realizar dicho control

artículos 23 y 32 de la Ley de 11 de marzo de 1953, n.º 87 sobre la constitución y funcionamiento de la Corte Constitucional permiten en las cuestiones de legitimidad constitucional apelar tanto a la Constitución como a las leyes constitucionales, sobre todo, cuando existe una controversia competencial entre el Estado y las regiones.

²³ Es el caso del artículo 163 CE; artículo 61 CF; artículos 100 y 93 LFB, aunque en este último precepto también se admite la confrontación del derecho de los Länder con el derecho federal.

²⁴ Es el caso del artículo 161 CE o el artículo 134 CI.

²⁵ Es lo que sucede en el ordenamiento español, tal y como se ha expuesto con anterioridad. En los conflictos competenciales entre Estado y Comunidades Autónomas el Tribunal siempre tiene que acudir a la suma Constitución más Estatuto o más leyes del artículo 150 CE para conocer a quién pertenece la competencia, pues a ellos se debe la aparición y contenido de nuestro Estado descentralizado —artículo 62 LOTC—. En los sistemas alemán e italiano, donde también existen estos litigios competenciales —artículo 93 LFB y artículo 134 CI—, el empleo del canon extraconstitucional, aunque posible, por el juego de las leyes de delegación, es mucho más reducido, al ser la propia Constitución quien crea los entes descentralizados y la que realiza el reparto de competencias.

de un modo directo, convirtiendo a tales normas en objeto de enjuiciamiento en cualquier procedimiento que con ese fin se sustancie contra ellas, sino también de modo indirecto, esto es, a través de lo que se conoce como vía reconvenional. Aquí la duda sobre la constitucionalidad de la norma de cierre estructural se suscita y ha de ser resuelta en el mismo proceso en el que se quiere usar como parámetro. Si bien el Tribunal no podría realizar en el fallo ninguna alusión sobre su constitucionalidad, al tratarse de preceptos que el recurrente no ha impugnado, al menos debería poder afirmar en los fundamentos jurídicos si existe una incompatibilidad con la Constitución que impediría su aplicación. Esta posibilidad, sin respaldo normativo expreso, excepto en Austria²⁶, pero con un cierta aceptación jurisprudencial²⁷, evitaría la paradoja de usar como canon de constitucionalidad preceptos que vulneran la norma cuyo respeto se busca garantizar.

Pero, en ocasiones, son los Tribunales ordinarios los que han de aplicar estas disposiciones de cierre. Nos referimos con ello no sólo a los supuestos en que debe ser así por el rango infralegal de la norma objeto de control, sino especialmente a aquellos casos en que, con independencia de cuál sea la posición que ocupa en el ordenamiento la norma a enjuiciar, las disposiciones que van a ser empleadas como parámetro tienen un origen supranacional. La complejidad propia de las aperturas potestativas se incrementa cuando son *ad extra*, en tanto la vulneración de las normas de cierre repercute sobre la aplicabilidad de la norma impugnada y no sobre su validez²⁸. Así ocurre cuando surge un conflicto entre un Tratado constitutivo de la Unión Europea correctamente celebrado y una norma estatal posterior²⁹, tal y como se explicita en el Art. 96 de nuestra Constitución. Como, atendiendo a su

²⁶ Artículo 140 CA.

²⁷ En España, por ejemplo, en el ámbito bases-desarrollo. Véase, entre otras, la STC 151/1992.

²⁸ Estamos aludiendo a supuestos en que la norma que contraría las disposiciones de cierre se ha aprobado con posterioridad a éstas, pues de ser anterior sí estaríamos ante un problema de validez, constatable por cualquier Tribunal ordinario, que se resolvería con la derogación de la norma estatal por el Tratado. Véase I. de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional... op. cit.*, pp. 124 y ss.

²⁹ En puridad cualquier Tratado internacional, sea del tipo que sea, disfruta de esa fuerza pasiva frente a las normas estatales posteriores que lo contradigan. Si aquí tan sólo nos referimos a los Tratados que integran el Derecho originario europeo se debe a que, en principio, son los únicos que en nuestro sistema cumplen en el interior del ordenamiento la función a la que reiteradamente nos venimos refiriendo de servir de cierre a las aperturas estructurales en que incurre la Constitución.

origen, no comparten íntegramente una misma razón de ser, la controversia se ha de resolver desde la eficacia prevalente del Tratado, sin que deba expulsarse a la norma estatal del ordenamiento jurídico³⁰. Cuando una norma internacional crea unos sujetos que disfrutan, porque la Constitución así lo permite, del ejercicio de unas competencias originariamente estatales y *a posteriori* una norma interna desoye la nueva reordenación competencial, sólo será posible comprobar si tal vulneración se produce, acudiendo a la norma supranacional que transforma en realidad lo que desde la Constitución es potencia. Si la lesión existe, estamos de nuevo ante una inconstitucionalidad indirecta que se ha de saldar, como en otros supuestos³¹, con la inaplicación y no con la declaración de nulidad de la norma infractora³². La imposibilidad de que el Tribunal Constitucional constate el vicio se debe a una exigencia impuesta por el propio Derecho comunitario, pues si el juez optara por activar un control concreto de inconstitucionalidad contra la norma interna lesiva del Derecho comunitario, estaría vulnerando, de un lado, el principio de primacía, al dar a entender que la norma aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo es la norma interna, y, de otro, el principio de eficacia directa, al quedar en suspenso la aplicación de la norma comunitaria hasta que el Tribunal Constitucional resolviera. Por tanto, en contra de lo que ha declarado expresamente el Tribunal Constitucional, entre otras en la STC 28/1991, su falta de jurisdicción para conocer estos

³⁰ Esta es la respuesta que ha de dar el Tribunal ordinario en todo caso, pues aun en el supuesto de que la norma interna en conflicto tuviera rango de ley, puede inaplicarla sin necesidad de acudir, allí donde exista, al Tribunal Constitucional.

³¹ En nuestro sistema, por ejemplo, las normas estatales que invaden un espacio que corresponde a una Comunidad Autónoma no siempre son declaradas nulas, porque pueden tener una aplicación, al menos, supletoria, en esa o en otra parte del territorio.

³² Sin embargo, J. L. Requejo Pagés, *Sistemas normativos... op. cit.*, pp. 40 y ss., precisamente porque las normas internacionales condicionan la aplicabilidad y no la validez de las normas internas posteriores, descarta que puedan integrarse en el llamado «bloque de la constitucionalidad». No obstante, la conceptualización que realiza del mismo desde la noción de remisión potestativa presenta en su conjunto más coincidencias que divergencias con la función que la Constitución otorga a los tratados originarios. De una parte, éstos son destinatarios de una remisión constitucional a través de la cual los entes que crean podrán ejercer unas competencias derivadas de la Constitución que, de no existir tales sujetos, serían supletoriamente puestas en práctica por los órganos estatales y autonómicos y, de otra, la validez de las normas cuya aparición posibilitan depende de dichos tratados —derecho derivado— e introducen un nuevo parámetro de enjuiciamiento para aquellas normas —estatales y autonómicas— cuya aplicabilidad, en principio, sólo podría ser controlada atendiendo a la Constitución.

asuntos no obedece, a nuestro juicio, a que, atendiendo a la naturaleza orgánico-procedimental de las disposiciones constitucionales de apertura *ad extra*, no exista un problema de inconstitucionalidad indirecta o a que nos encontremos ante un problema de mera aplicabilidad. Buena prueba de ello es que esos argumentos no le impiden considerar a las normas de cierre que se aprueban al abrigo de las aperturas *ad intra* como parámetro de enjuiciamiento de aquellas otras cuya existencia deriva de éstas últimas o se ven condicionadas por ellas de algún modo³³.

Pero también las normas de cierre internacional a las que estamos aludiendo pueden ser parámetro de validez para ciertas normas aplicables por el juez ordinario. No son otras que las normas de derecho derivado que el juez nacional, como juez comunitario, tiene que tener presente a la hora de resolver. Obviamente el Derecho derivado es creado por los órganos comunitarios habilitados por los Tratados conforme a los procedimientos que en ellos se establecen. Sólo bajo este presupuesto puede jugar el principio de primacía del Derecho europeo sobre el estatal. En caso contrario, el juez nacional, si bien no está legitimado para inaplicar, ni mucho menos declarar la nulidad de la norma comunitaria, sí colabora, como garante del sistema comunitario, en el control de sus disposiciones, activando los mecanismos procesales oportunos para conseguir la expulsión del ordenamiento de la norma comunitaria por el órgano jurisdiccional competente según los Tratados, esto es, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tampoco en esta ocasión el Tribunal Constitucional desarrollará ningún papel en el conflicto, pues, una vez que la norma comunitaria resulta potencialmente aplicable, las condiciones de su concreta aplicación o inaplicación son aseguradas

³³ En otros sistemas, como el italiano, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda controlar las disposiciones internas que contradigan al Derecho comunitario ha sido una realidad hasta 1984 —Sentencia n.º 170/1984—, resurgiendo en la Sentencia n.º 384/1994, que declara la ilegitimidad constitucional de una ley regional que vulnera el Derecho europeo derivado, y con posterioridad en la Sentencia n.º 443/1997, que usa como parámetro el Derecho originario. Sobre esta evolución jurisprudencial, entre otros, véanse los distintos comentarios realizados en ese mismo año en el fascículo 6.º de *Giurisprudenza Costituzionale*, así como en la obra colectiva *Il parámetro nel giudizio di costituzionalità*, Giappichelli editore, Torino, 1998. También en Francia, aunque puntualmente, la Decisión del Consejo Constitucional de 20 de mayo de 1998 contrastó la conformidad de la ley orgánica que reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones municipales francesas con la Constitución y con las normas comunitarias a las que ésta reenvía en su artículo 88-3, es decir, los preceptos de los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea en este ámbito y la directiva que los aplica.

por el Tribunal de Justicia, mientras que a los Tribunales ordinarios les corresponde realizar la selección del Derecho aplicable de entre aquél de cuya validez no cabe duda alguna.

Como se ha intentado mostrar en las páginas precedentes, las distintas aperturas en las que incurren la mayoría de las vigentes Constituciones hace plenamente justificable la aparición de nuevos parámetros de constitucionalidad. El que la Constitución no defina la estructura del ordenamiento y difiera su identificación última a otras disposiciones llamadas a despejar esa incógnita, configurando o programando una determinada estructura de entre las prefiguradas o programables, hace que se forme un complejo normativo que es tal por desempeñar una misma función jurídica constitutiva de la estructura del sistema, aunque no constituyente de este último, pues su existencia se asegura en todo caso desde la Constitución. Sólo el cumplimiento por tales disposiciones de esa función jurídica de cierre, y no su rango normativo, el momento de su aprobación, la naturaleza de la apertura que la hace posible —imperativa/potestativa, explícita/implícita, de adición/de creación— o el elemento estructural afectado, es el que impone ineludiblemente su empleo como normas de referencia, al ser su concurso imprescindible para reconocer cuáles son los principios estructurales del sistema y cuál es su contenido concreto.

III. LOS «FALSOS» PARÁMETROS DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Las razones de la «falsedad»

A pesar de todo lo dicho, no se puede negar la evidencia de que la descrita no ha sido la única ampliación del canon de enjuiciamiento que los Tribunales han llevado a cabo. Además del justificable empleo de un parámetro de constitucionalidad complejo, integrado por la suma de la Constitución y el resto de normas que llenan sus silencios estructurales, llama la atención cómo también se acude para determinar la existencia de un vicio de inconstitucionalidad a otras disposiciones que resultan del todo prescindibles, pues la vulneración se puede constatar atendiendo únicamente a la propia norma suprema.

En este caso también las normas que cumplen esa misión operan gracias a una remisión constitucional en su favor, pero su finalidad no es cerrar una deliberada apertura en la estructura del ordenamiento, sino concretar aspectos que la Constitución ha prefijado de modo concluyente sin margen de discrecionalidad y con total ausencia de cualquier principio dispositivo.

La remisión no deja espacio a la indefinición, pues la Constitución crea, específica y otorga una posición en el ordenamiento a la forma que la ha de satisfacer y determina el alcance con que se ha de realizar. Descartado que la función asignada consista en servir de reconocimiento a la estructura del sistema, ésta no es otra que facilitar la identificación del contenido del sistema, complementando, que no completando, una configuración ya conocida.

La Constitución es una norma adjetiva que establece los procedimientos a través de los cuales se aprueban y reforman las diferentes fuentes del sistema; el ámbito local-temporal de su validez y los criterios que rigen su interpretación y aplicación. Pero también es una norma sustantiva incapaz de abordar y agotar todas las cuestiones que deben ser reguladas. En estos supuestos, en principio, cualquier norma infraconstitucional que la propia Constitución prevea puede encargarse, sin necesidad de que exista ninguna habilitación explícita, de concretar la abstracción y generalidad presente en sus disposiciones; siendo suficiente con que esa concreción se lleve a término respetando los preceptos constitucionales y las exigencias propias de la jerarquía normativa. Pero, en ocasiones, la Constitución quiere que esa concreción sea realizada no por cualquiera, sino por una forma infraconstitucional específica, cuyo origen inmediato es de nuevo una Constitución que establece su régimen normativo y ubicación en el sistema. Esa «voluntad» se materializa en una remisión expresa que tiene por objeto ordenar que dichas formas, en detrimento de otras, puedan bien ocuparse con carácter exclusivo de ciertas materias de contenido diverso, aunque con el denominador común de ser abstractamente reguladas por los preceptos sustantivos de la Constitución; bien ofrecer un determinado tratamiento jurídico de una materia, cuya regulación comparten con otras formas; bien servir de pauta interpretativa de las disposiciones constitucionales.

Al estar la remisión claramente predeterminada por la Constitución, el juicio de validez que han de realizar los Tribunales se limita a comprobar si ha sido satisfecha por la norma habilitada y en los términos previstos constitucionalmente, pues, de no ser así, deberá sancionar con la nulidad tanto a la norma habilitada que vaya más allá de lo constitucionalmente permitido, como a la forma no habilitada que pretende culminar la remisión. En este supuesto la antijuridicidad deriva de la invasión de un espacio que, según la Constitución, esté o no ocupado por la norma objeto del reenvío, en ningún caso le corresponde. Por tanto, la Constitución es el único pará-

metro necesario de enjuiciamiento, cuando configura totalmente los perfiles de la remisión sin necesidad de que otras normas creen los sujetos beneficiarios de la misma ni determinen sus atribuciones. Sin embargo, aunque la resolución de la controversia no requiere más que la aplicación de los criterios de articulación normativa que la Constitución establece sin dejar espacio a la elección, los Tribunales vienen considerando conveniente manejar como parámetro a las formas que lícitamente se ocupan de la materia o del tratamiento jurídico que la Constitución les atribuye. Aparentemente los dos grandes tipos de remisiones constitucionales analizadas se equiparan, al menos procesalmente, ya que en ambos casos se acaba por utilizar un parámetro complejo, prescindiendo de la diferente función que sus destinatarias están llamadas a cumplir —cerrar una apertura estructural o cerrar una abstracción constitucional—. Pero si, en el supuesto que nos ocupa, lo que se sanciona es la invasión de un espacio por una forma distinta a la que determina un principio de articulación impuesto por la Constitución, sólo resta preguntarse por qué la norma que lícitamente satisface el reenvío se emplea como parámetro, si tal referencia resulta innecesaria, pues la disposición enjuiciada será inconstitucional por contravenir directamente a la Constitución que es la única causa y condición de su validez. A la hora de intentar encontrar cuál es esa razón, hemos de movernos en el campo de la motivación. Si su valor es meramente indicativo, su uso como canon de validez pretende reforzar a mayor abundamiento una vulneración constatable a la vista de la Constitución³⁴. En definitiva, las normas autorizadas facilitan la explicación, pero no aportan nada a la fundamentación de por qué la norma invasora es inconstitucional. Su empleo no viene sino a abundar en la regulación constitucional y resulta en muchos casos superfluo e incluso contraproducente, si se llega a considerar necesario y con ello se admite una interpretación de la Constitución de acuerdo con la ley, convirtiendo a estas normas en una prolongación de la primera. Desde este punto de vista las normas que contradicen lo regulado por aquéllas que precisan la abstracción

³⁴ En F. J. Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la justicia constitucional española*, HAAE/IVAP, Oñate, 1987, se puede encontrar una descripción de los diferentes argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias —analógico, sistemático, a fortiori, a contrario, psicológico, apagógico, de autoridad, histórico, teleológico...—, encajando, quizás, la cuestión que analizamos en el argumento calificado como pragmático, pues la existencia de una norma que colma correctamente la remisión probaría que, en la práctica, el espacio que viene a llenar la norma objeto de enjuiciamiento ya ha sido ocupado por aquélla que podía hacerlo.

constitucional también se oponen a una Constitución que será releída, a nuestro juicio indebidamente, a la luz de la concreción sustantiva efectuada por las normas objeto de remisión. De esta manera, cuando únicamente se pone el acento en la vertiente procesal y se prescinde de la función que cumplen en el interior del ordenamiento las normas que van a ser usadas como referencia, las consecuencias no pueden ser más inconvenientes. Se llega a elaborar categorías, como la del bloque de la constitucionalidad en España y en Francia o la de las normas interpuestas en Italia, de dudosa utilidad, en tanto siembran confusión, al albergar bajo una misma denominación a una serie de disposiciones que no cuentan con afinidad alguna y que terminan por compartir, en la mayoría de los casos sin merecerlo, un papel propiamente constituyente³⁵.

³⁵ Así ocurrió en Italia, Francia y España, tanto en el plano doctrinal, como en el jurisprudencial. En Italia, la Corte ha usado como parámetro disposiciones variopintas —leyes de delegación, principios fundamentales limitativos de las leyes regionales en competencias compartidas, estatutos regionales, tratados internacionales...—, a partir de la definición de normas interpuestas acuñada por Lavagna como normas infraconstitucionales que por explícita disposición de la Constitución se colocan entre ella y otras normas legislativas a las que vinculan o limitan, sirviendo de canon de enjuiciamiento, en tanto su vulneración provoca un supuesto de inconstitucionalidad mediata. En Francia, desde el concepto de bloque de la constitucionalidad, al que nos hemos referido con anterioridad, el Consejo Constitucional no ha tenido el menor inconveniente en aglutinar bajo ese calificativo tanto a las normas constitucionales a las que la vigente Constitución remite para cerrar su indefinición estructural en materia de derechos fundamentales y a los principios que se infieren de las leyes de las tres primeras Repúblicas, como a las leyes orgánicas, las ordenanzas o las reglas de procedimiento de relevancia constitucional contenidas en los reglamentos parlamentarios. En España rápidamente se acogieron estas categorías, procurando su adecuación a nuestro ordenamiento. En todo caso el punto de partida a la hora de su caracterización siempre fue procesal; de ahí que el Tribunal Constitucional considerara al bloque de la constitucionalidad como las normas que, sin necesidad de declarar su pertenencia a este grupo normativo, son empleadas para resolver los conflictos de los que conoce. Eso explica el progresivo aumento del número de disposiciones integrantes de un concepto que, en principio, se circunscribía a las citadas en el artículo 28.1 de la LOTC, esto es, a las normas de delimitación competencial, para acabar por convertirse en un cajón de sastre de imposible unidad, pues a él van a parar otras que no comparten con ellas ni un origen ni una función común, como es el caso de las leyes orgánicas, los reglamentos parlamentarios, las leyes de delegación, la legislación básica, los tratados internacionales del artículo 10.2...

Sobre el concepto de norma interpuesta consúltese, entre muchos, C. Lavagna, «Problema di giustizia costituzionale sotto il profilo della “manifesta infondatezza”», *Revista italiana per le Scienze giuridiche*, 1955-1956, p. 253 y ss., y *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milán, 1984; M. Siclari, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, Cedam, Padua, 1992; P. Giocoli Nacci, *Norme interposte e giudizio di costituzionalità*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1982 pp. 1879 y ss.; la obra colectiva coordinada por G. Pitruzzella, F. Teresi y G. Verde, *Il parámetro nel giudizio... op. cit.* Sobre el concepto de bloque de la constitucionalidad

2. Algunos «falsos» parámetros de constitucionalidad

Del modo en que la Constitución configura el alcance de la remisión descrita se deduce el carácter accesorio de la función procesal que las normas que la realizan han de desarrollar. De ahí que resulte imposible establecer no sólo un listado común que permita reconocer a estas disposiciones en cualquier ordenamiento, sino incluso un listado taxativo de las normas que responden a este perfil en cada ordenamiento concreto. Aun así no renunciamos a ejemplificar este tipo de remisiones, acudiendo a algunos casos significativos por razones varias.

Hay ciertos supuestos, donde una misma disposición, presente en varios ordenamientos con un diseño similar, es manejada como referencia por sus respectivos Tribunales; nos estamos refiriendo a las leyes orgánicas en España y Francia o a las leyes de delegación legislativa y a la legislación básica en España e Italia.

Las primeras, sujetas a un procedimiento reforzado de aprobación y reforma, en la medida en que se ocupen de los contenidos a ellas reservados — artículo 81 CE y artículos 34, 46 y 47 CF —, se entienden como una prolongación de la Constitución en la materia que se trate. Por ello, su vulneración se ve como una especie de inconstitucionalidad mediata, no dudándose en afirmar que la violación de una ley orgánica debe ser considerada como contraria al precepto de la Constitución que realiza el reenvío³⁶. No obstante, este argumento, en contra de lo que pretende, refuerza la idea de que las leyes orgánicas se limitan a complementar la regulación completa y definitiva que han efectuado unos preceptos constitucionales suficientes a la hora de comprobar la validez de la disposición enjuiciada, pues lo relevante no

en Francia, véase las obras ya mencionadas de L. Favoreu, *Le principe de constitutionnalité... op. cit.* y *El bloque...* ob. cit.; F. Luchaire, *Le Conseil... op. cit.*; C. Denizeau, *Existe-t-il un bloc...* op. cit. y J. Pardo Falcón, *El Consejo Constitucional...* ob. cit. Por último, en nuestra doctrina hay más referencias al bloque al hilo del análisis puntual de cada una de las normas que presuntamente lo componen, que un estudio global sobre la categoría en sí mismo considerada. Entre estas últimas, F. Rubio Llorente, *El bloque de la... op. cit.*; A. Ruiz-Huerta, *Constitución y legislación autonómica: un estudio del bloque de la constitucionalidad*, *ibidem*, Madrid, 1995; P. Requejo Rodríguez, *Bloque constitucional...* op. cit.

³⁶ Sobre la ley orgánica, especialmente la de Presupuestos, en Francia véase F. Luchaire, *Le Conseil...* op. cit., pp. 138 y ss. y J. Pardo Falcón, *El Consejo...* op. cit., pp. 140 y ss. Para un estudio de la ley orgánica en España, consúltese, entre otros, I. de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional...* op. cit., pp. 94 y ss.; A. Garrorena Morales, «Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 13, 1990, pp. 169 y ss.; E. Linde Paniagua, *Leyes orgánicas*, Linde Editores, Madrid, 1990.

es la contradicción en que haya podido incurrir con la ley orgánica, sino la invasión de un espacio ajeno³⁷. El desarrollo de los derechos fundamentales es una de las materias reservadas específicamente en nuestro ordenamiento a la ley orgánica. La abstracción y apertura de su formulación en la Constitución permiten, respectivamente, que el legislador afronte el desarrollo del contenido del derecho y que lo haga pudiendo escoger entre las múltiples posibilidades que cuentan con cobertura constitucional. Una vez que esta concreción primera haya tenido lugar, ningún sujeto, desoyendo la reserva, podrá contrariar la regulación establecida a través de un procedimiento diferente al constitucionalmente previsto, pues este tipo de excesos se sancionan con la nulidad. Pero tal prohibición no significa que el legislador esté obligado a satisfacer en todo caso la reserva. Su intervención es irrelevante para la existencia misma del derecho, ya que la norma constitucional que lo reconoce y lo prefigura en sus elementos esenciales goza de una eficacia directa que asegura su presencia en todo caso; incluso cuando el legislador no actúe. La omisión no resulta por ello inconstitucional, en tanto no impide la situación jurídica constitucionalmente garantizada y tampoco abre un espacio reservado a un determinado órgano y a un determinado procedimiento a otros sujetos y a otros procedimientos, que, de activarse, serían igualmente nulos, aunque no pudieran contravenir una regulación legal que aún no ha visto la luz. Sin embargo no se puede obviar que en otros supuestos, concretamente en los derechos de configuración legal, el legislador disfruta de un mayor protagonismo que el descrito. Las normas constitucionales que los reconocen tienen una eficacia, si se quiere, disminuida, al depender la efectiva existencia del derecho, así como la determinación de su contenido, de la aprobación de una ley, cuya omisión sí puede ser inconstitucional, pues impide que se materialice una situación jurídica que la propia Constitución desea o permite la presencia de otras no queridas por ella³⁸.

³⁷ Esa innecesariedad puede ponerse en tela de juicio en el caso español, si atendemos al papel que el Tribunal Constitucional concede al legislador orgánico, permitiéndole declarar qué preceptos de la ley tienen naturaleza orgánica y cuáles ordinaria. Desde este punto de vista, al determinar la competencia del legislador orgánico u ordinario para modificar o derogar la norma aprobada bajo el procedimiento propio de las leyes orgánicas, su concurso se hace imprescindible a la hora de precisar la validez de las normas que entran a regular un campo que ha de ser calificado por el legislador, y no sólo por el constituyente, como propio de ley orgánica.

³⁸ Sobre este tipo de remisiones al legislador y las consecuencias de su silencio, véase I. Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 58 y ss.

Las segundas, las leyes de delegación, no sólo transfieren al Gobierno la potestad legislativa necesaria para que pueda dictar normas con rango de ley, tal y como prevén las Constituciones española e italiana — artículos 82 y ss. CE y artículos 76 y 77 CI—, sino que además, para evitar habilitaciones en blanco que desvirtúen el papel central de la ley en nuestros ordenamientos, someten al Ejecutivo al respeto a los principios y directrices sentados por la ley de bases cuando haga uso de la delegación. Las leyes de delegación se configuran entonces como normas sobre producción jurídica que carecen de aplicación directa, en tanto no se apruebe el Decreto legislativo que las desarrolle en sus justos términos. Su infracción supone la lesión del precepto constitucional que impone su acatamiento, al condicionar, por exigencia del lugar que ocupa la ley en nuestros sistemas, la actuación del Gobierno, marcando las pautas del contenido futuro de un Decreto legislativo que encuentra la justificación de su existencia en la mera regulación constitucional³⁹.

Las terceras, la legislación básica, aparecen ligadas en España, y en su momento en Italia, a un modelo de organización territorial descentralizada,

³⁹ La Sentencia n.º 3 del 1957 de la Corte Constitucional zanja la larga polémica doctrinal que enfrentó, entre otros, a C. Lavagna, *Problema di giustizia costituzionale sotto il profilo della manifesta infondatezza*, Giuffrè, Milán, 1957, con autores no menos significativos como C. Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia, La Costituzione Italiana*, Saggi, Padua, 1954 o C. Mortati, *Sulla competenza a giudicare gli eccessi di delega legislativa*, Il foro italiano, 1956, al considerar estos últimos que la jurisdicción constitucional sólo podía controlar la vulneración de preceptos constitucionales y no las infracciones de ley, reservadas al conocimiento de los Tribunales ordinarios, pues, de lo contrario, cualquier vulneración del ordenamiento se podría reconducir a un problema de inconstitucionalidad. La Corte afirmaba aquí su competencia para conocer la violación de las leyes de delegación por los Decretos legislativos, dado que ésta se entendía como una vulneración indirecta de la Constitución por una norma con fuerza de ley y a ella le corresponde resolver los vicios de los actos de formación primaria. En España la discusión también se centró en determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer los casos de ultra vires; repuesta que se hará depender de la naturaleza jurídica que se atribuya al Decreto legislativo. Si es la de norma con rango de ley la competencia se deja en manos del Tribunal Constitucional. Pero si es reglamentaria, el control se atribuirá a los Tribunales ordinarios, aunque sin desechar la posible intervención del Tribunal Constitucional en atención al problema subyacente de inconstitucionalidad mediata. Sobre este particular, véase las SSTC 51/1982 y 205/1993, así como en el plano doctrinal, E. García de Enterría, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, Madrid, 1998; J. Jiménez Campo, «El control jurisdiccional y parlamentario de los Decretos legislativos», *Revista de Derecho Político*, n.º 10, 1981, pp. 77 y ss.; I. de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional... op. cit.*, pp. 189 y ss.; E. Virgala Foruria, *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

en el que las disposiciones encargadas de efectuar el reparto competencial no siempre atribuían a cada uno de los entes en juego todas las funciones que se pueden ejercer sobre una materia. Junto a estas competencias exclusivas, también se introdujeron competencias compartidas en las que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, o, en su caso, las Regiones, habían de regular un mismo contenido; pero eso sí, respetando los territorios los «principios» establecidos en una legislación estatal denominada básica en España o «cornice» en Italia. El Estado no puede agotar todo el tratamiento jurídico de una materia y, como consecuencia indirecta del ejercicio de una competencia que le pertenece, debe acotar de forma declarativa, no atributiva, el espacio y los términos en que se ha de desarrollar el tratamiento que por su parte dispensará cada ente territorial. Como la norma del Estado no tiene incidencia alguna sobre una estructura del ordenamiento que ha quedado definida por la Constitución y el resto de disposiciones a las que confiere tal función y su relevancia tan sólo alcanza a las relaciones internormativas, su empleo por los Tribunales Constitucionales responde, al igual que en los demás casos descritos, a una mera constatación de que la ley estatal que satisface la reserva constitucional para la regulación de un determinado tratamiento jurídico ya ha sido aprobada y, por tanto, cualquier otra, que haya sido dictada con el objeto de fijar explícita o implícitamente nuevos principios, será inconstitucional si emana de un ente distinto a aquél al que la Constitución ha encomendado tal misión⁴⁰.

⁴⁰ En relación a la legislación básica, consúltese J. Jiménez Campo, «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989, pp. 39 y ss.; A. Gutiérrez Llamas, *La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas: estudio jurisprudencial de la técnica bases más desarrollo*, Bosch, Barcelona, 1994; P. Requejo Rodríguez, «Rango normativo y legislación básica (a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al principio de preferencia de ley)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 13-14, 1989, pp. 19 y ss.; F. Caamaño, «El abandono de “lo básico”: Estado autonómico y mitos fundacionales», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.ºs 12-13, 2000-2001, pp. 87 y ss.

Aunque anteriores a la reforma del Título V de la Constitución italiana, pueden consultarse las referencias que realizan a los principios fundamentales establecidos o deducibles de las leyes estatales, V. Crisafulli, *La legge regionale nel sistema delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1962, pp. 81 y ss.; L. Paladín, *La potestà legislativa regionale*, Cedam, Padua, 1958, pp. 124 y ss.; G. Zagrebelsky, *Appunti sul significato costituzionale dei «principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello stato» como limite alla potestà legislativa regionale, Le regioni: politica o amministrazione?*, Comunità, Milán, 1973, pp. 265 y ss.; R. Tosi, «Principi fondamentali» e leggi statali nelle materia di competenza regionale, Cedam, Padua,

Sin embargo, en otros supuestos de coincidencia normativa no se produce la misma unanimidad a la hora de su empleo como parámetro. Es lo que sucede con los Reglamentos parlamentarios. En España estas normas primarias, que monopolizan el desarrollo de la Constitución en lo que al estatuto de las Cortes y de sus miembros se refiere, se relacionan con el resto de disposiciones de nuestro ordenamiento a través de un principio de distribución de materias que impide a los Reglamentos ir más allá de la regulación de los contenidos propiamente parlamentarios a ellos reservados y al resto de normas ocuparse de las mismos, si no quieren infringir el precepto constitucional que establece la remisión en favor de los Reglamentos en exclusiva. En Francia, por el contrario, se niega que los Reglamentos parlamentarios, globalmente considerados como fuente del Derecho, pertenezcan al llamado bloque de la constitucionalidad y se prefiere integrar en esta categoría, confiriéndoles valor constitucional, sólo a aquéllas de sus disposiciones que concretan el procedimiento legislativo abstractamente regulado en la Constitución o cualquiera de los principios fundamentales que ésta consagra, pues en último término la vulneración del Reglamento es una vulneración de la misma Constitución. En Italia, por su parte, se defendió primero en el plano doctrinal que el principio de autonomía de las Cámaras exigía identificar a los Reglamentos con *interna corporis acta* sin relevancia externa y de imposible utilización como referencia. Luego se comenzó a atribuir una distinta naturaleza jurídica a los Reglamentos atendiendo a su objeto, ya que cuando se ocupaban del procedimiento legislativo se entendía que la Constitución reservaba esta materia no a cualquier fuente primaria, sino a esa fuente específica; de ahí que la Corte pudiera usarla como parámetro para constatar una invasión competencial por parte

1987. Tras la reforma las competencias compartidas que fundamentan la aprobación de las *leggi-cornice* desaparecen aparentemente, siendo sustituidas por competencias concurrentes —artículo 117 CI—. Sin embargo, a pesar del calificativo, realmente se equiparan a las antiguas competencias compartidas, pues no se permite que Estado y regiones ofrezcan el mismo tratamiento jurídico respecto de una misma materia, sino que se sigue reservando al Estado, allí donde se establece la concurrencia, la determinación de los principios fundamentales. A la espera de lo que ocurra en la práctica, todo ello lleva a la doctrina a plantearse, igual que sucedía con las *leggi-cornice*, si la previa adopción de estos principios es necesaria para que las regiones puedan ejercer sus competencias y, de serlo, como parece, si tales principios deben ser explícitos o cabe deducirlos de la legislación vigente. V., por todos, A. Anzon, *I poteri delle regioni... op. cit.*, pp. 197 y ss. y A. D'atena, *Legislazione concorrente, principi impliciti e delega per la formulazione dei principi fondamentali*, Forum di Quaderni Costituzionali, www.mulino.it.

de la ley que desoyera sus disposiciones e implícitamente impusiera unas nuevas reglas procedimentales. No obstante, en la práctica jurisprudencial, la Corte rechaza desde la Sentencia n.º 9 de 1959 la función paramétrica de los Reglamentos, pues, a diferencia de lo que ocurre en Francia, no sólo les niega valor constitucional, sino que otorga preferencia al comentado principio de autonomía parlamentaria en detrimento del principio de monopolio jurisdiccional de la Corte en el control de cualquier vicio en que incurran las leyes, tantas veces invocado en sus resoluciones para justificar el empleo de otras normas interpuestas como parámetro. Esta posibilidad se deja abierta únicamente en casos límite en los que la infracción procedimental ponga en riesgo las reglas fundamentales del juego, pero sin que en ningún caso pueda cuestionarse la regulación reglamentaria⁴¹.

También encontramos una distinta valoración en cuanto a su empleo como parámetro respecto del Derecho internacional. Si en su dimensión de Derecho internacional general es usado como referencia en Italia y Francia⁴²

⁴¹ Para una exposición de la consideración de los Reglamentos parlamentarios como parámetro, tanto por la doctrina como por los Tribunales Constitucionales de los ordenamientos mencionados, consúltese, entre otros, R. Punset Blanco, *Las Cortes Generales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 93 y ss.; P. Biglino Campos, «La revocación de la iniciativa autonómica, la naturaleza de la reserva estatutaria y los Reglamentos parlamentarios como parámetro de la constitucionalidad de la ley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 14, 1985, pp. 257 y ss.; F. Luchaire, *Le Conseil... op. cit.*, p. 140 y ss.; M. Siclari, *Le «norme interposte»... op. cit.*, pp. 68 y ss.; A. Sciortino, «Brevi note sui regolamenti parlamentari come parametro e come oggetto del giudizio di legittimità costituzionale», *Il parámetro nel giudizio... op. cit.*, pp. 567 y ss.

⁴² El artículo 25 LFB también alude a las reglas generales de derecho internacional, esto es, a las normas consuetudinarias, a los principios generales del derecho o a los principios deducibles de Tratados multilaterales. Todas ellas tienen esa consideración por su fuerza de obligar en la mayoría de los Estados y se integran automáticamente en el derecho federal, ocupando una posición infraconstitucional y prevalente respecto de unas leyes ordinarias, que serán desplazadas por tales reglas en caso de existir contradicción, tal y como reconoce la Sentencia del BverfG 36, 342. Son los Tribunales ordinarios, por tanto, quienes habitualmente deben imponer tal prevalencia, permitiéndose que el Tribunal Constitucional pueda aclarar sus dudas bien sobre la incorporación de una determinada regla de derecho internacional general al derecho federal o sobre su eficacia frente a los particulares, a través del procedimiento previsto en el artículo 100.2 LFB, bien sobre la colisión entre ley estatal y derecho internacional en su consideración de derecho federal, a través del procedimiento previsto en el artículo 100.1 LFB. El derecho internacional convencional, por su parte, requiere para su recepción la aprobación de una ley federal que atribuye al Tratado político o legislativo, cuya ratificación autoriza, su mismo rango. También aquí los Tribunales ordinarios resolverán, en principio, los conflictos que se susciten entre ley y tratados, pero, del mismo modo que ocurría respecto del derecho internacional general,

con base en el Art. 10.1 CI y en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946⁴³, en su dimensión de Derecho internacional convencional, salvo contadas excepciones⁴⁴, despierta recelos aceptar su manejo como parámetro, por considerar que, sobre todo, a los Tribunales Constitucionales les corresponde ser jueces de la validez y no de la aplicabilidad de las normas⁴⁵. En España, aunque se afirma en la misma línea la falta de jurisdicción del Tribunal Constitucional para resolver las contradicciones entre tratados y leyes, al encontrarse ante una cuestión de mera selección del Derecho aplicable⁴⁶, no es menos cierto que la apertura del artículo 10.2 CE a los Tratados relativos a derechos fundamentales facilita, en contra de lo descrito, que nuestro Tribunal Constitucional pueda tomar como referencia en sus decisiones a estas específicas normas convencionales, que disfrutan de un «plus», gracias a ser consideradas criterios, pautas o medios aclaratorios de unos derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos como plasmación de una decisión estructural previamente adoptada. No se trata de que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional la ley contraria a tales Tratados o conceda amparo ante su vulneración, pues el fundamento de tales resoluciones siguen siendo las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales. De lo que se trata es de concretar el sentido y alcance de tales derechos abstractamente formulados conforme a criterios objetivos y congruentes. Por lo tanto, a nuestro alto Tribunal le corresponde el control de la observancia de los derechos fundamentales, no de unos Tratados internacionales que, a pesar de tenerlos en cuenta como pará-

cuando duden sobre la compatibilidad de una ley estatal con un Tratado es posible activar el procedimiento del Art. 100.1, dada la inclusión de este último en una ley federal. Véase T. Maunz, *Art. 100, Grundgesetz Kommentar... op. cit.*, p. 40 y K. Stern, *Derecho del Estado... op. cit.*, pp. 818 y ss.

⁴³ Ver, a título de ejemplo, por ser las primeras, la Decisión del Consejo Constitucional 59 DC de 30 de diciembre de 1975 y la Sentencia de la Corte Constitucional n.º 67 de 22 diciembre de 1961.

⁴⁴ Excepciones como los tratados que regulan la condición de extranjero en Italia, según se puede constatar, a partir del artículo 10.2 CI, entre otras, en las Sentencias n.º 3 de 14 de marzo de 1968 y n.º 117 de 9 de abril de 1987 o como los tratados comunitarios en Francia, según se desprende de la Decisión del Consejo Constitucional de 20 de mayo de 1998 en los términos ya señalados.

⁴⁵ Decisión 54 DC de 15 de enero de 1975.

⁴⁶ Así se puede extraer de las SSTC 28/1991, 36/1991 ó 50/1995. En nuestro ordenamiento los Tratados, incluidos los que se ocupan de derechos fundamentales, tienen rango infraconstitucional, articulándose su relación con las normas internas anteriores a él en torno a un criterio de validez y con las posteriores en torno a un criterio de aplicabilidad.

tro de enjuiciamiento, no son canon autónomo de validez, sino parámetro interpretativo del único parámetro estricto de validez que es la Constitución cuyo contenido delimitan⁴⁷.

Estos ejemplos ponen de manifiesto cómo, a raíz de una estructura ya definida, todos ellos complementan, a través de una remisión restringida desde la óptica de la libertad del legislador, aspectos que la Constitución había regulado con gran abstracción, concretando o interpretando campos materialmente diversos con incidencia en las relaciones entre normas. La función de cierre jurídico del ordenamiento propia de las normas destinatarias de estas remisiones hace que su empleo procesal como parámetro tenga un valor meramente indicativo, al encontrarse en la Constitución el verdadero motivo de invalidez de la norma enjuiciada. Su utilización como referencia se realiza en función de otras normas que son objeto de enjuiciamiento, pues el tratamiento jurídico que les demanda la Constitución es indiciario de lo que le está permitido regular a tales disposiciones. De ahí que su valor paramétrico se funde meramente en razones de conveniencia práctica para resolver el proceso de modo más ilustrado.

IV. OTROS PARÁMETROS CONSTITUCIONALES NOVEDOSOS

Utilizando un concepto de parámetro en sentido amplio, distinto indudablemente del que hasta ahora hemos venido manejando, nos encontramos con una novedad en los Tribunales Constitucionales europeos, ya conocida en los sistemas anglosajones. Este «parámetro», como veremos a continuación, es un parámetro más constitucional que de constitucionalidad, pues pretende resolver un problema de jurisdicción y no de enjuiciamiento. No trata, por tanto, de determinar si las normas objeto de control contradicen a la Constitución, sino de regular el acceso a ese control de constitucionalidad mediante unas exigencias sustantivas distintas, como es la relevancia constitucional del caso, a las que luego se utilizarán a la hora de resolver.

Con independencia del parámetro utilizado, simple o complejo, lo cierto es que para poder afirmar la existencia de un control de constitucionalidad es requisito indispensable el que la Constitución sea considerada

⁴⁷ En definitiva, en palabras de la STC 64/1991, un elemento más que verifica la consistencia o inconsistencia de la infracción. Sobre el artículo 10.2 CE, ver, por todos, A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

norma jurídica suprema. Esta supremacía se impone de modo inmediato frente a todos; por lo tanto también los Tribunales están sujetos a la Constitución y deben resolver aplicándola en detrimento de cualquier otra disposición que la contradiga. La salvaguardia de la supremacía constitucional está asegurada por los Tribunales ordinarios, aunque, como sabemos, en el sistema continental, por diversos motivos⁴⁸, dicha función es compartida con unos órganos jurisdiccionales creados a tal efecto, en muchos casos en atención al rango de la disposición cuya constitucionalidad se cuestiona.

Como en el sistema americano los jueces ordinarios, al hilo de la resolución del supuesto que están conociendo, enjuician la constitucionalidad de toda norma que han de aplicar, corrigiendo sus posibles errores los Tribunales intermedios de apelación⁴⁹, el Tribunal Supremo puede realizar en último término a través del «certiorari» una selección discrecional de los casos que le permitan introducir un precedente que uniformice la interpretación y aplicación constitucionalmente adecuada del Derecho⁵⁰. Cualquiera de las partes de un proceso ante un Tribunal de apelación puede, antes o después de que dicte sentencia, dirigir una petición de «certiorari» al Tribunal Supremo, precisando sin carácter vinculante los motivos por los que debe ser concedido y las cuestiones que de concederse desean que se revisen. La aceptación del «certiorari», aunque no ha de motivarse, suele producirse, en primer lugar, cuando un Tribunal estatal de última instancia decide sobre cuestiones federales en contradicción con otros de su mismo nivel o con un Tribunal federal de apelación; en segundo lugar, cuando hay un conflicto entre las decisiones de un Tribunal de apelación y las de otro de su mismo rango, las de un Tribunal superior estatal o las del propio Tribunal Supremo; y en tercer lugar, cuando un Tribunal de

⁴⁸ Simplificando desde la primacía de la ley hasta un recelo más o menos justificado hacia los jueces. Un análisis en profundidad en P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo... op. cit.*

⁴⁹ Para un estudio sobre el sistema americano consúltese G. Ruiz Ruiz, *Federalismo judicial (el modelo americano)*, Civitas, 1994; E. Virgala Foruria, «Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 62, 2001, pp. 77 y ss.

⁵⁰ Sobre el certiorari, sus precedentes, su actual regulación, introducida por la Reforma legislativa del Código Judicial de 27 de junio de 1988, y las normas convencionales del Tribunal Supremo en este campo, véase M.ª A. Ahumada Ruiz, «El “certiorari”. Ejercicio discrecional de la Jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994, pp. 89 y ss.

apelación resuelve sobre cuestiones de Derecho federal que requieren un pronunciamiento del Tribunal Supremo que aún no ha tenido lugar. En todo caso, estos conflictos han de quebrar la unidad del sistema, al poner en entredicho la homogeneidad de la aplicación del Derecho, con la consiguiente inseguridad jurídica y posibilidad de corruptelas. Por tanto, suelen desecharse aquellos otros asuntos que, sin negar en ellos la existencia de conflicto y de un daño para el que lo sufre, carecen por su irrelevancia o excepcionalidad de un interés público y no ayudan al Supremo a cumplir con su tarea. De lo dicho parece derivarse una objetivación en el presuntamente característico control concreto del sistema americano, acercándolo a un control abstracto con efectos frente a todos. La concesión del «certiorari» no supone, en definitiva, otra cosa que el traslado de la causa del Tribunal inferior al Tribunal Supremo, para que en Pleno entre a revisarla y se pronuncie tras una vista oral sobre el fondo de un asunto que ha de servir al cumplimiento de la función que el Supremo tiene encomendada. Parece obvio, entonces, que la actuación de los clásicos cánones de enjuiciamiento se encuentra condicionada a la previa consideración de uno nuevo, más de oportunidad que de legalidad, que actuará como filtro que condiciona la futura y definitiva aplicación del parámetro de validez con el resultado que en cada caso proceda.

En la mayoría de los sistemas continentales, sin embargo, encontramos que, debido al privilegio jurisdiccional del que goza la ley, un órgano, creado a tal efecto, monopoliza la declaración de inconstitucionalidad de esta norma. De ahí que resulte imposible siquiera plantearse la negativa de los Tribunales Constitucionales a conocer, apelando al interés que despierta el asunto, pues tal medida supondría en todo caso frustrar una depuración del ordenamiento que, respecto de la ley, no cabe que sea realizada por ningún otro. No se trata de que en estos supuestos no exista un tamiz previo al conocimiento del Constitucional sobre el fondo. Es que ese filtro, la fase de admisión a trámite, sólo valora que el recurso cumpla los requisitos formales exigidos para su interposición y, en algunos casos, el requisito sustantivo de que esté manifestamente fundado, esto es, que contenga una mínima argumentación que permita presumirlo viable⁵¹. De lo que se trata

⁵¹ En España en la fase de admisión a trámite de los recursos de inconstitucionalidad sólo se controla, utilizando un parámetro normativo, que el recurso no incurra en ningún vicio formal. En la cuestión de inconstitucionalidad, sin embargo, la fase de admisión permite, junto al control formal, un control material que sobre la base de la Constitución valore

es de adelantar provisionalmente la aplicación del parámetro habitual para impedir que el Tribunal Constitucional pierda su tiempo con cuestiones que no plantean ningún problema de constitucionalidad, sin que quepa descartar aquéllas que, teniendo relevancia constitucional, se considere que carecen de interés; pues, allí donde sólo hay un órgano capaz de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, no hay mayor interés que el de llevar a término ese control siempre que proceda, asegurando la supremacía de la Constitución con la expulsión del ordenamiento de toda disposición que la contravenga.

Por eso la selección de la propia agenda que el «certiorari» permite realizar al Tribunal Constitucional sólo podría tener lugar en aquellos casos en que este Tribunal comparte el ejercicio de una misma función con los Tribunales ordinarios. Nos estamos refiriendo al supuesto de la protección de los derechos fundamentales frente a actos de los poderes públicos. En este ámbito se ha planteado, tanto en Alemania como en España, la introducción de una especie de «certiorari» que acabara con la sobrecarga de sus respectivos Tribunales Constitucionales ante la avalancha de recursos de amparo a los que tienen que dar respuesta; aunque, sin duda alguna, la propuesta además de esta vertiente práctica esconde una preocupación teórica de mayor calado sobre las relaciones y el papel que han de jugar el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios en la defensa de la Constitución.

Así, en Alemania la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 11 de agosto de 1993 pretendió desligar la admisión del amparo a su probabilidad de prosperar, permitiendo que el Tribunal, sin necesidad de motivación alguna, pudiera proceder a la inadmisión a trámite cuando no fuera posible atribuir a la demanda una relevancia constitucional fundamental por no aportar nada nuevo a la aplicación e interpretación del derecho constitucional; cuando la admisión no fuera conveniente para lograr la implantación efectiva de los derechos fundamentales o cuando la denegación de una decisión sobre el fondo no causara un perjuicio grave para el recurrente. El aumento de la discrecionalidad que introduce la apertura de las causas de inadmisión, la flexibilidad del parámetro y la ausencia

la corrección del juicio de relevancia y de los motivos que hacen dudar al juez ordinario de la constitucionalidad de la norma que ha de aplicar y de cuya validez depende el fallo. En todo caso, se trate de vicios formales o materiales, el Tribunal suele flexibilizar todo lo posible el cumplimiento de estos requisitos, limitándose a exigir el mínimo imprescindible.

de motivación no fue suficiente para lograr la esperada descongestión del Tribunal Constitucional. Por eso la llamada Comisión Benda, constituida para estudiar los términos de una posible nueva reforma, vino a abundar en la idea de colocar la lesión del derecho en un segundo plano y propuso como última solución potenciar aún más la vertiente objetiva del recurso de amparo, estableciendo expresamente un sistema de admisión discrecional gracias al cual el Tribunal Constitucional entraría a resolver asuntos de especial relevancia para la clarificación de una cuestión jurídico-constitucional o para la protección de los derechos, pues sólo así podría precisar las pautas que han de regir la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales⁵².

Por vía jurisprudencial, y no por reforma legislativa, se intentaron en un principio subsanar en España los mismos problemas de sobrecarga que padece nuestro Tribunal Constitucional. Su Auto de 19 de septiembre de 1994 realizó una relectura de las causas de inadmisión del recurso de amparo, en concreto de aquélla que se refiere a la carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo, permitiendo rechazar asuntos que hasta el momento, en tanto tenían un contenido constitucional, hubieran merecido una resolución incluso estimatoria. Sin embargo, aun reconociendo que si se aplicara el parámetro ofrecido por los derechos fundamentales estaríamos ante una lesión de los mismos, se niega la posibilidad de su reparación por el Tribunal Constitucional, al tener en cuenta, junto al ya apuntado, un nuevo parámetro, la entidad cuantitativa de la lesión causada y su trascendencia constitucional⁵³. En definitiva, la demanda ha de pasar un doble filtro, pues una vez constatada la existencia de vulneración, su irrelevancia material o su escaso interés justificaría en

⁵² Sobre los intentos de objetivación del amparo en Alemania, véase, E. Klein, «Konzentration durch Entlastung? Das Fünfte Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht», *NJW*, 1993, pp. 2073 y ss.; H.P. Schneider, «SOS aus Karlsruhe – das Bundesverfassungsgericht vor dem Untergang?», *NJW*, 1996, pp. 2630 y ss.; R. Wahl, J. Wieland, «La jurisdicción constitucional como bien escaso», *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 51, 1997, pp. 11 y ss.; E. G. Mahrenholz, «Zur Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n.º 4, 1997, pp. 129 y ss. y, entre nosotros, J. L. Rodríguez Álvarez, «Seleccionar lo importante. La reciente reforma del trámite de admisión de la “Verfassungsbeschwerde”», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994, pp. 139 y ss. y P. López Pietsch, «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 53, 1998, pp. 115 y ss.

⁵³ Doctrina, que tuvo continuidad en el Auto 182/1997.

último término la negativa del Tribunal a conocer⁵⁴. Tal y como sugería el borrador de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, elaborado en 1998 por el propio Tribunal, éste objetivaría así su función, resolviendo sólo asuntos fundados que ayudasen a abordar aspectos aún no resueltos, a aclarar otros aún confusos o a modificar aquéllos que, a su entender, debieran ser revisados, sin perjuicio de que excepcionalmente pudiera ofrecer una tutela subjetiva atendiendo a la gravedad de los perjuicios causados por la lesión del derecho⁵⁵. Con fecha de 11 de noviembre de 2005, el Gobierno ha presentado en el Congreso un proyecto de ley, actualmente en tramitación, que pretende modificar varios aspectos de la vigente Ley orgánica del Tribunal Constitucional, entre ellos el que se está comentando y en la línea mencionada. Así el artículo 20 del proyecto propone que el artículo 50 de la LOTC pase a exigir al recurso de amparo que quiera ser admitido a trámite, no sólo que la demanda cumpla con lo dispuestos en los artículos 41 a 46 y 49 LOTC, sino también «que el contenido

⁵⁴ Sobre el Auto 248/1994, al que nos estamos refiriendo, que inadmite un recurso por vulneración del derecho reconocido en el artículo 24 CE ante la negativa en sucesivas instancias a reclamar a un Ayuntamiento el pago de una minuta de 7.710 pesetas, véase el comentario de J. L. Requejo Pagés, «Hacia la objetivación del amparo constitucional (Comentario al Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 1994)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 42, pp. 153 y ss.

⁵⁵ Son numerosísimas las aportaciones doctrinales sobre una redefinición del amparo. Entre ellas, pueden destacarse, P. Cruz Villalón, «El recurso de amparo constitucional: I. El juez y el legislador, Los procesos constitucionales». *Segundo simposio de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 117 y ss. y, del mismo autor, «Sobre el amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994, pp. 9 y ss.; P. Pérez Tremps, «El recurso de amparo constitucional: II: Aspectos procesales, Los procesos constitucionales». *Segundo simposio de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 123 y ss.; L. M.^a Díez-Picazo, «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 40, 1994, pp. 9 y ss.; R. Bustos Gisbert, «¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución?», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 4, 1999, pp. 273 y ss.; o las ponencias presentadas en el Seminario sobre la reforma del recurso de amparo, organizado en abril de 2003 por la Asociación de constitucionalistas de España, en colaboración con el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III, por E. Albertí Rovira, «El recurso de amparo constitucional: ¿una revisión pendiente?»; M. Aragón Reyes, «Los problemas del recurso de amparo»; M. Carrillo, «La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo (1999-2001)»; P. Pérez Tremps, «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador»; y C. Viver i Pi-Sunyer, «Diagnóstico para una reforma»; publicas todas ellas en P. Pérez Tremps (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo Blanch/Instituto de Derecho Público Comparado, Valencia, 2004.

del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». Como pone de relieve el Gobierno en la Exposición de motivos «frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal... Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado». Con ello se intenta contribuir a agilizar el procedimiento y a poner coto al elevado número de demandas de amparo presentadas, para solucionar así la sobrecarga del Tribunal. Sin entrar a valorar la conveniencia de un giro de este tipo, al exceder con mucho el objeto de este trabajo, sí creemos que procede incidir en algo que se ha ido poniendo de relieve a lo largo de la exposición. Nos estamos refiriendo a las consecuencias que sobre el parámetro genera un cambio como el descrito en la naturaleza de la tarea que el Tribunal va a cumplir. La objetivación del amparo supone introducir un nuevo parámetro al que calificaremos de constitucional, en tanto es empleado por el Tribunal Constitucional, pero no de constitucionalidad⁵⁶, pues sólo sirve para condicionar la aplicación del parámetro de enjuiciamiento en sentido estricto. En definitiva, no hay una alteración del parámetro que se ha de tener en cuenta para resolver, continúa siendo la Constitución y cualquier disposición que cierre una apertura estructural en la que pudiera incurrir; hay un nuevo parámetro que se antepone a ese parámetro simple o complejo de constitucionalidad y que sirve de referencia para determinar la repercusión de la lesión que presuntamente provoca la disposición, acto o vía de hecho que se recurre y en función de la misma decidir si el Tribunal debe conocer el amparo, sin prejuzgar su concesión.

⁵⁶ Puede sorprender la denominación de parámetro de constitucionalidad cuando estamos aludiendo a un procedimiento de amparo. Pero, con independencia del efecto, subjetivo u objetivo, que pretenda su resolución, el Tribunal para tutelar un derecho o para fijar los criterios interpretativos y aplicativos del mismo tiene que someter a la disposición, acto o vía de hecho del poder público contra el que se interpone el recurso a un juicio de constitucionalidad, eso sí, restringido a ciertos preceptos constitucionales.

V. CONCLUSIONES

Más allá de problemas prácticos, como la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, atajados con la aplicación de un parámetro selectivo previo al que permite resolver el asunto, son conceptos teóricos, como el de apertura y el de abstracción, los que pueden explicar la aparición de nuevos parámetros de constitucionalidad. Ambos suponen la presencia, junto a la Constitución, de otras normas que completan o complementan sus disposiciones, formando respectivamente sendos complejos normativos llamados a desempeñar un distinto papel procesal, reflejo de la diferente función que cumplen en el interior del ordenamiento.

La función de cierre de indefiniciones constitucionales sobre la identidad de los principios estructurales o sobre su específico alcance exigirá que las normas encargadas de llevarla a cabo, con independencia de la posición que ocupen en el ordenamiento o del tipo de reenvío del que disfruten, sean utilizadas de modo imprescindible por los Tribunales para conocer la constitucionalidad de las demás, pues, en último término, se les confiere una naturaleza constituyente, sino del sistema mismo, sí al menos de sus rasgos definitorios.

Fuera de este supuesto, quizás resulte expresiva la afirmación de que los Tribunales basan con frecuencia sus resoluciones en falsos parámetros de constitucionalidad. El manejo de normas distintas a la Constitución se hace innecesario para comprobar la validez de otras, cuando la función de las primeras se limita a concretar abstracciones constitucionales en campos diversos gracias a una remisión totalmente prefigurada en lo que a sus destinatarios, régimen jurídico y ubicación de los mismos en el ordenamiento se refiere. La naturaleza de la remisión propicia que la mera existencia de las normas que la realizan sirva de apoyo para constatar la invasión del espacio que les corresponde por una disposición distinta a la habilitada. Sin embargo, esto no puede ocultar que la única referencia indispensable para conocer la validez de la norma enjuiciada es la Constitución, porque sólo ella establece quién y cómo ha de satisfacer la reserva.

JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y NUEVAS INQUIETUDES DISCURSIVAS. DEL MEJOR MÉTODO A LA MEJOR TEORÍA

J. J. Gomes Canotilho*

SUMARIO

- I. Jurisdicción constitucional e inquietudes discursivas: la razón de ser de un título.

- II. Jurisdicción constitucional y positivismo metódicos.
 1. Pragmatismo jurisprudencial constitucional y pragmatismo filosófico.
 2. El procedimentalismo judicialista.
 3. La dislocación ponderativa.
 4. «Innecesidad de la Constitución» y «necesidad del Tribunal Constitucional».

- III. Jurisdicción constitucional y comunidades inclusivas.
 1. El *topos* de la integración.
 2. El pluralismo normativo y comprensivo.
 3. El tacto hermenéutico.
 - a. Apertura y límites de la justicia constitucional comprensiva.
 - b. Minimalismo jurisprudencial.
 - c. Aceptación racional y consistencia.
 - d. Prioridad de normas de segundo orden.

I. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL E INQUIETUDES DISCURSIVAS: LA RAZÓN DE SER DE UN TÍTULO

Hace algunos años¹ intentamos sistematizar las inquietudes discursivas en torno a la legislación constitucional. Los problemas fundamentales de justicia constitucional los inventariamos así:

1. Externalización e internalización de la justicia constitucional.
2. Justicia de normas o justicia de valores.
3. Jurisdicción constitucional: «superlegislador» y «superjuez».
4. Interpretación y ponderación: atribución de un significado normativo o toma de decisión razonable.

Los problemas entonces inventariados siguen siendo discutidos. Otros han ganado densidad jurídica y política en la década de los noventa del siglo pasado; es el caso de la invocación de una «mejor teoría de la Constitución» y de un «mejor método de decisión», y es también el caso del papel de la jurisdicción constitucional ante al multiculturalismo y ante al multilateralismo supranacional (Tribunales Constitucionales nacionales y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas).

Se comprenderá que en este trabajo intentemos reducir la complejidad del discurso insistiendo en aquéllo a lo que llamaremos «nuevas inquietudes discursivas». Por una cuestión de orden sistemático enunciaremos las tres nuevas inquietudes:

- a) Jurisdicción constitucional y positivismos metódicos.
- b) Jurisdicción constitucional y pluralismo comprensivo.
- c) Jurisdicción constitucional y mejor teoría moral.

* Traducción del portugués de Francisco Caamaño Domínguez, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, y Miguel Ángel Presno Linera, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

¹ Cfr. J. J. Gomes Canotilho «Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva», en Jorge Miranda (org.) *Perspectivas Constitucionales Nos Vinte Anos da Constituição de 1976*, Vol. I, Coimbra, 1996, pp. 871 y ss.

II. JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y POSITIVISMOS METÓDICOS

Basta leer las resoluciones más recientes de varios Tribunales Constitucionales y, por identidad o mayoría de razón, las sentencias de Tribunal de Justicia de las Comunidades, para concluir inmediatamente que:

1. Se rechaza decididamente el recurso mayéutico de las «grandes teorías» («discurso racional», «razón pública», «actuar comunicativo») tanto en la *ratio decidendi* como en las resoluciones propiamente dichas;

2. Se evitan aproximaciones expresas a los problemas metódico-metodológicos de interpretación-concretización de las normas constitucionales.

Si no hay ni «teoría» ni «método», entonces ¿qué hay? La respuesta, en pocas palabras, es ésta: positivismo jurisprudencial. Se ha instalado, a nuestro modo de ver, un «precedentismo metodológico» cerrado jurisdiccionalmente². Igual que el caminante, la pregunta acerca de qué método de concretización de reglas y principios constitucionales, parece responderse así: juez, no hay método; éste se hace aplicando las normas a los casos sometidos cotidianamente a la *jurisdictio* de los Tribunales. Se llega, entonces, al momento de la cuestión basilar: ¿qué utilidad representa para la *praxis* jurisprudencial la inmensa literatura sobre interpretación y método de investigación de las normas constitucionales³? La pregunta es tanto más justificada cuanto desde varios sectores y esferas culturales se llama la atención sobre la *prudencia* sin *scientia* que acecha a la jurisprudencia constitucional. La «descientificación» y la «desmetodización» de la justicia constitucional no es ajena seguramente al desplazamiento del *iurisdicere* en el sentido de los patrones justicialistas anglosajones. Entretanto, se verifica también una tendencia a la «pura afirmación legalizadora del caso concreto». ¿Cómo se ha llegado aquí?

1. Pragmatismo jurisprudencial constitucional y pragmatismo filosófico

Una primera línea de explicación podría encontrarse asociando el pragmatismo jurisprudencial constitucional al pragmatismo filosófico. Como es sabido, el denominador común de las teorías filosóficas del pragmatismo es la traslación del foco de análisis de los fundamentos a los resultados. Y no faltarían razones para el «tournant» pragmatista de la justicia constitu-

² Cfr. así R. Schmidt, «Grundrechte», en D. Simon (org.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Grundgesetz. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, 1994.

³ Cfr. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen, p. 495.

cional. En una sociedad pluralista (la cuestión se retomará más adelante) se justifica que los miembros de esa sociedad abandonen las disputas en torno a las varias concepciones del bien para agruparse en torno a la persecución de resultados prácticos. Podría sugerirse, como, además, hace uno de los más conocidos pragmatistas actuales⁴, que los jueces no encontrarán en la redacción de sus sentencias pragmatismos filosóficos, sean éstos viejos o nuevos. Pero el filón del pragmatismo legal es fácil de encontrar, desde el juez Holmes, pasando por el filósofo Peirce, hasta el juez Posner, en la época actual, en la que el pragmatismo realiza un verdadero *downsize* en el sujeto de interpretación de las normas jurídicas: (1) obliga al aplicador de las normas (aquí normas constitucionales) a encontrar una solución práctica, operativa, aceptable y creíble, para un problema constitucional concreto; (2) coloca entre paréntesis los fundamentos o las concepciones teóricas eventualmente discordantes; así, por ejemplo, la libertad de expresión acostumbra a provocar discusiones teóricas tendentes a averiguar cuál es la «mejor teoría» para iluminar el caso⁵. Ahora bien, cuando se trata de averiguar la consistencia de la libertad de expresión política, habría que dejar de lado las disputas teóricas, pues todas ellas apuntan en el mismo sentido; o sea, al mismo resultado. Pero tal vez no fuese así si estuviese en juego la «libertad de expresión pornográfica» o la «libertad de caricatura». Si procuramos captar el sentido profundo de una perspectiva pragmática en la justicia constitucional, podría reconducirse al rechazo de concepciones fundamentalistas y cartesianas del Derecho en favor de perspectivas más experimentales y culturalmente relativistas. En un plano práctico, el pragmatismo legal libera la jurisprudencia del peso teorizante. En la conocida formulación de Posner, el pragmatismo permite, sencillamente, «clearing the underbrush»⁶.

El pragmatismo jurisdiccional podría servir, razonablemente, para la deseada «autocontención» de los jueces, evitando su incursión en los dominios de la política. El «minimalismo jurisprudencial» fundado pragmáticamente

⁴ Cfr. R. Rorty, «The banality of pragmatism and the poetry of justice», en M. Brint/ W. Weaver, *Pragmatism in law and society*, Boulder, Colorado, 1991, p. 92.

⁵ Se suelen mencionar tres: «democratic self government theory», «marketplace of ideas theory», «individual self expression»; véase M. Rosenfeld, *Just interpretation. Between Ethics and Politics*, Berkeley/ Los Angeles, 1998, p. 200.

⁶ Cfr. R. Posner, «What has pragmatism to offer law?» en M. Brint/W. Weaver, *Pragmatism*, cit., p. 44.

(al que también nos referiremos más adelante) evita a los jueces enfrentarse a precomprensiones y comprensiones políticas, morales y culturales.

Los límites del pragmatismo son, sin embargo, imprecisos. En la conocida «sentencia del crucifijo» (*Kruzifix-Beschluss*) del Tribunal Constitucional alemán enseguida se verificó que el problema no se reducía a dar la razón, o a dejar de dársela, a los padres adeptos a la «cienciología»; implicaba también la discusión de cuestiones de especial sensibilidad política y moral, como el principio de libertad religiosa, el principio de igualdad religiosa, el principio de aconfesionalidad del Estado, el principio de defensa de las minorías y el principio de legitimación mayoritaria.

2. *El procedimentalismo judicialista*

El abandono jurisdiccional de los paradigmas sustancialistas podría justificarse a través de perspectivas procedimentalistas del Derecho. Existen varios procedimentalismos. Vamos a escoger aquél que, hace cerca de catorce años, se enfrentó expresamente con el problema de la justicia constitucional⁷. La teoría procedimentalista también llevaría a cabo una reducción de la complejidad al presuponer un principio de discusión universalista, cognitivista y posconvencional. Al expresar el punto de vista a partir del que es posible juzgar imparcialmente una norma, este principio conllevaría una neutralidad formal suficiente para cimentar un juicio jurisprudencial racionalmente aceptable.

En muchos «casos difíciles», el procedimentalismo se debate con problemas semejantes a los del pragmatismo. Si volvemos a la sentencia del «crucifijo» se constata que el Tribunal Constitucional alemán, al recurrir a puntos de vista (para nosotros, por lo demás, buenos y aceptables) aparentemente universalistas, cognitivos y posconvencionales —principio de aconfesionalidad del Estado, principio de libertad religiosa— se olvida de lo que el autor de referencia apuntó incisivamente: «aunque las consideraciones morales no sean suficientemente selectivas para legitimar los programas de las leyes, la política y el Derecho — sobre la base de una fundamentación posmetafísica que les es común— se supone, pese a ello, que están en concordancia con la moral»⁸.

⁷ Nos referimos, obviamente, al procedimentalismo comunicativo de J. Habermas. Cfr. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M, 1992, pp. 138 y ss.

⁸ Cfr. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, cit.

Los debates expresos habidos en el tenor argumentativo de la decisión jurisprudencial en cuestión, muestran, además, que el *downsize* interpretativo y metódico de la justicia constitucional no entronca con esforzados soportes metodológico-filosóficos pragmatistas o procedimentalistas. Trataremos de encontrar otra justificación.

3. La dislocación ponderativa

Hasta hace poco tiempo, se consideró que algunos esquemas metódicos ideados por las jurisdicciones constitucionales se habían convertido en «acquis» de la ciencia jurídico-constitucional. Uno de estos esquemas se relaciona con la concepción de los derechos fundamentales como un orden objetivo; el segundo se refiere a la colisión entre estos derechos; el tercero se relaciona con la idea de ponderación o equilibrio como método de resolución de las situaciones de colisión de derechos; el cuarto se conecta con la distinción entre reglas y principios.

La articulación de tipo jurídico, la colisión de derechos, la ponderación y los principios proporcionan los instrumentos retóricos adecuados para la fundamentación del «Estado ponderador» y el método de equilibrio jurisdiccional⁹. Los peligros de este esquema de decisión de conflictos han sido resaltados¹⁰. Respecto al nuevo tipo de Estado —el «Estado ponderador»— se lanza la acusación de que se transforma en un «Estado de compromiso» que, en vez de mantener firme el principio de juridicidad estatal, recurre a la «legalidad extrajurídica»¹¹. En lo que toca a la jurisprudencia —y eso es lo que interesa para este trabajo— el modelo de la ponderación es criticado por deslizarse a la «legalidad pura del caso» (*Einzelfallgesetzlichkeit*). Decisiones como las del Tribunal Constitucional alemán sobre la utilización de tropas fuera de la frontera de Alemania¹² serían un ejemplo acabado de conversión del ideal ponderador en técnica del poder y un medio de transmutación del «hecho en Derecho». Se añade que la ponderación genera un enorme déficit de racionalidad y de legitimidad de la justicia constitucional.

Es posible que la manipulación del «modelo ponderador» sea una de las explicaciones para el actual pragmatismo jurisprudencial de los Tribunales

⁹ Cfr., por todos, Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat*, Berlín, 1997.

¹⁰ Véase, por ejemplo, Nills Jansen, «Die Struktur rationaler Abwägung», en *ARSP*, 66 (1997), pp. 79 y ss.

¹¹ Cfr. W. Leisner, *Der Abwägungsstaat*, cit, p. 232.

¹² Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* 90, 286.

Constitucionales¹³. Excedería los objetivos de este trabajo la discusión del método de equilibrio; a nuestro modo de ver, la ponderación no es un proceso desordenado y desregulado que concluye en cualquier decisión; por el contrario, es un proceso estructurado de investigación y de descubrimiento de decisiones¹⁴.

El «modelo ponderador» parece agravar sus defectos cuando es elegido como método de excelencia en el equilibrio de principios. Los principios son susceptibles de ponderación; la ponderación es necesaria para la aplicación de los principios¹⁵. No vamos a profundizar en los diversos modelos aportados por la doctrina en torno a la dicotomía reglas/principios («sistema de principios», «sistema de reglas», «sistema de principios y de reglas»). Sería, a nuestro modo de ver, un claro retroceso jurídico-metódico intentar neutralizar la apertura principal de índole jurídico-constitucional en nombre de la seguridad jurídica, la legitimidad y la aceptación racional. El problema no está en el «modelo de principios» ni en la ponderación metódica de los principios. El riesgo de «oportunismo casuístico» acecha cuando la justicia constitucional se vuelve rehén de las contingencias del caso concreto y de las opciones aleatorias de los operadores jurídicos¹⁶. Y corre ese riesgo precisamente cuando, como acontece hoy, revela una completa desvinculación jurídico-metódica en la concreción de los principios¹⁷. Un dato, además, aparece como inaprehensible: dada la imposibilidad de un sistema puro de reglas (que corre el riesgo de «totalitarismo») y la imposibilidad de un sistema puro de principios (cribado de indeterminaciones normativas)¹⁸, la justicia constitucional no puede dispensar la concretización metódica de principios. El riesgo del pragmatismo y del «hecho erigido en Derecho» no reside ni en

¹³ Véase, por último, Thomas Vesting, «Gegenstandesadäquate Rechtsgewinnungstheorie. Eine Alternative zum Abwägungspragmatismus des Bundesdeutschen Verfassungsrechts?», en *Der Staat*, 41 (1/2002), pp. 73 y ss.

¹⁴ Véase, por ejemplo, F. Ossenbühl, «Abwägung im Verfassungsrecht», en Erbguth / Oebekke / Rengeling / Schulte (org), *Abwägung im Recht*, Köln, 1996, pp. 25 y ss.

¹⁵ Véase el libro clásico de R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M, 1996, pp. 149 y ss.

¹⁶ Resaltando la vinculación metódica (*Methodenbindung*) cfr. F. Reiner, *Verfassungsprinzipien*, Berlín, 2001, p. 472.

¹⁷ Cfr., con todo, G. Zagrebelsky, *Il Diritto mite*, Torino, 1992, para quien las normas constitucionales se reconducen prevalentemente a principios.

¹⁸ Véase, recientemente, M. Peters, «Grundrechte als Regeln und Prinzipien», *ZöR*, 51, (1996), p. 172.

los principios ni en la ponderación de principios. La crisis de la justicia existe cuando los Tribunales Constitucionales se limitan a ponderaciones meramente taticistas incardinadas en un pragmatismo ocasional y ecléctico¹⁹.

4. «Innecesidad de la Constitución» y «necesidad del Tribunal Constitucional»

Hoy se necesita más un Tribunal Constitucional que una Constitución²⁰. De esta forma rotunda, un jurista italiano invierte los papeles de la Constitución y el Tribunal Constitucional. La Constitución se ha revelado como lo que es: no un programa normativo, no un conjunto de normas, sino una enunciación de valores plurales. Paradójicamente, si no existiese una Constitución tendríamos, en cualquier caso, necesidad de un Tribunal Constitucional. Más recientemente, otro autor italiano²¹ navega en las mismas aguas al afirmar que la adhesión a premisas metodológicas pluralistas (cada una de las cuales es portadora de una visión distinta de la Constitución) permitiría al juez constitucional reservar la ley fundamental a su función integradora. Discutiremos este problema de la función integradora en el número siguiente. La tesis anterior —la de la inversión de las necesidades— desafía, desde luego, la idea central del constitucionalismo moderno. La positivación de una «HigherLaw» es un producto expreso de la voluntad de los pueblos (*We the People*) y no de un cuerpo de jueces, cualquiera que sea su título de legitimación democrática. La creación de un orden de integración radica, en primer lugar, en un título de legitimación democrática, no debiendo confundirse la normatividad de la interpretación jurisdiccional de la Constitución (producida por los jueces) con la normatividad de las reglas y principios constitucionales positivamente plasmados por los titulares democráticamente legitimados. Hay que tomar en serio la estructura textual de las Constituciones, pues un deconstruccionismo desvinculado

¹⁹ Véanse las severas críticas de Mathias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependen von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnung*, Tübingen, 1999, pp. 57 y ss; y de K.H. Ladeur, «Das Bundesverfassungsgericht als Bürgergericht? Rechtstheoretische Überlegungen zur Einzelfallorientierung der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts», en *Rechtstheorie*, 31 (2000), p. 67.

²⁰ Cfr. C. Mezzanote, «Le Fonti tra legittimazione e legalità», en *Queste Istituzione*, 1991, pp. 50 y ss.

²¹ Nos referimos a G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, pp. 397 y ss.

de la forma normativo-constitucional difícilmente «construye» un tipo de integración²².

III. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y COMUNIDADES INCLUSIVAS

1. *El topos de la integración*

El tema de la «integración» está, hoy, a la orden del día. Así como la Constitución, también los Tribunales Constitucionales vienen desempeñando un importante papel de integración comunitaria. Era esa la idea subyacente en la apelación a un orden o sistema de valores revelados por la *constitutio scripta*. Es sabido que la acentuación de la idea de «orden» y de «sistema» cargados valorativamente acabó por generar muchas objeciones relativas a la bondad integradora de la *Wertjudikatur*²³. La sombra de la totalidad de valores acompañó el rechazo de la propia figura argumentativa del orden de valores²⁴. Aquí venían a incidir las contundentes y conocidas críticas (Carl Schmitt, E. Forsthoff) de la «tiranía de los valores» y de la «deconstrucción del Derecho constitucional». Hoy, el concepto de valor, también cuando es aportado a la discusión teórico-metodológica, está sujeto a una estrecha vigilancia discursivo-comunicativa. No puede ni debe significar la incorporación o positivización de cualquier teoría material de valores o de cualquier escuela filosófica sobre los valores²⁵. En un mundo posconvencional y posmetafísico, «el valor y el carácter de valor se convierten en un sustituto positivo de lo metafísico»²⁶.

²² Véanse las incisivas consideraciones de L.H. Tribe «Taking Text Structure Seriously: Reflections on Freeform Method in Constitutional Law Interpretation», en *Harvard Law Review*, 108 (1995), pp. 1221 y ss.

²³ Cfr., precisamente, R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2 e 4, 1961, p. 482 ss, que aludía a una «Symbolisierung einer unformulierbar Wertfülle einer Wertstotalität», y que reconoció en dos de sus últimos trabajos la insuficiencia metódica y teórica de la teoría de la integración. Por último, véase, W. Hennis, «Integration durch Verfassung? Rudolf Smend und die Zugänge zum Verfassungsproblem nach 50 Jahren unter dem Grundgesetz», im *JZ*, 1999, pp. 45 y ss; W. Brugger, *Liberalismus. Pluralismus, Kommunitarismus*, Baden-Baden, 1999, pp. 23 y ss.

²⁴ Es paradigmático a este respecto el trabajo de H. Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden, 1967. Más recientemente, cfr. U. Haltern, «Integration als Mythos. Zur Überforderung der Bundesverfassungsgerichts», en *JöR*, 45 (1997), pp. 67 y ss; Baldassare, «Costituzione e teoria dei valori», en *Pol. Dir.*, 1991, pp. 657 y ss.

²⁵ Véase la clara distinción entre el plano deontológico (o de los principios) y el plano axiológico (o de los valores) hecha por R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 73.

²⁶ Citamos las propias palabras de M. Heidegger, *Holtzwege (Caminhos da Floresta)*, Lisboa, 1998, p. 262). En lengua portuguesa, en una perspectiva antimetafísica, Lenio Luís

Aquí —en sede de justicia constitucional— pueden convertirse también en un factor perturbador de la inclusión del otro, cuando impelen al intérprete de la Constitución a una concepción integracionista del orden constitucional, en perjuicio de un orden integrativamente pluralista.

2. El pluralismo normativo y comprensivo

La doctrina constitucional más reciente insiste en la necesidad de «interpretaciones justas» de la Constitución en el contexto de las comunidades inclusivas²⁷ («multiculturales», «pluralistas»). Para economizar el discurso, utilizaremos aquí como concepto operativo el de pluralismo comprensivo²⁸. Se trata de caracterizar a las comunidades donde existe una pluralidad de concepciones del bien, con la dificultad inherente de promover la cohesión social y cultural²⁹.

En estas comunidades, el pluralismo comprensivo presupone y exige una justicia comprensiva o, como de manera sugestiva escribió uno de los teóricos del multiculturalismo, tacto hermenéutico³⁰. La justicia comprensiva, o mejor, la justicia constitucional comprensiva, se enfrenta a dos problemas centrales:

1. La decisión de casos difíciles, donde se confrontan esquemas de valores y dimensiones morales radicalmente conflictivas con los patrones éticos y los comportamientos de la mayoría política y social;

2. La salvaguarda de los principios de la modernidad asentados en las libertades individuales, incluso en el contexto multicultural.

Como se puede intuir, el núcleo de la cuestión consiste en saber cómo acogerán los Tribunales en sus sentencias la llamada política del reconocimiento o de la diferencia que, en vez de elevar a corolario lógico la identidad humana por reabsorción de las diferencias, o de ontologizar las propias

Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre, 2002, pp. 216 y ss. Véase también C. H. Starck, «La Legitimité de la Justice Constitutionnelle et le principe democratique de la majorité», en *Legitimidade e Legitimação da Justicia Constitucional*, Coimbra, 1995, pp. 59 y ss.

²⁷ En la doctrina portuguesa, véase el estudio de Jónatas Machado, *A Liberdade de Religião e a Comunidade Inclusiva*, Coimbra, 1998.

²⁸ Véase Michel Rosenfeld, *Just Interpretation. Law Between Ethis and Politics*, Berkeley/Los Angeles, 1998, p. 200.

²⁹ Cfr. Michel Rosenfeld, *Just Interpretation*, cit., p. 210, que habla de «comunidades postmodernas».

³⁰ Nos referimos a M. Kingwell, *A Civil Tongue. Justice, Dialogue and the Politics of Pluralism*, Pennsylvania, 1995.

diferencias forzando la separación, reconoce la existencia de derechos, individuales y colectivos, a comunidades diferentes³¹. En términos prácticos, la cuestión es, por tanto, ésta: ¿cómo recortar un «tacto hermenéutico» jurisdiccionalmente multiculturalista?

3. *El tacto hermenéutico*

a. Apertura y límites de la justicia constitucional comprensiva

Una posible línea de orientación sería ésta: la justicia constitucional debe promover la integración de todos los ciudadanos, aunque teniendo en cuenta el contexto de las comunidades inclusivas, caracterizadas por una pluralidad de concepciones del bien, en los planos ético, moral y político³². Las querellas entre las teorías «liberales», «comunitaristas», «republicanas», «conservadoras», en torno a la «mejor Constitución» e, incluso, a la «mejor teoría moral», deben quedar fuera de la justicia constitucional cuando se trata de cuestionar principios fundantes de la Constitución y experimentalmente estructurantes de un «orden de libertad»: son el principio de inalienabilidad y universalidad de derechos, el de autonomía individual, el principio de igualitarismo moral, el principio de igualdad y de solidaridad comunitarias³³. En términos prácticos, eso significa que:

1. La «política de la diferencia» no equivale a que los Tribunales Constitucionales se dejen llevar por el viento de lo político-moral y lo jurídico-constitucional en los mares revueltos de la multiculturalidad.

2. La justicia constitucional comprensiva pone límites a la multiculturalidad, pues los grupos de diferencia y de disenso no pueden disponer de instrumentos jurídicos e institucionales fragmentadores del espacio jurídico-constitucional de la inclusividad.

3. La justicia constitucional comprensiva debe, a través de la normatividad de la interpretación judicial de la ley fundamental, proporcionar

³¹ Cfr. las obras clásicas de Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, 1989, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995, y de Charles Taylor, *Multiculturalisme, Différence et Démocratie*, Paris, 1994. Para un análisis del problema a partir de la idea de integración republicana, véase J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt/M, 1996.

³² Véase, por ejemplo, W. Brugger, «Kommunitarismus als Verfassungstheorie der Grundgesetzes» en *AöR*, 123 (1998), pp. 371 y ss; U. Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit – Demokratie und Misstrauen*, 1998, pp. 110 y ss.

³³ Cfr., por todos, C.R. Sunstein, *One Case at Time Judicial Minimalism on the Supreme Court*, 1999.

aperturas para un estatuto de las diferencias que no se traduzca ni en la sustancialización de las diferencias (a la antigua) ni en una superficialización de las mismas (a la moderna).

La consideración de estos vectores lleva a un conocido defensor de la teoría cultural de la Constitución y de la teoría constitucional comparada a hablar de cosas tales como «nuestro islamismo europeo»³⁴.

b. Minimalismo jurisprudencial

Una segunda propuesta, ahora más orientada metódicamente, es la que podemos denominar, en la línea de la iuspublicística norteamericana, como jurisdicción teorizada incompletamente (*incompletely theorized agreements*)³⁵ y que conduce a un minimalismo jurisprudencial dotado de aceptabilidad racional.

Se propugna aquí una triple reducción de los poderes de cognición de los jueces constitucionales:

a) resolver el caso, evitando la sobrecarga de la decisión jurisdiccional con aperturas a otras esferas jurídico-políticas;

b) resolver el caso, renunciando a directrices de solución para casos futuros;

c) resolver el caso, evitando que el tenor argumentativo de la sentencia se sumerja en la discusión de los grandes principios, arduamente disputados en la esfera pública.

La justicia constitucional se erige explícitamente como una justicia estrecha y superficial. El problema está, precisamente, en saber si los problemas constitucionales difíciles se pueden resolver con estrechez y superficialidad. Los problemas son problemas constitucionales y la Constitución no «puede estar fuera de los Tribunales»³⁶, sobretodo de aquéllos a los que compete resolver cuestiones jurídico-constitucionales.

Esta posición es tanto más inexcusable cuando la jurisdicción constitucional se concentra en un Tribunal que, de forma abstracta y concentrada, se pronuncia sobre la bondad o maldad de las soluciones político-normativas. Los temas polémicos del aborto, de las uniones homosexuales, de los programas pornográficos en la televisión, de la transfusión de sangre a los

³⁴ Nos referimos a Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden, 2000.

³⁵ Véase, expresamente, Cass Sunstein, *One Case at a Time*, cit. pp. 10 y ss.

³⁶ La expresión es de M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, 1999.

Testigos de Jehová, suscitan siempre problemas constitucionales relacionados con los grandes principios: familia y libertad de formación de la familia, vida y derecho a la vida, religión y libertad religiosa, libertad de expresión y de programación, y defensa de la juventud. En sus aspectos nucleares, la justicia constitucional o es una justicia de principios o no es; más que una justicia de casos es una justicia de principios.

c. Aceptación racional y consistencia

Decimos que la justicia constitucional es una justicia de principios; incluso cuando, de acuerdo con las sugerencias de la *incompletely theorized agreements*, se trate de resolver un caso concreto y se evite discutir su encuadramiento, parece ineludible la disociación del «problema concreto» y del «problema principal». Fijémonos, por ejemplo, en el caso del aborto. Como escribió R. Dworkin de forma incisiva, «el aborto está dilacerando a América»³⁷. En el célebre caso *Roe vs Wade*, el Tribunal Supremo de Estados Unidos reconoció el derecho de cualquier mujer a decidir sobre la interrupción del embarazo, considerando esa decisión como parte del *right to privacy*³⁸. Ya otros Tribunales Constitucionales (comenzando por el Tribunal Constitucional alemán) insisten en el análisis del problema partiendo del derecho a la vida y de la protección del valor de la vida. Resulta difícil para el minimalismo jurisprudencial superar, en la fundamentación de la sentencia, lo que es decisión del caso y lo que son «principios arduamente discutidos en la esfera pública». Las sentencias no pueden huir de los principios. Pero ¿cómo evitar los peligros de una «Wertjudikatur» en un contexto plural? ¿Cómo decidir, en el mar revuelto de la multiculturalidad, de forma consistente y aceptable racionalmente?

d. Prioridad de normas de segundo orden

Un punto de partida que ha estado siempre presente en las teorías de la argumentación y que ha sido últimamente sugerido por Michel Rosenfeld³⁹ retoma la distinción entre normas de primer grado (*first order norms*) y normas de segundo grado (*second order norms*). Los puntos básicos de la justicia comprensiva asentada en esta distinción serían éstos:

³⁷ Cfr. R. Dworkin, *Life's Dominion: an Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, New York, 1994: «Abortion is tearing America apart».

³⁸ Véase la discusión metódica en Markus Schefer, *Konkretisierung von Grundrechten durch den S.U. Supreme Court*, Berlin, 1997, pp. 82 y ss.

³⁹ Cfr. M. Rosenfeld, *Just Interpretation*, cit., p. 210.

1. El pluralismo comprensivo conlleva una ética de inclusión, promoviendo la coexistencia pacífica del mayor número posible de concepciones alternativas del bien; de ahí que

2. una justicia comprensiva tenga que operar a un nivel abstracto relativamente superior a las diversas concepciones de bien, bajo pena de enredarse ella misma en la irreconciliabilidad de las plúrimas concepciones del bien; de donde

3. la prioridad de reglas de segundo grado (autonomía, reciprocidad, diversidad, empatía) posibilitadoras de una justicia procesal capaz de asegurar un punto de equilibrio entre las posiciones sustantivas de los compañeros de disenso.

Si comprendemos bien las cosas, el «mejor método» para la composición judicial de Derecho e intereses en el mundo multicultural de la Constitución no postula una mejor «teoría multicultural de la Constitución» (comunitarismo, liberalismo, republicanismo). Debe asentarse en un esquema procesal en el que «normas de segundo orden» definen las reglas del juego en que compiten varias concepciones del bien. Y ello porque:

1. el pluralismo comprensivo está asentado en la dignidad igual, *prima facie*, de las diversas concepciones del bien; mas

2. esta equiparación de las diversas concepciones debe ser atemperada por una idea contrafáctica de pluralismo, reconducible al mismo respeto por la integridad del concepto de bien respectivamente acogido por uno y por otro; de ahí que

3. la justicia comprensiva tenga que aceptar restricciones, en términos definitivos, cuando las normas de segundo orden no consigan salvaguardar las reglas de juego de los conceptos de bien en disputa.

En el fondo, la justicia constitucional, en el contexto de los desafíos multiculturales, acaba por ser una aproximación a la paradoja de la «tolerancia frente a los intolerantes» o, en otras palabras, a los límites a la hiperinclusividad en pro del mantenimiento de la propia inclusividad⁴⁰. Es éste uno de los «pasos» obligatorios de la justicia constitucional comprensiva: saber si la normatividad de la interpretación/concretización judicial de la Constitución dispone de métodos para alcanzar los límites de autorreferencia del sistema constitucional.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, B. Celano, «Tolleranza, diritti universali e paradossi delli autoriferimento», en F.D. Agostino (org.), *Pluralità delle cultura e universalità dei diritti*, Torino, 1996.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
E
NOVAS INTRANQUILIDADES DISCURSIVAS

Do melhor método à melhor teoria

Artigo para a Revista Fundamentos

§ 1º

Jurisdição constitucional e intranquilidades discursivas: **a razão de ser de um título**

Há alguns anos¹ tentamos sistematizar as intranquilidades discursivas em torno da legislação constitucional. Os problemas fundamentais de justiça constitucional foram assim inventariados:

- (1) **externalização** e **internalização** da justiça constitucional?
- (2) **justiça de normas** ou **justiça de valores**?
- (3) jurisdição constitucional: “superlegislador” e “superjuiz”?
- (4) interpretação e ponderação: atribuição de um significado normativo ou tomada de decisão razoável?

Os problemas então inventariados continuam a ser discutidos. Outros, porém, ganharam densidade jurídica e política na década de noventa do século passado. É o caso da invocação de uma “melhor teoria da constituição” e de um “melhor método de decisão”. É o caso ainda do papel da jurisdição constitucional perante o **multiculturalismo** e perante o **multilateralismo** supranacional (Tribunais Constitucionais nacionais e Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia).

Compreender-se-á que neste trabalho tentemos reduzir a complexidade do discurso insistindo naquilo a que chamaremos “novas intranquilidades discursivas”. Por uma questão de arrumo sistemático enunciaremos as três novas intranquilidades:

- (a) – Jurisdição constitucional e positivismo metódico;
- (b) – Jurisdição constitucional e pluralismo compreensivo;
- (c) – Jurisdição constitucional e melhor teoria moral.

¹ Cfr. J. J. Gomes Canotilho “Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva”, in Jorge Miranda (org.) **Perspectivas Constitucionais Nos Vinte Anos da Constituição de 1976**, Vol. I, Coimbra, 1996, p. 871 ss.

§ 2º

Jurisdição constitucional e positivismo metódico

Basta ler os acórdãos mais recentes de vários tribunais constitucionais e, por identidade ou maioria de razão, as sentenças do Tribunal de Justiça das Comunidades, para se concluir imediatamente que:

- (1) se rejeita decididamente o amparo maiêutico de ‘grandes teorias’ (‘discurso racional’, “razão pública”, “agir comunicativo”) quer na *ratio decidendi* quer nas sentenças propriamente ditas;
- (2) se evitam abordagens expressas relativamente a problemas metódico-metodológicas de interpretação-concretização das normas constitucionais.

Se não há “teoria” nem “método” então o que é que há? A resposta, numa palavra, é esta: positivismo jurisprudencial. Instalou-se, a nosso ver, um “precedentismo metodológico” jurisdicionalmente fechado². Tal como o caminhante, à pergunta de qual o método de concretização de regras e princípios constitucionais, parece responder-se: juiz, não há método; este faz-se aplicando as normas aos casos quotidianamente sujeitos à *jurisdictio* dos Tribunais. É chegado, pois, o momento da interrogação basilar: qual a utilidade para a *praxis* jurisprudencial da imensa literatura sobre interpretação e método de investigação de normas constitucionais³? A pergunta é tanto mais justificada quanto, de vários sectores e quadrantes culturais, se chama a atenção para a *prudentia* sem *scientia* que espreita a jurisprudência constitucional. À “descientificação” e “desmetodização” da justiça constitucional não é alheia seguramente a deslocação do *jurisdicere* no sentido dos padrões justicialistas anglosaxónicos. No entanto, verifica-se também uma tendência para a “afirmação legalizadora pura do caso concreto”. Como se chegou aqui?

1. Pragmatismo jurisprudencial constitucional e pragmatismo filósofo

Uma primeira linha de explicação poderá encontrar-se associando o pragmatismo jurisprudencial constitucional ao pragmatismo filosófico. Como é sabido,

² Cfr. já R. Schmidt, “Grundrechte”, in D. Simon (org.), **Rechtswissenschaft in der Bonner Grundgesetz Studien zum Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz**, 1994.

³ Cfr. Luhmann, **Organisation und Entscheidung**, Opladen, p. 495.

o denominador comum das teorias filosóficas do pragmatismo é a deslocação do foco de análise dos fundamentos para os resultados. E razões não faltariam para o “tournant” pragmatista da justiça constitucional. Numa sociedade pluralista (o tema será retomado adiante) justifica-se que os membros dessa sociedade abandonem as disputas em torno das várias concepções de bem de forma a juntarem-se para a prossecução comecem resultados práticos. Poderia sugerir-se, como, de resto, faz um dos mais conhecidos pragmatistas actuais⁴ que os juízes não o encontraram na redacção das suas sentenças filosóficas pragmatistas, sejam eles velhos ou novos. Mas o filão do pragmatismo legal é fácil de encontrar. Desde o juiz Holmes, na senda do filósofo Peirce, até ao juiz Posner, na época actual, que o pragmatismo opera um verdadeiro *downsize* no sujeito da interpretação de normas jurídicas: (1) obriga o aplicador de normas (aqui normas constitucionais) a encontrar uma solução prática, operacional, aceitável e credível, para um problema constitucional concreto; (2) coloca entre parêntesis os fundamentos ou concepções teóricas eventualmente discordantes. Assim, por exemplo, a liberdade de expressão costuma convocar discussões teóricas tendentes a apurar qual a “melhor teoria” para iluminar o caso⁵. Ora, quando se trata de averiguar a consistência da liberdade de expressão política, seria de colocar de lado as disputas teóricas, pois todas elas apontam no mesmo sentido, ou seja, para o mesmo resultado. Já talvez não fosse assim se estivesse em causa a “liberdade de expressão pornográfica” ou a “liberdade de caricatura”. Se procurarmos captar o sentido profundo de uma perspectiva pragmatista na justiça constitucional ela poderá reconduzir-se à rejeição de concepções fundamentalistas e cartesianas do direito a favor de perspectivas mais experimentalistas e culturalmente relativísticas. Num plano prático, o pragmatismo legal liberta a jurisprudência do peso teorizante. Na conhecida formulação de Posner, o pragmatismo permite, muito simplesmente, “clearing the underbrush”⁶.

O pragmatismo jurisdicional poderá servir razoavelmente para a desejada “autocontenção” dos juízes evitando a sua incursão pelos domínios da política. O “minimalismo jurisprudencial” pagmaticamente fundado (a ele nos referiremos também adiante) poupa os juízes a confrontos de précompreensões e de compreensões políticas, morais e culturais.

⁴ Cfr. R. Rorty, “The banality of pragmatism and the poetry of justice”, in M. Brint/ W. Weaver, **Pragmatism in law and society**, Boulder, Colo, 1991, p. 92

⁵ Costumam mencionar-se três: “democratic self government theory”, “marketplace of ideas theory”, “individual self expression”. Ver M. Rosenfeld, **Just interpretation. Between Ethis and Politics**, Berkeley/ Los angeles, 1998, p. 200.

⁶ Cfr. R. Posner, “What has pragmatism to offer law?” in M. Brint/W. Weaver, **Pragmatism**, cit., p. 44.

Os limites do pragmatismo são, porém, incontornáveis. Na conhecida “sentença do crucifixo” (*Kruxifix-Beschluss*) do Tribunal Constitucional Alemão cedo se verificou que o problema não se reduzia a dar razão ou deixar de dar razão aos pais adeptos da “cientologia”. Implicava também a discussão de questões de especial sensibilidade política e moral como o princípio da liberdade de religião, o princípio da igualdade de religião, o princípio de não confessionalidade do Estado, o princípio da defesa de minorias e o princípio da legitimação maioritária.

2. O procedimentalismo justicialista

O abandono jurisdicional dos paradigmas substancialistas poderia justificar-se através de perspectivas procedimentalistas do direito. Há vários procedimentalismos. Vamos escolher aquele que, há cerca de dez anos, se confrontou expressamente com o problema da justiça constitucional⁷. A teoria procedimentalista operaria também uma redução da complexidade ao pressupor um **princípio de discussão**, universalista, cognitivista e pós-convencional. Ao exprimir o **ponto de vista** a partir do qual é possível julgar imparcialmente uma norma, este princípio transportaria uma **neutralidade formal** suficiente para alicerçar um juízo jurisprudencial racionalmente aceitável.

Em muitos “casos difíceis”, o procedimentalismo debate-se com problemas semelhantes aos do pragmatismo. Se voltarmos à sentença do “crucifixo” verifica-se que o Tribunal Constitucional Alemão ao recorrer a **pontos de vista** (a nosso ver, de resto, bons e aceitáveis) aparentemente universalistas, cognitivos e pós-convencionais – princípio da não confessionalidade do Estado, princípio da liberdade de religião – esqueceu-se daquilo que o autor em referência anotou com incisividade: “Mesmo que as considerações morais não sejam suficientemente selectivas para legitimar os programas das leis, a política e o direito – sobre a base de uma fundação pós-metafísica que lhes é comum – é suposto, apesar disso, que elas estão em concordância com a moral”⁸.

As discussões havidas e expressas no teor argumentativo da decisão jurisprudencial em causa mostram, de resto, que o *downsize* interpretativo e metódico da justiça constitucional não entronca em esforçados suportes metodológico-filosóficos pragmatistas ou procedimentalistas. Tentemos encontrar outra justificação.

⁷ Referimo-nos, obviamente, ao procedimentalismo comunicativo de J. Habermas. Cfr. J. Habermas, **Faktizität und Geltung**, Frankfurt/M, 1992, p. 138 ss.

⁸ Cfr. J. Habermas, **Faktizität und Geltung**, cit.

3. A deslocação balanceadora

Até há pouco tempo, considerou-se que alguns esquemas metódicos cogitados pelas jurisdições constitucionais se haviam convertido em “acquis” da ciência jurídico-constitucional. Um desses esquemas relaciona-se com a concepção de direitos fundamentais como **ordem objectiva**. O segundo diz respeito à **colisão** entre estes direitos. O terceiro relaciona-se com a ideia de **ponderação** ou **balanceamento** como método de resolução das situações colidentes de direitos. O quarto conexas-se com a distinção entre **regras** e **princípios**. A articulação de **ordem jurídica, colisão de direitos, ponderação e princípios** fornece os instrumentos retóricos adequados ao alicerçamento do “Estado ponderador” e à metódica jurisdicional balanceadora⁹. Os perigos deste esquema de decisão de conflitos têm sido salientados¹⁰. Relativamente ao novo tipo de Estado – o “Estado ponderador” – lança-se a acusação de ele se transformar num “Estado de compromisso” que, em vez de manter firme o princípio da juridicidade estatal, recorre à “legalidade extrajurídica”¹¹. No que toca à jurisprudência – e isso é que releva para este trabalho – o modelo de ponderação é criticado por resvalar para a ‘legalidade pura do caso’ (*Einzelfallgesetzlichkeit*). Decisões como as do Tribunal Constitucional Alemão sobre a utilização de tropas fora da fronteira da Alemanha¹² seriam um exemplo acabado da conversão do ideal ponderador em técnica do poder e um meio de transmutação do “facto em direito”. Acrescenta-se que a ponderação produz num enorme déficite de racionalidade e de legitimidade da justiça constitucional.

É possível que a manipulação do ‘modelo ponderador’ seja uma das explicações para o actual pragmatismo jurisprudencial dos tribunais constitucionais¹³. Ultrapassaria os objectivos deste trabalho a discussão da metódica de balanceamento. A nosso ver, a ponderação não é um processo desordenado e desregulado que termina em qualquer decisão. Pelo contrário é um processo estruturado de investigação e descoberta de decisões¹⁴.

⁹ Cfr., por todos, Walter Leisner, **Der Abwägungsstaat**, Berlin, 1997.

¹⁰ Ver, por exemplo, Nills Jansen, “Die Struktur rationaler Abwägung”, in **ARSP**, 66 (1997), p. 79 ss.

¹¹ Cfr. W. Leisner, **Der Abwägungsstaat**, cit, p. 232.

¹² Sentença de *Bundesverfassungsgericht*, 90, 286.

¹³ Vide, por último, Thomas Vesting, “Gegenstandesadäquate Rechtsgewinnungstheorie. Eine Alternative zum Abwägungspragmatismus des Bundesdeutschen Verfassungsrechts?”, in **Der Staat**, 41 (1/2002) p. 73 ss:

¹⁴ Ver, por exemplo, F. Ossenbühl, “Abwägung im Verfassungsrecht”, in Erbguth / Oebekke / Rengeling / Schulte (org), **Abwägung im Recht**, Köln, 1996, p. 25 ss.

O “modelo ponderador” parece agravar os seus defeitos quando é eleito como método de excelência no **balanceamento de princípios**. Os princípios são susceptíveis de ponderação; a ponderação é necessária para a aplicação de princípios¹⁵. Vamos deixar por aprofundar os vários modelos recortados pela doutrina em torno da dicotomia regras/princípios (“sistema de princípios”, “sistema de regras”, “sistema de princípios e de regras”). Seria, a nosso ver, um claro retrocesso jurídico-metódico tentar neutralizar a abertura principial da ordem jurídico-constitucional em nome da forma de segurança jurídica, legitimidade e aceitabilidade racional. O problema não está no “modelo de princípios” nem na ponderação metódica de princípios. O risco de “oportunismo casuístico” espreita, sim, quando a justiça constitucional se torna refém das contingências do caso concreto e das escolhas aleatórias dos operadores do direito¹⁶. E corre esse risco precisamente quando, como acontece hoje, revela uma completa desvinculação jurídico-metódica na concretização de princípios¹⁷. Um dado, porém, se afigura incontornável. Dada a impossibilidade de um sistema puro de regras (que ... corre o risco de ‘totalitarismo’) e a impossibilidade de um sistema puro de princípios (crivado de indeterminações normativas)¹⁸ a justiça constitucional não pode dispensar a concretização metódica de princípios. O risco do pragmatismo e do “facto erguido a direito” não reside nem nos princípios nem na ponderação de princípios. A crise da justiça existe quando os tribunais constitucionais se limitam a ponderações situativas assentes num pragmatismo ocasionalístico e eclético¹⁹.

4. ‘Desnecessidade da Constituição’ e “necessidade do Tribunal Constitucional”

Hoje precisa-se mais de um Tribunal Constitucional do que de uma Constituição²⁰. Desta forma rotunda, um jurista italiano inverte os papéis de Constituição e Tribunal Constitucional. A Constituição revelou-se aquilo que é: não um

¹⁵ Ver o livro clássico de R. Alexy, **Theorie der Grundrechte**, Frankfurt/M, 1996, p. 149 ss.

¹⁶ Salientando a vinculação metódica (*Methodenbindung*) cfr. F. Reiner, **Verfassungsprinzipien**, Berlin, 2001, p. 472.

¹⁷ Cfr. porém G. Zagrebelski, **Il Diritto Mite**, Torino, 1992, para quem as normas constitucionais se reconduzem prevalentemente a princípios.

¹⁸ Ver, recentemente, M. Peters, “**Grundrechte als Regeln und Prinzipien**”, *Zör*, 51, (1996), p. 172.

¹⁹ Ver as críticas severas de Mathias Jestaedt, **Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zum Interpenden von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnung**, Tübingen, 1999, p. 57 ss; e de K.H. Ladeur, “Das Bundesverfassungsgericht als Bürgergericht? Rechtstheoretische Überlegungen zur Einzelfallorientierung der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts”, in **Rechtstheorie**, 31 (2000), p. 67.

²⁰ Cfr. C. Mezzanote, “Le Fonti tra legittimazione e legalità”, in **Queste Istituzione**, 1991, p. 50 ss.

programa normativo, não um conjunto de normas, mas uma enunciação de valores pluralísticos. Paradoxalmente, se não existisse uma Constituição teríamos, em qualquer caso, necessidade de um Tribunal Constitucional. Mais recentemente, um outro autor italiano²¹ navega nas mesmas águas ao afirmar que a adesão a premissas metodológicas pluralísticas (cada uma das quais portadora de uma diversa visão da Constituição) permitiria ao juiz constitucional fazer conservar à lei fundamental a sua função integradora. Discutiremos este problema da função integradora no número seguinte. A tese anterior – a da inversão de necessidades – desafia, desde logo, a ideia central do constitucionalismo moderno. A positivação de uma “HigherLaw” é um produto expresso da vontade dos povos (*We the People*) e não de um corpo de juízes qualquer que seja o seu título de legitimação democrática. A criação de uma ordem de integração radica, em primeiro lugar, num título de legitimação democrática, não se devendo confundir a **normatividade da interpretação jurisdicional da Constituição** (produzida pelos juízes) com a **normatividade das regras e princípios constitucionais** positivamente plasmados pelos titulares democraticamente legitimados. Há que **tomar a sério** a estrutura textual das constituições, pois um desconstrucionismo desvinculado da forma normativo-constitucional dificilmente “constrói” uma ordem de integração²².

²¹ Referimo-nos a G. Scaccia, **Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale**, Milano, 2000, p. 397 ss.

²² Vejam-se as incisivas considerações de L.H. Tribe “Taking Text Structure Seriously: Reflections on Freeform Method in Constitutional Law Interpretation”, in **Harw Law Review**, 108 (1995), p. 1221 ss.

§ 3º

Jurisdição constitucional e comunidades inclusivas

1. O ‘topos’ da integração

O tema da “integração” está, hoje, na ordem do dia. Tal como a Constituição, também os tribunais constitucionais têm desempenhado um importante papel de integração comunitária. Era essa a ideia subjacente ao apelo à **ordem de valores** ou **sistema de valores** revelados pela *constitutio scripta*. É sabido que a acentuação da ideia “ordem” e de “sistema” valorativamente carregados acabou por gerar muitas objecções relativamente à bondade integradora da *Wertjudikatur*²³. A sombra da totalidade de valores acompanhou a rejeição da própria figura argumentativa da ordem de valores²⁴. Aqui vinham incidir as contundentes e conhecidas críticas (Carl Schmitt, E. Forsthoﬀ) da “tirania de valores” e da “desconstrução do direito constitucional”. Hoje, o conceito de valor, mesmo quando convocado para a discussão teórico-metodológica, está sujeito a uma apertada vigilância discursivo-comunicativa. Não pode nem deve significar a incorporação ou positivação de uma qualquer teoria material de valores ou de uma qualquer escola filosófica sobre os valores²⁵. Num mundo pós-convencional e pós-metafísico, “o valor e o carácter de valor tornam-se no substituto positivo do metafísico”²⁶. Aqui – em sede de justiça constitucional – eles podem converter-se também num factor perturbador da **inclusão do outro**, quando impeliram o concretizador da constituição para uma concepção integracionista da ordem constitucional em desfavor de uma **ordem integrativamente pluralista**.

²³ Cfr., precisamente, R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2 e 4, 1961, p. 482 ss, que aludia a uma “**Symbolisierung einer unformulierbar Wertfülle einer Wertfeotalität**”, e que reconheceu num dos seus últimos trabalhos a insuficiência metódica e teórica da teoria da integração. Por último, ver W. Hennis, “Integration durch Verfassung? Rudolf Smend und die Zugänge zum Verfassungsproblem nach 50 Jahren unter dem Grundgesetz”, in *JZ*, 1999, p. 45 ss; W. Brugger, *Liberalismus. Pluralismus, Kommunitarismus*, Baden-Baden, 1999, p. 23 ss.

²⁴ Paradigmático a este respeito o trabalho de H. Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden, 1967. Mais recentemente, cfr. U. Haltern, “Integration als Mythos. Zur Überforderung der Bundesverfassungsgerichts”, in *Jör*, 45 (1997), p. 67 ss; Baldassare, “Costituzione e teoria dei valori”, in *Pol. Dir.*, 1991, p. 657 ss.

²⁵ Veja-se a clara distinção entre plano deontológico (o dos princípios) e do plano axiológico (o dos valores) feita por R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 73.

²⁶ Citamos as próprias palavras de M. Heidegger, *Holtzwege (Caminhos da Floresta)*, Lisboa, 1998, p. 262). Em língua portuguesa, numa perspectiva antimetafísica, Lenio Luís Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre, 2002, p. 216 ss. Veja-se também C. H. Starck, “La Legitimité de la Justice Constitutionnelle et le principe democratique de la majorité », in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995, p. 59 ss.

2. O pluralismo normativo e compreensivo

A doutrina constitucional mais recente insiste na necessidade de “interpretações justas” da Constituição no contexto das comunidades inclusivas²⁷ (“multiculturais”, “pluralistas”). Para economizarmos o discurso, escolhemos aqui, como conceito operativo o conceito de **pluralismo compreensivo**²⁸. Trata-se de caracterizar as comunidades onde existe uma pluralidade de concepções de bem com a inerente dificuldade de promover a coesão social e cultural²⁹.

Nestas comunidades o pluralismo compreensivo pressupõe e exige uma **justiça compreensiva** ou, como sugestivamente escreveu um dos teóricos do multiculturalismo, **tacto hermenêutico**³⁰. A justiça compreensiva, ou melhor, a **justiça constitucional compreensiva** defronta-se com dois problemas centrais:

- (1) decisão de **casos difíceis** onde se confrontam esquemas de valores e dimensões morais radicalmente conflitantes com os padrões éticos e os comportamentos da maioria política e social;
- (2) salvaguarda dos **princípios da modernidade** assentes nas liberdades individuais, mesmo no contexto multicultural.

Como é de intuir, o fulcro da questão é o de saber como é que os tribunais acolherão nas suas sentenças a chamada **política do reconhecimento** ou da **diferença** que, em vez de erguer a corolário lógico a identidade dos homens por reabsorção das diferenças ou de ontologizar as próprias diferenças forçando a separação, reconhece a existência de direitos, individuais e colectivos, a comunidades diferentes³¹. Em termos práticos, a questão é, portanto, esta: como recortar um ‘facto hermenêutico’ jurisdicionalmente multiculturalista?

3. O tacto hermenêutico

3.1. Abertura e limites da justiça constitucional compreensiva

²⁷ Na doutrina portuguesa veja-se o estudo de Jónatas Machado, **A Liberdade de Religião e a Comunidade Inclusiva**, Coimbra, 1998.

²⁸ Vide Michel Rosenfeld, **Just Interpretation. Law Between Ethis and Politics**, Berkeley/Los Angeles, 1998, p. 200.

²⁹ Cfr. Michel Rosenfeld, **Just Interpretation**, cit., p. 210 que fala de “comunidades pós-modernas”.

³⁰ Referimo-nos a M. Kingwell, **A Civil Tongue. Justice, Dialogue and the Politics of Pluralism**, Pennsylvania, 1995.

³¹ Cfr. as obras clássicas de Kymlicka, **Liberalism, Community and Culture**, Oxford, 1989, **Multicultural Citizenship**, Oxford, 1995, e de Charles Taylor, **Multiculturalisme, Différence et Democratie**, Paris, 1994. Dando conta e discutindo o problema a partir da ideia de integração republicana vide J. Habermas, **Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie**, Frankfurt/M, 1996.

Uma possível linha de orientação será esta: a justiça constitucional deve promover a integração de todos os cidadãos, mesmo tendo em conta o contexto das comunidades inclusivas caracterizadas por uma pluralidade de concepções de bem, nos planos ético, moral e político³². As querelas entre as teorias “liberais”, “comunitaristas”, “republicanas”, “conservadoras”, em torno da “melhor constituição” e, até, da “melhor teoria moral” devem ficar fora da justiça constitucional quando se trata de pôr em causa princípios fundantes da constituição e experimentalmente estruturantes de uma ‘ordem de liberdade’: são eles o princípio da inalienabilidade e universalidade de direitos, o princípio de autonomia individual, o princípio igualitarismo moral, o princípio da igualdade e da solidariedade comunitárias³³. Em termos práticos, isso significa:

- (1) a ‘política da diferença’ não equivale a uma “surfagem” político-moral e jurídico-constitucional, por parte dos tribunais constitucionais, nos mares revoltos da multiculturalidade ;
- (2) a justiça constitucional compreensiva coloca limites à multiculturalidade, pois os grupos de diferença e de dissenso não podem dispor de instrumentos jurídicos e institucionais fragmentadores do espaço jurídico-constitucional da inclusividade;
- (3) a justiça constitucional compreensiva deve, através da normatividade da interpretação judicial da lei fundamental, fornecer aberturas para um estatuto de diferenças que não se traduza nem na substancialização das diferenças (à antiga) nem na superficialização das mesmas (à moderna).

A consideração destes vectores leva um conhecido defensor da teoria cultural da Constituição e da teoria constitucional comparada a falar de coisas como o “nosso islamismo europeu”³⁴.

3.2. Minimalismo jurisprudencial

Uma segunda proposta, agora metodicamente mais direccionada, é a que podemos designar, na senda da juspublicística norte-americana, por jurisdição incompletamente

³² Vide, por exemplo, W: Brugger, “Kommunitarismus als Verfassungstheorie der Grundgesetzes” in AöR, 123 (1998), p. 371 ss; U. Haltern, **Verfassungsgerichtsbarkeit – Demokratie und Misstrauen**, 1998, p. 110 ss.

³³ Cfr., por todos, C.R. Sunstein, **One Case at Time Judicial Minimalism on the Supreme Court**, 1999.

³⁴ Referimo-nos a Peter Häberle, **Europäische Verfassungslehre**, Baden-Baden, 2000.

teorizada (*incompletely theorized agreements*)³⁵ e que conduz a um **minimalismo jurisprudencial** dotado de aceitabilidade racional.

Propugna-se aqui uma tripla redução dos poderes de cognição dos juízes constitucionais:

- (a) resolver o caso, evitando a sobrecarga da decisão jurisdicional com aberturas para outras esferas jurídico-políticas;
- (b) resolver o caso, renunciando a directrizes de solução para casos futuros;
- (c) resolver o caso, evitando que o teor argumentativo da sentença mergulhe na discussão de grandes princípios, arduamente disputados no espaço público.

A Justiça Constitucional assumir-se-ia explicitamente como uma justiça **estreita e superficial**. O problema está, precisamente, em saber se os problemas constitucionais difíceis se poderão resolver com estreiteza e superficialidade. Os problemas são **problemas constitucionais** e a Constituição não “pode estar fora dos tribunais”³⁶, sobretudo daqueles a que compete resolver questões jurídico-constitucionais.

Esta posição é tanto mais irrecusável quanto a jurisdição constitucional se concentra num Tribunal que, de forma abstracta e concentrada, se pronuncia sobre a bondade ou maldade das soluções político-normativas. Os temas polémicos do aborto, das uniões homossexuais, dos programas pornográficos na televisão, da transfusão de sangue para adeptos das Testemunhas de Jeová, levantam sempre problemas constitucionais relacionados com os grandes princípios: família e liberdade de constituição de família, vida e direito à vida, religião e liberdade de religião, liberdade de expressão e de programação e defesa da juventude. Nos seus aspectos nucleares, a justiça constitucional ou é uma justiça de princípios ou não é. Mais do que uma justiça de casos, é uma justiça de princípios.

3.2. Aceitabilidade racional e consistência

A justiça constitucional é uma justiça de princípios, dissemos. Mesmo quando, de acordo com as sugestões da *incompletely theorized agreements*, se tente resolver um caso concreto e se evite discutir o seu enquadramento, parece incontornável a dissociação do problema concreto” e do “problema principal”. Tenha-se em vista, por exemplo, o caso do aborto. Como R. Dworkin escreveu de forma incisiva “o aborto está

³⁵ Vide, expressamente, Cass Sunstein, **One Case at a Time**, cit, p. 10 ss.

³⁶ A expressão é de M. Tushnet, **Taking the Constitution Away from the Courts**, 1999.

dilacerando a América”³⁷. No célebre caso *Roe vs Wade* o Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos reconheceu o direito a qualquer mulher a decidir ela própria sobre a interrupção da gravidez, considerando essa decisão como uma decisão do *right to privacy*³⁸. Já outros Tribunais Constitucionais (a começar pelo Tribunal Constitucional Alemão) insistem na análise do problema partindo do direito à vida e da protecção do bem da vida. É difícil ao minimalismo jurisprudencial superar, na fundamentação da sentença, o que é decisão do caso e o que são “princípios arduamente disputados no espaço público”. As sentenças não podem fugir dos princípios. Mas como evitar os perigos de uma “*Wertjudikatur*” no contexto plural? Como decidir, no mar revolto da multiculturalidade, de forma consistente e racionalmente aceitável?

3.4. Prioridade de normas de segunda ordem

Um ponto de partida que estava sempre presente nas teorias da argumentação e que foi ultimamente sugerido por Michel Rosenfeld³⁹ retoma a distinção entre **normas de primeiro grau** (*first order norms*) e **normas de segundo grau** (*second order norms*). Os pontos básicos da justiça compreensiva assente nesta distinção seriam estes:

- (1) o **pluralismo compreensivo** transporta uma ética de inclusão, promovendo a coexistência pacífica do maior número possível de concepções alternativas de bem; daí que
- (2) uma **justiça compreensiva** tenha que operar a um nível abstracto superior relativamente a várias concepções de bem, sob pena de se enredar ela própria, na irreconciliabilidade das concepções plúrimas de bem; donde
- (3) a prioridade de regras de segundo grau (autonomia, reciprocidade, diversidade, empatia) possibilitadoras de uma **justiça processual** capaz de assegurar um ponto de equilíbrio entre as posições substantivas dos parceiros de dissenso.

Se bem compreendemos as coisas, o “melhor método” para a composição judicial de direito e interesses no mundo multicultural da Constituição não postula uma melhor “teoria multicultural da Constituição” (comunitarismo, liberalismo, republicanismo). Deve assentar, sim, num esquema processual em que “normas de

³⁷ Cfr. R. Dworkin, **Life's Dominion: an Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom**, New York, 1994: “Abortion is tearing America apart”.

³⁸ Ver a discussão metódica em Markus Schefer, **Konkretisierung von Grundrechten durch den S.U. Supreme Court**, Berlin, 1997, p. 82 ss.

³⁹ Cfr. M. Rosenfeld, **Just Interpretation**, cit., p. 210.

segunda ordem” definem as regras do jogo em que se disputam várias concepções bem.

Isto porque:

- (1) o pluralismo compreensivo assente na igual dignidade, *prima facie*, das diversas concepções de bem; mas
- (2) esta equiparação das diversas concepções deve ser temperada por um ideal **contrafactual** de pluralismo, reconduzível ao igual respeito pela **integridade** da concepção de bem respectivamente acolhido por um e por outro; daí que
- (3) a justiça compreensiva tenha de aceitar **restrições**, em **termos definitivos**, quando as normas de segunda ordem não consigam salvaguardar as regras do jogo das concepções do bem em disputa.

No fundo, a justiça constitucional, no contexto dos desafios multiculturalistas, acaba por ser numa aproximação ao paradoxo da “tolerância perante os intolerantes” ou, por outras palavras, aos limites à **hiperinclusividade** em prol da manutenção da própria **inclusividade**⁴⁰. É este um dos “passos” obrigatórios da justiça constitucional compreensiva: saber se a normatividade da interpretação/concretização judicial da Constituição dispõe de métodos para chegar aos limites da autoreferência do sistema constitucional.

Coimbra, Dezembro de 2002

⁴⁰ Ver, por exemplo, B. Celano, “Tolleranza, diritti universali e paradossi delli autoriferimento”, in F.D. Agostino (org.), **Pluralità delle cultura e universalità dei diritti**, Torino, 1996.

DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL
Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DE EUROPA.
INFLACIÓN DE DERECHOS Y DESLEGALIZACIÓN
DEL ORDENAMIENTO

Juan Luis Requejo Pagés

I

1. Si utilizamos las palabras en el sentido con el que habitualmente las entendemos, la Constitución Europea y el Derecho estatal son dos términos excluyentes: si aquélla es una Constitución, su integración en el Derecho del Estado sólo es posible si el Estado deja de serlo, esto es, si su Ordenamiento no trae causa última de la Constitución nacional. Si ésta ha de seguir mereciendo ese nombre, la Europea no será, en la estructura del Ordenamiento interno, otra cosa que un tratado internacional —una norma, al fin, subordinada a la Norma constitutiva del Estado.

Para que las cosas sean de otra manera es preciso convenir en nuevos conceptos. Con los que todavía manejamos, herederos de una Teoría del Derecho que se contrae en los límites del Estado, la alternativa pasa por la integración de los órdenes nacional e internacional a partir de la preeminencia de uno sobre otro. Sencillamente, dos Constituciones son realidades imposibles en un mismo espacio/tiempo. A los intentos de desvirtuar este principio sólo les cabe el fracaso que se sigue de cualquier provocación a las leyes de las ciencias físicas.

2. Recordaré algunas cosas elementales. Para la Teoría de la Constitución, la Norma Fundamental es la primera norma positiva de un Ordenamiento, de la cual derivan su validez las restantes normas positivas, no dependiendo ella misma en su existencia jurídica de otra norma positiva superior. La Constitución, pues, como causa primera y no causada del Derecho positivo personificado en el Estado (que no es otra cosa que su concepto).

A partir de este concepto —un concepto normativo, que atiende a la función de las normas constitucionales y que, por tanto, hace abstracción de su contenido y del proceso constituyente (irrelevante, como es natural, para una norma que se entiende como *no causada*)—, la Constitución es, sobre todo, una norma sin equivalente posible en el Ordenamiento, pues lo que hace de las normas positivas un conjunto *ordenado* en un sistema es la

posibilidad de reducir la validez de todas ellas a una única norma superior común. Por referencia a ésta, todas las demás le son subordinadas.

Una norma de esas características está presente en todo Ordenamiento positivo, pues es la condición misma de su existencia. Los Ordenamientos comunitario y español disponen de sus correspondientes Normas primeras o constitutivas, condición de la existencia de las restantes que a partir de cada una de ellas conforman los Ordenamientos respectivos. Alrededor de cada Constitución se crea, pues, un sistema perfecto, autorreferencial y suficiente, cuyo horizonte normativo termina en la Constitución propia.

La integración de normas procedentes de Ordenamientos ajenos al creado por la Constitución nacional es una operación perfectamente posible. La dificultad surge por el diferente modo en que la integración es considerada desde cada uno de los Ordenamientos en presencia: aquél del que la norma procede, por un lado, y el Ordenamiento de acogida, por otro. Para éste, la integración sólo es admisible si la norma foránea subordina su validez al respeto de lo que resulte de la Constitución interna. Para el Ordenamiento de origen, no es concebible que sobre la validez de sus normas propias pueda decidir un Ordenamiento ajeno. Bajo estas condiciones, el éxito de la integración sólo es posible al precio de la infracción de uno de los Ordenamientos así, necesariamente, enfrentados. Dicho de otro modo, su viabilidad es cuestión que se resuelve en el ámbito de la eficacia y, por tanto, más allá de los límites de lo normativo; allí donde el Derecho nada puede decir.

3. Operando con un concepto de Constitución construido alrededor de la categoría de la validez no es posible la integración de normas procedentes de sistemas normativos autónomos en su origen y en su fundamento. En esos términos, la integración equivale a la claudicación de uno de los sistemas concurrentes. Mal puede hablarse, sin embargo, de verdadera integración cuando sólo se logra al precio de la desaparición de lo integrado en la estructura que lo comprende. La verdadera integración supone una cierta pervivencia de la identidad diferenciada de la norma integrada, un grado de autonomía *existencial* por referencia a su Ordenamiento propio.

El origen de todas las dificultades está, pues, a mi juicio, en la categoría de la validez. Más precisamente, en la definición de la Constitución, de sus funciones, a partir de ese concepto. Se impone, por ello, otro entendimiento

de la idea de Constitución. La idea que sugiero es la de reconstruirla a partir de la categoría de la aplicabilidad.

No puedo ofrecer aquí una exposición acabada de esa idea, pero quizás baste con un esbozo para advertir de sus ventajas¹. Definir la Constitución como una norma sobre la aplicabilidad de otras normas —y no como una norma que determina la validez de todas ellas— permite que el problema de la integración se verifique sin condicionar la validez de las normas integradas al respeto de otra norma que no sea la Constitución del Ordenamiento del que proceden. La validez de cada norma es, así, una cuestión irrelevante para el Ordenamiento de acogida, que la resolverá siempre por remisión al Ordenamiento de origen. Lo decisivo será que, supuesta la validez de la norma de cuya integración se trata, la incorporación en el Ordenamiento de acogida sólo será posible si lo consiente la Constitución de este último. La Constitución decide, pues, qué normas foráneas pueden integrarse, por qué cauces y bajo qué condiciones. En ese poder de decisión ha de cifrarse la expresión normativa del poder soberano. Ahora bien, decidida la posibilidad de la aplicación (la aplicabilidad), el régimen concreto bajo el que ésta se realice en cada caso puede ser cuestión indisponible por el Ordenamiento de acogida. Tal sucede, característicamente, con las normas internacionales, nacidas en sistemas constituidos a partir del principio de que sus mandatos se imponen, tras la integración en los sistemas nacionales, por encima de cualquier norma nacional, de cualquier orden, valor y rango.

De las normas foráneas no se espera, pues, otra cosa que su integración por los cauces constitucionalmente establecidos, en el entendido de que su contradicción material con la Constitución nacional no redunde en su invalidez (indisponible para el Derecho interno), sino sólo en la invalidez de los procedimientos internos de integración, siendo así que esa invalidez sólo supondrá la inaplicabilidad de la norma externa si el Derecho del que ésta procede acepta esa infracción del Derecho nacional como causa suficiente para privar a su norma propia de la condición de norma internamente aplicable (artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados). Por lo demás, la contradicción material con la Constitución sólo dirá de la inadecuación del procedimiento de integración elegido, que en el caso español sería el del artículo 95 CE (reforma constitucional previa a la

¹ Sobre el particular me he explicado en *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, MacGraw-Hill, Madrid, 1995, y *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, Madrid, 1998.

integración), siendo el procedimiento (interno) impropriamente seguido el único que podría ser objeto (internamente) de una sanción de invalidez.

Los conflictos entre las normas internacionales y el Derecho interno se resuelven, pues, en el ámbito de la aplicabilidad, que presupone siempre una validez de la que sólo cabe hacer cuestión en el Ordenamiento del que trae causa la existencia de la norma de cuya integración se trata, por un lado, o en aquél al que debe su ser jurídico el procedimiento observado internamente para la integración, por otro.

Entendida la Constitución como *norma sobre la aplicabilidad de normas*, la integración de la llamada Constitución Europea en el Derecho español se perfecciona con la atribución a la norma foránea de la condición de norma aplicable en el Ordenamiento nacional. Una vez recibida de la Constitución nacional esa cualidad, el modo en que se verifique la concreta aplicación de la Constitución Europea y de su Derecho derivado es ya una cuestión distinta, aunque asumida por la Constitución nacional al hacer posible la integración: con ella, en efecto, el Ordenamiento también integra, de existir, el régimen propio de aplicación inherente al Ordenamiento incorporado.

4. Sobre la base de estos principios puede entenderse la solución acogida en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre. Sobre esta Declaración sólo quiero decir aquí, sin embargo, que ningún Tribunal Constitucional habría podido dar otra respuesta al interrogante del Gobierno a propósito de la primacía. No ya porque, en efecto, la primacía del artículo I-6 de la Constitución Europea no supone ninguna novedad en las relaciones Derecho nacional/Derecho europeo, siendo, a mi juicio, irrelevante el hecho de que hasta ahora ese principio no tuviera otro fundamento que el de la pura construcción jurisprudencial, pues el origen de un principio no afecta a su naturaleza. Lo que quiero decir es que un planteamiento maximalista como el del Gobierno encerraba una lógica perversa: admitir la incompatibilidad de la primacía del Derecho europeo con la Constitución Española supondría plantear la cuestión en el terreno de la validez, pues es claro que en el de la aplicabilidad no hay contradicción posible: el Derecho europeo prevalece sobre el Derecho español (Constitución incluida) porque ése es el régimen de aplicación que para sus normas ha asumido como propio la Constitución Española al hacer posible que la Constitución Europea sea aplicable en España.

Si esto no se entiende así y se quiere discurrir por el terreno de la validez, lo que se estará preguntando es cuál de las dos normas es válidamente superior; esto es, cuál es la norma suprema. Admitir que, en esos términos, hay contradicción (y no puede dejar de haberla) supone que su solución pasa sólo por esta vía: la Constitución Europea sólo puede integrarse una vez desprovista la Española de su condición de norma suprema, es decir, tras dejar de ser Constitución.

A quienes entiendan las cosas de otro modo se me ocurre hacerles la siguiente pregunta: Advertida una contradicción entre el artículo I-6 de la Constitución Europea y el artículo 9.1 de la Constitución Española, y si no se concluye que la integración de aquélla es sencillamente imposible (como lo sería, por cierto, la de cualquier norma internacional, pues la primacía es un principio común a todas ellas), ¿qué reforma habría que hacer de esta última, *ex* artículo 95 CE, para suscribir aquel Tratado? Evidentemente, sólo una reforma que despojara a la Constitución Española de su condición de norma primera. Se dirá que bastaría con reformar el artículo 93 CE, incluyendo una «cláusula europea». Sin duda, ésa sería la solución más razonable, y posiblemente será la que se acoja en una posible reforma próxima de la Constitución. Pero se convendrá en que una cosa es reformar ese artículo por entender que la cesión de competencias que ahora ahí se contempla no es suficiente para permitir la integración de un Tratado como el de la Constitución Europea, y otra, muy distinta, sostener que la revisión trae causa de una contradicción de principio, relativa a la esencia misma de la Constitución como norma suprema. Aun moviéndonos en ambos casos en el terreno de la cesión de competencias, la diferencia no sería sólo de grado, sino de verdadera cualidad.

¿Cabe imaginar a un Tribunal Constitucional, garante de la supremacía de la Constitución, asegurar la indemnidad del texto constitucional exigiendo que, al servicio de su respeto, se reforme la Constitución para que deje de serlo?

Acaso la relación entre el Derecho nacional y el europeo sólo es posible si convenimos en silenciar que su articulación estricta es imposible —por responder a lógicas contrarias e irreductibles— y tengamos que movernos en la penumbra de una indefinición calculada, sin preguntarnos por las esencias (salvo que se esté dispuesto a repensar las categorías fundamentales al uso y a prescindir, quizás, de las que se nos antojan más incuestionables).

II

5. El análisis del fenómeno de la integración del Derecho europeo ofrece una segunda dimensión. La integración de normas internacionales en el Derecho nacional suele considerarse exclusivamente desde la perspectiva de la Constitución, es decir, desde la cúspide de la pirámide normativa. La realidad que se divisa desde esa posición es muy distinta, sin embargo, de la que se observa desde la base del Ordenamiento, allí donde se concretan definitivamente las abstracciones constitucionales mediante la aplicación jurisdiccional del Derecho. Es ésta una realidad muy alejada de las simplificaciones propias de la Constitución, para la que todo se reduce a la lógica de la subordinación jerárquica a la voluntad constituyente. Desde la base de la pirámide, en efecto, el Juez debe reducir a unidad una pluralidad de normas que deben su condición de normas aplicables a la Constitución nacional, pero que no siempre se aplican conforme a la lógica de la jerarquía, sino con arreglo al principio de la prevalencia característico de los sistemas internacionales.

La Constitución habrá dispuesto que las normas puramente internas, es decir, las creadas por los órganos nacionales, se ordenen con arreglo al criterio de la jerarquía o al de la competencia, pero siempre desde el respeto indiscutible a la Constitución misma, que es, para esas normas internas, jerárquicamente incontestable. La Constitución, además, podrá prever la integración de normas ajenas a ella en su existencia, sean normas internas preconstitucionales, sean normas internacionales. Respecto de las primeras, será libre para disponer el modo en que habrán de aplicarse; respecto de las segundas, en cambio, una vez decidida (soberanamente) su aplicabilidad, habrá de estarse al régimen de aplicación característico del sistema del que esas normas proceden. Y ese régimen, como se sabe, está basado en el principio de la aplicación preferente de las normas internacionales frente a las internas, sean éstas del rango y valor que sea. *Pacta sunt semper servanda, quoque contra Constitutionem*².

La verdadera unidad del ordenamiento, lo que hace que la concurrencia de normas de diferente procedencia dé lugar a un verdadero sistema y no

² La razón de la diferencia, en este punto, entre las normas preconstitucionales y las externas es que aquéllas no tienen otros órganos jurisdiccionales de garantía que los creados por la Constitución vigente; las externas, por contrario, si bien se sirven también de éstos, reservan el último pronunciamiento jurisdiccional a órganos de tutela propios del sistema del que reciben su condición de normas válidas. En el caso del Convenio de Roma de 1950, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

a una simple acumulación invertebrada de normas de Derecho, se alcanza en el nivel de la jurisdicción. Es allí donde deben reducirse a unidad las lógicas propias de cada uno de los sistemas en presencia. Lógicas que, consideradas desde la cúspide, se presentan muchas veces como excluyentes y contradictorias. Pero esa reducción a unidad pasa por la previa definición de la posición del Juez nacional, que también es Juez del sistema internacional integrado en el Ordenamiento. Superar esa esquizofrenia de la doble naturaleza del Juez es el primer paso para la verdadera integración de los sistemas a los que está igualmente vinculado.

6. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, los Ordenamientos nacionales padecen una verdadera inflación de enunciados. Es función del Juez que esa proliferación de enunciados normativos referidos formalmente a un mismo derecho se reduzca a unidad en un solo contenido. El derecho a la libertad personal, por ejemplo, no puede tener tantos contenidos como instrumentos normativos lo proclamen o reconozcan. Es preciso que de la concurrencia de enunciados resulte un contenido único. En otro caso, la inflación de derechos enunciados, lejos de redundar en su mejor garantía, terminará por producir el mismo efecto que la más absoluta de las anomias.

La Constitución Española facilita considerablemente, en principio, esa reducción a unidad. Su artículo 10.2, en efecto, viene a disponer que los contenidos de los derechos fundamentales españoles se integrarán mediante la articulación de [a] normas internacionales y [b] normas constitucionales. La integración comienza, por tanto, en la definición del derecho, no después, en la interpretación del derecho ya definido y a los fines de su aplicación. Creo que es importante esta diferencia entre *integración en la definición* e *integración en la interpretación* de un derecho ya definido.

Ahora bien, esos contenidos (nacional e internacional) que deben integrarse en la definición material del derecho están formados tanto por el enunciado normativo correspondiente como por la interpretación auténtica de ese contenido por parte de su intérprete autorizado. Quiero decir que para la definición del derecho fundamental a la libertad de expresión habrá que tener en cuenta [a] el enunciado internacional, [b] el enunciado constitucional y [c₁, c₂... c_n] la interpretación auténtica de esos enunciados, es decir, la jurisprudencia de cada uno de los Tribunales de garantía de los sistemas en los que se integra el respectivo enunciado formal (así, por ejemplo, el

Tribunal de Estrasburgo por referencia al Convenio de Roma). Y una vez definido el derecho fundamental nacional a partir de esos componentes, los Tribunales nacionales ordinarios perfilarán definitivamente sus contornos dando aplicación al contenido que resulta de [a], [b] y [c₁, c₂... c_n], conjugados todos esos elementos en la interpretación autorizada [d] del Tribunal Constitucional.

En definitiva, de acuerdo con la Constitución Española, el contenido, sentido y alcance de los derechos fundamentales no se agota en los preceptos constitucionales, sino que el intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional, debe definirlos integrando como elementos constitutivos de los mismos a las normas internacionales suscritas por España en materia de derechos, ajustándose a la jurisprudencia de los respectivos Tribunales internacionales. Por su parte, los Tribunales ordinarios están vinculados a la definición de los derechos realizada por el Tribunal Constitucional y, por tanto, indirectamente, también a la jurisprudencia de los Tribunales internacionales.

7. A lo largo de los veinticinco años de su existencia, el Tribunal Constitucional ha demostrado una especial sensibilidad respecto de la dimensión internacional del proceso de definición de los derechos fundamentales. Ya en uno de sus primeros pronunciamientos (STC 42/1982, de 5 de julio) estableció que el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por la Constitución en su artículo 24, debía entenderse integrado con el derecho a la doble instancia en materia penal, formalmente garantizado por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Más recientemente, ese efecto expansivo del contenido de los derechos por obra de su definición a partir de normas internacionales ha tenido un nuevo episodio con la STC 167/2002, de 18 de septiembre, en cuya virtud, y contra lo que venía siendo la doctrina oficial consolidada, ha de entenderse en lo sucesivo que el derecho a la doble instancia comprende el derecho a la celebración de vista pública en el proceso de apelación cuando en la primera instancia ha habido un pronunciamiento absolutorio. En este caso, la definición del derecho constitucional (artículo 24 CE) se ha matizado a partir de la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Estrasburgo, y no, como en el ejemplo anterior, a partir de un enunciado normativo. Dos casos, por tanto, que ilustran sobre la naturaleza «constitutiva» que las normas y las jurisprudencias internacionales tienen para el Tribunal Constitucional español, cuya

doctrina —vinculante para el Poder Judicial— se irradia sobre el conjunto del ordenamiento nacional.

Por último, otro ejemplo destacable de la relevancia interna de la dimensión internacional de los derechos fundamentales es el ofrecido por el tratamiento que viene dando el Tribunal Constitucional a la ejecución interna de las Sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como se sabe, tales pronunciamientos, con arreglo al propio Convenio, no son internamente ejecutivos en sus puros términos, agotándose su eficacia comúnmente en una indemnización compensatoria. El Tribunal Constitucional español, en la idea de que la consideración del ordenamiento como un sistema exige evitar la consecuencia de que una declaración de infracción de derechos produzca distintos efectos según cuál sea el Tribunal que la declara, ha establecido desde la STC 245/1991, de 16 de diciembre, que las Sentencias condenatorias del Tribunal del Convenio de Roma serán internamente ejecutivas si la lesión de derechos trae causa de una pena privativa de libertad que está todavía en curso de ejecución al tiempo de pronunciarse Estrasburgo. Se excepciona así, aunque sólo en las condiciones citadas, el principio de que las condenas internacionales al Estado no producen plenos efectos internos.

8. No faltan, desde luego, supuestos de contradicción entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo, pero no puede hablarse de conflictos que afecten a líneas específicas de jurisprudencia. No hay ninguna materia en la que el Tribunal Constitucional mantenga una posición de conjunto contraria a la de Estrasburgo, y las contradicciones observables son las lógicas entre Tribunales que se pronuncian en instancias sucesivas, es decir, aplicando una doctrina unitaria que ocasionalmente puede merecer una interpretación distinta en su aplicación a un supuesto de hecho particular.

Sin embargo, el panorama que acabo de describir no deja de encubrir una realidad problemática. La razón es que la integración de sistemas normativos en un ordenamiento no puede alcanzarse mediante la simple superposición de instancias jurisdiccionales, sin atender a la naturaleza diversa de la jurisdicción ejercida por cada uno de los Tribunales que en ellas operan. Quiero decir que la sucesión de instancias de control y definición del contenido de los derechos no puede dejar de tener en cuenta que cuando las instancias superiores son de orden constitucional y/o internacional nos

movemos en un plano ontológicamente distinto y conceptualmente anterior al ocupado por los Tribunales nacionales ordinarios. El problema es, en otras palabras, que el pronunciamiento de los Tribunales que operan en un nivel ontológicamente anterior se produce, sin embargo, en un momento cronológicamente posterior. De ello resultan dificultades que afectan a la totalidad de la estructura del ordenamiento de los derechos.

La jurisdicción constitucional en materia de derechos es, en España, una jurisdicción de mínimos. La jurisdicción de Estrasburgo, por su parte, tampoco es una jurisdicción de máximos. Sólo la jurisdicción nacional ordinaria es la competente para definir el contenido de cada derecho en toda su extensión y plenitud, de manera que las jurisprudencias constitucional e internacional a las que están vinculados los Tribunales ordinarios operan como un sustrato mínimo, sobre cuya base debe elevarse la totalidad del contenido del derecho en su configuración acabada, definitiva. El problema es que, pronunciándose los Tribunales que aseguran ese mínimo en una instancia posterior, se corre el riesgo de que los Tribunales inferiores deduzcan de esa posterioridad en el tiempo una posterioridad ontológica en el proceso de definición del derecho y no sólo asuman las Sentencias constitucionales e internacionales como una definición acabada, sino que también hagan propio el método con el que operan dichos Tribunales. Así, por ejemplo, se han dado casos de Tribunales de primera instancia que, ante la queja de que se había quebrantado la legalidad procesal, responden que lo importante es que la quiebra de las formalidades no pongan a la parte en situación de indefensión material. Es decir, se opera con el método propio del Tribunal Constitucional (Tribunal de mínimos) y se deja así sin garantía todo el nivel de la legalidad. Típico supuesto de la desprotección por exceso: en nuestra preocupación por asegurar la normatividad efectiva de la Constitución se está descuidando la protección de la legalidad, de manera que podemos pasar de ordenamientos sin Constitución a ordenamientos que quedan reducidos a ella. Con todo lo que ello supone en términos de inseguridad y arbitrariedad, pues un Juez ordinario desvinculado de la ley y sometido sólo a la Constitución es un Juez dotado de un margen de discrecionalidad tan amplio como el que resulta de la naturaleza abierta e indeterminada de los preceptos constitucionales.

Del mismo modo, un Juez que hace de la doctrina de Estrasburgo algo distinto que una doctrina de mínimos es un Juez que hace abstracción de la complejidad estructural del Derecho nacional, reduciendo todas las garan-

tías jurídicas al mínimo denominador común entre tradiciones compartidas que es característico del método propio del Tribunal Europeo.

9. En definitiva, y sobre esto quiero llamar la atención, el verdadero problema del presente es el riesgo de confusión de los distintos planos ontológicos en que se mueven todos los Tribunales que participan en el proceso de definición de derechos. La sucesión cronológica de instancias no se corresponde con la sucesión ontológica de los estadios del proceso de definición de los derechos. Los Tribunales Constitucionales y el de Estrasburgo se pronuncian tras haberlo hecho los Tribunales ordinarios, pero su pronunciamiento es conceptualmente anterior, pues se refiere al mínimo sobre el que deben levantar aquéllos el contenido definitivo de cada derecho. No entenderlo así puede llevar a una peligrosa simplificación del proceso de construcción de derechos, con la paradójica consecuencia de que las jurisdicciones que han sido creadas para asegurar un mínimo común normativo entre ordenamientos nacionales diferentes acaben por imponer ese mínimo en el interior de cada uno de esos ordenamientos. La paradoja, en definitiva, de que a un mayor número de enunciados de derechos se corresponda un contenido efectivo de tales derechos mucho más pobre que el asegurado con un solo enunciado nacional y, sobre todo, un margen de discrecionalidad judicial inaceptable para Ordenamientos que trabajosamente habían conseguido someter al Juez a una legalidad que ahora parece disolverse bajo la fuerza expansiva de la Constitución. Norma que lejos de ser el fundamento del ordenamiento parece ser ya su única norma efectiva, matizada, además, por el rasero igualitario de la jurisdicción internacional. La era de los derechos puede terminar siendo la de una justicia tan aleatoria que se confunda con el concepto, trágico, del destino.