

HANS KELSEN: UN JURISTA DEMÓCRATA ANTE LA CRISIS DE LA CONSTITUCIÓN*

Javier TAJADURA TEJADA**

SUMARIO: I. *La defensa de la Constitución como respuesta a situaciones de crisis constitucional.* II. *La respuesta democrática: la justicia constitucional de Hans Kelsen.* III. *La respuesta antidemocrática: el jefe del Estado como defensor de la Constitución según Carl Schmitt.* IV. *La réplica de Kelsen a Schmitt.* V. *El triunfo del modelo kelseniano en el tránsito del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social.* VI. *El surgimiento, consolidación y expansión de la justicia constitucional en Europa.*

I. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN COMO RESPUESTA A SITUACIONES DE CRISIS CONSTITUCIONAL

Fue Carl Schmitt quien, sagazmente, advirtió que la demanda de un protector de la Constitución suele ser un síntoma que evidencia situaciones críticas para la propia Constitución.¹ Así fue desde que, en el contexto de los procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII,

* Es para mí un gran honor participar en el muy merecido homenaje al maestro Fix-Zamudio. Agradezco a mi querido amigo y colega, doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, su amable invitación. El compromiso permanente del maestro Fix-Zamudio, en su dilatada y fructífera trayectoria como jurista, por los valores de la libertad y de la democracia, explica que a la hora de escoger un tema para desarrollar en esta obra colectiva, me haya parecido oportuno realizar un ensayo sobre uno de los más grandes juristas demócratas del siglo XX: Hans Kelsen, y sobre la celeberrima polémica que sostuvo con Carl Schmitt sobre quién debe ser el guardián de la Constitución.

** Profesor titular de Derecho constitucional, Universidad del País Vasco, España.

¹ Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 27.

surgieron los primeros textos que podemos calificar de constitucionales en sentido moderno, técnico y actual. No deja de ser sintomático que en el propio proceso revolucionario francés, cuando las fuerzas de la reacción, nobleza y alto clero, unieron sus energías en una campaña dirigida a acabar con la revolución, surgiera un periódico titulado *Le défenseur de la Constitution*. Tampoco puede dejar de advertirse que la polémica de mayor altura intelectual y científica en torno a ¿quién debe ser el guardián de la Constitución? sostenida por Kelsen y Schmitt tuviera lugar en la época en que sobre el constitucionalismo europeo se cernían las más sombrías perspectivas de toda su historia.

Ahora bien, en los doscientos años largos de evolución histórica del constitucionalismo, los ataques a la Constitución no procedieron siempre de la misma fuente. Ello determinó el surgimiento, en la teoría y en la práctica, de muy distintos modos y formas de arbitrar su defensa.

En la historia constitucional europea, siguiendo al profesor De Vega, podemos distinguir tres situaciones político-ideológicas perfectamente diferenciables, en las que la temática de la defensa de la Constitución se orienta por caminos diversos.²

La primera etapa se corresponde con el momento mismo en que hacen su aparición en la realidad y en la historia de Europa los primeros textos constitucionales. En aquella época, los ataques a la Constitución se configuraban como impugnaciones políticas, totales y globales, a los nuevos valores que el constitucionalismo expresaba. Porque se niegan la igualdad y la libertad, la soberanía popular y la democracia, los textos constitucionales son objeto del más absoluto de los rechazos. Las *Considerations sur la France* de Joseph de Maistre constituyen en el plano teórico una muy significativa expresión del pensamiento absolutista, conservador y contrarrevolucionario. Pensamiento, por denominarlo de alguna manera, que dará cobertura a toda clase de conspiraciones e intrigas tendentes a poner fin al nuevo estado de cosas y a restaurar el poder absoluto del monarca.

Frente ataques de esa naturaleza fue como surgió la idea de que el único guardián de la Constitución capaz de defenderla es el propio pueblo. Con meridiana claridad y evidente acierto lo expresó Robespierre cuando escribió:

² Vega, P. de, "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, p. 99.

En medio de las tormentas promovidas por las innumerables facciones a quienes se concedieron medios y tiempo suficiente para fortificarse; en medio de las divisiones intestinas pérfidamente combinadas con la guerra exterior, fomentadas por la intriga y la corrupción, favorecidas por la ignorancia, por el egoísmo y por la ingenuidad, es preciso que los buenos ciudadanos tengan un punto de apoyo y una señal de alistamiento. Ese punto y esa señal no pueden ser otros que la defensa de la Constitución.³

Será, en definitiva, esta circunstancia, la de configurar al pueblo como guardián de la Constitución, la que impedirá atribuir a los jueces, leales servidores del antiguo régimen, la defensa de la Constitución y por tanto el control de constitucionalidad de las leyes. Por esta razón, el control de constitucionalidad en cuanto a la función del parlamento, revestirá en los orígenes del constitucionalismo europeo un acusado carácter político.

No hace falta recordar que la Constitución norteamericana nunca fue objeto de tales ataques e impugnaciones, por lo que configurado el Poder Judicial como un poder estatal más, análogo al Ejecutivo y al Legislativo, pudo asumir sin dificultad alguna, mediante la célebre sentencia del juez Marshall, y como consecuencia inevitable de la pura lógica del sistema, la función de velar por su coherencia interna.

La segunda etapa o momento histórico de los antes aludidos es la correspondiente al largo siglo XIX, esto es a la centuria en la que el liberalismo doctrinario, negando el principio democrático en virtud del cual el titular del poder constituyente es el pueblo, acabó haciendo inviables también el principio liberal y el de supremacía constitucional, desvirtuando así el constitucionalismo auténtico hasta el punto de convertirlo en un pseudoconstitucionalismo ficticio que, como ha subrayado el profesor Ruipérez, sólo sirvió para enmascarar situaciones de dictadura más o menos encubierta.⁴

No es este el momento de analizar y exponer la teoría y la práctica del pseudoconstitucionalismo continental decimonónico. Por lo que a nuestra exposición se refiere, baste con recordar que fue mérito de Benjamín Constant el de haber recuperado la vieja noción romana de la *auctoritas* para construir su teoría del *pouvoir neutre, intermédiaire y régulateur*. Ahora bien, si el genio jurídico de Roma atribuyó la *auctoritas* al Sena-

³ *Ibidem*, pp. 99 y 100.

⁴ Ruipérez, J., *La Constitución europea y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, p. 134.

do, el liberalismo doctrinario la aplicó al monarca y, de esta forma, consiguió integrar al rey en la estructura del Estado constitucional. Insisto en que no se trata de analizar cómo dicha integración, al rechazar la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos, supuso la ruptura de la lógica del Estado constitucional, sino solamente de poner de manifiesto que va a ser, en definitiva, el rey el que en cuanto titular de ese poder moderador va a ser configurado como el guardián de la Constitución.

Ahora bien, en el plano de la realidad, la atribución al rey de la función protectora de la Constitución sólo reviste una finalidad simbólica. En modo alguno se concibe al monarca como un defensor político de la Constitución y ello porque dicha Constitución liberal en cuanto expresión de una sociedad homogénea (la limitada por el sufragio censitario) carece de enemigos que la impugnen. Más evidente resulta todavía el hecho de que no se trata de un defensor jurídico que vele por la coherencia interna del sistema.

Por ello ha podido afirmar el profesor De Vega que “el constitucionalismo decimonónico opera, una vez salvados los escollos iniciales, desde la creencia de que su construcción es tan perfecta que no necesita guardián de ningún tipo”.⁵ Hubo que esperar a que la historia se encargara de poner de manifiesto las contradicciones y falacias de dicho sistema, para que el pensamiento constitucional se percatara de la necesidad de buscar un protector efectivo y no meramente simbólico de la Constitución. Fue entonces, tras la Primera Guerra Mundial y el definitivo derrumbamiento de la civilización liberal, cuando por obra del eximio jurista vienés Hans Kelsen, se creó en Austria, en la Constitución de 1920, el primer Tribunal Constitucional. Con él se inicia una nueva etapa, la tercera y última, caracterizada por una nueva forma de entender la defensa de la Constitución: una defensa jurídica.

La justicia constitucional surge históricamente como respuesta a una crisis generalizada del concepto de Constitución motivada por una impresionante quiebra de los principios organizativos sobre los que se construyó el formidable edificio del liberalismo decimonónico. Quizás no sea ocioso recordar, al menos a grandes rasgos, cómo se produjo esa crisis.

El constitucionalismo liberal se construyó sobre la base de una radical separación entre la sociedad y el Estado. Hasta tal punto esto fue así que

⁵ Vega, P. de, *op. cit.*, nota 2, p. 102.

se atribuyó a cada uno de los términos de dicha relación un estatuto jurídico diferente, y una valoración también distinta. Surgió así la Constitución como estatuto jurídico del Estado y el Código Civil como estatuto jurídico de la sociedad. Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado quedaban así perfectamente delimitadas.

Se configuró así la sociedad como el ámbito de la libertad frente a un Estado potencialmente enemigo de esa libertad y al que había que limitar en su actuación y poderes. En última instancia es esta separación entre Estado y sociedad la que da sentido al dualismo característico del constitucionalismo liberal clásico. La pugna entre el principio democrático y principio monárquico, encarnados respectivamente en el Parlamento y en el gobierno monárquico, se fundamenta en la consideración de que el Parlamento es la representación de la sociedad burguesa y el rey expresión del poder estatal. El sentido último de la reserva de ley aparece igualmente vinculado a esta distinción: la ley es superior al reglamento porque traduce la voluntad de la sociedad mientras que este último expresa la voluntad del Estado.

Por lo que se refiere al reino de la libertad, a esa arcadia feliz denominada sociedad, y a su estatuto jurídico, es preciso subrayar que toda la legislación privada se articuló en torno a estos tres principios: la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad. El liberalismo sostuvo que mediante la satisfacción y el cumplimiento de esos principios se realizaba y garantizaba la libertad de los individuos. Como nos recuerda el profesor De Vega, “con razón, iusprivatistas notables (Thieme y Wieacker), han hablado del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el Código Civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres”.⁶

Cuando esos tres grandes dogmas jurídicos del liberalismo clásico entraron en crisis, ésta afectó al modelo de sociedad liberal e, irremediablemente, repercutió sobre la idea de Constitución a la que aquélla servía de base y fundamento.

a) La generalidad de la ley se hizo inviable en sociedades fragmentadas y cada vez más corporatistas. Los múltiples y variados grupos e inte-

⁶ Vega, P. de, “Prólogo”, *El recurso de amparo* de A. Figueruelo, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001, p. 15.

reses presentes en la sociedad determinan que las normas concebidas en abstracto como normas generales para todos los individuos, se conviertan en normas *ad hoc* dictadas para satisfacer a grupos determinados. A esta quiebra de uno de los fundamentos del constitucionalismo liberal alude Bachof cuando se pregunta: “Qué tienen aún en común con el concepto clásico de ley, por dar sólo un par de ejemplos, las leyes de ayuda a la inversión o los preceptos sobre fomento de la industria pesquera del arenque”.

b) La igualdad formal ante la ley no pudo impedir que en sociedades fragmentadas en grupos sociales como las descritas, el individuo quedara frecuentemente subordinado al grupo. Si reparamos en las dos facetas, *ad intra* y *ad extra*, en las que todo grupo social opera, fácilmente se comprenderá esta realidad. La preeminencia del grupo se concreta en su dimensión interna en la posibilidad de imponer sanciones a las conductas de los individuos que en él se integran; y en su dimensión externa esa supremacía se evidencia en la imposición de condiciones a las que otros sujetos, individuos o grupos, han de someterse. Las cláusulas exorbitantes de los contratos de adhesión son un muy significativo ejemplo de esto último.

c) Finalmente, de la anterior quiebra del principio de igualdad se deriva la crisis del principio de la autonomía de la voluntad. Dicho principio se basaba en el entendimiento de las relaciones entre particulares en términos de igualdad, paridad y simetría. Ahora bien, frente a las ensoñaciones liberales de una sociedad de individuos libres e iguales en derechos, la realidad nos muestra una pluralidad de situaciones de disparidad y asimetría y en este contexto el dogma de la autonomía de la voluntad pierde su justificación y su fundamento.

De todo lo anterior se desprende sin dificultad una conclusión indiscutible: la sociedad liberal era una pura ficción. Quizás no estuviera de más recordar que tampoco el Estado liberal, como Estado mínimo o débil, existió y ello por la razón evidente de que durante todo el siglo XIX el Estado gozó de una fortaleza envidiable, hizo guerras, construyó imperios, reprimió con dureza las protestas sociales y alcanzó en virtud de los adelantos técnicos un poder de una magnitud nunca vista. La imagen de un Estado liberal como un Estado abstencionista y débil es eso, sólo una imagen de algo que nunca existió en la realidad.

Si la sociedad liberal era una pura ficción y el Estado liberal una simple imagen, no puede sorprendernos que los cimientos sobre los que se

había edificado la arquitectura constitucional liberal se vinieran abajo. La consecuencia lógica e inmediata de ello fue, como ya se ha dicho, una crisis generalizada del concepto de Constitución.

Ocurre, sin embargo, y esta es una matización trascendental para nuestro tema, que, como ha subrayado con claridad y acierto el profesor De Vega, “la impresionante quiebra histórica de los principios organizativos en que descansaba el viejo orden liberal, no implica en modo alguno la quiebra de los valores que ese orden pretendía realizar”.⁷ Esos valores son la libertad y la democracia. Y para que esas nobles ideas desplieguen sus efectos en la realidad y en la historia son imprescindibles las Constituciones. De lo que se trata, por tanto, no es de negar los supuestos que fundamentan el constitucionalismo, sino de procurar que los mismos no queden convertidos en letra muerta de la ley. “Para cumplir esta noble misión —escribe el profesor De Vega— en un universo político descompuesto y caótico, es para lo que precisamente aparece la justicia constitucional”.⁸

En última instancia podemos decir que fue el reconocimiento del sufragio universal, esto es la realización efectiva del principio democrático, el que hizo necesario plantearse desde una nueva perspectiva la problemática de la defensa de la Constitución. Fue el sufragio universal el que condujo a los Parlamentos a los partidos socialistas, y entre ellos los partidos liberal-conservadores aparecían alternativas radicales para la reforma del Estado. La democracia era entonces un compromiso entre fuerzas políticas y sociales antagónicas, cada una de las cuales temía que la victoria electoral de la otra le proporcionara una mayoría parlamentaria suficiente para cambiar la normativa fundamental del Estado. Fue esa circunstancia la que determinó que las nuevas Constituciones se hicieran rígidas y fue a partir de esa rigidez donde el control de constitucionalidad de las leyes como problema teórico y práctico comenzó a tener sentido. La rigidez constitucional, que impide la modificación de la Constitución por una ley y exige procedimientos mucho más difíciles, era un presupuesto necesario para que pudiera nacer el control de constitucionalidad de las leyes.

En este dramático contexto de crisis de la civilización liberal, tuvo lugar una de las polémicas de mayor altura y trascendencia del derecho

⁷ Vega, P. de, *op. cit.*, nota 2, p. 108.

⁸ *Idem.*

constitucional contemporáneo. En definitiva, en ella subyacen y convergen los principales problemas que aquél ha de afrontar, y se sintetizan en la legitimidad, titularidad y alcance de la función de defensa de la Constitución. El gran interrogante al que había que dar respuesta no era otro que este: ¿quién debe ser el guardián de la Constitución?

La polémica tuvo como protagonistas de excepción a dos brillantes juristas del mundo germánico: Hans Kelsen y Carl Schmitt. Las respuestas que ambos dieron a los grandes interrogantes planteados por la crisis del liberalismo fueron totalmente opuestas.

II. LA RESPUESTA DEMOCRÁTICA: LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE HANS KELSEN

La lectura del no por breve menos brillante y sugerente opúsculo *Esencia y valor de la democracia* nos confirma, sin ningún género de dudas, que toda la formidable construcción jurídica kelseniana, a pesar de su formalismo, acepta como un dato previo e indiscutible la legitimidad democrática y los valores fundacionales del constitucionalismo moderno y auténtico.

En este contexto el problema no reside en defender ideológicamente la idea liberal de Constitución, sino en lograr su realización efectiva. Y esto supone que toda la problemática relativa a la defensa de la Constitución adquiera una nueva dimensión. Si en el pasado se pretendió defender la legalidad constitucional con métodos políticos, ahora de lo que se trata es de defender la legitimidad constitucional (esto es, valores políticos) por medios jurídicos.

Las tesis de Kelsen aparecen clara y sintéticamente expuestas en su célebre artículo “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)” traducido del alemán al francés por Charles Eisseman y publicado en la prestigiosa *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger* (París, núm. 45, 1928). Tesis formuladas desde su condición de insigne jurista, autor de una moderna teoría de la democracia y del derecho, a la que había que añadir su experiencia de varios años como miembro del Tribunal Constitucional de Austria. Se trata de una de las aportaciones más innovadoras y relevantes para el constitucionalismo democrático de cuantas se realizaron a lo largo del pasado siglo. Aunque algunas de las ideas allí contenidas derivan claramente de la experiencia austriaca, su estudio se configura como una con-

tribución con pretensión de valor general para todos los Estados democráticos. La aportación de Austria a la justicia constitucional europea no proviene tanto de su implantación en 1920 —que no admitió la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por parte de una minoría parlamentaria hasta 1975— como de la teorización realizada por el eximio jurista vienés varios años después. Como ha subrayado el profesor Aja “probablemente desde Montesquieu no ha existido un autor tan ligado a una teoría constitucional como Kelsen a la formulación de la justicia constitucional como legislador negativo”.⁹

1. *Regularidad y anulabilidad*

“La garantía jurisdiccional de la Constitución —escribe Kelsen— es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”.¹⁰

Tomando como punto de partida su celeberrima teoría de la estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico, formulada en su *Teoría general*, Kelsen definirá la regularidad como la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico:

La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que cada grado es aplicación o reproducción del derecho... No es únicamente en la relación entre los actos de ejecución material y las normas individuales —decisión administrativa y sentencia— o, en la relación entre estos actos de ejecución y las normas generales legales y reglamentarias, en donde puede postularse la regularidad y las garantías propias a asegurarla sino también en las relaciones entre el reglamento y la ley y entre la ley y la Constitución. Las garantías de la legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son, entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales.¹¹

En este contexto queda claro que garantías de la Constitución son por tanto garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordi-

⁹ Aja, E., “Prólogo” a *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, p. XVIII.

¹⁰ Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, UNAM, 2001, p. 10.

¹¹ *Ibidem*, p. 14.

nadas a la Constitución; es decir “esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes”.¹²

La construcción de un sistema tal de garantías, advierte acertadamente Kelsen, presupone una noción clara de Constitución. Para el jurista vienes, “como quiera que se defina, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del orden jurídico que pretende conocerse... un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado”. Y, sobre todo, “es la norma que regula la elaboración de las leyes”.¹³ En este último sentido encuentra Kelsen la noción de Constitución en sentido amplio: “las Constituciones modernas contienen no solamente normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, sino, además, un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales. Es por ello que la Constitución señala principios, direcciones y límites, para el contenido de las leyes futuras”.¹⁴ Dicho con otras palabras, “la Constitución no es sólo una regla de procedimiento, sino además, una regla de fondo”.¹⁵

Lo anterior permite a Kelsen distinguir dos tipos de inconstitucionalidad: “una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad de procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución”. Ahora bien, para Kelsen la distinción entre inconstitucionalidad formal y material sólo puede admitirse con una reserva. La inconstitucionalidad material es también un tipo de inconstitucionalidad formal habida cuenta que “una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional”.¹⁶

Establecido lo anterior Kelsen realiza una exposición y clasificación de las garantías de la regularidad: preventivas o represivas, personales u objetivas:

¹² *Ibidem*, p. 15.

¹³ *Ibidem*, p. 21.

¹⁴ *Ibidem*, p. 22.

¹⁵ En modo alguno se puede atribuir a Kelsen una concepción meramente procedimental de la democracia constitucional. A pesar de su formalismo, Kelsen no puede reducir la Constitución a procedimientos y reconoce con claridad y contundencia que es también una “regla de fondo”. *Ibidem*, p. 23.

¹⁶ *Idem*.

La organización en forma de tribunal del órgano de creación del derecho es, no sólo la garantía preventiva más característica de la regularidad de los actos sino, incluso la primera del grupo de garantías que llamamos personales. Las otras son la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria, así como la responsabilidad civil del órgano que ha realizado un acto irregular. Las garantías objetivas, que tienen al mismo tiempo un carácter represivo acentuado, son la nulidad o anulabilidad del acto irregular.¹⁷

Sobre la base de la anulación de los actos irregulares va a construirse el sistema de justicia constitucional concentrada. La distinción entre nulidad y anulabilidad es por ello relevante para la configuración futura de la justicia constitucional como garante de la regularidad:

...la nulidad significa que un acto que pretende ser acto jurídico, y en especial, acto estatal, no es tal objetivamente porque es irregular; es decir, no responde a las condiciones que le prescribe una norma jurídica de grado superior. Al acto nulo le falta de antemano el carácter jurídico, de manera que no es necesario, para retirarle su cualidad usurpada de acto jurídico, otro acto jurídico. Por el contrario, si un acto fuera necesario se estaría en presencia no de una nulidad sino de una anulabilidad.¹⁸

Fácilmente se desprende de esa distinción la conclusión de que, desde el punto de vista del derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide sobre el supuesto acto nulo, no existe más que anulabilidad y “en este sentido es que puede presentarse la nulidad como un caso límite de la anulabilidad, una anulación con efecto retroactivo”.¹⁹ La anulabilidad del acto irregular significa la posibilidad de hacerlo desaparecer con sus consecuencias jurídicas. Según Kelsen esta anulación presenta diversos grados en cuanto a su alcance y en cuanto a sus efectos temporales.

En cuanto a su alcance la anulación puede limitarse a un caso concreto. Se sobrentiende que es así cuando el objeto de la anulación es un acto individual, pero no cuando se trata de una norma general. En este punto Kelsen realiza una crítica implícita y certera a los problemas que plantea la jurisdicción constitucional difusa tal y como se había configurado en

¹⁷ *Ibidem*, p. 37.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 42.

los Estados Unidos. La cita es larga pero oportuna puesto que en ella se responde al por qué del carácter concentrado de la justicia constitucional:

Las imperfecciones y la insuficiencia de una anulación limitada al caso concreto son evidentes. Sobre todo la falta de unidad de las soluciones y la inseguridad que desagradablemente se hacen sentir cuando un tribunal se abstiene de aplicar un reglamento, o incluso, una ley por irregulares, mientras que otro tribunal hace lo contrario... La centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales, se justifica ciertamente en todos los aspectos. Pero si se resuelve en confiar este control a una autoridad única, entonces es posible abandonar la limitación de la anulación para el caso concreto en favor del sistema de la anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma hubiera tenido que ser aplicada. Se entiende que un poder tan considerable no puede ser confiado sino a una instancia central suprema.²⁰

Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, esto es la relativa a los efectos temporales de la anulación, Kelsen propugna, en nombre de la seguridad jurídica, que no se atribuya efecto alguno a la anulación de una norma irregular más que a partir de dicha anulación, aunque reconoce que en ciertas circunstancias y en casos excepcionales puede ser necesaria una anulación retroactiva.

Con las premisas anteriores Kelsen está ya en condiciones de exponer y nosotros de asumir su tesis principal: la anulación del acto inconstitucional es la garantía principal y más eficaz de la Constitución. Dicho con mayor claridad y contundencia: la Constitución sólo se encuentra garantizada en la medida en que la anulación de los actos inconstitucionales es posible. Que dicha anulación no puede quedar confiada al propio autor del acto irregular es obvio:

No es pues el Parlamento mismo con quien puede contarse para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales, esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional.²¹

²⁰ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

²¹ *Ibidem*, p. 52.

2. *El legislador negativo*

El propio Kelsen se anticipa a las objeciones que dicho sistema pueda plantear. Reconoce que la relativa a la posible incompatibilidad del mismo con el principio de separación de poderes es la principal de ellas. No en vano, como veremos después, Schmitt centrará en este punto algunas de sus más fundamentadas críticas.

Es aquí cuando, sobre la base de la distinción entre función legislativa consistente en crear normas generales y función jurisdiccional generadora de normas individuales, el insigne jurista vienés formula su celeberrima teoría del Tribunal Constitucional como legislador negativo:

Anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo.²²

La anulación por parte del Tribunal Constitucional de una ley no se configura así como una violación del Poder Legislativo sino como una repartición del mismo.

Que el titular de esta facultad de legislación negativa sea un Tribunal es para Kelsen algo indiscutible: “Su independencia frente al Parlamento como frente al gobierno es un postulado evidente puesto que son, precisamente, el Parlamento y el gobierno, los que deben estar, en tanto que órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional”.²³

Además existe una gran diferencia entre la confección y la anulación de una ley, que es la que, en definitiva, permite atribuir esta última a un Tribunal:

La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación *prácticamente* no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que en relación con el pro-

²² *Ibidem*, p. 54.

²³ *Ibidem*, pp. 55 y 56.

cedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar... la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho, y solamente en una débil medida, creación del derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional.²⁴

En este contexto, el problema que no puede dejar de plantearse es el referido al riesgo de que en tanto que legislador negativo, el Tribunal Constitucional acabe suplantando al Parlamento. Kelsen no eludió el tema y propugnó como remedio preventivo a la discrecionalidad de los jueces constitucionales, la eliminación de las cláusulas vagas, genéricas e imprecisas de los textos constitucionales. Imprescindible resulta aquí reproducir el razonamiento kelseniano. Sus palabras plantean en toda su crudeza las limitaciones de la justicia constitucional. La vigencia y actualidad de los problemas en ellas mencionados confirma la apreciación de Pedro de Vega de que “la problemática jurídico-política fundamental de los tribunales constitucionales sigue constituyendo uno de los caballos de batalla del derecho constitucional contemporáneo”.²⁵

La existencia de fórmulas vagas en los textos constitucionales, sostiene Kelsen, puede desempeñar una función peligrosa cuando se trata de controlar la constitucionalidad de las leyes. Si la Constitución invita al legislador a desarrollar su actividad conforme a la “justicia”, la “libertad”, la “equidad”, la “moralidad”, etcétera, se podrían entrever en estas palabras directrices determinantes del contenido de las leyes futuras. Sin embargo, de directrices sólo se puede hablar cuando la Constitución establece un mandato concreto, un criterio objetivo claro. El límite, no obstante, entre esas fórmulas vagas y la normal definición del contenido de las leyes futuras en el catálogo de los derechos fundamentales y de libertad puede ser impreciso. Por todo ello el propio Kelsen reconoce que no es imposible

...que un Tribunal Constitucional, llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley, la anule en razón de que es injusta, siendo la justicia un principio constitucional que él debe, en consecuencia, aplicar. Pero el

²⁴ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

²⁵ Vega, P. de, “Prólogo” a *La defensa de la Constitución*, *cit.*, nota 1, p. 22.

poder del tribunal sería tal que devendría insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de este tribunal podría estar en oposición completa con la concepción de la mayoría de la población, y por tanto, con la de la mayoría del Parlamento que ha votado la ley. Es obvio —continúa el insigne jurista austriaco— que la Constitución no ha querido, al emplear una palabra tan imprecisa y equívoca como la de justicia o cualquier otra parecida, hacer depender la suerte de toda ley votada por el Parlamento de la buena voluntad de un colegio de jueces compuesto de una manera más o menos arbitraria, desde el punto de vista político, como sería el tribunal constitucional.²⁶

Para evitar precisamente el traslado del poder del Parlamento a un órgano situado fuera de él y que puede convertirse en expresión de fuerzas políticas distintas de las que en el propio Parlamento se expresan, Kelsen anticipa como remedio preventivo el siguiente: “la Constitución debe... abstenerse de ese género de fraseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible”.²⁷ He aquí expuesto por el propio creador del modelo de jurisdicción constitucional concentrado el principal problema y limitación del mismo.

El antiguo magistrado del Tribunal Constitucional de Austria concluye su sugerente y riguroso trabajo afirmando que “una Constitución a la que le falte la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es puramente obligatoria en su sentido técnico”.²⁸ Dicho con otras palabras, la Constitución sólo puede ser concebida como la norma jurídica suprema del ordenamiento en la medida en que existe la posibilidad de anular los actos inconstitucionales. Esta es la razón de ser de la justicia constitucional.

III. LA RESPUESTA ANTIDEMOCRÁTICA: EL JEFE DEL ESTADO COMO DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN CARL SCHMITT

Nadie podrá negar a Carl Schmitt el mérito indiscutible de haber realizado una de las más lúcidas exposiciones de la *teoría constitucional liberal*. Basándose en sus fundamentos axiológicos y en sus objetivos histó-

²⁶ Kelsen, H., *op. cit.*, nota 10, p. 83.

²⁷ *Ibidem*, pp. 81 y 82.

²⁸ *Ibidem*, p. 95.

ricos, Schmitt llevará a cabo una sublimación de los principios de la democracia liberal, mismos sobre los que reposa la legitimidad de la teoría política y constitucional del liberalismo.

El formidable modelo teórico así construido fue confrontado con la realidad y la praxis política de la República de Weimar. El contraste entre los fundamentos ideales y los supuestos empíricos del liberalismo permitió así a Schmitt proclamar la definitiva descomposición del mundo liberal: “Porque las condiciones fácticas y los supuestos empíricos no se adaptan al modelo teórico previamente elaborado, los fundamentos ideales en que dicho modelo se apoya no pasan de ser meros encubrimientos ideológicos de una práctica desdeñable. Con lo cual, la teoría constitucional liberal, se puede concluir sin exageración, queda relegada a una simple ficción”.²⁹

El profesor Pedro de Vega ha puesto de manifiesto los excesos en que incurre la crítica schmittiana al haber franqueado los límites que separan una crítica inmanente de una trascendente: desde una perspectiva inmanente a la concepción liberal la crítica de Schmitt hubiera resultado plenamente legítima. Toda realidad política muestra discordancias con el tipo ideal con arreglo al cual pretende conformarse. Denunciar la contraposición entre el modelo teórico y la realidad empírica, con objeto de intentar eliminar o paliar las diferencias entre ambos, es una tarea necesaria y plausible. Ahora bien, no es esto lo que hizo Schmitt. Éste concluyó que porque la realidad no se correspondía con el modelo era éste el que debía ser condenado. Atacando y rechazando el modelo y los fundamentos legitimadores del liberalismo, Schmitt se situó en la órbita de la crítica trascendente, órbita en la que su pensamiento muestra todas sus limitaciones.

Las críticas de Schmitt que desde un punto de vista inmanente son perfectamente válidas, resultan inadmisibles desde una perspectiva trascendente porque como subraya Pedro de Vega, “los mismos argumentos que sirven a Schmitt para condenar los principios liberales como una simple ideología y relegar al derecho constitucional liberal al mundo de la ficción, se pueden emplear contra él entendiendo su obra científica como mera elaboración ideológica al servicio del Estado totalitario”.³⁰ Así lo advertirá Kelsen, con la implacable e impecable lógica que caracteriza

²⁹ Vega, P. de, “Prólogo” a *La defensa de la Constitución*, cit., nota 1, pp. 12 y 13.

³⁰ *Ibidem*, p. 14.

a su pensamiento, en su réplica a la impugnación de Schmitt, que analizaremos después.

De lo anterior se deduce que hay que distinguir dos dimensiones o facetas en la obra de Schmitt: su faceta de jurista crítico del Estado liberal burgués, en diálogo con la concepción liberal del mundo cuya grandeza última no deja de reconocer. Y su faceta de teórico político que opone a la legitimidad democrática una nueva forma de organizar el Estado basada en formas plebiscitarias de legitimación del Estado total de Führer.

Es éste el contexto en el que hay que valorar la respuesta de Schmitt al interrogante que nos ocupa: ¿quién debe ser el guardián de la Constitución? Schmitt reacciona contra la construcción kelseniana: ningún Tribunal de Justicia puede desempeñar dicha función. La exposición de Schmitt se divide en tres partes. En la primera, toda su argumentación tendrá por objetivo demostrar la contradicción intrínseca entre la función de defensa de la Constitución y la función de la justicia en el marco de una Constitución liberal. En la segunda parte Schmitt expone la situación constitucional de la época y en ella realiza una crítica contundente al Estado pluralista de partidos en la que subyace una opción política claramente antidemocrática. Su enemigo es el pluralismo, su obsesión, la unidad. En la tercera y última parte de su exposición, como consecuencia de lo anterior y retomando las formulaciones de Constant sobre el poder neutro, sostendrá que únicamente el jefe del Estado puede ostentar el honroso título de protector o defensor de la Constitución.

1. Legislación y jurisdicción

La impugnación de Schmitt tomará como punto de partida los esquemas propios de la teoría constitucional clásica. Es precisamente por ello por lo que resulta de interés recordar la motivación de tales críticas habida cuenta que los ecos de la misma (las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador y los riesgos de la politización de la justicia) nunca han dejado de resonar por completo.

Según el principio orgánico de la distribución del poder de la teoría constitucional clásica, a cada uno de los tres poderes del Estado le correspondía una función distinta. En ese esquema, la función judicial se caracterizaba por la decisión de casos en virtud de leyes. “Es propio de la naturaleza de la decisión judicial —escribe Schmitt— que pueda ser de-

rivada materialmente de la norma que le sirve de fundamento... Cuando la norma se vacía de contenido y deja de hacer posible la subsunción fáctica... desaparece la base de una posible forma judicial”. Dicho con otras palabras: “cuando el juez abandona el terreno en que realmente es posible una subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley, deja de ser un juez independiente”.³¹

Todo lo anterior se agudiza a la hora de confrontar, según el esquema kelseniano, la ley ordinaria con la ley constitucional. El hecho de que el Tribunal Constitucional pueda dictaminar sobre la validez o invalidez de una ley “aunque su decisión se adopte conforme a un procedimiento judicial” implica, en palabras de Schmitt, una invasión clara de la justicia en la legislación que a lo único que conduce es a la destrucción del principio orgánico de distribución del poder. “Ninguna ficción, por extrema que fuese —concluirá Schmitt—, podría impedir que cualquier persona considerara semejante Tribunal como una instancia política, y lo valorara como tal”.³² Dicho con otras palabras: con el control de normas la jurisdicción constitucional transgrede los límites de la propia función jurisdiccional; ésta tiene que interpretar normas generales que le vienen dadas por un legislador vinculante, en tanto que un juicio sobre las mismas leyes —simplemente a causa de la indeterminación de las normas constitucionales— es una decisión política.

Por todo ello para Schmitt resulta meridianamente claro que la determinación precisa del contenido de un precepto constitucional dudoso en cuanto a su contenido es, en concreto, materia de la legislación constitucional, no de la justicia. El núcleo de la crítica schmittiana a la construcción de Kelsen va a girar, por tanto, en torno al dogma de la separación de poderes, y, en concreto, a la necesaria e imprescindible diferenciación entre legislación y justicia: “Cabe otorgar... al juez una cierta libertad, pero no es posible transferirle la decisión en materia política, que es propia del legislador, sin alterar su posición constitucional”.³³

La distinción entre ley y sentencia es esencial en el Estado de derecho:

Una ley no es lo mismo que una sentencia judicial, ni una sentencia judicial es lo mismo que una ley, sino la decisión de un “caso” sobre la base de una ley. La posición especial del juez en el Estado de derecho, su obje-

³¹ Schmitt, C., *La defensa de la Constitución...*, cit., nota 1, p. 53.

³² *Ibidem*, p. 70.

³³ *Ibidem*, p. 78.

tividad, su situación por encima de las partes, su independencia e inamovilidad, todo ello descansa sobre el hecho de que falla sobre la base de una ley, y su decisión se deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida y commensurable, que se halla ya contenida en la ley.³⁴

Con estas premisas Schmitt va a impugnar no sólo el modelo kelseniano de justicia constitucional sino también su fundamento, esto es, la estructura jerárquica del ordenamiento. Para el ilustre jurista alemán “una «jerarquía» de las normas es una antropomorfización insensata y confusa de la norma, y una improvisada alegoría”.³⁵ Según Schmitt no existe ni puede existir justicia alguna de una norma sobre otra. La argumentación de Schmitt es la siguiente:

La aplicación de una norma a otra norma es algo cualitativamente distinto de la aplicación de una norma a un contenido real, y la subsunción de una ley bajo otra ley (si es que acaso resulta imaginable) es algo esencialmente distinto de la subsunción del contenido concreto regulado, bajo su regla. Si se comprueba la existencia de una contradicción entre la ley simple y la ley contenida en la Constitución, y se declara inválida la primera, no puede decirse que realizamos una aplicación de la ley formulada en la Constitución a la ley simple, en el mismo sentido que diríamos que existe aplicación judicial de la ley al caso concreto. En el primer caso se comparan las normas unas con otras, y cuando se producen colisiones y contradicciones que son posibles por causas muy distintas, una de las normas elimina a la otra. En el segundo caso, cuando la ley se aplica judicialmente a un contenido real determinado, se subsume un caso concreto bajo los conceptos generales.³⁶

La conclusión que Schmitt extrae de todo lo anterior es clara: “Toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador. Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional”.³⁷

Esta crítica, a pesar de su aparente brillantez, pierde su consistencia si nos percatamos de que no sólo puede utilizarse contra un Tribunal Cons-

³⁴ *Ibidem*, p. 79.

³⁵ *Ibidem*, p. 83, nota. 58.

³⁶ *Ibidem*, pp. 84 y 85.

³⁷ *Ibidem*, p. 90.

titudinal sino también contra cualquier Tribunal de Justicia. Además, como el propio Kelsen advertirá, y nosotros examinaremos después, desde la perspectiva decisionista de Schmitt según la cual toda sentencia es decisión, no deja de ser una pura contradicción.

Es, en cualquier caso, en la segunda parte de la obra donde Schmitt, a partir de unas premisas certeras y agudas, va a formular unos juicios claramente políticos con un disfraz aparentemente científico-jurídico.

2. *El antiparlamentarismo*

Recuerda el jurista alemán los fundamentos filosófico-políticos de la construcción liberal, a saber, el dualismo Estado-sociedad y la diferente valoración de cada uno de los elementos del binomio:

Sociedad era un concepto esencialmente polémico, y que se consideraba como idea opuesta a la del Estado concreto, monárquico, militarista y burocrático entonces existente: frente a él, lo que no pertenecía a este Estado se llamaba “sociedad”... El hecho de que en general se haya construido como dualista el Estado de la monarquía constitucional alemana, con sus contraposiciones de príncipe y nación, Corona y Cámaras, Gobierno y representación nacional, es sólo expresión de un dualismo fundamental y más genérico, el de Estado y Sociedad. La representación nacional, el Parlamento, la corporación legisladora se imaginaba como el escenario sobre el cual aparecía la Sociedad y se manifestaba frente al Estado.³⁸

Para Schmitt ese dualismo liberal o equilibrio entre el Estado de gobierno y Estado legislador es la penúltima etapa de una larga evolución histórica que desde el Estado medieval como Estado de jurisdicción, pasando por el Estado absoluto como Estado de tipo ejecutivo y gubernamental, ha desembocado en el momento presente en un Estado democrático como Estado legislativo. Estado legislativo que viene a coincidir con el Estado total. Analizando el papel del Estado en la vida económica, Schmitt se percata de la enorme transformación que ha sufrido respecto a los postulados liberales del Estado mínimo o abstencionista, transformación profundísima que “puede considerarse como eslabón de una evolución dialéctica que se desarrolla en tres estadios: desde el

³⁸ *Ibidem*, pp. 129 y 130.

Estado absoluto de los siglos XVII y XVIII, por mediación del Estado neutro liberal del siglo XIX, hasta el Estado total que identifica Estado y Sociedad”.³⁹ En esta fase final la distinción entre Estado y Sociedad deja de tener sentido y el Estado se convierte en “autoorganización de la sociedad”: “organizase la sociedad misma en Estado: el Estado y la Sociedad deben ser fundamentalmente idénticos: con ello todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos”.⁴⁰

La respuesta, por tanto, a nuestra interrogante acerca de quién deba ser el defensor de la Constitución, debe partir según Schmitt del contexto de un Estado total configurado como Estado legislativo. “No es de extrañar —escribe— que la protesta contra semejante expansión del Estado aparezca, en primer lugar, como defensa contra aquella actividad política que en un momento tal determina precisamente la modalidad del Estado, es decir como defensa contra el Estado legislativo”.⁴¹

Hasta aquí básicamente los análisis schmittianos son esclarecedores. El diagnóstico, por decirlo de alguna manera, parece acertado, y, además, sugerente y brillantemente formulado. Ahora bien, frente a los problemas descritos, esto es la amenaza de un legislador omnipotente ante la continua expansión de los fines estatales, el remedio prescrito no podrá ser más inoportuno y ello desde las propias premisas de la argumentación schmittiana. Y ello porque, como veremos después, Schmitt no es coherente con sus propios postulados. Frente a esos problemas, insisto, Schmitt anticipa lo siguiente: “no es precisamente la justicia, sino acaso el gobierno, quien puede arbitrar soluciones”.⁴²

Imprescindible resulta aquí reproducir la reflexión de Schmitt sobre la contradictoria victoria de la institución parlamentaria:

El parlamento, el cuerpo legislativo, titular y centro del Estado legislador, desde el mismo momento en que su triunfo parecía ser completo, se convierte en una estructura que encierra en sí misma una contradicción, que viene a negar sus premisas y las premisas de su victoria. Su situación y su superioridad actual, sus ansias de expansión frente al gobierno, su avance en nombre del pueblo, todo esto presupone una distinción entre Estado y Sociedad, distinción que dejó de existir, por lo menos en esa forma, des-

³⁹ *Ibidem*, p. 137.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 136.

⁴¹ *Ibidem*, p. 140.

⁴² *Ibidem*, p. 141.

pués de la victoria del Parlamento. Su unidad, y hasta su identidad consigo mismo, estaba hasta entonces determinada por su partenaire político en el interior, el antiguo Estado monárquico, militarista y burocrático. Caído éste, el Parlamento se desintegró también, por decirlo así.⁴³

En cualquier caso, las razones últimas y verdaderas en las que reside el rechazo de Schmitt al parlamento son de índole ideológica. Para él, la Constitución es expresión de la voluntad de la unidad del pueblo, y el Parlamento amenaza la Constitución en cuanto pone en peligro esa unidad. Identificada la Constitución con la unidad del pueblo, el pluralismo se convierte en un peligro potencial. Ese peligro se concreta en el momento en que el Parlamento, institución que traduce políticamente ese pluralismo social, se manifiesta incapaz de lograr el acuerdo. Ese es el peligro que hay que conjurar. Habida cuenta que se trata de una amenaza muy distinta a la planteada por Kelsen, no puede tampoco sorprender que los mecanismos de defensa propuestos sean también diferentes.

De lo expuesto hasta ahora, podemos extraer algunas conclusiones. La Constitución tiene que ser defendida principalmente del Parlamento legislador, pero no tanto del hecho de que éste no se ciña a los límites materiales y formales que aquélla le impone, como advertiera Kelsen, sino de la circunstancia de que el pluralismo en él representado le impida adoptar las necesarias medidas para el funcionamiento del Estado total. Por todo ello, no cabe atribuir al legislador la función de protección de la Constitución. Es ahora cuando comprendemos la reiterada insistencia de Schmitt en negar la posibilidad de configurar a la justicia como defensora de la Constitución: si no cabe atribuir la defensa a la Constitución ni al Parlamento ni a la justicia, la errónea y falsa conclusión a la que el jurista alemán quiere conducirnos se presenta como evidente: es preciso acudir al gobierno, y dentro de él al jefe del Estado como único defensor, real y eficaz, de la Constitución del Estado. Si el Parlamento no puede decidir, que decida el jefe del Estado, encarnación de la unidad del pueblo. No tiene sentido atribuir esta facultad a un Tribunal de Justicia.

Expuesto así el problema y la solución, fácilmente nos percatamos de que Kelsen y Schmitt hablan de cosas distintas. La problemática aludida por Schmitt nada tiene que ver con la defensa jurídica de la Constitución. Se trata de un problema particular subsumible en una categoría de defen-

⁴³ *Idem.*

sa de la Constitución entendida en un sentido amplio. El problema relativo a qué mecanismos arbitrar para evitar la parálisis del Estado en los supuestos de que una fragmentación extrema del Parlamento impida a éste legislar. La racionalización del Parlamento parece en este sentido un expediente más adecuado para resolver ese problema. En cualquier caso, lo cierto es que la respuesta de Schmitt deja sin resolver la cuestión de quién defiende la Constitución de una posible violación imputable al jefe del Estado. Y no la resuelve porque según sus premisas esa hipótesis no puede plantearse. La razón de esa imposibilidad es la enorme ficción en la que fundamenta su tesis: el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo encarna la unidad de dicho pueblo y la Constitución es expresión de esa unidad. En última instancia el pensamiento de Schmitt identifica, en cierto modo y aunque expresamente no lo formule así, al jefe del Estado con la Constitución misma.

3. *La gran ficción*

Schmitt presenta esta opción del jefe del Estado como defensor de la Constitución como la única alternativa posible a la “ficticia” solución kelseniana. Alternativa, por un lado, coherente, según él, con la propia lógica interna del edificio liberal, y su fundamento, la separación de poderes. Por otro lado efectiva y real, pues Schmitt pondrá en tela de juicio la efectividad de la justicia constitucional en el contexto de un Estado de partidos. Finalmente, lo que no deja de ser sorprendente, como alternativa más democrática, pues Schmitt, frente al intento de establecer un Tribunal Constitucional, subrayará también las dificultades para que un régimen democrático ceda tan fácilmente a “las decisiones de la aristocracia de la toga” la definición de los valores políticos fundamentales del sistema.

En definitiva, para evitar la politización de la justicia y mantener vigente el principio de distribución del Poder, Schmitt propondrá atribuir la función de defensa de la Constitución al jefe del Estado plebiscitado directamente por el pueblo e independiente de los partidos. A la hora de buscar un defensor de la Constitución, “no se aspira tanto a una instancia judicial como a una instancia neutral e independiente, pues sólo se desea utilizar el carácter judicial como el medio más seguro y evidente de conseguir una independencia garantizada por los preceptos constituciona-

les”.⁴⁴ Esa instancia independiente y neutral ya existe. La encarna el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo y encarnación de su unidad. De esta manera las acerbadas críticas al formalismo kelseniano y a sus ficciones concluyen, paradójicamente, con una ficción más peligrosa que ninguna, a saber, la de que el jefe del Estado representa la unidad del pueblo. Según Schmitt, nadie consideraría neutral e independiente a un Tribunal de Justicia integrado por elementos políticos. Por el contrario:

El presidente del Reich se halla en el centro de un sistema —construido sobre fundamentos plebiscitarios— de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos. A él está condicionada la ordenación política del actual Reich alemán, en la misma medida en que las tendencias del sistema pluralista dificultan y aun llegan a hacer imposible un normal funcionamiento del Estado legislativo.⁴⁵

Schmitt plantea un problema real: el riesgo de que un Tribunal Constitucional se configure y funcione con arreglo a criterios partidistas, pero ofrece una alternativa fantástica: un jefe de Estado plebiscitado, y por ello independiente, como garante de la Constitución. Ahora bien, garante frente a un problema distinto al que nos preocupa. Porque el que nos ocupa, tal y como Kelsen expuso con claridad no es otro que el que un órgano del Estado viole la Constitución y ese órgano bien puede ser el jefe del Estado. En última instancia, Schmitt lleva razón en su crítica, pero ésta parece más dirigida contra sus propias tesis que contra las de su adversario intelectual. ¿Cómo sino entender esta afirmación, que es premisa central de toda su construcción?: “Parece oportuno en un Estado de derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión precitada (garantizar la Constitución) a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución”.⁴⁶ La brillantez de su estilo, y la agudeza de sus juicios, a lo que en ningún modo puede llegar es a convencernos de que el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo, no es precisamente uno de los poderes de ese Estado.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 242.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 249.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 213 y 214.

IV. LA RÉPLICA DE Kelsen A SCHMITT

La réplica de Kelsen a la acerba crítica de Schmitt a la justicia constitucional apareció en 1931. En ella Kelsen vino a demostrar que, como en una ocasión oí decir al profesor Pedro de Vega, en la obra de Schmitt nos encontramos con “un pensamiento que se destruye a sí mismo”.

Kelsen comienza recordando algo tan obvio como que *defensor* de la Constitución significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. Que éstas pueden provenir tanto del Parlamento como del gobierno resulta igualmente indiscutible. Tan indiscutible como el principio de que nadie puede ser juez de su propia causa. En este contexto la tesis del jefe del Estado como defensor de la Constitución desempeña hoy la misma función que cumplió cuando fue alumbrada por los ideólogos del principio monárquico: “Lo que en realidad se pretendía —advierte lúcidamente Kelsen— era impedir una eficaz garantía de la Constitución, al menos contra su violación por parte de quien principalmente la ponía en peligro, esto es, del monarca; más precisamente, del gobierno, es decir, del monarca junto con los ministros que refrendaban sus actos”.⁴⁷ Para Kelsen resulta paradójico que Schmitt, tras exponer las profundas transformaciones experimentadas por el Estado constitucional, termine exhumando “del desván del teatro constitucional el trasto más viejo, a saber: que el jefe de Estado, y ningún otro órgano, sería el defensor natural de la Constitución”.⁴⁸

La realidad, hoy como ayer, no se corresponde con esas afirmaciones. En las monarquías constitucionales decimonónicas el peligro de una violación de la Constitución provenía del gobierno por lo que la tesis del monarca como poder neutro defensor de la Constitución era radicalmente falsa. Tan falsa, recordará Kelsen, como lo es hoy, porque el gobierno y el jefe del Estado en el seno del Estado democrático siguen configurándose como poderes del Estado susceptibles de incurrir en violaciones constitucionales.

Rechazada así la alternativa propuesta por Schmitt, Kelsen procede a defender su construcción de una jurisdicción constitucional concentrada. Las objeciones planteadas son rechazadas en los siguientes términos.

⁴⁷ Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 5 y 6.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 9.

La primera y gran objeción de Schmitt a la justicia constitucional consistía, como hemos visto, en la reiterada afirmación de que declarar inconstitucional una ley no es misión de un Tribunal, porque no se trata de una función jurisdiccional sino de una función política. Kelsen rechaza el fundamento mismo de tal afirmación, esto es, la existencia de una contradicción esencial entre jurisdicción y política, puesto que según él entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa no cualitativa. El carácter político de la justicia es tanto más fuerte cuanto más amplio sea el poder discrecional que la legislación general le otorga. Por ello, escribirá Kelsen:

Lo que puede afirmarse es sólo lo siguiente: que la función de un Tribunal constitucional tiene un carácter político en una medida mucho mayor que la función de los otros Tribunales, y quienes han salido en defensa de la instauración de un Tribunal constitucional, nunca han desconocido ni negado el significado político de la sentencia de un Tribunal constitucional.⁴⁹

En definitiva, Kelsen subraya que la sentencia de un Tribunal constitucional, por ser un acto de legislación (negativa), no deja de ser un acto de jurisdicción, y que ambos tienen carácter político. En última instancia, y aunque ahora no quiera reconocerlo, a ello conduce también el decisionismo de Schmitt, según el cual en toda sentencia de un tribunal existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma.

En segundo lugar, Kelsen rechaza el concepto de jurisdicción de Schmitt en cuanto función vinculada a normas claras. Lo cierto es más bien lo contrario, y ello no sólo en el caso de la jurisdicción constitucional sino en el de cualquier otra: “La jurisdicción comienza una vez que las normas, en cuanto a su contenido, se tornan dudosas y discutibles, pues de otro modo se trataría sólo de disputas sobre hechos y nunca propiamente de disputas sobre el derecho”.⁵⁰

Respecto a la imposibilidad alegada por Schmitt de que exista jurisdicción de una norma sobre otra, Kelsen recuerda para explicar la función del Tribunal constitucional la diferencia entre la ley como norma y la generación de la ley como hecho concreto: “Una norma debe ser anu-

⁴⁹ *Ibidem*, p. 21.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 23.

lada en su validez individual o general en razón de que el hecho concreto de su generación se encuentra en contradicción con la norma que regula ese hecho concreto, y que por ello es una norma superior”.⁵¹

Llegados a este punto y relativizado así el problema de la jurisdicción, Kelsen se pregunta por qué es tan importante para Schmitt establecer que la justicia constitucional no es jurisdicción, sino legislación cuando de su propia visión se sigue que puede y debe ser simultáneamente ambas cosas. Tan importante que, como hemos visto, Schmitt llega a incurrir en contradicciones evidentes. La razón está clara: de lo que se trata es de negar la posibilidad de encomendar la defensa de la Constitución a un colegio de jueces independientes. Esto es, porque el control de la constitucionalidad no es jurisdicción sino legislación, no puede ni debe ser encomendada a un Tribunal. En este punto Kelsen le recuerda a Schmitt que no debería olvidar un dato incontrovertible: existe un Estado, Austria, en el que durante más de diez años ha funcionado y funciona un Tribunal Constitucional.

Kelsen reconoce abiertamente, como vimos al analizar su exposición inicial, el riesgo de que el Tribunal Constitucional como legislador negativo pueda suplantar al Parlamento, y en ese sentido admite que no se puede negar que la pregunta lanzada por Carl Schmitt acerca de los “límites” de la jurisdicción, en general, y de la jurisdicción constitucional en particular, es totalmente legítima. Y en este sentido, y ante esta cuestión, recuerda, una vez más, que si se desea restringir el poder de los tribunales, y con ello el carácter político de su función, debe limitarse lo más posible el espacio de la libre discrecionalidad que las leyes conceden en su aplicación. Traducido lo anterior al plano constitucional, Kelsen insistirá en que las normas constitucionales “en especial aquéllas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otras semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como libertad, igualdad, justicia, etcétera”. De lo contrario, advierte el insigne jurista vienés, “existe el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto por la Constitución”.⁵² Ahora bien, éste no es un problema específico de la jurisdicción constitucional; es,

⁵¹ *Ibidem*, p. 27.

⁵² *Ibidem*, p. 33.

asimismo, válido para las relaciones entre la ley y los tribunales civiles, penales y administrativos que las aplican.

Kelsen somete a crítica también algunas de las principales afirmaciones o juicios de índole histórico-político formuladas por Schmitt.

Así, por ejemplo, respecto a la descripción del Reich alemán como Estado total en el que la distinción entre Estado y sociedad ha dejado de tener sentido, Kelsen afirma sagazmente:

No hay que ser necesariamente un adepto de la concepción materialista de la historia, para reconocer que un Estado, cuyo orden jurídico garantiza la propiedad privada de los medios de producción, que mantiene la producción económica y la distribución de los productos como una función fundamentalmente no-estatal, y que relega esta tarea, quizás la más significativa, a un ámbito que sólo como sociedad puede ser diferenciado del Estado, no puede ser un Estado total.⁵³

Ocurre, según Kelsen que la teoría schmittiana del Estado total tiene un objetivo muy claro. Rechazar la distinción entre Estado y sociedad lleva a Schmitt a negar la oposición entre Parlamento y gobierno, y sobre la base de esa negación es posible rechazar la necesidad de establecer un tercer órgano neutral e independiente de ellos (el Tribunal Constitucional) que vele porque no vulneren los límites que la Constitución les ha marcado. Dicho con otras palabras, al no haber oposición entre gobierno y Parlamento, “si el gobierno —el jefe del Estado y sus ministros— se presenta como defensor de la Constitución para protegerla contra leyes anticonstitucionales, el control de la Constitución no es una instancia que pueda ser considerada como parte en causa”.⁵⁴ Frente a dichos postulados Kelsen afirma que en el Estado moderno el antagonismo entre gobierno y Parlamento ha desaparecido tan poco como el antagonismo entre Estado y Sociedad, con el que no es en absoluto idéntico:

No ha perdido su significación, sino que la ha modificado; dicha oposición no expresa ya más el antagonismo entre los sectores sociales representados en la mayoría parlamentaria frente a los grupos de interés que se afirman en el monarca y su gobierno, sino que expresa la oposición entre la

⁵³ *Ibidem*, p. 47.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 54.

minoría parlamentaria y la mayoría parlamentaria de la que el Gobierno es su representante.⁵⁵

Kelsen va a concluir su réplica atacando el punto más débil de las tesis de Schmitt, esto es, la consideración del jefe del Estado como generador de la unidad del mismo y del pueblo. “Cuando la Constitución instituye un Tribunal constitucional —escribe— no es una “ficticia judicialidad” sino una institución real... si algo hay que puede ser caracterizado de ficticio es precisamente aquella «unidad del pueblo»”.⁵⁶ El representar de forma visible la unidad del Estado es, sin ninguna duda, la función que desempeña el titular de la jefatura del Estado según todas las Constituciones que establecen tal órgano. Ahora bien, con meridiana claridad y acierto pleno advierte Kelsen que “es ideología, en lugar de realidad, cuando se ve en la institución del jefe del Estado no sólo un símbolo ético-político postulado por la unidad del Estado, sino el producto o generador real de dicha unidad, en el sentido de una efectiva solidaridad de intereses”.⁵⁷ Esa ficción sólo aparentemente democrática podría formularse de la siguiente manera: el pueblo que conforma el Estado es un todo colectivo homogéneo portador, por tanto, de un interés colectivo unitario, y se expresa también mediante una voluntad colectiva unitaria. Esta voluntad que se sitúa más allá de todos los antagonismos de intereses y, con ello, sobre los partidos políticos, no es generada por el Parlamento; éste es el escenario de la contraposición de intereses, de la atomización pluralista, de la fragmentación político-partidista. El generador de dicha voluntad es el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo. El carácter ideológico de una tal interpretación, advertirá Kelsen con acierto, es manifiesto.

Presentar al jefe del Estado como una instancia independiente y neutral cualificada para actuar como defensor de la Constitución es otra ficción más. Su elección democrática tendrá lugar bajo la presión de los partidos y ello no garantiza en modo alguno su independencia. Aquí, una vez más, Kelsen no puede menos que advertir el hecho de que Schmitt concluye con unas afirmaciones que parecen dirigidas contra sus propias tesis. Estamos de nuevo ante el pensamiento que se niega a sí mismo, porque cuando

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 60.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 61.

Schmitt defiende la esencia de la “neutralidad” que debe ser el presupuesto de la función de un defensor de la Constitución, se adapta precisamente a un Tribunal constitucional y está orientada contra el jefe del Estado. Y ello por la razón evidente de que el jefe del Estado ni es ni puede ser una instancia diferente de uno de los poderes existentes, cualidad que sí es predicable de un Tribunal creado *ad hoc*.

Establecido que el jefe del Estado no es más neutral e independiente que un colegio de jueces, Kelsen mantendrá, con igual firmeza, que tampoco desde un punto de vista democrático ofrece ventaja alguna: “¿Por qué razón un Tribunal constitucional puede ser un defensor antidemocrático de la Constitución, menos democrático que el jefe de Estado?”.⁵⁸ Las objeciones relativas a la aristocracia de la toga de la que hablaba Schmitt desaparecen simplemente con el hecho de que un Tribunal constitucional elegido por el pueblo o solo por el parlamento representa algo totalmente distinto de una tal aristocracia.

En última instancia ocurre que toda la construcción de Schmitt está viciada de raíz. Como afirma Kelsen, toda su obra está saturada por la tendencia a ignorar la posibilidad de una violación de la Constitución por parte del jefe del Estado o del gobierno. Desde el momento en que Schmitt realiza la afirmación, indemostrada e indemostrable, de que el Tribunal Constitucional se opone sólo al Parlamento, desvirtúa la función de defensa de la Constitución y la transforma en la función de contrapeso del Parlamento. Y ésta otra función, que nada tiene que ver con el control de la constitucionalidad de los actos estatales, le corresponde, cierto es, según la Constitución de Weimar al jefe del Estado.

Con meridiana claridad sintetizará Kelsen los fundamentos filosóficos, y las consecuencias políticas de los mismos, subyacentes en la construcción de Schmitt. Fundamentos y consecuencias, unos y otras incompatibles con el Estado constitucional en la medida que, en última instancia, implican la negación de la democracia representativa y la afirmación de una sólo aparentemente democrática forma de organizar el Estado plebiscitariamente.

En lugar del concepto iuspositivista de Constitución —escribe Kelsen— se desliza la unidad como un ideal iusnaturalista. Con la ayuda de ese concepto puede concebirse el sistema pluralista, cuyo escenario es el Parla-

⁵⁸ *Ibidem*, p. 72.

mento, y con ello la función de este titular de la Constitución como una ruptura de la unidad, dado que destruye o pone en peligro esa unidad que pasa a ocupar el lugar de la Constitución; y puede concebirse la función del jefe del Estado como una defensa de la Constitución dado que restaura o defiende esa unidad.⁵⁹

Efectivamente, toda la construcción de Schmitt puede reducirse a un simplificado y falso escenario en el cual, de los dos titulares del poder del Estado designados por la Constitución, uno actúa como enemigo del Estado y otro como amigo del mismo. Uno pretende destruirlo, es decir, destruir su unidad; el otro, generador de dicha unidad, lo defiende de su destrucción. “El destructor y el defensor de la Constitución; esta es —apostillará Kelsen— con atavíos del derecho público la leyenda de Ormuz y Ahrimán”.⁶⁰

V. EL TRIUNFO DEL MODELO KELSENIANO EN EL TRÁNSITO DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL AL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

La trágica experiencia histórica de la República de Weimar se encargó de demostrar cómo la conversión del jefe del Estado en defensor de la Constitución, no sólo no contribuyó al mantenimiento y defensa de los valores constitucionales, sino que, para lo único que sirvió fue para precipitar su destrucción.

Efectivamente el presunto defensor de la Constitución se encargó de destruir a su hipotético enemigo. El jefe del Estado aniquiló al Parlamento alemán y a los partidos políticos que encarnaban el pluralismo. Y con la desaparición de los partidos y del Parlamento, innecesario resulta recordarlo, la Constitución quedó destruida. En este sentido, resulta incuestionable que las tesis de Schmitt partían de una opción ideológica tan clara como nefasta.

Ahora bien, el que dicha ideología totalitaria haya sido felizmente sepultada en el basurero de la historia, y que la respuesta de Schmitt a nuestro problema haya sido por ello también definitivamente descartada, no quiere decir que algunas de las críticas formuladas a la construcción de Kelsen no dejen de revestir una grandísima actualidad. En última ins-

⁵⁹ *Ibidem*, p. 79.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 80.

tancia se trata de objeciones que, como vimos anteriormente, ya habían sido anticipadas por el propio Kelsen.

Estas objeciones teóricas no tardaron en manifestarse en la práctica, habida cuenta que la consolidación y posterior expansión del modelo kelseniano coincide en el tiempo con el tránsito del constitucionalismo liberal clásico al constitucionalismo social contemporáneo. Como es sabido, la segunda mitad del siglo pasado se caracteriza por el establecimiento de los Estados sociales a través de Constituciones normativas y por el auge y expansión de los Tribunales Constitucionales. Éstos, reitero, que tal y como he pretendido mostrar en las páginas anteriores, surgieron históricamente como respuesta a la crisis de la concepción liberal de la Constitución, y, por ello mismo, fueron concebidos por su creador Hans Kelsen como instrumentos de defensa jurídica, de garantía, de la Constitución liberal. Por esa razón, el tránsito del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social implica necesariamente una adecuación de la justicia constitucional que no puede seguir configurándose ya según el estricto marco kelseniano. Y precisamente esta expansión de la justicia constitucional provoca que las críticas subyacentes en la impugnación schmittiana cobren de nuevo vigor.

Fue efectivamente a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando surgen dos nuevas características que permiten diferenciar las nuevas Constituciones de las anteriores: el pluralismo social de los poderes constituyentes y la función transformadora de los nuevos textos constitucionales. Veamos cada uno de estos caracteres.

En primer lugar, la ambigüedad de sus declaraciones dogmáticas fruto del pluralismo reflejado en los nuevos poderes constituyentes:

Es claro que, como consecuencia del sufragio restringido, que opera a lo largo del siglo XIX —escribe Pedro de Vega— al tener sólo acceso a las Asambleas Constituyentes una clase social única y homogénea, las Constituciones podían presentarse como una especie de programa político nacional, en el que sin excesivo utopismo cabría predicar esa claridad que reclamaba Kelsen para sus formulaciones dogmáticas. Naturalmente, al extenderse el derecho de sufragio, y al acceder a las Asambleas Constituyentes representantes de clases sociales diversas, las Constituciones no hayan podido por menos de ser el resultado de un consenso, en el que confluyen intereses dispares, y a consecuencia del cual surge, como lógico

correlato, una buena dosis de ambigüedad en el enunciado de bastantes de sus principios ordenadores básicos.⁶¹

En segundo lugar, la conversión de un constitucionalismo garantista y asegurador de esferas de acción privada frente al poder en un constitucionalismo transformador de las estructuras sociales y económicas. La Constitución ya no se configura sólo como un instrumento protector del individuo frente al poder. La cláusula Lellio Basso del artículo 3o. de la Constitución italiana, trasladada al artículo 9.2 de la Constitución española de 1978, representa un claro ejemplo de ello.

De todo lo expuesto hasta ahora, se puede concluir sin dificultad lo siguiente: Kelsen configura su modelo de justicia constitucional concentrado como el supremo sistema de defensa jurídica de unas Constituciones liberales garantistas y limitadoras de la acción de los poderes públicos. En última instancia, su noble y loable propósito no era otro que garantizar la supervivencia de una idea de Constitución que como hemos expuesto anteriormente atravesaba una dramática crisis global.

Ahora bien, el éxito de la construcción kelseniana coincide en el tiempo con el tránsito del pseudoconstitucionalismo liberal al constitucionalismo social. El dilema de la justicia constitucional contemporánea aparece así formulado por Pedro de Vega, con todo su dramatismo: “¿Cómo se puede compaginar la justicia constitucional, como guardián de la Constitución, que requiere y presupone —según las propias palabras de Kelsen— una normativa constitucional clara y precisa, con estas características que son comunes a los nuevos y más modernos ordenamientos constitucionales?”⁶²

Desde un punto de vista teórico, el profesor Pedro de Vega nos advierte cómo frente al dilema expuesto sólo caben dos alternativas:

...o bien considerar que los Tribunales Constitucionales, como guardianes y supremos intérpretes de la Constitución asumen con independencia absoluta la interpretación de una normativa ambigua, en cuyo caso, en cuanto legisladores negativos, en buena medida pasan a ocupar el lugar del Parlamento, lo que el mismo Kelsen criticaba con dureza; o bien entender que los Tribunales Constitucionales, condicionados por presiones políticas, o autolimitados por renunciaciones propias, establecen un *modus operandi*

⁶¹ Vega, P. de, “Prólogo” a *La defensa de la Constitución*, cit., nota 1, p. 23.

⁶² *Ibidem*, p. 24.

de compromiso con el resto de los poderes del Estado, en cuyo supuesto su condición de órganos independientes y de guardianes de la Constitución queda definitivamente lastimada.⁶³

La historia de los últimos cincuenta años se ha encargado de resolver el dilema, y lo ha hecho de una forma notablemente satisfactoria, aunque planteando, a su vez, nuevos y complejos problemas. La justicia constitucional ha contribuido a la consolidación de numerosos regímenes democráticos y ha permitido configurar de forma real y efectiva los textos constitucionales como auténticas normas jurídicas supremas. Ahora bien, para alcanzar dichos resultados los tribunales constitucionales han abandonado hace ya mucho tiempo su condición de legislador negativo. Los tribunales constitucionales son hoy legisladores positivos en la medida en que a través de lo que comúnmente se conoce como sentencias intermedias, crean auténticas normas jurídicas.

VI. EL SURGIMIENTO, CONSOLIDACIÓN Y EXPANSIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EUROPA

Expuesta la teoría de la justicia constitucional en el pensamiento de su creador, Hans Kelsen, procede examinar el surgimiento histórico y la posterior evolución de los tribunales constitucionales en Europa.

El control constitucional de las leyes se acabó introduciendo en Europa como fórmula para resolver los conflictos que enfrentaban a la Federación y los Estados allí donde la Constitución establecía un sistema federal. De la misma forma que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes surge en los Estados Unidos de Norteamérica íntimamente vinculado a la forma federal de la organización territorial del Estado, los primeros sistemas de justicia constitucional aparecen en Europa en el seno de Estados federales.

En 1874, en Suiza se aprueba una Constitución que establece un sistema confederal que evolucionará progresivamente hacia el federalismo. En ese contexto, y para asegurar la supremacía de la Federación sobre los cantones, se introdujo la posibilidad de que una Sala del Tribunal Supremo anulara las leyes cantonales. Esta técnica fue recogida también en Alemania en la Constitución de Weimar de 1919.

⁶³ *Idem.*

En Austria, al elaborar la Constitución de 1920, se plantea igualmente la conveniencia de crear un tribunal que pudiera anular las leyes de los Länder que fueran contrarias a la Constitución. Pero en este país se da un paso más y desde una comprensión más acertada del fenómeno federal, se admite que ese tribunal anule no sólo leyes de los Länder sino también las leyes de la Federación si no respetaban el régimen de distribución de competencias establecido por la Constitución. Y, finalmente, el constituyente austriaco permitió al Tribunal Constitucional enjuiciar las leyes cuando en cualquier proceso del que entendiera tuviera que aplicar una ley inconstitucional.

Como ha recordado el profesor Aja

...este, y no la imitación del sistema americano es el origen del control de las leyes en los Estados europeos. Suiza (desde 1874), Alemania (1919), Austria (1920), todos ellos sistemas federales, admitieron la anulación de las leyes de los cantones y los Länder —y en Austria también de la Federación— cuando resultaran contrarias a la distribución de competencias realizada por la Constitución.⁶⁴

El control correspondía a un solo Tribunal, y no a los jueces ordinarios porque éstos seguían sometidos al principio de legalidad, y los únicos órganos legitimados para recurrir las leyes eran los gobiernos de la Federación o de los Länder o Cantones.

En ese contexto, en el periodo de entreguerras tuvo lugar la dramática crisis de la Constitución ya analizada, y se desarrolló la polémica entre Kelsen y Schmitt también ya examinada.

Fue entonces cuando se extendió la idea de atribuir a los tribunales constitucionales la facultad de anular toda ley que fuera contraria a la Constitución, por cualquier razón y no sólo por vulnerar la distribución de competencias.

En las propuestas de justicia constitucional —escribe Aja— resonaban los ecos de la tradición americana y también de antiguas doctrinas europeas, ahora renacidas, sobre la ley injusta, pero sobre todo pesaba la ventaja de contar ya con Tribunales específicos nacidos por exigencias del federalis-

⁶⁴ Aja, E., “Prólogo” a *Las tensiones...*, *cit.*, nota 9, p. XV.

mo, a los que podía encomendarse una nueva misión, la protección de toda la Constitución frente a las mayorías parlamentarias.⁶⁵

El profesor Cruz Villalón, antiguo presidente del Tribunal Constitucional de España, ha examinado minuciosamente en un libro ya clásico los tres sistemas de justicia constitucional experimentados en Europa con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial. La experiencia austriaca fue débil y breve. El Tribunal Constitucional de Austria sucumbió bajo los ataques del totalitarismo nazi en 1933. Un Tribunal semejante, creado en Checoslovaquia en 1920, no llegó a funcionar efectivamente. Finalmente, la vida de nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales fue tan efímera como la de la II República Española.⁶⁶

Ahora bien, a pesar de estos fracasos iniciales, la propuesta de Kelsen no cayó en saco roto, y reforzada por razonamientos semejantes realizados por la doctrina constitucional más consecuente, dio lugar a la generalización en la Europa de la segunda posguerra de un nuevo sistema de control constitucional de las leyes, diferente del americano, y mucho más ambicioso que el establecido en Austria en 1920.

Fue así como, con los precedentes de los tribunales constitucionales checoslovaco (1920), austriaco (1920) y español (1931), a partir de la Segunda Guerra Mundial el modelo de defensa de la Constitución ideado por Kelsen, esto es, un Tribunal Constitucional configurado como legislador negativo, se impuso definitivamente en la mayor parte de los Estados democráticos europeos. La idea de un Tribunal Constitucional como órgano de control de las leyes contrarias a la Constitución recibió una gran aceptación a raíz de las experiencias totalitarias que, en Alemania, Italia, Austria y otros países, habían puesto de manifiesto cómo las leyes pueden vulnerar los derechos y acabar destruyendo el propio Estado de derecho.

Fue por ello primera y principal preocupación de las nuevas Constituciones establecer garantías de su aplicación y del respeto de su contenido por el legislador. Con el restablecimiento de la Constitución austriaca en 1945 se recuperó su Tribunal Constitucional. Las nuevas Constituciones democráticas de Italia (1948) y Alemania (1949) establecieron Tribuna-

⁶⁵ *Ibidem*, p. XVI.

⁶⁶ Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987.

les Constitucionales que podían anular las leyes contrarias a las normas constitucionales de cualquier tipo.

La expansión de la justicia constitucional atraviesa en Europa distintas etapas a las que la doctrina francesa encabezada por el profesor Favoreu se refiere metafóricamente con el término de olas (*vagues*).⁶⁷

En esa primera etapa a la que ya hemos hecho referencia y cuyos hitos centrales son la creación del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania y la Corte Constitucional italiana, se incluiría en cierto modo Francia (1958) y aunque no puedan homologarse plenamente como Estados Constitucionales, a los Tribunales Constitucionales de Turquía (1961) y Yugoslavia (1963).

La siguiente ola, o segunda fase de expansión de la justicia constitucional en Europa, tiene lugar en la década de los setenta y primeros años de la década de los ochenta con la creación de los tribunales constitucionales de Portugal (1976), España (1978), Bélgica (1983) y también, en cierto sentido, el Tribunal Especial Superior de Grecia (1975).

Finalmente, la última etapa comprendería la década final del siglo pasado que con el precedente de Polonia (1985) y tras la caída del Muro de Berlín, vería el establecimiento de Tribunales Constitucionales en la mayor parte de los Estados que habían pertenecido al bloque soviético. Como ha destacado el profesor Fernández Rodríguez, la influencia germana ha sido determinante a la hora de configurar los tribunales de esta última ola, unos tribunales que están llamados a desempeñar un papel esencial en la consolidación democrática de dichos Estados.⁶⁸

En todo caso, lo que importa subrayar es una constante de las sucesivas oleadas expansivas de la justicia constitucional: la estrecha conexión entre justicia constitucional y democracia. La experiencia histórica comparada nos muestra cómo casi siempre la salida de regímenes autoritarios supone la implantación de un Tribunal Constitucional.

De todo lo anterior cabe deducir que no puede, en modo alguno, ser considerada hiperbólica la siguiente afirmación realizada por el insigne jurista francés Louis Favoreu, y que figura como cita introductoria del presente estudio: “El desarrollo de la justicia constitucional es, cierta-

⁶⁷ Favoreu, L., *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 4.

⁶⁸ Fernández Rodríguez, J. J., *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 30.

mente, el acontecimiento más destacado del derecho constitucional europeo de la segunda mitad del siglo XX”.⁶⁹

La referida expansión de los Tribunales Constitucionales por casi todos los ordenamientos europeos constituye la más significativa expresión del éxito del modelo kelseniano. Quizás no esté de más traer a colación algunos muy autorizados testimonios acerca del significado y alcance de la justicia constitucional.

En la República Federal de Alemania, referente indiscutible de la justicia constitucional europea, la labor del Tribunal Constitucional ha sido valorada muy positivamente:

No es concebible una ley fundamental en la que desapareciera el Tribunal Constitucional, con sus amplias competencias, sin que aquella sufriera una reforma en su esencia. El Tribunal Constitucional se ha evidenciado como el más importante garante del respeto por el resto de los órganos estatales al derecho constitucional. La consiguiente contención de poder político en beneficio de la normatividad de la Constitución ha hecho arraigar el importante significado de la Ley Fundamental en la conciencia social y ha contribuido considerablemente a la consolidación del nuevo orden político.⁷⁰

Son palabras suscritas por cuarenta miembros de la Asociación Alemana de Derecho Político en el Prefacio al libro consagrado al XXV Aniversario del Tribunal Constitucional. Los juicios son semejantes en el resto de la doctrina que se ha ocupado de la jurisdicción constitucional como de ningún otro órgano del Estado. También en los sondeos periódicos de opinión el Tribunal Constitucional ha gozado siempre de una posición predominante en la confianza popular.

Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional de España, el que fuera su presidente, el profesor Rodríguez Piñero, en la presentación del libro dedicado a los quince años de experiencia de la justicia constitucional española, formuló en 1995 el siguiente juicio:

Nadie pone en duda la importante contribución que las sentencias constitucionales han supuesto para la consolidación del sistema democrático y

⁶⁹ Favoreu, L., *Los tribunales constitucionales*, cit., nota 67, p. 13.

⁷⁰ Simon, H., “La jurisdicción constitucional”, en Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons-IVAP, 1996, p. 823.

del Estado de las Autonomías y para la efectividad de los derechos fundamentales y libertades públicas, pero tampoco se debe desconocer que la jurisprudencia constitucional ha transformado también el modo de entender y de aplicar la normativa jurídica.⁷¹

En los demás Estados europeos dotados de Tribunal Constitucional, este órgano, de manera análoga a lo señalado para los casos alemán o español, se ha convertido en pieza fundamental e imprescindible de su sistema jurídico-político. Ahora bien, en ese proceso de consolidación y expansión, la justicia constitucional ha adquirido en Europa una legitimidad propia, que le ha permitido incluso superar los estrechos márgenes en que la teoría kelseniana del legislador negativo la había encorsetado.

⁷¹ Rodríguez Piñero, M., "Presentación", varios autores, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, CEC, 1995, p. 10.