

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL KELSENIANO

Rafael MÁRQUEZ PIÑERO*

SUMARIO: I. *La justicia constitucional y su problemática.* II. *El proceso constituyente de la justicia constitucional.* III. *El objeto del control de la constitucionalidad.* IV. *El Estado de derecho y la constitucionalidad.* V. *Consideraciones finales.*

I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU PROBLEMÁTICA

La garantía jurisdiccional de la Constitución (vale decir la justicia constitucional) constituye un elemento del sistema de los medios técnicos, cuyo objetivo es asegurar el ejercicio regularizado de las funciones estatales. Dichas funciones tienen en sí mismas un carácter jurídico, es decir, constituyen actos jurídicos.

Son actos de creación de derecho, o sea, de normas jurídicas, o actos de ejecución de derecho creado; en otras palabras, de normas jurídicas ya puestas.¹ Consecuentemente, de forma tradicional se diferencian las fun-

* Penalista, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 11, 12, 13 y ss.

El autor en comento dice literalmente: “De suerte que las funciones reunidas bajo el nombre de ejecución: la jurisdicción, y más específicamente, la administración, parece, por así decirlo, que son funciones exteriores al derecho, y que, hablando estrictamente del derecho, no crean, sino solamente aplica el derecho, que reproducen un derecho cuya creación estaría acabada antes de ellas. Si se admite que la ley es todo el derecho, regularidad equivale a legalidad; no resulta entonces evidente que pueda extenderse más la noción de regularidad... Pero esta concepción de la relación entre legislación y ejercicio es inexacta. Estas dos funciones no se oponen de modo absoluto como la creación a la aplicación del derecho, sino de manera puramente relativa. En efecto, observando más de cerca, cada una de ellas se presenta a la vez como un acto de creación y de aplicación del derecho. Legisla-

ciones estatales en legislación y ejecución, distinción en que se opone la creación o producción del derecho a la aplicación del derecho, entendida esta última como una simple labor de reproducción.

Si la Constitución regula esencialmente la confección de leyes, entonces la legislación es (frente a la Constitución) aplicación del derecho. Contrariamente, frente al reglamento y frente a los otros actos subordinados a la ley, la legislación es creación del derecho. Asimismo, el reglamento es aplicación del derecho frente a la ley, y creación del derecho frente a la sentencia y al acto administrativo que lo aplica.

Dichas funciones, a su vez, son aplicación del derecho si se contempla hacia abajo, es decir, hacia los actos a través de los cuales la sentencia y el acto administrativo resultan ejecutados (*Vollstreckt*) el derecho, en su recorrido, desde la Constitución hasta los actos de ejecución material (*Vollstreckungsakte*), no deja de caracterizarse, como señalamos *ad inferos*.

De esta manera hay que tener en cuenta que si la Constitución, la ley y el reglamento son normas jurídicas generales, la sentencia y el acto administrativo constituyen normas jurídicas particulares. La libertad del legislador, quien sólo está subordinado a la Constitución, se encuentra sometida a limitaciones relativamente débiles. Su poder creativo sigue siendo relativamente grande.

No obstante, a cada grupo en que se desciende, la relación entre libertad y limitación resulta modificada a favor del segundo término: la parte de la aplicación aumenta, la de libre creación disminuye. Puede decirse que cada grado del orden jurídico constituye, simultáneamente una producción del derecho, frente al grado inferior de una reproducción del derecho, ante el grado superior.

En este sentido “las garantías de la Constitución” significan, entonces, garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución; es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes.

De esta manera, la aparición de la idea de la estructura jerárquica del derecho (o lo que es igual, de la naturaleza jurídica de la totalidad de las

ción y ejecución no son, dos funciones estatales coordinadas, sino dos etapas jerarquizadas del proceso de creación del derecho, y dos etapas intermedias. Este proceso no se limita sólo a la legislación sino, comenzando en la esfera del orden jurídico internacional, superior a todos los ordenes estatales, sigue con la Constitución para llegar, en fin, a través de las etapas sucesivas de la ley, del reglamento, de la sentencia y del acto administrativo, a los actos de ejecución material (*Vollstreckungsakte*) de estos últimos”.

funciones estatales y sus relaciones recíprocas) se erigen en un dogma admitido y admisible.²

Así ocurre, particularmente, en las democracias parlamentarias de Europa, surgidas de monarquías constitucionales. La teoría jurídica de la monarquía constitucional tiene todavía en la actualidad —en la que esta forma de Estado tiende a pasar al segundo plano— gran influencia. Sea de modo consciente (ahí donde quiere organizarse la República sobre el modelo de la monarquía, con un fuerte poder presidencial) o de manera inconsciente, la doctrina del constitucionalismo determina en una gran medida la teoría del Estado.

La monarquía constitucional (que dimana de la monarquía absoluta) tiene, como consecuencia, una doctrina que en diversos sentidos se encuentra orientada por la pretensión de intentar hacer creer que la disminución del poder sufrida por el monarca (antes absoluto) es de escasa relevancia tratando, inclusive, de disimularla completamente.

Resulta cierto que —en la monarquía absoluta— la distinción entre el grado que ocupa la Constitución y el grado que ocupan las leyes es teóricamente posible; no obstante, esta distinción no juega prácticamente ningún papel. La Constitución consiste en un único principio: “toda expresión del monarca es una norma jurídica obligatoria”.³

² *Ibidem*, pp. 15 y ss. “Por otra parte, si el derecho de los Estados modernos, que presenta cantidad de instituciones destinadas a asegurar la legalidad de la ejecución, no toma, por el contrario, sino medidas muy restringidas para asegurar la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de los reglamentos obedece a motivos políticos. Y estos motivos no se mantienen sin influencia en la formación de la doctrina, la cual debería ser la primera en proporcionar explicaciones sobre la posibilidad y la necesidad de semejantes garantías”.

³ *Ibidem*, pp. 16, 17 y ss. “No existe, pues, una forma constitucional particular; es decir, normas jurídicas que sometan a reglas diferentes la confección de las leyes y la revisión de la Constitución. Así, el problema de la constitucionalidad de las leyes no tiene sentido. La transición a la monarquía constitucional guarda, precisamente en este aspecto, una modificación decisiva que se manifiesta, de manera muy característica, en la expresión «monarquía constitucional». La creciente importancia que adquiere en adelante la noción de Constitución, la existencia de una norma (que es precisamente la Constitución) según la cual las leyes no pueden ser creadas sino de una cierta manera (con la colaboración de la representación nacional); el hecho de que esta norma no pueda ser modificada tan simplemente como las otras normas generales (las leyes); es decir, la existencia al lado de la forma legal ordinaria, de una forma especial más complicada: «la forma constitucional» —mayoría calificada, votación múltiple, asamblea constituyente especial— son hechos que explican el desplazamiento del poder decisorio en la monarquía constitucional”.

Desgraciadamente, en la mayoría de los casos, la monarquía constitucional no ha sido un ambiente propicio para la afirmación enérgica de la problemática de la constitucionalidad de las leyes, y, por consiguiente, de las garantías de la Constitución, ya que lo ocurrido ha sido exactamente lo contrario de lo que podría preverse.

Efectivamente, la doctrina constitucionalista ha ocultado al nuevo Estado cosas que resultan peligrosas para el poder del monarca. En oposición con la realidad constitucional, la doctrina constitucionalista presenta al monarca como el único factor, o al menos, el verdadero de la legislación, declarando que la ley es la expresión de su sola voluntad, y que la función del parlamento queda reducida a una adhesión más o menos necesarias, secundaria, no esencial.

De ahí la tesis del “principio monárquico” que no se deduce de la Constitución, sino que, por así decirlo, se encuentra “inserto desde fuera” para la interpretación de la Constitución en un sentido político determinado, o más exactamente, para deformar el derecho positivo con la ayuda de una ideología que le es extraña.

Todo lo anterior da lugar a la conocida distinción entre la obligatoriedad de la ley (dimanante únicamente del monarca) y el contenido de la ley, convenido entre el monarca y la representación nacional. Esta metodología produce como resultado que no se considere una imperfección técnica de la Constitución, sino, como su sentido profundo, que una ley deba ser considerada válida bastando que haya sido publicada en el *bulletin des lois* con la firma del monarca.

Esta situación no considera el hecho de si las prescripciones relativas a su adopción por el Parlamento hayan sido seguidas o no. En esta tesitura se minusvalora totalmente (al menos en el aspecto teórico) el “progreso capital que va de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional y, particularmente, con respecto al problema de la constitucionalidad de las leyes y de sus garantías”.⁴

⁴ *Ibidem*, pp. 18 y ss. “La inconstitucionalidad de una ley afirmada por el monarca, y *a fortiori* su anulación, absolutamente no pueden, en este contexto, aparecer a la conciencia jurídica como cuestiones de interés. Además, la doctrina constitucionalista (apoyándose aún menos en el texto de la Constitución) reivindica para el monarca no solamente la sanción de los textos de ley, sino, además, con ella y en ella, la exclusiva promulgación de las leyes. Firmando el texto votado por el Parlamento, el monarca debe certificar la constitucionalidad de la confección de la ley, existiría así, según esta doctrina, una cierta garantía al menos respecto de una parte del procedimiento legislativo, pero es justamente la instancia que debería ser controlada la que posee la función de control”.

Respecto del problema de la “voluntad” del legislador, conviene matizar algunas cosas, antes de terminar este primer numeral del sumario. Si la ley elaborada por el Parlamento es un “mandato” (como afirma Hans Kelsen), en la forma prescrita por la Constitución, si declaramos que constituye la “voluntad del legislador”, entonces el vocablo mandato apenas podría tener algo en común con un mandato, propiamente dicho.

Hay que considerar, y hacerlo con gran precisión, que una ley dimana su existencia de una decisión parlamentaria, y, obviamente, no comienza a existir sino en el momento en que la decisión ha sido ya hecha y cuando (suponiendo que sea la expresión de una voluntad) esta última ha dejado de existir. Cuando los integrantes del Parlamento han aprobado una ley, normalmente se avocan a otras cuestiones y se olvidan de los contenidos de aquélla, en el caso —claro está— que tal voluntad no haya sido una ficción y haya existido realmente. Como la ley sólo existe al completarse el proceso legislativo, tal “existencia” no puede consistir en la voluntad real de los individuos que pertenecen a la asamblea legislativa.

En esta tesitura, el jurista que desea acreditar la “existencia de una ley” de ninguna manera pretende probar la de fenómenos psicológicos. La “existencia” de una norma jurídica no constituye un fenómeno psíquico.⁵

Hablando psicológicamente, exclusivamente, podemos decir que la expresión “querer”, necesariamente requiere de una previa representa-

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1983, pp. 39, 40 y ss.

El que escribe estas páginas siente un orgullo especial de manejar un texto de tan grandes maestros. Para acreditar lo que digo ahí va la cita literal: “Si analizamos psicológicamente el procedimiento por el cual una ley es constitucionalmente creada, descubriremos que el acto creador de las norma obligatoria no tiene que ser necesariamente un acto de «voluntad» que tenga por objeto el contenido del precepto. La ley es creada por una decisión del Parlamento. El Parlamento —de acuerdo con la Constitución— es la autoridad competente para crear la ley. El procedimiento por el cual decide sobre ella consiste esencialmente en votar un proyecto que ha sido sometido al conocimiento de sus miembros. La «decisión» aprobatoria existe cuando la mayoría de los miembros vota por el proyecto. Aquellos que votan contra no «quieren» el contenido del texto legal. A pesar del hecho de que expresan una voluntad contraria la manifestación de su voluntad es tan esencial para la creación de la ley, como la de aquellos que votan aprobando el proyecto. Es verdad que la ley es la «decisión» de todo el Parlamento incluyendo la minoría disidente, pero es obvio que esto no significa que el Parlamento quiera la ley en el sentido psicológico de que cada miembro del mismo desee los contenidos de aquélla. Refirámonos únicamente a la mayoría que vota por la ley, incluso en este caso, la afirmación de que los miembros de tal mayoría «quieren» la ley es claramente una ficción. Votar por un proyecto en modo alguno implica querer realmente el contenido de la ley”.

ción. Efectivamente, resulta imposible “querer” algo que se ignora. No obstante, es un hecho que, frecuentemente, si no siempre, un número relevante de los votantes por un proyecto de ley tienen un conocimiento muy superficial del contenido de la misma.

Debido a lo anterior, todo lo que la Constitución demanda de ellos es que voten por el proyecto expresándose gestualmente (es decir, levantando la mano) o “diciendo sí”. Tal conducta pueden llevarla a cabo, tal vez sin conocer el contenido del proyecto, o sin haber incorporado el proyecto dentro de su “voluntad”.

Podemos finalizar diciendo que el consentimiento para la aprobación de un proyecto difiere algo del fenómeno psicológico del “acto voluntario”.

II. EL PROCESO CONSTITUYENTE DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El impulso democrático que se venía desarrollando en el continente europeo (desde el tercio final del siglo XIX) impactaría fuertemente con la Segunda Guerra Mundial y se manifestó, de forma contundente, al final de la misma, liquidando las manifestaciones políticas más autoritarias: la Rusia zarista y las monarquías centroeuropeas, y alterando, al propio tiempo el horizonte, dentro del cual se movían los demás países europeos.

El final de la contienda (Segunda Guerra Mundial) —explica el maestro Pérez Royo—⁶ supuso el fin de la organización liberal y oligárquica de la política, llevándose a cabo otra estructura distinta, en la que ten-

⁶ Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 7a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 369, 370 y ss.

El autor en comentario dice literalmente: “Por primera vez se hacía realidad de forma general en Europa (aunque reducido todavía a la población masculina, ya que el sufragio femenino vendría posteriormente a ser reconocido en varios países) lo que existía como *proyecto* en el propio concepto de Estado impuesto por la revolución: «el hecho de que el Estado es un producto del contrato social y que es, por lo tanto, en la propia sociedad donde encuentra su justificación, su razón de ser...». No se quiere decir con ello, que a lo largo de todo el siglo XIX el Estado no fue producto de la sociedad, sino única y exclusivamente que el Estado era un producto de una sociedad de *propietarios*, de la que estaba excluida la inmensa mayoría de la población. El Estado del XIX era, pues, un Estado representativo, pero representativo de una parte de la sociedad, no de toda ella. Únicamente en el siglo XX se produciría el tránsito del Estado democrático al Estado expresivo de toda la sociedad independientemente de la propiedad de los integrantes de ésta.

drían una relevancia decisiva los sectores sociales, que —hasta ese instante— estuvieron excluidos del proceso político y que mediante los partidos políticos obreros, primero, y del sufragio universal, posteriormente, comenzarían a tener un peso específico y un protagonismo destacado en la organización del Estado.

Sin duda alguna, como afirma Hans Kelsen, cuando las leyes se encuentran descritas como “mandatos” o manifestaciones de la “voluntad” del legislador, y se afirma del orden jurídico, en cuanto tal, que es “el mandato o la voluntad del Estado”, tal cosa no ha de entenderse como una manifestación figurativa. Habitualmente, la responsabilidad de la expresión figurativa corresponde a una analogía.

En tal sentido, la situación que se produce cuando una regla de derecho “estipula”, “determina” o “prescribe” una determinada conducta humana, es análoga a la que existe cuando un individuo quiere que otro actúe de tal o cual manera y expresa su voluntad en forma de mandato. La única diferencia se encuentra en que cuando decimos que una cierta conducta se haya “estipulada”, “establecida” o “prescrita” por una regla de derecho, utilizamos una abstracción eliminadora del acto psicológico de voluntad que se expresa en otro mandato.

En estos casos, cuando la regla de derecho es un mandato, nos encontramos (por decirlo así) con un mandato no psicológico, con un mandato que no implica una “voluntad” en el sentido psicológico del término. La

Es de esta manera como se haría realidad el principio de la democracia política, que encontraría su expresión inequívoca en ese axioma constitucional acerca de la soberanía popular de la que emanan todos los poderes del Estado, como hemos señalado al inicio de este comentario.

Ahora bien, con la afirmación de este principio democrático se planteaban problemas políticos y técnicos de una envergadura considerable. En primer lugar, porque el número de participantes en el proceso político se multiplicaba de manera espectacular, pasando de ser unos cientos de miles a bastantes millones. Y en segundo lugar, porque la sociedad que se expresaba políticamente a partir de este momento dejaba de ser una entidad homogénea y comenzaba a expresar toda la diversidad y conflictividad de la sociedad industrial contemporánea.

A fin de que el proceso de legitimación democrática fuera tal y no fuera posible, la manipulación del mismo, se hacía imprescindible la producción de unos mecanismos institucionales que garantizaran al mismo tiempo que el derecho de sufragio no fuera un derecho ilusorio, pero que tampoco se pudiera hacer un uso abusivo del mismo la soberanía popular base de todo procedimiento constituyente y por tanto de toda la estructura del Estado, tenía a su vez que ser constituida, que ser organizada jurídicamente. El instrumento técnico-jurídico para ello sería la transformación del pueblo en el cuerpo electoral...”.

conducta prescrita por las reglas de derecho es “exigida” sin que haya ninguna voluntad humana que “quiera” tal conducta en un sentido psicológico.⁷ De cualquier manera, cualquier disquisición en torno a esto nos llevaría a un divertido pasatiempo sin eficacia jurídica real alguna.

El doctor Miguel Carbonell señala, con gran agudeza perceptiva, que resulta evidente el alcance de la primera transformación producida en la evolución del constitucionalismo contemporáneo, a partir de los rasgos característicos adquiridos en los últimos cincuenta años, es decir, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

Como ejemplos señala las Constituciones de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978). No obstante, desde esa época el constitucionalismo ha ido fluyendo y evolucionando en diversos sentidos. En esta tesitura, algunos autores defienden en sus textos lo que debería ser el Estado constitucional, otros describen la logicidad operativa ocasionada con los cambios generados en su funcionamiento, y otros analizan las teorías explicativas o justificativas de este estado de cosas.⁸

⁷ *Ibidem*, p. 369, *in fine*. “El cuerpo electoral puede ser definido como el conjunto de los ciudadanos con derecho de sufragio activo, que en las democracias contemporáneas son todos los ciudadanos mayores de edad que no están privados del ejercicio de sus derechos políticos mediante decisión judicial”.

⁸ Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., México, UNAM-Trotta, 2006, pp. 11 y 12.

El doctor Carbonell, respecto de esta obra colectiva, coordinada por él, dice literalmente: “Algunos de los autores se han beneficiado con la lectura de los textos de sus colegas que integran este volumen, ya sea por que se les han repartido previamente o bien porque han contribuido generosamente a la traducción de algunos trabajos. En este contexto, el lector podrá encontrar una especie de diálogo en alguna medida circular, el cual sin embargo, no siempre ha generado adhesiones incondicionales. Al contrario: hay en el libro puntos de vista encontrados y críticas a los postulados defendidos por otros. No podría ser de otra forma al tratarse de autores de tan altos vuelos intelectuales, que además analizan una materia que está lejos de considerarse como consolidada, tanto en la práctica como en la teoría.

Pero quizá la diferencia entre los autores terminan por ser de gran ayuda para el lector, que lejos de aceptar acríticamente el punto de vista de cada uno puede tener suficientes elementos para forjarse el suyo propio y para discernir si la experiencia constitucional concreta de un determinado país se ajusta o no a lo dicho por alguno de nuestros autores.

Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y en su dimensión teórica es algo que esta por verse. No se trata, como se acaba de apuntar, de un modelo consolidado y quizá ni siquiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo,

Podemos afirmar que el proceso de legitimación democrática se ha hecho imprescindible para la aplicación de mecanismos institucionales garantizadores, al propio tiempo, para que el derecho de sufragio no fuera ilusorio o, en su caso, nos encontráramos en una situación de abuso del mismo. Todo ello con la ponderación equilibrada de opiniones divergentes y hasta contrarias.

Por su parte, el profesor Luigi Ferrajoli nos somete a consideración que la expresión “Estado de derecho”, en forma habitual, da lugar a dos cosas distintas, necesitadas de una rigurosa diferenciación. En sentido *lato*, “Estado de derecho” hace referencia a cualquier ordenamiento en el cual los poderes públicos son otorgados por la ley y ejercidos en las “formas y con los procedimientos establecidos legalmente”.

En tal sentido, referente al uso alemán del vocablo *Rechtsstaat*, vendrían siendo Estados de derecho la totalidad de los ordenamientos jurídicos modernos, inclusive los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal, y donde se advierte una acusada influencia kelseniana. En otro sentido, sustancialmente “Estado de derecho” designa, en cambio, únicamente aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos se encuentran, además, sujetos a la ley (limitados o vinculados por ella) no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos.

Puede decirse, y así lo hace Ferrajoli, que lo expuesto *ut supra* se concreta en el uso italiano: son Estados de derecho los ordenamientos en que todos los poderes —incluido el legislativo— están vinculados al respeto de principios sustanciales, dimanantes de las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales.

pues contiene en su interior una serie de equilibrios que difícilmente pueden llegar a convivir sin problemas. Pensemos simplemente en la técnica de la ponderación de bienes constitucionales, la cual no se presta a soluciones generales que sirvan para todos los casos y para todos los países. O consideremos también la fuerte impregnación judicialista que recorre la mayoría de los postulados neoconstitucionalistas; la intervención judicial no es algo que siempre genere reacciones a favor, e incluso en algunos países —como Italia, por mencionar solamente un ejemplo— se están haciendo esfuerzos considerables por la mayoría política (en el poder) para limitar severamente la capacidad de intervención de los jueces en ciertos asuntos. En buena medida las ideas del neoconstitucionalismo seguirán estando en el futuro inmediato en continuo cambio, como lo estarán también las sociedades en las que quieren aplicarse; de ahí la necesaria estabilidad de cualquier modelo o paradigma neocostitucional”.

Para el ilustre jurista italiano, su pretensión consiste en que los dos significados, anteriormente señalados, corresponden a dos modelos normativos diferentes: “el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de derecho (Estado legal)” que adviene con el nacimiento del Estado moderno monopolizador de la producción jurídica, y “el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de derecho (o Estado constitucional)”, derivado de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.⁹

⁹ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, trad. de Pilar Allegue, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., nota anterior, pp. 13-29.

El doctor Ferrajoli dice literalmente: “Sostendré, además, que estos dos modelos reflejan dos experiencias históricas diferentes, ambas desarrolladas en el continente europeo y fruto cada una de ellas de un triple cambio de paradigma: *a*) en la naturaleza y estructura del derecho; *b*) en la naturaleza de la ciencia jurídica y *c*) en la de la jurisdicción. Identificaré, consecuentemente, tres paradigmas —el derecho premoderno, el Estado legislativo de derecho y el Estado constitucional de derecho— analizando las transformaciones que, en estos tres aspectos, se han producido en el tránsito de uno a otro. No trataré, sin embargo, del *rule of law* inglés, que aun representando la primera experiencia de Estado de derecho en sentido fuerte, ha permanecido siempre ligado a la tradición del *common law* y por ello no es reconducible a ninguno de los dos modelos aquí distinguidos. Finalmente, me referiré a la crisis actual de los dos modelos de Estado de derecho, frente a la cual hoy se proyecta un nuevo cambio de paradigma cuyas formas y contornos son todavía inciertos.

Estado legislativo de derecho y positivismo jurídico: es totalmente evidente el alcance de la primera transformación generada por la afirmación del monopolio estatal de la producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho válido y antes aún existente. Podemos identificar tres alteraciones, respecto a la experiencia jurídica premoderna, en las que tal transformación se manifiesta.

La primera alteración se refiere a las condiciones de existencia y validez de las normas jurídicas. En el derecho premoderno, de formación no legislativa, sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes (el imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones) ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica. El derecho «común» por tanto estaba, así, asegurado por el desarrollo y la actualización de la vieja tradición romanística, es decir, por las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales cuya validez dependía, obviamente, no ya de la forma de su producción, sino de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos. *Veritas, non auctoritas facit legem* es la fórmula, opuesta a la sostenida por Hobbes en polémica con el jurista en su célebre *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del derecho común en Inglaterra*, con la cual puede expresarse el fundamento iusnaturalista de la validez del derecho premoderno. Entonces tenía razón el jurista. En efecto con aparente paradoja era el iusnaturalismo la teoría del derecho premoderno;

III. EL OBJETO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El doctor Héctor Fix-Zamudio aborda los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad. Así, distingue —desde una perspectiva puramente doctrinal— dos grandes categorías de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad y, consiguientemente, de las disposiciones legislativas. Desde esta perspectiva señala lo siguiente:

En primer lugar, la que denomina “americana”, no únicamente por haberse establecido el principio en la Constitución de los Estados Unidos de 1787 (aunque con antecedentes en la legislación y jurisprudencia de las colonias inglesas de América), sino también por haber servido de modelo, con dos solas excepciones (Perú y Ecuador, que posteriormente se adhirieron a este sistema), en la mayor parte de los países americanos, de Argentina a Canadá.¹⁰

mientras que el positivismo jurídico expresado en la fórmula hobbesiana correspondía a la instancia axiológica de la refundación del derecho sobre el principio de legalidad como garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad. El Estado de derecho moderno nace, con la forma del «Estado legislativo de derecho», en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido, y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido «puesta» por una autoridad dotada de competencia normativa”.

¹⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003.

El doctor Fix-Zamudio dice literalmente: “En principio, este sistema americano de la revisión constitucional de las leyes podemos caracterizarlo, de forma abstracta, como la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución y con efectos sólo para las partes que han intervenido en esa controversia.

Este principio básico ha sido calificado por el tratadista estadounidense J. A. C. Grant como «una contribución de las américas a la ciencia política».

Además, si pretendemos presentar una visión esquemática del este llamado sistema americano, podemos señalar que sus elementos esenciales consisten en el control judicial difuso (es decir, por todos los jueces) de la constitucionalidad de las leyes, siempre que la cuestión respectiva sea planteada por las partes y aun de oficio por el juez respectivo en una controversia concreta (lo que incorrectamente se ha calificado como vía de excepción), y que los procesalistas italianos han denominado como cuestión prejudicial o también incidental, si se toma en consideración que el problema de inconstitucionalidad supone un aspecto incidental (procesalmente hablando) de la controversia principal en la cual se plantea.

La segunda categoría de control podemos calificarla como “austriaca”, tomando en consideración que surgió en la Constitución austriaca de 1920, debido a la inspiración del ilustre Hans Kelsen. Esquemáticamente, tal sistema puede ser entendido como la atribución a un órgano especializado (denominado corte o tribunal constitucional) y cuya naturaleza es objeto de debate, para resolver todas las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes, que no puedan ser resueltas por jueces ordinarios.

Tales situaciones deben ser planteadas siempre en la vía principal o vía de acción (mediante los órganos del Estado afectados por el ordenamiento constitucional) en el entendimiento de que el fallo del citado tribunal especializado declaratorio de la inconstitucionalidad produce efectos generales (*erga omnes*), o sea, supone la ineficacia de la respectiva ley desde el momento en que se publica la decisión de inconstitucionalidad.

Hans Kelsen hace referencia a la construcción escalonada del orden jurídico señalando distintas fases. Así, nos habla, en primer lugar, de la Constitución. A tal efecto expresa el rasgo característico del derecho de regular su propia producción. Tal situación puede tener lugar de manera que una norma sólo establezca el procedimiento mediante el cual se da lugar a otra norma.

No obstante, también resulta posible que al hacerlo (y hasta cierto grado) se determine el contenido de la norma producida. Y esto ocurre porque, atendiendo al carácter dinámico del derecho, una norma tiene valor en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; “y la norma producida de conformidad a esa determinación, puede representarse mediante la imagen especial de la supra y subordinación”.

En esta secuencia: “La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior”. El orden jurídico no es, por consiguiente, un sistema de normas de derecho ubicadas en el mismo plano, equivalentemente ordenadas, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, constituye el fundamento de validez supremo, que apoya la unidad de esta relación de producción.

Un aspecto muy importante consiste en los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, y que se traduce en la desaplicación de la propia ley en ese caso concreto, ya que el fallo únicamente afecta a las partes en la controversia en la cual se planteo o surgió la inconstitucionalidad”.

Si, rápidamente, se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo está representado por la Constitución. Entendiéndose, aquí, por Constitución la norma fundamental en un sentido material, es decir, con esa palabra se designa la norma o normas positivas que son reguladoras de la producción de las normas jurídicas generales.¹¹

La producción de normas jurídicas generales, reguladas por la Constitución en sentido material, tiene, dentro de la variedad de los órdenes jurídicos estatales modernos, la valoración de una legislación. Su regulación por la Constitución supone la determinación de los órganos facultados para la producción de normas jurídicas generales, ya sean leyes u ordenanzas.

Si entendemos que los tribunales se encuentran facultados, igualmente, para aplicar el derecho consuetudinario, se necesita estar autorizados, para tal tarea, por la Constitución; de la misma forma, que lo están para aplicar las leyes. Es decir, la Constitución ha de instaurar a la costumbre, constituida por el comportamiento habitual de los individuos (ciudadanos o súbditos) bajo el imperio del orden jurídico estatal, como un hecho productor de derecho.

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 14a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2005, pp. 232 *in fine*, 233 y ss.

El autor en comento dice literalmente: “Esa Constitución puede haber sido producida por vía de la costumbre, o por un acto a ello dirigido de uno o varios individuos, es decir, mediante un acto legislativo. Dado que, en este segundo caso, siempre queda vertida en un documento, se suele hablar de una Constitución (escrita), para distinguirla de la Constitución no escrita producida por la costumbre. La Constitución material puede estar formada también en parte por normas escritas, y en parte, por normas de un derecho no escrito, producido consuetudinariamente. Las normas no escritas, producidas consuetudinariamente, de la constitución, pueden ser codificadas, convirtiéndose, cuando esa codificación es efectuada por un órgano productor de derecho, teniendo así carácter obligatorio, en una Constitución escrita.

De la Constitución en sentido material, corresponde distinguir la Constitución en sentido formal, esto es, el documento denominado «Constitución» que, como Constitución escrita, no sólo contiene normas que regulan la legislación, es decir, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino sólo bajo condiciones más difíciles mediante un procedimiento especial. Estas disposiciones configuran la formal constitución que, como forma, puede recibir cualquier contenido, sirviendo en primer término para estabilizar las normas que aquí designamos como constitución material, y que constituyen el fundamento jurídico-positivo de todo el orden jurídico-estatal”.

En el caso de que la aplicación de la costumbre por los tribunales sea contemplada como conforme a derecho (aunque la Constitución escrita no contenga autorización alguna al respecto), resultará que esa autorización no puede estar dada por una norma de la Constitución no escrita (surgida consuetudinariamente) sino que también ha de ser “presupuesta”, así como se presupone que la Constitución escrita disfruta del carácter de norma obligatoria, si se considera que las leyes reglamentos y ordenanzas (dictadas de conformidad con ellas) son normas obligatorias.

Dentro del pensamiento kelseniano conviene destacar lo referente a la interpretación. En este sentido, el gran Kelsen dice que hay que ponderar lo referente a la esencia de la interpretación; a la interpretación auténtica y a la interpretación no auténtica. Cuando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas.

La interpretación, para Kelsen, es un procedimiento espiritual acompañador del proceso del derecho, en su tránsito de una graduación superior a una inferior. En el caso en que más se piensa cuando se habla de interpretación —en el supuesto de la interpretación de la ley— se debe dar respuesta a la pregunta de qué contenido hay que atribuir a la norma individual de una sentencia judicial o de una resolución administrativa, al deducirla de la norma general de la ley para su aplicación al hecho específico.

No obstante, tenemos una interpretación de la Constitución en tanto corresponda aplicarla (mediante el procedimiento administrativo) al promulgar normas de emergencia o producir otros actos inmediatamente determinados por la Constitución en una grada inferior; y también tenemos una interpretación de los tratados internacionales o de las normas del derecho internacional general consuetudinario, cuando éste o aquel tienen que ser aplicados por un gobierno, por un tribunal u órgano administrativo internacional o nacional.

Y existe también una interpretación de normas individuales, sentencias judiciales, decisiones administrativas, negocios jurídicos, etcétera, en suma: “una interpretación de todas las normas jurídicas, en tanto deben recibir aplicación”. Pero también los individuos que no tienen que aplicar el derecho, sino obedecerlo al llevar a cabo la conducta que evita las sanciones, tienen que comprender las normas jurídicas que deben acatar, estableciendo para ello su sentido.

Finalmente también la ciencia jurídica (es decir, el conjunto de conocimientos, lógicamente estructurados, que permite obtener principios generales de hechos generales) cuando describe un derecho positivo tiene que interpretar sus normas, tarea no tan fácil como pudiera resultar a primera vista.

Tenemos, de esta manera, dos tipos de interpretación que deben ser nítidamente distinguidas entre sí: “la interpretación del derecho por el órgano jurídico de aplicación, y la interpretación del derecho que no se efectúa por un órgano jurídico, sino por una persona privada y, específicamente, por la ciencia del derecho”. Aquí, de momento, sólo deberá tenerse en cuenta la interpretación efectuada por el órgano de aplicación del derecho.

Al descubrir la teoría pura del derecho, al quitarle la apariencia de demostraciones lógicas, a ciertas falacias, que, en cuanto tales serían irrefutables, reduciéndolas a argumentos políticos, que pueden enfrentarse con contraargumentos, deja libre el camino para uno u otro desarrollo político, sin postular o justificar ni a uno ni a otro, puesto que, como teoría, frente a ellos es completamente indiferente.¹²

¹² *Ibidem*, pp. 349, 350 y ss. El profesor Hans Kelsen dice literalmente:

“a) *Indeterminación relativa del acto de aplicación del derecho*

La relación entre una grada superior y una inferior del orden jurídico, como se da entre Constitución y ley, o entre ley y sentencia judicial es una relación de determinación o de obligación: la norma de grada superior regula —como ya se expuso— el acto mediante el cual se produce la norma de grada inferior, o regula el acto de ejecución cuando ya se trata de éste; determina no sólo el procedimiento mediante el cual se establece la norma inferior o el acto de ejecución, sino también, en ciertos casos, el contenido de la norma que se instaurará o del acto de ejecución que se cumplirá.

Esta determinación, sin embargo, nunca es completa. La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se le aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto. Hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones. Si el órgano A dispone que el órgano B ponga en prisión al súbdito C el órgano B tendrá que resolver a su criterio cuándo y dónde y cómo se pondrá en efecto la orden de prisión, decisiones que dependen de circunstancias externas que el órgano que dio la orden no previó y que, en buena parte, tampoco pudo prever.

b) *Indeterminación intencional del acto de aplicación del derecho*

Resulta así que todo acto jurídico, sea un acto de producción de derecho sea un acto de pura ejecución, en el cual el derecho es aplicado, sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado. La indeterminación puede referirse tanto al

Conviene tener finalmente en cuenta, que la estricta interpretación científica de una ley estatal o de un tratado internacional que ponga de manifiesto, fundándose en un análisis crítico, todos los significados posibles, inclusive los políticamente indeseados, y quizá ni siquiera previsto por el legislador ni por las partes contratantes (pero, no obstante, incluidos en el tenor de las normas que ellos escogieron) puede tener un efecto práctico excediendo en mucho la ventaja política de la univocidad ficticia.

hecho condicionante, como a la consecuencia condicionada. La indeterminación puede ser justamente intencional, es decir, haber sido establecida por voluntad del órgano que instauró la norma que ha de aplicarse. Así, la promulgación de una norma meramente general se efectúa siempre, conforme a su naturaleza, bajo el supuesto de que la norma individual que surgirá en su aplicación continuará el proceso de determinación que configura el sentido mismo de la secuencia graduada de normas jurídicas. Una ley sanitaria determina que, al estallar una epidemia, los habitantes de una ciudad tienen que adoptar, bajo ciertas penas algunas medidas para evitar la expansión de la enfermedad. El órgano administrativo queda facultado para determinar qué medidas en forma distinta según se trate de enfermedades diferentes. La ley penal prevé para el caso de determinado delito, una pena pecuniaria o una pena de prisión, dejando al juez decidirse, en un caso concreto, por la una o la otra, fijando su medida; para esa determinación, la ley misma puede estatuir un límite superior y uno inferior.

c) *Indeterminación no intencional del acto de aplicación del derecho*

Pero la indeterminación del acto jurídico puede ser la consecuencia no buscada de la forma de ser de la norma jurídica que debe ser aplicada mediante el acto en cuestión. Tenemos aquí, en primer lugar la ambigüedad de una palabra o de una secuencia de palabras, mediante las cuales la norma se expresa: el sentido lingüístico de la norma no es unívoco; el órgano que tiene que aplicar la norma se encuentra ante varios significados posibles. La misma situación se presenta cuando quien tiene que aplicar la norma cree poder suponer una discrepancia entre la expresión lingüística de la norma y la voluntad a través de ella expresada ante la autoridad que dictó la norma, aunque así permanezca indecisa la manera en que esa voluntad podría verificarse. En todo caso tiene que aceptarse la posibilidad de que se la investigue partiendo de otras fuentes distintas a la expresión lingüística de la norma, en tanto ésta puede considerarse que no corresponde a la voluntad del autor de la norma. La jurisprudencia tradicional reconoce en general la posibilidad de que la llamada voluntad del legislador o la intención de las partes en un negocio jurídico no correspondan a las palabras de la ley o en el negocio jurídico. La discrepancia entre voluntad y expresión puede ser completa, o bien sólo, una discrepancia parcial. Esto último se produce cuando la voluntad del legislador o la intención de las partes corresponde por lo menos a uno de los varios significados que la expresión lingüística de la norma lleva consigo. La indeterminación del acto jurídico que haya de efectuarse puede resultar, por fin, como consecuencia del hecho de que dos normas, con pretensión simultánea de validez —por estar contenidas, por ejemplo, en una misma ley— se contradicen total o parcialmente”.

Ante tal interpretación científica, que puede mostrar a la autoridad que establece el derecho, hasta qué punto su labor se mantiene por detrás de las exigencias técnico-jurídicas de la formulación de las normas de derecho, en la manera más unívoca posible, o de expresarlas de tal suerte que la multiplicidad de sentidos inevitable se constriña a un mínimo, con la pretensión de lograr así el mayor grado posible de seguridad jurídica.

IV. EL ESTADO DE DERECHO Y LA CONSTITUCIONALIDAD

Un distinguido estudioso del derecho constitucional en México, y de su relación con la función de la Suprema Corte de Justicia, el doctor José Nieves Luna Castro,¹³ magistrado presidente del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal, del 2o. Circuito de Toluca (Estado de México), formula la problemática de la Suprema Corte de México como tribunal constitucional y órgano rector de la jurisprudencia.

La tendencia en la consideración de la Suprema Corte de Justicia para formar una sala de “constitucionalidad”, o bien la existencia de “tribunales constitucionales” dentro del Poder Judicial, tiene variantes, según los diversos países de América Latina en que nos situemos, como Bolivia, Colombia, El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Venezuela y otros.

Si nos preguntamos qué ocurre —en definitiva— en México, la respuesta vendría siendo que no existe un tribunal constitucional, en sentido estricto,

¹³ Luna Castro, José Nieves, *La Suprema Corte como órgano de legalidad y tribunal constitucional*, México, Porrúa, 2006, pp. 105, 106 y 107.

El autor en comento dice literalmente: “Por un lado, el surgimiento y evolución de la Suprema Corte de Justicia de México, como Tribunal Superior de Justicia Ordinaria, primero, y después su progresivo caminar hacia la transformación de tribunal de constitucionalita... actualmente, no logra aún esa transformación pretendida, sin embargo, los pasos hacia la transformación han propiciado, eso sí, un progresivo abandono respecto de las otras funciones igualmente importantes en un Estado de derecho y correspondiente, en cuanto a su ejercicio, a un tribunal superior o Corte Suprema de Justicia de una Nación en cuanto a la legalidad que igualmente debe ser objeto de rectoría o control...”

En efecto, dos son las funciones a la que nos estamos refiriendo, a saber: *a)* la rectoría o determinación última respecto de los criterios de legalidad general que debe prevalecer en un Estado de derecho, como contribución a la seguridad jurídica, así como todas las derivaciones de esta función y su ejercicio vivo y dinámico, por ejemplo, a través de la emisión y supervisión de la jurisprudencia obligatoria; y *b)* la función de control de constitucionalidad en sentido estricto, a través de la resolución de procedimientos constitucionales inherentes a la justicia constitucional”.

con la característica de ser independiente del Poder Judicial; y, primordialmente, con la peculiaridad de ocuparse específica y exclusivamente de conflictos o cuestiones de constitucionalidad. Tal situación nos pone en la presencia de una versión material de lo que venimos tratando, o sea, de un control de constitucionalidad derivado de que la Suprema Corte de Justicia mexicana “tiene la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones constitucionales”.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional español, según Pérez Royo, no debería existir. De acuerdo con el ilustre profesor español, en un Estado constitucional “adecuado al concepto” (como hubiera dicho Hegel) no hay sitio para dicho órgano. Resumiendo, Javier Pérez Royo dice que la funcionalidad de la logística operativa del Estado (como forma política), una vez que el Poder Constituyente ha expresado su voluntad, son tres: la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Consecuentemente, no habría más que esos tres poderes, confiando cada uno de ellos a un órgano constitucional distinto: “el legislativo al parlamento, el ejecutivo al gobierno y el judicial a los jueces y magistrados integrantes de dicho poder”.¹⁴

No obstante, conviene añadir que la desnaturalización del Estado democrático (salvo en la situación de un golpe de Estado) sólo puede venir del indebido uso del poder por quien lo ocupa, es decir, por parte de la mayoría, que ignora los derechos de la minoría y se niega a aceptar que el control jurisdiccional del ejercicio del poder tiene su razón de ser en la protección de las minorías.

Todo lo anterior tiene como destino la afirmación de las formas jurídicas controladoras del poder, razón por la cual la institución se piensa y se delinea. El profesor Pérez Royo añade: “como sintetizaría magistralmente Kelsen: la justicia constitucional desempeña la función de una protección eficaz de la minoría contra el avasallamiento de la mayoría,

¹⁴ Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, nota 6, pp. 639, 640 y ss. La función del Tribunal Constitucional según el autor en comentario: “reside en que existe, en principio, no para hacer algo, sino para evitar que se haga lo que no se debe hacer. La función de la justicia constitucional no es hacer el bien, sino evitar que se haga el mal, entendiendo por tal la actuación de los demás poderes del Estado al margen de lo previsto en la Constitución, su función está determinada, en consecuencia, por el carácter negativo de la experiencia histórica a la que debe su existencia. Y por eso el Tribunal Constitucional es un órgano negativo o, si se prefiere, que no existe nada más que para defender al Estado democrático frente a su posible desnaturalización. Esta es la esencia de la institución”.

cuyo dominio sólo es soportable en la medida en que se ejerce jurídicamente”.¹⁵

Resumiendo, cabe entender que el Tribunal Constitucional europeo integra un órgano artificial, debido a la invención del constituyente democrático del siglo XX, para completar la división tripartita clásica de poderes ante la insuficiencia de esta última para controlar el ejercicio del poder del Estado y evitar su desnaturalización autoritaria. Por consiguiente, es un producto de la falta de respeto a la Constitución por los poderes clásicos del Estado. Donde la Constitución se ha respetado, no ha habido la necesidad de un tribunal constitucional. En los casos en que no se ha respetado, ha habido que introducirlo.

Finalmente, los constituyentes democráticos de los países en los que ha ocurrido esto último “han tenido que hacer de la necesidad virtud”, y crear un instrumento (para imponer a los poderes del Estado) “desde fuera”, valga la expresión, el respeto a la voluntad del constituyente. Según el doctor Pérez Royo: “en esto en última instancia, es en lo que consiste el tribunal constitucional”.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Para un profundo admirador de G. W. F. Hegel, como el que esto escribe, podemos afirmar que “la existencia del derecho”, lo relativo de la

¹⁵ *Idem.* Para el doctor Pérez Royo, esta es la razón por la que el Tribunal Constitucional Europeo nace como nace y se organiza como se organiza:

“1. Como un órgano único, en el que se concentra la interpretación definitivamente vinculante de la Constitución.

2. Como un órgano jurisdiccional, aunque no integrado en el Poder Judicial. El hecho de ser un Tribunal que actúa a instancia de parte y que obtiene información, la procesa y la traduce en una sentencia, como hacen los tribunales de justicia, se adecua muy bien a su naturaleza defensiva.

3. Su composición tiende a reflejar el compromiso entre la mayoría y la minoría que presidió la aprobación de la Constitución.

4. Su competencia básica consiste en el control de constitucionalidad de la ley y, por tanto, en imponer a la mayoría parlamentaria que la aprueba el respeto del pacto constituyente.

5. Sus competencias adicionales van en la misma dirección: protección de los derechos fundamentales, esto es, defensa del individuo, de la sociedad frente al Estado; protección de la distribución territorial del poder y por tanto de la existencia de minorías territoriales; protección de la división de poderes, esto es, protección de la sociedad frente a la concentración indebida de poder en uno de los órganos del Estado”.

relación recíproca de las necesidades y del trabajo, para ellas, tiene primeramente su reflexión en si, en general, “sólo en la personalidad infinita”, “es decir” en el derecho abstracto. Sin embargo, esta esfera de lo relativo, constituye ella misma (en cuanto educación) la que confiere al derecho la “existencia” para ser “reconocido, sabido y querido” como universal y ha de tener validez y logicidad operativa, precisamente, a través de este ser sabido y querido.¹⁶

Todo lo dicho, aquí y en otros lugares de este trabajo, acredita sobradamente la necesidad de un tribunal exclusivo para el control de la constitucionalidad, es decir, de un tribunal de carácter eminentemente kelseniano.

¹⁶ Hegel, G. W. F., *Fundamentos de la filosofía del derecho*, trad. de Carlos Díaz, Madrid, Librerías Prodhufi, 1993, pp. 639, 640 y ss. El gran Hegel dice literalmente: “«las condiciones espirituales históricas de la igualdad jurídica»; corresponde a la educación, al pensamiento en cuanto conciencia del individuo en la forma de universalidad, que yo sea tomado como persona universal, en la que todos son idénticos. Así el hombre vale porque es hombre, no por ser judío, católico, protestante, alemán, italiano, etcétera. Esta conciencia, por lo que el pensamiento tiene valor, es de infinita importancia y sólo resulta carencial cuando se fija, por ejemplo, como cosmopolitismo a fin de oponerse a la vida concreta del Estado”.