

¿HAY ALTERNATIVAS A LA *JUDICIAL REVIEW*?*

Marian AHUMADA RUIZ

I

En un artículo publicado en 1952, el profesor David Deener se proponía ofrecer una panorámica de la evolución y expansión del instituto de la *judicial review of legislation* en el mundo. En aquel momento, el asunto tenía interés por muchos motivos pero, sin duda, el principal era el de indagar las causas de la llamativa revitalización y creciente auge de esta vieja técnica de garantía de la Constitución al calor del nuevo movimiento constituyente puesto en marcha tras el fin de la Segunda Guerra Mundial. Concluía Deener

El reciente proceso de elaboración de Constituciones ...ha producido resultados en cierto modo paradójicos. La *judicial review*, una institución que se desarrolla en los primeros momentos de la era liberal, está disfrutando de su máxima popularidad en el periodo de declive del liberalismo y está siendo aceptada por naciones con escasa, si alguna, herencia liberal propia. En un intento de salvar esa parte de la tradición liberal que insiste en el respeto de los derechos naturales y el derecho fundamental, los constituyentes actuales se han vuelto hacia una institución —la *judicial review*— que precisamente fue la más severamente criticada por servir como instrumento que tiende a perpetuar la parte más cuestionable de la teoría liberal, la de sus principios económicos.

* Deseo agradecer muy sinceramente la invitación que se me hizo para participar en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, que me dio la oportunidad de presentar en público algunas de las cuestiones que ahora presento por escrito. Como se puede comprobar si se tiene la paciencia de leer estas páginas, no trato de cuestiones precisamente nuevas, lo que sugiero es alguna novedad en cuanto a la perspectiva desde la que se pueden abordar. Quisiera también advertir que lamentablemente lo que puedo ofrecer no es un trabajo concluido, de modo que la difusión de este escrito, que es poco más que un borrador, apenas se justifica por algo más que la amable insistencia de algunas personas cuyo criterio aprecio, que consideraron de interés algunas de las ideas que entonces expuse y aquí se concretan en algo más.

El resultado promete ser un experimento constitucional delicado y controvertido que demanda la atención de los demócratas en todas partes.¹

Efectivamente, en pocos años se había producido un espectacular cambio de actitud hacia la institución de la *judicial review*. No era sólo que países como los europeos, tradicionalmente reacios a aceptar esta fórmula de control, vieran ahora en ella una garantía eficaz frente al uso antidemocrático del poder y se aprestaran a introducirla en las nuevas Constituciones (una conversión desde luego necesitada de explicación, porque las breves experiencias del control de constitucionalidad en Weimar, en Checoslovaquia, en Austria o en España, no habían sido como para generar estas expectativas). El cambio de actitud era también visible y, en cierto sentido, aún más notable en los Estados Unidos.

En la patria del control las críticas al poder de los jueces para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes habían ido creciendo en número y en intensidad en las primeras décadas del siglo XX, hasta desembocar en abierto conflicto entre poder judicial —más concretamente, tribunal supremo— y poder político con ocasión de la puesta en práctica de las medidas del *New Deal*. A finales de los años treinta, en este país, casi nadie dudaba de que las cosas no podían seguir así: se había llegado a una situación en la que la última palabra sobre la razonabilidad u oportunidad de cualquier medida de carácter económico o social, de cualquier política pública, la tenía el Tribunal Supremo, que no dudaba en imponerla. Mientras el país ya había apostado por un modelo distinto de organización de la sociedad que reclamaba otra forma de entender la relación entre los individuos y el poder, y en el que las fronteras tradicionales entre lo público y lo privado eran removidas, una mayoría de los jueces del Tribunal Supremo se obstinaba en la defensa del viejo ideario liberal, actuando como valedor cada vez más extravagante de los principios del *laissez-faire*, anclados, a su modo de ver, en el “espíritu” de la Constitución. En el ámbito de la regulación económica, la *judicial review* estaba funcionando en la práctica como un instrumento de preservación del *statu quo*, de defensa de los derechos adquiridos, en definitiva, como ha señalado algún autor, como un instrumento de protección de minorías... que no quiere decir de grupos en desventaja.

¹ Deener, D., “Judicial Review in Modern Constitutional Systems”, *The American Political Science Review*, vol. 46, 1952, p. 1099.

Para decirlo todo, nadie negaba los hábiles ejercicios de *statesmanship* por parte del Tribunal Supremo apoderado de *judicial review*. Había jugado un papel trascendental en la construcción y afianzamiento de la Unión, en la definitiva consolidación de la vía contenciosa como cauce de resolución de conflictos entre el poder federal y los poderes de los Estados, en la conversión de la Constitución en un símbolo de unidad y estabilidad. Pero en la última etapa, la constante interferencia del Tribunal en el diseño de las políticas públicas y, sobre todo, la arrogante afirmación de su competencia para decidir lo que convenía al interés público en contra de la opinión de los poderes políticos, estaba dando la razón a quienes sospechaban de la neutralidad del poder de control. La *judicial review*, ésta era una antigua sospecha, era un instrumento propio de una democracia inmadura, que no acaba de confiar en los representantes y, en definitiva, en el pueblo que los elige. En esas circunstancias muchos urgieron la necesidad de una reforma constitucional en dos sentidos: afirmación de la supremacía legislativa y limitación del alcance de la competencia de la *judicial review* (por ejemplo, revitalizando la regla de la *clear doubt*, con el propósito de confinar los pronunciamientos de inconstitucionalidad a los casos de inconstitucionalidad literal y manifiesta). Este episodio y su continuación es, por lo demás, bien conocido. La crisis del *New Deal* está en el centro de una auténtica revolución constitucional que no afectó sólo a la distribución de funciones entre el Tribunal Supremo y las ramas políticas del gobierno. Se trató de una mutación más profunda, que afectaba a la concepción de la función del gobierno. Pero sin duda fue en el ámbito de la relación entre poder judicial y poder político en el que el nuevo reparto de tareas quedó más claro: el Tribunal renunciaba para lo sucesivo a toda influencia en el diseño de la política económica del país y reconocía la autoridad de los gobernantes para decidir lo que convenía al interés público. Entre 1937 y 1943 el Tribunal no volvió a pronunciar la inconstitucionalidad de una sola ley federal. En los diez años siguientes (entre 1943 y 1953), sólo recayeron tres y en casos “estrictamente judiciales”, de escasa envergadura.

En el año de 1937 marcó seguramente el fin de un modo de entender la *judicial review*, o quizás mejor, la función de los tribunales ejerciendo la *judicial review*. También es el inicio de una nueva etapa que comienza con la “rehabilitación social” del Tribunal Supremo. De la agi-

tada discusión doctrinal de la época resultaron conclusiones importantes: la *primera*, es que la competencia de la *judicial review* de las leyes no puede apoyarse simplemente sobre el argumento de que se trata de un poder “natural” de los jueces, de hecho, su legitimidad histórica se puso en este periodo, como nunca, en entredicho. La *segunda* es que por primera vez se reconoce abiertamente que la *judicial review* es un poder “contra-mayoritario” y, en esa medida, un poder que en una democracia necesita justificarse por sus logros, en todo caso, por sus resultados: por lo que aporta “de bueno” al funcionamiento más adecuado, o más correcto, del gobierno constitucional. “Judicial review is an institution designed to help us to run a good government. It cannot be defended except by seeing how it operates -whether in fact the government is better with it than without it”. ¿Hace falta decir que desde esta perspectiva se altera sustancialmente lo que por *self-restraint* judicial se entiende?

La *judicial review* se refundó para adaptarse a la nueva realidad del estado de bienestar, incipientemente social. El cambio de orientación tardó en definirse pero fue radical; la *judicial review* pasaba de ser un obstáculo para las reformas sociales a convertirse, precisamente, en instrumento de reforma social. Su potencial se ponía al servicio de la defensa de intereses sociales que no lograban representación en las asambleas, que quedaban sistemáticamente al margen de la agenda política. Aplicada a este fin, la *judicial review* compensaba defectos graves del gobierno por mayoría y justificaba su función tutelar, más que de la Constitución, de algunos de los fines que, desde el principio, dieron sentido a la Constitución: “...establecer la Justicia,... promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y nuestros descendientes los beneficios de la libertad”.²

2 Tal y como figuran en el Preámbulo de la Constitución Federal. Tras la revolución de 1937 se inicia el que comúnmente se considera el tercer gran periodo de la historia del Tribunal Supremo y de la *judicial review*. Lo que caracteriza a cada periodo es la presencia de un “interés dominante” que parece guiar la acción del Tribunal Supremo. En el primer periodo, desde 1789 hasta la Guerra Civil, fue la irresuelta cuestión de la relación Estados-Federación la que centró el interés del Tribunal, y le incitó a dirigir sus esfuerzos a la tarea de construir “una Unión más perfecta” (el primero de los fines aludidos en el Preámbulo de la Constitución Federal). Sin *judicial review* y, sobre todo, sin un Tribunal Supremo “federalista”, es posible que la Unión hubiera corrido una suerte similar a la de la Confederación. El segundo periodo abarca desde el fin de la Guerra Civil hasta 1937. Con la Federación ya consolidada, el Tribunal concentró su atención, primero, en facilitar y, sobre todo, vigilar la reconstrucción y, posteriormente,

El activismo en la defensa y promoción de los derechos civiles que caracterizó la actuación del Tribunal Supremo desde mediados de los años cincuenta y, sobre todo, en los sesenta del siglo XX, confirió a los tribunales americanos una popularidad hasta entonces desconocida. El Tribunal Supremo quedaba finalmente rehabilitado y recuperaba, asentada sobre otras bases, su legitimidad “social”. Más adelante las cosas cambiaron y la imagen heroica del Tribunal Warren está hoy sujeta a revisión. En cualquier caso, esto es lo que pretendía subrayar, la “idea” del control de constitucionalidad que Estados Unidos exporta al final de la Segunda Guerra Mundial y que tanto influirá sobre las nuevas Constituciones, poco o nada tiene que ver con la imagen del opresivo “gobierno de los jueces”, verazmente descrita por Lambert pero que correspondía a una era anterior.³

en la —a su modo de ver— amenazante figura del Estado interventor. Fue la época en la que la *judicial review* se empleó como defensa de un obsoleto ideal de autonomía individual y que culminó con la crisis del *New Deal*. El tercer periodo se caracteriza por el desplazamiento del centro de interés hacia los derechos civiles; el aspecto más sobresaliente de la jurisprudencia de este periodo lo constituye la eclosión de la cláusula de *equal protection*.

³ Lambert, Eduard, *Le Gouvernement des Juges et la Lutte Contre la Législation Sociale aux États-Unis. L'Expérience Américaine du Contrôle Judiciaire de la Constitutionnalité des lois*, París, Giard, 1921. La intención del autor al publicar este famoso libro —que toma prestada la parte más sonora de su título del también famoso ensayo de Boudin, “Government by Judiciary” (*Political Science Quarterly*, vol. 26, 1911)— no fue puramente descriptiva. Con él pretendía terciar en el debate, muy vivo en aquel momento en Francia, sobre la conveniencia de adoptar un sistema de control de constitucionalidad de las leyes como el americano. Lambert advertía de los riesgos de hacerlo. El libro recogía fielmente el clima de discusión en los Estados Unidos y analizaba las causas de la creciente hostilidad, no sólo política, hacia la *judicial review*. Su análisis es certero y revela un conocimiento del sistema americano mucho más profundo que, por ejemplo, el demostrado por Kelsen. Para éste, los problemas y disfunciones de la *judicial review* se debían, básicamente, a errores de diseño; Lambert, en cambio, identificaba el vicio de origen: la irresuelta cuestión de la legitimidad de este poder y las dificultades para marcar sus límites. Aceptar el control de constitucionalidad de las leyes era, al fin, aceptar el sometimiento de todos a una Constitución construida por los jueces:

“L'exemple américain nous prouve que, dès que ce contrôle cesse d'être un simple rouage de l'organisation fédérale pour devenir un organe de surveillance du judiciaire sur le législatif et l'exécutif, il transforme radicalement la nature même de la constitution qui l'accueille. Aux constitutions rigides bâties par les conventions ou les assemblées constituantes, il substitue des constitutions judiciaires, d'une extrême souplesse qui s'enrichissent constamment d'éléments nouveaux par le jeu de la litigation constitutionnelle” (p. 228).

En su nueva versión, el control de constitucionalidad podía defenderse como un aliado de la democracia pluralista. Esta transformación cualitativa del control, de la que enseguida se percataron los analistas más sagaces, es la que marca el inicio de una nueva etapa en la historia del control de constitucionalidad.

II

La nueva etapa, ésa que para Deener es todavía de incertidumbre, es también la etapa de expansión de la técnica del control de constitucionalidad y, sobre todo, la etapa de consolidación de una fórmula alternativa de organización del control y que ha dado lugar al que se ha dado en llamar modelo europeo de control.

La decisión de introducir el mecanismo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del poder en las Constituciones de la segunda posguerra fue política y en algunos casos una imposición condicionada por las circunstancias.⁴ En la Alemania Occidental la intro-

Favoreu se ha referido en diversos lugares al impacto de la obra de Lambert, que surgió de nuevos y poderosos argumentos a la posición europea tradicional, contraria al reconocimiento de esta competencia judicial. La denuncia de Lambert de la *judicial review* como un poder al servicio de la ideología más conservadora no fue desoída tampoco en los Estados Unidos. Pero quizá, injustamente, se ha encasillado a este autor como un crítico de la institución. No es así. Desde muchos puntos de vista la concepción de la *judicial review* que repudiaba era inaceptable y, de hecho, no pasó mucho tiempo antes de que fuera abandonada. El temor a un uso inequitativo de la *judicial review* en apoyo de los intereses de las clases más pudientes ha estado muy presente en el debate sobre esta institución en países donde las medidas de reforma económica y social son urgentes. Véase, al respecto, el comentario de Rosenthal sobre el uso del control en India, Filipinas o Sudáfrica, en Henkin, L. y Rosenthal, A. (eds.), *Constitutionalism and Rights. The Influence of U.S. Constitution Abroad*, Columbia University Press, 1990, p. 402. Sobre la influencia de la obra de Lambert en el debate europeo sobre la *judicial review*, Favoreu, L., "Modele Americain et Modele Europeen de Justice Constitutionnelle", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1988, vol. IV, p. 56, y "Constitutional Review in Europe", en Henkin, y Rosenthal, A. (eds.), *Constitutionalism and Rights. The Influence of U.S. Constitution Abroad*, citada en esta misma nota, pp. 42 y 43.

4 En Japón fue impuesto, literalmente, el sistema americano de *judicial review*. El proyecto de Constitución para este país fue elaborado por el Mando Supremo de los Poderes Aliados. No hubo opción. Algunos analistas achacan el escaso éxito del control de constitucionalidad en este país precisamente al hecho de su imposición. Su recepción fue meramente formal. Es posible que si la urgencia de los Aliados no hubiera sido tanta, el establecimiento de un Tribunal Constitucional, como se hizo en Alemania, hu-

ducción del control de constitucionalidad no fue “obligada” por los poderes de la ocupación que sí exigieron, sin embargo, una estructura federal, la incorporación de un *bill of rights* y garantías de independencia del poder judicial. Los redactores de la Constitución, obligados a trabajar con rapidez, probablemente actuaron, como sugiere Von Beyme, menos motivados por el modelo americano que por el repudio a las injusticias del Estado nazi y por el deseo de revitalizar los vínculos con la honrosa tradición constitucional anterior a la era de Bismarck. Esto no quiere decir que la imagen del Tribunal Supremo americano no estuviera bien presente; de hecho, la aspiración de quienes diseñaron el Tribunal Constitucional Federal fue hacer de él “una *Supreme Court* perfeccionada”⁵. En “The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems”,⁶ Klaus von Beyme se refiere al cruce de influencias responsable de la peculiar configuración del control en Alemania y, más en general, a la inevitable remodelación del control para facilitar su encaje en sistemas parlamentarios. No obstante, el trasplante de la cultura de la *judicial review* en Estados que históricamente la habían rechazado, seguía planteando dificultades y no se trataba de una pura cuestión de voluntad. En Europa, por ejemplo, la experiencia pasada no inducía a pensar que, de pronto, los jueces estarían mejor situados que el legislador para hacer valer la Constitución y, todavía menos, para orientar a los poderes públicos en el cumplimiento de los mandatos constitucionales. La confianza en los jueces era limitada —basada, entre otras cosas, en su estricto sometimiento a la ley— y esta situación no se alteraba por la pérdida de confianza en el legislador.⁷ La solución finalmente acogida en Ale-

quiera asegurado un futuro mejor a la institución. McWhinney, *Supreme Courts and Judicial Law-making*, pp. 8 y 9 y, en general, sobre el proceso de introducción del control en este país, Beer, Lawrence W., “Constitutionalism and Rights in Japan and Korea”, en Henkin, L. y Rosenthal, A. (eds.), *op. cit.*, nota 3, pp. 225-259.

5 Dolzer, *Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlín, Duncker und Humblot, 1972, p. 39

6 Landfried, Ch. (ed.), *Constitutional Review and Legislation*, Nomos, Baden-Baden, 1988, pp. 21-38.

7 “El grueso del poder judicial en Europa parece psicológicamente incapaz de realizar la tarea muy inspirada por valores, de tipo *cuasi* político, que está implicada en el control de constitucionalidad. Debe tenerse presente que los jueces continentales son por lo general ‘jueces de carrera’, que acceden a la judicatura a edad temprana y son promocionados a los tribunales superiores atendiendo fundamentalmente a criterios

mania o en Italia, siguiendo el ejemplo de Austria, de encomendar a un tribunal especial (en todos los sentidos), el órgano de la jurisdicción constitucional, la decisión de controversias relativas a la interpretación y aplicación de la Constitución, demostró la seriedad del compromiso con la defensa más exigente de la eficacia de la Constitución. Pero también reflejó las dificultades de acomodo de una institución que no sólo alteraba el esquema tradicional de división de poderes y forzaba un cambio de mentalidad en el desempeño de los mismos. La introducción de la jurisdicción constitucional imponía otra concepción del ordenamiento jurídico y, a corto plazo, la aceptación de una nueva fuente de derecho: la jurisprudencia constitucional. El establecimiento de la jurisdicción constitucional, que en definitiva es una institución de *common law*, conmueve la estructura de los sistemas de *civil law*.⁸ En expresión más contundente: “la introducción de la jurisdicción constitucional en Europa no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución”.⁹

El sistema de los Tribunales Constitucionales fue la vía para introducir en Europa, bajo otra forma, la sustancia de la *judicial review*. Steinberger ha dicho que la implantación de estos tribunales constitucionales especiales ha sido el desarrollo más llamativo del derecho constitucional en Europa occidental desde 1945: “es la única institución realmente nue-

de antigüedad. Su formación profesional se centra en cuestiones técnicas más que en la valoración de los fines de las leyes que aplican. El ejercicio del control de constitucionalidad, sin embargo, es cosa muy distinta de la habitual función de aplicar el derecho. Las constituciones modernas no se agotan en una definición fija de lo que es la regla sino que contienen amplios programas orientados hacia el futuro. Por eso la tarea de satisfacer las prescripciones constitucionales con frecuencia demanda un ejercicio de discreción mayor que la tarea de interpretar las leyes ordinarias”, Cappelletti, M., *Comparative Constitutional Law*, p. 81.

⁸ Como indica Merryman, en Europa el proceso de “constitucionalización” —y por tal entiende el auge de las Constituciones, la afirmación de su supremacía normativa y el establecimiento de procedimientos de control de constitucionalidad— ha sido uno de los agentes principales de la erosión del sistema clásico de *civil law*. Los otros factores que actúan con similar intensidad en la transformación son la “descodificación” y el “federalismo”. “Todos los aspectos de la imagen tradicional del sistema jurídico europeo continental... se ven afectados por el crecimiento del constitucionalismo”, Merryman, John H., *The Civil Law Tradition*, 2a. ed., Stanford University Press, 1985, pp. 151-157

⁹ Rubio Llorente, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, incluido en su libro *La forma del poder*, Madrid, CEC, 1993, p. 507.

va en los sistemas políticos parlamentarios europeos”.¹⁰ A pesar de que muchos de los aspectos organizativos y procedimentales de esta nueva jurisdicción permiten vincularla con una tradición anterior —claramente con la técnica del control jurisdiccional de la administración, también con la jurisdicción de conflictos al modo de la *Staatsgerichtsbarkeit*— y aun admitiendo la indudable influencia del planteamiento kelseniano sobre su regulación, no parece exacto considerar a los Tribunales Constitucionales de la “segunda generación”, los que nacen con las Constituciones de la última posguerra, un producto natural de esa tradición anterior, la cima de una evolución previsible. Por un lado, porque, como a menudo se ha destacado, son creados para garantizar un tipo de Constitución inédita en Europa, no sólo por su plena eficacia normativa, sino por sus contenidos, por el lugar central que en ella ocupan los derechos fundamentales, directamente exigibles ahora también frente al legislador. Por otro, porque el impulso para la introducción de esta jurisdicción procede del ejemplo americano que sigue apareciendo como un “ideal”, algo que será bien visible en el modo de decisión de los Tribunales Constitucionales, quienes en seguida hicieron suyas doctrinas y técnicas previamente desarrolladas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en ejercicio de la *judicial review*.¹¹ Pero sobre todo, porque esta *revolución constitucional*,

¹⁰ “American Constitutionalism and German Constitutional Development”, incluido en Henkin, L. y Rosenthal, A. (eds.), *op. cit.*, nota 3, p. 214.

¹¹ Así sucede, claramente, con la temprana importación de la técnica de la “interpretación conforme”, con la readaptación de la doctrina del *self-restraint* y, más en general, con todas esas técnicas de interpretación de la Constitución que permiten a los tribunales trascender del puro texto. En cuanto al estilo de sus decisiones, observa Merryman, “manifiesta un alejamiento de la estructura conceptual y del academicismo típico del sistema de *civil law*, haciendo uso de términos e ideas poco familiares para la ciencia jurídica (motivo por el cual se dice que son poco científicos, cosa que, en este sentido, es cierta)”, *The Civil Law Tradition*, *cit.*, nota 8, p. 157. Refiriéndose a Alemania, aunque el comentario tiene alcance general, Steinberger opina que “el impacto general de las ideas y principios constitucionales americanos sobre el constitucionalismo alemán actual consiste en poner de manifiesto que en este tipo de sistema constitucional existe una ‘lógica’ interna (*inherent cogency*) que conduce, en muchos aspectos importantes, a criterios de control, enfoques metodológicos y soluciones sustantivas funcionalmente equivalentes aunque puedan diferir su articulación y el modo y manera de llegar a ellos”. “American Constitutionalism and German Constitutional Development”, en Henkin, L. y Rosenthal, A. (eds.), *op. cit.*, nota 3, p. 216.

...tuvo lugar en Europa sólo con la dolorosa toma de conciencia de que una Constitución y una declaración de derechos necesitan de la maquinaria judicial para ser efectivos. Los Estados Unidos ciertamente actuaron como un influyente precedente. Pero la lección definitiva provino de la experiencia propia, la experiencia de la tiranía y la opresión por un poder político incontrolado en ausencia de procedimientos *accesibles* para las víctimas del abuso gubernamental y *capaces* de contener tal abuso.¹²

La jurisdicción constitucional, entonces, no aparece para coronar el Estado de derecho. En Europa se llega a ella como consecuencia, precisamente, de las limitaciones de la fórmula del Estado de derecho —en el sentido de *rechtsstaat*, *no rule of law*— para garantizar un sistema de libertades: “existe en los Estados cuya tradición democrática es más débil y quebradiza, y no, salvo de forma parcial y limitada, en aquellos otros cuya evolución constitucional se ha proseguido sin más quiebras graves que las originadas por la guerra”.¹³

Es esta experiencia pasada inmediata la que va a provocar en Europa, o más concretamente, en los países europeos que acogen un sistema de jurisdicción constitucional, una conexión que entre “jurisdicción constitucional y democracia”, que, desde el punto de vista americano, resulta bastante forzada. Porque si es verdad que la experiencia del totalitarismo movió a la aceptación de la jurisdicción constitucional, lo contrario no es cierto: que se llegó al totalitarismo por la ausencia de *judicial review*, o que no hay verdadero Estado de derecho sin jurisdicción constitucional. En realidad, como bien se ha dicho, en origen, la introducción de un

12 Cappelletti, *The judicial process in comparative perspective*, p. 186.

13 Rubio, F., *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, p. 576. En idéntico sentido, Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 40 y ss. Igualmente, Simon, H., “La actual ‘coronación del Estado Constitucional mediante la jurisdicción constitucional’ no es algo obvio”, en Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, MP, 1996, p. 825. Resulta interesante la apreciación de Von Beyme de que el control de constitucionalidad funciona más intensa y eficazmente en aquellos sistemas políticos en los que el *Rechtsstaat* estaba establecido antes de la llegada de la democracia. Según este punto de vista, la institución es más fácil de aceptar en sistemas menos entusiastas del principio mayoritario. Esta sería otra explicación del espectacular progreso de la jurisdicción constitucional precisamente en países que han carecido de una bien asentada tradición de democracia parlamentaria (“The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems”, *op. cit.*, nota 6, p. 37).

sistema de jurisdicción constitucional es un indicador de “mala salud democrática”.

III

Con el tiempo, el sistema de control de constitucionalidad a través de Tribunales Constitucionales pudo por fin demostrar su eficacia, se consolidó y, aparentemente, pasó a convertirse en una alternativa real al sistema de *judicial review*.

No sólo esto. Es posible que la acelerada expansión de la justicia constitucional en el último tercio del siglo XX se haya visto favorecida precisamente por el suceso de esta fórmula alternativa de organización del control. En efecto, es el sistema de los Tribunales Constitucionales el que ha resultado más fácilmente exportable en la práctica: se extendió rápidamente por Europa, progresa en Latinoamérica y ha sido acogido por la mayor parte de los países que, tras el colapso de los regímenes comunistas, aprueban nuevas Constituciones. Parece que existe una tendencia natural a optar por esta fórmula en sistemas de derecho codificado, de raíz romanista, donde los jueces carecen de las amplias atribuciones de sus colegas de *common law*, donde no rige el sistema de *stare decisis* y, por tradición, la idea de seguridad jurídica, de certeza del derecho, se ha vinculado con la primacía de la ley y el absoluto predominio de las fuentes de derecho escrito. Es decir, sistemas en los que concurren circunstancias que históricamente complicaron la aceptación de la *judicial review*.¹⁴

Pero hay algo más que puede explicar el auge de la institución en tiempos recientes: los Tribunales Constitucionales, ésta ha sido la experiencia en Europa, pueden desempeñar un papel fundamental en los procesos políticos de transición. De hecho, en la mayor parte de los casos, el prestigio y la importancia de la institución para el futuro se juega en sus primeros y decisivos años de funcionamiento que, habitualmente, son también los de asentamiento de un régimen constitucional. Está claro que la pura previsión del control de constitucionalidad no asegura que

¹⁴ La *judicial review* al modo americano es la opción preferida, en cambio, en países de *common law* (básicamente, países de la órbita de la *commonwealth*). Se refiere al caso particular de Sudáfrica —un país de *common law* con Tribunal Constitucional— M. Fromont, quien parte de esta división básica de las tradiciones jurídicas para analizar el proceso de desarrollo y evolución de la justicia constitucional en el mundo, en *La Justice Constitutionnelle Dans le Monde*.

el control vaya a funcionar, de esto hay pruebas sobradas, y parece que una condición para que funcione es la previa afirmación de la normalidad constitucional.

Ackerman¹⁵ se ha referido a dos tipos de escenarios —procesos de transición— en los que la intervención de un Tribunal Constitucional puede ser enormemente útil. Uno, el de la puesta en marcha de un sistema federal, en cualquiera de sus dos sentidos: federación prospectiva por integración o por devolución. Otro, el de “nuevo comienzo”, cuando se pretende la ruptura con un régimen anterior; este “nuevo comienzo”, a su vez, puede haber sido forzado desde fuera —habría sido el caso de Alemania—, o ser fruto de una decisión popular, “soberana”. Por supuesto, ambos escenarios, como a menudo ha sucedido, pueden coincidir en el tiempo. Pues bien, en ambos casos, la existencia de un árbitro aceptado, independiente, encargado de resolver los conflictos que dificulten el avance del proceso en los términos, que no siempre serán claros, del acuerdo inicial —una Constitución—, puede suponer una gran ventaja. Un Tribunal Constitucional está pensado para actuar como poder legitimador, habla en nombre de la Constitución y, en un periodo de incipiente desarrollo constitucional, su misión insustituible será la de exponer los principios constitucionales, quizá no tan evidentes, que permitan solucionar los conflictos que genera todo proceso de redistribución del poder. Para que esos principios sean aceptados como “deducidos” de la Constitución no sólo deben ser plausibles, deben estar además llamados a perdurar;¹⁶ por eso, opina Ackerman, el estilo de decisión de un Tribunal Constitucional en uno u otro escenario será diferente: más cauto y prudente en el primer caso, poco dado a elaborar principios excesivamente rígidos que podrían ser en el futuro socavados por el equilibrio oscilante entre el centro y la periferia (un estilo que denomina

¹⁵ Ackerman, “El ascenso del constitucionalismo mundial”, en su libro *La política del diálogo liberal*, pp. 47-71.

¹⁶ “En cualquier país que cuente con un poder judicial independiente... los jueces, cuenten o no con la autoridad constitucional que se reconoce a los nuestros, moldean la percepción popular de los principios de gobierno más permanentes”. Sin embargo, la función de un Tribunal con autoridad suprema en materias constitucionales es especial: “el Tribunal debe declarar como derecho vinculante sólo aquellos principios capaces de lograr —en su momento, pero previsiblemente en el futuro inmediato— general aceptación”. Un Tribunal de este tipo se convierte en “configurador y profeta de la opinión que prevalecerá y se consolidará”, Bickel, A., *The Least Dangerous Branch*, pp. 235 y 239.

“coordinador”); más rotundo y drástico en el segundo, pues aquí se trata de impedir cualquier amenaza de regresión, de afirmar que el “nuevo comienzo” no es retórica política (a este estilo lo califica de “redentor”)¹⁷ El singular proceso de federación prospectiva por integración puede, por supuesto, reconocerse en el proceso de construcción de la Unión Europea. Que el papel desempeñado por el Tribunal de Luxemburgo en tal proceso es, con todos los matices, el propio de un tribunal constitucional que ha de gestionar un proceso de transición queda fuera de duda. La tentación de establecer paralelismos entre su actuación y la del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la era de formación de la Unión, es difícil de evitar.

En cualquier caso, en estos periodos fundacionales se evidencia la inequívoca función arbitral, pero también política, que un Tribunal Constitucional, en ocasiones, ha de desempeñar. Es perfectamente comprensible que estos Tribunales, sobre todo en sus primeras decisiones, empleen un tipo de argumentación más propio de la retórica deliberativa que de la clásica retórica judicial. La apelación a principios, a valores, al interés público, al fin último de la Constitución es lo que se impone, como también el que pase a un primer plano la preocupación por las consecuencias de sus decisiones para el futuro.¹⁸ Por decirlo en pocas

¹⁷ Sería posible incluir además otro “escenario” que plantea problemas semejantes al del federalismo: el del presidencialismo. La creación de una presidencia fuerte frente a un legislativo independiente es, potencialmente, un foco de conflictos. En esta situación, un Tribunal Constitucional puede ser el órgano adecuado para vigilar el equilibrio entre los poderes ejecutivo y legislativo. La función del Consejo Constitucional francés en los comienzos de la V República encaja muy bien en esta perspectiva. Sin embargo, la tensión entre los poderes legislativo y ejecutivo no siempre propicia la intervención de un poder judicial independiente. Sudamérica surte de muchos buenos ejemplos que demuestran que, en muchos casos, el beneficiario de tal tensión es el Ejército. “En términos generales —dice Ackerman— el control de constitucionalidad se asocia con militares débiles”. *Op. cit.*, nota 15, pp. 63-65.

¹⁸ “[El juez constitucional] tiene que hacer servible la Constitución, proteger el poder constituyente objetivado en ella, lograr que dé respuesta a problemas no previstos expresamente, resolver ambigüedades y aun aparentes contradicciones acudiendo a una interpretación sistemática y a la noción de Constitución como un todo. Para ello ha de dar sentido explícito a términos sólo enunciados, ha de precisar los significados precisos de unos significantes casi mudos, ha de fijar límites entre derechos en conflicto... [S]iendo la Constitución, por su contenido material (derechos) y no sólo procedimental una ley política cargada de contenido ético, el juez constitucional con frecuencia, con mucha frecuencia si se trata de un Tribunal casi recién nacido, ha de enfrentarse con decisiones nuevas cuya solución implica poner en juego ‘la moralidad política propia de cada juez’,

palabras, al contrario de lo que suele suceder en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, su función principal no es decidir casos, sino *fixar las reglas* que prevengan y eviten en el futuro la repetición o la aparición de conflictos.

Esta función que los Tribunales Constitucionales desarrollan en los periodos de transición difícilmente podría encomendarse a tribunales ordinarios, o a un Tribunal Supremo. No sólo porque el tipo de enjuiciamiento que de ellos se espera se distancia radicalmente del tradicional. Es también porque sobre los jueces ordinarios pesará el lastre de la etapa anterior; justificadamente o no, la tendencia será a considerarlos como instituciones vinculadas con el régimen pasado y, en esa medida, un poder potencialmente resistente al cambio. El modo peculiar de reclutamiento de los jueces constitucionales les confiere un *plus* de legitimidad frente a los ordinarios.¹⁹ Habría además pruebas de que efectivamente el sistema de control difuso “no funciona” en países de *civil law*. Cappelletti se refiere, en el contexto europeo, a las poco estimulantes experiencias de Alemania durante la Constitución de Weimar, o de Italia en el periodo de 1948 a 1956; tampoco en los países escandinavos ha tenido mayor trascendencia el papel de los tribunales ordinarios ejerciendo la *judicial review*. Si Suiza es la excepción, también es la que confirma la regla, pues los jueces del Tribunal Federal no son jueces de carrera sino que son elegidos por la Asamblea Federal.²⁰

Con todo, no estamos ante una nueva función que los europeos hayan asociado a la jurisdicción constitucional. Tampoco ante una función ajena al control de constitucionalidad. En cierto modo, su función “educadora”

integrante del órgano colegiado que es intérprete supremo de la Constitución”, Tomás y Valiente, F., “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, núms. 15-16, 1994, p. 641.

¹⁹ “Sea por haber partido de la idea, quizás no del todo demostrada, de que los jueces ‘de carrera’ de los países de *civil law* no están preparados para el ejercicio de la jurisdicción constitucional, sea, más probablemente, por el deseo de mantener de algún modo la concordancia entre la jurisprudencia constitucional y la dirección política del Estado, en todos los casos, la designación de los jueces constitucionales se hace por un procedimiento distinto al utilizado para el nombramiento de los restantes jueces, frecuentemente, con una participación decisiva del Parlamento...”. Rubio, F., en la “Segunda” de las *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, pp. 578 y 579 (se suprimen las citas del original).

²⁰ *Comparative Constitutional Law*, cit., nota 7, pp. 81-83.

en el derecho de la Constitución, en los principios del gobierno constitucional, es la más antigua. La experiencia de la primera época el Tribunal Supremo de los Estados Unidos así lo atestigua.²¹ De los Tribunales Constitucionales no se espera sólo la pura *defensa* de la Constitución; de ellos depende algo más fundamental: que una Constitución sea capaz de generar “derecho constitucional”.

IV

Pero la peculiar misión de los Tribunales Constitucionales en etapas de transición debería concluir con la transición. Cuando la Constitución es una realidad aceptada, la delicada fase de sustitución o, en su caso, adaptación del derecho preconstitucional está superada, la constitucionalidad es la norma, las incertidumbres del comienzo se han disipado y los poderes constituidos dejan de ser sospechosos de involución, la intervención de los Tribunales Constitucionales en el proceso político no se justifica del mismo modo.²² De hecho, puede convertirse en un riesgo para ellos. El Tribunal Supremo americano, junto a la doctrina del *self-restraint*, construyó la doctrina de las *political questions*, nunca demasiado clara, pero eficaz en la medida en que le ha permitido distanciarse de aquellos debates que, a su modo de ver, aun afectando a la Consti-

21 “El examen de la labor del Tribunal Supremo durante su primera década, cuando recorría los circuitos judiciales, pone al descubierto la preocupación de los jueces por educar a su audiencia en cuestiones políticas. Todavía más, las pruebas sobre la intención inicial y las expectativas depositadas en el poder judicial de la nación apuntan a una función política de los tribunales. Esta concepción arranca de la premisa de que ‘el gobierno debe ser dispuesto para el hombre tal y como es, y no para el hombre tal y como sería si estuviera libre de vicios’. Los primeros jueces del Tribunal Supremo actuaron del modo que creyeron más adecuado para contrarrestar el hábito mental que llevaba a pensar que ‘no hay causa de acción adecuada aparte del *interés subjetivo* (*self-interest*)’ e inculcar a cambio virtudes cívicas. Quizás, más que ningún otro poder del Estado, se encontraban en la mejor posición y disposición de espíritu para esta empresa”, Lerner, Ralph, “The Supreme Court as Republican Schoolmaster”, en Licht, R. (ed.), *Is the Supreme Court the Guardian of the Constitution?*, pp. 133 y 134.

22 A este respecto, podría ser interesante llamar la atención sobre el significado de la “sustitución” del Consejo de la Revolución por el Tribunal Constitucional en Portugal tras la reforma constitucional de 1982; o sobre el singular papel, abiertamente monitor del proceso de transición a la democracia, asignado al Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina, del que forman parte, al menos en el periodo inicial y por cinco años, tres jueces extranjeros designados por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

tución, no estaban listos para ser cerrados.²³ Los Tribunales Constitucionales europeos, por diversas razones, no han podido recurrir a esta técnica.²⁴ Esto no ha impedido que hayan reorientado su función, con el tiempo perceptiblemente menos involucrada en el terreno político y más en el judicial.

Esta alteración en el, digamos, enfoque de su misión principal, no ha pasado desapercibida. Se ha dicho que los Tribunales Constitucionales han pasado del control de constitucionalidad al de “microconstitucionalidad”,²⁵ del control de la ley al control de la aplicación de la ley, de la preocupación por la constitucionalidad de la ley en abstracto, a la prioridad del examen de su constitucionalidad en relación con supuestos concretos de aplicación. Que se ha ido produciendo un cambio significativo, como acabo de indicar, pocos lo ponen en duda. No hay acuerdo,

²³ El Tribunal Supremo intentó en *Baker vs. Carr* (369 US, 1962, pp. 186 y ss.) identificar los rasgos de las “cuestiones políticas”, cuestiones que *son* constitucionales pero, por diversas razones, “no justiciables”: “En cualquier litigio en el que se sostenga que está implicada una cuestión política nos encontramos a primera vista con un mandato constitucional textual que encomienda la decisión del asunto a un órgano político; o con la ausencia de criterios jurídicos aceptables a los que podría acudir un tribunal para resolverlo; o con la imposibilidad de decidirlo sin una inicial toma de postura de carácter político que claramente excede del ejercicio de la discreción judicial; o con la imposibilidad de que el tribunal adopte una decisión independiente sin que ello denote al mismo tiempo una falta al respeto debido al poder político; o con la excepcional necesidad de adhesión incondicionada a una decisión política ya tomada; o con la potencial confusión derivada de la multiplicidad de pronunciamientos por parte de diversos órganos sobre una misma cuestión”.

²⁴ “Los pupilos europeos se vieron forzados a ir más allá que su maestro americano en vista de su pasada experiencia. Las garantías adicionales (se refiere al recurso directo de inconstitucionalidad) no se impusieron sin costes, pues tuvieron como efecto la tendencia de la jurisdicción constitucional a implicarse demasiado al tratar de asuntos políticos. En la República Federal de Alemania, en concreto, no ha sido posible desarrollar una doctrina sobre las *political-questions* al estilo americano”, Beyme, K. von, “The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems”, *op. cit.*, nota 6, p. 34. Entre la doctrina europea hay cierta tendencia a identificar como “cuestiones políticas” las que *a priori* han de dejarse a la libertad de configuración del legislador (véase por ejemplo, Jiménez Campo, J., “La declaración de inconstitucionalidad de la ley”, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, pp. 113 y 114). Ésta no es exactamente la construcción norteamericana, en donde la doctrina de las *political questions* ha sido utilizada a menudo como mecanismo de “abstención” judicial, un comodín para justificar un *non liquet*.

²⁵ “Los jueces constitucionales alemanes e italianos se dedican fundamentalmente al ‘control de microconstitucionalidad’: ‘han pasado de controlar la conformidad con la Constitución a controlar la aplicación del derecho’”. Favoreu, “Constitutional Review in Europe”, en Henkin y Rosenthal (eds.), *op. cit.*, nota 3, p. 54 (se omite la cita del original).

sin embargo, en la identificación de sus causas y tampoco, en su “justificación”. ¿Fueron creados para “cesto” los Tribunales Constitucionales? ¿Está en sus manos decidir esta “reconversión” de su misión?²⁶

Las circunstancias en las que se introduce la jurisdicción constitucional en Europa forzaron una concepción de su función en términos de “defensa del (nuevo) orden constitucional”.²⁷ Prevenir la traición de los poderes constituidos, vigilar la distribución del poder, asegurar la vigencia de los derechos y libertades frente al abuso o la opresión, en definitiva, poner los medios para “evitar que la historia se repita”, fueron razones de peso para justificar el establecimiento de un poder perfectamente incómodo en otro caso. Esta concepción defensiva, es apreciable asimismo en la regulación de los procedimientos de control de constitucionalidad.²⁸

²⁶ “Algunos tribunales constitucionales europeos, contrariamente a su función original, se están volviendo tribunales ordinarios y convirtiéndose en algo más parecido al Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Este es el caso de Italia, por ejemplo, a causa del elevado número de cuestiones planteadas a la Corte Constitucional por los tribunales ordinarios; en la República Federal de Alemania, por el abultado número de los recursos de particulares; en Austria, a consecuencia del creciente número de ‘reformas’ constitucionales; y en España por el éxito del recurso de amparo. Esto nos lleva a preguntarnos si este extraordinario desarrollo del control de las normas y de su eficacia, que fuerza al juez constitucional a intervenir directa o indirectamente en muchos litigios... no tendrá como consecuencia la transformación de este control en rutinario y, por tanto, la transformación del tribunal constitucional en un tribunal supremo ante el que pueden plantearse todo tipo de casos, incluso los más ordinarios”, Favoreu, L., “Constitutional Review in Europe”, en Henkin, L. y Rosenthal, A. (eds.), *op. cit.*, nota 3, p. 57. En el mismo sentido, Rubio F. en la “Sexta” de las “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, pp. 591 y ss., quien a propósito del caso español se refiere a la “menos excusable... tendencia del Tribunal [Constitucional] a considerarse más como un órgano instituido para controlar a los jueces que como un juez del legislador” (p. 600).

²⁷ “Acertada o equivocadamente, hoy en día muchos demócratas respaldan el control de constitucionalidad como un instrumento para garantizar la Constitución y proteger las libertades individuales contra el comportamiento totalitario y el uso antidemocrático del poder del Estado”, Deener, D., “Judicial Review in Modern Constitutional Systems”, *The American Political Science Review*, *cit.*, nota 1, p. 1099.

²⁸ “La institución es pensada, pues, desde sus orígenes como instrumento de defensa frente a la opresión, como un instrumento de protección de las minorías, de defensa del pacto constituyente frente a posibles interpretaciones ‘mayoritarias’ futuras poco respetuosas del mismo... Es este sentido básicamente ‘defensivo’ con el que es pensada inicialmente la institución el que nos permite alcanzar una explicación de la configuración jurídica que recibe, en la que el reforzamiento de la posición de las minorías es perceptible desde diversos puntos de vista”, Pérez Royo, J., *op. cit.*, nota 13, pp. 42-44. “El deseo de defender la democracia, reforzado por el impulso y la presión de los Estados Unidos, tuvo en más de una ocasión la consecuencia de forzar el alejamiento del modelo americano en aspectos concretos. La introducción del control abstracto de las leyes (que

El juicio de constitucionalidad está pensado como un juicio drástico y con consecuencias también drásticas: una ley, o es constitucional, o no lo es, y en este caso es inválida y debe ser repelida del ordenamiento. Y no hay espacio para la discrepancia en materia de interpretación de la Constitución: los Tribunales Constitucionales son sus intérpretes supremos y sus sentencias vinculan a todos. Esta visión excesivamente dramática, y quizás por eso mismo ingenua, del control de constitucionalidad, presente asimismo en la definición de estos Tribunales como “legisladores negativos”, encargados de la “depuración del ordenamiento”, pervive en buena medida en la teoría y sigue teniendo reflejo en las regulaciones del control en Europa, pero desde hace tiempo no se acomoda a la realidad.

V

La fórmula de la jurisdicción constitucional especializada ha demostrado su utilidad, pero también ciertas desventajas o inconvenientes respecto de la fórmula americana que pese a los abundantes retoques de que ha sido objeto no han encontrado aún una solución idónea. Me he referido ya a sus aspectos exitosos, esos que han hecho de los Tribunales Constitucionales instituciones prestigiosas. Desearía ahora referirme brevemente a sus aspectos menos satisfactorios. Estos aspectos guardan relación con la opción primera de la separación de la jurisdicción constitucional y la ordinaria, pero también con una visión limitada de lo que implica la competencia del control de constitucionalidad, vinculada quizás a un modo de entender lo que supone aceptar la “normatividad” de la Constitución que debe ser revisado.

Si la Constitución fuera sólo la norma que distribuye el poder y le fija límites, la labor de un tribunal constitucional podría reducirse a la comprobación de que los términos del reparto de poder se mantienen y los límites para su ejercicio no se transgreden. Efectivamente, pueden existir dudas interpretativas en cuanto a la precisión de tales límites, y

no todo el mundo ha llegado a aceptar como feliz solución) representa un paso más allá respecto del modelo americano, siendo su propósito el de garantizar el grado de protección jurídica más completo posible, no limitado a las cuestiones que surjan en litigios concretos”, Beyme, K. von, “The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems”, *op. cit.*, nota 6, p. 34.

sólo esto ya justificaría para los Tribunales Constitucionales el *status* de intérpretes supremos de la Constitución.

Sin embargo, las Constituciones actuales son algo más. No sólo marcan límites, o imponen barreras al poder, sino que establecen pautas para la acción de los poderes públicos en el desempeño de las responsabilidades que les son encomendadas. En este sentido, la realización de la Constitución, su efectivo cumplimiento, no se agota en la “no vulneración”; actuar con fidelidad a la Constitución no es simplemente no actuar contra ella, sino conforme a ella. Es esta exigencia de cumplimiento “activo” de la Constitución que compromete a todos los vinculados por ella, la que convierte la tarea de vigilar y custodiar la Constitución, de asegurar su vigencia, en algo más complicado.

Una parte sustancial del trabajo de la jurisdicción constitucional consiste en la provisión de “reglas de constitucionalidad”, en la concreción de pautas y condiciones para la actuación conforme a la Constitución de los poderes públicos. Y aunque no puede identificarse como único principio rector, es evidente que el fin de la más efectiva protección y garantía de los derechos constitucionales ha sido la fuente de inspiración más fértil de este tipo de doctrina constitucional. También, de otro modo —y esto sería más largo de explicar— es esta doctrina, pensada para asegurar la eficacia de las cláusulas constitucionales, la que, a su vez, contribuye a generar nuevas controversias constitucionales.²⁹ En realidad,

²⁹ “En la práctica jurídica, el hecho de que a través de una larga tradición se elaboraran criterios manejables y se definieran posiciones jurídicas en relación con los derechos fundamentales interpretados desde la perspectiva del Estado de derecho adecuados para limitar las facultades del legislador democráticamente legitimado explica la posición de ventaja de la idea del Estado de derecho. A diferencia suya, el principio democrático está menos elaborado material-jurídicamente; se recurre al mismo para contenciosos electorales o cuando se argumenta la falta de regulaciones en forma de ley. La idea correcta y tan socorrida de que la democracia mayoritaria está por voluntad constitucional limitada en términos del Estado de derecho pone en marcha un mecanismo casi automático: cuanto más se invoca la jurisdicción constitucional, más se desarrollan y colocan en primer plano parámetros del Estado de derecho; cuanto más se ve el Tribunal forzado a ejercer sus competencias de largo alcance, tanta mayor densidad cobra la red de postulados constitucionales, cuya concreción conduce a nuevos contenciosos. Los poderes públicos afectados carecen sin embargo de la posibilidad de defenderse contra la limitación de su libertad de ponderación y de acción mediante la extensiva interpretación constitucional por parte de una instancia superior”, Simon, H., “La actual ‘coronación del Estado Constitucional mediante la jurisdicción constitucional’ no es algo obvio”, en Benda *et al.*, *op. cit.*, nota 13, p. 854.

la constatación de que, allí donde se instala una jurisdicción constitucional especializada, la mayor parte de las controversias constitucionales tiende a resolverse, pasado el tiempo, apelando a doctrina constitucional previamente fijada y consiste habitualmente en disputas interpretativas acerca de lo que la obligación de fidelidad a la Constitución demanda de los poderes públicos en circunstancias concretas, no puede sorprender. De hecho, es un síntoma de que el sistema constitucional funciona: están ausentes, o todo lo más, son excepcionales, los casos en los que se detecta una transgresión abierta, directa o flagrante, de la Constitución.

VI

¿Es posible afirmar la plena eficacia normativa de la Constitución y, al tiempo, limitar o negar la competencia de los jueces ordinarios para aplicar sus preceptos con todas las consecuencias?

Respecto de los jueces ordinarios, la obligación de actuar conforme a la Constitución implica en principio dos cosas: por una parte, que desempeñarán su labor de acuerdo con pautas constitucionales (su comportamiento no será inconstitucional); por otra, que en su función de intérpretes y aplicadores del derecho, tendrán presentes las exigencias de la Constitución como norma: no aplicarán normas contrarias a los preceptos constitucionales, interpretarán las normas en armonía con la Constitución, aplicarán directamente los preceptos constitucionales cuando proceda, y, lo que es más delicado, velarán por que de la aplicación de las normas a los hechos del caso concreto no se deduzcan vulneraciones a la Constitución, esto es, no deriven resultados inconstitucionales.

Como es conocido, fueron ante todo razones de seguridad jurídica las que disuadieron a los europeos de acoger un sistema de control de constitucionalidad como el norteamericano:

...se plantea entonces la cuestión de a quién deba facultar la Constitución para resolver si, en el caso concreto, sus normas fueron respetadas, de si un documento, cuyo sentido subjetivo es una ley en el sentido constitucional, también puede servir como tal por su sentido objetivo. Si la Constitución autoriza a

cualquiera a resolver este interrogante, apenas sí podría contarse con leyes obligatorias para los sujetos y órganos de derecho.³⁰

Asimismo, pudo ser una interpretación un tanto superficial del modo de operar del sistema de la *judicial review* el que condujo a pensar en un primer momento que sería posible superponer el control de constitucionalidad al de legalidad, de modo que asegurada la constitucionalidad de la ley en abstracto podía tenerse por garantizada la “constitucionalidad de la legalidad”. Según este punto de vista, la limitación de la competencia del juez ordinario para controlar la constitucionalidad del derecho a aplicar no suponía peligro alguno para la eficacia de la Constitución. El principio de legalidad, corregido por el de constitucionalidad, era una garantía suficiente. Posteriormente, la introducción de la técnica de la cuestión de inconstitucionalidad, como cuestión prejudicial, se debió más al interés por corregir deficiencias del sistema de legitimación objetiva para impugnar leyes que a la conciencia de la diferencia existente entre el examen de la constitucionalidad de las leyes en abstracto y en su aplicación a casos concretos. Supuestamente, la atribución a los jueces ordinarios de la facultad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad, unida a su deber de aplicar el derecho de conformidad con la Constitución, habría de evitar problemas de seguridad jurídica y garantizar a los particulares la aplicación de leyes constitucionales. El que a pesar de la complicada “racionalización” para justificar el porqué de lo innecesario de la *judicial review* de las leyes no se haya podido impedir, que con el tiempo se desarrolle la técnica de *judicial review* en sistemas que aparentemente la habían rehusado, es un fenómeno fascinante para cualquier estudioso del control de constitucionalidad.

En cierto modo la explicación es relativamente simple: desde el momento en que las Constituciones reconocen derechos inmediatamente accionables ante los tribunales y, en todo caso, imponen condiciones o límites al legislador de los derechos, fácilmente reconocibles —por ejemplo, prohibición de leyes *ex post facto*, principio de legalidad penal o de legalidad tributaria, exigencia de justa compensación en casos de ex-

³⁰ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, UNAM, 1986, p. 278.

propiación, prohibición de discriminación— resulta contradictorio afirmar la eficacia normativa de la Constitución y negar alguna competencia de los jueces ordinarios para controlar la constitucionalidad del derecho que aplican. Efectivamente, la importancia de la aplicación judicial de la Constitución y, a partir de ahí, la posibilidad de *judicial review* en un sistema determinado, depende de la extensión y densidad normativa de aquella parte de la Constitución que puede ser invocada en los casos en que los jueces han de decidir y, en particular, como se acaba de indicar, depende del *status* normativo que se conceda a la declaración de derechos en la Constitución. Desde luego, si una Constitución carece de una declaración de este tipo, o se remite al legislador para todo lo que se refiere a los derechos —su definición, alcance y extensión de la protección—, el papel del juez controlando las leyes que aplica será muy reducido.

Y es justo en este punto, donde propongo plantear la cuestión que da título a esta intervención. En el estadio actual de evolución de los sistemas constitucionales modernos, el criterio básico de legitimidad se desplaza desde uno basado en la representatividad a uno basado en la preservación de los derechos considerados fundamentales. La vigencia de estos derechos no se hace depender de la decisión de una mayoría, ni siquiera la que aprueba la Constitución; su reconocimiento es imprescindible para que cualquier sistema se reconozca como legítimo: de ahí la trascendencia de los instrumentos internacionales de declaración de derechos. Que la vigencia efectiva de estos derechos requiere de un poder judicial fuerte e independiente, comprometido con su defensa y capaz de poner remedio a su vulneración, ya no se discute. Ciertamente, el control de la ley y, en general, del derecho aplicable desde el punto de vista de la garantía de los derechos, no coincide exactamente con “control de constitucionalidad”. Me gustaría llamar la atención sobre el dato de que es este nuevo énfasis en los derechos el que hace posible que en países en los que no se reconoce a los jueces competencia alguna para el control de constitucionalidad, éstos puedan, sin embargo, contro-

lar las leyes e inaplicar aquellas que vulneren derechos reconocidos en cartas internacionales ratificadas por el Estado (este es, por ejemplo, llamativamente, el caso de Holanda en relación con la Convención Europea de Derechos Humanos). No sé si esta conexión entre *judicial review* y garantía de los derechos fundamentales, es un argumento más para justificar la relación entre control de constitucionalidad y garantía de derechos o, al contrario, fuerza a pensar que sólo el fin de la garantía de derechos ofrece base sólida para justificar *a priori* la competencia de los jueces —en tanto que jueces— para controlar al legislador.