

CAPÍTULO SEGUNDO

LA *ULTIMA RATIO* DE LA BIPOLARIDAD: LA CONCEPCIÓN DEL “LEGISLADOR NEGATIVO” Y LA REAFIRMACIÓN KELSENIANA DEL PRINCIPIO DE LA SUJECCIÓN DE LOS JUECES A LA LEY

- I. Aproximación a la justicia constitucional en la Constitución alemana de Weimar 11
- II. La influencia del pensamiento kelseniano en la Constitución austriaca de 1920 17
- III. El positivismo y el rechazo del subjetivismo radical implícito en la Escuela Libre del Derecho y en la teoría de la “comunidad del pueblo” 19
- IV. El concepto de “legislador negativo” como instrumento para proteger al Parlamento frente a los jueces. 22

CAPÍTULO SEGUNDO

LA *ULTIMA RATIO* DE LA BIPOLARIDAD: LA CONCEPCIÓN DEL “LEGISLADOR NEGATIVO” Y LA REAFIRMACIÓN KELSENIANA DEL PRINCIPIO DE LA SUJECCIÓN DE LOS JUECES A LA LEY

I. APROXIMACIÓN A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ALEMANA DE WEIMAR

La recepción en Europa del sistema de justicia constitucional, como es sobradamente conocido, tuvo lugar en la primera posguerra. Por un lado, la Constitución de Weimar propiciará un desarrollo de la jurisdicción constitucional que nos ofrece, como advierte Simon,⁸ una imagen contradictoria y policroma, bien que, en sintonía con la tradición alemana, las competencias de tal jurisdicción se orientan

⁸ Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, en Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996, pp. 823 y ss, en concreto, p. 826.

fundamentalmente a los problemas dimanantes de la estructura federal del Estado.

Por otro lado, la Constitución de la República Federal Austriaca (*Oktoberverfassung*, Constitución de Octubre), de 1o. de octubre de 1920, diseñará un nuevo sistema de control de constitucionalidad, obra maestra de Kelsen, que diferirá del modelo americano no sólo en la atribución a un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional, de la facultad de verificar el control de constitucionalidad de las normas generales, sino en un conjunto de rasgos de incuestionable relevancia que tienen mucho que ver con la peculiar naturaleza de “legislador negativo” que Kelsen atribuirá al Tribunal Constitucional.

La Constitución de Weimar hacía suyo el instituto de la *Staatsgerichtsbarkeit*, un instrumento de resolución procesal de conflictos entre aquellos órganos que concurren a la formación de la voluntad estatal, conflictos de naturaleza sustancialmente política.

La concepción de la jurisdicción constitucional como cauce de resolución de conflictos entre órganos supremos (*Organstreit*), que llega hasta nuestros días, a juicio de Volpe,⁹ encontrará su concre-

⁹ Volpe, Giuseppe, *L'ingiustizia delle leggi (Studi sui modelli di giustizia costituzionale)*, Milán, Giuffrè, 1977, p. 166.

ción emblemática en el *Staatsgerichtshof*, previsto por el artículo 108 de la Constitución weimariana y desarrollado por una Ley de 9 de julio de 1921.

En cuanto al control de compatibilidad de las normas de los *Länder* respecto del derecho del *Reich*, contemplado por el párrafo segundo del artículo 13 de la Constitución, que no precisaba, sin embargo, el órgano competente para llevarlo a cabo (se aludía tan sólo a que la competencia recaería en una jurisdicción suprema del *Reich*), sería encomendado por una Ley de 8 de abril de 1920 al *Reichsgericht*.

La Constitución de Weimar, por el contrario, omitió toda referencia al control de constitucionalidad material de la ley, lo que en modo alguno ha de entenderse en el sentido de que la cuestión fuera ignorada o suscitara indiferencia. Bien al contrario, a un intenso debate doctrinal en torno a los fundamentos de dicho control¹⁰ se unió la que Sontheimer¹¹ denominara “batalla para el examen jurisdiccional de las leyes” (*der Kampf um das richterliche Prüfungsrecht*), contienda que se libró con ocasión de la rei-

¹⁰ Cfr. al respecto, Béguin, Jean-Claude, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, París, Economica, 1982, en particular, pp. 16-21.

¹¹ Sontheimer, Kurt, *Antidemokratischen Denken in der Weimarer Republik*, München, 1968, p. 75. Cit. Por Volpe, Giuseppe, en *L'ingiustizia...*, cit. nota 9, p. 100.

vindicación jurisdiccional de la realización de un control material de la constitucionalidad de la ley que venía posibilitado por la determinación del artículo 109, párrafo primero, de la Constitución, a cuyo tenor: “Todos los alemanes son iguales ante la ley”, en tanto en cuanto se consideró que ese principio de igualdad no había de ser interpretado en un mero sentido formal, sino también, y primigeniamente, como un principio material que había de vincular al propio legislador. Así lo expondría Erich Kaufmann, entre otros muchos, resumiendo la posición mayoritaria, en el III Congreso de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público), celebrado en Münster entre el 29 y el 30 de marzo de 1926,¹² al interpretar que el principio de igualdad constitucionalizado por el artículo 109 imponía primariamente al legislador tratar de modo igual si-

¹² Entre otros conocidos defensores de la misma tesis habría que recordar a Heinrich Triepel, quien, como recuerda Carro (en el prólogo a la obra de Triepel, *Staatsrecht und Politik*, en su traducción española, *Derecho público y política*, Madrid, Civitas, 1974, p. 19), no sólo defendió la necesaria vinculación del legislador al principio de igualdad, sino, asimismo, el reconocimiento de un derecho de control judicial de las normas bajo el prisma de los derechos fundamentales, todo ello en el mismo III Congreso de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público.

tuaciones iguales en la realidad y de modo desigual situaciones diversas en la realidad, lo que obviamente convertía dicho principio en un límite frente al posible arbitrio o discrecionalidad del legislador.

Si se nos permite el *excursus*, quizá convenga recordar que en la Alemania de fines del siglo XIX y primeros lustros del XX habían arraigado algunos sectores doctrinales que defendían la peligrosa pretensión de reconocer a los jueces la facultad de inaplicar la ley en nombre de valores sustancialmente extraños al ordenamiento jurídico. Tal sería el caso de la “Escuela Libre del Derecho” (*Freirechtsbewegung*), movimiento cuyo inicio coincide con la publicación, en 1885, de la obra de Oskar von Bülow, *Gesetz und Richteramt* (La ley y la magistratura) o de la teoría de la “comunidad del pueblo” (*Volksgemeinschaft*), deudora en el plano jurídico de la concepción romántica del “espíritu del pueblo” (*Volksggeist*), que concibe al derecho como una forma de vida de la colectividad popular, como el auténtico y esencial ordenamiento del pueblo.

En este ámbito de pensamiento, el Estado de derecho pasó a concebirse como Estado sujeto al derecho, que no a la ley, circunstancia a la que se anudaba, como inexcusable consecuencia, la sustitución del principio de legalidad (*Gesetzmäßigkeit*) por el de juridicidad (*Rechtsmäßigkeit*). El principio

positivista de que el derecho era el producto propio y exclusivo del legislador quedaba así absolutamente degradado y relativizado.

No debe extrañar, por lo que acaba de exponerse, que en el Congreso celebrado en Münster, en 1926, todos los teóricos de la *Volksgemeinschaft* postularan el fin de la soberanía de la ley. Como recuerda Volpe,¹³ el principio de igualdad ante la ley era sustituido por el principio de igualdad ante Dios. De esta forma, la vertiente material del principio de igualdad se instrumentalizó como un mecanismo de rango constitucional que propiciaba la transfusión a las normas legislativas del “espíritu del pueblo”, correspondiendo a los operadores jurídicos, particularmente a los jueces, la tarea de decidir si las valoraciones realizadas por el legislador en relación con el principio de igualdad encontraban su correspondencia en la “naturaleza de las cosas” (*Natur der Sache*) y resultaban justas en cuanto acordes a un orden superior de valores sentido por la conciencia popular que remitía a conceptos tan amplios e imprecisos como el bien o la verdad.

Poco tiempo antes del Congreso de Münster, el *Reichsgericht*, en una celeberrima sentencia de su 5a. Cámara Civil, del 4 de noviembre de 1925, se iba a

¹³ Volpe, Giuseppe, *L'ingiustizia delle leggi*, cit. nota 9, pp. 103 y 104.

plantear formalmente la cuestión del control de constitucionalidad material de la ley, resolviendo que la sumisión del juez a la ley no excluye que el propio juez rechace la validez de una ley del *Reich* o de algunas de sus disposiciones, en la medida en que las mismas se opongan a otras disposiciones que hubieren de considerarse preeminentes, debiendo, por ello mismo, ser observadas por el juez. Quedaba reconocido así un derecho de control judicial que Schmitt¹⁴ caracterizaría como un control “accesorio”, que constituye una competencia ocasional, ejerciéndose tan sólo de modo eventual, *incidenter*, en una sentencia judicial y conforme a las posibilidades de cada juez, es decir, en forma “difusa”, término que Schmitt propondría para designar el concepto opuesto al de derecho de control “concentrado” en una sola instancia.

II. LA INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO KELSENIANO EN LA CONSTITUCIÓN AUSTRIACA DE 1920

La Constitución austriaca de 1920 iba a consagrar un nuevo sistema de control de constitucionalidad, que es deudor de la concepción de Kelsen. El

¹⁴ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983, p. 52.

gran jurista de la Escuela de Viena se situaba en una posición radicalmente antagónica a la sustentada por la teoría de la “comunidad del pueblo” (*Volksgemeinschaft*). Su postura quedaba nítidamente expuesta en el propio Congreso de Münster al replicar a Kaufmann que él era positivista, siempre y pese a todo positivista. Kelsen sería muy claro al advertir de los peligros a que conducía el romanticismo jurídico asentado en una función de intuición sentimental del espíritu jurídico de la comunidad popular: al triunfo del subjetivismo más radical. Más aún, Kelsen, siempre en el Congreso de 1926, se refería a las tendencias doctrinales que rechazaban que el juez hubiera de limitarse a aplicar la ley a través de meras operaciones lógico-silogísticas, conectando tales tendencias con las posiciones más hiperconservadoras, cuando no, lisa y llanamente, por entero ajenas al marco democrático. Así, Kelsen vinculará “la clara tendencia a disminuir el valor y la función de la autoridad legislativa positiva” con “el cambio en la estructura política del órgano legislativo”, constatando que “el orden judicial ha permanecido casi insensible a los cambios en la estructura política que se manifiestan en la composición de los Parlamentos”.¹⁵

¹⁵ Cfr. al efecto, Giovannelli, Adriano, “Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana

La preocupación que se manifiesta en las anteriores reflexiones de Kelsen sería compartida pocos años después por Heller, quien subrayaría lo emblemático y significativo del hecho de que la interpretación del principio de igualdad como límite y medio de control jurisdiccional frente a la libre capacidad de elección del Poder Legislativo fuese concebida por los sectores antidemocráticos de la doctrina jurídica alemana.¹⁶

III. EL POSITIVISMO Y EL RECHAZO DEL SUBJETIVISMO RADICAL IMPLÍCITO EN LA ESCUELA LIBRE DEL DERECHO Y EN LA TEORÍA DE LA “COMUNIDAD DEL PUEBLO”

De todo lo anteriormente expuesto parece desprenderse con relativa nitidez que al delinear su teoría de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, que presupone que el Tribunal Constitucional se limite a confrontar en abstracto dos normas jurídicas, diluci-

nel contesto del dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte Costituzionale”, en el colectivo, *Scritti su la giustizia costituzionale (in onore di Vezio Crisafulli)*, Padova, Cedam, 1985, vol. I, pp. 381 y ss., en concreto, p. 395.

¹⁶ Heller, Hermann, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tübingen, 1930, cit. por Volpe, Giuseppe, *L’ingiustizia...*, cit. nota 9, p. 102.

dando su compatibilidad o contradicción por medio de meras operaciones lógico-silogísticas, Kelsen estaba rechazando el subjetivismo radical implícito en las teorías jurídicas de la “Escuela Libre del Derecho” y de la “comunidad del pueblo” y reivindicando la búsqueda de la objetividad y de la racionalidad perdidas en amplios sectores jurídicos y judiciales de la Alemania de Weimar.

A su vez, al sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constitucionalidad de las leyes y normas generales, el gran jurista vienés pretendía evitar el riesgo de un “gobierno de los jueces”, peligro sentido por amplios sectores de la doctrina europea de la época, como revela el clásico libro de Lambert,¹⁷ en cuanto que tal dirección se conectaba con posiciones mayoritariamente conservadoras cuando no, lisa y llanamente, antidemocráticas.

El propio Kelsen admitiría de modo expreso¹⁸ que aunque con anterioridad a la entrada en vigor

¹⁷ Lambert, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, Giard, 1921.

¹⁸ Kelsen, Hans, “Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, *The Journal of Politics*, vol. 4, núm. 2, mayo de 1942, pp. 183 y ss. Manejamos aquí tanto la traducción española de Domingo García Belaunde (“El control de la constitucionalidad de las le-

de la Constitución Austriaca de 1920 los tribunales austriacos tenían la facultad de apreciar la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos, limitándose, por el contrario, en lo que al control constitucional de las leyes se refería, al estrecho marco o límite de verificar su correcta publicación, y una de las metas de la Constitución de 1920 fue la ampliación del control de constitucionalidad de las leyes, no se consideró, sin embargo, aconsejable conceder a cada tribunal el poder ilimitado de apreciar la constitucionalidad de las leyes. El peligro de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales era, a juicio del maestro de la Escuela de Viena, demasiado grande, y tal peligro, habría que añadir, no podía ser combatido en Austria, un país con un sistema jurídico de *civil law*, por intermedio de la regla del *stare decisis*, característica de los países de *common law*. Y como trasfondo del peligro en cuestión se hallaban las tendencias antidemocráticas de ciertos sectores jurisdiccionales, existentes en Alemania, y que bien podían extenderse a Austria.

yes”, en *Ius et Veritas*, Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú, Lima, junio de 1993, pp. 81 y ss.; en concreto, p. 83), como la traducción francesa de Louis Favoreu (“Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 1, 1990, pp. 17 y ss.).

IV. EL CONCEPTO DE “LEGISLADOR NEGATIVO” COMO INSTRUMENTO PARA PROTEGER AL PARLAMENTO FRENTE A LOS JUECES

Aún habría de añadirse algo más. El monopolio que el Tribunal Constitucional asume en relación con el control de constitucionalidad de las leyes y, por encima de ello, la peculiar naturaleza de “legislador negativo” con que Kelsen concibe tal órgano, no sólo pretende mostrar la complementariedad que respecto del Poder Legislativo estaba llamado a asumir el Tribunal Constitucional, sino que, más allá de ello, tal concepción revelaba bien a las claras que el modelo de control diseñado por Kelsen no se hallaba animado por una actitud de desconfianza frente al Parlamento, sino, muy al contrario, por un deseo de reforzarlo, protegiéndolo frente a los jueces.¹⁹

Al entender Kelsen que la anulación de una ley no puede consistir en su mera desaplicación en el caso concreto, como acontece en la *judicial review* norteamericana —“annuler une loi, dirá Kelsen,²⁰ c’est

¹⁹ En análogo sentido, Giovannelli, Adriano, “Alcune considerazioni sul modello...”, *cit.* nota 15, p. 395.

²⁰ Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, tome quarante-cinquième, 1928, pp. 197 y ss.; en concreto, p. 200.

poser une norme générale”—, por cuanto la anulación tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, estará convirtiendo al Tribunal Constitucional en un órgano del Poder Legislativo, en un “legislador negativo”, llamado ciertamente a colaborar, por decirlo quizá impropriamente, con dicho poder, al venir a reafirmar tal órgano el principio de sujeción de los jueces a la ley sin fisura alguna, lo que, ciertamente, suponía un refuerzo del órgano parlamentario frente al Poder Judicial. Por lo demás, de esta caracterización del Tribunal Constitucional como “legislador negativo” derivarán las más acusadas diferencias entre ambos modelos: el norteamericano y el europeo-kelseniano.

En último término, conviene no olvidar que las divergencias entre ambos modelos de control de constitucionalidad dimanaban de unos presupuestos histórico-políticos e ideológicos contrapuestos que constituyen la última y más profunda *ratio* de su bipolaridad. Volpe lo expone con claridad meridiana.²¹ El sistema norteamericano halla su razón de ser en la voluntad de establecer la supremacía del Poder Judicial (el denominado “gobierno de los jueces”) sobre los restantes poderes, particularmente sobre el Poder Legislativo, lo que consti-

²¹ Volpe, Giuseppe, *L'ingiustizia delle leggi*, cit. nota 9, pp. 157 y ss.

tuye un acto de confianza en los jueces, no encuadrados en una carrera burocrática y, al menos a nivel de los Estados, de elección popular en su mayor parte, a la par que de desconfianza en el legislador. La *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana representa, por el contrario, un acto de desconfianza en los jueces, encaminado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y a restablecer la supremacía del Parlamento, puesta en serio peligro por la batalla iniciada por amplios sectores del mundo jurídico en favor del control jurisdiccional (difuso) de las leyes, lo que entrañaba dejar en manos de una casta judicial, en amplia medida de extracción aristocrática y vocación autoritaria, un instrumento de extraordinaria relevancia en la vida de un Estado de derecho.