

# LA DEFENSA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN

## EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

I. Introducción: la progresiva expansión de la jurisdicción constitucional y su funcionalidad en los regímenes democráticos	227
II. La obra del juez Marshall y la doctrina de la <i>judicial review</i>	237
1. Los antecedentes ingleses: la doctrina del juez Coke . . .	237
2. La <i>judicial review</i> en Norteamérica: sus orígenes, formulación de la doctrina y evolución . . . . .	239
III. El control político de la constitucionalidad de las leyes . . .	248
1. El control político en los orígenes del constitucionalismo revolucionario francés . . . . .	248
2. La controversia acerca del <i>jurie constitutionnaire</i> defendido por Sieyès . . . . .	251
3. La evolución ulterior del control político en Francia . . .	257
IV. La jurisdicción constitucional en la Europa de entreguerras .	264
1. Los antecedentes del control autónomo de constitucionalidad en Europa . . . . .	264
2. El pensamiento kelseniano y el modelo austriaco de control autónomo de la constitucionalidad . . . . .	271
3. Otros modelos de control autónomo de la constitucionalidad en la Europa de entreguerras . . . . .	284
V. Bibliografía . . . . .	289

# LA DEFENSA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN

## EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD\*

### I. INTRODUCCIÓN: LA PROGRESIVA EXPANSIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y SU FUNCIONALIDAD EN LOS REGÍMENES DEMOCRÁTICOS

En nuestros días, puede afirmarse de modo inequívoco que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes se ha convertido, como dice Béguin,<sup>1</sup> en “une pièce classique de l’arsenal constitutionnel”.

El origen de la referida institución no puede, sin embargo, hacerse coincidir, por lo menos en las democracias europeo-occidentales, con el inicio del fenómeno constitucional. Si en Estados Unidos el instituto de la *judicial review* admite ser considerado como algo consustancial a la propia Constitución, pues, como manifestara Charles Evans Hughes, siendo gobernador del estado de Nueva York, en palabras que han devenido clásicas: “Vivimos bajo una Constitución; más la Constitución es lo que los jueces dicen que es”,<sup>2</sup> en Europa no ha sucedido otro tanto. Y no por desconocimiento o indiferencia, pues, como advirtiera James Bryce a fines del siglo XIX, ningún otro rasgo del sistema americano de gobierno había “awakened so much curiosity in the European mind, caused so much discussion, received so much admiration, and been more frequently misunderstood” que el de la *judicial review*.<sup>3</sup>

\* Trabajo publicado en la obra colectiva coordinada por García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson y otras editoriales, 1997.

1 Béguin, Jean-Claude, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne*, París, Economica, 1982, p. 1.

2 Citado por Carrillo Flores, Antonio, en el *Prólogo* a la obra del propio Evans Hughes, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 7.

3 Bryce, James, *The American Commonwealth*, 3a. ed., Nueva York, 1906, p. 241.

Muchas y no siempre de la misma naturaleza, son las razones que se han esgrimido para justificar el rechazo europeo a la figura procesal del recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes.

En 1920, Alvarado,<sup>4</sup> tras poner de relieve que nunca había sido el europeo un ambiente propicio para el arraigo y desenvolvimiento de este recurso, apuntaba como clave de las opuestas orientaciones de Europa y América, hacia la diversidad de circunstancias en que surgieron sus respectivos códigos basales.<sup>5</sup>

Más recientemente, bien que en una dirección no excesivamente distante de la precedente, Dietze<sup>6</sup> afirma: “Summarizing the reasons for the establishment of *judicial review* in America and its rejection in Europe, we may say, first of all, that they derive from the conditions that existed in the differents societies at the time of their respective revolutions and reforms”.

Deteniéndose en un análisis más concreto acerca de esa disparidad de condiciones sociales, nos recuerda Dietze cómo en América el Parlamento inglés aparecía como “the great oppressor”, siguiéndole en tal papel el rey y su gobierno. Por el contrario, a los tribunales correspondía “the role of the liberator”. En Europa, la situación era casi diametralmente opuesta. El monarca era el tirano, asistido por sus jueces, y precisamente por ello, la liberación había de ser la tarea de las legislaturas, de los Parlamentos, en cuanto órganos representativos del pueblo.

Por otra parte, mientras en América los individuos fueron protegidos por una ley que era superior a las elaboradas por el Congreso, en Europa, absorbidos por la “*volonté générale*”, los ciudadanos se iban a ver salvaguardados por las leyes elaboradas por el Parlamento. En el posi-

4 Alvarado, A. Jorge, *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, Madrid, Editorial Reus, 1920, pp. 79-81.

5 En América —significa Alvarado, *op. cit.*, nota 4, p. 81—, como apareció el órgano antes que la función era preciso rodearlo de seguridades a fin de que, permaneciendo inalterable, el proceso funcional marchara siempre por los mismos cauces hasta conseguir que si en algún momento el órgano desaparecía, la misma inercia de la función originara otro nuevo igual o más perfecto quizá.

En Europa, los pueblos contaban con un viejísimo historial...; se hallaba arraigado en la conciencia el hecho de ser causa de sí, de regirse libremente... Las Constituciones no fueron por tanto sino cambios más o menos bruscos en su organización interna... No eran, pues, apremiantes e imprescindibles las garantías de inalterabilidad.

6 Dietze, Gottfried, “American and Europe. Decline and Emergence of Judicial Review”, *Virginia Law Review*, vol. 44, núm. 8, diciembre de 1958, pp. 1233 y ss.; en concreto, p. 1241.

cionamiento francés —que es, en aquel momento final del siglo XVIII, casi decir tanto como europeo— incidiría sobremanera la doctrina rusioniana de la infalibilidad del Parlamento, que se conecta con la concepción de la ley como expresión de la voluntad general.<sup>7</sup>

El liberalismo y el constitucionalismo primitivo —argumentaría al efecto Otto Bachof en su celeberrimo discurso rectoral—<sup>8</sup> tenían una gran fé en la ley; no desconfiaban del legislador, sino, como ya dijo Montesquieu, del juez, consecuencia de su posición de servidor del príncipe en el Estado absoluto. Existía, pues, una preocupación no sólo ya por asegurar al juez frente a su anterior sujeción al soberano, sino también por vincularle como un esclavo a la letra de la ley, sólo en la cual se veía la garantía contra el arbitrio de la autoridad. La ley era la “carta magna de la libertad”; el juez, solamente su obediente servidor y ejecutor. De tales concepciones surgiría el vituperado positivismo jurídico con su equiparación entre ley y derecho.

Pues bien, resulta evidente que el control de la constitucionalidad de las leyes, al crear un órgano capacitado para decidir acerca de la nulidad de las normas legislativas de procedencia parlamentaria, conculcaba frontalmente la referida doctrina rusioniana. Como al efecto indica Lyon,<sup>9</sup> desde la Ley del 16-24 de agosto de 1790, “faisant défense aux tribunaux judiciaires... de suspendre les décrets du Corps législatif”, el control de constitucionalidad parecía contrario a la concepción de la Ley como “expression de la volonté générale”, que emana de un Parlamento “expression de la souveraineté nationale”.

En análoga dirección se pronunciaría Crisafulli,<sup>10</sup> para quien los institutos de la justicia constitucional no sólo quebrantaron el dogma ochocentista de la omnipotencia de la ley, y, con ello, de la llamada sobera-

7 A partir de la idea de que el objeto de las leyes es siempre general, entiende Rousseau que “es manifiesto que no hay que preguntar a quién corresponde hacer las leyes, puesto que son actos de la voluntad general..., ni si la ley puede ser injusta, puesto que no hay nada injusto con respecto a sí mismo”. Rousseau, Juan Jacobo, *Contrato social*, Madrid, Espasa-Calpe (Selecciones Austral), 1975, pp. 63 y 64.

8 Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 49.

9 Lyon, Jean. “Le contrôle de la constitutionnalité des lois en France”, *Informations Constitutionnelles et Parlementaires*, núm. 105, primer trimestre de 1976, pp. 30 y ss.; en concreto, p. 30.

10 Crisafulli, Vezio, “Giustizia costituzionale e potere legislativo”, en el colectivo, *Scritti in onore di Costantino Mortati (Aspetti e tendenze del diritto costituzionale)*, vol. 4: *La garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milán, Giuffrè Editore, 1977, pp. 129 y ss.; en concreto, p. 132.

nía de la Asamblea, sino que, al unísono, vinieron a constituir “un elemento perturbatore dello schema di una ‘democrazia pura’, specie se gli organi cui spetta il sindacato sulle leggi siano privi di legittimazione democratica, perché non promananti dal popolo e sforniti di carattere rappresentativo”.

Desde luego, la idea de que la *judicial review* es antidemocrática no es una mera cuestión académica de filosofía política, sino que, como ha advertido Rostow,<sup>11</sup> al igual que la mayoría de las abstracciones, tiene consecuencias prácticas de largo alcance.

Y en efecto, los argumentos precedentes, y de modo específico el último de ellos (el carácter antidemocrático de la jurisdicción constitucional), condujeron, sobre todo en Francia, a acuñar la despectiva fórmula del *gouvernement des juges* para calificar al sistema norteamericano de gobierno; buen ejemplo de lo que acabamos de decir nos lo ofrece la clásica obra de Lambert.<sup>12</sup> Con tal calificativo se quería significar el carácter no representativo del sistema político norteamericano. Más aún, los juicios del Tribunal Supremo norteamericano acerca de la legislación social y económica fueron utilizados como una evidencia de que el instituto de la *judicial review* “was a conservative and reactionary device operating to frustrate social welfare programs undertaken by the state”.<sup>13</sup>

Y aún esta problemática sigue estando planteada en términos muy semejantes por la doctrina francesa, o al menos por un sector —si se quiere reducido— de la misma. Valgan a modo ejemplificativo las siguientes reflexiones de Chiroux: “Le contrôle de la constitutionnalité des lois aboutit toujours au même dilemme: ce contrôle est exercé par un organe politique, mais quel organe peut être, en démocratie, supérieur au Parlement? Il faut alors s’en remettre aux tribunaux, mais est-il concevable, en démocratie, que le dernier mot appartienne aux juges? N’est-ce pas instaurer ce ‘gouvernement des juges’ tant redouté?”.<sup>14</sup>

11 Rostow, Eugene V., “The democratic character of judicial review”, *Harvard Law Review*, vol. 66, núm. 2, diciembre de 1952, pp. 193 y ss.; en concreto, p. 194.

12 Lambert, Eduard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis*, París, Giard, 1921.

13 Deener, David, “Judicial Review in Modern Constitutional Systems”, *The American Political Science Review*, vol. XLVI, núm. 4, diciembre de 1952, pp. 1079 y ss.; en concreto, p. 1090.

14 Chiroux, René, “Faut-il réformer le Conseil?”, *Pouvoirs*, núm. 13, 1980, pp. 101 y ss.; en concreto, p. 108. Asimismo, del propio autor, “Le spectre du gouvernement

Sin embargo, como Rostow, con inequívoca lucidez ha sostenido en relación a los Estados Unidos,<sup>15</sup> es un error insistir en que ninguna sociedad es democrática a menos que tenga un gobierno con poderes ilimitados, y que ningún gobierno es democrático a menos que su legislatura tenga poderes ilimitados. Bien al contrario, “constitutional review by an independent judiciary is a tool of proven use in the American quest for an open society of widely dispersed powers”. Más aún, cree Rostow<sup>16</sup> que en un país tan enorme como Norteamérica, de población tan entremezclada y dispar, y con problemas territoriales bien diferentes, una organización de la sociedad de este tipo es la base más segura para las esperanzas de la democracia.

La primera posguerra marcará un giro radical en los posicionamientos constitucionales europeos en torno al instituto de la *judicial review*. Hay quien llega a hablar de un auténtico acontecimiento revolucionario<sup>17</sup> al referirse a la adopción por algunos códigos constitucionales del viejo Continente del mentado instituto, aun cuando creemos que es más razonable entender con Mirkin-Guetzévitch<sup>18</sup> que tal circunstancia debe enmarcarse en el proceso de racionalización del poder característico de la primera posguerra.

El cambio de perspectiva está íntimamente vinculado al pensamiento de un eximio jurista, Hans Kelsen, de cuya construcción nos ocuparemos en un momento ulterior.

El constitucionalismo de la segunda posguerra nos ofrece una verdadera eclosión de los institutos y órganos de control de la constitucionalidad. Ya Ollero, en 1949, es decir, muy poco después de finalizada la contienda, se hacía eco de esta circunstancia.<sup>19</sup> Reflejada en la letra de

des juges”, *Revue Politique et Parlementaire*, núm. 868, mayo-junio de 1977, pp. 15 y ss.; en concreto, p. 30.

15 Rostow, Eugene V., *op. cit.*, nota 11, p. 199.

16 *Ibidem*, p. 200.

17 Dietze, Gottfried, (“Judicial Review in Europe”, *Michigan Law Review*, vol. 55, núm. 4, febrero de 1957, pp. 539 y ss.; en concreto, p. 558) afirma al respecto que “the establishment of judicial review by the modern constitutions of Western Europe can be considered a revolutionary feat”.

18 Mirkin-Guetzévitch, Boris, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, Madrid, Reus, 1934, p. 31.

19 Ollero Gómez, Carlos, “El nuevo derecho constitucional (El control de constitucionalidad de las leyes en el derecho constitucional de la postguerra)”, *Archivo de Derecho Público*, II, Universidad de Granada, 1949, pp. 9 y ss.

varios ordenamientos constitucionales y asumida en diversos países por amplios sectores doctrinales,<sup>20</sup> la institución del control de la constitucionalidad de las leyes iba a sufrir un cambio radical de perspectiva tras las terribles lecciones sacadas de los abusos cometidos por los regímenes nazi y fascista. Como se ha advertido, la célebre fórmula según la cual “el legislador no puede hacer mal” (que había sucedido al conocido adagio inglés, “the king can not do wrong”) iba a ser revisada. El Parlamento podía ser un opresor. Podía atentar contra las libertades.<sup>21</sup>

Esta circunstancia, en cierta medida, pudo impulsar, a modo de reacción, el desenvolvimiento generalizado de los Tribunales Constitucionales en la Europa de la segunda posguerra; Alemania e Italia constituyen dos buenas pruebas al respecto. Quizá por todo lo expuesto, Taylor Cole<sup>22</sup> ha podido manifestar que “the Constitutional Courts in Europe are in part the products of reaction against a gloomy past”, y Dietze ha aludido al convencimiento europeo acerca de los peligros de la supremacía del legislativo y de la deificación de la ley: “the Europeans, convinced through bitter experience of the dangers of legislative supremacy and the resultant deification of codified law, discarded the values of the French Revolution”.<sup>23</sup>

Pero en todo caso, y al margen ya de las particularmente trágicas circunstancias históricas por las que atraviesan Alemania e Italia en el periodo de entreguerras, es lo cierto que otros argumentos incidirán para potenciar de modo en verdad extraordinario, a partir de 1945, la jurisdicción constitucional.

Otto Bachof, en su genial discurso de toma de posesión de la dignidad rectoral en la Universidad de Tubinga, los ha compendiado de modo magistral.<sup>24</sup> Advierte Bachof que los dos supuestos en que se basaba la concepción de la ley a principios del siglo XIX han desaparecido hoy en gran parte. Frente a la idea de la ley como la *ratio* convertida en norma, como un mandato orientado en función de la justicia, en el moderno

20 Cfr. al respecto, Dietze, Gottfried, *op. cit.*, nota 17, pp. 545-548.

21 Favoreu, Louis, “Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, núm. 5, septiembre-octubre de 1984, pp. 1147 y ss.; en concreto, p. 1175.

22 Cole, Taylor, “Three Constitutional Courts: a Comparison”, *The American Political Science Review*, vol. LIII, núm. 4, diciembre 1959, pp. 963 y ss.; en concreto, p. 983.

23 Dietze, Gottfried, *op. cit.*, nota 6, p. 1259.

24 Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 8, pp. 50-53.

*Welfare State*, la ley ha pasado a primer plano como acto de conformación política orientado a un fin, como una medida determinada para superar una situación concreta y, por ello, planeada a corto plazo y negociada a menudo en el conflicto de grupos contrapuestos de intereses. De otro lado, si antaño se consideraba que las mejores garantías para que la justicia de las leyes quedara protegida radicaban en la entrega de la función legislativa al Parlamento, a los elegidos, en el desempeño de su mandato, pero sometidos solamente a su conciencia de representantes de la voluntad del pueblo, en nuestros días, en la medida en que la ley se convirtió en un medio para la realización de cambiantes fines políticos, necesariamente, la lucha por la preeminencia de este o de aquel interés concreto tenía que ser llevada también a los órganos legislativos, perjudicándose con ello la aptitud de estos órganos para fijarse en el valor jurídico que vincula la voluntad política.

Si a lo expuesto unimos, de una parte, los bruscos cambios que el Parlamento mismo ha experimentado en su posición y estructura, por virtud de la entrada en la escena político-parlamentaria de los partidos, que ha implicado que en vez de la representación de todo el pueblo por personas independientes, haya penetrado en el Parlamento el mandato vinculado a los partidos, y de otra, el fabuloso incremento de la carga de trabajo de los Parlamentos, producido por la transformación de la función legislativa, que impide de todo punto a las Cámaras revisar todas las leyes con ese cuidado que sería necesario para poder manifestar aún sin reparo la primitiva confianza en el producto “ley”, tendremos así perfilada una situación radicalmente diferente de la existente en el siglo XIX, que ha propiciado la completa quiebra del dogma rusoniano.

Sin embargo, si bien es cierto que todos los argumentos precedentes tienen *per se* una incuestionable entidad, no podemos olvidar una última razón, posiblemente la de mayor envergadura. La adecuación de la ley a la Constitución debe considerarse no sólo como una consecuencia de la propia supremacía formal del código constitucional (en los textos constitucionales dotados de una especial rigidez), sino, lo que más importa, como la resultante de su misma supremacía material.

En efecto, como significa Trujillo,<sup>25</sup> una importante dimensión del marco de referencia de la constitucionalidad es la representada por la

25 Trujillo, Gumersindo, “La constitucionalidad de las leyes y sus métodos de control”, *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, La Laguna, Universidad de La Laguna, 1970, pp. 5 y ss.; en concreto, p. 23.

ampliación que se produce como consecuencia del abandono de una concepción rígidamente formalista del orden constitucional, para remontarse hasta los principios que, en cuanto expresión de los fines y objetivos hacia los que se ha de orientar la actividad del Estado, vinculan y limitan su potestad normativa. En tal sentido, el ejemplo más significativo lo proporciona el moderno constitucionalismo alemán, con su concepción de un *Wertordnung* u “orden de valores” subyacentes a la Constitución y que vincula a todos los poderes del Estado.

La enérgica pretensión de validez de las normas materiales de nuestra Constitución se explica precisamente por ese orden de valores que se manifiesta expresamente en la ordenación de los derechos y libertades, un orden de valores que, como bien dijera Bachof,<sup>26</sup> no ha sido creado por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo último fundamento se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, en una idea del hombre que descansa en esos valores. No es cuestión de intentar ahora aproximarnos a una concreción de cuáles sean esos valores; digamos, no obstante, que todos traen su causa del valor supremo, del núcleo axiológico central, la dignidad de la persona humana. De ahí que el constitucionalismo haya sido definido por Dietze<sup>27</sup> como “a condition under which the individual is protected from the arbitrary government”.

La conjunción de todas estas variables conducirá al término de la Segunda Gran Guerra, de un lado, a lo que Favoreu<sup>28</sup> ha llamado “une redécouverte de la Constitution comme texte à caractère juridique”, esto es, a una reafirmación o redescubrimiento (si se piensa que fue en el constitucionalismo norteamericano donde tuvo lugar tal descubrimiento) del carácter normativo del código constitucional, y de otro, al nacimiento y expansión de la jurisdicción constitucional, que va además a ver ampliado su ámbito competencial de modo sensible. Ciertamente no han faltado autores, como es el caso de Dietze, que han puesto de relieve (Dietze lo hizo en 1957) que la introducción de la *judicial review* en Europa tras la Segunda Gran Guerra no fue acompañada por el desarrollo de nuevas ideas fundamentales acerca de la institución.<sup>29</sup> Pero, por nuestra parte, nos sentimos mucho más identificados con el juicio de

26 Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 8, p. 40.

27 Dietze, Gottfried, *op. cit.*, nota 17, p. 563.

28 Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 21, p. 1176.

29 Dietze, Gottfried, *op. cit.*, nota 17, p. 558.

Lucas Verdú,<sup>30</sup> quien ha subrayado que la jurisdicción constitucional de la segunda posguerra nos ofrece como novedad sustantiva un ensanchamiento de su ámbito en la medida que abarca, a la sazón, contenidos no sólo técnicos, sino, además, materias que rozan aspectos de indudable cariz político.<sup>31</sup>

A este respecto, la sensibilidad de los Tribunales Constitucionales en orden a la más eficaz salvaguarda de los derechos ha propiciado que pueda hablarse una “jurisdicción constitucional de la libertad”.<sup>32</sup> Más aún, creemos que bien puede sostenerse que la libertad es impensable sin la existencia de un control de la constitucionalidad de las leyes. En análogo sentido se ha manifestado Dietze cuando afirma: “In our time individual freedom without *judicial review* seems unthinkable”, para añadir de inmediato: “*Judicial review* seems to be vital for the protection of the individual’s liberty in a democratic society”.<sup>33</sup>

Y Cappelletti no sólo considera a la jurisdicción constitucional como un medio capaz de hacer efectivos los derechos fundamentales, esto es, “tutte le situazioni soggettive fondamentali”, y ello aun cuando las normas constitucionales se limiten a una enunciación programática (reflexión ésta que requeriría de ciertos matices según las peculiaridades funcionales de la jurisdicción constitucional en cada país, matices en los que, sin embargo, no vamos a entrar), sino, además, como un eficaz instrumento de equilibrio de poderes.<sup>34</sup> El propio autor no duda en asegurar, en otro lugar, <sup>35</sup> que la existencia de la jurisdicción constitucional se

30 Lucas Verdú, Pablo, “Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, mayo-octubre de 1957, pp. 99 y ss.; en concreto, p. 104.

31 Quizá esta ampliación del ámbito de la jurisdicción constitucional refleje en cierto modo la diversidad de motivaciones a que va a responder la aparición de los tribunales constitucionales en Europa. Louis Favoreu (“Le Conseil Constitutionnel régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1967, pp. 5 y ss.; en concreto, pp. 9 y 10) se ha referido a tres motivaciones diferentes: la estructura federal o cuasi-federal de los Estados que han previsto los tribunales constitucionales; la preocupación por organizar una protección eficaz de los derechos del hombre después de periodos de perturbaciones más o menos graves, y por último, la preocupación por garantizar el mantenimiento de un régimen democrático.

32 Cappelletti, Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale)*, Milán, Giuffrè, 1976.

33 Dietze, Gottfried, *op. cit.*, nota 6, pp. 1234-1236.

34 Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 32, p. 134.

35 Cappelletti, Mauro, “Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, año XXXIII, núm. 2, abril-junio de 1981 (número

impone en la época actual, pues, de un lado, viene a equilibrar el considerable e inquietante crecimiento del legislativo y del ejecutivo, fruto a su vez de la gradual transformación del Estado providencia en un Estado administrativo,<sup>36</sup> mientras que, de otro, se deriva ineludiblemente de la expansión de las declaraciones de derechos,<sup>37</sup> declaraciones que bien puede decirse, a nuestro modo de ver, que constituyen el común denominador de la mayoría de los textos constitucionales de la pasada centuria, y muy en especial, de los que han sido concebidos como reacción contra los abusos y perversiones de los regímenes dictatoriales que condujeron a la Segunda Guerra Mundial, y que además han dejado de ser proclamaciones meramente filosóficas o retóricas desde el mismo momento en que su aplicación efectiva se confía a órganos independientes de los poderes políticos, es decir, a tribunales de justicia.

Y a todo lo anterior hay que añadir, ya para finalizar, la importantísima función de integración del ordenamiento jurídico que cumplen en nuestros días los órganos titulares de la jurisdicción constitucional. Esa integración ha de estar asentada inexcusablemente en un orden material de valores, aquel precisamente que proclama toda norma suprema, o, en defecto de tal proclamación expresa, que entresaca de su articulado el intérprete supremo de la misma y el resto de los órganos jurisdiccionales. Como significara Lucas Verdú,<sup>38</sup> mediante la justicia constitucional se cumple, y se asegura, el orden fundamental en la medida en que se aplican a casos concretos las normas constitucionales, se esclarece el ámbito de aplicación de tales normas, se garantiza el cumplimiento de la ley fundamental, que prevalece sobre la norma ordinaria, e incluso se va integrando el derecho constitucional. En este sentido, la justicia constitucional significa la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo.

monográfico dedicado a la “La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe. Allemagne Fédérale, Autriche, France, Italie”), pp. 625 y ss. Existe traducción de este trabajo, publicado en la obra *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 599 y ss.

36 Cappelletti, Mauro, “Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, cit., nota 35, p. 631.

37 *Ibidem*, pp. 635 y ss.

38 Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 30, p. 102.

## II. LA OBRA DEL JUEZ MARSHALL Y LA DOCTRINA DE LA *JUDICIAL REVIEW*

### 1. *Los antecedentes ingleses: la doctrina del juez Coke*

Dietze<sup>39</sup> ha sintetizado con cierta clarividencia el devenir histórico de la jurisdicción constitucional en los siguientes términos: “*Judicial review*, having originated in Europe and been accepted as a doctrine in the United States, has returned to Europe elaborated and expanded by american judges”. Y en efecto, la idea de atribuir a unos órganos jurisdiccionales la función de “guardián de la Constitución” hunde sus raíces en Europa.

Bástenos al respecto con recordar la que Cappelletti ha denominado<sup>40</sup> “batalla de *lord Edward Coke* por la supremacía del «*common law*»”.

Coke esgrimirá su doctrina sobre la autoridad del juez en cuanto árbitro entre el rey y la nación con ocasión de su enfrentamiento con el rey Jacobo I. Frente al monarca, que pretendía que los jueces eran meros delegados suyos, lo que, a su juicio, le legitimaba para ejercer personalmente la función judicial, Coke respondería atribuyendo en exclusiva a los jueces tal función con base en que los magistrados se habían adoctrinado en la difícil ciencia del derecho. Y frente al Parlamento, Coke subrayaría la tradicional supremacía del *common law* sobre la autoridad del Parlamento.

And it appears in our books —proclamará Coke en el celeberrimo *Bonham’s case* (1610)—, that in many cases, the common law will controul acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such act to be void... Herle saith, some status are made against law and right, which those who made them perceiving, would not put them in executio.<sup>41</sup>

39 Dietze, Gottfried, *op. cit.*, nota 6, p. 1272.

40 Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, 7a. ristampa, Milán, Giuffrè, 1978, pp. 41-48.

41 Dr. *Bonham’s Case*, 8 Co. Rep. 1610. Sentencia recogida en la colección documental “The Founder’s Constitution”, editada por Philip B. Kurland y Ralph Lemer, volumen 5, The University of Chicago Press, 1987, p. 303.

El supuesto de hecho que motiva el fallo es bien conocido. En 1606, el doctor Thomas Bonham, médico ejerciente en la ciudad de Londres, fue requerido, a fin de ser examinado, por el “Royal College of Physicians”. Declarado incompetente para el ejercicio de la medicina tras el oportuno examen, fue multado por haberla llevado a cabo sin la oportuna licencia, prohibiéndosele en el futuro el ejercicio de la misma. El doctor Bonham, que había obtenido su título de medicina por la Universidad de Cambridge, hizo caso omiso de la prohibición, por lo que fue condenado a prisión y privado de su libertad, en aplicación de una Carta de Enrique VII posteriormente convertida en ley. El doctor Bonham recurrió contra el Royal College ante la Corte que presidía sir Edward Coke.

La Sentencia, del año 1610, entendió, en primer término, que la jurisdicción del Royal College no abarcaba el caso en cuestión, y en segundo lugar, que si la ley había atribuido al Royal College tal competencia, dicha ley debía ser considerada nula, tesis esta última en la que bien puede verse el germen de la *judicial review*.

Coke fundamentó su Sentencia en cuatro precedentes de la jurisprudencia inglesa, introduciendo en uno de ellos una novedad radical, como puso de relieve tiempo atrás Plucknett,<sup>42</sup> quizá el mejor estudioso del celeberrimo caso. En efecto, Coke adicionaría al citado precedente la siguiente reflexión propia: “...for whom an act of parliament is against common right and reason..., the common law will controul it, and adjudge such act to be void”. Quiere ello decir que el *statute*, la norma parlamentaria, no es anulada, sino ignorada, inaplicada.

En todo caso, la consideración antes expuesta de que en la doctrina sentada por Coke en 1610 debe verse el germen de la *judicial review* norteamericana, no puede sostenerse sin efectuar algunas consideraciones adicionales, siguiendo en este punto la línea argumental del quizá mayor estudioso de la historia del control de la constitucionalidad, Mario Battaglini.<sup>43</sup> Para este autor, es claro que Coke quiso reflejar la supremacía del *common law* sobre la voluntad regia, y precisamente a partir de tal premisa supeditaría los actos del Parlamento al *common law*, pero ello en tanto en cuanto el Parlamento actúa como un órgano de la

42 Plucknett, “Bonham’s Case and Judicial Review”, *Harvard Law Review*, vol. XL, noviembre de 1926, pp. 31 y ss.; en concreto, p. 36.

43 Battaglini, Mario, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milán, Giuffrè, 1957.

voluntad regia. Así las cosas, equiparar el *common law* al *fundamental law* sería del todo improcedente, por cuanto, en último término, Coke lo que pretendía era forzar la escisión del Parlamento respecto del Monarca y proclamar la supremacía de la voluntad parlamentaria frente a la del rey.<sup>44</sup>

La doctrina de Coke estaba llamada a quedar en buen grado relegada al olvido en Inglaterra tras el triunfo de la “*Glorious Revolution*”, bien que en el siglo XVIII puedan apuntarse algunos rescoldos que revelan aislados intentos de llevar a cabo un control de la constitucionalidad de las leyes.<sup>45</sup>

## 2. La judicial review en Norteamérica: sus orígenes, formulación de la doctrina y evolución

La disipación de los efectos de la Sentencia del juez Coke explica que cierta doctrina haya reivindicado para Norteamérica la paternidad de la *judicial review*, creemos que con evidente razón. Y así, Grant<sup>46</sup> ha subrayado que el depósito de la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a la legislación ordinaria emanada del Parlamento, debe ser considerado como una contribución de América a la ciencia política. Y en análoga dirección, Beard,<sup>47</sup> tras calificar la creación jurisprudencial de la *judicial review* como la piedra angular de toda la estructura constitucional de los Estados Unidos, ha considerado tal mecanismo como la más original contribución a la ciencia política realizada por el genio político americano. Y como advierte Cappelletti,<sup>48</sup> la razón de tal hecho es verdaderamente paradójica, pues se encuentra en la antes referida supremacía del Parlamento inglés, y se produce un tanto a modo de reacción frente a la primacía parlamentaria.

44 Battaglini, Mario, “Contributo allo studio comparato del controllo di costituzionalità: i paesi che non hanno controllo”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1962, pp. 750-752.

45 Cfr. al efecto, Battaglini, Mario, *ibidem*, p. 758.

46 Grant, James A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, 1963.

47 Beard, Charles, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, Nueva York, MacMillan, 1968, p. 162.

48 Cappelletti, Mauro, (*Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, 7a. ristampa, Milán, Giuffrè, 1978, p. 42) afirma al respecto: “Paradosalmente, la ‘supremazia del Parlamento’ in Inghilterra ha favorito la nascita della cosiddetta ‘supremazia dei giudici’ negli Stati Uniti d’America”.

El origen de la *judicial review* en Norteamérica hay que situarlo en la etapa colonial. Es conocido y bien significativo el hecho de que los tribunales coloniales apelasen a los Tribunales superiores ingleses frente a determinadas leyes de las Asambleas coloniales. Estas prácticas tuvieron su continuidad en el periodo comprendido entre la Independencia y la Convención Constituyente. Bien es cierto que, como afirma Olivetti,<sup>49</sup> se puede discutir, a propósito de los *cases* anteriores a 1787, en los cuales se va a ejercitar de modo efectivo la revisión judicial, pero está fuera de toda duda o discusión que entre 1776 y 1787 se consolidó el principio según el cual: “issues of constitutionality might be raised in litigation”. Con todo, no puede dejar de reconocerse que el principio federal había de ejercer un poderoso impacto sobre la *judicial review*.

En la Convención Constitucional de 1787, muchos de los miembros asistentes, directamente relacionados con la redacción de la Constitución, fueron conscientes del principio de la *judicial review*, y algunos de ellos, significa Deener,<sup>50</sup> se mostraron claramente favorables a ella.<sup>51</sup>

Quizá la última *ratio* de esta orientación proclive a la *judicial review* haya que buscarla, a nuestro entender, en una radicalmente nueva concepción de la forma de gobierno, que ya late con fuerza en la Declaración de Independencia, del 4 de julio de 1776, y que encuentra su soporte teórico en la que bien podríamos tildar de filosofía política de la libertad.<sup>52</sup> En análoga dirección se ha pronunciado Sanz-Cid,<sup>53</sup> para quien el sistema constitucional norteamericano se construyó partiendo

49 Olivetti Rason, Nino, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, CEDAM, 1984, p. 114.

50 Deener, David, *op. cit.*, nota 13, p. 1081.

51 La discusión convencional en torno a esta cuestión puede verse en Beard, Charles A., *The Supreme Court and the Constitution*, Nueva York, 1912, pp. 17 y ss.

52 “Sostenemos como evidentes —puede leerse en el párrafo segundo de la referida Declaración— estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrezca las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad...”

53 Sanz-Cid, Carlos, “Sobre etiología del control judicial de la constitucionalidad de las leyes”, *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, núm. 8, 1966, pp. 39 y ss.; en concreto, pp. 48 y 49.

del concepto de valor, autonomía y dignidad del hombre individual como irreductible realidad anterior a la sociedad.

La prueba más patente de que, como antes dijimos, en la Convención se abordó el principio de la *judicial review*, aun cuando finalmente no se formalizara en el articulado constitucional, nos la ofrecen los comentarios a la Constitución que, escritos por Hamilton, Madison y Jay, se publicaron en tres periódicos de la ciudad de Nueva York, recibiendo el título de *El Federalista* al publicarse ulteriormente bajo el formato de un libro.<sup>54</sup>

Hamilton, en el artículo LXXVIII, primero de los dedicados al Poder Judicial, completando la Constitución y haciendo expreso lo que en ella era simplemente una posibilidad latente, sentaba las bases de la revisión por el Poder Judicial de los actos y leyes contrarios a la Constitución. Basta con leer algunos de los párrafos del citado artículo para constatar lo inequívoco de este aserto:<sup>55</sup>

El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del Poder Judicial frente al Legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las Constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa.

Planteado en tales términos el problema, Hamilton procede a sentar la premisa sobre la que construir una solución al mismo:

No hay proposición —razona— que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo...

54 Hamilton *et al.*, *El Federalista*, 1a. reimpresión de la 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1974.

55 Hamilton, Alexander, “Artículo LXXVIII”, *El Federalista*, *cit.*, nota 54, pp. 330-336.

Y tras el precedente razonamiento, se aborda el limitado papel que corresponde al legislativo y el perfil funcional con que debe concebirse a los tribunales:

Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad.

En lógica armonía con las precedentes consideraciones, Hamilton atribuirá a los tribunales la trascendental función de interpretar las leyes, prefiriendo la Constitución en el supuesto de que se produjere una discrepancia entre ésta y cualquier ley ordinaria:

La interpretación de las leyes —razona Hamilton— es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

La comprensión de la tesis de Hamilton exige atender no sólo al artículo LXXVIII, publicado en mayo de 1788, del que se han extraído los anteriores párrafos, sino también al artículo XXXIII, publicado en enero del mismo año, y en el que puede leerse lo que sigue:

Si el gobierno federal sobrepasara los justos límites de su autoridad, haciendo un uso tiránico de sus poderes, el pueblo, de quien es criatura, debe invocar la norma que ha establecido y tomar las medidas necesarias para reparar el agravio hecho a la Constitución, como lo sugieran las exi-

gencias del caso y lo justifique la prudencia. La constitucionalidad de una ley tendrá que determinarse en todos los casos según la naturaleza de los poderes en que se funde.<sup>56</sup>

El planteamiento inmediatamente precedente se aparta de modo notorio del defendido en el artículo LXXVIII, publicado cuatro meses después, y ello nos revela, en buena medida, que Hamilton manejaría dos tesis diferenciadas en los dos artículos de *El Federalista* citados.

En el artículo LXXVIII, Hamilton, partiendo de la tesis destilada por el sistema jurídico del *common law*, de que la interpretación de las leyes es un derecho peculiar de los tribunales, tesis que recuerda la que los constituyentes de Massachusetts, y especialmente John Adams, plasmaran en la Constitución del estado de Massachusetts de 1780, en cuyo artículo XXIX de la Declaración de Derechos que integraba la Constitución, siguiendo lo ya establecido por el Preámbulo de esta carta constitucional, se podía leer que: “Es esencial para la preservación de los derechos de cada individuo, su vida, libertad, propiedad y carácter que haya una imparcial interpretación de las leyes, y administración de justicia”,<sup>57</sup> llegaba a la conclusión de que los tribunales gozaban del derecho a declarar nulos los actos de la Legislatura, en cuanto los entendieran contrarios a la Constitución.

En el artículo XXXIII, Hamilton, por el contrario, no parece entender que de la Constitución se derive el derecho de los jueces y tribunales a llevar a cabo la *judicial review*, anulando a través de ella las leyes contrarias a la Constitución.

La contradicción entre ambos planteamientos ha sido explicada por Crosskey<sup>58</sup> a partir de una circunstancia que si bien era coyuntural, revelaba una concepción de fondo del Poder Judicial diseñado por los constituyentes de Filadelfia bien distinta de la que finalmente se decantaría en el constitucionalismo norteamericano. En efecto, durante la campaña de ratificación de la Constitución Federal de 1787, los antifederalistas esgrimieron contra el perfil constitucional del Poder Judicial el argumento de que el mismo estaba concebido como un instrumento de cen-

56 Hamilton, Alexander, “Artículo XXXIII”, *El Federalista*, *cit.*, nota 54, pp. 129-132; en concreto, p. 131.

57 Puede verse en Kurland, Philip B. y Lerner, Ralph (eds.), *The Founders' Constitution*, Chicago, The University of Chicago Press, 1987, vol. I, p. 13.

58 Winslow Crosskey, William, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, Chicago, The University of Chicago Press, 1953, vol. II, p. 1027.

tralización frente a los Estados miembros de la Unión; no era ajena a ello la idea de que, en su inicio, la *judicial review* parecía pensada tan sólo frente a las leyes de las Legislaturas de los Estados de la Unión. En tal situación, y a fin de rebatir tal argumento, Hamilton objetivaba en su artículo LXXVIII la función del Poder Judicial, extendiendo la *judicial review* a las leyes no sólo de las Legislaturas de los estados, sino también a las emanadas del Congreso de la Unión.

Pese a la inequívoca opción a favor de la *judicial review* que manifiesta el triunvirato, oculto bajo el seudónimo de *Publio*, durante la publicación (entre octubre de 1787 y mayo de 1788) de los ochenta y cinco ensayos que integran *El Federalista*, así como de los antecedentes descritos en el seno de la Convención Constituyente, lo cierto es que todo ello no propiciaría la implantación del control de la constitucionalidad de las leyes por los órganos jurisdiccionales, por lo menos de modo inmediato. Es más, Lambert<sup>59</sup> llega a significar que tras la Constitución de 1787, todos se hallaban convencidos de que no existía sobre el Continente gobierno alguno superior a los Estados que pudiera legítimamente juzgar en último término acerca de la extensión de los poderes que habían sido conferidos por la Constitución a cada uno de los órganos de gobierno que ella misma consagraba.

Habría de ser la administración republicana de Jefferson y de sus sucesores la que, repudiando las doctrinas de los federalistas, consagrara en sus actos y creara las tradiciones de supremacía federal que los federalistas no habían sabido establecer. En todo caso, una tradición judicial ininterrumpida, a la que ya nos hemos referido, habría de ser la clave, o una de las claves al menos, del cambio de óptica respecto a aquella apreciación inicial antes aludida.

En 1803, John Marshall, *Chief Justice* del Tribunal Supremo, tomando como soporte jurídico-constitucional la llamada “cláusula de supremacía”,<sup>60</sup> proclamaba en su celeberrima Sentencia *Marbury versus Ma-*

59 Lambert, Jacques, “Les origines du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis. *Marbury versus Madison*”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1931, t. 48, pp. 5 y ss.; en concreto, p. 8.

60 La “cláusula de supremacía” se halla recogida en el párrafo 2 del artículo 6o. de la Constitución de 1787. A tenor del mismo:

“Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulgaren, y todos los tratados hechos, o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces de cada Estado estarán obligados a

dison el “principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument”.

Desde luego, el “caso” sobre el que la Sentencia se dictó no era en realidad importante, aunque se hallaba apasionadamente vinculado a la lucha entre los incipientes partidos norteamericanos, federalistas y republicanos.

Cuando estaba a punto de finalizar su mandato, el presidente (federalista) John Adams efectuó algunos nombramientos judiciales. Ya se había producido (el año 1800) el triunfo para el próximo cuatrienio de los republicanos de Jefferson. Sin embargo, el Congreso, cuyos poderes expiraban el 4 de marzo de 1801, aprobaba en el mes de febrero dos leyes por las que se creaban determinados cargos judiciales de índole menor, y el presidente cesante se apresuraba a proveerlos con personas que le eran afectas. En concreto, nombraba a William Marbury para el cargo de juez de paz en el distrito de Columbia, el 2 de marzo de 1801, ratificándose de inmediato por el Senado tal nombramiento y extendiéndose la preceptiva credencial, que, sin embargo, no llegaba a ser entregada.

Posesionado Jefferson de la presidencia, ordenaba a su secretario de Estado, Madison, que no facilitara tales credenciales, a modo de reacción contra la actitud de los federalistas de, hasta el último momento, situar en el poder al mayor número de sus partidarios, al amparo de una de las dos leyes con anterioridad citadas, la *Circuit Court Act*, posteriormente derogada por la mayoría republicana del Congreso, mediante otra Ley de marzo de 1802.

Ante esta situación, Marbury recurría al Tribunal Supremo en súplica de que expidiera el oportuno mandamiento de comparecencia (*writ of mandamus*) a fin de obligar a Madison a extender la oportuna credencial que diera efectividad a su nombramiento como juez. La demanda se apoyaba en la sección décimotercera de la *Judicial Act* de 1789, que autorizaba al Tribunal Supremo “to issue writs of mandamus in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States”.

observarla, aun cuando hubiese alguna disposición contraria en la Constitución o en las leyes de los Estados”.

Como recuerda Pérez Serrano,<sup>61</sup> la cuestión que en el fondo se planteaba era la de si una ley votada por el Congreso, pero no acomodada a la Constitución, podía seguir siendo aplicada y conservar su vigencia una vez comprobada tal anomalía. Y ello era así en cuanto que la citada sección décimotercera de la Ley de 1789 parecía pugnar con lo prevenido en la sección segunda del artículo 3o. de la Constitución de 1787.

Marshall podía haber rehuído la cuestión sobre la base de entender que las disposiciones supuestamente contrarias a la Constitución no afectaban al presidente de los Estados Unidos, sino que se referían tan sólo a sus subordinados, pero no sólo no lo hizo, sino que en su Sentencia —que indiscutiblemente supuso una victoria política para los jeffersonianos, oponentes políticos del *Chief Justice*— no se limitó a declarar al margen de la jurisdicción del Tribunal Supremo la petición de la demanda, respetando la antes mencionada Ley de los republicanos de 1802, sino que, yendo mucho más allá, declaró la inconstitucionalidad de la sección décimotercera de la Ley Judicial de 1789.

El *Chief Justice* Marshall consideró que las facultades del Congreso están delimitadas por el texto de la Constitución. Ahora bien, de nada serviría que la norma suprema acotara a las diferentes ramas del Poder, si el Congreso pudiera aprobar leyes contrarias a la Constitución. Ante esta tesitura, Marshall se interrogaba acerca de si debían los tribunales acatar y aplicar tales normas. La respuesta había de ser negativa en tanto en cuanto la misión de los órganos jurisdiccionales había de consistir precisamente en decir qué cosa es ley y qué cosa no lo es. Y como una ley contraria a la Constitución no es ley, los tribunales no están obligados a cumplirla; antes bien, su obligación entonces estriba en reafirmar la Constitución como ley suprema del país frente a cualesquiera intentos en contrario del Congreso. Esa y no otra, diría Marshall, es la esencia de la función judicial.

Como recuerda Pritchett,<sup>62</sup> Marshall explicó su pensamiento citando en su favor el argumento de Hamilton, contenido en el artículo LXXVIII de *El Federalista*. Y así, partió del principio de que el gobierno de los Estados Unidos, por su naturaleza constitucional, está sujeto a limitaciones, y que “una ley contraria a la Constitución no constituye

61 Pérez Serrano, Nicolás, *La noble obra política de un gran juez: Juan Marshall*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1955, p. 23.

62 Pritchett, C. Herman, *La Constitución americana*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1965, p. 191.

derecho”. Entonces, ¿cuál es la obligación de un tribunal cuando se le solicita la aplicación de una ley de tal naturaleza? Para el *Chief Justice* la respuesta era evidente: “...Si una ley resultara contraria a la Constitución, o hubiere conflicto entre la norma legal y la constitucional que obligue a desestimar una u otra, compete al Tribunal determinar cuál es el derecho aplicable, ya que ésta constituye la esencia de la función jurisdiccional”.

Igualmente trascendente habría de ser la Sentencia *Cohens* versus *Virginia*, una de las más fértiles en sus consecuencias para la afirmación del poder federal y, sobre todo, para la consolidación de la autoridad del Tribunal Supremo,<sup>63</sup> pues con ella, Marshall lograba asegurar para el Tribunal Supremo el control de las decisiones de los Tribunales estatales en todas las materias, cualquiera que fuese su naturaleza, siempre que a juicio del Tribunal supusieran una interpretación de la Constitución.

Tras el Caso *Marbury* versus *Madison* no hubo invalidación de leyes del Congreso hasta que el denominado compromiso de Missouri fuera anulado por la Sentencia dictada en el Caso *Dred Scott* en 1857. Consecuentemente, entre 1789 y 1865 sólo dos leyes federales fueron declaradas inconstitucionales. En contraste, en un periodo análogo, el que media entre 1865 y la Segunda Guerra Mundial, en setenta y siete casos se resolvió que leyes del Congreso de la Unión habían vulnerado la Constitución. Estos datos numéricos contrastan significativamente si los comparamos con el número de leyes de las Legislaturas de los Estados declaradas contrarias a la Constitución entre 1790 y 1941: ese número asciende a 658 casos, según el dato que suministra Pritchett.<sup>64</sup>

Los datos precedentes revelan y explican el progresivo poder que iría asumiendo el Tribunal Supremo a partir de 1865. Alexis de Tocqueville<sup>65</sup> se haría eco del mismo al afirmar: “Cuando, después de examinarse en detalle la organización del Tribunal Supremo, se consideran en su conjunto las atribuciones que le han sido concedidas, se descubre fácilmente que en ningún pueblo ha sido creado nunca un poder judicial tan inmenso”. A este respecto, conviene recordar la conocida apreciación

63 Lambert, Jacques, “Les origines du contrôle de constitutionnalité des lois d’Etat par la judicature fédérale aux Etats-Unis.”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1933, t. 50, pp. 5 y ss.; en concreto, p. 19.

64 Pritchett, C. Herman, *op. cit.*, nota 62, p. 193.

65 Tocqueville, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, París, Gallimard, 1961, t. I, p. 152.

del juez Stone, quien manifestaría —en directa referencia al poder del Tribunal Supremo— lo que sigue: “The only check upon our own exercise of power is our own sense of self restraint”.<sup>66</sup> Y Steele Commager<sup>67</sup> aludiría al impacto sobre la sociedad norteamericana del supremo órgano jurisdiccional, estableciendo la siguiente comparación: “El Tribunal Supremo, con el tiempo, ha llegado a ser para los americanos lo que la Familia Real era a los ingleses, el Ejército para los alemanes, y la Iglesia a los españoles”.

En definitiva, desde esa capital Sentencia de 1803, la *judicial review*, entendida como control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes, va a desarrollarse y va a concluir siendo una pieza central del sistema, incluso de la sociedad americana entera. Como ha dicho entre nosotros García de Enterría,<sup>68</sup> la *judicial review* ha pasado a ser la clave de bóveda de la formidable construcción histórica que han sido y siguen siendo los Estados Unidos de América. Y además, como ha significado Choper,<sup>69</sup> el Tribunal Supremo “has also accomplished much, both for the substance of liberty and for the furtherance of the goals of democracy”.

### III. EL CONTROL POLÍTICO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

#### 1. *El control político en los orígenes del constitucionalismo revolucionario francés*

En algunos países, en vez de un control jurisdiccional, existe o ha existido un control ejercitado por órganos que podríamos llamar políti-

66 Citado por Leibholz, Gerhard, “El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, marzo-abril de 1966, pp. 89 y ss.; en concreto, p. 96.

67 Steele Commager, Henri, “The American Mind”, Citado por Tixier, Gilbert, “La clause de due process of law et la jurisprudence récente de la Cour Suprême des Etats-Unis”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, núm. 4, 1961, pp. 797 y ss.; en concreto, p. 797.

68 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 126.

69 Choper, Jesse H., *Judicial Review and the National Political Process (A functional reconsideration of the role of the Supreme Court)*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1980, p. 127.

cos, pero no judiciales. De ahí que se hable entonces de un control político de la constitucionalidad de las leyes. Como significa Cappelletti:<sup>70</sup>

...usualmente in questi sistemi il controllo, anziché essere successivo alla emanazione e promulgazione della legge, è preventivo ossia interviene prima che la legge entri in vigore; e talvolta si tratta altresì di un controllo avente funzione meramente consultiva; la funzione, cioè, di un mero parere, non dotato di forza definitivamente vincolante per gli organi legislativi e governativi.

Puede sostenerse al respecto que la exclusión de un control judicial de la constitucionalidad es una idea que siempre se ha venido afirmando en los textos constitucionales franceses; de ahí que sea Francia el país arquetipo del control político de la constitucionalidad de las leyes.

La historia constitucional francesa muestra, como destaca Trujillo,<sup>71</sup> una arraigada tradición “antijudicialista” que llega hasta nuestros días a pesar de las simpatías con que ha contado en los últimos lustros, en un caracterizado sector doctrinal, la revisión judicial, y no obstante también el influjo generalizado de la versión “racionalizada” de este control significada por los modernos tribunales constitucionales, iniciados por el constitucionalismo democrático europeo de entreguerras.

Cappelletti ha aducido razones de muy dispar naturaleza para justificar la solución tradicionalmente adoptada en Francia.<sup>72</sup> A algunas de ellas ya aludimos al inicio de este trabajo. Con todo, las reconsideraremos brevemente:

a) Razones históricas ante todo, que podríamos subsumir en la confianza sin límites en la voluntad general y el extremado recelo frente a los jueces, fruto este último del recuerdo permanente de las graves interferencias que antes de la Revolución los jueces perpetraron frente a los restantes poderes de un modo verdaderamente arbitrario.

b) Razones ideológicas. Basta con pensar en Montesquieu y en su doctrina de la división de poderes, doctrina que en su más rígida formulación se consideró de todo punto inconciliable con la posibilidad de interferencia de los jueces en la esfera del Poder Legislativo, visto por lo demás como la manifestación directa de la soberanía popular. Por otra parte, el carácter democrático-radical y asambleario impreso en las ins-

70 Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 40, pp. 4 y 5.

71 Trujillo, Gumersindo, *op. cit.*, nota 25, p. 50.

72 Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 40, pp. 83-86.

tituciones del periodo revolucionario casa mal con el control judicial. “France being the country of government by assembly par excellence —significa Dietze a este respecto—<sup>73</sup> the idea of legislative supremacy and the resultant glorification of written norms was here more firmly entrenched than in the other countries”.

c) Razones prácticas. Es un hecho que las instituciones jurídicas tienden a adecuarse a las exigencias mutables de la vida práctica, tal vez con un cierto desfase temporal, de excesivo anticipo o de excesivo retraso respecto al desenvolvimiento de las circunstancias. Y la exigencia práctica que prevalece, sentida en la historia francesa de más de un siglo y medio a esta parte, ha sido la de asegurar, especialmente a través del Consejo de Estado, una tutela contra la ilegalidad y los abusos del Poder Ejecutivo más que contra los excesos del Legislativo.

Desde otra perspectiva, el otorgamiento de una primacía jurídica especial a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, pudo conducir al establecimiento de la *judicial review*. Sin embargo, no fue así. La Declaración no es una primicia jurídica en sentido técnico, sino, como apunta Esposito,<sup>74</sup> la transposición en una fórmula general paranormativa de los principios en los que se decantaban siglos de cultura.

La primera manifestación fundamental del principio de la supremacía de la ley, y de su trasunto, el de la soberanía parlamentaria, en el ámbito de las relaciones entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo respecto de la ley, se concretará, como bien dice Blanco Valdés,<sup>75</sup> en la creación del instituto jurídico del *référé législatif*, así denominado porque en su virtud se “refería”, esto es, se remitía, al Poder Legislativo la facultad última para interpretar el texto oscuro de una ley. Y así, el artículo 21 del capítulo V (“Du pouvoir judiciaire”) del título 3o. de la Constitución de 1791 prescribía: “Lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de Cassation sans avoir été soumise au Corps législatif, qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le tribunal de Cassation sera tenu de se

73 Dietze, Gottfried, *op. cit.*, nota 6, p. 1257.

74 Esposito, Enrico, “Il Consiglio Costituzionale in Francia”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año XXII, 1972, pp. 351 y ss.; en concreto, p. 352.

75 Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, p. 229.

conformer”. Se constitucionalizaba de esta forma el llamado *référé* obligatorio, creado por la Ley del 27 de noviembre —1o. de diciembre de 1790, que se añadía al “*référé*” facultativo, legalizado en agosto del mismo año 1790.

La Ley de 16-24 de agosto de 1790 determinó en su artículo 10 que los tribunales no podían tomar directa o indirectamente parte alguna en el ejercicio del Poder Legislativo, ni impedir ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo sancionados por el rey. Esta previsión sería constitucionalizada en 1791. En efecto, el artículo 3o. del ya citado capítulo V del título 3o. disponía: “Les tribunaux ne peuvent, ni s’immiscer dans l’exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l’exécutions des lois...”. Con todo, esta prohibición, como bien advierte Blanco Valdés,<sup>76</sup> haciendo suyas las tesis de Duez,<sup>77</sup> no había de entenderse como una proscripción expresa de un eventual control judicial de la constitucionalidad de las leyes. El pensamiento revolucionario no pretendía tanto la interdicción específica de la *judicial review*, cuanto frenar directa o indirectamente, de cualquier manera que fuere, la aplicación de la ley, y es obvio que el control de la constitucionalidad de la ley podía conducir a tal resultado.

## 2. *La controversia acerca del jurie constitutionnaire defendido por Sieyès*

Aunque no pueda hablarse de que la problemática del control judicial de la constitucionalidad suscitara una acentuada preocupación de los revolucionarios franceses, lo cierto es que, en un determinado momento, la cuestión sí iba a suscitar una cierta controversia. Protagonista destacadísimo de la misma sería Enmanuel Sieyès,<sup>78</sup> quien, posiblemente, como

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>77</sup> Duez, Paul, “Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France (Comment il convient de poser la question)”, *Mélanges Maurice Hauriou*, París, Sirey, 1929, p. 231.

<sup>78</sup> Bastid, Paul, en su clásica obra *Sieyès et sa pensée* (París, 1939, pp. 418 y ss.) se hace eco del que puede considerarse como el más antiguo antecedente en la materia que nos ocupa, obra del abate Brun de la Combe; éste postulaba la existencia de un poder moderador que previniera o reprimiera todos los abusos de la autoridad. Para un mayor desarrollo, *cfr.* Battaglini, Mario, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milán, Giuffrè, 1957, pp. 48-50.

advierte Blondel,<sup>79</sup> consciente de los excesos a que podía conducir la omnipotencia de una Asamblea única, y tras los excesos del “Terror”, proponía en 1795 (en un primer proyecto) la creación de un *jurie constitutionnaire*, cuya competencia esencial sería “juger les réclamations contre toute atteinte qui sérail portée à la constitution”.<sup>80</sup>

En un segundo proyecto, Sieyès, tras considerar que la Constitución o es “un corps de lois obligatoires, ou ce n’est rien”, se inclinará por la creación de un nuevo organismo (el *jurie*) al que se atribuirá esta función de velar por la vigencia de la constitución; de modo específico, el abate de Fréjus proponía tres funciones concretas a desempeñar por el *jurie*. Eran éstas:

- 1a) Qu’elle veille avec fidelité à la garde du dépôt constitutionnel.
- 2a) Qu’il s’occupe, à l’abri de passions funestes, de toutes les vues qui peuvent servir à perfectionner la Constitution.
- 3a) Enfin, qu’il offre à la liberté civile une ressource d’équité naturelle dans des occasions graves où la loi tutelaire aura oublié sa juste garantie.

En otros términos, el propio Sieyès venía a considerar al *jurie constitutionnaire* como: en primer término, un Tribunal de Casación en el orden constitucional; una suerte de órgano de elaboración de propuestas con vistas a las posibles reformas que el tiempo podría exigir en la Constitución, y, finalmente, un suplemento jurisdiccional frente a los posibles vacíos de la jurisdicción positiva.<sup>81</sup>

Al margen de las funciones expuestas, en el proyecto de Sieyès existía un artículo clave: el VIII. A su tenor: “Les actes déclarés inconstitutionnels par arrêt du jury constitutionnaire, sont nuls et comme non avenues”. La importancia de esta previsión era notoria, pues era la primera vez que con claridad se establecía como sanción de la declaración de inconstitucionalidad, la nulidad del acto inconstitucional.

Sieyès había sido elegido, en la sesión de 14 germinal (3 de abril de 1795), miembro de una Comisión encargada de elaborar las leyes orgá-

79 Blondel, André, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois (Etude de critique comparative: Etats-Unis-France)*, París, Sirey, 1928, p. 170.

80 Cfr. al afecto, Battaglini, Mario, *op. cit.*, nota 78, capítulo V, pp. 47-67. Asimismo, Blanco Valdés, Roberto L., *op. cit.*, nota 75, pp. 291-307.

81 Battaglini, Mario, *op. cit.*, nota 78, p. 61.

nicas que habían de desarrollar la Constitución del 24 de junio de 1793.<sup>82</sup> El abate, tras ser nombrado miembro del Comité de Salud Pública, se vio obligado a abandonar la llamada “Comisión de los once” a la que la Convención había encargado (el 18 de abril) la redacción de un nuevo Proyecto de Constitución. No obstante, Sieyès tendría dos destacadísimas intervenciones parlamentarias el 2 y 18 de Thermidor del año III de la República.<sup>83</sup>

En su discurso del 2 de Thermidor (20 de julio de 1795), Sieyès intervino en pleno debate acerca de la organización del Poder Legislativo. Sieyès parte del principio de división de poderes que considera inexcusable para evitar el despotismo, y advierte que no conoce sino dos sistemas de división de poderes: el de equilibrio y el de concurso o, dicho en otros términos, el sistema de los contrapesos y el de la unidad organizada, decantándose por este último, que es el sistema más natural. Y para perfeccionar el sistema adoptado por la Comisión, propone institucionalizar un *Jury de Constitution*,<sup>84</sup> esto es, una suerte de Tribunal Constitucional: “verdadero cuerpo de representantes con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo incumplimiento de la Constitución”. Se asienta tal propuesta en una idea fundamental establecida en 1788: la división del Poder Constituyente y los poderes constituidos. “Si deseamos dotar de garantía y salvaguardar a la Constitución de un freno saludable que contenga a cada acción representativa sin desbordar los límites de su procuración especial, debemos —dirá Sieyès— establecer un Tribunal Constitucional en la forma que, en su día, concretaremos”. Más adelante, el abate nacido en Fréjus en 1748 concluiría postulando la existencia de “un conservador, un guardián de la Constitución a través del Tribunal Constitucional”, a cuyo efecto, en un proyecto articulado que explicitaba al término de su intervención, proponía que dicho Tribu-

82 Días después, la Convención thermidoriana, tras su rechazo de la Constitución jacobina de 1793, asociada al *Terror*, aunque nunca hubiera llegado a estar vigente, creó una Comisión para redactar una nueva Constitución. El 23 de junio Boissy d’Anglas presentó en la Convención el nuevo Proyecto de Constitución, cuyo redactor principal había sido Daunou.

83 Pueden verse estas intervenciones en Sieyès, Emmanuel, *Escritos y discursos de la Revolución*, edición de Ramón Maiz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 251-272 y 273-293.

84 Sieyès, como recuerda Ramón Maiz (en Sieyès, E., *op. cit.*, nota 83, p. 262, nota 7), emplearía indistintamente los términos *jury de Constitution*, *jurie constitutionnaire*, *jury constitutionnaire* e, incluso, *jury constitutionnel*.

nal quedara integrado por un cuerpo de representantes en número de los 2/20 de la legislatura, “con la misión especial de juzgar y pronunciarse sobre las denuncias de violación de la Constitución, dirigidas contra los decretos de la legislatura”.

Los convencionales, tras la intervención de Sieyès y a propuesta de Thibeaudeau, acordaban reenviar el Proyecto de Constitución a la “Comisión de los once”. Ello propiciaba el replanteamiento de la cuestión en la sesión del 18 de Thermidor, en la que Sieyès volvía a tener una destacadísima intervención con la que pretendía presentar y desarrollar una de las cuatro proposiciones sugeridas a la Convención: la que tenía por objeto el establecimiento de un Tribunal Constitucional. En esta nueva intervención, como bien advierte Blanco Valdés,<sup>85</sup> Sieyès iba a proceder no sólo a pormenorizar sus ideas originales sino, también, a ampliar sustancialmente el ámbito competencial del Tribunal Constitucional cuya creación proponía, lo que, de algún modo, suponía desnaturalizar la idea originaria de una institución destinada exclusivamente a la función de proteger a la Constitución frente al Poder Legislativo.

La necesidad de un Tribunal Constitucional se justifica sobre la base de una específica concepción de la Constitución: “Una Constitución —dice Sieyès en esta su segunda intervención parlamentaria— o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada”. Consecuentemente, si es un código de leyes obligatorias, “resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código”. Y la necesidad de responder a este interrogante dimana de una consideración tan evidente como simple: todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de su infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas obedecer.

A partir de las anteriores premisas, Sieyès se centra en “el verdadero nudo de la cuestión”: las funciones que habrán de otorgarse al Tribunal Constitucional, de las que nos hicimos eco con anterioridad y que recordamos con sumariidad: Tribunal de Casación en el orden constitucional, órgano de propuesta de las reformas constitucionales que el tiempo exija y suplemento de jurisdicción frente a los vacíos de la jurisdicción positiva.

A continuación, el autor de *Qu'est-ce que le tiers état?* aborda los actos por medio de los cuales la Constitución puede ser violada, distinguiendo: los actos responsables y los irresponsables. Los primeros, del

85 Blanco Valdés, Roberto L., *op. cit.*, nota 75, p. 296.

mismo modo que sus autores, en cuanto poseen sus jueces naturales, deben permanecer ajenos a las atribuciones del Tribunal Constitucional. No así los segundos, respecto de los cuales Sieyès constataba la existencia de muchos tipos de funcionarios irresponsables en el ejercicio de su misión, alusión ésta con la que el abate se refería a aquellos funcionarios que, en el ámbito de sus funciones, poseían un poder de apreciación y discrecionalidad no reglado, si bien limitado a su específico marco competencial. Sieyès distinguirá dos posibles vicios de inconstitucionalidad en estos actos: material (“si exceden los límites del poder que les ha sido confiado”) o formal (“si faltan a las formas impuestas”).

En relación con el cuerpo legislativo (dividido en el Proyecto en dos Cámaras: el Consejo de los Quinientos y el Consejo de los Ancianos), Sieyès, inequívocamente, propondrá la atribución al Tribunal Constitucional “sobre los actos inconstitucionales y personalmente irresponsables del Consejo de los Quinientos y el de los Ancianos”. “Y digo siempre personalmente irresponsables —añade el abate—, porque todo lo que salga de esa categoría, la traición, por ejemplo, por parte de un representante, tiene ya su juez y su pena”. Y frente a los postulados asamblearios de los convencionales, Sieyès hará hincapié en la realidad del peligro de excesos por parte de los cuerpos representativos:

Los inconvenientes, o aún mejor, los peligros en exceso reales de los actos extra o contra-constitucionales por parte de los dos cuerpos que acabo de nombrar, no pueden, en modo alguno, ser rechazados por vosotros al reino de las puras quimeras. Estas instituciones, al fin y al cabo, se hallarán compuestas por hombres, y dado el alto puesto que ocuparán, se puede aguardar en general todo tipo de pasiones e intrigas.

Sieyès se refería igualmente en su intervención a quién debía concederse el derecho de apelación o reclamación ante el Tribunal Constitucional. El Consejo de los Quinientos y el de los Ancianos debían quedar legitimados al respecto, pero también entendería Sieyès necesario, en el interior de cada Cámara, para problemas importantes a dirimir entre la mayoría y la minoría, legitimar a las minorías. Los ciudadanos, a título individual, eran legitimados para el exclusivo supuesto de protección de sus derechos.

Digamos finalmente que en el nuevo proyecto que al término de su intervención presentaría Sieyès,<sup>86</sup> el Tribunal Constitucional se preveía que quedara compuesto de 108 miembros, que se renovarían anualmente por tercios y en las mismas épocas que el cuerpo legislativo. Su primera integración había de llevarse a cabo a través de escrutinio secreto por la Convención, de forma que un tercio de sus miembros fueran elegidos entre los de la Asamblea nacional, llamada constituyente, otro tercio entre los de la Asamblea legislativa y otro entre los miembros de la Convención.

Tras la intervención del abate, la cuestión sería dejada en suspenso, retomándose en las sesiones de 24 y 25 Thermidor (11 y 12 de agosto). Con carácter previo, la propuesta de Sieyès había sido trasladada nuevamente a la “Comisión de los Once”. En nombre de la misma, será Berlier el encargado de la apertura de un debate que, como bien significa Blanco Valdés,<sup>87</sup> iba a demostrar la soledad del abate en la defensa de su proposición. Sin embargo, será Thibaudeau quien más frontalmente se oponga al proyecto del abate, tratando de mostrar su peligrosidad e inutilidad. Especialmente impactante para los convencionales debió ser el interrogante que Thibaudeau se planteó en torno a quién habría de reprimir el traspaso o transgresión por el Tribunal Constitucional de los límites funcionales determinados por la Constitución, cuestión que aún no ha dejado de suscitar inquietud.<sup>88</sup> No ha de extrañar que a la citada intervención siguiera el rechazo unánime de la propuesta de Sieyès.

Con todo, bien puede sostenerse con Battaglini,<sup>89</sup> en relación a la aportación revolucionaria francesa al problema del control de la constitucionalidad de las leyes, que al margen ya de la influencia protestante que había dado vida a los intentos norteamericanos de llegar a plasmar tal control, el proyecto de Sieyès ha de ser considerado como el primer intento serio de institucionalizar un control de constitucionalidad en Europa.

86 El Proyecto puede verse en Sieyès Emmanuel, *Escritos y discursos de la Revolución*, cit., nota 83, pp. 290-293.

87 Blanco Valdés, Roberto L., *op. cit.*, nota 75, pp. 301-307.

88 *Cfr.* al efecto, Cappelletti, Mauro, “Who watches the watchmen?”, capítulo del libro del propio autor, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 57-113.

89 Battaglini, Mario, *op. cit.*, nota 78, p. 67.

### 3. La evolución ulterior del control político en Francia

La propuesta del abate de Fréjus no dejará de ejercer cierto influjo ulterior, que encuentra su manifestación más relevante en la Constitución del año VIII (del 13 de diciembre de 1799). Como significa Esposito,<sup>90</sup> con la llegada de Napoleón cambiará el clima político, encontrando una mejor acogida el primitivo proyecto del abate.

La Constitución del año VIII creará un Senado conservador integrado por 80 miembros vitalicios e inamovibles, conformándolo como una suerte de órgano titular de la función de control de la constitucionalidad.

El artículo 21 de la Constitución que nos ocupa atribuía a este “*Sénat conservateur*” la facultad de juzgar los actos supuestamente inconstitucionales. A su tenor: “Il (el Senado conservador) maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunal ou par le Gouvernement; les listes d’éligibles sont comprises parmi ces actes”. A juicio de Laroque,<sup>91</sup> la creación de este órgano era la resultante de la imposibilidad histórica y jurídica en que se encontraban los jueces para el ejercicio de dicho control de constitucionalidad.

Sin embargo, desde el punto de vista de sus funciones como instrumento de control de la constitucionalidad de las leyes, los resultados del Senado conservador fueron realmente decepcionantes; más que instrumento de conservación del orden constitucional, lo fue de transformación del mismo en sentido cesarista. Este fracaso, a juicio de Trujillo,<sup>92</sup> se explica tanto por su falta de independencia, como por el criterio restrictivo con que se regulaba la legitimación para instar su actuación.

La Restauración y la Monarquía de Julio (con las Cartas constitucionales de 1814 y 1830) implicarían un radical cambio de perspectiva. Aunque algún sector de la doctrina llegara a la conclusión con Tocqueville que la Carta era inmutable, lo cierto es que, a la par y de modo un tanto contradictorio, se admitiría que la Carta podía ser modificada a través del mutuo acuerdo entre el rey y las dos Cámaras, esto es, por una ley ordinaria; de esta forma, carecía ya de todo sentido la institucionalización de un mecanismo orientado al control de la constitucionalidad de las leyes.

90 Esposito, Enrico, *op. cit.*, nota 74, pp. 358 y 359.

91 Laroque, Pierre, “Les juges français et le contrôle de la loi”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, año XXXIII, 1926, pp. 722 y ss.; en concreto, p. 724.

92 Trujillo, Gumersindo, *op. cit.*, nota 25, p. 52.

Ello no obstante, en 1833 y 1838, el Tribunal de Casación dictaría algunas sentencias en las que algunos han pretendido ver un ejercicio del control jurisdiccional de las leyes. Sin embargo, creemos que puede sostenerse con Laroque<sup>93</sup> que: “Il est donc vrai de dire qu’à aucun moment sous la Restauration et la Monarchie de Juillet les juges ne se sont reconnus le droit d’apprécier la validité des lois. Ils se le sont même formellement refusé en 1833. L’histoire et la tradition empêchaient qu’il en fût autrement”.

Durante la Segunda República y la vigencia —muy breve por lo demás— de la Constitución de 1848, nos encontramos con el único momento histórico<sup>94</sup> en que el Tribunal de Casación francés va a ejercitar un control de constitucionalidad de las leyes. Ahora bien, el hecho de que ni tan siquiera la mera posibilidad de este control sea discutida ante el Tribunal, ni tampoco se justifique en los motivos de la sentencia tan brusco cambio jurisprudencial, hace dudar acerca de si las sentencias en que el Tribunal lleva a cabo un control de constitucionalidad no fueron meramente accidentales.

El Segundo Imperio propiciará, a través de la Constitución del 14 de enero de 1852, a imitación del Código constitucional del año VIII, el restablecimiento de un Senado al que se le encargará velar por el control de la constitucionalidad de las leyes. El artículo 25 de la citada norma suprema definía al Senado como “le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques”, para, de inmediato, disponer que ninguna ley podía ser promulgada antes de haber sido sometida al Senado. Y el artículo 26 preveía que el Senado se opondría a la promulgación, entre otras, de las leyes que fueran contrarias o atentaran contra la Constitución. Bien es verdad que, como destaca Waline,<sup>95</sup> el control de la constitucionalidad de las leyes por el Senado del Segundo Imperio no era un control contencioso; esto es, el Senado no conocía de la supuesta inconstitucionalidad previa presentación de un recurso contra el acto, o, por lo menos, no necesariamente había de darse tal recurso. Por el contrario, verificaba la constitucionalidad de todas las leyes sin excepción. La razón de que el ejercicio de esta trascendental función jurisdiccional

93 Laroque, Pierre, *op. cit.*, nota 91, p. 728.

94 *Ibidem*, pp. 728 y 729.

95 Waline, Marcel, “Eléments d’une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928, pp. 441 y ss.; en concreto, pp. 450 y 451.

de control no se dejase a un tribunal ordinario era, según el propio Waline, de naturaleza política; derivaba de la trascendencia de las cuestiones en juego. Con todo, resulta evidente que el carácter preceptivo del control de constitucionalidad realizado por el Senado convertía en más que discutible la tesis de la naturaleza jurisdiccional del mismo, aproximando tal control más bien a un control de naturaleza política.

Durante el debate parlamentario de las Leyes constitucionales de la Tercera República, se suscitó, una vez más, la posibilidad de establecer el control judicial de la constitucionalidad de las leyes; ello no obstante, lo cierto será que el instituto en cuestión desaparecerá, aunque no falten autores, como Waline,<sup>96</sup> que entiendan que ello no significa que Francia carezca de un control, por lo menos parcial, de la constitucionalidad de las leyes, pues ese control aún era realizado, si se quiere de un modo incompleto, a través de la promulgación de las leyes.<sup>97</sup>

Jèze, en 1924, con evidente razón a nuestro entender, argumentaba como sigue:<sup>98</sup>

À la différence de la Constitution fédérale américaine ou des constitutions rigides de la période révolutionnaire française, les lois constitutionnelles de 1875 ne contiennent aucun article formulant quelque principe fondamental dont le respect s'impose au Parlement en vertu de la hiérarchie des lois constitutionnelles et des lois ordinaires. Dès lors, il est très rare, en France, que l'on puisse arguer une loi d'inconstitutionnalité.

Esta consideración de Jèze, irrefutable por lo demás,<sup>99</sup> se enmarca en una polémica doctrinal muy acentuada, que se suscita en Francia en los años inmediatamente ulteriores al término de la Primera Gran Guerra.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 452.

<sup>97</sup> La promulgación de las leyes por el presidente de la República presenta, a juicio de Marcel Waline (*ibidem* pp. 452 y 453), un doble alcance: de una parte, el presidente renuncia a su derecho a pedir una segunda deliberación; de otra, examina la regularidad de la votación de la ley, juicio éste estrictamente jurídico y de naturaleza jurisdiccional.

<sup>98</sup> Jèze, Gaston, "Le contrôle juridictionnel des lois", *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, año XXXI, julio-septiembre de 1924, pp. 399 y ss.; en concreto, p. 414.

<sup>99</sup> El propio Marcel Waline ("The Constitutional Council of the French Republic", *The American Journal of Comparative Law*, vol. XII, núm. 4, otoño de 1963, pp. 483 y ss.; en concreto, p. 483) reconoce de modo inequívoco la inexistencia de este control: "It is noteworthy that, during the entire period when the Constitution of the Third Republic was in effect, namely, from 1875 to 1940, no agency was provided by this Constitution to ensure control over the conformity of the laws with the Constitution".

La cuestión del control judicial de la constitucionalidad de las leyes atraerá a los más destacados tratadistas galos, en buena medida como consecuencia del enfrentamiento producido en Norteamérica entre el Tribunal Supremo y el Congreso. El mismo Carré de Malberg,<sup>100</sup> haciendo suya la tesis de Larnaude,<sup>101</sup> significa que los esfuerzos desarrollados en Francia con vistas a salvaguardar el contenido de la Constitución a través del modelo americano del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, serían inútiles, “étant donné que le personnel parlementaire est, depuis 1875, le maître effectif de la revision”. Es imposible, pues, establecer en Francia un modelo análogo al norteamericano.

Tras la Segunda Guerra Mundial, la Constitución del 27 de octubre de 1946 institucionalizaba un llamado *Comité Constitutionnel*, que quedaba integrado por el presidente de la República, que lo presidía de oficio, los presidentes de la Asamblea Nacional y del Consejo de la República, siete miembros elegidos por la Asamblea Nacional y tres por el Consejo de la República. La función de este órgano venía definida por el texto constitucional en unos términos realmente curiosos (último párrafo del artículo 91): “Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l’Assemblée Nationale supposent une révision de la Constitution”.

Waline<sup>102</sup> ha puesto de relieve cómo aunque la citada fórmula parece derivar del paradójico principio de que, enfrentándose al deseo de la legislatura, la Constitución debería plegarse, siendo en consecuencia reformada, una sumaria reflexión nos muestra la imposibilidad de este argumento. El sentido real del precepto en cuestión debe ser el de que si una proyectada reforma legislativa fuera declarada contraria a la Constitución por el *Comité Constitutionnel*, sólo podría ser aprobada del modo previsto por la propia Constitución para sus modificaciones, con lo que la superioridad del código constitucional era salvaguardada. Quizá no sea ajena a esta interpretación el hecho de que el citado artículo 91 se integraba en el título undécimo de la Constitución, relativo a la revisión o reforma de la misma.

100 Carré de Malberg, René, *Contribution à la Théorie générale de l’Etat*, París, Sirey, 1922, t. II, p. 615.

101 Larnaude, F., “Etude sur les garanties judiciaires contre les actes du pouvoir législatif”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1902, pp. 224, 256 y 257.

102 Waline, Marcel, *op. cit.*, nota 99, p. 484.

En cualquier caso, es una opinión doctrinal muy generalizada la de que el control establecido por la Constitución de la Cuarta República es un control de naturaleza política. Tanto la composición del órgano encargado de llevar a cabo el control como sus funciones nos conducen a esa conclusión.

El *Comité Constitutionnel* venía integrado por políticos o por personas nombradas por órganos de esa naturaleza a las que no se exigía ninguna cualificación técnico-jurídica. El control que se realizaba era preventivo, esto es, había de llevarse a cabo con anterioridad a la promulgación de la ley, quedando, por otra parte, muy recortado por la circunstancia de que se excluía del mismo el Preámbulo de la Constitución, de extraordinaria importancia, pues en él se garantizaban los derechos individuales. Goguel<sup>103</sup> ha llegado a afirmar que el Comité constitucional no tenía otra función que la de proteger la segunda Cámara contra las eventuales invasiones de la Asamblea Nacional, juicio que encuentra su razón de ser en el hecho de que sólo podían recurrir al Comité, mediante una demanda conjunta, el presidente de la República y el de la Cámara Alta, previo acuerdo adoptado al efecto por la mayoría absoluta de dicha Cámara, esto es, del Consejo de la República. Y Esposito,<sup>104</sup> desde una perspectiva empírica, advierte de que los hechos ratifican la condena de este órgano: “I fatti hanno decretato la sua condanna: è stato infatti convocato una sola volta il 18 giugno 1948 ed il suo apporto è stato nullo”.

Análogo juicio comparte la doctrina entre nosotros. Y así, Martín-Rotortillo<sup>105</sup> afirma que no puede decirse que el Comité Constitucional de la Cuarta República responda, ni mínimamente siquiera, a las fórmulas de control de la constitucionalidad, mientras que Trujillo<sup>106</sup> constata que incluso cabe pensar que la preocupación de los constituyentes de 1946 estuvo centrada en la supeditación de la Constitución a la voluntad nacional actuada parlamentariamente, más bien que en la constitucionalidad de las leyes.

103 Goguel, François, “Le Conseil Constitutionnel”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, núm. 1, 1979, pp. 5 y ss.; en concreto, p. 6.

104 Esposito, Enrico, *op. cit.*, nota 74, p. 370.

105 Martín-Rotortillo, Sebastián, “Consideraciones sobre los tribunales constitucionales (El supuesto del Consejo Constitucional Francés)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 15, octubre-diciembre de 1977, pp. 551 y ss.; en concreto, p. 560.

106 Trujillo, Gumersindo, *op. cit.*, nota 25, p. 63.

En una dirección bien distinta, de la que discrepamos, se sitúa Dietze,<sup>107</sup> quien ha visto en esta institución un principio, un primer paso de la *judicial review*: “Nevertheless, it would go too far to deny that there exists some form of judicial review under the Fourth Republic. A beginning was made here that stands in contrast to the practice under the Third Republic”.

No queremos finalmente dejar de ocuparnos, siquiera sea de modo bien somero,<sup>108</sup> de la Constitución de 1958 y del nuevo sesgo que parece dar, en orden al control de la constitucionalidad, con la creación del *Conseil Constitutionnel*, objeto del título VII de la Constitución de la Quinta República (artículos 56 a 63).<sup>109</sup>

Una generalizada preocupación por parte de la doctrina ha sido la del encaje del nuevo órgano en el movimiento que se desarrolla en Europa tras la Segunda Gran Guerra a favor de los Tribunales Constitucionales, del que nos ocuparemos más adelante. ¿Puede enmarcarse en esa dirección el Consejo Constitucional francés?

Favoreu<sup>110</sup> ha tratado de dar una respuesta a tal interrogante. A su juicio, si en tanto que institución especial, independiente de la organización jurisdiccional ordinaria, el Consejo Constitucional se aproxima mucho más a los tribunales constitucionales que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, difiere de ellos, sin embargo, muy profundamente, en la medida en que su creación no responde a los mismos objetivos. Y es que, en efecto, el Consejo Constitucional responde a una misión original que va más allá de la noción clásica del control de constitucionalidad; y en consideración a las particularidades de esa misión —añade Favoreu—<sup>111</sup> se explican las características de este instrumento que constituye el Consejo.

107 Dietze, Gottfried, *op. cit.*, nota 17, p. 559.

108 Para un estudio más extenso, nos remitimos a nuestro trabajo “El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 75, curso 1989-1990, pp. 303-334.

109 En esta dirección se manifiesta, entre otros, Gottfried Dietze (*op. cit.*, nota 6, p. 1258), quien significa al respecto: “The new Constitution of the Fifth Republic reveals a further trend toward judicial review”.

110 Favoreu, Louis, “Le Conseil Constitutionnel régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1967, pp. 5 y ss.; en concreto, pp. 9 y 10.

111 *Ibidem*, p. 13.

¿Cuál era el peculiar objetivo a que respondía en su creación el *Conseil*? Tal objetivo, por parte de los constituyentes, no era el establecimiento de un control general de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, ni tampoco el garantizar a través de este órgano los derechos y libertades de los ciudadanos; bien al contrario, como constata Luchaire,<sup>112</sup> la creación del Consejo tan sólo se explica en atención al espíritu general de la Constitución del 4 de octubre de 1958: reforzar el Ejecutivo en detrimento del Parlamento y, particularmente, de la Asamblea Nacional. En tal marco general se intuía útil instituir un mecanismo eficaz para obligar al Parlamento a permanecer en el marco de sus atribuciones constitucionales. Y a ello responde el Consejo Constitucional.<sup>113</sup>

En similar dirección, Knaub<sup>114</sup> conectará la creación del *Conseil* con el mantenimiento del principio de la división de poderes, tal y como será consagrado por la Ley constitucional del 3 de junio de 1958. Desde esta óptica, mientras al presidente de la República el constituyente de 1958 le otorga una función de arbitraje desde una visión política, al *Conseil* se le atribuye la misión de garantizar desde una perspectiva técnica las reglas constitucionales que rigen el funcionamiento de los poderes públicos. En análoga postura, Renoux<sup>115</sup> entiende que “c’est l’institution d’un juge de la constitutionnalité des lois qui a permis de révéler la véritable physionomie de la séparation des pouvoirs en droit constitutionnel français”.

En definitiva, la función del Consejo Constitucional no parece deba ser circunscrita al único ámbito de la normatividad, esto es, de garantizar la primacía de la Constitución.<sup>116</sup> Desde su constitucionalización fue

112 Luchaire, François, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Economica, 1980, p. 19.

113 “En 1958 —significa Luchaire en otro lugar (“Le Conseil Constitutionnel”, en Luchaire, François y Conac, Gérard (dirs.), *La Constitution de la République Française. Analyses et commentaires*, París, Economica, 1980, pp. 732 y ss.; en concreto, p. 735)— la création du Conseil Constitutionnel est la conséquence des limites apportées au pouvoir du Parlement afin d’obliger ce dernier à respecter ces limites”.

114 Knaub, Gilbert, “Le Conseil Constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l’Etat”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, núm. 5, 1983, pp. 1149 y ss.; en concreto, p. 1152.

115 Renoux, Thierry, *Le Conseil Constitutionnel et l’autorité judiciaire (L’élaboration d’un droit constitutionnel juridictionnel)*, París, Presses Universitaires d’Aix-Marseille-Economica, 1984, p. 32.

116 Contrasta esta idea con las apreciaciones del que ha sido considerado el “arquitecto de la Constitución de 1958”, Michel Debré, quien, en su discurso del 27 de agosto

investido de competencias más amplias que conectaban directamente con las relaciones entre los poderes públicos. El propio Consejo, en su decisión del 6 de noviembre de 1962, se autodefinió como “un organe régulateur de l’activité des pouvoirs publics”, fórmula que, a juicio de Favoreu,<sup>117</sup> caracteriza bien la misión de esta alta instancia, significando especialmente el rechazo de las nociones clásicas y una opción más cercana a la naturaleza política de la función desempeñada por el Consejo que a la naturaleza jurisdiccional, bien que, con el devenir del tiempo, se haya producido una clara evolución que ha aproximado, aunque no equiparado o identificado, este órgano a los tribunales constitucionales creados en buen número de países en el constitucionalismo de la segunda posguerra.

#### IV. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA EUROPA DE ENTREGUERRAS

##### 1. *Los antecedentes del control autónomo de constitucionalidad en Europa*

A lo largo del siglo XIX encontramos algunos antecedentes muy aislados de intentos de perfilar una jurisdicción constitucional. Es el caso de la Constitución del 28 de marzo de 1849, sancionada en el curso de la revolución alemana de 1848-1849 por la Asamblea Nacional reunida en la Iglesia de San Pablo en Francfurt, en la que se preveía una jurisdicción constitucional con amplias atribuciones.<sup>118</sup>

De análoga fecha es el llamado Proyecto de Kremsier, nombre de la ciudad de Moravia a la que se trasladó el Parlamento tras los tumultos acaecidos en Viena en octubre de 1848. En tal Proyecto se contemplaba

de 1958, pronunciado ante el Consejo de Estado, que debía manifestarse, a su vez, acerca del Proyecto de Constitución de ese mismo año, al referirse al Consejo Constitucional, afirmaba: “La creación del Consejo Constitucional indica la voluntad de subordinar la ley, o lo que es igual, la decisión del Parlamento, a la regla superior de la Constitución”.

<sup>117</sup> Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 110, p. 14.

<sup>118</sup> Para un mayor detalle, *cf.* Faller, Hans Joachim, “Defensa constitucional por medio de la Jurisdicción Constitucional en la República Federal de Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 7, enero-febrero de 1979, pp. 47 y ss.; en especial, pp. 48 y 49.

la creación de un Tribunal Supremo del Imperio (*Oberstes Reichsgericht*) con la misión esencial de juzgar “a título de instancia única y suprema” los litigios entre los Länder, a la par que los conflictos de atribuciones entre las autoridades administrativas del Imperio y las autoridades administrativas de los Länder. Se trataba, pues, de una suerte de tribunal arbitral.<sup>119</sup> El Proyecto decaería tras la disolución, el 4 de marzo de 1849, por el emperador Francisco José, por medio de la fuerza, del Reichstag constituyente.

La Constitución del Imperio austro-húngaro, del 4 de marzo de 1849, respetó el precedente del tribunal arbitral diseñado en el Proyecto de Kremsier; sin embargo, la escasa vida de esa Constitución (abrogada el 31 de diciembre de 1851), que además, como constata Eisenmann,<sup>120</sup> nunca fue aplicada, impediría que el Tribunal cobrara vida.

La Constitución del Imperio de 1867, que marca el definitivo retorno al régimen constitucional, mantuvo la división del Poder Legislativo entre las Dietas de los Länder y el Parlamento del Imperio. Además, reconoció los derechos fundamentales de los ciudadanos. Una ley constitucional del 21 de diciembre de 1867 instituyó un Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*), considerado por Battaglini<sup>121</sup> como el primer intento de institucionalización de un Tribunal Constitucional. Si admitimos con Eisenmann<sup>122</sup> que “la justice constitutionnelle est comme un miroir où se reflète l’image des luttes politiques suprêmes d’un pays, qu’elle a précisément pour effet de transformer en dernière analyse en litiges de droit”, nada tiene de extraño que la lucha de las nacionalidades, que dominaba toda la vida pública del Imperio, ocupara un lugar central, preponderante, en los litigios constitucionales. Con todo, la eficacia meramente declarativa de las sentencias privaron al Tribunal de una importancia real en el ámbito del control de la constitucionalidad.

En 1885, un folleto titulado *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, obra de Jellinek, demandaba una ampliación de las competencias del Tribunal del Imperio y su transformación en un auténtica jurisdicción constitucional (ya demandada en el propio título del folleto: Un su-

119 Para un análisis más detallado, *cfr.* Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche* (edición original de 1928), Paris-Aix-en-Provence, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1986, pp. 110-117.

120 *Ibidem*, p. 120.

121 Battaglini, Mario, *op. cit.*, nota 78, p. 159.

122 Eisenmann, Charles, *op. cit.*, nota 119, p. 137.

premo Tribunal Constitucional para Austria). Jellinek postularía, alternativamente, dos soluciones: reconocer a los jueces la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes, o admitir un control *de lege ferenda*, creando una jurisdicción que en el curso del procedimiento legislativo pudiera decidir *de lege ferenda* acerca de su constitucionalidad, siendo conveniente al efecto otorgar a las minorías parlamentarias y al gobierno legitimación para plantear al Tribunal la cuestión de la presunta inconstitucionalidad de un proyecto de ley. Se trataba, consiguientemente, de un control preventivo, si bien las sentencias habían de tener eficacia constitutiva y no sólo declarativa.

También en Suiza encontramos antecedentes. Más aún, según Cruz Villalón,<sup>123</sup> el ordenamiento constitucional suizo es el primero en superar en Europa el estricto enfoque judicial de la cuestión del control de constitucionalidad, incorporando algunos institutos que suponen los primeros pasos en la formación del que será el sistema europeo de control de constitucionalidad.

Tras la reforma de la Constitución Federal Helvética de 1848, llevada a cabo en 1874, se instaura un modelo de control de la constitucionalidad autónomo, concentrado y con efectos generales, de la constitucionalidad de las leyes cantonales, bien que nunca de las federales. Se trata, pues, de un control que bien puede considerarse como de “federalidad” más que de constitucionalidad,<sup>124</sup> en cuanto que lo pretendido por dicho control es la adecuación de las leyes cantonales al ordenamiento federal. Ese control lo lleva a cabo el Tribunal Federal.

Con todo, en Suiza, el control de la constitucionalidad de las leyes encuentra su principal instituto en el denominado “recurso de derecho público” (*Staatsrechtliche Beschwerde*), que encuentra sus antecedentes en un recurso jurisdiccional de tutela de los derechos constitucionales de la persona propugnado en 1831 por Kasimir Pfyffer en un Proyecto de Constitución federal y por Pellegrino Rossi, en el Proyecto de un Tribunal de Justicia Federal.

La primera plasmación de este instituto suizo tendría lugar con la Constitución Federal del 12 de septiembre de 1848, cuyo artículo 105 atribuía al Tribunal Federal el conocimiento de las causas formadas por “violación de los derechos garantizados en la presente Constitución,

<sup>123</sup> Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 49.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 50.

cuando sobre este punto se susciten quejas ante la Asamblea Federal”. Como señala Cappelletti,<sup>125</sup> aunque la redacción del artículo 105 no es excesivamente clara, su significado se clarifica si se observa que fue introducido a raíz de una propuesta hecha en sede constituyente por la representación ginebrina, de conformidad con la cual, al artículo relativo a la esfera competencial del Tribunal Federal se debía añadir la competencia para decidir “de la violation des droits des citoyens garantis par la présente Constitution, lorsque des plaintes à ce sujet sont renvoyées devant lui par l’assemblée fédérale”. De esta forma, puede decirse que la Constitución no creó un recurso directo de los ciudadanos para la tutela de sus derechos ante un órgano jurisdiccional, sino un recurso indirecto o mediato que, por intermediación de un órgano político (la Asamblea Federal), podía, si dicho órgano lo estimaba oportuno, llegar al órgano jurisdiccional.

La hasta hace dos años vigente Constitución, del 29 de mayo de 1874, acogería el recurso que nos ocupa en el artículo 113.1, cuyo punto tercero atribuía al Tribunal Federal el conocimiento de las reclamaciones (o recursos: *Beschwerden*) por violación de derechos constitucionales de los ciudadanos..., excluyendo el artículo 113.2 los litigios administrativos que especificara la legislación federal. La jurisprudencia del Tribunal Federal debió de precisar qué había de incluirse bajo la rúbrica de “derechos constitucionales”.<sup>126</sup> Y en cuanto al objeto del control, éste se encontraba limitado no sólo por la inmunidad de las leyes federales, sino por la restricción operada por la Ley Federal del 27 de junio de 1874, que precisó que el recurso cabía interponerlo frente a los “actos cantonales”, incluyendo entre ellos tanto los emanados de los órganos cantonales (excepción hecha de la Constitución cantonal una vez ha recibido la “garantía federal”) como de los municipales.

Retornando de nuevo a Alemania, en el antecedente constitucional inmediato a Weimar, la Constitución bismarckiana de 1871, se detecta una ausencia de toda prohibición expresa del control judicial o, si se prefiere, difuso. Una sentencia del Tribunal del Reich, del 17 de febrero de 1883, rechazaba la posibilidad de un control judicial de la constitucionalidad material de las leyes del Reich, doctrina respaldada por los principales autores de la época: Jellinek, Laband y Anschütz, entre otros. Más

125 Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 32, p. 22.

126 *Cfr.* al efecto, Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 123, pp. 58 y 59.

divergentes serían las opiniones en torno al control de constitucionalidad formal. Como recuerda Cruz Villalón,<sup>127</sup> en tanto los autores mencionados sólo admiten un control de la estricta constitucionalidad formal, para quienes la promulgación de la ley origina una presunción *iuris et du iure* de su constitucionalidad, otros sectores doctrinales (Gierke, Bluntschli o Gneist) se inclinarán por un control más amplio de la constitucionalidad formal, extendido a los actos previos a la promulgación.

Sin embargo, lo anterior se circunscribe exclusivamente al control de la legislación del Reich. Frente a él, el control judicial de las leyes de los Länder será mucho más amplio como consecuencia del principio de primacía del derecho del Reich sobre el derecho de los Länder (artículo 2o. de la Constitución del 16 de abril de 1871). Las mismas Constituciones de los Länder no escaparían a este control, admitiéndose asimismo de forma unánime el control judicial de la legalidad y de la constitucionalidad de los reglamentos.

En la Alemania de Weimar, pese a los intentos de creación de un órgano encargado de conocer del control de constitucionalidad de las leyes en la segunda mitad del siglo XIX, a los que ya nos hemos referido, la idea de la justicia constitucional no iba a jugar un papel destacado, sino hasta la segunda posguerra, como reconoce Horn.<sup>128</sup>

Los constituyentes de Weimar se plantearon el tema de la apreciación o control de la constitucionalidad formal de las leyes.<sup>129</sup> Más aún, un considerable número de miembros de la Asamblea Constituyente, incluyendo al propio Hugo Preuss, auténtico arquitecto de la Constitución, se mostraron proclives a la constitucionalización de ese control.

El debate se desarrolló al hilo de la interpretación de la facultad de promulgación de las leyes, que el artículo 70 atribuiría al presidente del Reich en estos términos: “El presidente del Reich promulga las leyes elaboradas, de conformidad a las prescripciones de la Constitución...”.

Un sector doctrinal, representado particularmente por Jellinek, Thoma y Anschütz, haría oír su opinión de que una ley ordinaria materialmente disconforme con la Constitución, debía ser considerada como una ley

127 *Ibidem*, pp. 73 y 74.

128 Horn, Hans-Rudolf, “República Federal de Alemania: justicia y defensa de la Constitución”, en el colectivo *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, pp. 569 y ss.; en concreto, p. 583.

129 *Cfr.* a este respecto, Béguin, Jean-Claude, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, París, Economica, 1982, pp. 13-21.

constitucional (en el sentido material del término), adoptada en violación del procedimiento previsto para el ejercicio del poder constituyente derivado. En tal hipótesis, el presidente del Reich debería rehusar su promulgación, esgrimiendo la falta de competencia del legislador ordinario. Una solución de esta naturaleza hubiera investido al presidente de una función, del todo impropia, de control del contenido de las leyes.

La Constitución de Weimar, del 11 de agosto de 1919, no llegaría a contemplar el instituto del control de constitucionalidad; se limitaría a encomendar (en su artículo 19) al Tribunal Supremo de Justicia del Reich el conocimiento de los “litigios que no sean de derecho privado entre diferentes Länder o entre el Reich y los Länder”, y ello a requerimiento de una de las partes litigantes.

Ahora bien, en el marco de la relación entre el Reich y los Länder, el artículo 13 de la Constitución, tras disponer en su párrafo 1 que “el derecho del Reich prevalece sobre el derecho de los Länder”, determinaba, en su párrafo 2, que “en caso de duda o de divergencias sobre el punto de saber si una disposición del derecho de un Land es conciliable con el derecho del Reich, la autoridad central competente del Reich o del Land interesado puede, según el procedimiento que establezca una ley del Reich, provocar la decisión de una jurisdicción suprema del Reich”.<sup>130</sup>

La sujeción de las leyes de los Länder, en virtud del principio de primacía federal, propiciaría una suerte de control de constitucionalidad federal (*Reichsverfassungsmässigkeit*), con independencia ya de que algunos Länder llegasen a admitir el control de constitucionalidad “local”. Pero, como señala Cruz Villalón,<sup>131</sup> la consecuencia más relevante del principio de primacía en Weimar desde el punto de vista de la formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad es la organización de un control concentrado (sobrepuesto al difuso) de la constitucionalidad federal de las leyes de los Länder ante el Tribunal del Reich (*Reichsgericht*), con eficacia *erga omnes*.

Como antes advertimos, la Constitución de Weimar guardó silencio en torno a la posibilidad de un control judicial de la constitucionalidad. Ese silencio no sólo suscitaría una importantísima polémica doctrinal en torno a esta cuestión, sino que trasladaría dicha cuestión al plano jurisprudencial. Y lo que la Constitución no había contemplado, sería admi-

<sup>130</sup> Hemos seguido el texto de la obra de Mirkine-Guetzévitch, Boris, *Las nuevas Constituciones del mundo*, Madrid, Editorial España, 1931, p. 62.

<sup>131</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 123, p. 72.

tido por la jurisprudencia. En efecto, el artículo 102 de la norma constitucional prescribía: “Los jueces son independientes. No están sometidos más que a la ley”. La doctrina, mayoritariamente, estimaría que el juez, al menos, debía verificar que la ley a aplicar había sido elaborada de modo regular. Pues bien, habría de ser la jurisprudencia la que marcara un nuevo camino a seguir en esta materia.

Una Ley del 8 de abril de 1920 atribuía al *Reichsgericht* competencia para contrastar la compatibilidad de una norma jurídica de un Land con el derecho del Reich, desarrollando la previsión constitucional del artículo 13.

Bajo los primeros años de vida de la Constitución de 1919 se producía la jurisprudencia más significativa. Una Sentencia de la Sala 3a. del Tribunal Económico del Reich, del 23 de marzo de 1921, declaraba la competencia de los tribunales de justicia para controlar la constitucionalidad formal y material de las leyes del Reich. Y el *Reichsgericht*, en Sentencia del 28 de abril de 1921, admitía no sólo la existencia del control judicial de constitucionalidad bajo la Constitución de Weimar, sino, lo que era mucho más discutible, que ésta había sido la doctrina constante del *Reichsgericht* bajo la Constitución de 1871.

En una no menos celebrísima sentencia del *Reichsgericht*, del 4 de noviembre de 1925, el Tribunal del Reich abordaba el problema admitiendo que la sumisión del juez a la ley no excluye que el juez pueda recusar la validez de una ley del Reich o de algunas de sus previsiones en la medida que se encuentren en oposición con otras disposiciones preeminentes, que deben ser observadas en todo caso por el juez. En último término, el Tribunal del Reich precisaba que no conteniendo la Constitución de 1919 ninguna disposición con arreglo a la cual, la decisión sobre la constitucionalidad de una ley del Reich sea retirada al juez y transferida a otro órgano determinado, el derecho y el deber del juez de examinar la constitucionalidad de las leyes del Reich debían ser reconocidos.<sup>132</sup> Cruz Villalón<sup>133</sup> ha podido decir que aunque en esta Sentencia de 1925 el Tribunal no declarase la inconstitucionalidad, la importancia de la ley sometida a control, la trascendencia política del caso, así

132 Béguin, Jean-Claude, *op. cit.*, nota 129, p. 15. A análoga conclusión llega Leibholz, Gerhard, “La giurisdizione costituzionale nello Stato democratico secondo la Costituzione di Bonn”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, año XXXII, serie III, fascículo II-III, marzo-junio de 1955, pp. 149 y ss.; en concreto, p. 150-152.

133 Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 123, pp. 86 y 87.

como la claridad de los términos en los que el *Reichsgericht* se había de expresar, hacen de este caso el pretendido *Marbury versus Madison* de Weimar.

La opinión doctrinal no siempre fue pacífica. Bástenos con recordar uno de los juicios más significativos. La Constitución de 1919, ni tan siquiera en lo relativo a los derechos fundamentales establecía previsión alguna de la que pudiera inferirse una especial prevalencia formal del articulado constitucional. Ningún precepto constitucional, por ejemplo, impedía que por ley pudieran limitarse los derechos hasta el extremo de privarles de su esencia última. Quizá por todo ello, no deba extrañar que, en sus conocidos comentarios a la Constitución, Anschütz<sup>134</sup> llegara a la conclusión de que “la Constitución del Reich no representa, respecto a la ley ordinaria, una norma de rango superior a la que aquellas instancias que aplican el derecho debieran obedecer antes que a la ley”.

## 2. *El pensamiento kelseniano y el modelo austriaco de control autónomo de la constitucionalidad*

El periodo que transcurre entre octubre de 1918, momento en el que cae el Imperio Austro-Húngaro, y octubre de 1920, fecha de promulgación de la Constitución Federal de la República Austriaca, nos marca los momentos claves en la gestación del modelo austriaco de control autónomo de la constitucionalidad de las leyes.

El 21 de octubre de 1918 se constituía la “Asamblea nacional provisional de Austria alemana”, que procedía a dictar una “Resolución sobre las instituciones básicas del poder del Estado”, una suerte de primera Constitución provisional de la nueva República.

Una Ley del 25 de enero de 1919 de la citada Asamblea creaba por primera vez con el nombre de Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) un órgano al que se iba a encargar, en un primer momento, la sucesión del antiguo *Reichsgericht*, recibiendo las mismas competencias e incluso idéntica composición que el Tribunal del Imperio.

Sin embargo, una nueva Ley del 14 de marzo de 1919, por la que la Asamblea nacional modificaba en profundidad la Constitución provisional poco antes elaborada, confirió al Tribunal Constitucional una nueva

134 Anschütz, G., *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11 August 1919 (Kommentar für Wissenschaft und Praxis)*, 14a. ed., 1933, p. 102.

competencia de extraordinaria importancia: conocer de los recursos interpuestos por causa de inconstitucionalidad por el gobierno federal contra las leyes aprobadas por las Asambleas legislativas de los Länder. El 3 de abril, una nueva Ley vino a modificar profundamente la organización del Tribunal, que permanecería ya con este último diseño hasta la Constitución del 1o. de octubre de 1920, en la que, como diría Eisenmann,<sup>135</sup> “forme véritablement le couronnement de la Constitution tout entière et sa garantie suprême”.

La aparición del *Verfassungsgerichtshof* (VfGH) está íntimamente conectada al pensamiento kelseniano; no en vano Kelsen fue el auténtico mentor de la Constitución Federal, participando asimismo como miembro del VfGH.

Entiende Kelsen<sup>136</sup> que el orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí que se hallen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. Su unidad viene dada por el hecho de que la creación de una norma (la de grado más bajo) se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada a su vez por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico.

Kelsen sistematizará las líneas de su pensamiento en torno al tema en un artículo que, tras su traducción francesa por Eisenmann y ulterior publicación en la “*Revue du Droit Public*”,<sup>137</sup> tendrá un enorme impacto en la doctrina europea.

En el referido trabajo, Kelsen parte de la consideración<sup>138</sup> de que “la garantie juridictionnelle de la Constitution est un élément du système

135 Eisenmann, Charles, *op. cit.*, nota 119, p. 174.

136 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1949, p. 128.

137 Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, año XXXV, 1928, pp. 197 y ss. En castellano, puede verse la traducción de Rolando Tamayo, revisada por Domingo García Belaunde, publicada en “*Ius et Veritas*”, *Revista de la Facultad de Derecho*, año V, núm. 9, pp. 17 y ss.

138 Kelsen, H., “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, *cit.*, nota 137, p. 198.

des mesures techniques qui ont pour but d'assurer l'exercice régulier des fonctions étatiques”, funciones estatales éstas que, básicamente, consisten en actos jurídicos de creación de derecho o de aplicación del mismo.

El derecho, a través de la vía que recorre desde la Constitución hasta los actos de ejecución material, no deja de concretarse, de tal modo que cada grado del orden jurídico supone una creación de derecho respecto del grado inferior y una reproducción frente al grado superior. Pues bien, la idea de “regularidad”, según el gran jurista austriaco, se aplica a cada grado en la medida en que es creación o reproducción del derecho, pues “...la régularité n'est que le rapport de correspondance d'un degré inférieur à un degré supérieur de l'ordre juridique”.<sup>139</sup>

Sin embargo, no es sólo a la relación de los actos de ejecución material con las normas individuales (decisiones administrativas y sentencias judiciales), ni tan siquiera a la de estos actos de ejecución con las normas generales, legales o reglamentarias, a lo que debe circunscribirse la idea de regularidad y las garantías técnicas encaminadas a asegurarla, sino que ese principio de regularidad debe postularse también respecto de las relaciones del reglamento con la ley, y de ésta con la Constitución. Consecuentemente, la legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes pueden concebirse como verdaderas garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales.

Tras las reflexiones que preceden, parece obvia la conclusión a que llega el jurista nacido en Praga en 1881: las garantías de la Constitución, esencialmente, son las garantías de la constitucionalidad de las leyes. “Garanties de la Constitution signifie donc: garanties de la régularité des règles immédiatement subordonnées à la Constitution, c'est-à-dire, essentiellement, garanties de la constitutionnalité des lois”.<sup>140</sup>

Y entre las medidas técnicas orientadas a garantizar la regularidad de las funciones estatales, la anulación del acto inconstitucional representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución.<sup>141</sup>

La cuestión subsiguiente que había de plantearse Kelsen era la de concretar a qué órgano había de corresponder la competencia de, en su caso, decidir la anulación del acto inconstitucional. Kelsen rechazará que esta facultad pudiera atribuirse al Parlamento, optando por atribuir la tarea de comprobar si una ley es constitucional, anulándola cuando,

139 *Ibidem*, p. 200.

140 *Ibidem*, p. 201.

141 *Ibidem*, p. 221.

de acuerdo con la opinión de ese órgano, sea inconstitucional, a un órgano diferenciado del Poder Legislativo. Puede existir, dirá Kelsen,<sup>142</sup> un órgano especial establecido para este fin; por ejemplo, un tribunal especial, el llamado Tribunal Constitucional; o bien el control de la constitucionalidad de las leyes puede encomendarse a los tribunales ordinarios y, de modo específico, al Tribunal Supremo.

El rechazo del órgano legislativo para llevar a cabo este control será tajante por parte de Kelsen:<sup>143</sup> “Ce n’est donc pas sur le Parlement lui-même que l’on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution. C’est un organe différent de lui, indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autre autorité étatique qu’il faut charger de l’annulation ses actes inconstitutionnels, c’est-à-dire une juridiction ou tribunal constitutionnel”.

La opción kelseniana se sustenta en el diferenciado valor que la anulación de la ley propugnada por el gran jurista vienés presenta respecto a la mera desaplicación característica de la *judicial review* norteamericana. “Annuler une loi —precisa Kelsen—,<sup>144</sup> c’est poser une norme générale”, y ello por cuanto la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, no siendo, por así decirlo, más que la confección o elaboración de la norma con un signo negativo, o lo que es lo mismo, una función legislativa. Y un tribunal que dispone del poder de anular las leyes es, consecuentemente, un órgano del Poder Legislativo. Queda enunciada de esta forma la teoría kelseniana por la que se concibe al Tribunal Constitucional como una suerte de “legislador negativo”. Tal concepción entrañará un conjunto de diferencias muy acusadas entre el modelo de control de la constitucionalidad kelseniano-europeo y el acuñado en Norteamérica más de un siglo antes.

A partir de la doctrina vertida por Kelsen, el instituto del control de constitucionalidad y su atribución a un órgano *ad hoc* o autónomo comenzará a expandirse, aceptándose progresivamente de modo general, al menos en amplios sectores doctrinales, bien que su generalización a nivel de derecho constitucional positivo sólo tenga lugar tras la Segunda Gran Guerra. Taylor Cole ha puesto de relieve que la discusión se cir-

142 Kelsen, Hans, “Judicial Review of Legislation: a Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, *Journal of Politics*, 1942, núm. 4, pp. 183 y ss.

143 Kelsen, H., “La garantie juridictionnelle de la Constitution” (La justice constitutionnelle), *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, cit., nota 137, p. 223.

144 *Ibidem*, p. 244.

cunscribirá al tipo de tribunal, a su organización e integración y al método de selección de sus magistrados.<sup>145</sup>

Sin embargo, la realidad nos muestra que en los años veinte, esto es, coetáneamente con el momento de implantación del sistema kelseniano, iba a tener lugar una conocida y muy radical controversia entre Kelsen y Schmitt, polémica que si bien desde entonces puede estimarse zanjada, al menos como cuestión de principio, revive periódicamente con una asombrosa capacidad de permanencia.<sup>146</sup>

Schmitt, en un brillante y apasionado trabajo publicado en 1929,<sup>147</sup> y en el que se analiza el rol del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución, afirma de modo categórico: “Una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los Tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradicción en sus mismos términos”.

Como puede apreciarse, la preocupación de Schmitt gira en torno a la *Politisierung der Justiz*. De ahí que la respuesta a Kelsen venga dada en su obra *Der Hüter der Verfassung*,<sup>148</sup> en la que sostendrá su conocida tesis de que ningún órgano jurisdiccional puede ser el guardián de la Constitución. En su lugar, y sobre las huellas de la formulación del *pouvoir neutre* de Benjamín Constant, Schmitt sostendrá que es el Jefe del Estado, esto es, el presidente del Reich, quien únicamente puede ostentar ese título de “guardián de la Constitución”.

Entre otros muchos argumentos, Schmitt parte<sup>149</sup> de que el Estado democrático ha sido designado y aun definido frecuentemente como Estado de partidos. El Estado democrático parlamentario es, en un cierto y especial sentido, Estado de partidos todavía en mayor escala. Así las co-

145 Cole, Taylor, *op. cit.*, nota 22, p. 967. Para este autor, las discusiones constituyentes en Austria, Alemania e Italia se refirieron sustancialmente al grado de independencia concedido al Tribunal Constitucional respecto de los órganos políticos, y en especial, respecto del Parlamento.

146 En análoga dirección se manifiesta Ángel de Juan Martín (“Comentarios en torno a la jurisdicción constitucional”, en el colectivo *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. II, pp. 1329 y ss.; en concreto, p. 1338).

147 Schmitt, Carl, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Berlín y Leipzig, 1929, t. I, pp. 154 y ss.

148 Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Berlín-München, Verlag Duncker Humblot, 1931. Traducción española, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

149 Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, *cit.*, nota 148, pp. 148 y 151.

sas, ¿cómo puede surgir, en esta situación, la unidad en que queden superados y fundidos los violentos antagonismos de partidos y de intereses? La respuesta de Schmitt en relación a los órganos judiciales es tajante: resultaría aún menos posible que asentar en las instituciones y métodos propios de un Estado burocrático, buscando en ellas el genuino contrapeso a los efectos disolventes de un Estado de partidos en coalición lábil, el basar el “Estado neutral” en la justicia, transfiriendo mediante cualquier subterfugio judicial la adopción de decisiones políticas a tribunales ordinarios o constitucionales integrados por jueces de carrera.<sup>150</sup> En todo caso, la judicatura profesional alemana pertenece, como entidad neutral en el orden político interior, al complejo que Schmitt califica de Estado burocrático. Pues bien, según el autor de la *Politische Theologie* (obra que, no es inadecuado recordarlo, se inicia con la conocida afirmación schmittiana de que: “Soberano es quien decide sobre el estado de excepción”) pondríase en peligro tanto esta judicatura profesional como los fines de una objetividad imparcial, si se pretendiera utilizarla para implantar como Estado neutro un Estado judicial criptopolítico.<sup>151</sup>

En definitiva, como advierte De Vega,<sup>152</sup> la conclusión que se desprende del razonamiento schmittiano parece evidente: porque la conversión de la justicia constitucional en guardián de la Constitución, frente a los posibles ataques del Poder Legislativo, lo que termina virtualmente condicionando es una politización de la justicia y una disfunción más que notable en el esquema de la distribución del poder, se hace necesario buscar otro “guardián” que resulte en el plano doctrinal más coherente con la teoría constitucional clásica, y en el plano real más efectivo.

Kelsen, combatirá con dureza los argumentos de Schmitt.<sup>153</sup> Desde el punto de vista del derecho positivo, considerará que la afirmación de Schmitt, de que el jefe del Estado es más idóneo que un Tribunal para la defensa de la Constitución, no encaja en el articulado de la Constitución de Weimar. Niega asimismo el jurista vienés consistencia a la crítica schmittiana de que la acción de un Tribunal no es democrática, pues

150 *Ibidem*, pp. 168-170.

151 *Ibidem*, p. 170.

152 Vega, Pedro de, en el *Prólogo* a la obra de Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, *cit.*, nota 148, p. 20.

153 Kelsen, Hans, “Il custode della Costituzione”, en la obra *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 231 y ss.

entrega a una aristocracia de la toga la protección de la Constitución. Lo que Schmitt pretende, dice Kelsen, es sobrevalorar la competencia del presidente del Reich e infravalorar la función del Parlamento. La consecuencia política de los argumentos de Schmitt es que el pluralismo del Parlamento pone en peligro la seguridad y el orden público, mientras la unidad del presidente del Reich representa la unidad del pueblo. Así, los dos grandes poderes creados por la Constitución de Weimar aparecen como enemigos. El uno quiere destruir su unidad y el otro defenderla. Uno, el Parlamento, viola la Constitución, y el otro la custodia.

De la controversia que acabamos de referir, podría inducirse que Kelsen propugna un tipo de democracia en el que el Ejecutivo sea débil y el Parlamento fuerte; sin embargo, como advierte La Pergola,<sup>154</sup> tal apreciación no es correcta, ya que el jurista austriaco lo que desea es un sistema de equilibrio que no es sino el característico de la democracia constitucional, y que en la tesis schmittiana resulta quebrantado.

En el antes referido artículo publicado por Kelsen en 1928, éste aborda, tras decantarse por un Tribunal *ad hoc*, la organización que, a su juicio, debía tener un órgano jurisdiccional de esta naturaleza.<sup>155</sup> Nos referimos a su posición muy sucintamente.<sup>156</sup>

Parte Kelsen de que no se puede proponer al respecto una solución uniforme para todas las Constituciones; la organización de la jurisdicción constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada Constitución. Sin embargo, a renglón seguido, el jurista austriaco efectúa unas consideraciones de alcance y valor generales, que tratamos de compendiar:

Primera. El número de miembros de estos Tribunales no ha de ser muy elevado en cuanto deben cumplir una misión puramente jurídica de interpretación de la Constitución.

154 La Pergola, Antonio, "La garanzie giurisdizionali della Costituzione", en el colectivo, *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Bologna, Arnaldo Forni Editore, 1978, pp. 31 y ss.; en concreto, p. 38.

155 *Cfr.* al efecto, Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", *Revue du Droit Public et de la Science Politique, cit.*, nota 137, pp. 226 y 227.

156 Para un análisis más detallado, *cfr.* Fernández Segado, Francisco, "El Tribunal Constitucional. Un estudio orgánico", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, núm. 15 (monográfico: "Diez años de desarrollo constitucional. Estudios en Homenaje al Profesor D. Luis Sánchez Agesta), 1989, pp. 375 y ss.; en especial, pp. 378-381.

Segunda. Por lo que se refiere al sistema de reclutamiento de los magistrados constitucionales, no se puede propugnar sin reservas ni la simple elección parlamentaria, ni el nombramiento exclusivo por el jefe del Estado o el gobierno.

Tercera. Es de la mayor relevancia la cualificación técnica de los magistrados, que debe conducir a otorgar un lugar adecuado en estos órganos a los juristas de profesión. Es del mayor interés para un Tribunal Constitucional reforzar su autoridad mediante la incorporación al mismo de especialistas eminentes.

Cuarta. Exclusión del Tribunal de miembros de instancias políticas.

Quinta. Rechazo de todo influjo político en la jurisprudencia constitucional y, en su caso, canalización del mismo.

Cappelletti se ha cuestionado al efecto el porqué no se prefirió elegir la vía más simple de atribuir la función de control de la constitucionalidad a algún órgano jurisdiccional ya existente.<sup>157</sup> Su respuesta, en relación a la Constitución Federal austriaca de 1920,<sup>158</sup> es que con la solución adoptada se quisieron evitar una serie de inconvenientes ínsitos a la *judicial review*. Tales inconvenientes se vinculaban a la estructura del ordenamiento judicial, que en los sistemas de la Europa continental está usualmente constituida por los jueces de carrera, los cuales entran jóvenes en la magistratura, y sólo en edad avanzada llegan a funciones conectadas con la actividad del Tribunal Supremo.

Es un hecho, reconoce el autor italiano, que las normas constitucionales modernas son algo profundamente diverso de las usuales normas legales, que los magistrados de los Tribunales Supremos europeos, que llegan a tal puesto al final de su dilatada carrera en la magistratura, han estado habituados por decenios a interpretar, a observar y a hacer observar, con una técnica hermenéutica diferente a la del tipo del *policy-making-decisions*, que está, en cambio, inevitablemente implicada en una actividad de control de la validez sustancial de las leyes y de las aplicaciones de la norma constitucional.

Y es que, en último término, y esta es la razón decisiva a nuestro entender, por lo menos por lo que se refiere a las Constituciones de nuestro tiempo, no se limitan a “dire staticamente ciò che è il diritto”, a dar un ordenamiento para una situación social consolidada, sino que, de

157 Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 40, p. 73.

158 *Ibidem*, pp. 74 y 75.

modo muy diverso a lo que sucede con la legislación usual, establecen e imponen sobre todo “direttive e programmi dinamici di azione futura”. Estas directivas y programas son los supremos valores (*Grundnorm*) que han de regir e inspirar la futura actividad del Estado y de la sociedad; implican, en suma, como afirmara Calamandrei,<sup>159</sup> “una polemica contro il passato e un programma di reforme verso il futuro”.

En definitiva, la opción por un órgano *ad hoc* al que se encarga el control de la constitucionalidad de las leyes, convirtiéndosele en supremo intérprete de la Constitución, se justifica ya desde antaño por la especificidad de la hermenéutica constitucional, una actividad, como dice Cappelletti,<sup>160</sup> más próxima a la del legislador y a la del hombre de gobierno, que a la de los jueces comunes. Y tal circunstancia hace conveniente atribuir tal función a un órgano diferente de los Tribunales ordinarios preexistentes.

A su vez, las peculiaridades de la interpretación constitucional se comprenden si se tiene presente la tensión entre política y derecho que se agudiza muy notablemente en el derecho constitucional. Ya Triepel<sup>161</sup> recordaba que el derecho público no es actuable sin consideración a la política. Es obvio, a nuestro modo de ver, que conceptos como Estado de derecho, Estado social, libertad, igualdad... etcétera, no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto. Partiendo de esta premisa, pensamos con Lucas Verdú<sup>162</sup> que la justicia constitucional óptima no se asienta en una consideración del órgano titular de la misma como una instancia puramente técnica según los esquemas kelsenianos de la pureza metódica, apartándolo de la realidad vital del Estado, que es dinamismo político; de ser así, el logro de *a living constitution*, una constitución viva, vigente, acorde con la realidad social, conseguido en Norteamérica gracias en buena medida a la actuación del Tribunal Supremo, sería una mera utopía.

159 Citado por Cappelletti, Mauro, *ibidem*, p. 75.

160 *Ibidem*, p. 76.

161 Triepel, Heinrich, *Staatsrecht und Politik*, Berlín y Leipzig, 1927. Traducc. española, *Derecho público y política*, Madrid, Civitas, 1975, en especial, p. 42.

162 Lucas Verdú, Pablo, “Política y justicia constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional”, en el colectivo, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. II, pp. 1483 y ss.; en concreto, pp. 1501 y 1502.

Es sencillamente impensable, manifiesta Leibholz en dirección similar,<sup>163</sup> para un Tribunal Constitucional considerarse totalmente desligado del orden político que va a ser afectado por sus decisiones. Sería una ilusión y, aún más, un intolerable formalismo positivista el opinar que en el campo del derecho constitucional es posible o lícito aplicar de alguna manera una norma general, como, por ejemplo, la de igualdad de los ciudadanos, una garantía institucional o un principio como el del Estado de derecho, sin intentar al mismo tiempo relacionarlas de manera coherente y significativa con la realidad política. Se puede incluso decir, subraya asimismo Leibholz,<sup>164</sup> que uno de los deberes de un Tribunal Constitucional, cuando trata de aplicar rectamente las normas que necesitan de su interpretación, es incluir entre sus consideraciones las consecuencias políticas de su eventual decisión. Expresado de otro modo, un juez constitucional que pretenda cumplir rectamente su cometido deberá apreciar e interpretar las normas constitucionales no sólo con la ayuda de reglas e instrumentos de análisis gramaticales, lógicos e históricos, sino también, y sobre todo, por medio de un enfoque político sistemático. Quiere ello decir que debe apreciar la Constitución como un conjunto de significado unitario y que debe tener siempre presente el sistema implantado por la norma suprema como un conjunto global, cuya preservación debe orientar sus decisiones.

Llegados aquí, hemos de retornar a la Constitución Federal de la República Austriaca para detenernos, bien que de modo sumario, en el Tribunal Constitucional que la misma diseñaba.

El artículo 147 de la Constitución regulaba la composición del VfGH. En su redacción inicial, prescribía que el VfGH se compondría de un presidente, un vicepresidente y del número necesario de miembros titulares y suplentes. En la redacción hoy vigente del referido precepto se precisa en doce y seis, respectivamente, el número de titulares y suplentes.

La organización y funcionamiento del VfGH fueron reguladas por una Ley especial federal (*Verfassungsgerichtshofgesetz*), que al igual que la propia Constitución Federal, ha sido objeto de numerosas modificaciones.

163 Leibholz, Gerhard, "El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, marzo-abril de 1966, pp. 89 y ss.; en concreto, pp. 93 y 94.

164 *Ibidem*, p. 94.

La forma de integración del VfGH también ha sido alterada. Originalmente, el presidente, vicepresidente y la mitad de los miembros y suplentes eran elegidos de modo vitalicio por el Consejo Nacional (*Nationalrat*), y la otra mitad, por el Consejo Federal (*Bundesrat*). La reforma constitucional de 1929 afectó al procedimiento de nombramiento, estableciendo una fórmula que nos recuerda, en alguna medida, la propugnada por el propio Kelsen. En la actualidad, el presidente, vicepresidente, seis miembros y tres suplentes, serán nombrados por el presidente de la República a propuesta del gobierno federal. Los seis miembros titulares y tres suplentes restantes serán designados por el presidente de la República a propuesta en ternas que serán formuladas por el Consejo Nacional para tres miembros y dos suplentes y por el Consejo Federal para tres miembros titulares y un suplente.

El estatuto jurídico de los magistrados constitucionales del VfGH es asimilable al de los jueces, siendo independientes en el ejercicio de su función, teniendo la consideración de jueces en el ejercicio del cargo y gozando de las mismas garantías que los jueces ordinarios en cuanto a su inamovilidad, si bien con una serie de reservas.<sup>165</sup>

Al Tribunal Constitucional se le otorgaba decidir sobre la legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes. Como dice Eisenmann,<sup>166</sup> el VfGH venía a centralizar el control de la regularidad de todos aquellos actos a cuyo través las autoridades públicas dictaban reglas generales obligatorias.

Se hallaban legitimados para recurrir ante el VfGH: el gobierno federal, los gobiernos de los Länder, el propio Tribunal, que podía proceder de oficio al control de un reglamento o de una ley cuando la norma en cuestión hubiera de servir de base a una de sus propias sentencias, suscitando dudas acerca de su legalidad (en el caso de los reglamentos) o de su constitucionalidad (en el de las leyes), y, finalmente (y en relación exclusiva con los reglamentos), los tribunales ordinarios.

Las sentencias del VfGH tenían el valor de cosa juzgada, no cabiendo recurso alguno contra ellas y quedando vinculados por la misma todos los poderes públicos, que estaban además obligados a velar por su ejecución.

165 Para un análisis más detallado, *cfr.* Alonso García, Enrique, “El Tribunal Constitucional Austríaco”, *El Tribunal Constitucional*, *cit.*, nota 162, vol. I, pp. 409 y ss.; en especial, pp. 413-421.

166 Eisenmann, Charles, *op. cit.*, nota 119, p. 183.

En cuanto a las consecuencias de las sentencias estimatorias de la ilegalidad del reglamento o de la inconstitucionalidad de la ley impugnada, Eisenmann<sup>167</sup> entiende que la idea predominante era la asimilación de la anulación por la sentencia del VfGH a la abrogación propiamente dicha, esto es, el acto anulado por la sentencia desaparecía del ordenamiento jurídico de modo similar a como si hubiera sido abrogado por un acto contrario. La anulación de la ley o el reglamento entraba en vigor en el momento de la publicación por la autoridad competente de la referida anulación (artículos 139 y 140 de la Constitución). Sin embargo, excepcionalmente, el VfGH, en relación con las leyes declaradas inconstitucionales, podía fijar para que se hiciese efectiva la anulación un plazo que no podía exceder de los seis meses. La anulación de una ley o reglamento no generaba, en principio, efectos más que *pro futuro* (*ex nunc*). Como una vez más significa Eisenmann,<sup>168</sup> “leurs effets passés subsistent. Ils n'étaient pas nul; ils sont annulés”. Es decir, el efecto abrogatorio del reglamento o de la ley no se producía retroactivamente.

En la reforma constitucional acaecida en 1925, el VfGH recibió una nueva competencia de extraordinaria importancia. A tenor del artículo 138.2, el Tribunal había de decidir, a requerimiento del gobierno federal o de los gobiernos de los Länder, si un acto legislativo o administrativo era de la competencia de la Federación o de los Länder. La finalidad de esta nueva atribución era permitir evitar las irregularidades antes de tener que sancionarlas, prevenir los conflictos constitucionales antes que tener que resolverlos, lo que significaba que el VfGH ejerciera “un contrôle préventif sur la constitutionnalité de la législation et de l'administration dans les rapports réciproques de la Confédération et des Provinces”.<sup>169</sup> Bien es verdad que el propio Eisenmann matizaba de inmediato el sentido de su calificación como “control preventivo”.<sup>170</sup> Se trataba,

167 *Ibidem*, p. 226.

168 *Ibidem*, p. 228.

169 *Ibidem*, p. 235.

170 “Ces mots, ‘contrôle préventif’ —dice Eisenmann (*idem*)— ne doivent toutefois pas dissimuler la nature véritable de cette fonction de la Cour: en réalité, le pouvoir qui lui est conféré de donner *a priori*, en dehors de tout litige né et actuel sur la validité d'un acte juridique concret, une interprétation authentique avec force de loi, des dispositions de la Constitution sur la répartition des compétences fait d'elle autre chose et plus qu'une simple juridiction; son rôle est de poser une règle générale, abstraite, qui complète la Constitution. Elle fait donc sur ce point fonction de législateur constitutionnel secondaire”.

en definitiva, de habilitar al Tribunal para que diera una interpretación auténtica de las disposiciones de la Constitución relativas al reparto de competencias entre la Federación y los Länder.

Digamos por último que el artículo 144 de la Constitución habilitaba al VfGH para conocer de los recursos presentados contra aquellas decisiones administrativas supuestamente violatorias de derechos constitucionalmente garantizados, y ello salvo disposición contraria de las leyes federales y, en todo caso, una vez agotados los recursos administrativos. El Tribunal se convertía así en “guardián de las libertades individuales”.<sup>171</sup>

Un tanto controvertida por la doctrina fue la determinación del ámbito material protegido por este recurso (*Beschwerde*). El precepto se refiere a un derecho constitucionalmente garantizado, obviando cualquier referencia a la categoría “derecho fundamental”. En su Sentencia del 18 de diciembre de 1926, el VfGH entendía que “hay un derecho constitucionalmente garantizado en el sentido del párrafo primero del artículo 144 de la Constitución Federal, cuando existe un interés particular suficientemente individualizado en el respeto de una disposición objetiva de la Constitución. La protección que le da (un artículo de aquélla) hace de él un derecho subjetivo”. De esta forma, como apreciara Eisenmann,<sup>172</sup> era al Tribunal a quien pertenecía apreciar discrecionalmente si se reunían las condiciones requeridas para que existiera un “derecho constitucionalmente garantizado”.<sup>173</sup>

Un año antes del desmantelamiento del régimen democrático de la Primera República (en 1934), el Tribunal era desactivado, no volviéndose a reactivar hasta la liberación de Austria en 1945.<sup>174</sup>

No podemos finalizar este análisis del primer diseño constitucional de un órgano autónomo de control de la constitucionalidad sin significar un último rasgo a tener en cuenta. Ya desde su primera redacción, la Constitución de 1920, “une oeuvre d’art juridique qui témoigne suffisamment de la claire et pénétrante pensée qui l’a conçue et exécutée”,<sup>175</sup> estable-

171 *Ibidem*, p. 237.

172 *Ibidem*, pp. 237 y 238.

173 Para un análisis más detallado, *cfr.* Eisenmann, Charles, *op. cit.*, nota 119, pp. 236 y ss. Asimismo, Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 214-219.

174 *Cfr.* al efecto, Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 123, pp. 269-276.

175 Eisenmann, Charles, “Dix ans d’histoire constitutionnelle autrichienne. 1918-1928”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928, t. 45, pp. 54 y ss.; en concreto, p. 75.

cería una estrecha correspondencia entre el VfGH, al que había dado carta de naturaleza, y la estructura federal del Estado,<sup>176</sup> circunstancia que no deja de guardar cierta similitud con lo acaecido en Norteamérica respecto a la *judicial review*, y que nos revela la estrecha conexión que, al menos en sus orígenes, existe entre la jurisdicción constitucional y la estructura federal.

### 3. *Otros modelos de control autónomo de la constitucionalidad en la Europa de entreguerras*

Checoslovaquia y España son los otros modelos que en la Europa de entreguerras nos ofrecen el diseño de un órgano autónomo de control de la constitucionalidad. Nuestro análisis de ambos modelos va a ser necesariamente muy esquemático.<sup>177</sup>

En Checoslovaquia, que había nacido como Estado independiente el 28 de octubre de 1918, una Ley del 29 de febrero de 1920, preliminar a la carta constitucional<sup>178</sup>, creaba en su artículo 3o. un Tribunal Constitucional integrado por siete miembros, dos de ellos jueces del Tribunal Supremo Administrativo y otros dos del Tribunal de Casación, siendo nombrados por el presidente de la República el presidente y los dos restantes jueces.

Al Tribunal se le encomendaba (artículo 2o. de la ya citada Ley) apreciar la conformidad de las leyes de la República checoslovaca y de las leyes de la Dieta de Rusia subcarpática con las disposiciones de la carta constitucional.

Como advierte Cruz Villalón,<sup>179</sup> Checoslovaquia no sólo es el primer Estado que introduce en su ordenamiento el que será “sistema europeo” de control de constitucionalidad, adelantándose unos meses a Austria,

176 Öhlinger, Theo, “La giurisdizione costituzionale in Austria”, *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, diciembre de 1982, pp. 535 y ss.; en concreto, p. 537.

177 Para un estudio más detallado, nos remitimos, en el caso checo, a Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 123, pp. 277-299. En el caso español, al propio autor, en la misma obra, pp. 301-340. Asimismo, dentro de una amplia bibliografía, *cf.* Fernández Segado, Francisco, “El Tribunal de Garantías Constitucionales: la problemática de su composición y del estatuto jurídico de sus miembros”, *Revista de Derecho Público*, núm. 111, abril-junio de 1988, pp. 273 y ss.

178 Puede verse en Mirkine-Guetzévitch, Boris, *op. cit.*, nota 130, pp. 229 y 230. También aquí puede verse el texto de la carta constitucional, pp. 230-260.

179 Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 123, pp. 286 y 287.

sino que además lo hace con el más puro de los modelos: un Tribunal *ad hoc* que conoce de forma exclusiva y excluyente, con efectos generales, de la constitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, el modelo no llegó de hecho a funcionar. La ley del Tribunal se aprobó con rapidez y el órgano en cuestión quedó constituido en noviembre de 1921, pero ninguno de los legitimados impugnó la constitucionalidad de ley alguna o, cuando lo hizo, el Tribunal ya no se hallaba constituido. De hecho, el Tribunal sólo dictó una Sentencia (el 7 de noviembre de 1922), fruto del control preceptivo de una disposición legislativa dictada por la Diputación Permanente de la Asamblea Nacional. Al agotarse, en 1931, el periodo de nombramiento de los magistrados, éstos no fueron renovados por parte de los órganos llamados a hacerlo, por lo que, *de facto*, el Tribunal quedó sin vida. Aunque en 1938 volvió a constituirse, ya sólo podría ser testigo impotente del desmantelamiento del régimen constitucional.<sup>180</sup>

En la España de la Segunda República, el título IX de la Constitución de 1931 (relativo a las “garantías y reformas de la Constitución”) instituía un llamado Tribunal de Garantías Constitucionales, al que, entre otras competencias, el artículo 121 *a*, le atribuía el conocer del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, siendo competente asimismo para conocer de los recursos de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.

El Tribunal, como se ha dicho,<sup>181</sup> no fue fruto inspirado de un designio unívoco, sino resultado final de diversos ensayos y tanteos, que a su vez no son sino la consecuencia de una serie de contradicciones subyacentes en el propio proceso constituyente.<sup>182</sup> Y es que, en el fondo, como

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 290.

<sup>181</sup> Almagro Nosete, José, “La evolución del derecho a la jurisdicción constitucional”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1981, núm. 4, pp. 579 y ss.; en concreto, p. 586.

<sup>182</sup> “El Tribunal de Garantías Constitucionales —señala Luis Sánchez Agesta (en su *Historia del constitucionalismo español. 1808-1936*, 4a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 494)— fue creado con propósitos confusos y en parte contradictorios. Para unos era un sustituto del Senado; otros querían sustituirlo por un Consejo; para otros era el árbitro de los problemas que pudieran surgir entre el Estado y las Regiones. Faltaba desde luego, con excepción de algunos diputados, una información somera de sus posibles funciones”.

advierde Rubio Llorente,<sup>183</sup> la jurisdicción constitucional es una institución absolutamente discordante con los presupuestos teóricos que están en la base de toda la obra de los Constituyentes de 1931. La idea de democracia dominante en éstas es, muy evidentemente, la de la democracia rousseauiana, la de la democracia jacobina radical que no entiende de la posibilidad de establecer límites a la acción del legislador y que puede llevar, en último término, a lo que Talmon ha llamado democracia totalitaria.

¿Por qué entonces la creación del Tribunal de Garantías y del correspondiente instituto del control de la constitucionalidad? Varias respuestas pueden apuntarse.

De un lado, por el hecho de que en los ambientes intelectuales y académicos el tema de la admisión de un sistema de justicia constitucional (y, de modo específico, de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes) era una petición de principio exigida para la adecuación y modernización del sistema constitucional español.<sup>184</sup>

De otro lado, por la necesidad de contar con un órgano que pudiera fácilmente dirimir los conflictos del Estado con las Regiones y de los de éstas entre sí, tal y como se hacía constar en la Exposición de Motivos que acompañaba al Anteproyecto de Constitución que elevaba al gobierno la Comisión Jurídica Asesora.<sup>185</sup>

Y junto a las razones inmediatamente anteriores, posiblemente, la más decisiva fuera la mimesis, la imitación de lo foráneo que, una vez más, conducía a nuestros constituyentes a incorporar al ordenamiento constitucional una institución acerca de cuya naturaleza existía un mar

183 Rubio Llorente, Francisco, “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 16 (monográfico sobre “La Justicia Constitucional”), invierno de 1982-1983, pp. 27 y ss.; en concreto, p. 33.

184 Bassols Coma, Martín, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, Madrid, CEC, 1981, p. 15.

185 “El Tribunal de Justicia Constitucional aparece por primera vez en nuestro mecanismo legal. La Comisión ha entendido muy conveniente que no prevalezcan las leyes anticonstitucionales; que puedan ser fácilmente dirimidos los conflictos del Estado con las Regiones y de éstas entre sí; que se exija responsabilidad criminal a jueces y magistrados, ministros y presidente de la República; que haya juicio de amparo; y que exista una función jurisdiccional para el examen de las actas de diputados y senadores”. Así rezaba uno de los párrafos de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Constitución, que parece fue redactada por Ossorio y Gallardo. *Cfr.* al efecto, *Anteproyecto de Constitución de la República Española que eleva al Gobierno la Comisión Jurídica Asesora*, Madrid, julio de 1931, pp. 18 y 19.

de confusiones, como ya creemos haber dejado expuesto. Rubio Llorente y Sánchez Agosta llegan a similar conclusión. Mientras para el último,<sup>186</sup> posiblemente se estableció (el Tribunal de Garantías) por un acto de mera imitación del Tribunal Constitucional austriaco, como una novedad política curiosa, para el primero,<sup>187</sup> la razón de esta aparente paradoja que entraña la creación de este Tribunal probablemente haya que buscarla, de una parte, en el mimetismo que siempre caracterizó la obra de nuestros legisladores. El prestigio de la Constitución austriaca de 1920 y el deseo de tomar como modelo lo más moderno, que es un deseo incontenible cuando se rompe con la tradición, fueron sin duda, en parte, una de las razones de aquella paradoja.

La confusión que presidió todo el proceso de construcción jurídica de la institución propiciaría lo que, con razón, se ha llamado<sup>188</sup> un “guadiana” de soluciones que afecta a la práctica totalidad de aspectos que perfilan su modelo concreto de funcionamiento. Ello es bien visible ya desde el mismo momento de la elaboración del Anteproyecto de Constitución por la Comisión Jurídica Asesora. El modelo de justicia constitucional que en este texto se acoge tendrá poco que ver con el adoptado por la Comisión parlamentaria en el Proyecto de Constitución, y éste, a su vez, diferirá notoriamente de la configuración incorporada al código constitucional que, por otra parte, apenas si supone un esbozo de algo que más tarde será desarrollado de modo muy contradictorio. Como constata Bassols,<sup>189</sup> la configuración definitiva de la jurisdicción constitucional quedará diferida, como consecuencia de un compromiso entre las fuerzas políticas, al proceso posconstituyente, propiciándose un resurgimiento de las corrientes enfrentadas y contrapuestas en el instante del desarrollo normativo de la Constitución en esta materia. Y Rolla, desde una perspectiva distinta, significa:<sup>190</sup> “Il dibattito che precedette l’approvazione della legge organica di disciplina delle attribuzioni di quest’organo evidenziò appieno le profonde divisioni che in materia si erano aperte all’ interno del sistema politico”.

186 Sánchez Agosta, Luis, *op. cit.*, nota 182, p. 498.

187 Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 183, p. 33.

188 Almagro Nosete, José, *op. cit.*, nota 181, p. 588.

189 Bassols Coma, Martín, *op. cit.*, nota 184, pp. 16 y 17.

190 Rolla, Giancarlo, *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, Napoli, Jovene, Casa Editrice, 1986, p. 66.

En cumplimiento del artículo 124 de la Constitución (que se remitía a una ley orgánica especial, votada por las propias Cortes Constituyentes, a los efectos de establecer las inmunidades y prerrogativas de los miembros del Tribunal y la extensión y efectos de los recursos a que se refería el artículo 121 de la propia Constitución) se promulgó la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, del 14 de junio de 1933.<sup>191</sup> Por Decreto del 8 de diciembre de ese mismo año se aprobó el correspondiente Reglamento, que fue sustituido posteriormente por otro del 6 de abril de 1935. En todos los casos, los textos citados atravesaron por un sinnúmero de vicisitudes, que culminaron en la declaración de nulidad, por Decreto del 7 de junio de 1935, del capítulo tercero (“Del recurso de ilegalidad y exceso o desviación de poder”) del título II del Reglamento de 1935.

A la vista de cuanto se ha indicado, no debe extrañarnos en exceso la decepción que pronto comenzó a detectarse en torno a este Tribunal. Las reflexiones que a continuación transcribimos, con las que ponemos punto final a nuestra exposición, son una excelente muestra de ello:<sup>192</sup>

En las Universidades y en las Academias españolas se hablaba hasta hace poco más de dos años, del Tribunal de Garantías Constitucionales como de una institución ideal y sabia, dechado y prez de las grandes democracias; quienes disertaban acerca de él lo hacían en un tono doctrinal y sin descalzar el coturno, y... después, súbitamente, la institución ideal, el areópago de los altos prestigios, apenas plasmado en realidad, ha sido objeto de informaciones gaceteriles, vecinas, por su lugar y su contenido, a las que forman las secciones de sucesos de los periódicos. Nos interesa a todos sacarla de ahí, y aun es de esperar que el Tribunal salga por sí solo de los malos lugares en que lo han metido, apenas se encalme el choque y la tempestad de las pasiones que presidieron su nacimiento.

191 Puede verse el texto de la Ley en la obra del Congreso de los Diputados, *Constitución española y legislación derivada de la misma*, Madrid, C. Bermejo Impresor, 1o. de abril de 1936, pp. 75-120.

192 Fábregas del Pilar, José Ma., “El Tribunal de Garantías Constitucionales”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, año LXXXII, t. 163, 1933, pp. 563 y ss.; en concreto, p. 563.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985.
- BATTAGLINI, Mario, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milán, Giuffrè, 1957.
- , “Contributo allo studio comparato del controllo di costituzionalità: i paesi che non hanno controllo”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1962.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1994.
- CAPPELETTI, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, 7a. reimp., Milán, Giuffrè, 1978.
- , *La giurisdizione costituzionale delle libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale)*, Milán, Giuffrè, 1976.
- , “Nécessité et légitimité de la Justice Constitutionnelle”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, año XXXIII, núm. 2, abril-junio de 1981.
- y ADAMS, J. C., “Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations”, *Harvard Law Review*, núm. 79, 1966.
- COLE, Taylor, “Three Constitutional Courts: a Comparison”, *The American Political Science Review*, vol. LIII, núm. 4, diciembre de 1959.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad. (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987.
- DEENER, David, “Judicial Review in Modern Constitutional Systems”, *The American Political Science Review*, vol. XLVI, núm. 4, diciembre de 1952.
- DIETZE, Gottfried, “America and Europe. Decline and Emergence of Judicial Review”, *Virginia Law Review*, vol. 44, núm. 8, diciembre de 1958.
- , “Judicial Review in Europe”, *Michigan Law Review*, vol. 55, núm. 4, febrero de 1957.
- EISENMANN, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, (edición original de 1928), París-Aix-en-Provence, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986.
- FAVOREU, Louis, “Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe Occidentale”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, núm. 5, septiembre-octubre de 1984.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.
- GOGUEL, François, “Le Conseil Constitutionnel”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, núm. 1, 1979.
- GRANT, James Allan C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política*, México, UNAM, 1963.
- HUGHES, Charles Evans, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- KELSEN, Hans, “Judicial Review of Legislation: a comparative study of the Austrian and the American Constitution”, *Journal of Politics*, núm. 4, 1942.
- , “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928, t. 45.
- , “Il custode della Costituzione”, *La giustizia costituzionale* (a cura di Carmelo Geraci), Milán, Giuffrè, 1981.
- LAMBERT, Eduard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis*, París, Giard, 1921.
- LAMBERT, Jacques, “Les origines du contrôle de constitutionnalité des lois d’Etat par la judicature fédérale aux Etats Unis”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, t. 50, 1933.
- , “Les origines du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales aux Etats Unis. Marbury versus Madison”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, t. 48, 1931.
- LEIBHOLZ, Gerhard, “El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 1966.
- LUCHAIRE, François, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Economica, 1980.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, *La noble obra política de un gran juez: Juan Marshall*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1955.
- ROSTOW, Eugene V., “The Democratic Character of Judicial Review”, *Harvard Law Review*, vol. 66, núm. 2, diciembre de 1952.
- SCHMITT, Carl, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Berlín y Leipzig, 1929, t. I.

- , *Der Hüter der Verfassung*, Berlín-München, Verlag Duncker Humblot, 1931. Traducción española, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.
- TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo, “La constitucionalidad de las leyes y sus métodos de control”, *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, La Laguna, Universidad de La Laguna, 1970.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 7 1979.