

EL NACIMIENTO DEL MODELO DE CONTROL AUTÓNOMO DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA (EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LA EUROPA DE ENTREGUERRAS)

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO

SUMARIO: I. *Los antecedentes del control autónomo de constitucionalidad en Europa.* II. *El pensamiento kelseniano y el modelo austriaco de control autónomo de la constitucionalidad.* III. *Otros modelos de control autónomo de la constitucionalidad en la Europa de entreguerras.*

I. LOS ANTECEDENTES DEL CONTROL AUTÓNOMO DE CONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA

A lo largo del siglo pasado, encontramos algunos antecedentes muy aislados de perfilar una jurisdicción constitucional, con lo que ello supone atribuir a unos órganos preexistentes, o creados para ese sólo efecto la función de verificar un control de la constitucionalidad de las normas jurídicas. Tal será 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 de Frankfurt, en la que se contempló la existencia de una jurisdicción constitucional dotada de amplias atribuciones.¹

De análoga fecha es el llamado “Proyecto de Kremser” (nombre de la ciudad de Moravia a la que se trasladó el Parlamento, tras los tumultos ocurridos en Viena en octubre de 1848). Tal Proyecto previó 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 de los conflictos de atribuciones entre las autoridades administrativas del Imperio y las mismas autoridades de los *Län-*

¹ Para un mayor detalle, *cfr.* Joachim Faller, Hans, “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.

vemente 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,⁶ el ordenamiento constitucional suizo es el primero en superar el estricto enfoque judicial de la cuestión del control de constitucionalidad en Europa, incorporando algunos institutos que darán 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 1847), se instauró un modelo de control de constitucionalidad autónomo, concentrado y con efectos generales que se proyectó sobre la constitucionalidad de las leyes cantonales, bien que nunca de las federales. Se trata, pues, de un control que puede considerarse como de “federalidad” más que de constitucionalidad,⁷ en cuanto que lo pretendido por dicho control fue la adecuación de las leyes cantonales al ordenamiento federal. Ese control lo llevó a cabo el Tribunal federal.

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 su germen 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 aparición de este instituto tendría lugar en 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, cuando sobre este punto se susciten quejas ante la Asamblea Federal”. Como señala Cappelletti,⁸ aunque la redacción del artículo 105 no es clara, su significado se clarifica si se observa que fue introducido a raíz de una propuesta hecha

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

7 *Idem*, p. 50.

8 Cappelletti, Mauro, *La Giurisprudenza Costituzionale delle Libertà (primo studio sul ricorso costituzionale)*, Milán, Giuffrè, 1976, p. 22.

se debía añadir a la competencia para decidir “*de la violation des droits des citoyens garantis par la présente Constitution, lors que 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 para la tutela de los derechos de los ciudadanos 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 Constitución del 29 de mayo de 1874 acogió el recurso que nos ocupa en su artículo 113.1, cuyo tercer punto atribuyó 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 especifique la legislación federal. La jurisprudencia del Tribunal federal ha debido precisar qué había de incluirse bajo la rúbrica de “derechos constitucionales”.⁹ Y en cuanto al objeto del control, éste se encuentra 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 que ha recibido la “garantía federal”), como de los municipales.

Volviendo a Alemania, en la Constitución bismarckiana de 1871 (antecedente constitucional inmediato a Weimar), se detectó la ausencia de toda prohibición expresa al control judicial. Una sentencia del Tribunal del 17 de febrero de 1883, rechazó 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 las opiniones respecto al control de constitucionalidad formal serían divergentes, como recuerda Cruz Villalón,¹⁰ en tanto que los autores mencionados (para quienes la promulgación de la ley origina una presunción *iuris et de iure* de su constitucionalidad) sólo admiten un control de la estricta constitucionalidad formal, 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.

⁹ Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, pp. 58 y 59.

¹⁰ *Idem*, pp. 73 y 74.

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 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 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 el control de constitucionalidad de las leyes en la segunda mitad del siglo XIX, la idea de la justicia constitucional no iba a jugar un papel destacado, sino hasta la segunda posguerra como reconoce Horn.¹¹

Los constituyentes de Weimar se plantearon el tema de la apreciación o control de la constitucionalidad formal de las leyes.¹² Más aún, un considerable número de miembros de la Asamblea constituyente, incluyendo a Hugo Preuss (auténtico arquitecto de la Constitución), se mostraron proclives a la constitucionalización de este control.

El debate se desarrolló al hilo de la interpretación de la facultad de promulgación de las leyes, que el artículo 70 atribuyó 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 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 debía 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 llegó a contemplar el instituto del control de constitucionalidad, se limitó a encomendar (en su artículo 19) al Tribunal Supremo de Justicia del Reich el conocimiento de los “litigios” que no fueran de derecho privado entre

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

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

Ahora bien (en el marco de la relación entre el Reich y los *Länder*), el artículo 13 de la Constitución, tras disponer en su primer párrafo que “el derecho del Reich prevalece sobre el derecho de los *Länder*”, determinaba en su párrafo segundo, 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”.¹³

La sujeción de las leyes de los *Länder*, en virtud del principio de primacía federal, propiciaría una especie 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,¹⁴ la consecuencia más relevante del principio de primacía federal 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 con respecto 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 la trasladaría al plano jurisprudencial. Y lo que la Constitución no había contemplado, sería admitido 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 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 de 8 de abril de 1920 atribuyó al *Reichsgericht*, competencia para contrastar la compatibilidad de una norma jurídica de un *Länd* con el derecho del Reich, desarrollando la previsión constitucional del artículo 13.

13 Hemos seguido el texto de Mirkine-Guetzévitch, Boris, *Las nuevas Constituciones del mundo*, Madrid, Ed. España, 1931, p. 62.

14 Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, p. 72.

Durante los primeros años de vida de la Constitución de 1919 se produjeron jurisprudencias más significativas. Una sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Económico del Reich, del 23 de marzo de 1921, declaró 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, admitió 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 celeberrima sentencia del *Reichsgericht*, del 4 de noviembre de 1925, el Tribunal del Reich abordó el problema, admitiendo que la sumisión del juez a la ley no excluyó que éste pudo recusar la validez de una ley del Reich o de algunas de sus previsiones, en la medida que se encontró en oposición con otras disposiciones preeminentes, que debieron observarse en todo caso por el juez. En último término, el Tribunal precisó 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 de éste de examinar la constitucionalidad de las leyes del Reich debían ser reconocidos.¹⁵ Cruz Villalón¹⁶ 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 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 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, Anschütz¹⁷ llegara a la conclusión de

15 Béguin, Jean-Claude, *op. cit.*, 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*, serie III, año XXXII, marzo-junio de 1955, fascículo II-III, pp. 149 y ss.; en concreto, pp. 150-152.

16 Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, pp. 86 y 87.

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

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”.

II. 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 la 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 constituyó la “Asamblea nacional provisional de Austria alemana”, que procedió a dictar una “Resolución sobre las instituciones básicas del poder del Estado”, una especie de primera Constitución provisional de la nueva República.

Una ley de 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 de 14 de marzo de 1919, por la que la Asamblea nacional modificó en profundidad la Constitución provisional poco antes de elaborada, confirió al Tribunal constitucional una nueva 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 del mismo año, una nueva ley vino a modificar profundamente la organización del Tribunal, que permaneció con este último diseño hasta la Constitución del 1o. de octubre de 1920, en la que, como diría Eisenmann,¹⁸ “*forme véritablement le couronnement de la Constitution tout entière et sa garantie suprême*”.

La aparición del *Verfassungsgerichtshof* (en adelante 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.

18 Eisenmann, Charles, *op. cit.*, p. 174.

se hallen entre sí, 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 elevado, 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*,²⁰ tendrá un enorme impacto en la doctrina europea.

En el referido trabajo, Kelsen parte de la consideración²¹ de que “*la garantie juridictionnelle de la Constitution est un élément du système des mesures techniques qui ont pour but d’assurer l’exercice régulier des fonctions étatiques*”, funciones estatales 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*”.²²

Sin embargo, no es sólo a la relación de los actos de ejecución material con las normas individuales (decisiones administrativas y sentencias judiciales), ni siquiera a la de los actos de ejecución con las normas gene-

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

20 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 Belaúnde, publicada en “*Ius et Veritas*”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, año V, núm. 9, pp. 17 y ss.

21 Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 198.

22 *Idem*, p. 200.

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*”.²³

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.²⁴

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 rechazó que esa facultad pueda atribuirse al Parlamento, optando por encomendar la tarea de comprobar si una ley es constitucional, anulándola cuando, de acuerdo con la opinión de ese órgano, sea inconstitucional, a un órgano diferenciado del Poder Legislativo. Puede existir, dirá Kelsen,²⁵ 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 fue tajante por parte de Kelsen:²⁶ “*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 qui’il faut charger de l’annulation ses actes inconstitutionnels, c’est-à-dire une juridiction ou tribunal constitutionnel*”.

23 *Idem*, p. 201.

24 *Idem*, p. 221.

25 Kelsen, Hans, “Judicial Review or Legislation: a comparative study of the Austrian and the American Constitution”, *Journal of Politics*, núm. 4, 1942, pp. 183 y ss.

26 Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 223.

bunales 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*,³¹ 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 manejados, Schmitt parte³² 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 cosas, ¿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 con 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.³³ Aunque 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.³⁴

deutschen Rechtsleben, Berlín y Leipzig, 1929, t. I, pp. 154 y ss.

31 Schmitt, Carl, “Der Hüter der Verfassung”, *Verlag Duncker Humblot*, Berlín-Munich, 1931 (traducción española: *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983).

32 Schmitt, Carl, *op. cit.*, pp. 148 y 151.

33 *Idem*, pp. 168 y 170.

34 *Idem*, p. 170.

Kelsen parte 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:

1o. El número de miembros de estos Tribunales no ha de ser muy elevado en cuanto que deben cumplir una misión puramente jurídica de interpretación de la Constitución.

2o. 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.

3o. 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.

4o. Exclusión del Tribunal de miembros de instancias políticas.

5o. Rechazo de todo influjo político en la jurisprudencia constitucional y, en su caso, canalización del mismo.

Cappelletti se ha cuestionado, el por qué no se prefirió elegir la vía más simple de atribuir la función de control de la constitucionalidad a un órgano jurisdiccional preexistente.⁴⁰ Su respuesta, con relación a la Constitución Federal Austriaca de 1920,⁴¹ es que con la solución adoptada se quiso evitar una serie de inconvenientes propios 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 a la magistratura, y sólo en edad avanzada llegan a funciones conectadas con la actividad del Tribunal Supremo.

38 Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 226 y 227.

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

40 Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1978, p. 73.

41 *Idem*, pp. 74 y 75.

Es un hecho, reconoce el autor italiano, que las normas constitucionales modernas son profundamente diversas de las usuales normas legales, que los magistrados de los Tribunales Supremos europeos, que llegan a tal puesto al final de su amplia 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 la aplicación de la norma constitucional.

Y es que, en último término, y ésta es la razón decisiva a nuestro entender, por lo menos por lo que atañe a las Constituciones de nuestro tiempo, no se limitan “*dire staticamente ciò che è il diritto*”, a dar un ordenamiento para una situación social consolidada, sino que, de 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,⁴² “*una polemica contro il passato e un programma di riforme 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,⁴³ 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 dicha 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 Triepel⁴⁴ 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,

42 Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p. 75.

43 *Idem*, p. 76.

44 Triepel, Heinrich, *Staatsrecht und Politik*, Berlín y Leipzig, 1927 (traducción española: *De-recho público y política*, Madrid, Civitas, 1975, en especial p. 42).

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 una *living constitution*, una Constitución viva, vigente, acorde con la realidad social, conseguida en Norteamérica gracias en buena medida a la actuación del Tribunal Supremo, sería una mera utopía.

Es sencillamente impensable, manifiesta Leibholz⁴⁶ en dirección similar, 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 —significa asimismo Leibholz⁴⁷—, que uno de los deberes de un Tribunal constitucional, cuando trata de aplicar recatemente 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 preciarse de 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 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, tras el *ex cursus*, para detenernos sumariamente en el Tribunal constitucional que la misma diseñaba.

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

46 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.

47 *Idem*, p. 94.

El artículo 147 de la citada norma constitucional 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 vigente del referido precepto se concreta en doce titulares y seis suplentes respectivamente.

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.

La forma de integración del VfGH también ha sido alterada. Originalmente, el presidente, vicepresidente y la mitad de los miembros titulares y suplentes eran elegidos de modo vitalicio por el Consejo Nacional (*Nationalrat*), mientras que la otra mitad lo era por el Consejo Federal (*Bundesrat*). La reforma constitucional de 1929 afectó al procedimiento de nombramiento, estableciendo una fórmula que nos recuerda, en cierta medida, la propugnada por 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, propuestos en ternas que serán formuladas por el Consejo Nacional (tres miembros titulares y dos suplentes) y por el Consejo Federal (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.⁴⁸

Al Tribunal constitucional se le otorgaba decidir sobre la legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes. Como dice Eisenmann,⁴⁹ el VfGH venía a centralizar el control de la regularidad de todos aquellos actos a través de las autoridades públicas que 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

48 Para un análisis más detallado, *cfr.* Alonso García, Enrique, “El Tribunal constitucional austriaco”, *op. cit.*, vol. I, nota 45, pp. 409 y ss., en especial, pp. 413-421.

49 Eisenmann, Charles, *op. cit.*, p. 183.

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.

En cuanto a las consecuencias de las sentencias estimatorias de la ilegalidad del reglamento o de la inconstitucionalidad de la ley impugnada, Eisenmann⁵⁰ 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 desaparecería 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,⁵¹ “*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 ocurrida 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 significó que el VfGH ejerció “*un contrôle préventif sur la constitutionnalité de la législation et de l’administration dans les rapports réciproques de la Confédération et des Provinces*”.⁵² Es verdad que el propio Eisenmann matizaba de inmediato el sentido de su califica-

50 *Idem*, p. 226.

51 *Idem*, p. 228.

52 *Idem*, p. 235.

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”.⁵⁴

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 entendió 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 aquella) hace de él un derecho subjetivo”. De esta forma, como apreciara Eisenmann,⁵⁵ era al Tribunal a quien correspondía decidir en forma discreta si se reunían las condiciones requeridas para que existiera un “derecho constitucionalmente garantizado”.⁵⁶

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 1945.⁵⁷

No podemos finalizar este análisis del primer diseño constitucional de un órgano autónomo de control de la constitucionalidad, sin significar

53 “*Ces mots, ‘contrôle préventif’ —dice Eisenmann (idem, p. 235)— 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*”.

54 Eisenmann, Charles, *op. cit.*, p. 237.

55 *Idem*, pp. 237 y 238.

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

57 *Cfr.* Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, pp. 269-276.

un último rasgo a tener en cuenta. Ya desde su primera redacción, la Constitución de 1920, *«une œuvre d'art juridique qui témoigne suffisamment de la claire et pénétrante pensée qui l'a conçue et exécutée»*,⁵⁸ estableció una estrecha correspondencia entre el VfGH, al que había dado carta de naturaleza, y la estructura federal del Estado,⁵⁹ circunstancia que no deja de guardar cierta similitud con lo acontecido 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.

III. OTROS MODELOS DE CONTROL AUTÓNOMO DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LA EUROPA DE ENTREGUERRAS

Checoslovaquia y España son los otros países que en la Europa de entreguerras nos ofrecen el diseño de otros modelos de órganos autónomos de control de la constitucionalidad. El análisis de ambos modelos va a ser necesariamente muy esquemático.⁶⁰

En Checoslovaquia —que había nacido como Estado independiente el 28 de octubre de 1918—, una ley de 29 de febrero de 1920, preliminar a la carta constitucional,⁶¹ 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 citada ley) apreciar la conformidad de las leyes de la República checoslovaca y las leyes de la dieta de Rusia subcarpática, con las disposiciones de la carta constitucional.

Como advierte Cruz Villalón,⁶² Checoslovaquia no sólo es el primer Estado que introduce en su ordenamiento el que habrá de ser “sistema

58 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.

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

60 Para un estudio más detallado nos remitimos, como en el caso checo, a Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, pp. 277-279. En el caso español, al propio autor, en la misma obra, pp. 301-340. Asimismo, dentro de una amplia bibliografía, *cfr.* 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.

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

62 Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, pp. 286 y 287.

nante en éstas es, evidentemente, la de la democracia rousseauiana, la de la democracia jacobina radical, que no entiende 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.

Por un lado, 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.⁶⁷

Por otro lado, 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.⁶⁸

Junto a las razones anteriores, posiblemente la más decisiva fue la mimesis, 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 de confusiones, como ya dejamos expuesto. Rubio Llorente y Sánchez Agesta llegan a similar conclusión. Mientras que para el último,⁶⁹ el Tribunal probablemente se estableció por un acto de mera imitación del Tribunal Constitucional austriaco, para el primero es como una novedad política curiosa.⁷⁰ La razón de esta aparente paradoja que entraña la creación del Tribunal quizá haya

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

68 “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.

69 Sánchez Agesta, Luis, *op. cit.*, p. 498.

70 Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, p. 33.

de tomar como modelo lo más moderno, que es un deseo incontenible cuando se rompe con la tradición, fueron sin duda parte de una de las razones de aquella paradoja.

La confusión que presidió todo el proceso de construcción jurídica de la institución, propició lo que con razón se ha llamado⁷¹ 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 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 al respecto constata Bassols,⁷² 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 expresa:⁷³ “*Il dibattito che precedette l’approvazione della legge organica di disciplina delle attribuzioni di quest’organo evidenzia appieno le profonde divisioni che in materia si erano aperte all’interno del sistema politico*”.

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, el 14 de junio de 1933.⁷⁴ Por decreto de 8 de diciembre de ese mismo año se aprobó el correspondiente

71 Almagro Nosete, José, *op. cit.*, p. 588.

72 Bassols Coma, Martín, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

73 Rolla, Giancarlo, “Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna”, *Jovene*, Nápoles, Casa Editrice, 1986, p. 66.

74 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.

Reglamento, que fue sustituido posteriormente por otro de 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 la decepción que pronto comenzó a detectarse en torno a este Tribunal. Las reflexiones que a continuación transcribimos son una excelente muestra de ello:⁷⁵

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 aerópago 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 aún es de esperar que el Tribunal salga por sí sólo de los malos lugares en que lo han metido, apenas se encalme el choque y la tempestad de las pasiones que presidieron su nacimiento.

75 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.