

JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y CRISIS DE LA CONSTITUCION*

I Introducción

Desde una perspectiva jurídico-formal, hablar de Justicia constitucional, al menos en su manifestación más importante, como es el control de constitucionalidad de las leyes, sólo cobra sentido en el marco de las constituciones rígidas. Duverger lo ha expresado con toda claridad: “Pour qu’un contrôle de la constitutionnalité des lois puisse exister, il faut qu’il s’agisse d’une Constitution rigide, et non d’une Constitution souple.”¹ Es en el marco de las constituciones rígidas donde, al distinguirse perfectamente entre normas constitucionales y normas ordinarias, se consagra definitivamente el principio de la supremacía constitucional. Lo que significa que, porque la constitución es *lex superior*, en el supuesto de conflicto normativo entre sus disposiciones y preceptos jurídicos de rango inferior, debe prevalecer, en cualquier caso, el criterio constitucional.

Como se sabe, fue el juez norteamericano Marshall, en la famosa sentencia del caso *Marbury versus Madison*, de 1803, quien recogiendo apreciaciones mantenidas ya por Hamilton en “El Federalista”,² estableció con una claridad y una lógica implacables los fundamentos del axioma en virtud del cual: *lex superior derogat legi inferiori*.

En una constitución flexible, por el contrario, donde a nivel jurídico formal la constitución no reviste el carácter de ley suprema, como consecuencia de no operarse en ella la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria, los conflictos entre leyes serán siempre conflictos normativos entre disposiciones de igual rango. Lo que determina que los tradicionales criterios de interpretación *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*— sean

* Artículo publicado en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, Madrid, 1979.

¹ Duverger, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, París, 1965, pág. 222.

² Cfr. *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, 1957, págs. 341 y ss. Cfr. M. Cappelletti: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, 1973, pág. 61. Cfr. también, A. De Tocqueville: *De la démocratie en Amérique*, I, Bruselas, 1840, págs. 174 y ss.

los únicos lógicamente y jurídicamente aplicables. Hablar entonces de control de constitucionalidad carece, lisa y llanamente, de fundamento.

Sin embargo, como recuerda el profesor Trujillo, que es sin duda quien más seria y rigurosamente ha estudiado en nuestro país el tema de la constitucionalidad, no han faltado quienes sostienen que la distinción entre normas constitucionales y normas ordinarias no es privativa de las constituciones rígidas. Lo que ocurre, se ha dicho, es que en las flexibles se da una diferencia material o por el contenido, mientras que en las rígidas hay una diferenciación formal, que dota a las normas constitucionales de una especial resistencia respecto a posibles modificaciones.³ De donde derivaría que si el control de constitucionalidad de las leyes no es justificable en la constitución flexible, desde el punto de vista formal, nada impide pensar en un posible control de constitucionalidad material. La cuestión entraría de lleno en el más arcaizante bizantinismo jurídico, dado el carácter mayoritariamente rígido de todas las constituciones actuales, si no fuera porque en ella subyace uno de los aspectos más acuciantes de la justicia constitucional a que luego he de referirme, pero que quiero dejar apuntado desde el principio.

Ahora bien, si desde una perspectiva jurídica formal, el control de constitucionalidad de las leyes sólo es planteable en el marco de las constituciones rígidas, donde la supremacía constitucional aparece abiertamente consagrada, en el plano histórico y del realismo constitucional es lo cierto que el problema sólo se presenta cuando la constitución, además de ser una norma vigente y suprema, es una norma eficaz. Debemos a Loewenstein⁴ el haber recordado con machacona insistencia que, al lado de las constituciones que se aplican (normativas), la experiencia histórica nos demuestra que existen también constituciones cuya eficacia real es prácticamente nula (nominales y semánticas). Hablar en estos casos,

³ G. Trujillo Fernández, *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, La Laguna, 1970, págs. 17 y ss., donde recuerda que no siempre se ha tenido en cuenta, a este respecto, la neta distinción que establece Duguit entre el fundamento de las limitaciones del legislador y las garantías de estas limitaciones: "La distinction des lois constitutionnelles rigides et des lois ordinaires constitue une garantie particulière du respect du droit par le législateur. Mais il importe de rappeler que la limitation du pouvoir législatif n'a pas pour fondement vrai l'existence d'une loi constitutionnelle rigide. Le législateur est partout, même dans les pays qui ne pratiquent pas le système des constitutions rigides, limité par un droit supérieur à lui (...) On doit donc voir dans l'existence des lois constitutionnelles rigides supérieures aux lois ordinaires, non point le fondement de la limitation du pouvoir législatif, mais seulement une garantie positive, et d'ailleurs incomplète, des règles limitatives qui s'imposent à l'État législateur" (véase Duguit: *Traité du droit constitutionnel*, t. III, Paris, 1923, pág. 664).

⁴ K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1964, págs. 216 y ss.

cuando ante lo que nos enfrentamos es ante un constitucionalismo puramente nominal o semántico, de control de constitucionalidad, aunque en el texto legal esté perfectamente arbitrado y regulado, puede resultar no sólo políticamente sarcástico, sino científicamente peligroso.

La razón es muy clara: la jurisdicción constitucional emerge históricamente como un instrumento de defensa de la constitución. Sucede, sin embargo, que la constitución no es un puro nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político. Y es, en última instancia, desde este prisma valorativo, desde donde hay que interpretar y entender la justicia constitucional. Cappelletti lo ha captado con toda precisión y agudeza cuando escribe: "Invero, nella concezione moderna la norma costituzionale altro non è che il tentativo — forse impossibile, forse 'faustiano', ma profondamente umano — di trasformare in diritto scritto i supremi valori, il tentativo di fermare, di 'definire' insomma, in una norma positiva, ciò che per sua natura è inarrestabile, indefinibile — Assoluto. La giustizia costituzionale è la garanzia di quella 'definizione'; ma è anche, nello stesso tempo, lo strumento per renderla accettabile, adattandola alle concrete esigenze di un destino di perenne mutabilità."⁵

Cuando las constituciones, lejos de actualizar un sistema de valores, se convierten en meros instrumentos de falsificación de la realidad política, dejan, por tanto, sin justificación posible la defensa dentro de ellas de ningún sistema de justicia constitucional. Defender la pura semántica constitucional terminaría siendo entonces, a nivel político, la más vituperable traición a los valores del constitucionalismo auténtico y, a nivel científico, la negación más rotunda de las funciones primordiales que la jurisdicción constitucional está llamada a desempeñar. Por ello, si jurídicamente el control de constitucionalidad sólo se concibe desde la definición previa de la constitución como ley suprema, política y científicamente sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica, proceder de otro modo supondría condenar la teoría constitucional y la labor de los constitucionalistas al más menesteroso y errante de los quehaceres.

⁵ Cappelletti, *op. cit.*, pág. 123.

Se desprenden ya de estas iniciales consideraciones una serie de presupuestos de los que es necesario partir para comprender el sentido de cuanto se diga después. Explicitados en toda su contundencia, esos presupuestos se podrían resumir en los siguientes puntos:

1. Que, porque la justicia constitucional, al menos en su manifestación del control de constitucionalidad, sólo es lógicamente articulable en el marco de las constituciones rígidas, carece de fundamento buscar precedentes históricos con anterioridad al momento en que la constitución se configura positivamente como ley suprema.

En referencia al derecho histórico español no han faltado autores que han querido ver antecedentes del control de constitucionalidad en determinados institutos medievales aragoneses y castellanos.⁶ A este respecto se suele recordar con frecuencia la institución del Justicia Mayor de Aragón, cuya aparición cabría remontar nada menos que hasta las Cortes de Ejea de 1265. Por su parte, Cappelletti ha advertido cómo la distinción entre *nómoi* y *pséfísmata* del derecho ateniense, la concepción medieval del derecho y la justicia, el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, así como la doctrina de *heureuse impuissance* del rey de violar las leyes fundamentales del reino, pueden considerarse como expresión del abolengo histórico de una institución de ricos y notables precedentes.⁷ Sin embargo, es lo cierto que, porque el concepto de constitución en sentido moderno, como ley superior y suprema, sólo aparece con el triunfo de la Revolución americana y el subsiguiente proceso revolucionario francés, todo lo que sea remontarse en el tiempo más allá de esos dos momentos memorables supone forzar la realidad y destruir la historia. Buscar precedentes donde no puede haberlos, en lugar de ayudar a comprender el significado de las instituciones modernas, las más de las veces para lo que sirve es para entorpecer su verdadero entendimiento. Y la justicia constitucional, como fenómeno característico de nuestro tiempo, es desde él desde donde debe ser analizada en toda su abigarrada y compleja problemática. No son las mismas, por supuesto, las aspiraciones ideológicas y las valoraciones políticas de los hombres del siglo XX, que

⁶ Trujillo, *op. cit.*, pág. 13. Cfr. también G. Trujillo: *El Tribunal Constitucional Italiano: Aspectos sociopolíticos de su proceso configurador*, en AFD, 1967, págs. 7 y ss.

⁷ Cappelletti, *op. cit.*, págs. 27 y ss. Importante es el libro de M. Battaglini *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milán, 1957. Sobre el origen americano del control de constitucionalidad, cfr. James A. C. Grant: "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1963.

las habidas por los hombres del siglo XVI o XVII. Y porque no son las mismas, sus esquemas de conceptualización jurídica tienen que ser diferentes.

2. Así se explica, en segundo lugar, el hecho de que en España, y en contra de lo mantenido por especialistas nacionales y foráneos, hayamos carecido desde siempre de un adecuado sistema de justicia constitucional. Battaglini, en sus *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, ha querido ver en el capítulo X del título III de la Constitución de Cádiz de 1812, un instituto que representa un intento de control constitucional sobre la actividad legislativa del Parlamento después de su disolución. Pero la Diputación Permanente de Cortes, creada en ese capítulo de la Constitución de Cádiz, ni es un órgano judicial de control, ni tampoco pretendía serlo.⁸

Si se examina la historia constitucional española a lo largo del siglo XIX, resulta evidente que ni en 1812, ni en 1834, ni en la Constitución de la monarquía de 1837, ni en los momentos constituyentes posteriores de 1845, 1856, 1869 y 1876, jamás aparece el mínimo esbozo de un órgano de garantía y control de constitucionalidad. Sólo en el proyecto federal de 1873 se articula un poder de veto, en virtud del cual el Senado puede oponerse a una ley por razones de inconstitucionalidad. Y en ese mismo proyecto donde, en el artículo 77, se otorgan facultades al Tribunal Supremo en pleno para suspender los efectos de las leyes anticonstitucionales.

Con la Constitución de la República de 1931, se implanta por vez primera en nuestro país una auténtica justicia constitucional, siguiendo claramente el modelo austríaco. El artículo 121 de la Constitución se desarrolló por Ley de 14 de junio de 1933, completada por reglamentos de 1933 y 1935.

Posteriormente, en la llamada legislación fundamental franquista, se introduce por la Ley Orgánica del Estado de 1967, un recurso denominado de contrafuero del que, aparte su comprobada, como no podía ser por menos, incapacidad funcional, acaso lo mejor que se pueda decir de él es que nada tiene que ver ni con los sistemas de control que siguen el modelo americano, ni con los sistemas que siguen el modelo austríaco. Se trata simplemente de una ficción jurídica más, en un mundo de ficciones constitucionales generalizadas.

⁸ Véase Battaglini, *op. cit.*

La consecuencia que deriva de esta rapidísima ojeada es que solamente en dos momentos, 1873 y 1931, se aborda seriamente el problema de control de constitucionalidad. No importa ahora tanto poner de relieve el hecho de que esos dos momentos fueran lamentablemente fugaces, como expresar la circunstancia de que se trata de las dos únicas ocasiones, en la historia constitucional española, en que el problema de la democracia y de la libertad se plantea de una manera radical y sin mixtificaciones de ningún tipo. Lo que no deja de ser sintomático para comprender lo que ahora se discute.

No ha existido control de constitucionalidad en España por la sencillísima razón de que no podía haberlo. La historia del constitucionalismo del siglo XIX representa el más espectacular y escandaloso ejemplo de lo que Loewenstein llama constituciones nominales. Solamente cuando la constitución es entendida en toda su pureza, en 1873, fecha de la primera República, y en 1931, momento de la segunda República, es cuando los mecanismos del control de constitucionalidad hacen su aparición. No obstante, y como he indicado, la lastimosa y precaria duración de ambas experiencias republicanas, las deja reducidas a pasajeros y anecdóticos acontecimientos.

Si carecería de fundamento pretender aclarar desde la particular situación española ningún punto importante de la justicia constitucional, lo que sí ilustra suficientemente el caso español son dos supuestos que me parecen incontrovertibles. En primer lugar, que cuando no existe lo que los alemanes llaman *Verfassungsgefühl* (sentimiento constitucional) la justicia constitucional tampoco resulta necesaria, y, en segundo lugar, que la justicia constitucional debe ser interpretada y entendida en el contexto social y político en el que emerge, porque es en él donde adquiere su mayor plenitud y mayor coherencia.

3. Lo que significa, y con esto llego al tercer punto que inicialmente me interesaba esclarecer, que cabe un planteamiento técnico-jurídico de los problemas que suscita la jurisdicción constitucional, y cabe igualmente un planteamiento sociológico-político de la misma en el que, al margen de la técnica y del derecho, lo que se intenten explicar sean los motivos históricos e ideológicos que la hacen necesaria, y las urgencias políticas que está llamada a satisfacer. Es desde esta perspectiva, ocioso casi resultaría el advertirlo, desde la que, básicamente, va a desarrollarse mi argumentación.

II. *Tres etapas en la defensa de la constitución*

Recuerda acertadamente Carl Schmitt, que la demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución.⁹ No deja de ser sorprendente que cuando en el propio proceso revolucionario francés las fuerzas políticas conservadoras inician, pasados los primeros momentos, su campaña antirrevolucionaria, aparezca un periódico con el expresivo título de *Le défenseur de la Constitution*. Y es en Francia misma, en la Constitución del año VIII (1799), cuando surge un Senado como defensor (*conservateur*) de la Constitución, a consecuencia y en respuesta inmediata a la reacción política de la época de Napoleón I.¹⁰

Si del momento revolucionario francés en que históricamente cristaliza la constitución como categoría jurídico-política moderna, nos trasladamos al momento en que por vez primera la jurisdicción constitucional en sentido técnico y riguroso cobra cuerpo, la situación se repite en términos casi equivalentes. La Constitución austriaca de 1920 y su posterior reforma de 1929, así como la notoria polémica entre Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung*) y Hans Kelsen (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*), se producen en una atmósfera política en la que las amenazas y los riesgos para el proceso constitucional europeo son verdaderamente graves y generales.

Sin embargo, ni los ataques a la constitución tuvieron siempre el mismo origen, ni en consecuencia los modos de defensa se arbitraron teórica y prácticamente de la misma manera.¹¹ Cabría distinguir en el proceso del constitucionalismo europeo, que es el que ahora nos interesa, tres situaciones político-ideológicas perfectamente diferenciables, en las que la temática de la defensa de la constitución se orienta por caminos diversos.

En primer lugar, y en el momento mismo en que se gestan los primeros textos constitucionales, los ataques y críticas contra ellos toman, como no podía ser por menos, una dimensión política total. La crítica a la constitución aparece entonces como el resultado de la negación previa de toda la *Weltanschauung* que le sirve de fundamento. Porque no se admiten los principios de la soberanía

⁹ C. Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Barcelona, 1931, págs. 9 y ss.

¹⁰ Cfr. J. Imbert, H. Morel, R. J. Dupuy, *La pensée politique des origines à nos jours*, París, 1969, pág. 297.

¹¹ C. Schmitt, *op. cit.*

popular y de la igualdad, porque se rechazan los supuestos de la libertad y la democracia, que son los principios que el constitucionalismo proclama, los textos constitucionales se ven sometidos a la más radical confrontación polémica. Bastaría leer las *Considérations sur la France*, de Joseph de Maistre¹² para comprobar la exactitud de este aserto.

Naturalmente, la defensa de la Constitución tiene que tomar en estas circunstancias una perspectiva, a su vez, política y total. Frente a los realistas y conservadores, y frente a los ideólogos del absolutismo y de la soberanía del príncipe, se engendrará la idea de que el único guardián de la constitución capaz de defenderla tiene que ser el pueblo. Robespierre lo expresa con sobresaliente claridad cuando escribe: "En medio de las tormentas promovidas por las innumerables facciones a quienes se concedieron medios y tiempo suficiente para fortificarse; en medio de las divisiones intestinas pérfidamente combinadas con la guerra exterior, fomentadas por la intriga y la corrupción, favorecidas por la ignorancia, por el egoísmo y por la ingenuidad, es preciso que los buenos ciudadanos tengan un punto de apoyo y una señal de alistamiento. Ese punto y esa señal no pueden ser otros que la defensa de la Constitución."¹³

Se explica de esta suerte porqué en Europa, y concretamente en Francia, aparte de otras razones en nada despreciables y agudamente aducidas por Mauro Cappelletti,¹⁴ el control de constitucionalidad de las leyes comience tomando un carácter puramente político. Hubiera constituido una contradicción insalvable el proclamar, de una parte, al pueblo defensor político de la constitución y entregar, por otro lado, a la justicia, en lugar de al Parlamento, el control de la constitucionalidad, máxime en un momento en que los jueces, fieles servidores del antiguo régimen en el que vendían y compraban sus cargos *au même titre que leurs maisons et leurs terres*,¹⁵ representaban uno de los estamentos más decididamente beligerantes contra la corriente constitucional.

Se comprende igualmente de este modo el porqué en América no se plantea siquiera en un principio el problema de la defensa de la

¹² J. de Maistre, *Considérations sur la France (1797)*, Tours, 1877, págs. 96-105, donde habla "De l'influence divine dans les constitutions politiques".

¹³ M. de Robespierre, "Textes choisis", en *Éditions Sociales*, t. I, s. d., pág. 159.

¹⁴ Cappelletti, *op. cit.*, págs. 84 y ss., donde alude a tres tipos de razones: históricas, ideológicas y prácticas que condicionaron el establecimiento de un sistema político, y no judicial, de control de constitucionalidad.

¹⁵ Cfr. P. Cuche y J. Vicent, *Procédure civile*, París, 1963, pág. 138.

constitución. A diferencia de lo que ocurrió en Europa, donde el constitucionalismo se abrió paso en sociedades divididas en intereses e ideologías dispares, la Constitución americana se crea en un marco social e ideológico homogéneo. Nada tiene de particular por ello que, libre de los ataques políticos y de las críticas ideológicas radicales, el sistema americano de justicia constitucional asuma una orientación exclusivamente técnica. Sus problemas no fueron otros, al menos en sus comienzos, que los de impedir la ruptura de la coherencia interna del ordenamiento constitucional. Por eso, no le falta razón a Jerusalem, al afirmar que el sistema estadounidense no integra una verdadera jurisdicción constitucional.¹⁶ Y no tanto porque la resolución de los conflictos jurisdiccionales se atribuya formalmente a los órganos judiciales ordinarios, cuanto porque la jurisdicción ordinaria, encargada de resolver esos conflictos, no se caracteriza, como ya veremos sucede en Europa, por ser el guardián de los valores políticos ínsitos en la constitución.

El segundo momento importante, en la historia del constitucionalismo europeo, es el del *pouvoir neutre, intermédiaire y régulateur*, ya entrevisto por Benjamín Constant en 1814, en sus *Réflexions sur les constitutions et les garanties*, y ampliamente desarrollado después en su *Cours de politique constitutionnelle*.¹⁷ No es ahora la ocasión más propicia para desarrollar, pormenorizadamente y en detalle, una teoría que para algunos representa “la forma clásica del verdadero constitucionalismo”.¹⁸ Me importa constatar solamente que con ella se integra y se reconoce en el Estado constitucional la posición del rey. Lo que condiciona, a efectos de nuestro razonamiento actual, que los ataques a la constitución, promovidos por las fuerzas políticas conservadoras y monárquicas, en los inicios del movimiento constitucionalista, pierdan todo su sentido. La gran polémica sobre el titular último de la soberanía, monarca o pueblo, la resuelve así el pensamiento liberal doctrinario convirtiendo al monarca, en cuanto poder neutral, en guardián de la constitución, y reservando al pueblo su irrenunciable derecho de sujeto soberano. Defender la constitución implicaría, de esta forma, defender al mismo tiempo los derechos del rey y los derechos del pueblo.

Ni que decir tiene que la teoría del poder neutro y moderador en la que, según la conocida expresión de Thiers, “el Rey reina, pero

¹⁶ Jerusalem. *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tubinga, 1930, pág. 54. Cfr. H. Fix Zamudio: *Veinticinco años de evolución de justicia constitucional, 1940-1965*, México, 1968, pág. 16.

¹⁷ B. Constant, *Collection complète des oeuvres de Benjamin Constant*, París, 1810.

¹⁸ La afirmación corresponde a Lorenz von Stein, citado por C. Schmitt: *op. cit.*, pág. 165.

no gobierna”,¹⁹ presupone una sociedad pacificada, política e ideológicamente, donde no se discutan los fundamentos en que descansa todo el edificio constitucional. Con razón escribió Lorenz von Stein que esta época (1789-1848) representó, no sólo para Francia, sino para el mundo entero: “La fuente más profunda e inagotable de verdades acerca de la Constitución y la sociedad.”²⁰ Por eso, en aquellos países donde la integración del pueblo y del monarca en la constitución no se realizó de una manera abierta y decidida, la teoría del poder moderador no llegó a comprenderse. Es el caso de Alemania, por ejemplo. Seydel observará, desde la óptica del derecho público alemán, de marcado carácter autoritario, que la figura del monarca desaparece cuando al reinar (*régner*) se le quita el gobernar (*gouverner*).²¹

Ahora bien, un poder moderador y neutral, encargado de resolver los conflictos entre el parlamento y el gobierno, no es un defensor político de la constitución frente a hipotéticos ataques que le vengan de fuera, por la sencilla razón de que su asentamiento constitucional se basa precisamente en el supuesto de una sociedad pacificada en que ese tipo de ataques no se producen. Tampoco es un defensor jurídico de la constitución, frente a las posibles incongruencias internas que la puesta en práctica de sus mecanismos pueda generar. Lo que explica que el carácter de guardián de la constitución, que para él se reclama, revista, ante todo y sobre todo, una configuración, simbólica. Dicho en otras palabras, el constitucionalismo decimonónico opera, una vez salvados los escollos iniciales, desde la creencia de que su construcción es tan perfecta que no necesita guardián de ningún tipo.

Tendría que ser la propia marcha de la historia quien, al poner de manifiesto las contradicciones y falacias de la sistemática ju-

¹⁹ La frase de Thiers, del año 1829, dice así: “Le roi règne, les ministres gouvernent, les chambres jugent”. Sobre el significado de esta fórmula, véase Esmein-Nezard: *Eléments du Droit Constitutionnel*, I. París, 1921, pág. 231. En su discurso a la Cámara de Diputados de 13 de marzo de 1846. Thiers se ratifica en sus ideas. Dice así: “J’avais écrit en 1829 ce mot devenu célèbre: le roi règne et ne gouverne pas. Je l’avais écrit en 1829. Est-ce que vous croyez que ce que j’ai écrit en 1829 je ne le pense pas en 1846? Non, je le pense encore, je le penserai toujours”, en *Discours Parlementaires*, t. VII, París, 1951, pág. 144.

²⁰ Citado por Schmitt, *op. cit.*, pág. 165.

²¹ Max von Seydel, *Staatsrechtliche und politische Abhandlungen*, Leipzig, 1893, pág. 140. Lo que forja la dogmática del derecho público alemán es el principio monárquico, según el cual la soberanía, si bien se asigna al Estado, continúa encarnada en la figura del príncipe. La integración pueblo y príncipe en el sistema constitucional no se realiza del mismo modo que en Francia. Por eso la teoría del poder moderador no se comprende en el ámbito de la cultura jurídica germánica donde las corrientes autoritarias son muy claras. Cfr. M. Herrero: *El principio monárquico*, Madrid, 1972, págs. 17 y ss. Cfr. Stengel: *Staatsrecht der königreichs Preussen*, Friburgo, 1894, págs. 36 y ss.

rídica y política liberal, colocara de nuevo al pensamiento constitucionalista ante la necesidad de encontrar un guardián efectivo y no meramente simbólico para la constitución. A raíz de la Primera Guerra Mundial, y por obra del memorable jurista Hans Kelsen se crea en Austria, en la Constitución de 1920, el primer tribunal constitucional. Con lo cual se inaugura esa tercera y última etapa, a que antes me refería, en la historia del constitucionalismo moderno.

Como es obvio, para entender debidamente, y en su profundo sentido, el significado político y jurídico de la moderna jurisdicción constitucional, se hace necesario comprender de antemano la situación histórica en la que ésta emerge y los fines que, dentro de ella, está llamada a desempeñar. A este respecto, el primer dato ante el que lastimosamente nos enfrentamos, es ante una crisis generalizada del propio concepto de constitución. Descubrir su verdadera envergadura, y su profunda razón de ser nos ayudará, sin duda, a situar la jurisdicción constitucional en su correcta y exacta perspectiva.

III. *La crisis del concepto de constitución*

En la literatura jurídico-política son muchos los autores que insisten en la inexorable quiebra histórica del concepto de constitución clásico. Del conocido ensayo de Burdeau²² a la machacona insistencia de Forsthoff²³ sobre el tema, los testimonios doctrinales en este sentido podrían multiplicarse.²⁴ Pero no interesan tanto las apelaciones doctrinales, como describir las formas en que esa crisis generalizada del concepto de constitución se manifiesta realmente.

En una visión esquemática, y sin duda criticable, cabe plantear la crisis moderna de la constitución bajo una triple perspectiva: En primer lugar, como crisis jurídica, en segundo lugar como crisis política y, por último, como crisis ideológica. Analicémoslas separadamente.

²² Burdeau, "Une survivance: la notion de Constitution", en *L'évolution du Droit Public*, Études en l'honneur d'Achille Mestre, Paris, 1956, pág. 54.

²³ Forsthoff, *Problemas actuales del Estado social de derecho en Alemania*, Madrid, 1966, págs. 32-33.

²⁴ Cfr. Tomás Villarroya, "La constitución y su problemática actual", en *Estudios en honor del profesor José Cortés Grau*, Valencia, 1977; Pablo Lucas Pverdú: "Reflexiones sobre el significado actual de la constitución", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 1958; Mathiot: "Agonia di alcuni vecchi principii", en *II Politico*, 1950, págs. 233 y ss.

1. Crisis jurídica de la constitución

Afirma Burdeau “que jurídica y políticamente la constitución es creadora de orden y unidad. Jurídicamente porque introduce en la multiplicidad de las normas el principio de jerarquía, al presentarse como norma inicial y básica de la que dependen todas las demás”. Y a continuación, añade: “La unidad del sistema jurídico y la oficialización de una idea del derecho inspiradora del orden social, se convierten así en fundamentos sobre los que descansa la noción de Constitución.”²⁵

No se necesita excesiva perspicacia para percatarse de que esta unidad del sistema jurídico, basada en el escalonamiento de las normas, según la fórmula clásica de la pirámide, se ha roto como consecuencia de las demandas sociales y los cambios importantes operados en la estructura del moderno Estado representativo. Ni todo el derecho procede ya de la constitución, ni, lo que es más grave todavía, el derecho emanado en consonancia con la normatividad constitucional, es el considerado como el más eficaz para resolver los problemas de la vida cotidiana. Si nos fijamos en el mundo laboral y sindical, constituye una evidencia incontestable, en la mayoría de los países, que las reglas reguladoras de la disciplina sindical se producen al margen, y muchas veces en contra, de la legalidad estatal. El hecho, sin embargo, no tendría mayor trascendencia, si no fuera porque esos sectores privados, y jurídicamente autónomos, se convierten en los verdaderos centros de referencia para los individuos aisladamente considerados. Son las esferas privadas las que toman en cuenta, mientras la esfera pública se desvanece, como una construcción artificial y lejana.²⁶ Werner Weber recoge esta idea con singular precisión cuando afirma: “Si el individuo ya no puede contar sólo consigo mismo para organizar su propia vida, sino que para dar una base de seguridad a la propia existencia necesita insertarse en alguna organización colectiva, y si los hombres en su existencia de grupo como mineros, metalúrgicos, comerciantes, empresarios de transportes, agricultores, industriales..., etc., dependen al mismo tiempo de las manipulaciones de los mecanismos del Estado, es lógico que ellos reclamen al cuadro directivo de su propio grupo que ejerza presiones, en un sentido que

²⁵ Burdeau, *op. cit.*, pág. 57.

²⁶ Cfr. Habermas, *Capital monopolista y sociedad autoritaria*, Barcelona, 1973, pág. 37.

les sea favorable, sobre tales manipulaciones de los mecanismos del Estado.”²⁷

Por otro lado, es el mismo Estado quien, a tenor de todas estas circunstancias, se ha visto compelido a conferir una orientación diferente a su misma legalidad. La ley ha dejado de ser “la regla general y abstracta del comportamiento humano”, para pasar a convertirse en medida concreta, en acto de confirmación política, y a menudo, en puro convenio con los propios grupos de intereses privados. “¿Qué tienen aún en común —se pregunta Bachof—²⁸ con el concepto clásico de ley, por dar sólo un par de ejemplos, las leyes de ayuda a la inversión o los preceptos sobre el fomento de la industria pesquera del arenque?”

Como es natural, al convertirse la ley en simple medio para la realización de cambiantes fines políticos, para el fomento o la contención de intereses particulares y concretos, su *auctoritas*, producto en otro tiempo de su generalidad, ha quedado inapelablemente quebrantada. Y con ella, como no podía suceder de otra manera, la Constitución, en cuanto *norma normorum* ha entrado también en crisis.

2. Crisis política de la constitución

La Constitución que, originariamente, se configura como sistema jurídico de garantías para los individuos, desde sus comienzos también pretende ordenar de manera total la estructura del Estado y la entera realidad política. Acabamos de ver cómo su función jurídica garantizadora ha ido paulatimamente perdiendo vigencia social, en la medida que los individuos encuentran en grupos y asociaciones privadas más sólidos y eficaces cobijos. No ha corrido, no obstante, mejor suerte esa otra misión conformadora y ordenadora de la vida del Estado, como a continuación tendremos ocasión de comprobar.

El Estado actual, como se ha repetido tantas veces, nada tiene que ver con el Estado liberal de derecho clásico. Expresiones como *Daseinvorsorge*, *Welfare State*. Estado social de derecho, no hacen sino reflejar, con sobresaliente plasticidad semántica, la existencia de una nueva realidad. Si en el Estado liberal de derecho la función del Estado quedaba reducida, según la frase feliz de Lasalle, a la de simple vigilante nocturno, hoy el Estado ha pasado a ser

²⁷ W. Weber, “Des politische Krätssystem in der Wohlfahrtsstaatlichen Massendemokratie, *er Schriftenreihe des Deutschen Industrie und Handelstags*, n° 39, 1956, pág. 43.

²⁸ Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, Madrid, 1963. pág. 42.

“pedagogo, investigador, patrono, banquero, constructor, regulador de precios, orientador de inversiones y tantas y tantas cosas que le permiten controlar, prácticamente, toda la vida social y económica del país”.²⁹ El puro desbordamiento cuantitativo de las funciones estatales bastaría, por sí solo, para explicar el hecho de que las constituciones liberales clásicas hayan sufrido conmociones importantes. La constitución en el siglo XIX —ha escrito Burdeau—³⁰ lograba abarcar la totalidad o casi totalidad de la vida política por cuanto el ámbito de la misma, al ser reducido, se prestaba a tal aprehensión. Hoy en día la constitución se ha visto inexorablemente sobrepasada por la desmedida amplitud de las funciones que estaría llamada a encauzar. Pero hay más.

Aparte del cambio cuantitativo que se acaba de reseñar, se han producido otro tipo de transformaciones de mayor significación y relevancia. A consecuencia del pluralismo y la fragmentación típica de la estructura social contemporánea, la mayor parte de las constituciones surgidas a partir de la segunda gran guerra, reviste un marcado anfibológico. Al ser producto del pacto entre fuerzas políticas contradictorias y con intereses sociales diferentes, los principios ideológicos que las orientan tienen, por fuerza, que resultar ambiguos. Lo que se traduce en que ni la constitución pueda ser considerada como la armadura de un sistema legal homogéneo, ni pueda concebirse tampoco como un arma de gobierno eficaz. Su neutralismo ideológico y sus pretendidas aspiraciones técnicas, para lo que terminan sirviendo, en realidad, es para primar los hechos sobre el derecho. Porque la oficialización de una idea del derecho, que fundamente el orden social, no aparece recogida en las constituciones, la política se queda sin otra inspiración posible que la que le otorgan los intereses más inmediatos.

Con todo, cuando la crisis política de la constitución adquiere su dimensión más patética, no es a la hora de contemplar su incidencia y su función orientadora de la acción del Estado, sino cuando se toma en consideración la misma estructura estatal. Es ahí donde se muestra la más tajante y radical separación entre la normativa constitucional y la realidad política. El ejemplo de los partidos constituye todo un símbolo que no estará de más que recordemos.

Habiendo representado los partidos, probablemente, el fenómeno político más importante de los últimos cien años, es lo cierto, sin

²⁹ T. Villarroya, *op. cit.*, pág. 660.

³⁰ Burdeau, *loc. cit.*

embargo, que su existencia ha sido ignorada por los ordenamientos constitucionales. Lo que no tendría otra relevancia si no fuera porque este sistemático desconocimiento, para lo único que ha servido ha sido para dar pábulo a un constitucionalismo nominal, y para que nos acostumbremos a considerar a la constitución como un relicario de principios que hoy no tienen ninguna virtualidad. De esta suerte, principios constitucionales que otrora parecieron intangibles, como el principio de la división de poderes, o la prohibición del mandato imperativo, han quedado reducidos a meras ficciones jurídicas. Hoy sabemos que los parlamentarios no votan libremente sino obedeciendo órdenes de sus partidos. Sabemos igualmente que la función de mutuo control entre los distintos poderes del Estado, que pretendía satisfacer la vieja teoría de la división de poderes, ha sido sustituida por una nueva y diferente forma de equilibrio. El juego de fuerzas políticas no se contrapesa ya entre el legislativo y el ejecutivo, habida cuenta que los partidos electoralmente triunfantes suelen estar en ambos, sino entre mayorías y minorías, entre los partidos que ganan las elecciones, pero pueden perderlas en el futuro, y los partidos que pierden las elecciones, pero en una próxima convocatoria pueden resultar vencedores.

Quiérase o no reconocer, la realidad estatal no es la que nos describen las constituciones, sino algo muy diferente. Si se pretendiera conocer los centros de decisión política más importantes, habría que ir a buscarlos a los comités y comisiones ejecutivas de los partidos y no a los parlamentos o a los gabinetes. No resulta, por tanto, descabellado el juicio de Burdeau cuando escribe: “Ciertamente siguen redactándose constituciones, pero con ello se trata tan sólo de perpetuar un rito que ha perdido su sentido, y que no pasa de ser un simple hecho, expresión única de la supervivencia de las constituciones, en un medio en el que son impotentes para imponer sus leyes.”³¹

3. Crisis ideológica de la constitución

La crisis jurídica y la crisis política de la constitución va a condicionar, como es obvio, su crisis ideológica. A pesar de la afirmación de C. Schmitt de que “en el desarrollo histórico constitucional del Estado europeo continental, la divergencia entre la legalidad y la legitimidad se han convertido en el destino de este Estado”,³² no se

³¹ *Ibid.*

³² C. Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971, pág. 13.

puede, ni se debe olvidar que durante bastante tiempo, y según la clásica formulación de Weber, la legalidad, y la creencia en la legalidad, sirvieron de criterios políticos legitimadores.

Es verdad que durante el siglo XIX no faltan las exhortaciones contra la pretensión racionalista de reducir los ricos procesos de la vida política al esquematismo legalista. Ya antes de la revolución de 1848 fue acuñada en Francia la expresión de que la legalidad mata (*la légalité tue*). Y fue el propio Luis Napoleón quien, inmediatamente después de 1848, estableció en sus proclamas la petición de principio de abandonar la legalidad para entrar de nuevo en el derecho (*de sortir de la légalité pour rentrer dans le droit*). Sin embargo, el hecho de que la polémica política se presentara en términos de legalidad o abandono de la legalidad, pone claramente de manifiesto que la legalidad conservaba todavía un notable potencial ideológico.

Sería como consecuencia de la pérdida del carácter de generalidad de la ley, de la incapacidad funcional de las constituciones para resolver los infinitos problemas de la vida social, y de la propia lejanía de todo el aparato del Estado liberal de la sociedad en que estaba inmerso, como se terminaría, en un proceso lento, pero inexorable, haciendo que las cuestiones de legalidad dejaran de presentarse en términos ideológicos y como cuestiones de legitimidad. Si en la democracia constitucional clásica, la constitución consagra al gobernante, y, al mismo tiempo, lo limita y lo controla, en la democracia contemporánea, lo que va a importar antes que nada, será la conexión entre gobernante y gobernado. Por encima de la voluntad de la ley se colocará de esta forma la voluntad del pueblo. Con lo cual, los problemas de legalidad perderán su condición de problemas ideológico-políticos, para convertirse en problemas puramente técnicos o de simple conveniencia.

IV. *La jurisdicción constitucional como guardián de la constitución*

Es en este panorama francamente desalentador, y ante la crisis generalizada del concepto de constitución clásico, cuando la jurisdicción constitucional opera su más espectacular despliegue en el juego de los mecanismos del Estado moderno. La pregunta que se impone es: ¿Qué sentido tiene introducir mecanismos de defensa del orden constitucional, cuando la constitución ha perdido su presti-

gio y ha dado muestras, por todas partes, de su incapacidad y su ineficacia?

Ocurre, sin embargo, y es ésta una matización que me parece trascendental, que la impresionante quiebra histórica de los principios organizativos en que descansaba el viejo orden liberal, no implica en modo alguno la quiebra de los valores que ese orden pretendía realizar. Las ideas de libertad y democracia, siguen estando presentes en el espíritu humano, y aunque las constituciones hayan dado pruebas bastantes de su impotencia, continúan, no obstante, representando la única vía razonable a través de la cual esas ideas pueden realizarse en la historia. Así se explica que se sigan redactando constituciones y que, a pesar de los pesares, la constitución no haya desaparecido definitivamente. De lo que se trataría entonces, no es de negar los supuestos en que reposa todo el constitucionalismo, sino de procurar que esos supuestos no queden convertidos en letra muerta de la ley. Para cumplir esta noble misión, en un universo político descompuesto y caótico, es para lo que precisamente aparece la justicia constitucional.

No deja de ser sintomático que cuando en Europa se plantea la gran polémica sobre la jurisdicción constitucional, es precisamente en el contexto político de los años veinte, precursores de terribles u trágicas dictaduras. Y no deja de ser tampoco significativo el hecho de que hayan sido Italia y la República Federal de Alemania, los dos países que padecieron el yugo de la tiranía, quienes hayan desarrollado más eficaz y coherentemente sus sistemas de justicia constitucional.

Ahora bien, que la justicia constitucional nazca históricamente como respuesta a una crisis generalizada del concepto de constitución, obliga, antes de nada, a establecer un adecuado y radical planteamiento sobre cuáles habrán de ser sus funciones. No se trata ya tan sólo de desarrollar silogísticamente, como hizo la práctica judicial norteamericana, la idea de que porque la constitución es *lex superior*, en caso de conflicto con una norma inferior, su criterio deba prevalecer. En otras palabras, no se trata de entender la jurisdicción constitucional como un mecanismo encargado simplemente de introducir coherencia en la vida jurídica del Estado. Aunque mucho más delicada y difícil, su misión consistirá, además, en convertirse en *guardián de la constitución*. Leibholz lo expresa con toda contundencia en un párrafo que no me resisto a transcribir: "El Tribunal Constitucional — dice — es el 'supremo guardián

de la Constitución'. Y es legítima la aplicación de este concepto, porque gracias a él se puede concebir dicho tribunal como el órgano que tiene que decidir en suprema y última instancia en derecho, ante el pueblo y el Estado, sobre las controversias jurídicas y diferencias de opinión que la ley fundamental le somete. Existen otros órganos que pueden reivindicar este mismo título en correspondencia al ejercicio de sus funciones constitucionales. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico-constitucional, el único órgano que está llamado a ser el 'supremo guardián de la Constitución' es el Tribunal Constitucional."³³

Que los tribunales constitucionales se configuren como *guardianes de la constitución* no representa, por supuesto, una simple frase. Significa, en primer lugar, que se va a operar una ampliación importante de sus esferas de competencias. Hasta antes de la segunda guerra mundial, hablar de justicia constitucional equivalía a hablar de control jurisdiccional, de la *judicial review*, tal y como fue abordada y entendida por la tradición jurídica americana. Hoy en día, por el contrario, el control de constitucionalidad es únicamente un apartado (si bien, importante y nada desdeñable) de una fenomenología mucho más rica y compleja.³⁴ A su lado hay que situar instituciones y actividades tan decisivas como la *Verfassungsbeschwerde*, la resolución de los conflictos entre los órganos superiores del Estado, la declaración de anticonstitucionalidad y la prohibición, en su caso, de los partidos políticos, la declaración de pérdida de derechos fundamentales, etc., etc. Como no podía ser de otra manera, la justicia constitucional ha ido enriqueciendo su contenido hasta límites, que no hace todavía mucho tiempo hubieran resultado insospechados. Piénsese, por ejemplo, en la temática de los partidos políticos.

En 1928 es cuando con la publicación de la obra de Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, se introduce por vez primera en la literatura científica el neologismo *Legalisierung der Parteien*. Ni que decir tiene que en los códigos constitucionales su recepción fue, naturalmente, mucho más tardía y a su vez más limitada. No puede menos de causar asombro, por tanto, que en un período histórico tan limitado, la actividad de los partidos, de ser una actividad ignorada por el derecho, haya pasado a convertirse

³³ G. Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia*, Madrid, 1971, pág. 148.

³⁴ Sobre las distintas manifestaciones de la justicia constitucional, véase el libro del célebre jurista y periodista austriaco René Marcic: *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, 1963, págs. 93 y ss.

en objeto de atención de la justicia constitucional. (Me refiero a las sentencias del tribunal constitucional alemán sobre el S.R.P. y el K.D.P.)

Naturalmente, si esto ha sucedido así es porque inexorablemente así tenía que ocurrir. Si los ataques al orden constitucional proceden, como ya señalábamos anteriormente, de los frentes más dispares, es lógico que la jurisdicción constitucional, en cuanto defensora de la constitución, enriquezca también sus competencias. El profesor Fix Zamudio⁵⁵ ha distinguido entre medios de defensa que se refieren a los problemas que surgen en el funcionamiento normal de las instituciones del Estado, y los que se refieren a las alteraciones y violaciones flagrantes del ordenamiento jurídico. Pues bien, no cabría imaginar una justicia constitucional eficaz que no abarcara tanto a los unos como a los otros. Tomemos de nuevo el ejemplo de los partidos políticos. ¿De qué serviría someter al más estricto control de constitucionalidad a todas las instituciones del Estado, dejando al margen la actividad de los partidos, cuando sabemos que las decisiones políticas fundamentales se toman en sus comités y sus comisiones ejecutivas y no en los parlamentos ni en los gabinetes?

Con todo, no es el simple aumento de competencias formales el aspecto más característico de la actual justicia constitucional, ni lo que permite definirla, sin ambages, como guardián de la constitución. Lo verdaderamente nuevo y original viene dado por el hecho de que el juez constitucional —y el caso alemán representa un paradigma de excepción—, ya no es sólo un vigilante del cumplimiento de la ley, sino que, además, se ha convertido en el vigilante y el encargado de hacer cumplir a los órganos del Estado y a los ciudadanos el orden fundamental de valores ínsitos en la constitución. Razones legales y doctrinales avalan suficientemente esta circunstancia.

Desde el punto de vista estrictamente legal, es lo cierto que la mayoría de las constituciones modernas incluyen en su articulado referencias precisas a la dignidad e inviolabilidad de la persona humana, a los derechos naturales, a los valores de la democracia y de la libertad. Es frecuente, además, que estas referencias se inserten, a la hora de regular los procedimientos de reforma constitucional, en las llamadas cláusulas de intangibilidad, pasando a constituir de esta forma una especie de superlegalidad constitucio-

⁵⁵ Fix Zamudio, *op. cit.*, pág. 14.

nal. No merece la pena discutir ahora la procedencia o improcedencia de que en los textos constitucionales se recojan o no dichas cláusulas. El problema de los límites, tanto explícitos como implícitos, a la reforma constitucional, termina siendo siempre un problema jurídicamente insoluble. Lo importante, en todo caso, es resaltar que, porque las constituciones introducen en su horizonte normativo referencias precisas al orden de valores en donde encuentran su inspiración, la perspectiva en que se sitúa la concepción de los derechos fundamentales, y de los principios inspiradores del orden político, cambia completamente de sesgo. En frase gráfica de Herbe Krüger: “Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos humanos.”³⁶

El abandono que, desde una perspectiva doctrinal, esta actitud supone respecto al viejo positivismo legalista no puede ser más claro. El dogma de la omnipotencia de la ley se ve sustituido por un dogma mucho más viejo y nunca del todo olvidado. Utilizando la conocida fórmula de Hermann Jahrreiss “se trata de un retormo de la idea de la ley como previa al derecho, a la del derecho como previo a la ley”.³⁷

Las consecuencias que de este cambio en los planteamientos constitucionales van a derivar para la justicia constitucional, no pueden ser más trascendentales. Mientras las reglas del control judicial —dice Otto Bachoff³⁸— estuvieron vagamente formuladas, sujetas a dudas en cuanto a su obligatoriedad, y entregadas a la discreción del legislador en cuanto a su vigencia en el tiempo, el control judicial tuvo que seguir siendo un arma sin filo e ir a parar finalmente al vacío. Hoy en día el juez constitucional conoce que existe un orden fundamental de valores, que ni el propio legislador constituyente puede alterar, y conforme al cual debe, en los casos oportunos, razonar sus sentencias. En ese orden, se establecen principios tales como la democracia, la forma parlamentaria de gobierno o la división de poderes. Así las cosas, negar que la justicia constitucional es el auténtico guardián de la constitución, significaría simplemente negar la evidencia.³⁹

³⁶ H. Krüger, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Bonn, 1950, pág. 12.

³⁷ Citado por Bachof, *op. cit.*, pág. 36.

³⁸ Bachof, *op. cit.*, pág. 30.

³⁹ El hecho de que el juez pueda y deba juzgar teniendo en cuenta el orden de valores subyacentes a la constitución nos debe hacer recordar el sentido de la afirmación que recogimos al principio.

V. Algunos problemas de la jurisdicción constitucional

La desmesurada ampliación de competencias de la justicia constitucional y la importancia política que sus sentencias pueden revestir, ha hecho que, con frecuencia, se contemple con recelo a este nuevo *guardián de la constitución*. Dos tipos de críticas son las que más insistentemente han recaído sobre él. Unas de carácter estructural, otras de carácter funcional.

Desde el punto de vista de la estructura del Estado liberal de derecho clásico, se ha insistido en que el incremento acentuado del poder de los jueces, con la correlativa y proporcional disminución de la significación del poder legislativo y del poder ejecutivo, terminaría dando al traste con la teoría de la división de poderes. De este modo, frente al Estado legislativo parlamentario, y frente al Estado administrativo,⁴⁰ de lo que habría que comenzar a hablar es del Estado judicial, en el que “el juez —en expresión de Forsthoff— es quien decide, apoyándose en el derecho, sobre cuándo está él mismo sujeto a la ley y cuándo deja de estarlo”.⁴¹

No merece la pena discutir en qué medida *el gobierno de los jueces* es una realidad o no lo es.⁴² A nivel puramente indicativo me interesa, sin embargo, y a efectos de lo que voy a mantener después, dejar clara constancia de dos hechos:

sobre la posibilidad de un control de constitucionalidad incluso en el supuesto de una Constitución flexible. Por otro lado, en el marco de las constituciones rígidas abre la posibilidad de declarar anti-constitucionales normas de la propia constitución. A este respecto, Bachof ha sostenido que las normas constitucionales contrarias a los principios de derecho natural (hayan sido o no expresamente reconocidos por la constitución) son inválidas. Dichos principios —entiende—, en cuanto límites super-constitucionales de la soberanía del Estado, vinculan con independencia de su positivación, que sólo tiene eficacia declarativa, no constitutiva. (Cfr. *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tubinga, 1951). Esta tesis suscitó una controversia entre Bachof y Apelt en 1952. Posteriormente, la hipótesis de la negativa de un juez, en estos casos, a seguir la norma constitucional ha sido considerada por Bachof como una lejana posibilidad. Cfr. *Jueces y constitución, op. cit.*, págs. 58-59. También se ha planteado esta cuestión en la doctrina italiana. Véase, por ejemplo, Garbagnati: “Il giudice di fronte alla legge ingiusta”, en *JUS*, 1951, págs. 431 y ss.

⁴⁰ Cfr. C. Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, op. cit. En el prólogo de esta obra hace Schmitt una sugerente interpretación de lo que él llama Estado legislativo, Estado administrativo y Estado jurisdiccional. Cfr. también Fix Zamudio: *op. cit.*, pág. 152.

⁴¹ Forsthoff, *Die öffentliche Verwaltung*, Stuttgart, 1964, págs. 41 y ss.

⁴² Cfr. Fix Zamudio, *op. cit.*, pág. 53, donde el insigne tratadista mexicano pone de relieve que “la fuerza del cuerpo judicial como órgano supremo de justicia constitucional no descansa como es ostensible, en medios de carácter material, de los cuales carece, sino en su prestigio moral y en su estricta imparcialidad”. Presentar en estas circunstancias la realidad de un Estado judicial en el mismo plano que se presenta la realidad del Estado administrativo no es correcto. El poder ejecutivo dispone de medios materiales de los cuales carece el poder judicial. Así se explica que, frente a las cautelas con que, generalizadamente, se contempla el impresionante desarrollo del poder ejecutivo no ocurra lo mismo con relación al despliegue del poder judicial.

1) Que las críticas formuladas contra un hipotético Estado judicial provienen, normalmente, de las concepciones jurídicas más autoritarias. Los casos de Schmitt y de Forsthoff constituyen dos ejemplos reveladores.⁴³

2) Que invocar la teoría de la división de poderes y condenar con ella la posible incidencia del poder judicial en la vida del Estado, no pasa de ser un recurso ideológico que, por estar parcial e interesadamente empleado, le priva de todo fundamento. Es verdad que un aumento del poder judicial implica por obligación una disminución de las atribuciones de los otros poderes del Estado, pero no es menos claro que históricamente el poder judicial se ha visto sensiblemente disminuido en sus atribuciones con relación al legislativo y al ejecutivo. Acrecentar ahora su influencia, acaso fuera más compensar un tradicional desequilibrio histórico, que establecer ningún tipo de preeminencia. Por otro lado —y es aquí donde el carácter ideológico de la crítica al poder judicial se muestra más palpablemente— invocar en nombre de la división de poderes una disminución de las competencias judiciales, obligaría, previamente, a exigir otros cambios más notables en la estructura del Estado moderno.

Es cierto, como dice Loewenstein, que la teoría de la división de poderes es una teoría anticuada, pero su condición de reliquia histórica no le viene impuesta por la presencia omnipotente del poder judicial, sino por la existencia de otros factores que le son completamente ajenos. Piénsese en el aumento de la importancia del poder ejecutivo en el moderno Estado administrador, o en el no menos decisivo fenómeno de la partitocracia, al que más arriba hacíamos referencia. Condenar, por tanto, en nombre de una teoría periclitada, y políticamente destrozada, la cada vez más creciente significación del poder judicial, supone establecer una condena que ni tiene base histórica, ni cimentación lógica ninguna. Que su utilización ideológica es patente lo demuestra el hecho de que si en nombre de la división de poderes se estableció en Francia un control político de constitucionalidad, en nombre de la negación de la división de poderes se llegó en la URSS, y en los países sometidos a su influencia, a los mismos resultados.⁴⁴

⁴³ Forsthoff, *Die öffentliche...*, *op. cit.*, C. Schmitt: *La defensa de la Constitución*, *op. cit.*, págs. 82 y ss. En un sentido paralelo, Triepel: *Streitigkeiten zwischen Reich und Länder*, Homenaje de Berlín a W. Kahl, Tubinga, 1923, págs. 19 y ss.

⁴⁴ Sobre el principio de la unidad de poderes y sus repercusiones en la URSS. Cfr. la insuperable obra de R. David: *Les grands systèmes de droit contemporains (Droit comparé)*, Paris, 1966, págs. 208

Más importantes, y a su vez de solución más compleja, son las críticas dirigidas a la justicia constitucional cuando se la enfoca en su perspectiva interna y en la naturaleza de su función. Ya durante la vigencia de la Constitución de Weimar, el tribunal estatal del Reich declaró que “bajo cada litigio constitucional se esconde una cuestión política susceptible de convertirse en un problema de poder”.⁴⁵ Es indiscutible — como afirma Leibholz —⁴⁶ que las cuestiones sometidas a la jurisdicción constitucional son, a menudo, de carácter político y con repercusiones políticas importantes. Y he aquí el problema: ¿La justicia constitucional representa un intento sagaz y único de *judicialización* de la política, consumando así esa tendencia de racionalización del poder de la que hablara Mirkine-Guetzevitch?⁴⁷ O por el contrario: ¿La justicia constitucional lo que implica, en realidad, es una politización de la justicia que equivaldría a decretar su sentencia de muerte, como advierte Carl Schmitt?⁴⁸

No se puede negar que, en su estructura tipológica ideal, existe una contradicción interna, y prácticamente insalvable, entre la esencia de lo político y la esencia de lo jurídico. Como ya indicara el sociólogo y estadista austriaco Albert Schäffle,⁴⁹ al final de la pasada centuria, esa contradicción se explica porque mientras la política se encuentra aprisionada en una esfera dinámica e irracional, el derecho, en su estructura esencial fundamental, es un ente estático y racional, que trata de sujetar y controlar las fuerzas vitales que intentan precisamente expresarse e imponerse en el campo político. Y es este conflicto latente entre lo político y lo jurídico, entre existencialidad y normatividad, entre naturaleza y razón ética, quien presta su singular impronta a la justicia constitucional.⁵⁰

y ss. Sobre la explicación del control político de constitucionalidad en Francia, basado en la teoría de la división de poderes, Cfr. Cappelletti: *op. cit.*, pág. 85.

⁴⁵ Cfr. Leibholz, *op. cit.*, pág. 149.

⁴⁶ Leibholz, *op. cit.*

⁴⁷ Mirkine-Guetzevitch: *Modernas tendencias del derecho constitucional*. Traducción de Sabino Alvarez Gendin, Madrid, 1934, págs. 11 y ss.

⁴⁸ C. Schmitt, *La defensa de la constitución*, *op. cit.*, pág. 33. Dice textualmente: “Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro del Estado de Derecho, olvidando que con la expansión de la justicia a una materia que no es justiciable, sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial. Como frecuentemente he tenido ocasión de advertir, tanto para el Derecho constitucional, como para el Derecho de gentes, la consecuencia sería no una judicialización de la política, sino una politización de la justicia.”

⁴⁹ Citado por K. Mannheim, quien comparte sus mismas ideas, en *Ideología e utopía* (edición italiana de *Il Mulino*) Bolonia, 1957, págs. 112 y ss.

⁵⁰ Cfr. Leibholz, *op. cit.*, pág. 149.

Se ha repetido con machacona insistencia que el carácter político de un acto no excluye el conocimiento jurídico del mismo, de igual modo que el resultado político de dicho conocimiento no tiene por qué despojarle de su carácter jurídico.⁵¹ Lo que significaría colocar a la actividad jurisdiccional constitucional en el mismo plano que la actividad jurisdiccional ordinaria.

Son muchos, sin embargo, los aspectos que hacen pensar que se trata de una afirmación si no inexacta, no del todo, al menos, rigurosa.

Para empezar, no deja de ser sintomático el hecho de que en los países donde la justicia constitucional se monta siguiendo el modelo austríaco — que en definitiva es donde surge la verdadera jurisdicción constitucional — los criterios de selección de los jueces sean distintos a los mantenidos para operar la selección de la judicatura ordinaria. Igualmente es significativo el que, so pena de traicionar los objetivos últimos de la justicia constitucional, no se puedan acoplar a ella algunos de los principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario. Piénsese, por ejemplo, en el principio de justicia rogada (*da mihi facto dabo tibi jus*). No se comprendería que a la hora de declarar anticonstitucional una determinada ley, el juez constitucional — y en virtud del principio inquisitivo, contrario al de la justicia rogada — no indagara más allá de las pruebas aportadas por las partes para contemplar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posibles.

Pero cuando la incidencia de lo político sobre lo jurídico adquiere, en la justicia constitucional, su dimensión más notable, es a la hora de tomar en cuenta algunas de las normas que han de servirle de fundamento para dictar sus sentencias. La introducción en los ordenamientos constitucionales de fórmulas como dignidad del hombre, libertad, principios del régimen político, Estado de derecho, etc., exigen del juez una definición previa de lo que debe entenderse por todos esos conceptos. Y es obvio, que esa definición, más que jurídica, es una definición política. Por este motivo, fueron el propio Kelsen, en Austria, y Calamandrei, en Italia, quienes llegaron a sostener que los jueces constitucionales desempeñaban en

⁵¹ Cfr. Otto Bachof, "Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik", en *Summum ius summa iniuria* (Tübingen-rechtswissenschaftliche Abhandlungen). Tübinga, 1963, págs. 41 y ss.; W. Wengler: *Der Begriff des Politischen im Internationalem Recht*, Tübinga, 1956, págs. 40 y ss.

ocasiones más una actividad legislativa que una actividad propiamente jurisdiccional.⁵²

Contra esa apreciación se ha argüido que ya no vivimos en el tiempo en que se creía que el juez, en general, debería limitarse a aplicar la ley mediante procesos estrictamente lógicos, y ateniéndose exclusivamente a sus mandatos. El dogma de la falta de lagunas en el ordenamiento ha quedado, como tantos otros, destruido, y la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, que exigen la interpretación del juez, afecta tanto a la justicia constitucional como a la justicia ordinaria.⁵³ Sin embargo, no se puede desconocer que las repercusiones de este cambio son muy distintas en uno y otro caso. La especial posición constitucional de la primera con relación a la segunda, impide que se pueda juzgar por igual, y con la misma medida, a dos instituciones que ocupan lugares diferentes.

VI. Conclusión

Llegamos de este modo a un punto de nuestro razonamiento en el que quizá ya convenga volver la vista atrás para hilvanar de nuevo la línea argumental. Hemos dicho que la justicia constitucional aparece como un impresionante reto histórico a una crisis generalizada del concepto de constitución. De las someras referencias que al moderno e indiscutible *guardián de la Constitución* acabamos de realizar, se infiere ahora incontestablemente un nuevo y paradójico problema. Con la creación de la justicia constitucional, la vieja estructura del Estado liberal de derecho sufre otro embate importante más. El poder judicial ha dejado de ser, como en tiempos de Montesquieu, *la bouche qui prononce les paroles de la loi*, esto es, un poder *en quelque façon nul*, para pasar a convertirse, en un universo político caótico y dispar, en la última instancia en quien se

⁵² Cfr. Cappelletti, *op. cit.*, págs. 75-76. A juicio de Cappelletti, tanto la opinión de Kelsen como la de Calamandrei son equivocadas. En la misma orientación de Kelsen y Calamandrei convendría recordar el siguiente juicio de Esposito: "Non si nasconde che in alcuni casi la vaghezza del limite imposto al legislatore trasformi in discrezionale e politico il giudizio sul suo rispetto". Cfr. Esposito: *La validità delle leggi*. Milán, 1964, pág. 24.

⁵³ Cfr. Bachof, *Jueces y constitución, op. cit.*, págs. 11 y ss. Conviene recordar que fue Oscar Bülow quien en 1885, en el célebre discurso rectoral de Tubinga sobre *La ley y la judicatura*, puso de relieve el papel de la interpretación judicial. En esa línea, los trabajos posteriores de Isay (*Rechtsnorm und Entscheidung*), de Heck (*Das Problem der Rechtsgewinnung*), de Esser (*Grundsatz und Norm*), de Wieacker, etcétera, vienen a confirmar que la idea que se tenía de la función judicial en los tiempos de Montesquieu — "la bouche qui prononce les paroles de la loi" — ha cambiado por completo. Hoy el poder judicial no es en *quelque façon nul*, sino un poder que "junto a la ley crea el derecho para el pueblo" (Bülow).

deposita la confianza para una posible racionalización de la convivencia colectiva (Mirkiné Guetzevitch). Lo que significa, que a los aspectos en que según veíamos se manifestaba la crisis de la constitución, habría que añadir uno más.

Se comprende así que no hayan faltado las voces que vean en el creciente aumento de competencias, y en el amplio margen de interpretación que corresponde a la justicia constitucional, al peligroso y temible Leviathan de los tiempos modernos.

No obstante, y como también ya hemos expuesto, el problema no es ése. Defender la constitución no supone defender la estructura y la forma de organización en que, históricamente, cristalizó el llamado Estado liberal de derecho clásico. Defender la constitución lo que implica es la defensa de los valores que, desde sus comienzos, inspiraron al movimiento constitucionalista. Y es en este sentido en el que la justicia constitucional aparece, al mismo tiempo, bajo la dialéctica contradictoria de ser una institución corrosiva y constructora, crítica y salvadora. Precisamente el hecho de determinar nuevos planteamientos respecto a los enfoques que sobre la justicia había hecho el inicial constitucionalismo, es lo que permite concebirla como una instancia, acaso definitiva, en las posibilidades de profundizar y hacer más reales la democracia y la libertad.

Decía Jellinek en su *Sächsisches Staatsrecht* (1909) que cuando la constitución es vulnerada o falseada, todas las medidas que se establezcan en su defensa están destinadas a no ser puestas nunca en práctica. Sin embargo, frente a los vacilantes e incrédulos de la eficacia de la justicia constitucional, y frente a los temerosos de su posible omnipotencia, nada mejor que recurrir a la propia realidad.

No deja de ser sorprendente que, al margen de ideologías políticas, la justicia constitucional se abra paso, aunque lenta y penosamente, tanto en los países de democracia clásica como en las llamadas democracias marxistas. Y no deja tampoco de causar asombro el papel desempeñado por los tribunales constitucionales en aquellos países de jurisdicción constitucional más avanzada. El profesor Fix Zamudio ha podido escribir con toda la razón: "Aun en el caso de los referidos tribunales constitucionales de tipo europeo, respecto de los cuales los peligros de una intervención política son más evidentes, no se han presentado conflictos insuperables entre los organismos del poder, como se temía por algunos tratadistas, y por el contrario la actuación serena y objetiva de los jueces constitucionales, inclusive a través de una autolimitación muy equi-

librada, ha determinado el éxito extraordinario que han alcanzado los tribunales constitucionales de Italia y Alemania Occidental, imitados posteriormente por otros países.”⁵⁴

Ahora bien, que la justicia constitucional asuma la defensa de los supremos valores contenidos en las constituciones, no quiere decir, de ninguna forma, que sea ella la encargada de crearlos. Dicho en otras palabras, sólo tiene sentido hablar de justicia constitucional en aquellos países y aquellas situaciones donde la constitución, aparte de ser un texto escrito, es ante todo una vivencia colectiva, donde las contradicciones e incoherencias de la constitución formal tiene una vía de solución por la existencia de una constitución material. Es cierto que siempre tiene que haber una justicia. El Antiguo Testamento nos habla de un período de los jueces anterior al período de los reyes. Pero no es menos cierto que hay una justicia de cadí y una justicia democrática, y no cabe hablar de justicia democrática y libre en sociedades que, previamente, ni son democráticas ni son libres.

⁵⁴ Fix Zamudio, *op. cit.*, pág. 153.