

LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL: POSIBILIDADES Y PERSPECTIVAS (*)

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

INTRODUCCIÓN.—I. LA INVENCIÓN NORTEAMERICANA DE LA «JUDICIAL REVIEW» Y SU PAPEL CENTRAL EN EL SISTEMA.—II. EL RECHAZO INICIAL EN EUROPA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL, SU RECONSTRUCCIÓN EN EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO XX A TRAVÉS DE LA OBRA DE KELSEN Y EL RETORNO AL MODELO NORTEAMERICANO (CON DATOS ESTRUCTURALES DEL SISTEMA AUSTRÍACO) EN LA ÚLTIMA POSGUERRA: ALEMANIA E ITALIA.—III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y SUS PODERES: 1. *La recepción del modelo alemán, pero con matizaciones importantes. La amplitud de competencias del Tribunal español es hoy la más extensa entre las existentes.* 2. *La competencia del control de constitucionalidad de las leyes.* 3. *La competencia de recurso de amparo de los derechos fundamentales. La justificación de la atribución al Tribunal Constitucional de la protección de los derechos fundamentales en la condición de «valor superior» de éstos. Excursus sobre la doctrina jurisprudencial norteamericana sobre la preferred. position de los derechos fundamentales. La tutela del derecho «de conformidad con el contenido constitucionalmente declarado» como una tutela de la Constitución; el problema de las leyes atentatorias a ese contenido en el recurso de amparo.* 4. *La competencia de los conflictos constitucionales; en particular, el conflicto por vía impugnatoria del artículo 161.2 de la Constitución y sus problemas.* 5. *El control preventivo de la constitucionalidad de Tratados internacionales y proyectos de Estatutos de Autonomía y de Leyes Orgánicas.*—IV. LAS POSIBILIDADES Y LOS RIESGOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: 1. *Las objeciones tradicionales a la justicia constitucional.* 2. *La crítica conservadora: Carl Schmitt y la destrucción del sistema de Weimar en nombre de la defensa de la Constitución.* 3. *La crítica radical: jacobinismo y comunismo.* 4. *Las críticas al «activismo judicial» en Estados Unidos y en Francia.*—V. LA RESPUESTA A LAS OBJECIONES FORMULADAS CONTRA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: 1. *La justicia constitucional parte de la consideración de la Constitución como norma jurídica; los conflictos constitucionales son conflictos políticos, pero que se deciden jurídicamente.* 2. *La consideración de las consecuencias políticas de las decisiones jurídico-constitucionales. La tesis de Otto Bachof.*

(*) Este artículo es una reimpresión del que en su día fuera publicado en el núm. 1, vol. 1, de esta Revista, págs. 35-131.

3. *La experiencia de los Tribunales Constitucionales. Sólo son aceptados si sus decisiones están jurídicamente justificadas; la instrumentalización partidista de la Constitución y el ajuste de los conflictos mediante el cambio constitucional como única alternativa a la justicia constitucional; la conquista de un nuevo campo para el Derecho y su función pacificadora; la Justicia constitucional ni intenta eliminar ni elimina a la política; la réplica al argumento «contramayoritario»; insustituibilidad del Tribunal para tutelar los derechos fundamentales, especialmente aquellos que tientan a la mayoría a cerrar el sistema en su beneficio.* 4. *El valor cualificado de integración política y social de la justicia constitucional; los casos americano y alemán.*—VI. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO COMISIONADO DEL PODER CONSTITUYENTE PARA LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN; ÓRGANO CONSTITUCIONAL Y NO SOBERANO; LA LIBERTAD DEL PODER CONSTITUYENTE PARA REVISAR LAS INTERPRETACIONES CONSTITUCIONALES DEL TRIBUNAL Y EL ASENTIMIENTO DEL PUEBLO COMO ÚLTIMA FUENTE DE LEGITIMIDAD DE ÉSTE.—VII. LA SIGNIFICACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS CIRCUNSTANCIAS ESPAÑOLAS.—VIII. LA CUESTIÓN DE LOS CRITERIOS DE FONDO QUE FUNDAMENTAN LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. *Un tema central en la teoría de la justicia constitucional.* 2. *La tesis de Ely.* 3. *La tesis de Haerberle.* 4. *La situación del Tribunal Constitucional es la misma de cualquier jurisdicción, interpretar la norma. Conceptos indeterminados y cláusulas «vagas» en la Constitución. «Concepto» y «concepción», según Dworkin. Los valores constitucionales prevalentes. El error de la tesis de Schmitt y la normalidad de un contenido dudoso de la norma en todo el proceso aplicativo del Derecho. La trascendencia de la decisión jurídico-constitucional y la exigencia rigurosa de una motivación, de una justificación de artesanía jurídica y de la crítica en la jurisprudencia constitucional.*

INTRODUCCIÓN

El tema del Tribunal Constitucional es posiblemente el tema central de nuestra Constitución; me atrevo a decir (e intentaré luego probar) que es aquel en que esta Constitución se juega, literalmente, sus posibilidades y su futuro.

No obstante esta importancia, nuestro país va a entrar en el tema, en cierto modo, como en tierra incógnita, porque carecemos de toda experiencia sobre el mismo, incluyendo en esta carencia la no muy brillante historia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República.

I. LA INVENCION NORTEAMERICANA DE LA «JUDICIAL REVIEW» Y SU PAPEL CENTRAL EN EL SISTEMA

El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba a abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este

siglo, por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen (1). Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, *lex superior*; aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema.

Esta concepción de la Constitución es ella misma la gran creación del constitucionalismo norteamericano, la gigantesca aportación de este constitucionalismo a la historia universal del Derecho (2). Está bien establecido que esta concepción incorpora, por una parte, la tradición del derecho natural en su versión puritana y laica, la de Locke, como *lex legum* y como *lex inmutabile* (3). Pero, a la vez, aporta, para hacer efectiva esa superioridad, ese superderecho, técnicas concretas propias del *Common law*; concretamente dos: la formalización en un documento solemne de ese *fundamental law*; documento que es al que precisamente se va a reservar el término de Constitución, y que viene de la experiencia pactista de las colonias americanas, los llamados *charters* o *covenants* (4); y en segundo término, y esto tiene especial relieve, el *common law* es el que habilita una técnica específica en favor de esa supremacía constitucional, la técnica de la *judicial review*, que proviene del *common law* inglés, de su posición precisamente central como «Derecho común», desde la cual el Derecho común puede exigir cuentas a los *statutes*, a las leyes, como normas puramente singulares o excepcionales que son, que penetran en un Derecho común, ya constituido. Esta técnica de predominio del

(1) Sobre el tema de la justicia constitucional en general bastará remitir a algunas obras de referencia, como el tomo colectivo editado por el *Max-Planck Institut*, de Heidelberg, que recoge el coloquio internacional de esta ciudad, 1961, con el título «Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart», Köln, Berlín, 1961; y al dirigido por P. Haeberle, que recopila una serie de trabajos sobre el tema con el título de *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976; esto último con una bibliografía general. Toda la bibliografía ulterior manejada en este trabajo se refiere al tema. Sobre la aportación de KELSEN, en particular, se precisa más adelante.

(2) Cfr. mi trabajo «La Constitución como norma jurídica» en la obra colectiva *La Constitución española de 1878. Estudio sistemático*, dirigido por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2.ª ed., Madrid, 1981, págs. 95 y sigs. (y antes en «Anuario de Derecho Civil», 1979, págs. 291 y sigs.). En adelante citaré este trabajo por la primera de esas publicaciones.

(3) E. S. CORWIN: «The “Higher law” back ground of American Constitutional Law», originariamente publicado en *Harvard Law Review*, 1928-1929, y luego reeditado (Cornell University Press, 1961).

(4) Cfr. sobre las cartas y pactos coloniales y su valor para la ulterior construcción constitucional el capítulo II de B. SCHWARTZ, *The great rights of mankind. A History of the American Bill of Rights*, New York, 1977, págs. 26 y sigs., y referencias; en concreto, de las *Fundamental Orders* de Connecticut de 1639 dijo BRUCE que era «la más vieja Constitución verdaderamente política de América».

common law sobre las leyes o estatutos es lo que todavía hoy en el sistema inglés, que no conoce la técnica de la constitucionalidad de las leyes, por motivos que inmediatamente vamos a ver, se sigue llamando *the control of the common law over statutes*, es decir, el principio interpretativo básico por virtud del cual el Derecho común sitúa dentro del sistema que él representa, y normalmente con criterios restrictivos, todas las normas singulares dictadas por el legislativo, puesto que el *common law* en su esencia no es un derecho legislado, como bien es sabido (5). Desde esa posición de superioridad del *common law* sobre los estatutos, sobre las leyes del Parlamento, ya a principios del siglo XVII el gran juez Coke intentó plasmar en algunas sentencias, sobre todo en la famosa del *Bonham's case*, de 1610, un control no ya sobre el alcance y la interpretación de las leyes parlamentarias, sino sobre la validez misma de estas leyes, implicando, por consiguiente, la eventual anulación de las mismas por contrarias a los principios fundamentales del sistema, considerados como expresión del derecho natural (*the common law will control acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void*; y en otro lugar de la misma sentencia se hace una equiparación expresa entre *common law* y *natural equity*, correlativa a su vez de *iura naturae*, que son *inmutabilia*; son términos literales de este capital fallo, que conocen y utilizan los juristas americanos de la independencia) (6). Pero esta tesis va a perecer en el Derecho inglés, en el desarrollo posterior constitucional, que va a hacer del dogma de la soberanía del Parlamento, forjado al hilo de la lucha entre el Parlamento y el rey, un principio central de la Constitución inglesa, de lo que concluirá derivándose la correlativa inmunidad judicial de las leyes (7).

Los constituyentes norteamericanos enlazan, de manera directa, justamente con esa tradición del juez Core, que es constantemente utilizada en las fuentes, como es bien conocido (8).

La Constitución americana de 1787 formula en su artículo VI, sección segunda, el principio de que la Constitución es el supremo derecho de la tierra, y que en este sentido vincula a los jueces; no obstante, cualquier disposición contraria de las constituciones o de las leyes de los Estados miembros es la básica *supremacy clause* (9).

(5) Cfr. C. K. ALLEN: *Law in the making*, 5.^a ed., Oxford, 1951, pág. 434 (y antecedentes en págs. 421 y sigs.).

(6) Cfr. E. S. CORWIN: *The doctrine of judicial review. Its legal and historical basis, and other essays*, 1914, repr. Gloucester, Mass, m. 1063.

(7) Vid. J. W. GOUGH: *The fundamental law in english constitutional history*, Oxford, 1955.

(8) Cfr. CORWIN: *The doctrine*, cit., págs. 27 y sigs. y 68-9.

(9) R. BERGER: *Congress v. Supreme Court*, Cambridge, Mass., 1969, págs. 223 y sigs. Sobre si, en efecto, esa cláusula está bien interpretada como fundamento de la supremacía cons-

La primera enmienda a la Constitución que se dicta dos años después (para establecer el *Bill of Rights* que faltaba en su texto originario, como es sabido) (10) se concibe ya como un límite al poder legislativo, al decir que «el Congreso no podrá hacer ninguna ley que tenga por objeto establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa, o el derecho de reunirse pacíficamente, o de presentar peticiones al Gobierno». La idea de la Constitución como límite del poder legislativo, pues, es absolutamente explícita.

Sin embargo, como es conocido, hasta 1803, en el famoso e histórico caso *Marbury v. Madison*, obra del gran juez John Marshall, el Tribunal Supremo no va a extraer de estos presupuestos la doctrina del control de constitucionalidad sobre las leyes de la federación (sobre las leyes de los Estados la cuestión admitía menos dudas y se habían producido ya varias sentencias anteriores) (11). Por primera vez en esa famosa sentencia se anula una ley federal, partiendo de la observación elemental que hace el juez Marshall de que cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución la alternativa es muy simple: o se aplica la ley, en cuyo caso se inaplica la Constitución, o se aplica la Constitución, lo que obliga a inaplicar la ley; él opta por esta segunda solución, naturalmente, que juzga *the very essence of judicial duty* (12), sobre la base de lo que ya antes Hamilton, en *The Federalist*, había llamado, y va a quedar en adelante establecido como un principio capital del Derecho público norteamericano, la obligación más fuerte, la vinculación más fuerte del juez a la Constitución (*higher, superior obligation*) (13).

Desde entonces, desde esa capital sentencia de 1803, la *judicial review*, entendida como control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes, va a desarrollarse y va a concluir siendo una pieza central del sistema, incluso de

titucional, *vid.* la crítica de A. M. BICKEL, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of Politics*, Indianápolis, 1962 (9.ª impresión, 1978), págs. 8 y sigs.; réplica en el plano histórico en otra obra del mismo R. BERGER, *Government by Judiciary. The transformation of the fourteenth Amendment*, Harvard University Press, 1977, págs. 355 y sigs. Lo que en todo caso está claro es que la Constitución es «Law binding on fudges in courts» (derecho que vincula a los jueces al juzgar): Ch. L. BLACK, *The people and the Court. Judicial review in a democracy*, Westport, Connecticut, 1960 (repr. 1977), pág. 6.

(10) B. SCHWARTZ: *The great rights*, cit., págs. 160 y sigs.

(11) *Vid.* las referencias de E. S. CORWIN: *The doctrine of judicial review*, págs. 71 y sigs.

(12) Más adelante estudiaremos más despacio las bases técnicas del fallo *Marbury v. Madison*, que continúan siendo relevantes para la teoría general de la justicia constitucional.

(13) Sobre la doctrina de «la vinculación más fuerte», las referencias de mi libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*, 2.ª ed., Madrid, 1981, pág. 10 (e igualmente el texto de Hamilton en la nota 107 *infra*).

la sociedad americana entera. La mitología de la corte suprema americana es inacabable y sería muy fácil acumular referencias. ¿Cómo explicar la sorprendente aceptación general de una institución cuya posición central está basada enteramente en una competencia, la de *judicial review*, que no ha sido atribuida expresamente por la Constitución, sino propiamente «usurpada» (14), o al menos autoatribuida? Más que la explicación (aunque más adelante nos corresponderá ofrecer alguna desde nuestra estricta perspectiva jurídica, sin intentar entrar en problemas de psicología colectiva) nos interesa el resultado: el Tribunal Supremo es reverenciado y acatado como la representación más alta de la ideología americana, de la propia identidad nacional. Hay incluso toda una mitología religiosa: La Constitución como texto inspirado por Dios, los fundadores como los santos, el Tribunal Supremo como los sumos sacerdotes que cuidan del culto al texto sagrado en el «Marbel Palace», en el palacio de Mármol donde tiene su sede y que extraen de ese texto poco menos que la infalibilidad (15).

Sin perjuicio de la explicación más detenida que luego arriesgaremos, podemos ya adelantar que estamos en presencia de lo que C. L. Black Jr., ha llamado justamente la función «legitimadora» del Tribunal Supremo, capital en la sociedad americana, y cita para explicarla la deliciosa anécdota del intelectual francés que al desembarcar en Nueva York exclamó: «Es maravilloso respirar el dulce aire de la legitimidad». Este intelectual sofisticado contrastaba la sucesión de imperios y repúblicas en Francia con la perdurabilidad de un régimen que las sucesivas generaciones habían siempre sentido como bueno, en el pasado y en el presente, con el sentido de la legitimidad perdurable; lo que respiraba era *the sweet odour of the Supreme Court of the United States*, el dulce aroma del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, autor principal de ese consenso prolongado y constantemente renovado sobre la Constitución (16). A su vez, Bickel ha matizado y ha hablado de una función mística o simbólica del Tribunal: para los americanos el símbolo de la nacionalidad, de la continuidad, de la unidad y de la comunidad de fines es la Constitución, sin más precisiones, como el instrumento que ha construido la tierra de la libertad y ha asegurado su pervivencia.

(14) Sobre la teoría de la «usurpación», cfr. BICKEL, pág. 15; BERGER, *Government by Judiciary*, págs. 351 y sigs.; CORWIN, *The doctrine*, págs. 1 y sigs.

(15) Sobre todo ello puede verse el libro de A. S. MILLER, *The Supreme Court. Myth and reality*, Westport, Connecticut, 1978, especialmente sus dos primeros capítulos («The Supreme Court in american society», págs. 3 y sigs., y «Some pervasive myths about the U.S. Supreme Court», págs. 11 y sigs.); en el segundo tipifica una serie de mitos sobre el Tribunal; el mito religioso o teológico, aludido en el texto, en págs. 14 y sigs.

(16) C. L. BLACK, JR.: *The People and the Court*, cit., págs. 34 y sigs. También BICKEL: *The least dangerous*, págs. 29 y sigs.

Estos símbolos son necesarios en toda unidad política; en Inglaterra lo personifica la Corona; en Estados Unidos, no el presidente, sino justamente el Tribunal Supremo, «símbolo de la Constitución». Pero «difícilmente podría el Tribunal personificar la Constitución si no tuviese la autoridad de hablar finalmente en nombre de ella» (17).

La *judicial review* ha pasado a ser, pues, la clave de bóveda de la formidable construcción histórica que han sido y siguen siendo los Estados Unidos de América.

II. EL RECHAZO INICIAL EN EUROPA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL, SU RECONSTRUCCIÓN EN EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO XX A TRAVÉS DE LA OBRA DE Kelsen Y EL RETORNO AL MODELO NORTEAMERICANO (CON DATOS ESTRUCTURALES DEL SISTEMA AUSTRÍACO) EN LA ÚLTIMA POSGUERRA: ALEMANIA E ITALIA

Es sorprendente que esta concepción (que el juez Marshall declaró en su sentencia que era «el principio que debía suponerse esencial en todas las Constituciones escritas, que una Ley que repugna a la Constitución es nula»: *«the principie supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void»*) no penetrase en Europa, donde tanto influyó la Revolución americana. La explicación es sencilla.

La idea de Constitución que manejan los revolucionarios franceses no es muy distinta de la que manejan los constituyentes norteamericanos, y así luce, por ejemplo, en el texto básico de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (18). «Pero esa doctrina de la Constitución como *fun-*

(17) BICKEL, págs. 31 y sigs.

(18) Baste recordar: 1.º que en el Preámbulo de la Declaración se establece que la misma se hace «a fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, pudiendo ser comparados a cada instante con el fin de toda institución política, sean más respetados», y «con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas a partir de ahora sobre principios simples e indiscutibles, conduzcan siempre al mantenimiento de la Constitución»; 2.º el artículo 2.º declara como objeto de toda asociación política «la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre», lo que afecta, pues, al legislativo; 3.º el artículo 5.º formula expresamente límites a la Ley («La Ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad»), como el artículo 6.º que prohíbe leyes singulares y discriminatorias, y el artículo 8.º («la ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias»), y casi toda la tabla en términos no tan explícitos, y 4.º finalmente, el artículo 16 establece como un contenido esencial de la Constitución asegurar «la garantía de los derechos», y, por tanto, también de los que se formulan contra la Ley o imponen a ésta límites. Baste añadir que justamente sobre este viejo texto (sobre la base de la mención que del mismo hace el Preámbulo de la Constitución de 1958) la primera,

damental law, como Derecho que puede exigir justificaciones a la legislación ordinaria y en cuanto superior a ésta hacer nula la que le sea contraria, va a perecer en Europa a raíz de la Restauración que subsigue a la aventura napoleónica, por los ataques concentrados de la derecha y de la izquierda. Por la derecha, porque en ese momento la Restauración monárquica lleva a la consagración del llamado principio monárquico por antonomasia, que hace del monarca una fuente preconstitucional del poder y de la Constitución, por tanto, aparte de articular al monarca con la representación burguesa, poco más que retórica en su parte dogmática (19). Y, por otra parte, por la izquierda; la izquierda hegeliana, a través de Ferdinand Lasalle en su famosa conferencia en Berlín de 1862 «Sobre la esencia de la Constitución» (20), concreta pronto la idea de que la Constitución como tal es (términos literales de Lasalle) una «mera hoja de papel» y que hay que atender si quiere uno conocer la realidad de las cosas al sustrato efectivo de poder que está por debajo de las declaraciones formales de la Constitución. Este reduccionismo de la Constitución a su fondo real, esta desvalorización de la Constitución, como una mera hoja de papel sin interés ninguno, cuya única función política sería precisamente ocultar las relaciones reales de poder, es la que la izquierda va a mantener a través de las formulaciones marxistas, que excluyen también todo valor específico a la Constitución como norma suprema.

La recepción en Europa de la doctrina americana del control judicial de las Leyes va a ser, por tanto, muy tardía, concretamente en la primera posguerra de este siglo, en 1919-1920, y va a ser la obra personal, como antes advertí, de un jurista genial, Hans Kelsen. Estructuralmente el sistema kelseniano introduce un cambio básico, que es concretar la jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes en un solo Tribunal y no, como es el sistema americano genuino, en todos los Tribunales, si bien esta pluralidad de fuentes de decisión sobre la constitucionalidad de las leyes se ordene sobre el principio *stare decisis*, que vincula todos los Tribunales a la jurisprudencia de la Corte Suprema. La fórmula kelseniana consagra así lo que se ha llamado un sistema de «ju-

aunque aún incompleta, jurisdicción constitucional que ha conocido Francia, la actual del *Conseil Constitutionnel* de la Constitución de la V República, está apoyando el efectivo control constitucional de las Leyes. Vid. F. LUCHAIRE: *Le Conseil Constitutionnel*, París, 1980, en particular págs. 175 y sigs., sobre la utilización de la Declaración de 1789 como parámetro de constitucionalidad. Añadamos que la Constitución de 1791, en su título I, establecía que el poder legislativo no podría hacer ninguna ley «que atentase y pusiese obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título y garantizados por la Constitución».

(19) Sobre el «principio monárquico», vid. las referencias de mi trabajo ya citado *La Constitución como norma jurídica*, pág. 151.

(20) LASALLE: *Ueber Verfassungswesen*, 1862 (reimpresión, Darmstadt, 1658).

risdicción concentrada» frente al sistema de «jurisdicción difusa», propio del constitucionalismo americano.

Pero este cambio estructural esconde en realidad una almendra bastante más profunda. Para Kelsen el Tribunal Constitucional no es propiamente un Tribunal, porque un Tribunal es un órgano que aplica una norma previa a hechos concretos y el Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas las dos: la Constitución y la Ley. No es, pues, un Tribunal porque no enjuicia situaciones concretas, hechos específicos, sino que limita su función a resolver este problema de la *Vereinbarkeit*, de la compatibilidad entre dos normas abstractas, eliminando la norma incompatible con la norma suprema, pero haciéndolo *ex nunc, no ex tunc*. Lo que quiere decir que el vicio de inconstitucionalidad de la Ley no es propiamente un vicio que genere una nulidad de pleno derecho de esta última, sino constitutivo de una simple anulabilidad, anulabilidad que hace de la sentencia del Tribunal Constitucional que la hace valer una sentencia constitutiva.

Por otra parte, este proceso de constitucionalidad de la ley se aísla cuidadosamente del proceso donde la cuestión ha sido suscitada, que es ya un proceso real y verdadero, relativo a hechos concretos. Este aislamiento se propicia sobre la base de atribuir el problema de la constitucionalidad de la ley a un Tribunal único nacional, al que los demás Tribunales habrán de remitir la resolución de ese problema como incidente previo; la decisión del Tribunal Constitucional, que versa únicamente sobre ese problema abstracto de compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas, será remitida al Tribunal en el que ha surgido el incidente, y es aquí, fuera ya de la jurisdicción y del conocimiento del Tribunal Constitucional, donde la decisión vendrá a incidir sobre la solución de un verdadero litigio, referente ya a hechos concretos.

Se ha querido paliar a través de este sistema tan cuidadosamente articulado el riesgo de un gobierno de los jueces, que, además, entonces era especialmente peligroso en Europa por la vigencia que en aquel momento la doctrina jurídica acepta, de dogmas como los de la Escuela Libre del Derecho, la *libre recherche* en Francia, la *Volksgemeinschaft* o comunidad del pueblo, el sentimiento colectivo, etc., que pretende liberar en cierta manera a los jueces de la observancia de la ley. Este riesgo es el que el sistema kelseniano intenta evitar (21) estableciendo como postulado capital la sumisión de los jueces a todas las Leyes, sin perjuicio de que únicamente el Tribunal Constitucional pueda eliminar del

(21) Esto está certeramente visto en el agudo libro de G. VOLPE: *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977, págs. 141 y sigs.

sistema, siempre *ex nunc*, como hemos notado, las leyes supuestamente incompatibles con la Constitución.

La consecuencia de esta construcción enormemente sutil es que el Tribunal Constitucional no será propiamente un órgano jurisdiccional, una expresión del poder judicial, puesto que no aplica normas previas o hechos concretos, sino que en cuanto que limita su función a declarar si una ley es o no compatible con la Constitución y a eliminar a las no compatibles, es un órgano legislativo, un órgano que abroga Leyes hasta ese momento perfectamente eficaces, efecto abrogatorio que es el que asigna y explica la fuerza *erga omnes* de las sentencias anulatorias de los Tribunales Constitucionales, fuerza *erga omnes* que tiene, pues, una naturaleza puramente legislativa. Es, en consecuencia, el Tribunal Constitucional un legislador, sólo que no un legislador positivo, sino un legislador negativo, dice Kelsen. El poder legislativo se ha escindido en dos: el legislador positivo, que toma la iniciativa de dictar y de innovar las Leyes, y el legislador negativo, que elimina aquellas leyes que no son compatibles con la superior norma constitucional (22).

Todo este sistema pasa a la Constitución austríaca de 1920, perfeccionada en la reforma de 1929, y va a ser un modelo para todo el constitucionalismo de la primera posguerra (en el Tribunal de Garantías Constitucionales de nuestra Constitución de 1931 influye mucho más el sistema de Weimar que el austríaco). En esta segunda posguerra vuelve a retornar esa influencia, pero ya de una manera completamente diferente. Se ha vivido, sobre todo en los dos grandes países europeos que adoptan el sistema, Alemania e Italia, la trágica experiencia, la enorme experiencia de que el legislador pase a ser la mayor amenaza para la libertad, frente a la concepción tradicional del Estado de Derecho, como un Estado que se somete a las leyes; la ley, hasta ahora vista como garantía, como escudo de la libertad, aparece aquí, con un legislador arbitrario dueño del poder de hacer leyes, como la posibilidad de introducir injusticias sistemáticas (23), de pervertir el ordenamiento jurídico, en la expresión de una famosa interpretación del orden jurídico nacionalsocialista (24). Esta experiencia es la que fuerza a los

(22) Vid. H. KELSEN: «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en el t. V de las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, 1929, págs. 30 y sigs. (parcialmente recogido en el tomo dirigido por HAEBERLE: *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., págs. 77 y sigs.). Una versión distinta en «La garantie juridictionnelle de la Constitution», en *Revue de Droit Public*, 1929, págs. 197 y sigs.; *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., Viena, 1980, págs. 242 y sigs. y 275 y sigs. Una versión de un Kelseniano puro, R. MARCIC: *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, 1963.

(23) Una expresión certera de este hecho, en LEIBHOLZ: «Die Bedrohung der Freiheit durch die Macht des Gesetzgebers», en la revista *Universitas*, 1959, págs. 459 y sigs.

(24) F. VON HIPPEL: *Die Perversion des Rechtsordnungen*, Tübingen, 1955.

constituyentes de los dos países a fijarse otra vez en la técnica de los Tribunales Constitucionales, para precaverse frente a una actividad legislativa arbitraria, una vez que se ha concretado en el texto constitucional un cuadro de valores supremos y tendencialmente inalterables.

El primer reflejo de esta recepción, de este retorno al tema de los Tribunales Constitucionales, se hará acudiendo al modelo kelseniano. Es el modelo que se tiene más a mano ante la dificultad de acoger el sistema americano originario, lleno de convenciones, prácticas y sobreentendidos, como producto vivo de una historia perfectamente singular y propia. Esta postura de adoptar pura y simplemente el modelo kelseniano es representada por dos grandes juristas en estos países, por Pietro Calamandrei en Italia, que es a estos efectos un kelseniano casi de estricta observancia (25), y por Hans Nawiasky, un discípulo directo de Kelsen, que hace la misma propuesta en Alemania (26). Sin embargo, una y otra propuestas son rechazadas. No se acoge el modelo kelseniano del legislador negativo, sino el americano de jurisdicción, el Tribunal Constitucional como verdadera jurisdicción, aunque en la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. La base para ello es la doctrina americana de la supremacía normativa de la Constitución.

El sistema estructural de jurisdicción concentrada, tomado del kelsenismo, implica alguna consecuencia procesal importante, pero no ligada ya a las concepciones kelsenianas de base. Así, la técnica de la *Organklage*, de la acción directa de constitucionalidad, la legitimación para interponer la cual se reconoce en simples órganos políticos y no necesariamente en sujetos personificados, fórmula desconocida en el sistema americano, y, en segundo término, la fuerza general y *erga omnes* de las sentencias anulatorias de las leyes, residuo de su concepción como decisión legislativa, pero, en realidad, único instrumento técnico para articular el monopolio jurisdiccional concentrado en un Tribunal único y su relación con la pluralidad de jueces y Tribunales que mantienen enteras sus competencias de decidir litigios singulares. En este sentido se puede decir que el sistema adoptado en Alemania y en Italia va a ser el norteamericano de la supremacía constitucional junto con algunos rasgos del otro sistema en cuanto instrumento técnico, tesis hoy ya común, sobre todo en la doctrina alemana. Así, por ejemplo, el libro de Dolzer sobre la situación jurídico-constitucional del *Bundesverfassungsgericht*, el Tribunal Federal Cons-

(25) P. CALAMANDREI: *La Illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Milano, 1950. Cfr. VOLPE: *L'ingiustizia*, cit., págs. 259 y sigs.

(26) R. DOLZER: *Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlín, 1972, págs. 37-8. K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band II. Staatsorgane, Staatsfunktionen*, etc. Munich, 1980, pág. 331.

titucional afirma literalmente que se trata del mismo sistema que la Suprema Corte americana, sólo que perfeccionado (27). Zagrebelsky, aunque sin tanto énfasis, subraya igualmente la deuda explícita del sistema italiano al modelo norteamericano (28).

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y SUS PODERES

Llegamos así a la Constitución española de 1978.

1. El modelo que nuestros constituyentes adoptan, aquí como en tantos otros lugares del texto superior, es el modelo alemán. Lo adoptan, pero, a la vez, introducen en él alguna variante importante.

En un reciente estudio sobre los modelos de justicia constitucional publicado en el tomo I del *Homenaje al Tribunal Constitucional federal alemán con motivo de su XXV aniversario* (29), Konrad Zweigert afirma que el alemán es, entre todos los modelos de Tribunales Constitucionales, el que tiene una jurisdicción más amplia, indiscutiblemente; la misma conclusión había también resultado del importante coloquio internacional comparatista organizado en 1961 sobre el tema *La justicia constitucional en la actualidad, por el Max-Planck Institut en Heidelberg* (30). La fórmula de Zweigert es rotunda: «En conclusión, hay que decir que (los alemanes) tenemos la justicia constitucional más amplia que existe sobre la tierra» (31). Pues bien, dos años después de esta afirmación, su tesis ya no podría ser sostenida, porque está claro que el modelo español excede en bastante el ámbito de competencias al Tribunal alemán.

Concretamente, el Tribunal español tiene menos que el Tribunal alemán el control sobre la constitucionalidad de los partidos políticos; es sabido que de esta importante competencia, que entra en juego a iniciativa de cualquiera de

(27) DOLZER, pág. 39. Pero aún las tesis kelsenianas siguen estando presentes. Cfr. STERN, II, 949 y sigs. e *infra*.

(28) ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*, Bolonia, 1977, págs. 320-1.

(29) *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht*, herausg. von K. Starck, Tübingen, 1976. El trabajo de ZWIEGERT: *Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit*, en el t. I, págs. 83 y sigs.

(30) *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit. En la introducción de H. Mosler al coloquio y al volumen, pág. XI, se refiere también al Tribunal Constitucional alemán como «la institución que en el momento actual goza de las competencias relativamente más extensas».

(31) *Einige rechtsvergleichende*, cit., pág. 72.

las Cámaras o del Gobierno Federal (o del Gobierno de cualquier *Land*, por lo que hace a los partidos cuya organización no exceda de su ámbito territorial), ha hecho uso en alguna ocasión el Tribunal alemán, para declarar la inconstitucionalidad y la correlativa orden de disolución, una vez del *Sozialistische Reichspartei* (Partido Socialista del *Reich*, de signo de extrema derecha) y otra del Partido Comunista (32). Pero tiene el Tribunal Constitucional español en más sobre el alemán algo sumamente importante, que es ser también Tribunal Constitucional de los sistemas jurídicos autonómicos, cosa que no lo es el Tribunal alemán. En efecto, en el sistema alemán existe en cada *Land*, en cada uno de los Estados miembros de la Federación, un Tribunal Constitucional (*Landesverfassungsgericht*), que decide sobre la compatibilidad de las Leyes de los *Länder* con las Constituciones respectivas de éstos (33), puesto que, como es bien conocido, en el sistema federal estricto coexisten con la Constitución del Estado federal Constituciones propias de los Estados miembros. Este sistema no rige en el Derecho español, donde la eliminación del modelo federal ha llevado en este caso, me parece que con absoluto acierto, porque ésta va a contar entre sus responsabilidades capitales, a concentrar en el Tribunal Constitucional único también el control de los sistemas jurídicos autonómicos, por relación tanto con los respectivos Estatutos como con la Constitución de que dichos Estatutos son concreción.

Repasemos sumariamente sobre el texto de la Constitución y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979, cuáles son las competencias de este órgano constitucional.

Estas competencias pueden ordenarse alrededor de cuatro órdenes de cuestiones (34). Vamos a recordarlas.

(32) E. FRIESENHAHN: «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der B. R. Deutschland», en el tomo del Coloquio de Heidelberg ya cit., págs. 175 y sigs.; K. STERN, t. I de su obra ya cit. (*Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrecht, Strukturprinzipien der Verfassung*, Munich, 1977), págs. 171 y sigs.; H. LAUFER: *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Process*, Tübingen, 1988, págs. 480 y sigs. También controla el Tribunal la financiación de los partidos.

(33) FRIESENHAHN, *op. cit.*, págs. 100 y sigs. y en su trabajo «Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit», en la obra colectiva *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, homenaje a los veinticinco años del Tribunal Federal Constitucional, cit., t. I, págs. 748 y sigs.

(34) FRIESENHAHN (cit. por STERN, II, pág. 938) ha precisado que existen tres *Grundformen*, o formas fundamentales de la justicia constitucional: conflictos constitucionales, control de normas y recursos de amparo. Singularizamos un cuarto tipo porque, tanto por su carácter preventivo y no subsiguiente o represivo como por referirse a tratados que tienen singularidad sobre las normas internas, no puede subsumirse en las técnicas del control normativo ordinario. Al margen quedan otras funciones posibles menos sustanciales de los Tribunales Constitucionales: Tribunales penales de altos agentes del Estado (así, en Italia, ZAGREBELSKY, págs. 231 y sigs.), juez electoral,

2. Están, en primer término, los recursos sobre la constitucionalidad de las leyes, tanto de las del Estado como de las leyes de las Comunidades Autónomas, según ya hemos notado [art. 153.a), de la Constitución], y esto bien a través del recurso directo, bien del indirecto o incidental, que en la Ley Orgánica se ha llamado, con oportunidad discutible, «cuestión de constitucionalidad». Es ésta la competencia nuclear del Tribunal (35), la que procede directamente de la invención básica americana de una *judicial review* sobre las decisiones del legislativo.

El recurso directo no es conocido, sin embargo, en los Estados Unidos y es precisamente, como antes observamos, un resto del kelsenismo estricto. Se trata de un «control abstracto de normas» (36), que se origina no en función de un conflicto de intereses concretos, para solucionar el cual sea menester dilucidar previamente la norma de decisión, sino simplemente por una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional en relación con su compatibilidad con una Ley singular. Este tipo de discrepancia es lo que legitima a simples órganos generales y no a sujetos que defienden sus propios intereses personales. En la doctrina alemana se habla por ello de un proceso «objetivo», donde los órganos que han iniciado el mismo no adoptan, en su calidad de titulares de intereses políticos, la posición procesal estricta de recurrentes, puesto que no tienen intereses propios, sino que actúan en cierto modo como defensores abstractos de la Constitución (37). En nuestro sistema esos

etc. El constituyente ha acertado descargando a nuestro Tribunal Constitucional de estas funciones sin conexión directa con la Constitución.

(35) *Kernbestand der Verfassungsgerichtsbarkeit*, según FRIESENHAHN (cit. por H. SOEHN en su trabajo «Die abstrakte Normenkontrolle», en *Bundesverfassungsgericht*, homenaje a los veinticinco años del Tribunal Federal Constitucional, citado, t. I, pág. 293).

(36) Terminología alemana. Cfr. el trabajo de H. SOEHN que acaba de citarse en la nota anterior. FRIESENHAHN: *Verfassungsgerichtsbarkeit in der B.R.D.*, cit., págs. 133 y sigs. Recurso que en Alemania no es demasiado utilizado en la práctica; en octubre de 1975 (veinticinco años) sólo se habían producido 37 sentencias en este tipo de procesos (*apud* SOEHN, pág. 293, nota).

(37) H. SOEHN, cit., en *Bundesverfassungsgericht*, I, pág. 304: «Das Verfahren ist einseitig, nicht streitig, kein kontradiktorisches Parteienverfahren und keine (echte) Verfassungsstreitigkeit, ein Verfahren ohne Beteiligte» (traducción: «El procedimiento es unilateral, no de contienda, no un procedimiento contradictorio entre partes; no es un verdadero litigio constitucional; es un procedimiento sin partes o litigantes»), son expresiones tomadas de la jurisprudencia del Tribunal alemán. *Idem*, STERN, II, págs. 985 y sigs. Es de notar que esta posición está facilitada en Alemania por la circunstancia de que este recurso directo no está sometido a plazo. En España, donde la disponibilidad del recurso se limita a tres meses desde la publicación de la Ley (art. 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), en la práctica se visibiliza un verdadero conflicto interpretativo de la Constitución entre partidos o entre órganos, aunque el conflicto no se refiera a intereses concretos de los recurrentes; es una prolongación a la vía jurisdiccional de un conflicto interpretativo que se habrá iniciado y debatido al elaborarse la Ley.

órganos habilitados a suscitar el recurso son el defensor del pueblo, el presidente del Gobierno, las Cámaras, determinados órganos, también ejecutivos y legislativos, de las Comunidades Autónomas y, en fin, las minorías parlamentarias en número de cincuenta diputados o senadores. Esto último es muy importante como técnica de protección de minorías, y aquí nuestra Constitución ha reducido el módulo de su modelo alemán, que requiere un tercio de cada una de las dos Cámaras.

Parece innecesario explicar el mecanismo del recurso indirecto o cuestión de constitucionalidad. Aquí el problema de la constitucionalidad de una ley surge como cuestión incidental previa (que ha de resolver el Tribunal Constitucional) a la aplicación de dicha ley para la resolución de un proceso de cualquier contenido abierto ante cualquier Tribunal. En el momento en que el problema se plantea ante el Tribunal Constitucional, por remisión del Tribunal *a quo*, la verificación de la constitucionalidad no es muy distinta de la que se opera en la técnica del recurso directo o control abstracto de normas. Pero aquí estamos ya ante un control «concreto» de normas, quiere decirse producido en el seno de un litigio o proceso real y verdadero, de modo que aunque el conocimiento y decisión de este proceso no se remita al Tribunal Constitucional en el juicio de constitucionalidad que a éste corresponde, pesará, inevitablemente, la dialéctica del caso concreto, que entra ya dentro del característico cuadro mental de la justicia (38).

Es importante notar que la desestimación de un recurso directo contra una Ley no es un obstáculo para que el mismo motivo de inconstitucionalidad pueda ser planteado ulteriormente en una «cuestión de constitucionalidad», afirmación que hacemos con conciencia de que contradice el texto literal de los artículos 29.2 y 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal. Estos preceptos, que intentan cerrar el paso a planteamientos concretos de inconstitucionalidad ya desestimados una vez en vía de recurso directo, inciden en un error superado ya hace largo tiempo en el recurso contencioso administrativo contra Reglamentos (39), aquí más grave aún, tanto por el bloqueo que supone

(38) Cfr. K. A. BETTERMANN: «Die Konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen», en *Bundesverfassungsgericht*, cit., I, págs. 323 y sigs.

(39) El artículo 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, tras presentar la doble posibilidad de impugnar ante dicha jurisdicción los reglamentos, bien directamente, bien con ocasión de su aplicación en actos concretos, añade en su apartado 4: «La falta de impugnación directa de una disposición o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiere interpuesto no impedirán la impugnación de los actos de aplicación individual fundada en el supuesto previsto en el párrafo 2» («fundada en que tales disposiciones no son conformes a derecho»). Es una regla impuesta necesariamente por la razón de que los reglamentos ilegales son nulos de pleno derecho, nulidad que no les convalida ni la ausencia de una impugnación directa en el momento

al libre acceso constante a la Constitución (frente a la cual se intentaría hacer prevalecer la doctrina de una sentencia interpretativa de la misma), como por obstaculizar una de las funciones políticas más importantes del Tribunal Constitucional, la de una interpretación constitucional evolutiva que adapte el texto de la Constitución a las situaciones históricas cambiantes, como por ignorar las diferencias sustanciales entre un control «abstracto» de las Leyes y un control «concreto», con la riqueza inventiva de la casuística, sin la cual la técnica jurídica se agota y se reseca; como, en fin, por la inexistencia de legitimación individual en el recurso directo que vedaría, en la hipótesis de que se parte de una sentencia desestimada producida en ese tipo de recurso, a los ciudadanos el acceso al control constitucional de las leyes, contra el derecho fundamental del artículo 24.1 de la Constitución. Por ello, bien por vía de declaración de inconstitucionalidad de esos dos artículos de la Ley Orgánica, bien por la de su (difícil) interpretación «conforme a la Constitución», la normal compatibilidad entre las dos vías de control de la constitucionalidad debe ser enérgicamente afirmada (40). Justamente en la primera sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, la de 2 de febrero de 1981 (41), en el recurso promovido por un grupo de senadores socialistas contra la Ley de Régimen Local, así acaba de hacerse, escogiendo la vía de una interpretación constitucional del artículo 38.2 de la Ley Orgánica contra lo que parece ser su tenor literal (y sin hacerse cuestión del art. 29.2). En concreto, el Tribunal ha dicho: «... si en el futuro se plantearan casos concretos que permitieran apreciar nuevos matices en orden a justificar la oposición —o la disconformidad— a la Constitución de algunos de los preceptos [de la Ley de Régimen Local] cuya

de su publicación ni la desestimación judicial de esa impugnación directa si se hubiese producido. Cfr. sobre el tema E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, t. I, 3.^a ed., Madrid, 1980, págs. 203 y sigs. Sobre las consecuencias absurdas de la posición contraria (que era la de nuestra jurisprudencia hasta la citada Ley Jurisdiccional de 1956 y a la que a veces —contra ley— retorna dicha jurisprudencia con error: cfr. el artículo de T. R. FERNÁNDEZ: «¿Desaparece el recurso contra reglamentos?», en *Revista de Administración Pública*, núm. 65). Vid. M. CLAVERO ARÉVALO: «El recurso contencioso-administrativo contra reglamentos y ordenanzas en la nueva Ley de Régimen Local», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1951.

(40) Las dos vías argumentales, la de la inconstitucionalidad de los artículos 29.2 y 39.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, cit., pág. 158; la de la interpretación «conforme a la Constitución», en F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGÓN: «La jurisdicción constitucional», en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, dirigido por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., págs. 870 y sigs.

(41) *Boletín Oficial del Estado* de 24 de febrero de 1981. La sentencia se ha producido, pues, con posterioridad a la primera versión de este estudio.

inconstitucionalidad no se declara ahora, el juez o Tribunal correspondiente podría promover la cuestión de inconstitucionalidad con relación al precepto que le suscitara duda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal». Queda así definitivamente claro que el propio Tribunal Constitucional al resolver un recurso directo y desestimar ciertas declaraciones de inconstitucionalidad que los recurrentes le pedían reserva de manera expresa realizar esas mismas declaraciones si el mismo tema se le presenta por la vía de una «cuestión de inconstitucionalidad», que por su carácter «concreto» pueden hacer visible «nuevos matices». A la vez que se rinde justo tributo a la virtud creadora de la casuística, queda establecido definitivamente que la desestimación de un recurso directo no impide el ulterior recurso indirecto contra la misma norma, que ambos recursos son, pues, perfectamente compatibles.

En uno y otro de estos dos recursos las sentencias del Tribunal Constitucional estimatorias de la anticonstitucionalidad declaran la nulidad de la ley impugnada (art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal). Es, pues, un sistema de nulidades, como procede por la aplicación del principio de supremacía, y no de mera anulabilidad, según el sistema kelseniano estricto. Las sentencias anulatorias tienen fuerza *erga omnes*, lo cual procede también del modelo kelseniano, aunque ahora se justifique como un instrumento necesario de la exclusividad o monopolio del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y su nulidad correlativa (42).

3. En segundo término, el gran bloque de competencias del Tribunal Constitucional lo constituyen los recursos de amparo, esto es, recursos interpuestos por los particulares, tras haber agotado las vías judiciales ordinarias, para proteger sus derechos fundamentales (sólo los calificados a estos efectos según el art. 53.2 de la Constitución, esto es, los enunciados en los arts. 14 a 30). Esta competencia procede de la tradición inmediata del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República, aunque probablemente haya pesado más que esa tradición propia (43) de nuevo el modelo del Tribunal Constitucional

(42) «La razón de la monopolización de la competencia de rechazo reside en el hecho de que todos los jueces no pueden estar habilitados para rechazar la aplicación de una Ley que se presenta como un acto específico de la representación del pueblo y, más aún, que la declaración de nulidad de una tal Ley debe reservarse al Tribunal Constitucional, que se sitúa en el mismo nivel que el Parlamento y que, por otra parte, constituye un órgano constitucional»: FRIESENHAHN: «Le contrôle des normes juridiques en Droit allemand», en la obra colectiva *Actualité du contrôle juridictionnel des lois (Travaux des sixièmes journées d'études juridiques Jean Cabin)*, Bruselas, 1973, pág. 50.

(43) Tradición bastante positiva (a diferencia de la producida en los recursos de inconstitucionalidad). Cfr. J. L. GARCÍA RUIZ: *El recurso de amparo en el Derecho español*, Madrid, 1980.

alemán (modelo creado inicialmente por la Ley —ordinaria— del Tribunal de 1951, pero que se constitucionalizó tras la adición de un párrafo específico al artículo 93.14 de la Ley Fundamental en la reforma de ésta de 29 de enero de 1969), y que es distinto en este punto del italiano, por cierto.

La justificación de esta competencia ha sido bastante discutida, pero está, a mi juicio, clara desde el lugar central que los derechos fundamentales presentan en la construcción constitucional y en su sistema de valores. Los artículos 1.º y 10 de la Constitución, como es bien conocido, elevan estos derechos fundamentales y libertades públicas a la condición de «valores superiores» de nuestro Ordenamiento, fundamento mismo del orden político y de la paz social. Esta calificación no es baladí, ni es tampoco un simple prurito estético de los juristas (44), sino que implica el destacamiento como básica de esta decisión constitucional, en el sentido de C. Schmitt, lo que revela en el plano estrictamente técnico el artículo 168 de la Constitución, que equipara la alteración de estos «valores superiores» a la adopción de una nueva Constitución. Ello implica, forzosamente, una posición dominante y de supremacía de estos «valores superiores» en la interpretación de todas las demás normas constitucionales, y aún la posibilidad, no sólo hipotética, de calificar desde los mismos como inconstitucionales normas constitucionales actuales o futuras, según la tesis bien conocida de Bachof, que ha hecho suya el Tribunal Constitucional alemán (45). Sólo esto basta a justificar que la Constitución se haya creído obligada a dispensar a los derechos fundamentales una superprotección, como base que son del sistema entero, y a implicar en esa protección reforzada al propio Tribunal Constitucional, porque, en efecto, la eficacia de la Constitución, dada la economía interna de la misma que resulta de esas calificaciones, ha pasado a ser en primer término la eficacia de los derechos fundamentales.

En el Derecho constitucional norteamericano, completamente extraño a la construcción schmittiniana, encontramos una explicación quizá más matizada de la *preferred position*, de la posición preferencial de las libertades fundamentales (o, más en concreto, de aquellas libertades que han de considerarse «condición indispensable de una sociedad abierta», en términos del juez Frankfurter, concepto que hasta ahora no se ha extendido a la totalidad del catálogo constitu-

(44) Como es la tesis del, por lo demás, excelente, trabajo de Silvio BASILE: «Los “valores superiores”, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en *La Constitución Española de 1978*, estudio dirigido por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., págs. 201 y sigs.

(45) Cfr. mi trabajo *La Constitución como norma*, págs. 144 y sigs. y referencias, e *infra* en el texto.

cional) (46) dentro de la economía de la Constitución. Ya Madison había notado en *The Federalist* que en un gobierno representativo o democrático constituirá un peligro mayor la violación de los derechos individuales por la mayoría que lo contrario. Tras una época, asombrosamente prolongada durante ciento cincuenta años, en que el Tribunal Supremo mostró una notable falta de sensibilidad para los derechos fundamentales distintos del de propiedad y de contratación o de libre empresa a él vinculados (47), en 1938, en el momento mismo en que ha perecido en su lucha contra Roosevelt el modelo constitucional de la propiedad absoluta, el Tribunal Supremo inaugura esta nueva tendencia con la famosa sentencia U. S. U. *Carolene Products* (48).

La teoría de la *preferred position* no es puramente retórica, sino que implica consecuencias fundamentales, por de pronto dos: 1.º frente a la normal presunción en favor de la constitucionalidad de las leyes (49), la sentencia *Carolene* observa certeramente que hay un margen estrechísimo para hacer jugar dicha presunción cuando la legislación aparece frente a una específica prohibición constitucional de interferir una libertad básica, como ocurre, observa, con las diez primeras enmiendas constitucionales (50); en realidad, la calificación constitucional de la libertad como obligación de abstención del Estado invierte la presunción: es la ley que

(46) *Apud* TRIBE: *American Constitutional Law*, Mineola, Nueva York, 1978, pág. 572 y las referencias de las notas siguientes. Esta matización introduce una jerarquía entre los derechos constitucionales.

(47) Cfr. B. SCHWARTZ: *The Great Rights of Mankind. A History of the American Bill of Rights*, cit., especialmente págs. 202 y sigs.; cit. (pág. 208) una frase de sir Henry MAINE, el famoso historiador del Derecho, que a finales del siglo XIX calificaba el *Bill of Rights* americano de cómo un «cierto número de enmiendas en puntos comparativamente sin importancia», así como la afirmación de un juez federal hecha en 1922, según la cual, «de los tres principios fundamentales que son la base del Gobierno [= Estado] y por los cuales el Gobierno [= Estado] existe, la protección de la vida, la libertad y la propiedad, el más importante es la propiedad» (cp. 209); hasta 1925 el Tribunal Supremo no extiende a los Estados la vinculación del *Bill of Rights* (págs. 216-7). Una apasionante explicación de los «modelos» constitucionales con que ha operado el Tribunal Supremo americano, en TRIBE: *American Constitutional Law*, cit., *passim*. El modelo de los *preferred rights* es el V, y comenzaría en 1937, págs. 564 y sigs.

(48) SCHWARTZ, pág. 218.

(49) Cfr. mi trabajo *La Constitución como norma jurídica*, págs. 142 y sigs., y P. BREST: *Proces of Constitutional Decisionmaking. Classes and Materials*, Boston, 1975, págs. 1008 y sigs.

(50) BREST, págs. 753 y sigs. El argumento resulta aplicable al caso español a través de la calificación de las libertades como inviolables (art. 10.1) y la obligación del legislador de «respetar su contenido esencial» (art. 53.1); es más fácil, sin embargo, aplicarla a aquellas libertades que postulan abstenciones del Estado, como nota TRIBE: la doctrina de la *preferred position* no intenta definir límites al poder del Estado de actuar en la materia, sino excluir ese poder de las esferas de libertad de que se trata (*ob. cit.*, pág. 565). Pero véase luego en el texto sobre la extensión de la doctrina al ámbito de las libertades necesitadas de acciones positivas del Estado.

interfiere la libertad fundamental la que se hace sospechosa de inconstitucionalidad y la que necesita justificarse, por ello, frente al reclamante (51), y justificarse precisamente en la demostración de que la libertad presente un «claro e inminente peligro» respecto del cual la medida legislativa constituya *the least restrictive alternative* (52); 2.º lo cual quiere decir que frente a la *self restraint* ordinaria del Tribunal respecto a la validez de la ley enjuiciada, en estos casos ésta *is to be subjected to more exacting judicial scrutiny*, se encuentra sujeta a una inquisición judicial rigurosa (53). Se comprende que estas capitales consecuencias resultan aún más fácilmente aplicables cuando lo que se enfrenta a la libertad fundamental son actos no legislativos.

Esta doctrina, que se abre camino poco a poco (54), concluye siendo la base entera de la formidable acción jurisprudencial que culmina el Tribunal Warren (55) y sigue siéndolo del actual Burger (56).

(51) H. W. CHASE y C. R. DUCAT: *Constitutional Interpretation. Cases. Essays. Materials*, 2.ª ed., St. Paul, Minn, 1979, pág. 62.

(52) CHASE y DUCAT, *ibidem*.

(53) El texto inglés es de la sentencia *Carolene*. La inaplicabilidad en el caso de la *self-restraint* (que pasó a ser la actitud dominante en el Tribunal post *New Deal*, tras los subjetivismos de la fase precedente), en SCHWARTZ, cit., pág. 219, con una expresiva cita del justicia STONE, que fue el redactor de *Carolene*.

(54) Aun en 1954, en la obra colectiva *Supreme Court and Supreme Law*, dirigida por Edmond CAHN (2.ª ed. en Westport, Connecticut, 1988), John P. FRANK, que examina la importancia del sistema de libertades básicas en la obra de la *Judicial review*, concluye que este sistema «no ha tenido una gran significación para las libertades civiles del pueblo americano» (pág. 136), afirmación que hoy resultaría escandalosa; entre esa afirmación y la actualidad ha pasado la obra ingente del Tribunal Warren, al que inmediatamente nos referiremos.

(55) El Tribunal Warren (es usual referirse a la historia del Tribunal por el nombre de su presidente; en este caso, Earl WARREN) cubre el período 1953-1969, y es ya admitido considerarlo como uno de los más grandes períodos de la historia del Tribunal Supremo americano. *Vid.* A. COX: *The Warren Court. Constitutional decision as an instrument of reform*, Cambridge, Mass., 1971. F. B. KURLAND: *Politics, the Constitution and the Warren Court*, Chicago, 1970. L. LEVY (ed.): *The Supreme Court under Earl Warren*, Nueva York, 1972. B. SCHWARTZ: *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, trad. esp. de E. Alonso, Madrid, Cuaderno Civitas, 1980, págs. 85 y sigs. En la tipología de TRIBE, el Tribunal Warren desarrolla, además, un nuevo modelo, el VI de su catálogo, el modelo *of equal protection* (*op. cit.*, págs. 565 y 991 y sigs.; en particular, págs. 1005 y sigs.). Más adelante precisaremos algo más sobre la jurisprudencia Warren, origen de todas las doctrinas jurídico-constitucionales actuales.

(56) Cfr. R. FUNSTON: *Constitutional counter revolution? The Warren Court and the Burger Court: judicial policy making in modern America*, Cambridge, Mass., 1977; B. SCHWARTZ: «Administrative law and the Burger Court», en *Hofstra Law Review*, vol. 8, núm. 2, 1980, págs. 325 y sigs. (quizás convenga notar que la personalidad de jurista de BURGER es de administrativas: SCHWARTZ: *Le Droit aux Etats Unis*, pág. 210). Es claro, no obstante, que el Tribunal Burger es más conservador o moderado que el Tribunal Warren. BERGER: *Government by Judiciary*, cit.,

Importa notar que en esta teoría de la *preferred position* ha incidido la doctrina posterior de la *equal protection*, la gran línea de desarrollo de la época Warren, que postula ya no simplemente la abstención del Estado frente a las libertades individuales básicas, sino, especialmente, la obligación de éste de proporcionar un *identificable quantum* de oportunidad real de libertad como un *constitutionally protected prerequisite* (57), esto es, que define obligaciones positivas de hacer del Estado para que la libertad pueda ser real y efectiva. Esta incidencia ha llevado por su parte a definir como «fundamentales» o *preferred* a derechos (o principales o filiales de los constitucionalmente declarados: por ejemplo, el derecho a no ser esterilizado como medida de seguridad penal o, en formulación positiva, el derecho a la procreación, a la integridad de la anatomía personal) (58), cuya significación efectiva está en precaver o rectificar una discriminación individual en la realidad o un abuso de dominación de la mayoría sobre las minorías. De este modo la doctrina de la *preferred position* supera su concreción inicial en el tipo clásico de la libertad autonómica (que postula abstenciones del Estado) para extenderse a la libertad-participación (que postula una estructura democrática y abierta del Estado) y a la libertad-prestación (que implica obligaciones positivas de hacer a cargo del Estado para asegurar condiciones reales de vida libre a los ciudadanos) (59).

pág. 338. J. H. ELY: *Democracy and distrust. A Theory of judicial review*, Harvard University Press, 1980, pág. 3.

(57) Las frases inglesas transcritas lo son de la sentencia básica *San Antonio Independent School District v. Rodríguez*, 1973; se anula el sistema de financiación de las escuelas de Texas, porque determina *an absolute denial of educational opportunities to any of its children* (TRIBE, pág. 1005). *Vid.*, en general, COX: *The Warren Court*, cit., pág. 7: «El impacto del igualitarismo del Tribunal [Warren] ha sido elevado por la creencia creciente de que el Gobierno tiene un deber positivo para eliminar las desigualdades y quizás para proporcionar oportunidades para el ejercicio de otros derechos humanos fundamentales. El *Bill of Rights* original era esencialmente negativo... Expresaba la idea de que el reino del ciudadano no tenía pretensiones frente al Estado, únicamente que le dejase solo. Hoy la misma teoría política reconoce el deber del Estado de proveer trabajo, viviendas, cuidados médicos, extendiendo los derechos humanos e imponiéndole una obligación de promover la libertad, la igualdad y la dignidad.» Fue ésta la base de la capital «revolución igualitaria», llevada a término por el Tribunal y con la cual acertó a romper la segregación racial que manchaba a la gran democracia americana (y no fue ésta su única gran aportación, con ser considerable). *Vid.* más adelante § IV, 4, sobre la obra del Tribunal Warren y sus críticos.

(58) El ejemplo es de la sentencia *Skinner v. Oklahoma*, 1842. TRIBE, pág. 1010. Para este autor, esta sentencia *Skinner* es el caso inicial de esa tendencia, «una nueva estrella que ha aparecido para ser añadida al firmamento de las *preferred freedoms* por el motivo primario de que conculca, a la discriminación individual y a la dominación de la mayoría» (pág. 1011). La tendencia ha tenido luego un desarrollo espectacular.

(59) Cfr. sobre esos tres «tipos ideales» de derechos de libertad y sobre la imbricación actual de las tres técnicas en prácticamente todos los derechos fundamentales, lo que decimos en E.

Este pequeño *excursus* sobre la funcionalidad de la libertad dentro del proceso de defensa de la Constitución en el sistema americano nos sirve para corroborar la justificación, dentro ya de nuestro propio sistema, de que se haya atribuido al Tribunal Constitucional una competencia directa de protector de la libertad, a través del recurso de amparo. También entre nosotros, según hemos visto, la posición de la libertad es *preferred* o preferencial respecto a otros valores (arts. 1.º y 10.1), de donde su protección es la protección de los «valores superiores del ordenamiento» y correlativamente de la Constitución misma; y esto es predicable no sólo de la clásica libertad-autonomía, dada la inclusión en el catálogo constitucional de libertades total o parcialmente de otro signo y, sobre todo, dada la cláusula general del artículo 9.2, que impone al Estado en general y a todos los poderes públicos en particular una actuación positiva de hacer para servir a todas las libertades y para hacer que las mismas, como la igualdad, «sean reales y efectivas» (60). La tutela solemne y reforzada del amparo constitucional es, por tanto, una exigencia sistemática del lugar que la libertad ocupa en el orden constitucional mismo.

La Constitución ha querido que el amparo se otorgue cuando se ha acreditado en el proceso una violación de la libertad «de conformidad con el contenido constitucionalmente declarado» [art. 55.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), esto es, en los términos de cláusula general en que las libertades están enunciadas en la Constitución misma, sin las adherencias que a esa cláusula general puedan advenir por obra de las leyes o normas secundarias, o por actos o conductas u omisiones del titular de la libertad o de los poderes públicos que con él se han enfrentado (exclusión en la tutela de la libertad de los principios de acto consentido, caducidad —fuera de la estrictamente procesal del mismo proceso de amparo— o cualquier otro que excluya la eficacia de nulidad radical, perpetua e insubsanable de cualquier acto o norma que desconozca o infrinja dicha libertad) (61). Ello sólo podía encomendarse al Tribunal Constitucional, porque sólo él actúa sometido exclusivamente a la Constitución (art. 1.º-1 de su Ley Orgánica), la cual no establece ninguna condición de tutela de ese carácter ni somete ningún derecho a la disponibilidad del legislador (antes bien, obliga a éste a «respetar el contenido esencial» de dichos derechos,

GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, t. II, 2.ª ed., Madrid, 1981, págs. 56 y sigs.

(60) Sobre la aplicación general de ese básico artículo 9.º, 2, a todos los derechos fundamentales, cfr. lo que decimos en el *Curso de Derecho administrativo*, t. II, que acabamos de citar, págs. 57-9.

(61) Cfr. sobre este extremo, de una gran importancia en la práctica y como técnica de protección, lo que precisamos en el mismo *Curso de Derecho administrativo*, t. II, págs. 62-3.

art. 53.1). Sólo también el Tribunal Constitucional puede resolver en el mismo momento de decidir el amparo o, subsiguientemente, la inconstitucionalidad de la Ley en cuyos preceptos se hubiese justificado el agravio al derecho fundamental de que se trate (art. 55.2 de la Ley Orgánica), técnica de tutela efectiva que no está al alcance de los Tribunales ordinarios, que habrían de suspender la tramitación del proceso de protección en tanto que se suscitaba, tramitaba y resolvía la «cuestión de inconstitucionalidad» previa, con la consiguiente ineffectividad de la tutela inmediata.

Estas razones, que son más que procesales, porque a ellas subyace la superioridad del bien jurídico de cuya protección se trata y la consiguiente superioridad de protección, constituyen razones especiales que se suman a las ya indicadas en términos más abstractos para justificar definitivamente esta competencia necesaria del Tribunal Constitucional.

Incidentalmente me permito llamar la atención sobre cómo esta vía del amparo constitucional y su prevalencia sobre leyes que desconozcan el derecho fundamental protegido, al abrir la declaración de inconstitucionalidad de dichas leyes, ha instaurado en la práctica un sistema de verdadero «recurso directo» de inconstitucionalidad entregado a la legitimación de los particulares agraviados, si bien de una inconstitucionalidad limitada en su causa a los artículos 14 a 30 de la Constitución, únicos protegidos por la vía del amparo (art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal). La Comisión redactora del anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, siguiendo en esto el modelo alemán (62), había propuesto la admisión pura y simple de un amparo contra las leyes, acto del poder público cuya posibilidad de violación de un derecho fundamental es incuestionable. El Gobierno suprimió esa previsión, supresión que pasó al texto aprobado por las Cortes, y así puede verse que en el artículo 41.2 el recurso de amparo se refiere a «violaciones de los derechos y libertades... originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos», pero que en el artículo 42, al tratar de las violaciones reprochables a las Cortes o a las Asambleas de las Comunidades se han limitado ya a «las decisiones o actos sin valor de ley» y que las disposiciones quedan limitadas en el artículo 43 a las

(62) Ha de notarse que en el sistema alemán esto no ha supuesto una generalización del recurso contra todas las leyes; la legitimación se ha limitado a aquellas leyes *mit unmittelbare Vollzugswirkung*, con efecto ejecutivo inmediato y actual, sin acto intermedio de ejecución o aplicación, que cause por ello una lesión actual e inmediata al recurrente (es, pues, el mismo concepto de nuestro art. 39.3, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a propósito del recurso contra reglamentos). *Vid.* F. STERN, II, pág. 1010. H. J. PAPIER: «“Spezifisches Verfassungsrecht” und “einfaches Recht” als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, cit., I, págs. 432 y sigs.

precedentes del Gobierno o de los Ejecutivos autónomos. Es, pues, explícita la voluntad de excluir del recurso de amparo inmediato a las eventuales agresiones que a los derechos protegidos puedan proceder de las leyes. Ello, no obstante, aunque no como un amparo directamente dirigido contra la ley, sino contra la violación del derecho que pueda resultar de la aplicación de una ley por parte de cualquier otro órgano público distinto de las Cortes o de las Asambleas autónomas, las «personas afectadas» (art. 46.1) en cualquiera de los derechos fundamentales susceptibles de amparo podrá interponer éste, con el resultado final, si la violación se ha producido, de la eliminación de la ley inconstitucional a través de la singular «autocuestión de inconstitucionalidad» que el Tribunal Constitucional puede plantearse a sí mismo en los términos del artículo 55.2 de su Ley Orgánica. Es una particularidad sumamente importante para comprender la amplitud de funcionamiento del sistema.

4. El tercer bloque de competencias lo constituyen los conflictos constitucionales.

Aquí están, por una parte, los atañentes a la organización territorial del Estado, entre éste y las Comunidades Autónomas o por éstas entre sí. Por otra parte, los conflictos entre los principales órganos constitucionales del Estado. Previsiblemente va a ser en los primeros de estos conflictos donde el Tribunal Constitucional va a tener un campo de actuación más delicada, dada la indeterminación que el título VIII de la Constitución deja al modelo, hoy tan discutido, del Estado de Autonomías, que necesariamente el Tribunal Constitucional será llamado a precisar en sus aplicaciones concretas.

La justificación de esta competencia del Tribunal Constitucional parece clara: como ha notado la doctrina alemana, todo conflicto entre órganos constitucionales (más que órganos en el caso de las Comunidades Autónomas, por constituir éstas verdaderas «entidades» políticas, como precisan los artículos 2.º, 137 y 152 de la Constitución, aunque entidades «internalizadas» en el seno del Estado y no —por diferencia del federalismo estricto— Estados sustantivos) es, por sí mismo, un conflicto constitucional, que pone en cuestión el sistema organizatorio que la Constitución, como una de sus funciones básicas ha establecido (63). Por ello mismo, sólo el Tribunal Constitucional, donde existe, puede ser órgano adecuado para la resolución de estos conflictos, que afectan a la esencia misma de la Constitución, a la cuidadosa distribución de poder y de correlativas competencias por ella operada.

(63) D. LORENZ: «Der Organstreit vor dem Bundesverfassungsgericht», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, cit., I, págs. 225 y sigs., en especial págs. 230 y sigs. M. GOESSL: *Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes*, Berlín, 1981, pág. 69.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha separado del título IV, que trata «de los conflictos constitucionales», el título V, donde especifica la impugnación por el Estado de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades prevista en el artículo 161.2 de la Constitución. Es, en realidad, un tipo de conflicto singularizado por adoptar la forma impugnatoria. Quizá la especificación ha estado determinada por la oportunidad de sustantivar una técnica específica prevista por el citado precepto de la Constitución y que parece contradecir el reparto general de controles sobre las Comunidades Autónomas, que la propia Constitución diseña en el artículo 153; según este último, al Tribunal Constitucional sólo correspondería fiscalizar las «disposiciones normativas con fuerza de ley», en tanto que las disposiciones reglamentarias y los actos correspondería enjuiciarlos a los Tribunales contencioso-administrativos. Revela esa intención de no perder la vía específica del artículo 161.2 el hecho de que alguna doctrina, notando su contradicción con el 153, había postulado convertir aquella en un recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional contra las sentencias previas de los Tribunales contencioso-administrativos (64).

La peculiaridad de este conflicto articulado con técnica impugnatoria y como excepción a la regla del artículo 153.c), es doble: por una parte, la de disponer (como lo ha establecido de manera explícita el art. 161.2) el carácter suspensivo inmediato de la impugnación respecto a la eficacia de la disposición o resolución recurridas (lo cual parece que es un contrapeso al hecho de que no se hayan otorgado esas facultades suspensivas directamente al Gobierno central, como no es anómalo que ocurra en sistemas federales o regionales; la ganancia para la autonomía es que el conflicto quede desde su inicio judicializado, remitido a una solución de Derecho y no política —como es, en algún supuesto, el caso italiano—, lo que redundaría en beneficio de la autonomía como un ámbito objetivo de desenvolvimiento garantizado) (65); en segundo lugar, aunque es

(64) Así, T. R. FERNÁNDEZ, en su trabajo «La organización territorial del Estado y la Administración pública en la nueva Constitución», en la obra colectiva, por él mismo dirigida, *Lecturas sobre la Constitución Española*, I, Madrid, 1978, pág. 355. Últimamente, RUBIO LORENTE y ARAGÓN, en su trabajo *La jurisdicción constitucional*, cit., págs. 885-6, parecen apuntar (a mi juicio, sin razón seria, dada la cobertura explícita por el art. 161.2) a la posible inconstitucionalidad el título V de la Ley Orgánica, por contradicción con el artículo 153. La articulación entre éste y el 161.2 parece sencilla: el 153 establece una regla general, aplicable a todos los sujetos; el 161.2, una regla especial, sólo utilizable por el Estado. *Vid.* a continuación en el texto.

(65) El sistema italiano de control de las leyes regionales por el Estado consiste, según el artículo 127 de la Constitución, en un veto devolutivo del Gobierno al Consejo Regional, que obliga a éste, si insiste en mantener la Ley objetada, a una ratificación por mayoría absoluta, tras de lo cual el Gobierno puede plantear la cuestión de legitimidad ante el Tribunal Constitucional,

verdad que lo directamente impugnado no es materia constitucional, sino administrativa (Reglamentos y actos), no es menos cierto que su trascendencia práctica puede llamar inmediatamente a la cuestión central de los límites de la autonomía, que hace entrar en juego necesariamente al parámetro constitucional y paraconstitucional (cfr. art. 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) de los Estatutos y Leyes marco, de armonización, delegación, etc. A mi juicio, el Estado no podrá ejercitar esta vía impugnatoria más que por esta específica causa de afectar a los límites constitucionales de la autonomía, única en que el Estado parece legitimado para hacerlo y única también en que el Tribunal Constitucional, que no es juez de Derecho administrativo, puede fallar con la norma cuya aplicación e interpretación le concierne, la Constitución. No tendría sentido alguno que el Estado impugnase un acto administrativo de una Comunidad Autónoma ante el Tribunal Constitucional por una simple infracción de la Ley de Procedimiento Administrativo o de cualquier otra cuya eventual infracción carezca de toda relevancia sobre el sistema autonómico constitucional y sus límites. Esta solución es la misma a la que se ha llegado en Alemania por vía jurisprudencial respecto a los conflictos entre Federación y *Länder* sobre un texto legal, el artículo 93.1, 3 de la *Grundgesetz*, que no contenía esa precisión; el Tribunal Constitucional ha concretado, en efecto, que la pretensión de una parte contra la otra debe estar fundada en una «concreta relación jurídico-constitucional» y no «*ausserhalb des Verfassungsrechtskreises*», fuera del círculo del Derecho constitucional (66).

En este sentido, y con esa necesaria concreción, la atribución de esta competencia al Tribunal Constitucional me parece justificada. Es verdad que también los Tribunales contencioso-administrativos hubiesen podido —y debido— medir la validez de Reglamentos y de actos con el parámetro constitucional (67), pero no es menos cierto que, en los estrictos términos dichos,

o bien de mera oportunidad (contraste con los intereses nacionales o los de otra Región) ante las Cámaras. Sobre este modelo, que los constituyentes consideraron, se comprende el mayor respeto autonomista que se ha plasmado en nuestro artículo 161.2, que sólo admite el control de legalidad y no de oportunidad y, además, directamente planteado ante el Tribunal Constitucional, sin exigencia de *quorum* reforzado de ratificación previa. El carácter suspensivo del recurso, por otra parte, es consustancial a la técnica del conflicto: así, RUBIO LLORENTE y ARAGÓN, cit., pág. 888. Entiendo, por ello, que exagera LEGUINA, que ve en ese carácter suspensivo del recurso una discriminación antiautonomista: en su trabajo *Las Comunidades Autónomas*, en *La Constitución Española de 1978. Estudio, sistemático*, dirigido por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., pág. 826.

(66) *Apud* STERN, II, págs. 998 y sigs.

(67) Y así deberán hacerlo cuando entiendan con normalidad de estos recursos interpuestos por los administrados. Cfr. mi trabajo *La Constitución como norma jurídica*, págs. 121-2.

la cuestión revela ser una verdadera cuestión constitucional, como atañente a la distribución territorial del poder diseñada por la Constitución y a sus precisos límites, aunque se trate de una especie de recurso *per saltum*, que pasa por encima del Tribunal ordinariamente competente, que sería el contencioso-administrativo, para plantear inmediatamente la cuestión como una cuestión constitucional a resolver como tal. Como, a la vez, el conflicto puede revelar la existencia de leyes inconstitucionales que amparen los actos o disposiciones impugnados directamente, parece también útil que el propio Tribunal Constitucional pueda resolver directamente este problema (a mi juicio, mediante la promoción de oficio del correspondiente incidente de constitucionalidad, o «autocuestión de inconstitucionalidad», según la técnica de los arts. 67 y 55.2 de la Ley Orgánica, que permite al Tribunal declarar inconstitucional en sentencia independiente la ley viciada con la que se topa en sus tareas de decisión de otros temas) (68); concentrando así útilmente la resolución de todo el problema, que en otro caso habría que dividir entre los dos Tribunales, con el no conveniente retraso que esto implicaría.

5. Y, finalmente, la cuarta y última de las competencias es el control previo de inconstitucionalidad, tanto para la ratificación de ciertos Tratados, esto previsto en la Constitución (art. 95.2), como para la aprobación de proyectos de Estatutos de Autonomía o de Leyes Orgánicas, esto último incorporado a las competencias del Tribunal Constitucional por su Ley Orgánica utilizando la cláusula abierta de competencia del artículo 161.1.d) de la Constitución. No se trata, bien entendido, de competencias meramente consultivas, como demuestra el carácter vinculante de la decisión del Tribunal en los dos casos. Se trata en ambos de evitar o la ratificación de un Tratado, o la aprobación referendaria de un Estatuto, o la promulgación de una Ley Orgánica que haría políticamente más onerosa su invalidación *ex post* por motivos de inconstitucionalidad que su bloqueo previo, anterior a esos actos finales.

El modelo parece haber sido aquí el del Consejo Constitucional francés, que, en efecto, tiene una competencia preceptiva (en nuestro caso sólo facultativa) y anterior a la promulgación en materia de Leyes Orgánicas (aun no siendo

(68) Resulta imprescindible reconocer al Tribunal Constitucional esta posibilidad, aunque la Ley Orgánica (que la ha previsto con lucidez en los supuestos de conflictos comunes y de recursos de amparo, arts. 67 y 55.2) haya olvidado aquí el problema. Los términos generales del artículo 163 de la Constitución, así como el sometimiento exclusivo del Tribunal Constitucional a la Constitución, según el artículo 1.º-1 de su Ley Orgánica, así lo imponen, pues desde luego lo que está absolutamente excluido es la única alternativa posible, que el Tribunal Constitucional se encontrase vinculado por la Ley ordinaria en la que apreciase inconstitucionalidad, alternativa totalmente absurda.

equiparables a las que nuestra Constitución califica de tales) y facultativa, a iniciativa de ciertos órganos o de parlamentarios, en la materia de ratificación de Tratados internacionales (69).

IV. LAS POSIBILIDADES Y LOS RIESGOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional queda instituido, pues, con un formidable complejo de competencias.

Su introducción supone una innovación profunda y radical en nuestro sistema jurídico, una innovación como pocas ha conocido tan importantes nuestra historia del Derecho —simplemente dicho—. Como todo cambio de ese carácter y de esa intensidad va a generar, indudablemente, riesgos, y riesgos considerables.

Los riesgos de la justicia constitucional son bien conocidos. Puede ser útil su examen inmediato y sin prejuicios. Al hilo de este análisis, resultará al final más claro justamente lo que de positivo quepa esperar objetivamente —si algo—del Tribunal Constitucional.

1. La polémica sobre la justicia constitucional se abrió en toda su radicalidad en Europa en el momento de la recepción del sistema, en la primera posguerra de este siglo —momento equiparable para nosotros con el que ahora estamos viviendo, de puesta en marcha del Tribunal creado por la Constitución de 1978—. Desde entonces esa polémica podría estimarse apagada, al menos como cuestión de principio, pero tanto en Europa como en América se enciende de nuevo periódicamente (como un viejo volcán al que se cree extinto y que reanuda inesperadamente su actividad —y su desolación—), con una asombrosa capacidad de permanencia, cada vez que surge algún *judicial activism* o, inversamente, un eventual desfallecimiento, de los respectivos Tribunales Constitucionales. La responsabilidad de éstos en el sistema jurídico y político es tan excepcional que cualquier deficiencia en su funcionamiento viene a poner virtualmente en crisis el sistema entero.

Toda la polémica sobre los Tribunales Constitucionales versa siempre sobre las mismas dos cuestiones, bien conocidas. Por una parte, la cuestión de la tensión entre política y Derecho, que inquiere si los graves problemas políticos que se someten a la decisión del Tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial. ¿Es, por tanto, el Tribunal, a pesar de

(69) *Vid.* sobre el tema F. LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, cit., págs. 112 y sigs. y 225 y sigs.

su nombre, una verdadera jurisdicción, o es más bien un órgano político, que decide políticamente bajo capa de sentencias? Y antes aún: ¿es que los problemas políticos (y los problemas de principio, sometidos a una presión social de tantas atmósferas) son susceptibles de judicializarse, de reconducirse a soluciones jurídicas con parámetros preestablecidos, como es lo propio de todo litigio procesal? Segunda cuestión, íntimamente ligada a la anterior: ¿de dónde extrae el Tribunal Constitucional sus criterios de decisión, supuesto que él interviene justamente en el momento en que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional?, pues aunque pretenda aplicar éste, es un hecho que la historia demuestra que los Tribunales Constitucionales ejercitan en la práctica un verdadero *amending power*, en los términos del juez americano Marlan (70), esto es, un poder de enmendar o revisar la Constitución, o al menos de suplementaria, de construir preceptos constitucionales nuevos, que ni pudieron estar siquiera en la intención del constituyente. Y, entonces, ¿cuál es la fuente de ese formidable poder y —más grave aún— su legitimidad democrática? ¿Dónde están las «fuentes del Derecho» de criterios tan relevantes y trascendentales, capaces de imponerse a la voluntad de las Cámaras, que son la expresión de la voluntad popular?

Vamos a enfrentarnos con esas cuestiones, que constituyen desafíos dialécticos nada vulgares.

2. La primera de esas dos cuestiones, que pone en duda la posibilidad misma de una justicia constitucional, encontró en el período de entreguerras un sostenedor de calidad, Carl Schmitt. En su brillante y apasionado trabajo de 1929 *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (71) afirma de modo categórico: «Una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino los Tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradic-

(70) En un famoso voto particular en la sentencia *Oregon v. Mitchell*, 1970: «cuando el Tribunal pasa por encima de la expresa intención y concepción de los constituyentes invade el reino de la decisión política a la que el *amending power* ha sido encomendado y viola la estructura constitucional, que es su más alto deber proteger»; cita de R. BERGER, *Government by Judiciary*, cit., pág. 330.

(71) Publicado (paradójicamente) en el tomo *Die Reichsgerichtspraxis in deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehens des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)*, Berlin und Leipzig, t. I, págs. 154 y sigs. Reproducido —con una nota final justificativa de su posición en las circunstancias concretas de la época y una matización sobre el Tribunal de la Grundgesetz— en su obra recopilativa *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, 1958, págs. 63 y sigs. Recoge amplios extractos del tomo *Verfassungsgerichtsbarkeit*, dirigido por HAEBERLE, ya citado, págs. 108 y sigs.

ción en los términos» (72); y transpone aquí la conocida frase de Guizot sobre la justicia política (aunque el término se utilizaba en el sentido de los tribunales de represión política): «la justicia tiene todo que perder y la política nada que ganar».

Para Schmitt el Tribunal Constitucional no llega a conocer ni de verdaderos «conflictos constitucionales» ni tampoco de un litigio verdadero, en el sentido procesal y técnico del concepto. No hay conflicto constitucional porque para que lo hubiese en sentido correcto «las partes en conflicto deben estar en una cierta relación a la Constitución de la que resulte su papel de partes en función de su legitimación activa y pasiva. Esta situación sólo podría darse cuando la Constitución fuese considerada como un contrato... Pero la Constitución no es un contrato...; y aquí recuerda su concepto de Constitución como decisión fundamental, distinto del de Ley Constitucional, de modo que para él es obvio que «la Constitución no puede ser objeto del proceso» (73).

Cuando el Tribunal Constitucional conoce de los que en nuestro sistema se llaman recursos de amparo, su función, dice Schmitt, es la de una mera actuación de justicia administrativa (74). Su segunda gran competencia que le hace «instancia de decisión de las dudas y de las diferencias de opinión sobre la interpretación de las determinaciones de las leyes constitucionales», no tiene nada de jurisdicción, sino que es materialmente «legislación bajo forma de un procedimiento más o menos *justizförmig*», judicializado o en forma judicial. «Esto es legislación, puesto que se trata de fijar de manera determinante el contenido de una Ley» (75). Que esto se haga como actividad *justizförmig organisiert*, organizada bajo «forma judicial» o procesal, es accidental; muchas decisiones (como nombrar un tutor o canonizar un santo, dice) se adoptan *justizförmig* y nadie las ha confundido nunca con decisiones de justicia. Justicia no es todo lo que un juez hace o dice; juez sería entonces todo el que está en una posición independiente e inamovible; esto sería una formalización total e inadmisibile del concepto de justicia (76).

(72) Cito por la edición de los *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pág. 98.

(73) *Op. cit.*, págs. 75 y 77. Sobre el concepto schmittiniano de Constitución, *vid.* su obra *Teoría de la Constitución*, trad. esp., Madrid, 1935.

(74) *Op. cit.*, pág. 77. Es claro que el autor utiliza un concepto material y no formal de Administración, puesto que reconoce que el recurso puede dirigirse contra cualquier «acto estatal» y no sólo de la Administración.

(75) *Ibidem*. SCHMITT se apoya aquí en KELSEN, con quien, por una vez, está de acuerdo en este punto.

(76) *Op. cit.*, pág. 74.

Pues está claro, aclara Schmitt, que lo que se encomienda al Tribunal Constitucional no es en absoluto un conflicto jurídico. «Una decisión sobre el contenido de una Ley [para Schmitt lo que nosotros llamamos Constitución] es, en su sentido y en su fin, una decisión manifiestamente distinta de la decisión de una pretensión conflictiva sobre el fundamento de una ley... La decisión judicial presupone una decisión general ya adoptada por el legislador. Sobre ello descansa la posición singular del juez en el Estado burgués de Derecho, su objetividad, su posición sobre las partes, su independencia respecto a instrucciones y órdenes de servicio, su carácter apolítico, pues la decisión política está en la decisión del legislador y no en la del juez. Lo primero para que un caso sea «justiciable» es que exista una norma general bajo cuyo supuesto de hecho un caso pueda ser subsumido» (77). Pero aquí estamos ante un conflicto en que «la Ley conflictiva [la Constitución] no puede ser el fundamento de la decisión sobre su propio contenido». «El conflicto sobre el contenido de la decisión normativo-constitucional sobre el fundamento de ella misma no es materia de decisión judicial, sino de la decisión política del legislador. Aunque se organice como un procedimiento *justizförmig*, lo que se organiza en verdad es una instancia legislativa cuya función se percibe como una *Cámara Alta*, o bien de una *segunda primera Cámara*» (78).

Interpreta así el papel del Tribunal Supremo americano como el de un «veto judicial» a las Leyes, como un «poder judicial de censura», expresión, en la fórmula famosa de Lambert, de un «gobierno de los jueces», que a su juicio conduce (y pone el ejemplo de la *patrum auctoritas* del Senado romano) al papel de un «defensor del *statu quo*». Pero quizá el modelo más adecuado para explicar la posición del Tribunal Constitucional sea la del Senado de la Constitución napoleónica (79). Citando a Eisenmann, Schmitt sostiene que el Tribunal, en realidad, completa, determina la Constitución más que la aplica: *elle ne «dit» pas le droit, elle le «fait»* (80).

La naturaleza política de esa competencia básica del Tribunal Constitucional, añade Schmitt, se comprueba contraponiendo la decisión judicial característica, que presupone una ley previa de la cual esa decisión ha de deducirse, con «ciertas decisiones que no pueden deducirse de una norma, lo que constituye el

(77) Págs. 77-78.

(78) Pág. 78; subrayados del original.

(79) Págs. 78-79. Sobre el Senado napoleónico, expresión de una idea de SIEYÈS sobre un cuerpo conservador de la Constitución, *vid.* LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, cit., págs. 8 y 10.

(80) Pág. 79, nota; se refiere al libro de EISENMANN: *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, 1928; la frase transcrita, en pág. 218 de esta obra.

elemento “decisionista” de toda decisión. Este “decisionismo” vale, del modo más claro, para las decisiones políticas (en contradicción con las judiciales). Es manifiestamente imposible que el contenido de un acto de configuración política, como son los propios de la legislación y del Gobierno, pueda deducirse del contenido de las determinaciones constitucionales, las cuales se limitan a “regular” la legislación y el Gobierno. Por el contrario, el contenido de la decisión judicial es deducible del *contenido de la Ley* y adquiere existencia a través de la subsunción de supuestos de hecho... La diferencia es de gran significación para la cuestión de la llamada justicia constitucional, porque la decisión que resuelve las dudas sobre el contenido de una determinación constitucional no puede deducirse del propio contenido dudoso. Por ello esta decisión no es en su esencia una decisión judicial» (81). Por cierto, que aquí se encuentra el núcleo de «decisionismo» del autor, reelaborado y perfilado más tarde como su doctrina política fundamental (82).

Así construido el fundamento de su crítica, Schmitt concluye que «el Estado europeo actual, con sus luchas y contraposiciones de intereses (especialmente el Estado industrial, con su estructura social de equilibrio entre burguesía y proletariado) no puede disolverse en jurisdicción sin que él mismo se disuelva. Es necesario proteger la Constitución contra los abusos del legislativo, pero en modo alguno con una instancia de interpretación dotada de fuerza de ley. Contra el abuso de la forma legislativa se organizaría el abuso de la forma judicial» (83).

Aunque en este trabajo inicial no lo expresa aún, su conclusión final, dos años después (84), en su famoso libro *Der Hüter der Verfassung*, 1931, será que quien en el sistema constitucional de Weimar asume el papel de «defensor de la Constitución» no es el Tribunal Constitucional, sino el presidente y precisamente cuando concentra en su magistratura todos los poderes, cuando actúa la «dictadura constitucional» del famoso artículo 48 (85). Schmitt juega aquí

(81) *Op. cit.*, págs. 79-80.

(82) Cfr. F. J. CONDE: *Introducción al Derecho Político actual*, Madrid, 1853, págs. 166 y sigs. Cfr. H. RUMPF, *Carl Schmitt und Thomas Hobbes*, Berlín, 1872, y su artículo *Carl Schmitt und der Faschismus*, en la revista «Der Staat», 1978, págs. 233 y sigs.

(83) *Op. cit.*, págs. 99-100. También antes (pág. 89) ha dicho: «En tiempos de crisis y de movimientos no debe la justicia intentar decidir los conflictos sociales y políticos». Todavía hoy en el mismo sentido el schmittiniano FORSTHOFF: *El Estado de la Sociedad industrial*, trad. esp., Madrid, 1971, págs. 213 y sigs.

(84) Antes lo ha apuntado ya en su trabajo de 1929, posterior a la obra que hemos resumido, publicado en el «Archiv des öffentlichen Rechte», 16, 2, págs. 161 y sigs.

(85) De la obra citada en el texto hay una segunda ed. en Berlín, 1989. Sobre la crisis del sistema de Weimar, de que se habla a continuación en el texto, *vid.* BRACHER, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, Villingen, 1971.

con su concepto de Constitución como decisión fundamental, previa a la Ley Constitucional propiamente dicha, que constituye al pueblo en unidad política concreta. La tesis no es simplemente paradójica, una brillante creación de un gran sofista; fue sobre todo decisiva en el terreno de la práctica para ultimar el proceso de disolución constitucional del sistema de Weimar: Hitler, ejercitando desde su acceso a la Cancillería, y más aún una vez que fallece el viejo presidente Hindenburg, los poderes del artículo 48, no necesitará siquiera derogar la Constitución weimariana, que será así aniquilada por quien invoca el título de su defensor y en el acto mismo de su supuesta defensa.

3. La anterior es la crítica conservadora al sistema de la justicia constitucional; no de un conservadurismo cualquiera, simplemente inercial o sostenedor del *statu quo* utilitario y sórdido, sino de «la Revolución conservadora» y aristocrática, precisamente (86), que con su desdén altivo al orden burgués (desdén desde la superioridad aristocrática, no desde el populismo proletario) y su caída final en el decisionismo dictatorial, falsamente heroico (simplemente violento), concluye abiertamente en el fascismo (usado el término en su sentido estrictamente técnico, sin las connotaciones y adherencias deprecatorias que la historia ha puesto luego en el concepto).

Pero hay también una crítica «de izquierda» a la justicia constitucional (aquí se demuestra que la justicia constitucional toca a los fundamentos mismos del Estado, de modo que sobre el tema no pueden menos de identificarse las doctrinas políticas de fondo) (87). Esa crítica radicalista pone la decisión creadora no en la dictadura del Ejecutivo, sino en la Asamblea o en el partido; nada parece posible situar por encima de esa instancia suprema y, por supuesto, nada que pueda intentar legitimarse en un pretendido proceso neutral aplicativo de la Constitución, entendida como norma jurídica abstracta e intemporal. Si, al cabo de muchas vueltas dialécticas, concluíamos que la crítica conservadora podía calificarse como fascismo, ahora podemos anticipar que la crítica radical o de izquierda ha de calificarse de jacobinismo.

En el jacobinismo histórico aparece, en efecto, el mito de la Asamblea (la «Convención», expresión absoluta de la voluntad general) como el lugar donde se posa el Espíritu Santo, o en términos más secularizados, el espíritu colectivo infa-

(86) Según el conocido libro de Armin MOHLER: *Die Konservative Revolution in Deutschland (1818-1932)*, Darmstadt, 1972. El aristocratismo es más bien desiderativo, de *snobs* y de pequeños burgueses en *quête d'absolu social*.

(87) W. KAEGI en *Die Vertassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945, ha notado certeramente: «se puede decir, aprovechando una frase conocida: dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré qué concepto de Constitución tienes. Esta frase, naturalmente, vale también al revés» (pág. 147, nota).

libre y certero, en una suerte de unión mística lograda a través del debate incesante y de la catarsis que éste procura. Es el jacobinismo, sostenido en el principio representativo absoluto de la voluntad general, el que alimenta el dogma de la soberanía parlamentaria en el constitucionalismo de tipo francés, que proscribía resueltamente todo poder por encima de la Asamblea y, por supuesto, todo poder judicial, simple instrumento ejecutivo de las leyes de la propia Asamblea, instrumento que ella misma controla estrechamente a través de la técnica del *référé législatif* (88).

Por otra parte, en ese asambleísmo, donde se funde el espíritu y las aspiraciones profundas del pueblo, está el arma revolucionaria por excelencia, el instrumento de reforma y de revulsión de la sociedad, lanzada sobre los privilegios y sobre el egoísmo individual; la Asamblea, pues, y nadie por encima, es el órgano supremo de la justicia revolucionaria (89). «*La volonté nationale* —dijo Sieyès— *n'a besoin que de sa réalité pour être toujours légale; elle est l'origine*

(88) En la célebre Ley de 18-24 de agosto de 1790, sobre organización judicial, que tanto se cita como instrumento de «separación» entre la Administración y los Tribunales, se contiene otro precepto análogo, el artículo 10, relativo al legislativo y a los Tribunales: «*Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps Législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture*»; cfr. Ch. EISENMANN y L. HAMON, *La juridiction constitutionnelle en Droit français (1875-1981)*, en la obra colectiva ya citada *Verfaasungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, del «Max-Planck-Institut», págs. 231 y sigs. El sistema de *référé législatif*, implicaba que el juez debería consultar a la Asamblea cuando la interpretación de una Ley fuese dudosa; sobre lo cual vid. V-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, París, 1965. La técnica del *référé* está instituida por el artículo 12, título II de la misma Ley citada de 16-24 de agosto de 1790: «*Ils (los Tribunales) ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle*». La técnica no es una invención revolucionaria, sino que viene del absolutismo del Antiguo Régimen (HUFTEAU, págs. 9 y sigs.); durante el «Gobierno revolucionario» la técnica se va a exacerbar hasta concluir haciendo del juez un subordinado de la Asamblea (HUFTEAU, págs. 50 y sigs.). Todo esto conducirá finalmente a la justificación del recurso de casación, como es sabido.

(89) Ésta es, justamente, la técnica del «Gobierno revolucionario», que concluye en el Terror. Los textos pueden multiplicarse. Citemos a SAINT-JUST: «En las circunstancias en que se encuentra la República, la Constitución no puede ser establecida; se la inmolaría a sí misma. Vendría a ser la garantía de los atentados contra la libertad porque le faltaría la violencia necesaria para reprimirlos... Entre el pueblo y sus enemigos no hay otra cosa de común más que la espada». ROBESPIERRE: «*Il faut organiser le despotisme de la liberté pour écraser le despotisme des rois... le Gouvernement révolutionnaire est appuyé sur la plus sainte de toutes les Lois, le salut du peuple, sur le plus irrefragable de tous les titres, la nécessité*». Cfr. el excelente libro de GODEHOT: *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, París, 1951, págs. 239 y sigs. y referencias. GASTON-MARTIN, *Les jacobins*, París, 1949, que estudia también la sobrevivencia de los dogmas jacobinos, presentes de nuevo en la Commune de 1871 y aun en la III y IV Repúblicas, hasta el comunismo leninista, a que luego nos referiremos.

de toute légalité»; no hay Derecho alguno al margen de ella que pueda pretender imponerle cualquier Tribunal. Ella puede, por tanto, como no se privó de hacer, fundar el «despotismo de la libertad» (90). Es visible el contraste profundo entre esta concepción que surge de la Revolución francesa y la que alimenta la Revolución de los puritanos americanos (91).

El principio asambleario jacobino ha sostenido durante mucho tiempo la negación de la legitimidad de un Tribunal que pudiese anular por inconstitucionales los productos normativos de la Asamblea. Al hilo de este argumento, y de una esperanza en la conquista futura de esa arma revolucionaria absoluta, se han invocado argumentos accesorios: el Derecho es prevalentemente un instrumento de conservación y no de transformación; el Tribunal Constitucional se presenta, en nombre de una legitimidad superior, como un dique contra la mutación profunda que sólo las Cámaras pueden emprender; es un colegio aristocrático y frío opuesto a unas Cámaras pretendidamente irracionales, apasionadas, improvisadoras, en desprecio de la única legitimidad que una democracia tolera, la representación de la voluntad del pueblo.

Estos conceptos han resonado en las Asambleas Constituyentes de todos los países cuando se ha debatido el tema de la justicia constitucional (92).

(90) La cita de SIEYÈS, de su *Qu'est-ce que le tiers état?*; sobre «el despotismo de la libertad», los textos cits. en la nota anterior.

(91) Sobre el tema ya hizo observaciones agudas A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Ed. de J. P. MEYER, París, 1951, *passim*, y especialmente tomo II, págs. 25 y sigs. Cfr. también S. M. LIPSET, *The first new nation. The United States in historical and comparative perspective*, New York, 1979, especialmente págs. 224 y sigs.

(92) En Francia, referencias en EISENMANN y HAMON, *La juridiction constitutionnelle*, cit., págs. 239 y sigs. Para Italia, *vid.* G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, págs. 321 y sigs., más ampliamente C. MEZZANOTTE, *Giudizio sulle leggi e ideologia del costituente*, Roma, 1966. En Alemania la introducción del Tribunal encontró menos resistencia, justamente tras la experiencia de la «defensa de la Constitución» realizada por el *Führer*; *vid.* así la alusión expresa a las tesis de Schmitt que se hizo en la Asamblea (constituyente) de Parlamentarios de 1948, alusión que juega con la similitud de los nombres de Carl Schmitt y el líder socialista Carlo Schmid, que tan positivo papel jugó en las tareas constituyentes; Schmitt la recoge en la reedición de 1958 que hemos utilizado de su *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, págs. 105-106. *Vid.*, además, sobre esta misma polémica, DOLZER, *Die staatsrechtliche, cit.*, pág. 42, y en general H. LAUFER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess*, Tübingen, 1988, págs. 50 y sigs. Sería fácil recoger textos análogos en nuestros respectivos procesos constituyentes; así en nuestro Congreso se habló del riesgo de convertir al Tribunal en una «tercera Cámara, escasamente controlable» (Diputado SOLÉ TURA, en «Diario de Sesiones del Congreso de Diputados» de 19 de junio de 1978, pág. 3448), de «gobierno de los jueces» (Diputado FRAGA IRIBARNE, *Ibidem*, pág. 3449), etc., aunque, en general, como argumentos dialécticos, sin verdadero debate de fondo, por tratarse de materia de consenso entre los partidos.

Son los mismos que, a través del confesado influjo que el jacobinismo y sus dogmas revolucionarios ejercieron sobre las concepciones de Lenin en relación con el Partido y sobre su idea de la dictadura del proletariado (93), se oyen en los países comunistas para justificar una posición contraria a la justicia constitucional (94), conceptos matizados, no obstante, por la sustitución del papel central de la Asamblea por el carismático del Partido, fuente última de legitimidad (95).

(93) Cfr. GASTON-MARTIN, *Les jacobins*, cit., págs. 106 y sigs. El carácter excepcional del «Gobierno revolucionario» jacobino, sobre el que Robespierre insistió constantemente («le but du Gouvernement constitutionnel est de conserver la République; celui du Gouvernement révolutionnaire est de la fonder»: *vid. infra* nota 136), se adapta exactamente al dogma marxista de la disolución final del Estado, objetivo final para el cual la dictadura del proletariado sería una simple etapa previa y transitoria, destinada a crear las condiciones para que esa etapa final, y finalmente pacífica, donde se habrán roto todas las alienaciones humanas, pueda establecerse. Cfr., por todos, K. RADJAVI, *La dictature du prolétariat et le dépérissement de l'Etat, de Marx a Lenin*, París, 1975, sin entrar en las sutilezas teóricas de los marxólogos.

(94) Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA y S. ROZMARYN: *La Constitution comme Loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, París, 1968. L. N. SMIRNOV, *La Cour Suprême de l'U.R.S.S.*, en la obra colectiva *La Cour judiciaire Suprême. Une enquête comparative*, dirigida por BELLET y TUNC, París, 1978, págs. 373 y sigs. (y en la misma obra sobre el Tribunal Supremo de Polonia, págs. 399 y sigs.). Excepción a la regla de la no admisión de una justicia constitucional en los países socialistas, la de Yugoslavia, determinada especialmente por la temática federal más que por la de principios materiales.

(95) El artículo 8.º de la Constitución de la URSS de 1977 precisa: «La fuerza que dirige y orienta la sociedad soviética, el núcleo de su sistema político, de las organizaciones estatales y sociales, es el Partido Comunista de la Unión Soviética. El PCUS existe para el pueblo y está al servicio del pueblo. Armado de la doctrina marxista-leninista, el Partido Comunista define la perspectiva general del desarrollo de la sociedad, la línea de la política interior y exterior de la URSS, dirige la gran obra creadora del pueblo soviético, confiere un carácter organizado y científico fundado a su lucha por la victoria del comunismo. Todas las organizaciones del Partido ejercen su actividad en el cuadro de la Constitución de la URSS.» Cito por la excelente versión de P. y M. LAVIGNE, *Regards sur la Constitution soviétique de 1977*, París, 1978, y su comentario (págs. 100 y sigs.). No sorprenderá que, desde la teoría marxista del Derecho, los jueces y Tribunales estén sometidos a directivas que, so pretexto de mantener la unidad de la jurisprudencia, emana el Tribunal Supremo a requerimiento del ministro de Justicia, del procurador general o del presidente del propio Tribunal; igualmente los Tribunales inferiores deben consultar al Tribunal Supremo ciertas dudas antes de fallar. Es lo que resulta de la función que al Tribunal Supremo asigna el artículo 153 de la Constitución soviética («ejerce la vigilancia de la actividad judicial de los Tribunales de la URSS, así como la de los Tribunales de las Repúblicas federadas»). *Vid.* la vívida descripción del sistema (común al modelo comunista) en el trabajo de PIASECKI y WASILKOWSKA, *La Cour Suprême de la République populaire de Pologne*, en la obra colectiva *La Cour judiciaire Suprême*, cit., págs. 402 y sigs. En la Constitución de Cuba de 1976, vigente, artículo 122, se declara: «Los Tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurados con independencia funcional de cualquier otro y sólo subordinados jerárquicamente o la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado» (que es la Comisión permanente de la Asamblea y tiene los supremos

4. Pero sería un error pensar que se trata únicamente de posiciones presentes en países que han rehusado la innovación de una jurisdicción constitucional. En aquellos países que conocen ésta, incluso en el país que la ha inventado, los Estados Unidos de América, las mismas voces resuenan periódicamente para criticar la actividad del Tribunal Supremo.

La tesis de un «gobierno de los jueces», como un gobierno sin legitimación democrática, sin responsabilidad, sin capacidad tampoco de responder a las demandas de las sociedades actuales, se originó en los Estados Unidos desde que Théodore Roosevelt, en 1913, en réplica a las primeras sentencias en que el Tribunal Supremo aplica lo que se ha llamado el «darwinismo jurídico», esto es, el liberalismo salvaje, que condena toda intervención legislativa en la vida económica (incluso, como en la sentencia *Ives v. South Buffalo Ry. Co.*, 1911, la atribución al empresario de responsabilidad por accidentes de trabajo de un obrero, o en *Lochner v. New York*, 1905 —que es la que marca propiamente esta época— la fijación de jornada legal de trabajo para los panaderos), impugnó «el papel de legislador irresponsable asumido por el juez, papel que los jueces americanos se han atribuido unilateralmente» (96). Sobre esta base Lambert generaliza poco más tarde en Europa la fórmula de «gobierno de los jueces», con su famoso libro de 1921 (97). El tema resurge periódicamente en los mismos Estados Unidos. Así, en 1932, Louis Boudin publica un libro con un título análogo, *Government by judiciary* (98).

Viene luego la gran crisis constitucional que pone en marcha el enfrentamiento abierto del Tribunal Supremo con el *New Deal* del segundo Roosevelt (99). En un famoso discurso de 1937, F. D. Roosevelt presenta su proyecto

poderes: arts. 87 a 90; su presidente es el jefe del Gobierno, art. 91). El artículo 124 otorga al Tribunal Supremo Popular el poder de «tomar decisiones y dictar normas de obligado cumplimiento por todos los Tribunales populares, y, sobre la base de la experiencia de éstos, imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley»; todos los jueces son designados por Asambleas, ante las que han de rendir cuentas (art. 128) y que puede revocarlos *ad libitum* (art. 129). El sometimiento de los Tribunales al poder político es, pues, absoluto, y explícito, algo inconciliable con nuestra idea del Derecho y de la Justicia.

(96) B. SCHWARTZ: *Le Droit aux Etats Unis; une création permanente*, traducción fr. París, 1979, pág. 125; sobre el «darwinismo jurídico» (que se declara como tal expresamente en alguna sentencia), la misma obra en págs. 92 y sigs., y R. HOPSTDTER, *Social darwinism in American Thought, 1860-1915*, New York, 1945. Sobre el período (también llamado «Lochner era»), *vid. TRIBB, American Constitutional Law*, cit., págs. 434 y sigs.

(97) LAMBERT: *Le gouvernement des juges*, París, 1921.

(98) *Apud* BERGER, cit., pág. VII: no conozco del libro más que esta referencia.

(99) Un resumen en B. SCHWARTZ, *Le Droit*, págs. 128 y sigs. En 1985 y 1938 el Tribunal anula la legislación básica de la política económica emprendida por Roosevelt por entender que

de reforma del Tribunal (que terminaría rechazando el Senado) (100) en estos duros términos: «En tanto que nación, estamos en la situación en que es preciso tomar medidas para salvar la Constitución de las garras del Tribunal.» Y ello porque «los Tribunales han destruido el equilibrio de poderes entre las tres ramas del gobierno federal, oponiéndose así directamente a los grandes objetivos que se habían fijado los redactores de la Constitución».

Jamás crítica alguna se había dirigido con tanta fuerza, y con tanta autoridad, contra el centro mismo del sistema de justicia constitucional. En marzo de 1937, el propio Tribunal cede y cambia su jurisprudencia: primero en marzo, reconociendo la constitucionalidad de una Ley de un Estado sobre salarios mínimos, análoga a la que nueve meses antes había negado el derecho de promulgar; en abril, sancionando la validez de la básica Ley sindical (*National Labor Relations Act*). Fue fácil observar que el Tribunal cedía ante la presión política directa con que Roosevelt le enfrentó abiertamente (101), aunque parece ser que la deliberación de la primera de esas dos decisiones precedió en un mes a la publicación, del proyecto de Ley de reforma y su envío a las Cámaras. Inmediatamente se producen una serie de bajas en el Tribunal (alguna como la jubilación voluntaria del juez Van Devanter, estimulada por una Ley que aumentaba los beneficios del retiro) (102), bajas que Roosevelt se apresura a colmar con jueces «liberales»; en 1941 no quedaba ya más que un juez pre-rooseveltiano.

interfería la autonomía de los Estados; la misma interpretación, en 1836, para la Ley federal de reglamentación del carbón, anulándose también el mismo año la fijación del salario mínimo como contrario a la libertad de comercio. En total se anularon 12 Leyes del *New deal* entre 1834 y comienzos de 1937. Cfr. más ampliamente BAKER, *Back to Back; the duel between F. D. Roosevelt and the Supreme Court*, New York, 1887.

(100) Es el famoso *Court-packing plan* o plan de empaquetado o delimitación de la competencia del Tribunal, proyecto elaborado por FRANKFURTER, el gran jurista (que, a la primera vacante en el Tribunal, ROOSEVELT se apresurará a introducir en éste), ayudado por un brillante equipo de juristas; la fórmula «simple» fue la de utilizar la facultad constitucional del Congreso, según el artículo III, sección 2, § 2, de la Constitución, de introducir «excepciones» en la «jurisdicción de apelación» del Tribunal Supremo; a la vez, se alteraba la composición del Tribunal aumentando a quince el número de jueces y disponiendo la jubilación forzosa a los setenta años. *Vid.*, sobre el tema, R. BERGER, *Congress v. Supreme Court*, ya citado, especialmente págs. 291 y sigs. C. L. BLACK: *The people and the Court*, cit., págs. 59 y sigs.; la reforma, no duda en decir este último, se hubiese pagado al «precio de cesar de vivir bajo el Derecho Constitucional como nosotros lo entendemos» (pág. 67), «habría cambiado la entera estructura americana de Gobierno» (pág. 68).

(101) El mismo ROOSEVELT lo manifestó: «Sería una prueba de ingenuidad no querer reconocer la existencia de una relación entre estas sentencias y la batalla dirigida contra el Tribunal Supremo»: SCHWARTZ, pág. 130.

(102) NOWAK, ROTUNDA y YOUNG: *Handbook on Constitutional Law*, St. Paul, Minn., 1978, pág. 39.

La crisis se remonta sobre la base de una rectificación sustancial de postura. Nadie justifica hoy los criterios anteriores del Tribunal (respecto de los cuales fueron ejemplares *dissenters* los importantes jueces Holmes y Brandeis, cuyos votos particulares siguen haciendo autoridad frente a las sentencias de que discreparon) y pocos critican el duro juicio del luego gran juez Frankfurter: «el Tribunal Supremo durante, aproximadamente, un cuarto de siglo ha derivado el poder de *judicial review* en una revisión de la política legislativa, usurpando poderes que pertenecen al Congreso y a los legislativos de los distintos Estados»; ha sido un «largo camino de abuso judicial» (103).

Esa crisis ha sido positivamente beneficiosa, porque ha permitido depurar los límites de la *judicial review* y canalizarla predominantemente hacia la protección de los derechos fundamentales, abandonando el arbitrario terreno de las concepciones económicas.

Pero, una vez esa reorientación concluida, he aquí que la extraordinaria labor del Tribunal Warren, un ejemplo pocas veces igualado de «activismo judicial», aunque en el mejor sentido del término (con el cual se ha operado «la mayor revolución social de nuestra generación») (104), ha suscitado constantes y vivas objeciones. Aquí comprobamos que la justicia constitucional, contra las críticas que ya conocemos, no es una institución defensora del *statu quo*, pues pocas veces se habrá realizado tan expeditiva y resueltamente, y con tanta economía de medios, una «revolución legal» tan profunda y certera como la realizada por el Tribunal Warren.

Se comprende que el poderoso conservadurismo americano se haya sentido afectado en una parte importante de sus convicciones. En las campañas electorales de Nixon, como en la reciente de Reagan, estos temas han sido abiertamente aireados (105). Nixon, al fin y al cabo un abogado en ejercicio, compitió abier-

(103) Frase de una carta a ROOSEVELT escrita en el punto álgido del enfrentamiento; *apud* BERGER, *Congress*, pág. 292, nota; BRANDEIS había dicho ya en uno de sus votos particulares en 1924 que el Tribunal se había convertido en una especie de «superlegislatura». HOLMES dijo en otro voto de 1930 que «difícilmente podía descubrir otro límite que el cielo» al poder que se atribuía el Tribunal; ambas referencias, en CORWIN, *The Constitution and what it means today* (rev. by CHASE y DUCAT), 14.ª ed., Princeton, 1978, pág. 223.

(104) BERGER: *Government by Judiciary*, pág. 283. B. SCHWARTZ, en su librito *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, pág. 91, dice del Tribunal Warren que «ha llevado a cabo una revolución sólo comparable a la realizada por el Parlamento inglés al elevar a Leyes el programa del *English Reform Movement*»; sus sentencias «han pasado a ser consideradas entre las más importantes de toda la historia del Tribunal Supremo. *Su impacto en la vida social sólo puede compararse al que produce una revolución política o un conflicto armado*» (pág. 91). Los juicios análogos podrían multiplicarse.

(105) Para una vívida exposición del contraste entre NIXON y el Tribunal Supremo y las esperanzas del primero en el momento de la dimisión que le presenta WARREN a poco de ser ele-

tamente con la jurisprudencia Warren y prometió llevar al Tribunal Supremo a jueces que fuesen lo que él llamaba *strict constructionists*, esto es, intérpretes estrictos del texto constitucional y no inventores de sus supuestos preceptos, a la vez que anunció programas legislativos para rectificar directamente posiciones establecidas por el Tribunal Supremo (106). Reagan, a su vez, promete en su programa promover un retorno a los *traditional values*, lo que implica de manera explícita una alteración de la doctrina legal establecida por el Tribunal Warren, que el Tribunal nixoniano Burger no ha rectificado eficazmente, y que se promete hacer por vía legislativa. La literatura que nuevamente habla de la «usurpación» de poderes del Tribunal, la que da nuevo énfasis al argumento *countermajoritarian* (esto es, que el criterio de nueve hombres nombrados «a dedo» haya de preyalecer sobre el criterio de la mayoría del pueblo, expresado a través de representantes elegidos), es abrumadora (107).

gido, *vid.* el excelente reportaje de Bob WOODWARD y Scott ARMSTRONG, *The Brethren. Inside the Supreme Court*, New York, 1979. La actuación de BERGER, que él designa como presidente (como antes había ocurrido con la de WARREN por EISENHOWER) frustró sus esperanzas de una regresión de doctrina; incluso Berger es el presidente del Tribunal que en el momento crítico de Watergate le fuerza virtualmente a la renuncia, desestimando el «privilegio del Ejecutivo» en que Nixon se había atrincherado. Sobre este extremo en particular, págs. 286 a 347, con datos internos de la deliberación y de las posiciones de los distintos jueces verdaderamente sorprendentes, al menos para nuestros usos; la sentencia *Nixon v. U.S.*, de julio de 1974, fue adoptada por unanimidad, con tres jueces nombrados por Nixon (el cuarto se abstuvo, por haber trabajado antes de ser nombrado con el propio NIXON en la preparación de su defensa en todo el largo proceso Watergate), y fue redactado por BURGER en persona. Un resumen de su doctrina, en CHASE y DUCAT, *Constitutional interpretation*, cit., págs. 304 y sigs.; un comentario, en TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., págs. 202 y sigs. Ya se ha notado (*supra* nota 56) que el Tribunal Burger es menos liberal que su precedente.

(106) *Vid.*, por todos, el fino análisis de estos conceptos de filosofía legal conservadora que hace Ronald DWORKIN, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 2.^a ed., 1978, págs. 131 y sigs. En todo caso, el concepto de *strict constructionism* es común; cfr. BICKEL, *The Least dangerous Branch*, cit., págs. 124 y 127, que lo identifica con la *rule of clear mistake* (regla de la inconstitucionalidad manifiesta como condición de la declaración de inconstitucionalidad) o doctrina clásica. La expresión *strict* se opone a *broad* (amplio), Construccinismo o interpretación de las palabras o conceptos de la Constitución (BLACK, Jr., *The people and the Court*, pág. 71); se habla también de *broad or liberal construction* (BLACK, pág. 98). Según ELY, *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*, cit., pág. 1, nota, el término, que se equiparaba a «interpretativismo» o literalismo en origen, ha pasado a significar, después de NIXON, la filosofía política conservadora.

(107) Cfr., por todos, Ch. BLACK, *The people and the Court*, cit., y la antología de textos que se hace en BREST, *Processes of Constitutional Decisionmaking*, citado, págs. 958 y sigs., bajo el epígrafe «The justifications for *judicial review*». En especial, sobre la *counter-majoritarian difficulty*, BICKEL, *The least dangerous Branch*, cit., págs. 16 y sigs. ELY, *op. cit.*, pág. 4, ha observado que éste es «el problema central de la *judicial review*»; un cuerpo que no es elegido y que, por otra parte, tampoco es políticamente responsable de manera significativa, dice a los representantes elegidos por el pueblo que no pueden gobernar como quieren»; y en pág. 8: «una mayoría actuando

De entre tanta opinión, quizá merezca la pena destacar la de Raoul Berger, porque este autor no es precisamente un panfletario de la retórica conservadora y más bien ha contribuido con una obra que hace autoridad a legitimar el poder de *judicial review* en el sistema constitucional y en sus orígenes históricos (108). Pues bien, Berger publica en 1977 un libro que renueva, con especial agudeza, el viejo cargo, que luce ya en su título: *Government by Judiciary* (109), gobierno de los jueces, especialmente dedicado a impugnar la jurisprudencia Warren en materia de segregación racial, en particular en cuanto implica un desapoderamiento del poder regulativo de los Estados. Con talento y con acritud se renuevan aquí todos los viejos cargos: interpretar el texto constitucional en diametral oposición a la intención de los constituyentes (y esto es lo que él juzga más que probado en el caso de la enmienda 14.a) es «reescribir la Constitución» (110); ¿de dónde deriva la autoridad del Tribunal para revisar la Constitución?; según la elemental doctrina del gobierno limitado, si ese poder no está enumerado en la Constitución es arbitrario e inconstitucional, es una «usurpación descarada» (111); el Tribunal es verdaderamente una «continua convención constituyente», se ha colocado por encima del Derecho. No discute que la doctrina tradicional en la relación con el pueblo negro, «separados, pero iguales», sea difícilmente compatible con la sensibilidad del mundo de hoy, pero en Derecho, como en moral, el fin no justifica los medios, el costo del sistema constitucional de una tal usurpación es enorme (112). Y añade: «¿Cuánto tiempo podrá sobrevivir el respeto del público al Tribunal, del cual el poder de éste depende en último extremo, si la gente llega a darse cuenta de que el Tribunal que condena los actos de los otros como inconstitucionales actúa él mismo inconstitucionalmente?» «La nación no tolerará el espectáculo de un Tribunal que pretende aplicar los mandatos constitucionales cuando de hecho los está

sin trabas es, verdaderamente, una cosa peligrosa, pero hace falta una capacidad heroica de deducción para pasar de esta observación a la conclusión de que una adecuada respuesta en una República democrática es otorgar el imperio a una “Constitución no escrita” interpretada por funcionarios no elegidos» (en este último matiz entra ya en cuestión el tema de la fuente de la decisión judicial, de que trataremos más adelante, en buena parte sobre este mismo autor).

(108) R. BERGER: *Congress v. the Supreme Court*, 1969, ya citado anteriormente. En el momento de Watergate publicó dos libros escasamente nixonianos: *Executive privilege: a constitutional myth*, 1974, e *Impeachment: the constitutional problem*, 1974 (los dos editados por Harvard University Press, Cambridge, Mass.).

(109) R. BERGER: *Government by Judiciary. The transformation of the fourteenth Amendment*, 1977, ya citado.

(110) *Op. cit.*, pág. 407.

(111) *Ibidem* y pág. 408; casi todas las frases están extraídas de sentencias.

(112) *Op. cit.*, págs. 4, 408-9.

revisando de acuerdo con la preferencia de una mayoría de jueces que buscan imponer su voluntad a la de la nación» (113).

Aún podemos citar el caso francés. Ha bastado que aflorase con cierta timidez aún, pero con claridad, un principio de jurisdicción constitucional en la función del *Conseil Constitutionnel* de la quinta República (sobre todo tras la reforma de 1974, que permite a sesenta parlamentarios —y, por tanto, a la oposición— plantear denuncias de inconstitucionalidad de las Leyes ante dicho Consejo), para que ya hayan comenzado a desenterrarse todos los viejos recelos contra el poder de los jueces y a poner a punto los nunca dormidos reflejos jacobinos. Así, el reciente artículo de R. de Lacharrière «Las visiones más locamente conservadoras no hubiesen llegado a imaginar un poder supremo de censura confiado a nueve personas totalmente irresponsables, arbitrariamente designados y, por añadidura, escogidos las más de las veces según los criterios amables del favor personal.» «¿Cómo la voluntad nacional puede estar ligada por una de sus manifestaciones anteriores con el pretexto de que ésta ha sido inscrita en un documento especial denominado Constitución?» Ello es aún más grave «si la Constitución contiene principios generales susceptibles de las interpretaciones más diversas», pues en tal caso «su aplicación entra plenamente en la competencia legislativa y ningún juez, incluso el que hasta ese momento haya sido tenido como serio y respetable, tendría título para interferir sobre ese poder». Esto va contra toda «la tradición democrática francesa», pues se trata de «sustituir, sin ninguna duda, al poder legislativo». Lacharrière habla, incluso, de «usurpación» al legislador, de «una censura suprema que, sin ofrecer las garantías tradicionales de las altas jurisdicciones, y atribuyéndose poderes que los textos constitucionales no le atribuyen o le deniegan explícitamente, domina hoy el conjunto de nuestro edificio político»; los representantes de la nación son «desposeídos» por una «censura oligárquica». «La lógica democrática ha caído en la ignorancia y en el olvido» (114).

V. LA RESPUESTA A LAS OBJECIONES FORMULADAS CONTRA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Conviene, antes de seguir adelante, detenerse en esta avalancha de objeciones tantas veces airadas, e inquirir si pueden ser objetivamente respondidas.

(113) *Op. cit.*, págs. 410 y 417.

(114) R. DE LACHARRIÈRE: «Opinion dissidente», en el tomo de la revista *Pouvoirs*, núm. 13, 1980, dedicado monográficamente a *Le Conseil Constitutionnel*, págs. 133-150.

1. Nuestro argumento esencial para esa réplica es éste: la cuestión ha sido ya juzgada por el Tribunal de la Historia, ante el cual la justicia constitucional no sólo ha sido absuelta de tan graves cargos, sino que se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano.

Todo el problema de la justicia constitucional enraiza en una cuestión de principio: si se conviene o no en reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica. Si la respuesta es negativa, ello implica una serie de consecuencias y, por de pronto, las siguientes: una Constitución será concebida como un compromiso ocasional de grupos políticos, sustituible en cualquier momento en que el equilibrio de éstos arroje un resultado diverso; lo cual se traduce en una incitación positiva al cambio constitucional, por la vía del cual cada grupo intentará mejorar sus posiciones y, si le resulta posible, eliminar a sus competidores.

En cambio, si a la Constitución se le dota de los caracteres de una norma jurídica que ha de presidir el proceso político y la vida colectiva de la comunidad de que se trate, la perspectiva cambia esencialmente. La Constitución será considerada no ya como un simple mecanismo de articulación más o menos ocasional de grupos políticos más o menos relevantes y amenazados siempre de cambio o desaparición como tales grupos (según es enseñanza elemental de la historia: ¿dónde están los grupos que inventaron el sistema canovista y edificaron en servicio del mismo la Constitución de 1876?, ¿o los que construyeron la Constitución republicana de 1931?, etc.), sino como el estatuto básico de la vida común, lo cual implica, por fuerza, como hemos notado en otro lugar (115), una necesidad nueva, no presente en las Constituciones puramente mecanicistas, la necesidad de definir límites al poder por relación a los ciudadanos, o, en otros términos, derechos de éstos, tanto a una vida privada exenta del poder como a la dominación e instrumentación de éste, como, en fin, a las actuaciones positivas del Estado para promover la libertad efectiva y la igualdad (116). Resulta obvio que si a esta definición de esferas de actuación (como la paralela de los órganos políticos o de niveles territoriales del Estado) se le dota deliberadamente de la condición de norma jurídica, su eficacia debe ser asegurada jurisdiccionalmente. Está probado que ésta fue, y no complicados y convencionales tecnicismos, la concepción básica que condujo a los constituyentes americanos a la creación de

(115) *La Constitución como norma jurídica*, cit., págs. 98 y sigs.

(116) Cfr. el *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, escrito por el autor en colaboración con T. R. FERNÁNDEZ, 2.ª ed., cit., págs. 56 y sigs., sobre los derechos fundamentales como técnicas jurídicas con esos contenidos.

una justicia constitucional (117); fue también el argumento básico, y hasta hoy incommovible, de la sentencia *Marbury v. Madison*, de 1803, que es la primera aplicación histórica del sistema de *judicial review* (118).

(117) Por todos, BERGER: *Congress v. Supreme Court*, cit., págs. 170 y sigs., «The Constitution as Law», examinado en los constituyentes y en sus fuentes. Quizás merezca transcribirse el justamente famoso párrafo de HAMILTON en *The Federalist*, número 58: «La interpretación del Derecho es la competencia propia y peculiar de los Tribunales. Una Constitución es, de hecho, y debe ser mirada por los jueces como un Derecho fundamental. Y por ello pertenece a los jueces concretar su significado, tanto como el significado de cualquier Ley particular que proceda del Cuerpo Legislativo. Si ocurriese que hay una diferencia irreconciliable entre las dos, la que tiene vinculación, y validez más fuerte (*superior obligation and validity*) debe ser preferida, evidentemente; o, en otras palabras, la Constitución debe ser preferida a la Ley, la intención del pueblo a la intención de sus agentes. No supone esa conclusión (consagrar) una superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo es superior a los dos, y que si la voluntad del legislativo, declarada en sus leyes, estuviese en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben de ser gobernados por la última más bien que por la primera; deben de regular su decisión por el Derecho fundamental y no por aquel que no es fundamental.» Cfr. E. S. CORWIN: *Court over Constitution: a study of judicial review as an instrument of popular Government*, Gloucester, Mass., 1983.

(118) Transcribo alguno de sus párrafos más significativos: «La cuestión de si una Ley que repugne a la Constitución puede llegar a ser “Ley de la tierra” es una cuestión profundamente interesante para los Estados Unidos; pero, felizmente, no tan intrincada proporcionalmente a ese interés. Parece sólo necesario reconocer ciertos principios, supuestamente antiguos y bien establecidos para decidirla: que el pueblo tenga un derecho original de establecer para su futuro gobierno tales principios, que, en su opinión, le conduzcan a su propia felicidad, es la base sobre la cual la entera fábrica americana ha sido erigida. El ejercicio de este derecho original es un muy grande esfuerzo; no puede ni debe repetirse frecuentemente. En consecuencia, los principios así establecidos son profundamente fundamentales. Y como la autoridad de la cual proceden es suprema y puede actuar raramente, tales principios se configuran para ser permanentes. Esta voluntad original y suprema organiza el gobierno y asigna sus poderes a los respectivos órganos. Puede, o bien pararse ahí o establecer ciertos límites que no pueden ser trascendidos por dichos órganos o ramas. El Gobierno de los Estados Unidos es de los descritos en último lugar. Los poderes del legislativo son definidos y limitados; y esos límites no pueden ser tergiversados u olvidados, pues la Constitución es escrita. ¿Qué objeto tendría limitar los poderes y consignar esa limitación por escrito si luego tales límites pudiesen en cualquier momento ser transgredidos por aquellos a quienes se intenta limitar? La distinción entre un gobierno de poderes limitados y otro de poderes ilimitados resultaría abolida si dichos límites no vincularen a las personas a las cuales les son impuestos y si actos o leyes prohibidas y actos o leyes permitidas tuviesen igual eficacia. Es una proposición demasiado simple para que pueda discutirse que o bien la Constitución controla cualquier acto legislativo que la contradiga o bien el legislativo podrá alterar la Constitución por una Ley ordinaria. Entre esa alternativa no hay término medio. O la Constitución es un derecho superior o supremo, inmodificable por los medios ordinarios, o está al mismo nivel que los actos legislativos y, como cualquier otra Ley, es modifiable cuando al Legislativo le plazca hacerlo. Si el primer término de la alternativa es verdadero, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es Derecho; si fuese verdad el segundo término, entonces las Constituciones escritas serían intentos absurdos, por parte del pueblo, de limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable. Ciertamente, todos los que han establecido Constituciones escritas contemplan a éstas

Desde esta perspectiva, que debe ser retenida en su elementalidad, por encima de sofisticaciones teóricas, la mayor parte de las objeciones contra la justicia constitucional decaen por sí solas. Nuestra Constitución ha elegido esa opción de la Constitución como norma, según proclama el artículo 9.º-1 e insisten otros varios. Es, a mi juicio y —lo que importa bastante más— a juicio de los constituyentes y del pueblo español, que ratificó la Constitución por una inmensa mayoría, una opción certera y capital. La creación del Tribunal Constitucional es rigurosamente coherente con esa opción básica, es su consecuencia obligada.

Será cierto, y sin duda lo es, que los conflictos de que tendrá que resolver el Tribunal Constitucional tendrán necesariamente sustancia política, como es lo común en todos los Tribunales de esta especie, supuesto que operan sobre una norma penetrada de esa sustancia en su más noble expresión. La diferencia obvia entre un juez constitucional y el juez ordinario es que los valores en que ha de buscar su juicio el primero son, en primer término, los valores políticos decididos por el constituyente, en tanto que el segundo son simples valores civiles, penales, laborales, etc., configurados por el legislador ordinario y respecto de los cuales tanto su distinto nivel de decisión como el tráfico ordinario en que se aplican corrientemente han borrado ya su carácter de valores políticos originarios para convertirse en puramente técnicos. Es, pues, cierto que el Tribunal decide conflictos políticos, pero lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos (119), y esto no sólo

como formando el Derecho supremo y fundamental de la nación, y, consecuentemente, la teoría de los respectivos gobiernos debe ser que una Ley del legislativo ordinario que contradiga a la Constitución es nula. Esta teoría está esencialmente vinculada a las Constituciones escritas y debe ser, consecuentemente, considerada por este Tribunal como uno de los fundamentales principios de nuestra sociedad... ¿Es que si una Ley del legislativo ordinario contraria a la Constitución es nula [puede decirse que] no obstante esa invalidez vincula a los Tribunales y les obliga a darle efecto? ¿O, en otras palabras, aunque no sea Derecho constituye una regla operativa como si fuese Derecho?... Es de la competencia y del deber de la rama judicial, dicho con todo énfasis, decir lo que es el derecho. Quienes aplican la norma a los casos particulares deben necesariamente exponer e interpretar esa norma. Si dos Leyes están en conflicto entre si los Tribunales deben decidir sobre la eficacia de cada una. Así, si una Ley está en oposición a la Constitución; si las dos, la Ley y la Constitución, son aplicables al caso concreto, el Tribunal debe decidir el caso conforme a la Ley, inaplicando la Constitución, o conforme a la Constitución, inaplicando la Ley; el Tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto ha de regir el caso. Esto está en la verdadera esencia de la función judicial.»

La transcripción (que hago sobre el original que figura en BREST, *Processes of judicial decisionmaking*, cit., págs. 50 y sigs.) ha sido larga, pero, como podrá haberse notado, justificada. La excepcional calidad y lucidez del formidable juez que fue John Marshall queda acreditada esplendorosamente.

(119) Partiendo de la afirmación de Triepel de que «los conflictos constitucionales son siempre conflictos políticos», añade K. STERN: «Pero jurisdicción sobre materia política no es

formalmente, según la famosa objeción de Schmitt (la justicia constitucional como política *justizförmig* o en forma judicial), sino materialmente, *administering the law by processes of rigorous legal logic*, administrando el Derecho por cauces de rigurosa lógica jurídica (120), o, en términos del juez Frankfurter, esforzándose por alcanzar «*the achievement of justice between man and man, between man and state, through reason called law*» (la realización de la justicia entre hombre y hombre, entre hombre y Estado, por medio de la razón llamada Derecho) (121).

También en cuanto a lo que acabamos de decir puede y debe matizarse. Por una parte, la generalidad y la amplitud de los conceptos normativos constitucionales, más generales o concentrados normalmente que lo que es común en las normas ordinarias o derivadas; en segundo término, la distinta funcionalidad normativa de la Constitución respecto de las demás normas ordinarias; en fin, la trascendencia misma de las decisiones (decisiones de conflictos políticos y, por tanto, en una cierta medida, decisiones políticas ellas mismas, sin mengua de su carácter jurisdiccional) que el Tribunal Constitucional está llamado a adoptar, no hace completamente equiparable los métodos judiciales de éste con los en uso en los Tribunales ordinarios.

Pero, sin perjuicio de que hemos de volver sobre esas peculiaridades más adelante, interesa ahora precisar que esa singularidad de criterios y de métodos del juez constitucional no constituye en sí misma ninguna ruptura del sistema jurídico. Toda rama del ordenamiento, en cuanto está animada de principios institucionales específicos, ha de ser también objeto de reglas interpretativas y aplicativas propias, y esto no es, pues, una excepción propia del Derecho constitucional.

2. Sobre una observación que constantemente surge al paso, y que nosotros acabamos de considerar, la necesidad de que el juez constitucional no pierda en ningún momento de vista las consecuencias prácticas (i. e., políticas) de la decisión que está llamado a dictar, un precioso trabajo de Otto Bachof, *Der*

lo mismo que jurisdicción política, en el sentido de jurisdicción que sigue el tipo y el método de la decisión política. Continúa siendo jurisdicción según el tipo y el método de la decisión judicial de litigios» (*Das Staatsrecht*, II, pág. 957). Aquí, seguramente, está el equívoco central de la polémica.

(120) M. SHAPIRO: *Law and Politics in the Supreme Court. New approach to political jurisprudence*, New York, 1964, pág. 328. También A. Cox: *decisiones sanctioned by strict judicial method* (en su libro *The role of the Supreme Court in American Government*, London, 1976, pág. 115). Etc. *Vid.* el último apartado de este trabajo.

(121) Cit. por H. WECHSLER: «Toward neutral principles of Constitutional Law», recogido en la obra antológica *American Law and the Constitutional order. Historical perspectives*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1978, pág. 410.

Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik (122), «el juez constitucional entre el Derecho y la política», ha formulado matizaciones importantes, en las que acaso convenga detenerse un momento para poner a prueba la proposición que acabamos de formular en el apartado precedente, que la justicia constitucional, siendo política por su materia, es estrictamente jurídica por sus métodos y por sus criterios de fondo.

La situación de intereses en relación con el principio *summum ius summa iniuria* con que se enfrenta el Juez constitucional, dice Bachof, es, con toda frecuencia, contraria a la que es propia de un juez ordinario. Para este último se trata de un conflicto entre la fidelidad a la Ley y la justicia del caso concreto, esto es, de la justicia individual frente a la Ley, en tanto que para el juez constitucional la situación es frecuentemente la contraria: una situación en que la norma satisface la justicia individual, pero que amenaza en su estricta consecuencia lesionar los «valores generales». Dicho de otra manera: el conflicto no está en el contraste entre fidelidad a la norma y justicia individual, sino en el enfrentamiento entre el mandato jurídico y la racionalidad o la necesidad políticas, entre el rigor de la norma y la exigencia del bien general (123). Ello se refuerza si se observa que ciertas sentencias del juez constitucional tienen efectos vinculantes generales o fuerza de Ley. «Estas sentencias pueden ocasionar catástrofes no sólo para el caso concreto, sino para un invisible número de casos; cuando esas sentencias son “políticamente inexactas o falsas” (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado) la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera.» Así pues, «más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional no perder de vista las consecuencias —y las frecuentemente consecuencias políticas— de sus sentencias. Pero —y ésta es la cuestión a plantearse—, ¿qué influencia le es permitido conceder a esas eventuales consecuencias sobre su sentencia? ¿Puede, le es permitido o debe declarar ineficaz la ejecución de una ley aplicada incólumemente durante largos años declarando una nulidad que privará de soporte a innumerables actos jurídicos, o quizá derribar a sectores enteros administrativos o económicos a causa de una infracción constitucional tardíamente descubierta? (124). ¿No se convertirá aquí de hecho el *summum ius*

(122) O. BACHOF: «Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik», publicado inicialmente en la obra colectiva *Summum ius summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, Tübingen, 1883, págs. 41 y sigs.; reproducido en la recopilación de HAEBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., págs. 285 y sigs.; cito por esta última edición.

(123) BACHOF, cit., pág. 287.

(124) Toca aquí BACHOF el tema de los efectos retroactivos de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una Ley, efecto retroactivo que es consecuencia de las declaraciones de ésta

en *summa iniuria*, sin utilidad para nadie y daño para muchos o para la entera comunidad?... Nuestro ordenamiento parece no dejarle otra elección. Así pues, ¿*fiat justitia et pereat mundus?*» (125).

como nula de pleno derecho; ello es común al sistema alemán y al nuestro (cfr. arts. 39 y 40 de nuestra Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y una diferencia con el sistema austríaco-kelseniano puro, que hace a las sentencias constitutivas y reduce sus efectos a actuar hacia el futuro, *ex nunc*. Sin embargo, la resuelta adopción por el Tribunal Supremo americano de un criterio evolutivo en su jurisprudencia, especialmente tras la «revolución jurídica» impuesta por el Tribunal Warren, le ha hecho relativizar esa regla de la retroactividad de sus sentencias anulatorias (de donde el criterio procede), permitiendo que el propio Tribunal declare la limitación de efectos de la sentencia sólo para el futuro; es lo que se ha llamado la jurisprudencia *prospectiva* frente a la *retroactiva*, que rompe uno de los frenos quizás más eficaces para una *self-restraint judicial* (como el texto de BACHOF pone de manifiesto). Sobre esta innovación capital, que pone al Tribunal Constitucional casi en el papel del legislador, que innova el Derecho pro futuro, hay muy poca bibliografía; *vid.* las referencias, apenas descriptivas, que recoge BREST, *Processes of Constitutional Decisionmaking*, cit., págs. 1129 y sigs., bajo el epígrafe «The Retroactivity of new doctrine», que parece originarse con la sentencia *Linkletter v. Walker* de 1985, que rompe conscientemente con el «principle of absolute retroactivity invalidity», por el argumento pragmático de que tal principio aplicado en el caso (una precisión sobre las garantías del proceso penal, especialmente sobre la prueba capaz de justificar un veredicto de culpabilidad) implicaría una grave perturbación de la Administración de la justicia. Con ello se pretende «the purpose to be served by the new standards». *Vid.* las críticas de M. WELLINGTON y de P. MISHKIN, que resume BREST, págs. 1139 y sigs. B. SCHWARTZ: «Retroactivity, reliability and due process: a reply to Professor Mishkin», en *University of Chicago Law Review*, núm. 33, 1986, págs. 719 y sigs. Cfr. también, en relación con el artículo de MISHKIN y a propósito del cambio sustancial de poder que esta doctrina de la prospectividad supone para el Tribunal Supremo americano, que se desembaraza así del viejo dogma (formulado clásicamente en el mundo anglosajón por Blackstone) del carácter «declarativo» del Derecho que se ha visto siempre como propio de los jueces, el importante trabajo de A. S. Miller (en colaboración con A. W. SCHEFLIN), «The power of the Supreme Court in the age of the positive State», 1987, ahora recogido en el libro del primero ya citado *The Supreme Court. Myth and reality*, págs. 133 y sigs. Una de las conclusiones de este trabajo es que la teoría «declaratoria» del Derecho es propia de los sistemas jurídicos *privatelaw oriented*, ordenados sobre el Derecho privado (lo que entiende que es propio de una época pre industrial y agrícola), que es lo que permite considerar al Derecho como «un sistema cerrado de conceptos», propio de una sociedad estática, pero que es inconciliable con la época actual, de «proliferación y predominio del Derecho público», que exige ver al Derecho como un «proceso» abierto en función de fines y objetivos a alcanzar; «el Derecho público —añade— es un proceso sin fin, una indefinida sucesión de soluciones parciales a cuestiones políticas» (pág. 160). Merece notarse que este criterio «prospectivo» ha sido adoptado como técnica deliberada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su importante sentencia *Marckx* de 13 de junio de 1979; *vid.* su resumen en la obra de E. LINDE, L. ORTEGA y M. SÁNCHEZ MORÓN (dirigida por E. GARCÍA DE ENTERRÍA), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1979, págs. 405 y sigs., especialmente pág. 413. (Es hoy admitido que este Tribunal tiene una posición análoga a la de los Tribunales Constitucionales; por todos, M. CAPELLETTI, «El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado», en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 13, febrero 1960, págs. 61 y sigs., en particular págs. 74 y sigs.)

(125) *Op. cit.*, págs. 287-8.

Bachof no acepta que el dramatismo de esa alternativa deba llevar al juez a quebrar el discurso jurídico con el principio puramente político *salus populi suprema lex* (126); introducir consideraciones puramente políticas en la interpretación de las amplias cláusulas generales de la Constitución «sería ya equivocarse desde el comienzo». Es cierto que, como indicó Triepel en su conocido discurso rectoral (127), el Derecho público no es actuable sin consideración a la política; conceptos como Estado de Derecho, Estado social, libertad, igualdad, dignidad humana, etc., no pueden interpretarse sin recurrir a las ideas o convicciones sociales y políticas de la comunidad. El Derecho constitucional, como cualquier otra rama jurídica, exige un método interpretativo específico, para servir la función y la esencia de los valores propios de ese ámbito jurídico (128).

Pero ello es lo propio del método jurídico y no una ruptura o una instrumentalización del mismo. Y este método, llevado a su perfección, es, nos dice Bachof, el único camino para solucionar esos conflictos. «Allí donde la aplicación estricta de un precepto legal —y especialmente un precepto de forma— amenace conducir a un resultado dañoso para el bien colectivo, debe probarse en primer lugar el camino de una interpretación sistemática, para ver si se encuentran dentro del ordenamiento otras normas de rango o valor predominante a través de cuya aplicación ese resultado dañoso se excluya. Esto parece una precisión trivial, pues todo juez debe, evidentemente, valorar las leyes a aplicar y su situación con otras normas —sean o no de rango superior—. Pero la situación para el juez constitucional es en este punto algo especial, porque para él muchas de las reglas a aplicar no se encuentran en una formulación perfecta y practicable desde el punto de vista de la técnica jurídica, sino que deben desarrollarse a través de los principios jurídicos fundamentales o del complejo relacional conjunto de la Constitución... Ciertamente, un resultado poco satisfactorio de una decisión conceptual da lugar, en cierta medida, a que el juez constitucional busque reglas correctoras o a que desarrolle o profundice la primera. Pero el juez constitucional ni puede ni debe tratar de llegar a

(126) *Op. cit.*, pág. 189. «Esta máxima, que es para la acción política del hombre de Estado una máxima digna de ser tomada en cuenta, no es, por el contrario, para el juez nada más que una regla de interpretación, y por ello para él sólo es válida cuando la Ley le deja espacio para ello. Si el juez quisiera hacer jugar ese principio *contra* el Derecho positivo, se aproximaría peligrosamente a la tristemente célebre idea de que «el Derecho es lo que es útil al pueblo».

(127) H. TRIEPEL: *Staatsrecht und Politik*, Berlín u. Leipzig, 1927 (trad. esp. de J. L. Carro en 1975, *Cuadernos Civitas*), Madrid.

(128) Pág. 290. Recuerda oportunamente que por ello el *Chief Justice* Marshall subrayó expresamente en uno de sus fallos: «We must never forget that is a *Constitution* we are expounding.»

una construcción jurídica más o menos consistente partiendo de un resultado preconcebido» (129). «El juez constitucional puede y debe enjuiciar —con la mirada fija en los efectos de su decisión —si allí donde el *summum ius* parece conducir a la *summa iniuria* no se trata en verdad solamente de una investigación del *ius* cuya indagación adecuada y completa debe conducir a una corrección de los resultados “injustos”, “dañosos para el bien común”, “falsos políticamente”. No fuera, sino dentro del ordenamiento jurídico debe buscarse la ayuda» (130).

En definitiva, el Tribunal Constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones. «Pero esas consecuencias sólo puede tomarlas en cuenta en el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento, pudiendo contribuir la consideración de las potenciales consecuencias de su sentencia a descubrir el Derecho “justo” y a construir interpretaciones jurídicas con una u otra corrección a las que no hubiese llegado si no hubiese tenido a la vista ese resultado. En ese sentido, existe, sin duda, un cierto influjo de las repercusiones políticas de la sentencia sobre la interpretación jurídica. Pero aquí está a la vez el *límite* para la toma en cuenta de tales consideraciones. Contra el Derecho, el juez no puede decidir jamás... El juez puede enjuiciar la ley sólo sobre el parámetro de la Constitución, quizá inclusive sobre principios jurídicos fundamentales presupuestos por la Constitución pre o superconstitucionales; en todo caso, sólo sobre el parámetro de un *Derecho* de rango superior. Un Tribunal Constitucional no puede rehusar la validez de una Ley sólo por las *consecuencias políticas* implicadas en ella... Hacer esto no es sólo facultad suya, sino también su deber; su doble función como Tribunal y como órgano constitucional se hace claro precisamente aquí y aquí debe confirmarse. En caso de conflicto entre el Derecho y la política el juez está sólo vinculado al *Derecho*. Sin embargo, puede esperar del legislador que este conflicto le sea en lo posible evitado, no en atención a él sino en atención al Derecho», son las palabras finales del bello trabajo de Bachof (131), que son suficientemente expresivas por sí mismas para que necesiten glosa alguna.

3. En un orden pragmático más elemental, es evidente que ni los Parlamentos, ni los partidos políticos, ni el pueblo, en definitiva, aceptarían jamás a un Tribunal Constitucional que decidiese las graves cuestiones constitucionales que le están sometidas sobre la base de criterios simplemente personales, de simpatía o de opción política de los jueces. Éstos sólo en cuanto acierten a

(129) Págs. 290-1.

(130) Pág. 292.

(131) *Ob. cit.*, págs. 302-3. Subrayados del original.

aparecer como intérpretes de la Constitución, en cuanto puedan imputar razonablemente a la norma suprema sus decisiones singulares, tendrán autoridad para seguir siendo aceptados por la comunidad en el ejercicio de su formidable poder. Es, justamente, la enorme trascendencia de su función la que fuerza al juez constitucional a renunciar a criterios simplemente políticos para motivar sus sentencias, la que le obliga a buscar en la Constitución como norma jurídica las soluciones de los casos, búsqueda de la que sólo el método jurídico más riguroso garantiza la objetividad y el acierto (132).

Pues la superioridad de su función sólo como superioridad de la Constitución misma puede ser aceptada por el cuerpo político; si esa conexión imprescindible entre Tribunal Constitucional y Constitución se quiebra, aquél, que no tiene otro título de legitimidad posible, no sería soportado un solo minuto. Sin hipérbole puede decirse que la pervivencia como institución básica de un sistema político de un Tribunal Constitucional depende exclusivamente de sí mismo, de su autenticidad y de su rigor. Ningún otro órgano constitucional, ningún otro órgano político, se juega literalmente su vida día a día como éste sobre el acierto de su función y, concretamente, de su función precisamente judicial en el sentido jurídico más estricto del término, de respeto y de protección de la norma que aplica (133).

(132) Es, por ello, una enseñanza de la experiencia común que los jueces constitucionales más marcados en el momento de ser nombrados por connotaciones políticas precisas pierden éstas en cuanto comienzan sus funciones y se convierten inmediatamente a un jurismo estricto, muchas veces contrario en su expresión concreta a la significación política originaria del juez. El peso de la responsabilidad hacia todo el cuerpo político y hacia todo el pueblo rompe, por fuerza, las fidelidades partidistas o personales, salvo que sea un peligroso irresponsable. Cox ha notado que «en el corazón de la fortaleza del Tribunal (Supremo americano) está la imparcialidad y la independencia y la libertad de los jueces respecto a cualquier forma de instrucciones o de intereses propios» (*The role of the Supreme Court*, cit., pág. 107). Más atrás (*supra* nota 105) pudimos ver el caso del «Tribunal Nixon» enfrentado a Nixon mismo. Pero hay casos aún más espectaculares. Citaremos a los dos indiscutibles primeros, *Chiefs Justice* de la historia americana, Marshall y Warren, Marshall fue nombrado presidente del Tribunal en 1801, cuando aún era secretario de Estado del presidente Adams y con un pasado político muy activo, careciendo prácticamente de estudios jurídicos (parece que sólo siguió un curso de formación jurídica de seis semanas. G. E. WHITE, *The american judicial tradition, Profiles of leading american judges*, New York, 1976, pág. 11). Warren había sido un político republicano caracterizado como conservador, que había llegado, incluso, a ser gobernador de California; su designación como presidente del Tribunal por Eisenhower tuvo en éste el significado inequívoco de intentar acentuar el conservadurismo del Tribunal; más tarde, EISENHOWER consideraría la designación de Warren como el mayor error de su presidencia (ELY, *Democracy and distrust*, pág. 47).

(133) Hay una famosa y certera expresión de FRANKFURTER, celebrando en 1955 el II centenario de MARSHALL: «Si los jueces quieren ser predicadores, deberían dedicarse al púlpito; si pretenden ser primariamente configuradores de una política, el Parlamento es su lugar. Los

Ahora bien, la experiencia histórica de la justicia constitucional, la americana, casi bicentenaria, la más reciente, pero no menos concluyente, de los países europeos, demuestra manifiestamente que, cualesquiera que sean las posibles objeciones teóricas al sistema, éste no sólo funciona correctamente, sino que de este funcionamiento obtiene ventajas políticas de primera significación. La existencia de un Tribunal Constitucional afianza y arraiga el papel rector de la Constitución en el arbitraje social, extiende, por tanto, el rol del Derecho en la vida política y colectiva y de ello surgen capitales beneficios para los sistemas políticos y para las sociedades que dentro de ellos viven. Esto es un hecho, por de pronto, que por sí solo refuta el convencional catálogo de objeciones teóricas a la justicia constitucional que hemos expuesto. La justificación misma de ese hecho como simple realidad no es difícil.

Una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene. *La Constitución pasa a ser instrumentalizada políticamente por unos grupos o partidos frente a otros.* El conflicto constitucional se convierte entonces en una fractura irrestañable del consenso básico, que la Constitución está llamada a asegurar, y la *resolución de ese conflicto queda remitida desde ese momento a ajustes constitucionales sucesivos, a cambios constituyentes constantes.* Es el modelo constitucional francés, correlativo a su jacobinismo dogmático que consagra la soberanía absoluta de las Cámaras, y *la verdadera alternativa al sistema de justicia constitucional.* El contraste entre la decena de Constituciones en Francia y la pervivencia durante casi dos siglos de una única Constitución en Estados Unidos es suficientemente expresivo y parece claro que en este caso tal pervivencia no hubiese sido imaginable sin la labor tuitiva y adaptadora del Tribunal Supremo; como ha notado Schwartz, esa notable experiencia es una ilustración perfecta de «la dualidad propia de todo sistema

jueces obstinados son los menos defendibles entre todos los que atacan al imperio del Derecho» (en su trabajo «Marshall and the judicial function», en la obra colectiva *Government under law: A conference held at Harvard Law School on the occasion of the bicentennial of John Marshall*, Cambridge, Mass., 1956, pág. 31). En un homenaje al propio FRANKFURTER, un senador notó certeramente: «El control judicial no será tolerado, a menos que pueda justificarse como una necesaria purificación y refinamiento de la voluntad del pueblo, y esto no será así, a menos que el razonamiento judicial refleje un conjunto de valores impersonales y objetivos» (cit. en CHASE y DUCAT: *Constitutional interpretation*, cit., pág. 10). Sobre esto último, *vid.* el trabajo clásico de Herbert WECHSLER: «Toward neutral principles of Constitutional Law», en *Harvard Law Review*, 1959, págs. 10 y sigs., ya cit. en una reedición más reciente, trabajo que ha ejercido una gran influencia en la doctrina; *vid. infra* en el texto, también sobre el tema.

jurídico: el Derecho debe ser estable, pero no puede, sin embargo, permanecer estático» (134); es la formidable obra del Tribunal Supremo, sin el cual ni una cosa ni otra hubiesen sido posibles.

No podría decirse sin faltar gravemente a la verdad que esa función capital la cumple el Tribunal Constitucional simplemente como órgano político de simple arbitraje pragmático. «Que el Tribunal Supremo [americano, en su función de Tribunal Constitucional] juega un papel político —que se hace una política bajo la doctrina de la *judicial review*— es totalmente obvio; que está vinculado por el Derecho es igualmente obvio para cualquiera que comprenda la autodisciplina del método jurídico», ha notado certeramente Cox (135). Lo que la experiencia de la justicia constitucional ha revelado es, justamente, la aparición de un reino nuevo donde extender el imperio del Derecho, un reino hasta entonces dejado al capricho y al arbitrio de los políticos, el reino de la Constitución, concebida no como una simple decisión existencial, consumada en un momento único y remitida en su suerte a todos los avatares y las pasiones de la lucha política ulterior, sino como una norma jurídica efectiva, que articula de manera estable los elementos básicos del orden político y social y que es capaz de funcionar normativamente como clave de bóveda del sistema jurídico entero. El sistema de la justicia constitucional ha conquistado, pues, nuevas tierras al imperio del Derecho para extender a ellas naturalmente la función pacificadora e integradora que el Derecho asegura como el primero de sus logros.

Esto es un hecho difícilmente cuestionable como simple realidad. La Constitución es capaz de convertirse, bajo un Tribunal Constitucional que acierte en su función (y esto es también una experiencia constatable), en el campo común de juego de las diferentes fuerzas políticas, en la regla de juego básica sobre la cual la competitividad política concreta sus opciones y despliega su legítima lucha, en la regla de fondo que define el consenso fundamental de una sociedad sobre la cual ésta mantiene su vitalidad y desarrolla sus virtualidades y sus cambios y transformaciones creadoras. Ninguna otra técnica que la de hacer el parámetro de decisiones judiciales a la Constitución entendida como norma jurídica ha sido capaz de un resultado semejante.

(134) B. SCHWARTZ: *Le Droit aux Etats Unis*, cit., pág. 208, y añade: «En sus grandes líneas, nuestro sistema constitucional ha permanecido el mismo que en su origen, y la estructura de nuestras instituciones ha hecho la prueba de una continuidad completamente excepcional en un mundo en evolución constante. Sin embargo, este sistema no ha permanecido viable más que porque ha sabido adaptarse continuamente a la evolución de las necesidades durante dos siglos.»

(135) A. COX: *The role of the Supreme Court in American Government*, cit., pág. 99.

La objeción tópica de que se trataría de una utópica sustitución de la política por el Derecho carece de toda consistencia (136). No es cierto que la justicia constitucional intente eliminar a la política para ponerse en su lugar. Por el contrario, como más adelante hemos de ver, una de las funciones básicas de la jurisdicción constitucional es la de mantener abierto el sistema, la de hacer posible su cambio permanente, el acceso al poder de las minorías frente a cualquier intento de cierre o congelación de la dominación existente por parte de las mayorías más o menos ocasionales, lo cual es por de pronto también un hecho de experiencia fácilmente comprobable. Y se comprende fácilmente que *esta apertura del sistema sea precisamente más posible cuando la asegura un Tribunal Constitucional como intérprete de una Constitución democrática que no cuando queda confiada a la buena voluntad del partido en el poder en cada momento*. Por otra parte, la extensión del método jurídico a la imposición de la eficacia real de una Constitución no desplaza ninguna pretensión política legítima, sino que se limita a la gradualización de las que, de cualquier signo, puedan aparecer en el seno social, forzando a las que se pretenden como alternativas a la Constitución existente a presentarse como tales y a conquistar el poder constituyente. En último extremo, la presencia latente de éste, como más tarde insistiremos, es lo que asegura la apertura final del sistema y el respeto final al principio básico de la autodisposición de la comunidad sobre sí misma.

El argumento jacobino, que finge escándalo ante la posibilidad de una decisión judicial sobreponiéndose a un voto mayoritario de la Asamblea, representante de la voluntad general, es no sólo claramente sofisticado, sino negador del concepto mismo de Constitución (137). Ésta es la obra del poder constituyente

(136) Quizá convenga también recordar la oportuna observación de TRIEPEL en relación con ese pretendido contraste: «Resulta arbitrario presentar lo “político” en contraposición a lo propio del Estado de Derecho. El pensamiento de un Estado de Derecho no es un pensamiento antipolítico, sino un tipo especial del pensamiento político, y el componente de Estado burgués de Derecho de una Constitución pertenece también al sistema político» (en su trabajo *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, que fue la ponencia alternativa a la de Kelsen sobre el mismo tema en la reunión de profesores alemanes de 1929 —*supra* nota 22—, reproducido en el tomo antológico *Verfassungsgerichtsbarkeit*, dirigido por HAEBERLE, cit., pág. 52). No cabe duda, en este sentido, de que el sistema de justicia constitucional configura todo un sistema, político, y con la mayor trascendencia, como hemos notado ya.

(137) En realidad, el propio Robespierre era consciente de esa objeción. Para él, el «Gobierno revolucionario» era en realidad excepcional y constituyente, y, una vez que hubiese conseguido su objetivo —la destrucción de los enemigos y el asentamiento de la denocracia pura—, se instauraría un régimen limitado y de libertad, propiamente constitucional. En su famoso *Rapport sur les principes du gouvernement révolutionnaire*, de 25 de diciembre de 1793, ROBESPIERRE decía: «El fin del Gobierno constitucional es el de conservar la República; el del Gobierno revolucionario es fundarla. La revolución es guerra de la libertad contra sus enemigos; la Constitución es el régimen

y como tal superior al poder legislativo ordinario, que sólo puede organizarse como tal en virtud de la Constitución misma (138); sobre ello se ha edificado la doctrina de la rigidez constitucional, inmune al poder legislativo ordinario, doctrina virtualmente general, con la única excepción relevante (hoy ya pintoresca, como tantos otros tradicionalismos ingleses) de Inglaterra. El Tribunal Constitucional es justamente el guardián de esa rigidez; la Asamblea podrá promover, en tanto la Constitución la habilite para ello, la revisión constitucional, pero deberá hacerlo como tal, con observancia de los procedimientos, *quorum* y eventuales referendos populares que la Constitución haya dispuesto, razón por la cual no será válida una Ley ordinaria que intente alterar la Constitución (o que la contradiga, lo cual es lo mismo) fuera de esos cauces.

Pero hay aún otro matiz importante en el argumento «contramayoritario», y es el tema de la libertad. La libertad y los derechos fundamentales intentan definir un límite al poder, por de pronto, y en este sentido consagran un verdadero *ius resistendi*. Si la Constitución los consagra, es obvio que una mayoría parlamentaria ocasional que los desconozca o los infrinja, lejos de estar legitimada para ello por el argumento mayoritario, estará revelando su abuso de poder, su posible intento de postración o de exclusión de la minoría. La función protectora del Tribunal Constitucional frente a este abuso, anulando los actos legislativos atentatorios de la libertad de todos o de algunos ciudadanos, es el único instrumento eficaz frente a ese atentado; no hay alternativa posible si se pretende una garantía efectiva de la libertad, que haga de ella algo más que simple retórica del documento constitucional. La libertad, decía R. M. Jackson (139), y es un aserto de común experiencia, «no es un producto espontáneo de la regla de la mayoría, ni un inevitable subproducto de la expansión tecnológica. Sólo puede alcanzarse por el imperio del Derecho».

de la libertad victoriosa y pacífica... Bajo el régimen constitucional basta casi con proteger a los individuos contra el abuso del poder público; bajo el régimen revolucionario, el poder público mismo está obligado a defenderse de sus enemigos contra todas las facciones que le atacan» (texto del *Rapport* en el tomo editado por J. GODECHOT: *La pensée révolutionnaire 1780-1799*, París, 1984, págs. 189 y sigs.; en concreto, para los textos transcritos, pág. 191). Hay, pues, que ser consciente de que el argumento asambleario esconde claramente una intención revolucionaria de ruptura constitucional y de intento de fundar otro sistema nuevo.

(138) Este concepto precede incluso a la teoría revolucionaria del poder constituyente. Es conocida la formulación de VATTEL: «Los legisladores derivan su poder de la Constitución, y por ello no pueden cambiar ésta sin destruir los fundamentos mismos de su autoridad.» *Vid.* sobre el influjo de este texto de Vattel en el movimiento constituyente norteamericano E. CORWIN: *The doctrine of judicial review; Its legal and historical basis and other essays*, pág. 20.

(139) R. M. JACKSON: *The Supreme Court in the American System of Government*, Cambridge, Mass., 1955, pág. 76.

Pero hay aún un segundo sentido del concepto técnico de libertades y derechos fundamentales en que la posibilidad de su desconocimiento por decisiones de las mayorías parlamentarias es aún más delicada, el sentido no de una simple pretensión de abstención y de respeto por el Estado de un ámbito personal de libre determinación, sino de la pretensión de participar activamente en el gobierno colectivo, de dominar éste desde las posiciones individuales del conjunto de ciudadanos, evitando su alienación en supuestos valores transpersonales que instrumentalizan como simples súbditos a dichos ciudadanos. Cada vez es más claro que esta perspectiva de las libertades y derechos fundamentales no cubre sólo la lista tradicional de los derechos políticos o *activae civitatis*, sino que matiza decisivamente el conjunto de los derechos fundamentales en su conjunto (140), como tendremos luego ocasión de exponer. Pues bien, toda la significación de este sentido de los derechos fundamentales está en dirigirse derechamente contra posibles abusos mayoritarios. De nuevo únicamente un Tribunal Constitucional podrá ofrecer garantías eficaces frente al riesgo notorio de un aplastamiento de las minorías y de una destrucción de estos derechos, en los que radica la posibilidad misma de la democracia.

Algo análogo puede decirse de la responsabilidad del Tribunal Constitucional para dirimir conflictos entre entes u órganos constitucionales; sólo el Tribunal está en condiciones de impedir las invasiones de unos sobre las competencias de los otros, de asegurar con objetividad el mantenimiento del equilibrio que la Constitución ha erigido como una de sus construcciones principales (piénsese en nuestro sistema de autonomías territoriales, o en el reparto funcional entre los distintos poderes del Estado). También aquí, frente a la actualización de los preceptos de la Constitución que corresponde al Tribunal, a través del rigor de la razón jurídica, nada puede significar el argumento mecánico de que las Asambleas se benefician del principio representativo popular, ya que tal beneficio no las habilita para romper los límites que la Constitución ha asignado a sus poderes de manera deliberada como base misma del sistema político.

De este modo, y sobre esas bases, puede y debe hablarse del carácter estrictamente democrático de la jurisdicción constitucional, como destacó, en la línea originaria de Marshall, un conocido trabajo de E. V. Rostow (141), ya clásico.

4. Y, para concluir, un último y capital argumento en favor de la justicia constitucional. Ésta se ha revelado ser un formidable instrumento de integra-

(140) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, II, cit., págs. 56 y sigs.

(141) E. V. ROSTOW: «The democratic character of *judicial review*», en *Harvard Law Review*, núm. 193 (1952), reproducido en su importante libro *The sovereign prerogative: The Supreme Court and the quest for Law*, Yale University Press, New Haven, 1982.

ción política y social de la sociedad a la que sirve. En todos los países donde el Tribunal funciona, ese efecto ha sido inmeditamente notado y destacado por la doctrina. Rostow notó, con una frase célebre, que «la discusión de los problemas y la declaración de amplios principios por los Tribunales es un elemento vital en la experiencia de la comunidad a través del cual la política americana se hace. El Tribunal Supremo americano es, entre otras cosas, un organismo educativo y los jueces son, inevitablemente, maestros de un seminario nacional de vida» (142). El concepto *a vital national seminar* ha sido desarrollado luego por un libro de este título, el de Richard Funston (143), y comentado y justificado cien veces. Bickel notó también, siguiendo a Black, que el Tribunal realiza no sólo una función de control, sino también una función legitimadora, a la que Bickel llama «la función mística», como ya notamos al comienzo de este trabajo (144), función que es un inevitable (aun si no deliberado) subproducto del poder de control.

En la anécdota con que estos dos últimos autores ilustran su tesis, la del intelectual francés que al desembarcar en el puerto de Nueva York respiraba «el dulce aire de la legitimidad» (que ellos interpretan que era el aroma del Tribunal Supremo), se nos aparece el contraste que ya hemos avanzado: frente al sistema americano, de hacer constantemente operativa una Constitución inmutable y capaz de dar cabida a las aspiraciones cambiantes de todos los grupos y de todas las épocas, generalizando así su aceptación por todos, como un factor capital de integración de la vida política y social, cuyas bases esenciales no son contestadas, antes bien aceptadas (y esto es justamente la legitimidad) (145), el sistema francés alternativo de ajustes constitucionales periódicos y sucesivos, siempre discutidos y siempre en trance de revisiones ulteriores ante la insatisfacción que el régimen existente en cada momento produce a sectores enteros de la población y a sus respectivas fuerzas políticas, que se sienten extraños al mismo, no integrados en él.

(142) E. V. ROSTOW: *The sovereign prerogative*, cit., págs. 167-8.

(143) R. FUNSTON: *A vital national seminar. The Supreme Court in american political Life*, Palo Alto, 1978.

(144) Cfr. *supra* § I, notas 16 y 17.

(145) «La legitimidad, que es la estabilidad de un buen Gobierno a lo largo del tiempo, es el fruto del consentimiento a acciones específicas o a la autoridad de actuar; el consentimiento al ejercicio de la autoridad, se apruebe o no en cada instante de una población lo más unificada posible, y, más importante, de una mayoría siempre presente» (BICKEL: *The least dangerous branch*, pág. 30). Análogamente: BLACK: *The people and the Court*, págs. 56 y sigs.: «The legitimization work of *judicial review* through History», función legitimadora que estima «de una inmensa —quizá vital— importancia para la nación» (pág. 66); la obra de hacer de los Estados Unidos una nación ha sido, dice, en una gran medida a *judicial work*, una obra judicial (pág. 92).

El Tribunal Supremo, al colocar la Constitución sobre los intereses ocasionales de los grupos políticos, al hacer de la misma el término común de referencia para todos los grupos y todos los ciudadanos, al asegurar su efectividad como la norma superior sobre la que toda la vida colectiva descansa, es un órgano especialmente apto para «generar consenso» (146), de tal modo que con toda justeza ha de decirse que para los americanos «el símbolo de la nacionalidad, de la continuidad, de la unidad y del proyecto común es, evidentemente, la Constitución, sin particular referencia a lo que exactamente significa en esta o en aquella aplicación. La utilidad de tal símbolo es un lugar común. Inglaterra (y quizá la Commonwealth) es la demostración histórica más poderosa de la eficacia de un símbolo, concretado en la persona de quien ostenta la Corona. El presidente en nuestro sistema sirve en algún sentido esa función, pero sólo muy marginalmente, porque la personificación de la unidad debe estar por encima de las batallas políticas y ningún presidente puede cumplir su oficio permaneciendo por encima de la batalla. Los presidentes han sido por necesidad hombres del poder y por ello han tenido que dejar en una larga medida al Tribunal Supremo concretar el símbolo de la Constitución... El Tribunal no hubiese sido capaz de jugar ese papel sin su poder de *judicial review*... Pues difícilmente podría personificar a la Constitución si no tuviese finalmente la autoridad de hablar en nombre de ella» (147).

En Alemania, con una justicia constitucional mucho más reciente, la misma comprobación de los beneficiosos efectos del sistema para la integración política y social es ya también admitida por todos. Sólo ello explica la sorprendente e inequívoca reactualización de Rudolf Smend y de su teoría de la integración, formulada originariamente en 1928 (148), dentro de la actual teoría constitucional y como método específico de interpretación de la Constitución (149). Para Smend, en un famoso balance de la primera década de funcionamiento

(146) BICHEL, pág. 30.

(147) BICHEL, pág. 30-1. Las referencias sobre el Tribunal como *national conscience for the American people*, como *educator of public opinion*, como *leader* para la resolución de los problemas sociales tormentosos de la sociedad americana, como *educational body*, podrían multiplicarse hasta el infinito; es, para todos los observadores, desde Tocqueville a la fecha, un lugar común, por otra parte cada vez más cierto.

(148) R. SMEND: *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, ahora recogido en los *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlín, 1955, págs. 119 y sigs. Confróntese F. J. CONDE: *Introducción al Derecho Político actual*, Madrid, 1953, págs. 135 y sigs., para una exposición de las tesis centrales de esta muy seria «teoría de la integración».

(149) *Vid.* la referencia de mi estudio *La Constitución como norma jurídica*, cit., págs. 146 y sigs., y K. STERN, *Das Staatsrecht*, I, cit., págs. 103 y sigs.

del Tribunal Constitucional (150), éste ha realizado una función de *Gründung und Festigung*, de cimentar y fortalecer a la Constitución en profundo sentido, al orden democrático por ella establecido (151). El contraste con la experiencia de la Constitución de Weimar no puede ser más evidente, dice. Aquí se cumplió una patética lucha por la legitimidad constitucional, que concluyó en una castástrofe; «la necesaria, definitiva, profunda fundamentación, no llegó a realizarse» (152). En cambio, ahora «la práctica de la justicia constitucional ha producido un resultado históricamente positivo reforzando piedra a piedra los profundos fundamentos de la *Grundgesetz*» (153); con ello se ha convertido en una pieza esencial para la educación política de los ciudadanos (154). La Constitución «no es un orden formal por el simple orden, sino un orden en servicio de la justicia y de la dignidad de los hombres y sólo partiendo de este supuesto puede llegar a ser rectamente comprendida y aplicada». Por ello, «el Tribunal Constitucional comprende y aplica a nuestra Constitución en ese sentido; no como el ordenamiento de un negocio de una organización económica o técnico-administrativa, sino como un orden de vida bueno y justo para el pueblo alemán» (155).

En resumen, concluye Smend su lúcido balance, «el Tribunal Constitucional cumple una triple tarea. Por una parte, crea orden en el amplio espacio de las cuestiones jurídico-constitucionales, en las que sólo puede crear un orden auténtico una justicia independiente del más alto rango. En segundo lugar, fortalece las bases de nuestra existencia política, en la que nos permite a los ciudadanos experimentar la vivencia de la condición de Estado de Derecho de nuestra comunidad y de la dignidad garantizada de ciudadanos libres. Finalmente, lucha por el imperio de los derechos y de los bienes al tomar como motivación expresa de sus decisiones estos más altos valores de la tierra» (156).

(150) R. SMEND: *Festvortrag zur Feier des Zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26 Januar 1962*, recogido ahora en el volumen antológico dirigido por HAEBERLE: *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., págs. 329 y sigs.

(151) SMEND: *Festvortrag*, págs. 332-3 y 337.

(152) *Ibidem*, pág. 333.

(153) *Ibidem*, pág. 137.

(154) *Ibidem*, págs. 335 y sigs.

(155) *Ibidem*, págs. 342-3. Aquí SMEND contesta a la afectada crítica de FORSTHOFF (a la que expresamente se refiere en pág. 340) a sus tesis, crítica a la que me referí en mi citado trabajo, la *Constitución*, págs. 146 y sigs.

(156) *Ibidem*, pág. 343. Podrían, igualmente que en el caso americano, multiplicarse fácilmente las citas sobre ese directo y nada desdeñable influjo del Tribunal Constitucional alemán sobre la vida política de su país. Por todos, con otras referencias, *vid.* DOLZER: *Die staatsrechtliche*, cit., pág. 37. H. LAUFER: *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess*, cit., págs. 479 y sigs. STERN: *Staatsrecht*, II, págs. 951 y sigs.

Ese efecto integrativo de la justicia constitucional es, por sí solo, el más enérgico mentís a la objeción central de Carl Schmitt, según la cual —como antes expusimos— «el Estado actual, con sus luchas y contraposiciones de intereses, no puede disolverse en jurisdicción sin que él mismo se disuelva». La justicia constitucional hay que comenzar por decir, y como ya hemos notado, no disuelve el Estado en jurisdicción, no elimina la política ni la democracia, antes bien acendra su sentido y las reconduce a su cauce propio, incluso al cauce abierto de la revisión constitucional si tal es la expresa voluntad popular; pero, además, lejos de abocar a situaciones críticas en las situaciones de conflicto contribuye poderosamente a su pacificación, es un instrumento incomparable de «paz jurídica» y de renovación de los «consensos fundamentales», que son los que sostienen la Constitución (157); como certeramente se ha notado, la justicia constitucional es el instrumento a través del cual el *fundamental law*, el pacto social constitucional retiene y actualiza toda su virtualidad y eficacia (158). Aunque no sea la panacea absoluta, porque es ley humana que no existan panaceas, es el más eficaz de los instrumentos de integración política y social que las sociedades avanzadas conocen, según es experiencia común.

VI. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
COMO COMISIONADO DEL PODER CONSTITUYENTE PARA LA DEFENSA
DE LA CONSTITUCIÓN; ÓRGANO CONSTITUCIONAL Y NO SOBERANO;
LA LIBERTAD DEL PODER CONSTITUYENTE PARA REVISAR
LAS INTERPRETACIONES CONSTITUCIONALES DEL TRIBUNAL
Y EL ASENTIMIENTO DEL PUEBLO COMO ÚLTIMA FUENTE
DE LEGITIMIDAD DE ÉSTE

¿Hay que concluir entonces que al sobreponerse en sus decisiones a todos los órganos constitucionales y al poder fijar finalmente el papel y el ámbito de desenvolvimiento de cada uno de ellos es entre todos estos órganos el Tribunal Constitucional el superior del que, por tanto, podría decirse que retiene la nota de la soberanía? Aunque alguna vez se ha hablado en esos términos (159), nada

(157) K. STERN, II, cit., pág. 867.

(158) H. BALL: *Judicial craftsmanship or fiat? Direct overturn by the United States Supreme Court*, Westport, Connecticut, 1978, pág. 142.

(159) En la crítica al activismo judicial que más atrás hemos visto (§ IV, 2 y 4), esta calificación surge frecuentemente como un reproche grave. En sentido no técnico, y usando un concepto del juez Holmes (que habla de que «los jueces están llamados a ejercer la prerrogativa soberana de

menos cierto. El Tribunal Constitucional es un *pouvoir neutre*, que se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional (160), pero que en modo alguno le configura y, menos aún, impide su cambio. Es en la facultad de acordar este cambio donde justamente hay que ver la nota de la soberanía y lo que constituye el límite infranqueable de la justicia constitucional. Ésta no sólo no puede impedir la revisión de la Constitución, sino que, justamente, como ya hemos notado más atrás, viene a garantizar que esa revisión tenga que hacerse por los cauces que las técnicas de rigidez constitucional le reserva.

En la articulación entre justicia constitucional y revisión constitucional se hace patente, en efecto, la posición jurídica última del Tribunal. Éste defiende la Constitución, es su verdadera «corporeización», tanto para su garantía y protección como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo (161). Es, en este sentido, un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos; es así el verdadero *Hüter der Verfassung*, el defensor de la Constitución (162) y, por tanto, su intérprete supremo, como dice el artículo 1.º de nuestra Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el único órgano constitucional reducido sólo a esa función, a la que parece por ello trasladarse la superioridad de la Constitución misma.

Como ha señalado certeramente Quaritsch (163), «el Tribunal Constitucional es un órgano de especialistas establecido por el pueblo soberano para controlar a los generalistas de los otros órganos establecidos, la observancia del ámbito general de actuación que la Constitución les asigna, una idea en la que ya fundó su competencia de control la *Supreme Court* en *Marbury v. Madison*».

Sobre esa especialidad de función está basado el equívoco, tantas veces repetido, según el cual el Tribunal, como intérprete supremo y, por tanto, su-

elegir» el criterio de resolución del conflicto, sin que sirvan para ello la lógica u otros instrumentos de supuesta certidumbre), el libro ya citado de Eugene V. ROSTOW: *The sovereign prerogative. The Supreme Court and the quest for Law*, 1962, hace del término «soberano» una línea argumental.

(160) DOLZER: *Die staatsrechtliche*, cit., pág. 30. K. DOEHRING: «Der “pouvoir neutre” und das Grundgesetz», en *Der Staat*, t. 3 (1984), págs. 213, 216, 218. G. ROELLECKE en la obra colectiva *Bundesverfassungsgericht, Gesetzgebund und politische Führung*, 1981, pág. 34.

(161) K. SERN, II, pág. 950: *Verkörperung der Verfassung im Sinne ihrer Entfaltung und Bewahrung*.

(162) Concepto desarrollado por C. SCHMITT, aunque en sentido crítico, como ya vimos más atrás, pero que es un concepto plenamente actual para la doctrina alemana a la hora de definir la situación jurídica del Tribunal Constitucional. Cfr., por todos, STERN, II, págs. 952 y sigs.

(163) H. QUARITSCH: «Der fortschreitende Verfassungstaat», en la revista *Der Staat*, 1978, pág. 428.

puestamente no controlado, de la Constitución sería la Constitución misma, una idea extendida especialmente en Norteamérica (164). Como notó Franckfurter, «el pueblo ha sido enseñado a creer que cuando el Tribunal Supremo habla no son los jueces quienes hablan, sino la Constitución» (165). Pero ese equívoco se nutre aún de otra aparente especialidad de funcionamiento y es que el Tribunal Constitucional está sólo vinculado como parámetro de sus decisiones por la Constitución (como precisa hoy el art. 1.º de nuestra Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), por exigencia estricta de la función especial que se le asigna; en tal sentido, «el elemento determinante de su jurisdicción no es un *pouvoir constitué*, sino el poder constituyente del pueblo» (166), del que se nos presenta así como comisionado directo.

Pero esa cualidad es justamente la propia de los órganos constitucionales en estricto sentido, la de su creación inmediata por la Constitución y, por tanto, la de encontrar en ésta (esto es, en la objetivización de la voluntad constituyente) sus funciones y su pauta normativa sin perjuicio de otras notas ahora menos interesantes: la independencia de otros órganos, el carácter configurador del Estado concreto constituido, su indefectibilidad dentro de ese Estado (167). Que el Tribunal Constitucional es un órgano de esa especie suprema, que son los que constituyen en realidad al Estado y salvaguardan su unidad y que, por tanto, participa como los demás de ese rango de las competencias de soberanía que la Constitución les traslada directamente, admite pocas dudas.

De ahí podría inferirse, y no ha dejado de hacerse en ocasiones, que el Tribunal Constitucional habría de considerarse como un verdadero «cuarto poder», materialmente jurisdiccional, pero distinto del poder judicial estricto (168),

(164) «The Supreme Court is the Constitution»: OGG y RAY, *American Government*, New York, 1948, pág. 544.

(165) *Apud* BERGER: *Government by Judiciary*, cit., pág. 292, nota.

(166) K. STERN, II, pág. 954.

(167) Cfr., con más referencias, sobre el concepto de órgano constitucional y su aplicación al Tribunal Constitucional, STERN, II, págs. 342 y sigs. Sobre esas otras notas se construye la diferencia entre órganos constitucionales estrictos y «órganos de relevancia constitucional» (ésta ya es terminología italiana). Cfr. M. ANGELICI: *La giustizia costituzionale*, I, Milano, 1974, págs. 172 y sigs. SANDULLI: «Sulla posizione della Corte Costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato», en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, págs. 718 y sigs. BARILE: «La Corte costituzionale como organo sovrano; implicazioni pratiche», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957.

(168) Este tema ha sido especialmente debatido en Alemania, desde el momento mismo de los trabajos constituyentes (en los que se decidió finalmente la inclusión del Tribunal Constitucional entre el Poder judicial) hasta hoy, ya en un plano abstracto. Cfr. LAUFER: *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., págs. 293 y sigs. K. STERN, II, págs. 330 y sigs. La cuestión está ligada a la concepción kelseniana de la justicia constitucional como legislación negativa, que aún cuenta con

como nuestra Constitución, por lo demás, parece aceptar al regular al Tribunal Constitucional en un título distinto, el IX, del que dedica al Poder Judicial (título VI), de cuya organización está totalmente exento y al que, en último extremo, fiscaliza (arts. 44, 59.3 y 73 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Se destaca de una manera convencional la «independencia» de los órganos constitucionales superiores, su ausencia de sumisión respecto de otros órganos, la libertad de su organización y aun de su procedimiento, subrayada ya por Gierke (169), pero no parece que la conclusión pueda llegar más allá e insertarse en la temática propia de la división de los poderes, que obedece a razones completamente diferentes. Nuestra Constitución —y estimamos que justificadamente— ha creído oportuno singularizar orgánicamente al Tribunal Constitucional del Poder Judicial en sentido estricto y ordinario, separándose con ello de los precedentes americano y alemán (aunque ha de notarse que en estos sistemas la singularidad de funcionamiento y de organización del Tribunal Constitucional es completa) para seguir aquí el modelo austriaco y hoy italiano. No puede haber duda, sin embargo, de que su designación como «Tribunal», así como su regulación específica expresan la voluntad constituyente de reducir su papel a una función materialmente jurisdiccional y no política, en el sentido de una función vinculada a la interpretación y aplicación de una norma previa, la Constitución misma (170).

Donde únicamente radica la soberanía, en su sentido clásico de poder libre, radical e incondicionado (no en el parcial de poderes concretos distribuidos a los órganos superiores por la Constitución) es en el poder constituyente mismo (171), al cual es más que evidente que el Tribunal Constitucional no puede controlar, por una parte (salvo cuando aparezca en su forma de «poder constituyente constituido» o de reforma constitucional, en cuanto la Constitución regule sus formas de emanación, respecto a la observancia de estas formas, para evitar que sin ellas el legislativo ordinario pueda usurpar poder constituyente) y, por otra parte, que el Tribunal Constitucional está estrictamente sometido a dicho poder. Este sometimiento no actúa sólo por la vía normal de que el poder constituyente, en cuanto «competencia de las competencias» o «poder

apoyos serios (cfr. STEHN, II, págs. 949 y sigs.), y al tema de la cualidad del Tribunal como órgano constitucional. De un «cuarto poder» (aunque neutro) hasta expresamente K. DORRING, *loc. cit.* en nota 160 *supra*.

(169) Referencias en LAUFER, *op. cit.*, págs. 303 y sigs.

(170) Cfr. K. STERN, II, pág. 950.

(171) Cfr. K. STERN, I, págs. 118 y sigs., y allí, referencias.

de los poderes» (172), según la expresiva fórmula alemana, pueda alterar las competencias del Tribunal e incluso suprimirlas todas, con el propio órgano, sino también en un sentido más preciso, como límite de la específica potestad interpretativa de la Constitución que el Tribunal tiene como propia. Esto es importante, porque delimita con exactitud la relación entre el Tribunal y la Constitución y precisa su función como estrictamente aplicativa de ésta.

En efecto, si en su función interpretativa de la Constitución el pueblo, como titular del poder constituyente, entendiéndose que el Tribunal había llegado a una conclusión inaceptable (o porque se tratase de una consecuencia implícita en la Constitución de que el constituyente no hubiese tenido conciencia clara y que al serle explicitada no admite, o bien —hipótesis no rechazable como real— porque entendiéndose que la decisión del Tribunal excede del marco constitucional), podrá poner en movimiento el poder de revisión constitucional y definir la nueva norma en el sentido que el constituyente decida, según su libertad incondicionada.

Este mecanismo ha funcionado en América justamente en estos términos en cuatro ocasiones, en que se ha usado el *amending power*, el poder de enmienda o de revisión constitucional, para «pasar por encima» (*override*) de otras tantas sentencias del Tribunal Supremo (173). Ciertamente no son muchas, cuatro veces, especialmente ante el «activismo judicial» de que el Tribunal Supremo americano ha hecho gala en sus casi dos siglos de existencia, pero esto no es sino una consecuencia de que las innovaciones constantes que el Tribunal ha impuesto han sido aceptadas implícitamente como correctas por el constituyente o, al menos, no han sido reprochadas por éste como contrarias a su sentimiento de la norma suprema, sobre lo que luego insistiremos.

(172) STERN, I, pág. 120: «die Gewalt der Gewalten». La expresión «competencias de las competencias» (*Kompetenz-Kompetenz*) se suele utilizar para el tema de la distribución territorial del poder: STERN, *Ibidem*, pág. 490.

(173) He aquí los casos, que tomo de TRIBE, *American Constitutional Law*, págs. 50-1, y ELY, *Democracy*, pág. 46: Enmienda XI, de 1798, que limitó la jurisdicción de los Tribunales Federales, contra la amplia interpretación dada inicialmente por la sentencia *Chisholm v. Georgia* de 1793; Enmienda XIV, § I, de 1868, para excluir la doctrina de la sentencia *Scott v. Sandfort*, de 1857, que había declarado que los americanos descendientes de africanos, fuesen esclavos o libres, no podían ser considerados ciudadanos de los Estados Unidos; Enmienda XVI, de 1913, que anuló la doctrina de la sentencia *Pollock v. Farmer's Loan and Trust Co.*, de 1895, que declaró inconstitucional el impuesto sobre la renta, a menos que precediese al mismo un repartimiento entre los distintos Estados; y la última Enmienda XXVI, de 1971, para contradecir la sentencia *Oregon v. Mitchell*, de 1970, según la cual el Congreso carecía de poder para fijar la edad de voto en las elecciones de los Estados; la enmienda fija como edad común para votar en la Federación y los Estados la de dieciocho años, y encomienda al Congreso el desarrollo de la regla.

En último extremo, a través de esa reserva última de la entrada en juego del constituyente como corrector o rectificador de los criterios del Tribunal, se comprende que el sistema entero reposa sobre una aceptación final, sobre un consenso último, ese consenso que justamente el Tribunal Constitucional es capaz de estimular y de extender, según vimos. En el sistema americano, donde la jurisprudencia constitucional ha alcanzado a hacer de la Constitución una *living Constitution*, un documento vivo y vigente, que cada generación reinterpreta en función de sus necesidades y de sus valores, ésa es la explicación final, la fórmula está «legitimada por la aquiescencia popular y, por tanto, por la aprobación popular a lo largo de toda la historia americana», en palabras ya clásicas de Charles Black (174). Es cierto que, en términos formales rigurosos, si hubiese que inferir de la jurisprudencia constitucional cambios sobre el sentido propio del texto constitucional se sustituye el mecanismo de revisión o enmienda constitucional por la inferencia paralela de un supuesto asentimiento tácito (175), pero no es menos cierto que las Constituciones no son reglas abstractas y descarnadas, sino derecho vivo, incardinado en la sangre, en las creencias y en los intereses del pueblo, instrumentos por ello vivientes y evolutivos.

Por lo demás, esto es un descubrimiento común a todas las jurisprudencias de cualquier materia jurídica, su carácter evolutivo, la necesidad (estrictamente técnica, derivada del funcionalismo social y de su dinámica, y no obediente a ninguna tentación de «usurpación» política) de introducir en la interpretación y aplicación de un mismo precepto inmutable variables derivadas de «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados» —como dice hoy el art. 3.1 de nuestro Código Civil—. Sobre esto habremos aún de insistir más adelante.

Llegamos aquí al último punto posible del análisis: la justicia constitucional cierra su círculo sobre un sentido final y global de la vida de las sociedades y del Derecho. Su última legitimación se encuentra, en definitiva, «en el Tribunal de la Historia», en el «plebiscito diario» sobre el que una comunidad se asienta por la comunión en ciertos principios.

Más allá de ese dato último no parece factible continuar. Los Tribunales Constitucionales han demostrado una notable capacidad de extender la integración y el consenso social; ello les ha dado un sexto sentido para que sus propias innovaciones jurisprudenciales se presenten como justas, como inferidas de los

(174) *Apud* BERGER: *Government by Judiciary*, pág. 353. Otras expresiones y juicios análogos en A. COX: *The role of the Supreme Court in American Government*, citado, págs. 104 y sigs., y en muchos más. Este problema de la legitimación de la *judicial review* se exacerbó con motivo de la era Warren, hasta colocarse como «problema central del Derecho Constitucional», como nota TRIBE, *American Constitutional law*, cit., págs. 47 y sigs.

(175) BERGER, cit., págs. 353-4 y allí citados.

valores constitucionales básicos y, por ello, como actas para ser aceptadas (especialmente por lo que agudamente ha llamado Archibald Cox «la clientela») de estos Tribunales: la prensa liberal, las asociaciones de juristas, los profesores y las Facultades de Derecho, los negros, los pobres o los grupos políticos y de opinión (176), para ser ellas mismas objeto de un básico consenso.

La lucidez, rara vez desmentida, de Tocqueville lo había visto así en el momento mismo en que el sistema comenzaba su funcionamiento en América. «El Tribunal Supremo americano —dice— está situado más alto que ningún otro Tribunal conocido, tanto por la naturaleza de sus derechos como por el carácter de sus justiciables», y esto hasta tal punto que «en las manos de siete [hoy nueve] jueces federales reposan incesantemente la paz, la prosperidad, la existencia misma de la Unión. Sin ellos la Constitución sería una obra muerta... Su poder es inmenso; *pero es un poder de opinión. Son todopoderosos en tanto que el pueblo consienta en obedecer la ley; pero no pueden nada desde el momento en que la desprecie. Sin embargo, el poder de opinión es el más difícil de utilizar. Es a menudo tan peligroso quedarse corto como excederse*». Por ello, «los jueces federales no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo, afrontar los obstáculos que puedan ser vencidos, desviarse de la corriente cuando su impulso amenace arrastrar tanto a ellos mismos como a la soberanía de la Unión y a la obediencia debida a las leyes» (177). Difícilmente pueden precisarse mejor, casi siglo y medio más tarde, el carácter y las condiciones de la jurisdicción constitucional.

La experiencia del Tribunal Warren ha sido, en este sentido, decisiva. Pocas veces se habrá visto una revolución jurídica cumplida con tanta resolución y con tanta coherencia, una reforma política más profunda y espectacular en los puntos decisivos de la integración social y política de una sociedad tan compleja como la americana (178). Hubiera sido difícil que exactamente ese programa hubiese podido ser llevado adelante como el programa de un partido o de un

(176) A. COX: *The role*, págs. 107 y sigs. Y también SHAPIRO: «Si el mito del Tribunal se destruyese en las Facultades de Derecho, el Tribunal perdería poder efectivo: El problema real es cómo el Tribunal Supremo pueda perseguir sus objetivos políticos sin frustrar estas expectativas populares y profesionales de neutralidad, que son un importante factor de nuestra tradición jurídica y una de las fuentes principales de prestigio del Tribunal», en *Law and Politics in the Supreme Court*, cit., pág. 31.

(177) A. DE TOCQUEVILLE: *De la démocratie en Amérique*, ed. J. P. Mayer, t. I, cit., págs. 152-4.

(178) Cfr. *supra* nota 104 y texto correlativo.

presidente, o realizado por una o sucesivas legislaturas. El Tribunal lo hizo en medio de una tormenta de críticas, de prejuicios y de intereses lesionados; no fue una tarea tranquila y, sin embargo, toda la sociedad americana, con escasas y localizadas excepciones, admitió al final la oportunidad de esa impresionante reforma, su justicia intrínseca, su exacta adecuación a los valores constitucionales supremos de la gran República (179). Es un ejemplo de sensibilidad judicial excepcional y de genialidad jurídica.

Sobre ejemplos de este tenor se han hecho su vía, y sobreviven con buena salud, los Tribunales Constitucionales, los cuales fundan su legitimidad última (y estrictamente democrática, obviamente) «sobre la agudeza de la percepción del Tribunal respecto a esta especie de voluntad común y sobre la habilidad última del Tribunal, expresando esa percepción para generar un consenso» (180).

Porque, en último extremo, el éxito de la institución radica en la autenticidad y el rigor de sus jueces. Tocqueville dijo del Tribunal americano que si en algún momento llegase a componerse de hombres imprudentes o corrompidos la unión americana se sumergiría en la anarquía o en la guerra civil (181). Ése es el último límite de los instrumentos jurídicos.

VII. LA SIGNIFICACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS CIRCUNSTANCIAS ESPAÑOLAS

Puede ahora ser útil contrastar esa funcionalidad general del sistema de justicia constitucional con las particulares circunstancias de nuestro país.

Desde esa perspectiva, podemos afirmar sin reserva que el establecimiento de dicho sistema en la Constitución de 1978 se presenta con una especialísima oportunidad. Esta Constitución, por diferencia notable con todas las demás de nuestra historia (182), ha sido una obra colectiva, fruto del compromiso entre todas las fuerzas políticas relevantes, del consenso, como ha venido a ca-

(179) El Tribunal WARREN «ha tenido un enorme éxito, quizá el éxito mayor de toda la historia del Tribunal», sin duda porque «ha sido capaz de traducir en mandatos constitucionales alguno de los ideales de la Constitución que habían permanecido dormidos durante mucho tiempo»: MILLER, *The Supreme Court. Myth and reality*, cit., págs. 208 y sigs.

(180) A. COX: *The role*, pág. 118.

(181) TOCQUEVILLE: *De la démocratie en Amérique*, cit., pág. 154. No sería lo mismo, dice, si fallasen el presidente o el Congreso.

(182) Vid. datos en MARTÍNEZ CUADRADO: *La Constitución española en la historia del constitucionalismo español, en la Constitución española de 1978*, dirigida por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., págs. 24 y sigs. Sobre el valor político y social del compromiso, cfr. W.

lificarse, no sin acierto, aceptada virtualmente por todos los partidos con representación parlamentaria y ratificada por una aplastante mayoría del cuerpo electoral. El Tribunal Constitucional puede, con sus sentencias, contribuir de manera decisiva a que ese consenso inicial se reactualice permanentemente, preservando al texto constitucional de las interpretaciones y la instrumentalización partidista que puedan pretender los distintos Gobiernos y centros de poder, manteniendo su supremacía efectiva sobre las fuerzas políticas y sus productos jurídicos ocasionales, asegurando su papel como regla de juego objetiva para presidir la pugna y la articulación de dichas fuerzas y como estatuto supremo de nuestra sociedad.

No es baladí esta posibilidad ni escasa la responsabilidad que el Tribunal va a asumir ante nuestro pueblo. En una parte fundamental, la suerte de nuestra Constitución y la posibilidad del arraigo definitivo de la democracia y de la libertad en nuestro suelo van a estar en sus manos.

VIII. LA CUESTIÓN DE LOS CRITERIOS DE FONDO QUE FUNDAMENTAN LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El último punto de nuestro estudio es el relativo a los criterios que los Tribunales Constitucionales utilizan para llegar a sus decisiones.

En frase de Berger, «hoy el campo de batalla se ha cambiado desde la existencia del poder (de *judicial review*) hasta los criterios con que se ejerce» (183). Vuelve a reaparecer aquí, aunque desde otra perspectiva, el problema de la legitimidad de la justicia constitucional, supuesto que dichos criterios no siempre pueden fácilmente reconducirse al texto directo de la Constitución, cuya insuficiencia o ambigüedad es justamente lo que determina la entrada en juego del Tribunal. En la objeción ya clásica de Schmitt, que recogimos más atrás, «la Ley conflictiva (la Constitución, en el caso del proceso constitucional) no puede ser el fundamento de la decisión sobre su propio contenido..., el conflicto sobre el contenido de la decisión constitucional sobre el fundamento de ella misma no es materia de decisión judicial, sino de decisión política». ¿Es esto cierto?

Pero, antes que ello, ¿cuáles son los criterios con los que el Tribunal Constitucional integra las insuficiencias o indeterminaciones del texto constitucional,

A. JOEHR, *Der Kompromiss als Problem der Gesellschafts, Wirtschafts- und Staatsethik*, Tübingen, 1959; también ELY, *Democracy*, págs. 63 y sigs., sobre el valor constitucional del consenso.

(183) BERGER: *Government by Judiciary*, cit., pág. 537.

y, mucho más, como ha llegado a ser notoriamente el caso norteamericano, su «reescritura» (*rewriting*), su «reinterpretación» constante? (184).

El tema capital del Derecho constitucional norteamericano es hoy, justamente, éste, tras la formidable reescritura de la Constitución llevada a término por la jurisprudencia Warren (185): ¿qué criterios puede usar el Tribunal para una innovación jurídica tan trascendental sin perder la legitimidad de su función?

2. En un brillante y reciente libro, el profesor de Harvard, John H. Ely esquematiza las diferentes respuestas a ese problema sobre una primera dicotomía: «interpretativismo» y «no interpretativismo» (186) (o literalismo y no literalismo). La tesis primera «indica que los jueces que deciden los casos constitucionales deben confinarse ellos mismos a ejecutar las normas que están manifiestas o claramente implícitas en la Constitución escrita». La segunda, por el contrario, pretende que «los Tribunales vayan más allá de ese conjunto de referencias literales y que ejecuten normas que no pueden ser descubiertas dentro de los cuatro linderos del documento» constitucional. Lo que, en último extremo, «distingue al interpretativismo de su contrario es su insistencia en que la obra de las ramas políticas (del Estado) sólo puede ser invalidada de acuerdo con una deducción cuyo punto de partida, cuya premisa fundamental es claramente descubrible en la Constitución» (187).

Sería apasionante seguir por menudo toda la exposición de este libro, uno de los más brillantes y penetrantes que pueden leerse hoy sobre el tema en cualquier bibliografía. Ely justifica fácilmente «la imposibilidad de un interpretativismo vinculado al texto» (188) y ello resulta fácilmente demostrable sobre la jurisprudencia americana, además de sobre razones estrictamente técnicas que justifican esa jurisprudencia [la imposibilidad de petrificar las intenciones conocidas de unos fundadores que contemplaron una sociedad patriarcal y que murieron hace casi dos siglos, la indeterminación de muchos preceptos constitucionales que por sí mismos invitan a mirar más allá de los límites del docu-

(184) BERGER, pág. 2, nota, con otras referencias.

(185) Así, TRIBE: *American Constitutional Law*, pág. 47; éste es «the central problem of constitutional Law... the core of much of contemporary constitutional doctrine».

(186) El libro es el ya citado, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, 1980, pág. 1.

(187) ELY, págs. 1-2.

(188) ELY, págs. 11 y sigs. Para A. S. MILLER (*The Supreme Court. Myth and reality*; cit., págs. 28 y sigs.) la idea de que las decisiones del Tribunal las obtiene del texto constitucional es simplemente uno más de los mitos sobre los que se asienta el Tribunal.

mento, hasta llegar a las cláusulas *open-ended* o abiertas (189), «un lenguaje capaz de crecimiento» (190)].

El no interpretativismo coloca en primer término como fuente de la decisión del Tribunal Supremo, ya que no el texto literal del documento constitucional, los famosos, «valores fundamentales» propuestos con toda brillantez por Bickel y a los que, por su influencia, la propia doctrina del Tribunal Supremo se ha referido alguna vez (191). ¿Qué cosa son tales valores y dónde encontrarlos?

La primera respuesta sería la de la famosa Escuela realista, que dominó la teoría del Derecho americano durante el segundo tercio de este siglo (192): en la propia apreciación del juez, cuyos criterios son los únicos criterios «reales» del Derecho, Ely critica expeditivamente esta idea, negadora de la objetividad y la certeza del Derecho —y, por tanto, del Derecho mismo como instancia social— so capa de realismo incomprometido y adogmático (193), y que es

(189) Sobre estas cláusulas *open-ended*, o abiertas, ELY, págs. 13 y sigs. BERGER: *Government by Judiciary*, cit., págs. 99 y sigs. (en sentido crítico). Especialmente agudo, DWORKIN, *Taking rights seriously*, cit., págs. 133 y sigs., sobre los *standards* «vagos» constitucionales, distinguiendo entre «concepto» (abierto; por ejemplo: honestidad, igualdad, tratos crueles) y «concepción» (contenido concreto). Sobre esta construcción de Dworkin volveremos luego en el texto. Es usual también hablar de «cláusulas delficas», término éste que se adopta sobre la expresión «oráculo de Delfos», como fórmulas vagas, oscuras y misteriosas, pero preñadas de significaciones posibles; cfr. MILLER, *The Supreme Court. Myth and reality*, cit., págs. 3, 7. En definitiva esta polémica es trasladable a la ya familiar entre nuestros administrativistas referente a los «conceptos jurídicos indeterminados»; cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1980, y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 3.^a ed., cit., págs. 385 y sigs.; F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976 [La primera sentencia de constitucionalidad de nuestro Tribunal Constitucional, la de 2 de febrero de 1981, sobre la Ley de Régimen Local, utiliza resueltamente esta técnica de los conceptos jurídicos indeterminados: «La autonomía —dice el Tribunal— es un concepto jurídico indeterminado, que ofrece un margen de apreciación muy amplio.»]

(190) Ésta es una frase de BICKEL, que cita ELY, pág. 30. Las referencias del Tribunal Supremo americano en el propio ELY, pág. 43.

(191) A. BICKEL: *The Least dangerous Branch*, cit., especialmente págs. 236 y sigs., y *The Supreme Court and the idea of Progress*, 1870.

(192) Cfr. J. PAUL: *The legal realism of Jerome N. Frank. A study of factskepticism and the judicial process*, The Hague, 1959. L. RECASÉNS SICHES: *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1983, págs. 619 y sigs.

(193) Hoy esta tesis ha reverdecido en la teoría de un sector de juristas italianos del «uso alternativo del Derecho», que ha encontrado sorprendentemente una acogida entusiasta en algunos de nuestros filósofos del Derecho y que anima al juez para que se erija en corrector o en suplente de las demás funciones del Estado, en *dominus* de la sociedad, que le ha investido, obviamente, de un papel del todo diverso y que, además, difícilmente puede exigirle responsabilidad. Cfr., por

completamente irreconciliable con la teoría básica de la democracia, según la cual el Derecho es la obra del pueblo (194) y no la invención imaginativa de unos cuantos juristas.

La segunda respuesta sería que esos «valores fundamentales» que han de rellenar los conceptos *open-ended* de la Constitución serían los que proporciona el Derecho natural. Precisamente Ely nota que en la Declaración de Independencia se emplean términos derivados de esa concepción, pero observa que nada permite trasladar esa conclusión a la Constitución misma. Mucho más difícil sería hacerlo ahora, cuando ya nuestra sociedad es profundamente escéptica sobre el modelo de la naturaleza y más aún sobre una verdad ética absoluta. En fin, la propia ambigüedad y vaguedad de los preceptos de ese Derecho, añade, que ha hecho del Derecho natural el soporte de todo tipo de causas (unas dignas y otras inicuas), a veces en los dos lados del mismo problema, como el de la esclavitud, los hace difícilmente tecnificables (195).

Entrarían en juego, en tercer término, los famosos «principios neutrales» que Wechsler propuso en un autorizado trabajo de 1959 (196); esto es, principios que trascienden la particularidad del caso enjuiciado y sirven para tratar casos semejantes, en una suerte de «compromiso de futuro». O bien, la razón (tesis de Bickel: «el método de la razón familiar al discurso de filosofía moral») (197), que Ely equipara, con cierta malignidad, a una invitación a seguir a los escritores morales contemporáneos y especialmente a Rawls (198), como

todos, P. BARCELLONA *et al.*, *L'uso alternativo del diritto*, 2 tomos, Bari, 1973, y en sentido crítico, por todos, P. M. CHERCHIA, *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Padova, 1978, págs. 10 y sigs. Estas tesis, aparentemente progresistas y en realidad profundamente reaccionarias, al estimular los «pronunciamientos» personales insolidarios contra la voluntad general expresa en la Ley, parten de datos ciertos (el carácter abierto y evolutivo de la interpretación, el influjo de la personalidad del intérprete, etc.), pero los llevan a la exageración y a la ruina segura; como dice bien Ely, el supuesto lenguaje «realista» es en realidad un lenguaje de «destrucción», que arriesga la destrucción de la misma Corte Suprema por razones que nosotros mismos hemos expuesto más atrás: *op. cit.*, pág. 47.

(194) ELY, págs. 44 y sigs.

(195) ELY, págs. 48 y sigs.

(196) H. WECHSLER: *Toward neutral principles of Constitutional law*, ya citado. Cfr. también MILLER (en colaboración de R. F. HOWELL), «The myth of neutrality in constitutional adjudication», recogido en el ya citado libro *The Supreme Court. Myth and reality*, págs. 51 y sigs., en polémica con WECHSLER.

(197) A. BICKEL: *The Supreme Court and the idea of progress*, cit., pág. 87.

(198) El libro de John RAWLS, *A theory of Justice*, Oxford, 1972 (hay traducción española en Fondo de Cultura Económica, México), ha ejercido una extraordinaria influencia en el mundo anglosajón. Puede verse, entre otros muchos, B. BARRY: *The liberal theory of Justice. A critical examination of the principal doctrines in A Theory of Justice by John Rawls*, Oxford, 1975, R. P.

si la Constitución, dice, tuviese que seguir al *New York Review of Books*, que otorga los marchamos y prestigios en el mundo cultural americano (199). Otro criterio sería la tradición, también postulado por Bickel (200), aunque sea difícil encontrar en unas tradiciones convencionalmente especificables «respuesta suficiente e inequívoca que justifique dejar sin efecto el juicio contrario de un cuerpo legislativo» (201). En fin, quedarían como últimos criterios posibles el consenso («valores ampliamente aceptados o participados»), aunque entre los Tribunales y los Parlamentos parece que son los últimos quienes están mejor situados para reflejar el consenso social (202), y el «progreso predecible», otra idea propuesta también por Bickel (203), si bien «ninguna razón permite suponer que los jueces están bien cualificados para predecir el desarrollo futuro de la opinión pública» y que puedan contradecir a la mayoría legislativa de hoy con el mito de los «valores de la mayoría de mañana» (204).

Ninguna de estas respuestas es, pues, concluye Ely, aceptable y ni siquiera mínimamente satisfactoria, quizá porque no cabe respuesta válida a una pregunta errónea, la que formuló así Bickel: «¿Qué valores entre aquellos adecuadamente neutrales y generales han de calificarse como suficientemente importantes o fundamentales, o lo que sea, para ser reivindicados por el Tribunal Supremo contra otros valores afirmados por los actos legislativos?» (205). La cuestión, dice Ely, no tiene sentido, porque no es ésta, la de definir e imponer valores, la tarea propia del Tribunal Supremo (206).

Tras esa crítica, Ely expone su propia posición, posición que comienza por notar que se presenta inicialmente como difícil, puesto que «un enfoque interpretativista —al menos el que considera los términos de la Constitución como unidades autoencerradas o conclusas— se demuestra en el análisis que es inca-

WOLFF: *Understanding Rawls. A reconstruction and critique of a theory of Justice*, Princeton, 1977.

(199) ELY, pág. 58.

(200) BICKEL: *The least dangerous branch*, cit., pág. 238: «La función de los jueces es introducirse ellos mismos en la tradición de nuestra sociedad y en las sociedades emparentadas a la nuestra que nos han precedido, en la historia y en el sedimento de la historia que es el Derecho.»

(201) ELY, págs. 60 y sigs.

(202) ELY, págs. 63 y sigs.

(203) BICKEL: *The Supreme Court and the idea of progress*, ya citado. ELY concluye (págs. 71-72) comentando «la odisea de Alexander Bickel», «probablemente, el teórico constitucional más creador de los últimos veinte años», Odisea que viene a ser una suerte de «microcosmos que acredita la inevitable futilidad de buscar respuesta a una pregunta errónea». *Vid.* en seguida en el texto. ELY, págs. 71-2.

(204) ELY, págs. 69-70.

(205) BICKEL, *The Least dangerous*, pág. 55.

(206) ELY, págs. 71-2.

paz de mantenerse ante el manifiesto espíritu de algunos de esos términos. Sin embargo, cuando buscamos una fuente externa de valores con la cual llenar los textos abiertos de la Constitución —una fuente que no concluya simplemente en erigir al Tribunal en una cámara de revisión legislativa—, buscamos en vano. No obstante la aceptación usual de que esas dos son las únicas opciones, es un hecho que no es así, desde el momento que la imposición de valores no es la única respuesta posible al hecho de que tengamos una Constitución que necesita ser rellenada. Un enfoque completamente distinto es posible y para discernir sus rasgos no necesitamos mirar más lejos que al Tribunal Warren... Las decisiones constitucionales del Tribunal Warren demuestran una profunda estructura significativamente diferente del enfoque del criterio de los valores patrocinado por los comentaristas académicos» (207). Así pues, la posición de Ely no pretende ser una construcción imaginativa propia, sino que se presenta ante todo como una explicación o interpretación de la jurisprudencia Warren.

Esta jurisprudencia se desarrolló primordialmente en tres campos: procedimiento criminal y otras actuaciones judiciales y administrativas (libre expresión, asociación), valoradas desde la perspectiva de la garantía de los individuos; la cualificación de los electores y la formación de distritos electorales —especialmente en cuanto éstos pretendían infravalorar los votos negros o de sectores marginales de la población— finalmente, las cuestiones atañentes al trato igual para los habitualmente desiguales de la sociedad: minorías raciales sobre todo, pero también extranjeros, perseguidos e «ilegales», pobres. En los tres casos Ely interpreta que el Tribunal lo que ha deseado es asegurar el proceso político, manteniéndolo abierto para todos. Los dos grandes designios del Tribunal Warren han sido «limpiar los canales del cambio político», por una parte, y, por otra, corregir ciertos tipos de discriminación política contra las minorías; con los dos se forma una coherente teoría de la representación política, que implica una finalidad «participativa», de un amplio acceso al proceso y a los beneficios del gobierno representativo. Algo, añade, completamente diferente a la proclamación de que unos determinados valores o bienes debían ser protegidos o impuestos socialmente frente al legislativo (208).

Ely explica con lucidez, seguidamente, dónde está la esencia del gobierno representativo. Frente a la dicotomía prerrevolucionaria entre gobernantes y go-

(207) ELY, pág. 73.

(208) ELY, págs. 74-5. En nota en página 75 precisa que si se insistiese en que esas finalidades son precisamente «valores», entonces habría que precisar que se trataría de valores precisamente «participativos» que conciernen directamente a la Constitución, y cuya «imposición» no se hace para limitar, sino para todo lo contrario, para apoyar el sistema democrático representativo americano.

bernados, el concepto de representación intenta una asociación de los intereses de los dos grupos. Los representantes son «ciudadanos» que, no obstante su capacidad y carácter, provienen del pueblo y a él retornan, al cuerpo de gobernados, sin que puedan eximirse del imperio de la ley común. Las elecciones y la duración temporal del cargo, con más el interés en conseguir la reelección, son los instrumentos que en el ánimo de los fundadores garantizaban esa comunidad de intereses. Pero lo que el sistema no asegura es la efectiva protección de las minorías cuyos intereses difieren de la mayoría (209). Sobre las fuentes históricas, intenta probar que la República deseada por los fundadores no era la del sistema *winner-take-all* (el ganador coge todo), según el cual el gobierno sirve sólo a los intereses de unos pocos privilegiados, o aun de aquellos grupos que laboran conjuntamente en una coalición mayoritaria, sino más bien un sistema en el que los representantes gobernarían en el interés de todo el pueblo. Todo ciudadano debería ser visto con un respeto equivalente y la igualdad era, por ello, un valor esencial, aunque en la Constitución no se le prestase una atención poco explícita (210).

En los documentos de 1789 y 1791 (211) en ningún punto se invoca el concepto de igualdad, pero no obstante se arbitran dos estrategias para proteger los intereses de las minorías de la voluntad potencialmente destructiva de alguna coalición mayoritaria. La más obvia es la estrategia de «lista» empleada por el *Bill of Rights*, concretando cosas que no pueden ser hechas a nadie, al menos por el Gobierno federal. La estrategia original de la Constitución y la más penetrante, sin embargo, puede ser esquematizada como la estrategia del pluralismo, de modo que se garantizase una variedad de voces y que ninguna coalición mayoritaria pudiese gobernar. Madison fue absolutamente explícito en ello (212).

(209) ELY, págs. 77-8.

(210) ELY, pág. 79.

(211) Constitución y *Bill of Rights* (diez primeras enmiendas), respectivamente.

(212) ELY, págs. 79-80; texto de MADISON (*The Federalist*, 51), en pág. 80: «Es de la más grande importancia en una República no solamente guardar a la sociedad contra la opresión de los gobernantes, sino también guardar a una parte de la sociedad contra la injusticia de la otra parte... Si una mayoría se une en un interés común, los derechos de la minoría quedarán inseguros. Hay dos métodos para prevenirse contra este peligro: uno es crear una voluntad en la comunidad independiente de la mayoría...; el otro, incluir en la sociedad tantas clases separadas de ciudadanos que haga muy improbable, si no imposible, una injusta combinación de una mayoría del conjunto. El primer método prevalece en los Gobiernos que poseen una autoridad hereditaria o autodesignada..., aunque sea una seguridad precaria... El segundo método será ejemplificado en la República Federal de los Estados Unidos.» Esta tesis jugó un papel crucial para llevar la Confederación hacia un Gobierno central más fuerte, nota Ely. Para Madison, a un nivel local, era posible una «facción»

Los instrumentos constitucionales para proteger las minorías fueron, sencillamente, insuficientes. Ninguna lista limitada de esferas privadas protegidas (derechos) puede cubrir todos los modos en que las mayorías pueden tiranizar a las minorías, y los mecanismos de pluralismo, formales o informales, no son siempre seguros (213). Si, no obstante, el ideal republicano del gobierno en interés del pueblo entero fue mantenido, en una época especialmente sensible a la fe republicana en el carácter esencialmente homogéneo del pueblo y de sus intereses, era necesario un asalto frontal al problema de la tiranía de la mayoría. La teoría existente de la representación tenía que ser extendida para asegurar, no simplemente que los representantes no aparten su interés del de la mayoría que los ha designado, sino también que no aparten el interés de la coalición mayoritaria de los intereses propios de las distintas minorías. La *Equal protection clause*, la cláusula de igual protección de la 14.^a Enmienda de la Constitución americana, fue, obviamente, la más dramática incorporación de ese ideal (214). Ely sigue la suerte de esa idea en el pensamiento político americano, y aun en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso desde antes de la ratificación de la 14.^a Enmienda.

El libro reinterpreta desde esa perspectiva «la naturaleza de la Constitución americana», que identifica con una técnica «procesal» de gobierno (215). La justicia y la felicidad no se asegurarían mejor intentando definir las de una vez por todas, sino más bien atendiendo a los *governmental processes*, a los procedimientos de gobierno, a la democracia, rápidamente dicho. El cuerpo de la Constitución está dedicado casi enteramente a estructurar, exponiendo cuál entre los varios actores —Gobierno federal, Gobiernos de los Estados, Congreso, Poder judicial— tiene autoridad para hacer lo que sea y llegando hasta un particularismo detallista sobre cómo sus respectivos agentes han de seleccionarse y deben conducir sus asuntos. Aun los preceptos que en una primera impresión parecen vistos primariamente con el designio de asegurar o excluir ciertos valores sustantivos, si se reflexiona resultan ser preceptos que afectan principalmente a los procedimientos (216).

Ely hace un análisis pormenorizado, que nos costaría un poco (dados los fines de nuestra exposición) seguir. Su conclusión es neta: «La Constitución originaria fue principalmente (y debería decir, en realidad, abrumadoramente)

que tiranizase a los demás, pero en el nivel nacional ninguna facción o grupo de intereses podría constituir una mayoría capaz de ejercer el control.

(213) ELY, pág. 81.

(214) ELY, pág. 82.

(215) ELY, págs. 88 y sigs.

(216) ELY, pág. 90.

dedicada a las cuestiones de procedimientos y estructuras y no a la identificación y preservación de valores sustantivos específicos» (217). Ely se esfuerza en mantener este postulado incluso respecto al *Bill of Rights* subsiguiente a la Constitución. Así, los derechos de la primera enmienda (libertad de expresión, de prensa, de reunión y de petición) intentaban frontalmente auxiliar al trabajo procedimental de gobernar, asegurando la discusión abierta e informada de los temas políticos y controlar que el Gobierno no se excediese de sus límites; la libertad religiosa, formulada en la misma enmienda, representa también «una función estructural o de separación de poderes» (218). El mismo análisis, con análoga conclusión, lo extiende, una por una, a todas las enmiendas constitucionales.

El tópico de afirmar que la Constitución ha tratado sustancialmente de la libertad es equívoco, porque la cuestión es cómo ese objetivo intenta lograrse. Y «la respuesta principal es que es a través de un conjunto enormemente amplio de protecciones procedimentales y mediante un sistema aún más elaborado y configurado para asegurar que en la realización de opciones sustantivas el proceso de decisión estará abierto a todos sobre la base de una consideración igual y con la declaración de que los que deciden tienen el deber de tomar en cuenta el interés de todos aquellos a quienes la decisión afecta» (219). «La estrategia general no ha sido por ello implantar en el documento un conjunto de derechos sustantivos con título suficiente para una protección permanente. En lugar de ello, la Constitución ha partido de la convicción obvia de que una mayoría efectiva no amenazará excesivamente sus propios derechos y que lo que debe asegurar es que tal mayoría no trate sistemáticamente a los otros menos bien de lo que se trata a sí misma, y ello estructurando el proceso de decisión a todos los niveles para intentar asegurar, primero, que el interés de cualquiera esté actual o virtualmente representado (normalmente ambas cosas) en el nivel de la decisión sustantiva; y segundo, que el proceso de aplicación individual no sea manipulado de forma que permita reintroducir en la práctica la clase de discriminación que está prohibida en la teoría... La Constitución americana ha sido de este modo, y en una gran parte continúa siendo, una Constitución propiamente dicha, que trata de cuestiones constitutivas. Lo que la ha distinguido, como a los Estados Unidos mismos verdaderamente, ha sido un proceso de gobernar, no una ideología de gobierno» (220).

(217) ELY, pág. 92.

(218) ELY, pág. 94.

(219) ELY, pág. 100.

(220) ELY, págs. 100-101.

Ely observa (221), extremando quizá el argumento, que realmente podría decirse que los únicos valores materiales que la Constitución llegó en algún momento a encarnar han sido la esclavitud (art. IV, sección 2, § 3) y la abstención alcohólica (Ley seca y Enmienda XVIII, de 1919, derogada en 1933 por la Enmienda XXI), y que en ambos casos la experiencia ha demostrado sobradamente la completa inadaptación de valores materiales de ese carácter con preceptos constitucionales. Los valores materiales que la sociedad necesita destacar e imponer corresponde elegirlos al legislador ordinario, y otra cosa sería bloquear el desarrollo de una sociedad libre y cambiante.

Sobre esta base, Ely concluye que ese «argumento» central de la Constitución es el que ayuda a interpretar la mayor parte de los preceptos constitucionales abiertos u *open-ended*. De lo cual, a su vez, deduce, primero, que a diferencia del enfoque propio de la teoría de la imposición judicial de «valores fundamentales», esta tesis (a la que llama *representation-reinforcing orientation*, teoría del reforzamiento representativo) (222), no sólo no es inconciliable con el sistema americano de democracia representativa, sino que aparece como un soporte completo de dicho sistema. Pues, en efecto, es una tesis que reconoce como inaceptable que los jueces vitalicios y nombrados «a dedo» puedan ser órganos más adecuados para la expresión de valores convencionales que los representantes electivos, si bien los dedica a *policing*, a limpiar, a mantener en orden los mecanismos por los cuales el sistema intenta asegurar que los representantes representen efectivamente.

Por otra parte, esta teoría *representation-reinforcing*, contra lo que ocurre en la tesis de los «valores fundamentales», asigna a los jueces un papel para cumplir el cual están manifiestamente bien situados. No se trata principalmente de un problema de pericia. Los juristas son expertos o peritos sobre los pequeños procesos, los procesos en los cuales los hechos son investigados y las partes contendientes presentan sus respectivas pretensiones. Y en un cierto grado son también expertos en los procesos más complejos en los cuales las soluciones de

(221) ELY, págs. 93, 98, 99 y 100: «dramáticos ejemplos», dice de ambos. Como es sabido, la esclavitud se prohíbe hasta la Enmienda XIII, en 1865. A esos dos «valores sustantivos», añade ELY como valores constitucionales situados fuera del ámbito del proceso político el derecho a llevar armas (Enmienda II) y el principio de libertad de contrato (derivado primero de la prohibición de leyes *ex post facto*—art. I, secc. 9, § 3—y más tarde de la Enmienda XIV), los dos, quizá por ello, «abrogados» por simple interpretación judicial (pág. 100); el derecho a llevar armas se ha ordenado en el sentido de que protege únicamente el derecho de los Estados a organizar milicias y a armarlas, lo que ya es un principio político estructural (*ibidem*, págs. 94-5); sobre la *contract clause*, además de ELY, págs. 91-2, cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., págs. 427 y sigs.

(222) ELY, pág. 101.

interés general se determinan: los juristas parecen tener un instinto, que a veces no se distingue de los otros valores que tienen, por las técnicas de asegurar que cada uno pueda decir lo que quiera. Pero más que de pericia se trata propiamente de un problema de perspectiva (223).

El enfoque que Ely propone para la interpretación constitucional, dice él mismo, es análogo a lo que en los asuntos económicos puede ser llamado orientación *antitrust*, como opuesta a la puramente «regulativa», en el sentido de que la intervención se produce únicamente cuando el «mercado» (en este caso el mercado político) está mal constituido, constituido para un mal funcionamiento. Una analogía sobre el papel del árbitro en un juego no está fuera de lugar: el árbitro interviene sólo cuando uno de los equipos está adquiriendo ventajas desleales, no porque el equipo «malo» esté ganando. El gobierno no puede decirse honestamente que esté mal constituido (en el sentido de constituido para un mal funcionamiento) simplemente porque genere productos con los cuales nosotros estemos en desacuerdo, incluso fuertemente en desacuerdo. En una democracia representativa la determinación de valores debe ser hecha por nuestros representantes electivos, y de hecho muchos de nosotros disintimos de dicha determinación al no votarles en la elección siguiente. La mala constitución, o la constitución para un mal funcionamiento del sistema político, ocurre cuando el *procedimiento* frustra la confianza, y ello es así cuando: 1.º Los iniciados (los *ins*) obstruyen los canales del cambio político para asegurarse que ellos permanecerán en el mando y que el resto de los ciudadanos (los *outs*) continuarán estando fuera; o bien, 2.º Aunque nadie esté hoy privado de voz o de voto, si los representantes actúan en favor de una efectiva mayoría que esté sistemáticamente perjudicando a alguna minoría por simple hostilidad, o denegándoles el reconocimiento de que sus intereses entren en el ámbito de los intereses comunes y, en consecuencia, deniegan a dicha minoría la protección reconocida a otros grupos en un sistema representativo.

En tales hipótesis es obvio que las últimas personas en que pensaríamos para remover cualquiera de esas situaciones es en los propios representantes. Frente a ellos, los jueces designados son *outsiders* políticos. «Esto no les proporciona un especial *pipeline*, un especial conducto, con los valores genuinos del pueblo americano..., pero les coloca en una posición objetiva para valorar las quejas de que, bien por obstruir los canales del cambio, o por actuar como instrumentos de la tiranía de una mayoría, nuestros representantes electivos no

(223) ELY, pág. 102.

están representando de hecho los intereses de aquellos que el sistema presupone que representan» (224).

Ésta es la explicación final que Ely propone para explicar la inserción de la *judicial review* en el sistema, su función propia y los criterios últimos con que debe actuar (225).

3. Quizá merezca notarse incidentalmente que una explicación casi rigurosamente paralela, tanto en el tiempo (226) como en el argumento, es la ofrecida en Alemania por Peter Haeberle, y conforme a la cual, frente a la tesis sustancialista con la que, tras la experiencia nazi, quiso explicarse la Ley Fundamental de Bonn según módulos iusnaturalistas, él propone una *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, una teoría de la Constitución sin Derecho natural (227), vocada justamente hacia la explicación de la Constitución como un sistema formal y de técnicas procedimentales que permiten el funcionamiento de una sociedad abierta, en la cual la alternativa y la rectificación política estén siempre aseguradas. Los derechos fundamentales no serían sino técnicas instrumentales o aperturas para mantener el sistema abierto, más que valores sustantivos. De nuevo, aunque con una cimentación conceptual germánica, es en la estructura democrática donde se identifica la esencia del sistema constitucional y, por ende, el punto central de actuación de la justicia constitucional (228).

4. Sin embargo, la cuestión sustantiva para nosotros no es la búsqueda de una explicación global (como las que nos proponen las tesis expuestas) de los criterios que han de aplicar en sus sentencias los Tribunales Constitucionales o cualquiera de ellos, sino precisamente sobre la significación misma de esos criterios. El problema ha tenido en la literatura reciente americana una vivacidad, y aun un dramatismo especiales, como consecuencia de la espectacular

(224) ELY, pág. 103.

(225) En el resto del libro analiza más en detalle, y, sobre la base de la jurisprudencia Warren, los supuestos típicos que originan la desconfianza en el sistema y cuya remoción es la responsabilidad específica del Tribunal Supremo, llevándole a «despejar los canales del cambio político» (págs. 105-135) y a «facilitar la representación de las minorías» (págs. 135-180).

(226) Las tesis de ELY fueron avanzadas en artículos de revista desde 1974; *vid.* las referencias que él mismo incluye en las notas de su libro (y, por ejemplo, referencias en *TRIBE: American Constitutional Law*, pág. 118). Es la misma fecha del trabajo de HAEBERLE.

(227) P. HAEBERLE: «Verfassungstheorie ohne Naturrecht», 1.^a ed. en el *Archiv, des öffentlichen Rechts*, núm. 69, 1974, págs. 437 y sigs. Una reimpresión, con un apéndice, en la obra antológica *Verfassung*, ed. por M. FRIEDRICH: Darmstadt, 1978, y en la obra más amplia del propio HAEBERLE: *Verfassungs als öffentlicher Process. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín, 1978, págs. 93 y sigs.

(228) *Vid.* Las referencias en mi trabajo *La Constitución como norma jurídica*, cit., págs. 146 y sigs.

jurisprudencia Warren y de su adopción sistemática de un nuevo «modelo» de Constitución, que es lo que ha venido a poner sobre la mesa la justificación misma de la *judicial review* tras sus casi dos siglos de funcionamiento y la fuente de su legitimidad; por eso nos ha parecido necesario recoger el estado actual de esta polémica, situada en el centro neurálgico de la teoría general de la justicia constitucional.

Y desde esa perspectiva de la significación de los criterios interpretativos y aplicativos de los Tribunales Constitucionales, que es la relevante para nosotros, lo que vemos claramente es que, bajo unas u otras explicaciones técnicas, lo que hacen esos Tribunales es utilizar de una manera explícita, y desde luego inequívoca en cuanto a su manera de proceder, el método jurídico más estricto, método aplicado para extraer del texto constitucional que es, a la vez, único y necesario parámetro, los criterios de decisión de sus sentencias. El problema particular en la aplicación de ese método general viene de dos causas: por una parte, de la amplitud de las fórmulas utilizadas por la Constitución, de su carácter deliberadamente abierto, de su estructura técnico-jurídica como «conceptos jurídicos indeterminados», o como «principios generales del Derecho», de la necesidad de rellenar esas fórmulas con criterios materiales a veces altamente polémicos y nunca aporreados; por otra parte, de la circunstancia de que todo ese razonamiento jurídico se hace prácticamente «sin red», enfrentándose directamente al proceso político y a los órganos supremos que lo protagonizan, y con efectos colectivos espectaculares, con el riesgo implícito de la ruptura del propio sistema que esos Tribunales dicen defender.

La primera nota es, en efecto, inmediatamente identificable para un jurista mínimamente avezado. Toda la polémica sobre el carácter excesivamente creador de la jurisprudencia constitucional, sobre su actuación efectiva como poder paraconstituyente o de revisión o enmienda constitucional, que es de donde surge la grave cuestión sobre su legitimidad, no es más que la transposición de la polémica común sobre el carácter creador y evolutivo de la jurisprudencia en general, sobre su efectivo despegue de una actividad meramente exegética de textos o códigos legales supuestamente cerrados, sobre la no adecuación del juez al papel que le reservaba la ingenua teoría de la legalización completa del Derecho como simple *bouche qui prononce les paroles de la loi*, en la conocida fórmula de Montesquieu (229).

(229) MONTESQUIEU: *L'Esprit des lois*, XI, 6. Esto es a lo que llama la doctrina norteamericana la «teoría declaratoria» del Derecho como función propia del juez (cfr. *supra* nota 124) con base en este texto de BLACKSTONE: el juez «está limitado a decidir no según su propio juicio

Hoy esta polémica está saldada y esta ganancia debe ser trasladada en bloque al terreno de la justicia constitucional. El juez aplica o particulariza, en efecto, leyes previas, pero en esa función aporta, y no puede dejar de hacerlo, valores propios, que no son, por supuesto, ni pueden ser, supuesto el papel que al juez reserva el sistema y su necesaria sumisión a la ley que interpreta, de libre creación del Derecho, pero que significan necesariamente un elemento innovador. Porque el Derecho no es, ni puede siquiera ser aunque se pretendiese (y así se pretendió explícitamente, por ejemplo, con cuerpos tan prestigiosos como el *Code* Napoleón, y así continúa pretendiéndolo, en su ignorancia, el legislador cotidiano), el texto de la ley y nada más, sino la ley con toda su textura de principios y de conceptos capaces de una vida propia, vida propia que no la audacia del juez y su pretensión protagonista impulsan, sino que exige rigurosamente el funcionalismo de la sociedad y la inserción en él de preceptos generales y estables. La flexibilidad y la necesaria matización en la articulación social de intereses a que el Derecho sirve, la exigencia de la justicia y de los demás valores que constituyen la finalidad del orden jurídico así lo imponen, de modo que resulta evidente que no será más justa, ni más fluida, ni más funcional en ningún sentido una sociedad (aun si fuese simplemente posible en el terreno de los hechos, que no lo es) regimentada por normas previas inequívocas y rígidas, que no permitan margen alguno a la interpretación y matización de los jueces, frente a una sociedad regida por normas articuladas con principios generales y con conceptos jurídicos cuya aplicación a los casos concretos sea realizada por una judicatora experta en el manejo de dichos principios y conceptos y «descubridora» en virtud de ese manejo, de soluciones nuevas, nunca petrificadas ni agotadas.

Es ésta la esencia misma del método jurídico, y aun, propiamente, antes que de éste, de la estructura de un sistema jurídico, como es de común experiencia para cualquier jurista (230).

privado, sino de acuerdo con las leyes y costumbres conocidas de la tierra; no se le ha delegado para pronunciar un nuevo derecho, sino para mantener y declarar el viejo» (*Commentaries on the Law of England*, libro III, cap. III); o en este más antiguo de BACON: «Los jueces deben recordar que su oficio es *ius dicere*, no *ius dare*, interpretar el Derecho y no hacer Derecho o dar Derecho». Éste es el fundamento último del *stare decisis*. Cfr. A. S. MILLER, en *The Supreme Court*, cit., págs. 186 y sigs.

(230) El autor se remite íntegramente a su ya viejo trabajo «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo» (escrito en 1956), publicado en *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1961, págs. 189 y sigs. (y en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al profesor don Ignacio Serrano*, II, Valladolid, 1965, págs. 211 y sigs.), con más referencias. También a E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, citado, págs. 53 y sigs. Permítaseme también aportar mi propia experiencia de

No hay, pues, «usurpación» de poder normativo (y en este caso de poder constituyente, que es el gravísimo cargo que se hace) (231), por parte de los Tribunales Constitucionales; hay (o al menos debe haber, si los Tribunales operan como tales) un uso ordinario de las técnicas jurídicas establecidas e imprescindibles para interpretar y aplicar normas jurídicas. Como hemos notado, la singularidad de la utilización de ese método puede venir del hecho de que el texto normativo a aplicar sea precisamente una Constitución, esto es, una norma por su propia naturaleza extraordinariamente concentrada, breve en su extensión, pues no puede tener «la prolijidad de un Código», que sería difícilmente alcanzable por la mente humana (en frase del juez Marshall) (232), am-

casi tres años como juez del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, un tribunal de 21 jueces de 21 naciones distintas, de países de *common law* y de Derecho romano, germanos y latinos, cristianos y musulmanes (los países del Consejo de Europa), todos de procedencias profesionales diversas. Pues bien, el punto absolutamente común de entendimiento entre todos los jueces es, justamente, la unidad de ese método jurídico de manejo y articulación de principios generales y de conceptos técnicos, de apotegmas instrumentales y, en definitiva, de todo el arsenal, modesto por su empaque teórico, pero perfectamente operativo, que es la «tópica» jurídica, en el sentido de VIEHWEG (cfr. de este autor *Tópica y jurisprudencia*, trad. esp. de L. Díez-Picazo, con prólogo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1964), por encima de sistemas nacionales tan diversos y de concepciones del mundo disímiles. La vieja tópica demuestra día a día su capacidad argumentativa (para recoger la expresión de PERELMAN) como instrumento indispensable para pasar del precepto abstracto a la casuística, y ese instrumento es completamente común a todos los jueces, y sobre él, el entendimiento y la homogeneidad en el tratamiento de los problemas se alcanza siempre. Para mí, la experiencia debo decir que ha sido deslumbradora, muy superior a cualquier otra de estudio y reflexión, y concluyente sobre mis propias convicciones, expresadas con anterioridad en los trabajos que se citan en esta nota.

(231) Sobre la tesis de la «usurpación» de poderes por el Tribunal Supremo norteamericano (ya aludida en nota 14, *supra*), que comenzó siendo una tesis sobre la falta de soporte constitucional de la *judicial review* que se autoatribuyó en *Marbury v. Madison* y que hoy se ha extendido como argumento básico contra la jurisprudencia Warren, *vid.* BERGER: *Government by Judiciary* cit., págs. 351 y sigs., y 407 y sigs. y allí citados; los jueces han *rewrite* (han reescrito) la Constitución, sustituyendo los valores de los fundadores por los suyos propios. También MILLER: *The Supreme Court. Myth and reality*, cit., págs. 17 y sigs., sobre el «mito de la usurpación».

(232) En su famosa *M'Culloch v. Maryland*, 1819; «A Constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit... would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind» (cit. según BERGER: *Government by Judiciary*, pág. 110). En otra sentencia de 1884 (*Legal Tender Case*), la Corte dice también con agudeza: «A Constitution, establishing a frame of government, declaring fundamental principles, and creating a national sovereignty, and intended to endure for ages and to be adapted to the various crises of human affairs, is not to be interpreted with the strictness of a private contract. The Constitution of the U. S., by apt words of designation or general description marks the outlines of the powers granted to national legislature; but it does not undertake, with the precision and detail of a code of laws, to enumerate the subdivisions of those powers, or to specify all the means

biciosa, no obstante, en su intención configuradora, de base y cimiento de una sociedad y de un Estado y, por tanto, de la totalidad del orden jurídico (233), y que por todo ello no puede dejar de utilizar conceptos abiertos, fórmulas supuestamente vagas, pero en realidad perfectamente intencionadas y cargadas de significado específico: Esas fórmulas tienen que ser por ello normalmente del tipo de las que Ronald Dworkin llama «conceptos» (abiertos, alusivos a un *standard* valorativo abstracto que corresponde a los destinatarios rellenar en cada aplicación), por diferencia de las «concepciones» (concretas, referentes a una realidad perfectamente señalada e identificada desde el momento en que se formula) (234).

Detengámonos un momento en esta distinción de Dworkin. Él la ilustra de una manera convincente: a través de un ejemplo del lenguaje ordinario. Supongamos, dice, que yo digo a mis hijos que yo espero de ellos que no traten a los demás incorrectamente, deshonestamente (*unfairly*). No es dudoso que al decir eso yo tengo en la cabeza ejemplos de conducta que intento disuadir, pero yo no aceptaría que mi «sentido» de la honestidad fuese limitado a esos ejemplos, y ello por dos razones. Primero, porque espero que mis hijos apliquen mis instrucciones a situaciones que yo no he pensado ni podido pensar. Segundo, porque estoy dispuesto a admitir que algún acto particular que yo habría considerado correcto y honesto en el momento en que yo hablo fuese de hecho incorrecto o deshonesto, o viceversa, si uno de mis hijos es capaz de convencerme de ello; en este caso yo querría decir que mis instrucciones cubren el caso que él cita, no que he cambiado mis instrucciones. «Yo puedo decir que lo que intento es que la familia sea guiada por el concepto de corrección u honestidad (*fairness*), no por una específica *concepción* de honestidad que yo tuve en la mente en un momento dado» (235).

by which they may be carried into execution» (traducción: «Una Constitución, al establecer una estructura de gobierno, al declarar principios fundamentales y al crear una soberanía nacional, en cuanto intenta perdurar a través de las épocas y ha de ser adaptada a las diferentes crisis humanas, no puede ser interpretada con el carácter estricto de un contrato privado. La Constitución de los Estados Unidos, con su propensión a palabras indicativas o de descripción general, marca los perfiles de los poderes otorgados al legislativo nacional, pero no intenta enumerar, con la precisión y el detalle de un código de leyes, las subdivisiones de tales poderes, ni especificar todos los medios por los cuales los mismos han de ser ejecutados»). *Apud* Ch. BLACK: *The people and the Court*, págs. 83-4.

(233) Cfr. mi trabajo *La Constitución como norma jurídica*, págs. 98 y sigs.

(234) R. DWORKIN: *Taking rights seriously*, cit., págs. 134 y sigs.

(235) DWORKIN, pág. 134. Esta distinción, dice un poco antes, «es una distinción que han hecho los filósofos, pero que los juristas no han apreciado todavía».

Pues bien, ese tipo de concepto abierto es el normal en las fórmulas constitucionales, observa el propio Dworkin (236). Cuando la Constitución utiliza un concepto, por ejemplo (convencional), el mismo de *fairness* u honestidad, está dando instrucciones a los destinatarios de obrar honestamente, pero lo característico es que para ello «*carga a aquellos a quienes dirige esa instrucción con la responsabilidad de desarrollar y aplicar sus propias concepciones de honestidad con ocasión de casos controvertidos. Esto no es lo mismo, por supuesto, que confiarles una libertad de actuar como quieran*; se les propone un *standard* que ellos deben intentar —y pueden fracasar en ello— encontrar, porque significa que una determinada concepción es superior a otra» (237). La diferencia entre esta manera de proceder y la de preceptuar una conducta singular y precisa, como expresión de una «concepción» concreta de quien imparte la orden, es clara. «No está la diferencia precisamente en el detalle de las instrucciones dadas, sino en el tipo de instrucciones que se dan. Cuando yo apelo al “concepto” de honestidad, hago apelación a lo que la honestidad significa, pero no doy una visión del tema en mi especial situación. Cuando yo declaro una “concepción” de honestidad, declaro lo que entiendo por honestidad y mi versión es justamente el centro de la cuestión. Cuando yo apelo a la honestidad, planteo una cuestión moral; cuando declaro mi “concepción” de honestidad, yo intento responder a esa cuestión» (238).

Sobre esta base resulta fácil concluir que las cláusulas constitucionales «vagas» o indeterminadas representan una apelación a los «conceptos» en ellas empleados, como legalidad, igualdad, crueldad. El Tribunal Supremo puede decidir inmediatamente, por ejemplo, que la pena capital es «cruel» dentro del sentido de la cláusula constitucional que prohíbe las «penas crueles e inusuales» (239). Sería un error que el Tribunal Supremo se dejase influir demasiado por el hecho de que cuando la cláusula se adoptó, la pena capital fuese ordinaria e incontestada. «Esto sería decisivo si los fundadores hubiesen querido declarar una particular “concepción” de crueldad, porque demostraría que esa “concepción” no se extiende tan lejos. Pero el argumento no es decisivo ante la

(236) La doctrina expuesta se encuentra dentro del capítulo de su obra que lleva el epígrafe *Constitutional cases* (págs. 131 y sigs.) y se formula al hilo, justamente, del problema interpretativo de los derechos constitucionales, dentro de la problemática norteamericana (DWORKIN, aunque profesor en Oxford, es norteamericano).

(237) DWORKIN, pág. 135.

(238) DWORKIN, *ibidem*.

(239) Aquí alude DWORKIN a la Enmienda VIII, que prohíbe infligir *cruel and unusual punishments*. Sobre estos conceptos se discute en los Estados Unidos la constitucionalidad de la pena de muerte. Cfr., sobre el problema, TRIBE: *American Constitutional law*, pág. 1097; P. BREST: *Processes of constitutional decision making*, págs. 161 y sigs. y 895.

diferente cuestión con que se enfrenta el Tribunal, que es la siguiente: ¿puede el Tribunal, respondiendo a la apelación hecha por los fundadores al “concepto” de crueldad, defender ahora una “concepción” que no considere cruel a la muerte?» (240).

Por ello es un error llamar «vagas», en un sentido peyorativo, a estas cláusulas. «Las cláusulas serían vagas solamente si las tomamos como intentos chapuceros, incompletos o esquemáticos de expresar “concepciones” particulares. Pero si las tomamos como apelaciones a “conceptos” morales, entonces comprendemos que no podrían ser más precisas por ser más detalladas» (241).

Ésa es la razón de que si los Tribunales intentan ser fieles al texto de la Constitución se encontrarán forzados a decidir entre «concepciones» competitivas sobre la moral política. «Por ello es un error atacar al Tribunal Warren, por ejemplo [añade Dworkin, yendo ya al punto conclusivo], por la razón de que ha tratado a la Constitución como a un texto no vinculante. Por el contrario, si deseamos tratar con fidelidad este texto como un texto que prevalece sobre cualquier interpretación constitucional, entonces es la crítica conservadora al Tribunal Warren la que cae en falta, porque su filosofía ignora la manera de afrontar las consecuencias del principio moral que la lógica del texto exige» (242).

Por ello ha podido decir el juez Hufstedler (243):

«No es con ironía como yo califico los términos del *Bill of Rights* de “ambigüedades gloriosas”. La naturaleza inasible de su sustancia ha hecho posible la determinación y la redeterminación de la doctrina constitucional de manera que satisfaga las necesidades de una sociedad libre, pluralista y en evolución. Mientras que la precisión ocupa una plaza de honor en la redacción de un Reglamento de la autoridad local de policía, es mortal cuando se trata de una Constitución que quiere ser viva.»

Aún se nos permitirá una nueva cita, por su pertinencia, al referirse a una de las más típicas cláusulas constitucionales «vagas», y por su procedencia, por venir del voto particular del juez Frankfurter, que unió su nombre a la *judicial self-restraint* como política a seguir por el Tribunal Supremo tras los excesos

(240) DWORKIN, págs. 135-6.

(241) DWORKIN, pág. 136.

(242) *Ibidem*.

(243) Cit. por M. CAPELLIETTI: «Quelques observations sur la nécessité et la légitimité de la protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles», ponencia al *Colloque International* organizado por la Universidad de Aix-Marseille sobre ese tema en febrero de 1981, págs. 17-18 del texto provisional.

que culminaron en el enfrentamiento con el *New Deal* de Roosevelt (244). La cita dice así:

«Nos enfrentamos aquí con la exigencia del *due process of Law* (245) ... la experiencia ha confirmado la sabiduría de nuestros predecesores al rehusar dar una finalidad rígida a esa frase. Ésta expresa una exigencia de *standards* civilizados de derecho» (246).

En cualquier caso, lo que debemos retener es, como antes hemos notado, que los Tribunales Constitucionales operan con los conceptos constitucionales como «conceptos» en el sentido de Dworkin, o como «conceptos jurídicos indeterminados» de valor, en el sentido europeo del término, en forma perfectamente parificable con la usual para los jueces de cualquier jurisdicción. El problema es conocido en términos prácticamente idénticos en todas las jurisdicciones (aunque varíe, obviamente, la trascendencia de las decisiones en uno y otros campos) y es uno de los temas centrales de la teoría y de la práctica del Derecho.

Nada de ese problema, por supuesto, aparta al juez de su papel de intérprete y aplicador de una norma, en nuestro caso la Constitución, ni nada le libera de esa vinculación ni le permite alzarse, abierta o subrepticamente, con el papel de legislador, o, aún más grave, de poder constituyente o de revisión constitucional.

Una única particularidad, fuera de la derivada de la materia misma de la norma a aplicar, puede observarse en ese proceso interpretativo común, y es el hecho de que en dicha norma se distinguen principios jurídicos de distinto rango y valor, de modo que los que tienen carácter prevalente presiden y ordenan todo el proceso interpretativo de los demás preceptos constitucionales.

(244) Sobre la *judicial, self-restraint*, cfr. H. W. CHASE y C. R. DUCAT: *Constitutional interpretation*, cit., págs. 8 y sigs. Concepto generalizado. *Vid.*, por ejemplo, en Alemania, A. Frhr. v. d. HEYDTE: «Judicial Self-Restraint des Verfassungsgerichts im freiheitlicher Rechtsstaat?», en el *Festschrift für W. Geiger*, Tübingen, 1974, págs. 809 y sigs. Sobre FRANKFURTER, G. E. WHITE: *The American judicial tradition. Profiles of leading American Judges*, Nueva York, 1976, págs. 325 y sigs.

(245) «Debido procedimiento de Derecho», literalmente, como exigencia de las Enmiendas V y XIV norteamericanas para que cualquier Estado pueda privar a una persona de la vida, de la propiedad o de la libertad. Es una cláusula constitucional de más la fértil y general aplicación, distinguiéndose *due process* de procedimiento y un *due process* sustantivo. Capital en el Derecho administrativo, por cierto.

(246) Cit. por ELY: *Democracy*, pág. 189.

Esa particularidad (aunque tampoco, en rigor, una estructura análoga, de una articulación de principios de distinto valor y jerarquía sea desconocida para las otras jurisdicciones) es conocida (247) y procede de la circunstancia de que la Constitución incorpora opciones básicas que singularizan y configuran el sistema político entero, además de otros preceptos ordinarios. Es el esfuerzo por localizar y destacar esas opciones básicas, que han de unificar con su más «enérgica pretensión configuradora» todo el proceso interpretativo constitucional, por particularista que sea, el problema concreto a resolver, lo que explica y sitúa en su lugar sistemático propio a posiciones como la actual de la doctrina norteamericana, que hemos expuesto deteniéndonos especialmente en las tesis de Ely, o las alemanas, entrevistas en doctrinas como las también aludidas de Smend y de Haerberle.

Recordemos que en nuestro Derecho esos valores supremos superconstitucionales están destacados por el propio texto constitucional, sin perjuicio de que el intérprete pueda intentar aun estructurarlos en un sistema interiormente aun ordenado y hasta intrajerarquizado. Ese destacamiento expreso procede de tres fuentes: del Preámbulo, que declara la «voluntad» constituyente de la «nación española» y los objetivos y fines que la mueven; del artículo 1.º-1, que proclama expresamente los «valores superiores de su ordenamiento jurídico» (la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político) (248); y, en fin, del básico artículo 168, que equipara a una «revisión total de la Constitución» cualquier reforma «parcial», por mínima que sea, «que afecte al Título preliminar, al capítulo II, sección 1.ª del título II, o al título II» del propio texto constitucional, estableciendo a ese efecto una superrigidez constitucional (lo que permite claramente, según la construcción de Bachof, declarar inconstitucional cualquier reforma de la Constitución que, produciendo una cualquiera «afección» a esas partes superprotegidas, aun cuando no fuese en forma de revisión directa de los correspondientes artículos, se haya realizado por el procedimiento de reforma simple del art. 166) (249). Entre todos esos

(247) Yo mismo la he notado en *la Constitución como norma jurídica*, cit., págs. 144 y sigs. La tesis procede de SCHMITT y es hoy pacífica en Alemania. Cfr. K. STERN: *Das Staatsrecht*, I, págs. 93 y sigs.

(248) Cfr. BASILE en su trabajo «Los “valores superiores”, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en *La Constitución Española*, de A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, págs. 261 y sigs. Aun cuando inicialmente desvalorice esa calificación como «profesoral», acepta que en ella puede el Tribunal Constitucional español recibir «un fuerte apoyo» en el «caso de que quisiese seguir al Tribunal alemán en el tema de la jerarquía de los valores constitucionales», concluye: «pero nada más»; ¡nada menos!, añadimos nosotros.

(249) BACHOF: «Verfassungswidrige Verfassungsnormen?», en su libro *Wege zum Rechtsstaat*, Regensburg, 1979, págs. 1 y sigs., y mi trabajo *La Constitución*, pág. 145.

valores deberá buscar nuestro Tribunal Constitucional los criterios interpretativos básicos con los que presidir toda aplicación de cualquier precepto constitucional.

Establecida la anterior precisión, sumamente importante en el orden sistemático, la de que la posición del Tribunal Constitucional frente a la Constitución, como parámetro de sus sentencias, es exactamente la misma que la de cualquier otro Tribunal de Derecho ante la norma que está llamado a aplicar, sin ninguna mayor libertad, antes bien, quizás, con la mayor vinculación y fidelidad que al texto supremo se le exige por el carácter central y superior que éste presenta en el ordenamiento como clave de todo el sistema, que sólo el pueblo fundador, en su función constituyente, puede modificar, se comprende de golpe el grave error del concepto de Carl Schmitt que más atrás se expuso, aquel según el cual «la decisión que resuelve las dudas sobre el contenido de una determinación constitucional no puede deducirse del propio contenido dudoso; por ello, esta decisión en su esencia no es una decisión judicial», la cual supone «la decisión de una pretensión conflictiva sobre el fundamento de una ley» supuestamente clara e inequívoca (250).

Ese aparente y brillante contraste carece de sentido, notoriamente. No es cierto, en absoluto, no lo es, ni que toda sentencia constitucional proceda siempre de una indeterminación del texto de la Constitución, indeterminación que tenga que concretar el Tribunal (251), ni mucho menos que en los procesos

(250) Cfr. *supra*, en el texto; las dos citas, en la obra de SCHMITT: *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, cit., págs. 115 y 113.

(251) Piénsese, sencillamente, en el supuesto, perfectamente normal, de que la ambigüedad se encuentre en la Ley que hay que contrastar con la Constitución, y no en ésta, o en todos los casos en que haya que apreciar hechos contradiados (lo que será normal en toda apreciación de «conceptos jurídicos indeterminados» utilizados por la Constitución), sin contar el supuesto normal de los recursos de amparo, en que la *questio facti* se presentará ordinariamente como primordial. El caso de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es especialmente significativo, y basta para condenar la calificación kelseniana de la jurisdicción constitucional como una jurisdicción sin acceso a los hechos, limitada al juego puramente abstracto de la compatibilidad lógica entre normas. En este sentido, resulta inadmisibles la crítica a la jurisprudencia constitucional italiana que hace VOLPE: *L'ingiustizia delle Leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977. Cfr. sobre cómo los conceptos jurídicos indeterminados han de precisarse sobre supuestos de hecho concretos: F. SAINZ MORENO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, cit., págs. 213 y sigs. H. E. HENKE, *Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität*, Berlín, 1969 (trad. esp. en Buenos Aires, 1979). Por ello acierta la Ley Orgánica de nuestro Tribunal Constitucional al prever con carácter general la posibilidad de abrir el proceso constitucional a prueba, artículo 89. Para la práctica norteamericana de apreciar los *constitutional facts*, véase, por todos, P. BREST: *Processes of constitutional decisionmaking*, cit., págs. 89 y sigs. En Alemania, F. OSSEWBUEHL: «Die Kontrolle von Tatschenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht», en *Bundesverfassungsgericht und*

ordinarios el conflicto esté siempre en los hechos y nunca en el contenido y sentido de la ley, que se imponga por ello al juez con el aproblematismo de una evidencia. No se comprende que un jurista de la calidad de Schmitt se haya dejado llevar de su pasión impugnadora hasta desconocer que en todo proceso, necesariamente, hay siempre un problema de interpretación de la ley y, por tanto, de precisar el contenido de ésta. No existen leyes de contenido tan obvio que no requieran interpretación; la determinación de un particular sentido de la ley, aun el de su supuesta claridad es siempre, y no puede dejar de serlo, el resultado ya de un proceso interpretativo de dicha ley (razón por la cual nadie acepta hoy el viejo apotegma *inclaris non fit interpretatio*) (252). Toda ley es, pues, imprecisa en el sentido de que requiere ser interpretada. El recurso de casación está basado entero en este aserto. La teoría general de la interpretación de la norma, la doctrina de las fuentes subsidiarias o integrativas parten igualmente de esa obviedad de la insuficiencia del texto legal para abordar todos los problemas aplicativos que se presentan al juez. La Constitución, pues, no tiene en este extremo singularidad alguna frente a otras normas, salvo por la amplitud y la generalidad de sus cláusulas generales, de sus conceptos abiertos, cláusulas y conceptos también presentes, por lo demás, como sabemos, en las demás leyes.

Es cierto que, dada la enorme trascendencia de las reglas constitucionales y su pretensión de ordenar y dirigir la totalidad del sistema legal, «el proceso de examinar el significado de los conceptos constitucionales es la forma más elevada, y de mayor dificultad, de la labor judicial» (253); pero lo importante es notar que sigue siendo labor judicial estricta.

Es precisamente esa calificación estrictamente judicial, aplicada a una materia tan trascendental y tan sensible para el cuerpo político y social, la que exige de manera particular a las sentencias constitucionales intensificar la exigencia común de la motivación de todo fallo judicial, la de presentarse como *principied*, justificada de una manera detallada y explícita en principios que trasciendan la apreciación singular del caso (254), principios que aquí han de

Grundgesetz, cit., I, págs. 458 y sigs. Es una objeción importante a la «pureza» de la construcción kelseniana.

(252) Cfr., por todos, Karl LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, 1960, págs. 233 y sigs., «la necesidad de la interpretación». E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones sobre la Ley*, cit., págs. 195 y sigs.

(253) H. BALL: *Judicial craftsmanship or fiat? Direct overturn by the United States Supreme Court*, cit., pág. 141.

(254) Cfr. M. P. GOLDING: «Principled decision-making and the Supreme Court», en *Columbia Law Review*, núm. 63, 1963, págs. 37 y sigs. (y su extracto en P. BREST: *Processes of constitutional decisionmaking. Cases and materials*, cit., págs. 1101 y sigs. y 1110 y sigs.). En

ser precisamente los expresados en la Constitución o deducibles de los mismos con claridad. La necesidad de hacer patente ese soporte constitucional de los fallos ha justificado que sea justamente en esta materia donde se ha generado la práctica de la publicidad de las opiniones o votos disidentes o concurrentes, publicidad que surge en el Tribunal Supremo americano (255) y que tiende a extenderse a todos los Tribunales Constitucionales (256), incluido el nuestro (art. 90.2 de la Ley Orgánica), aun cuando no sea práctica judicial admitida en las demás jurisdicciones. Es expresivo recordar que también esta práctica de hacer públicas las *dissenting* y *concurring opinions* se ha extendido a las jurisdicciones internacionales, también especialmente cuidadosas de no afectar al principio de soberanía de los Estados más que cuando una norma inequívoca así lo autoriza (257).

los conceptos puestos en circulación por el famoso y ya citado artículo de H. WECHSLER: *Toward neutral principles of Constitutional Law*, una decisión «entirely principled» es una decisión cuidadosamente justificada en principios generales, como opuesta a una decisión de un *naked power organ*», un órgano de poder desnudo, que decide desde la superioridad y no desde las razones (*op. cit.*, pág. 412). En el mismo sentido, H. BALL: *Judicial craftsmanship or fiat*, págs. XII y sigs. Más referencias sobre el tema, en el capítulo XII de la obra de BREST, *cit.*, págs. 1086 y sigs.

(255) P. G. KAUPER: «Judicial review of constitutional issues in the U. S.», en el tomo editado por el Max-Planck-Institut, *cit.*, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, pág. 636. El origen parece estar en la práctica judicial de la Corte Suprema de circular opiniones personales de los jueces escritas antes de formular la sentencia final, así como en el criterio de apoyar «the public scrutiny» sobre su función. Cfr. F. FRANKFURTER, voz «Supreme Court, United States», en la *Encyclopaedia of the Social Sciences*, de SEUGMAN, t. XIV, Nueva York, 1934, pág. 481.

(256) En Alemania no se preveía originariamente la publicación de las opiniones disidentes, aunque había una corriente contraria a esta restricción (como ya se disponía para alguno de los Tribunales Constitucionales de los *Länder*, como los de Bremen y Baviera): FRIESENHAHN, en el tomo del Max-Planck-Institut, *cit.*, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, págs. 188-9. La Ley de Reforma de 1970 del Tribunal Federal ha introducido la técnica de la publicación de los votos particulares: K. STERN, II, págs. 1042-3, lo cual se interpreta como una exigencia del principio de publicidad correlativo de la publicidad de la Constitución misma (P. HAEBERLE: «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en el tomo *Verfassungsgerichtsbarkeit*, dirigido por él mismo, pág. 31). En Italia siguen sin publicarse los votos disidentes. *Vid.* una exposición comparatista general en O. ULSHOEFER, en la misma obra colectiva del Max-Planck-Institut, *cit.*, págs. 762-3 (aunque ya retrasada de documentación). C. MORTATI *ed altri*, *Le opinioni dissenzianti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964. En nuestro sistema, la introducción de la publicación de los votos particulares se hizo mediante enmienda del diputado Peces-Barba, que invocó la experiencia norteamericana y adujo, certeramente, que ello supondría «una garantía para todos los ciudadanos y una garantía de publicidad» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* de 19 de junio de 1978, pág. 1724).

(257) En el Tribunal Internacional de Justicia, artículo 57 del Estatuto del Tribunal. En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, artículo 51, 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

Se trata, en definitiva, en la expresiva dicotomía del libro de Howard Ball, de presentar al pueblo las decisiones constitucionales como un producto de la «artesanía» jurídica, a partir de los principios constitucionales, y no como *ukases*, como decisiones de poder que sólo podrían apoyarse en las inclinaciones personales de los jueces constitucionales, inclinaciones irrelevantes para el pueblo y que carecen de cualquier legitimidad para erigirse en motivos últimos de dichas decisiones (258). El arte o la artesanía jurídica es justamente esa de pasar de la norma a la aplicación, y hacerlo mediante «explicación, persuasión y justificación razonada», no decidiendo simplemente por un criterio personal de apreciación *ad hoc* del caso (259). Esto último puede ser lo propio de los legisladores, del Ejecutivo, de quienes deciden políticamente. Pero el Tribunal sólo puede fallar *on the legal foundations* sobre fundamentos jurídicos, no como «otro actor político o de partido» o como un «grupo ideológico», sino haciendo de cada decisión «una obra de arte», «con razones que son generales y que son parte de la fábrica jurídica de la sociedad». Esto obliga a los jueces; para mantenerse en este «alto plano», a sacrificar sus intereses o ideas o inclinaciones personales, a esforzarse en ser órganos puros de la Constitución, capaces de expresar su sistema superior de valores (260).

Sólo así sus sentencias cumplirán la alta función de integración a que están llamadas, sólo así podrán ser aceptadas y obedecidas. En otro caso, si el Tribunal decidiese por resoluciones autoritarias no justificadas en la Constitución, si hiciese gala de un «imperialismo judicial» (261), pondrían en riesgo al sistema

(258) H. BALL: *Judicial craftsmanship or fiat*, cit., págs. X y sigs. y *passim*. P. BREST ha notado que esta exigencia especial de justificación en las sentencias constitucionales es la única manera de superar el *countermajoritarian argument*, el argumento que pone en cuestión la ilegitimidad de un Tribunal que decide contra la mayoría popular expresada en el voto de las Cámaras. Criticando la excesiva concisión de las decisiones del *Conseil Constitutionnel* francés, A. GROSSER ha notado la superioridad de los sistemas norteamericano y alemán de una motivación más extensa y de la publicación conjunta de las opiniones disidentes o votos particulares; dice: «Las consideraciones detalladas de la mayoría y de la minoría contribuyen a desdramatizar el enfrentamiento en la medida misma en que la relatividad de las conclusiones aparece claramente, y en la medida también en que la ponderación de la argumentación se sustituye a la vehemencia del debate de opinión. Y las palabras de los jueces tienen más ocasión de concentrarse sobre los argumentos serios que las justas oratorias de los parlamentarios» (en su artículo «Cours constitutionnelles et valeurs de référence. A propos de décisions sur d'avortement», en la revista *Pouvoirs*, dedicada monográficamente a *Le Conseil Constitutionnel*, núm. 13, 1980, pág. 130).

(259) H. BALL, pág. XII.

(260) H. BALL, págs. XII-XIII.

(261) La expresión es de VEDEL en su trabajo «Le Droit administratif, peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?», en *Études et Documents du Conseil d'Etat*, núm. 31, París, 1980, pág. 37.

entero. «Un Tribunal Supremo de partido es un peligro fundamental para la estabilidad de nuestra sociedad... El sistema constitucional no podría durar si los jueces mismos no hacen honor a sus preceptos básicos» (262).

Archibald Cox ha notado certeramente que justamente en ese difícil punto exacto está la fuente del poder del Tribunal Supremo americano: «la capacidad de racionalizar un juicio constitucional en términos de principios referibles a las fuentes del Derecho aceptadas es un elemento esencial y el más importante de la aplicación de la Constitución. Es una de las últimas fuentes de poder del Tribunal». El poder de éste de generar consenso depende «en un grado importante de la fuerza permanente del *rule of law*, del imperio del Derecho, de la creencia en que el más importante elemento en las decisiones judiciales no es *fiat, ukase* o decisión desnuda, sino principios que vinculan a los jueces a la vez que a los litigantes y que se aplican consistentemente entre todos los hombres hoy, como también se hizo ayer y se hará mañana. Yo no puedo probar estos puntos —concluye Cox—, sino sólo decir que son la fe que los juristas profesamos» (263).

Dentro de esa exigencia cualificada de justificación de las decisiones del Tribunal Constitucional se sitúa el papel de la crítica. Como para ninguna otra jurisprudencia, es aquí necesario un diálogo permanente entre el Tribunal y la doctrina jurídica, un diálogo franco y abierto, con elogios y con censuras, con desarrollos y justificaciones generales, con reservas y advertencias. Jurisprudencia y doctrina han de caminar conjuntamente para que la legitimidad de la primera se afiance y se afirme, presentándose como la expresión inequívoca y autorizada de la Constitución y de sus valores fundamentales (264).

Hablando del Derecho jurisprudencial en general y de por qué el mismo no viola el principio democrático, dice: «Lo esencial es que la regla de derecho de origen jurisprudencial no sea una manifestación de imperialismo judicial», que el juez no se presente como «detentador de un derecho natural a él revelado y que prevalecería sobre y contra las masas o contra las potestades», que «la regla de derecho» que él enuncia sea «descubierta» o, mejor, «nacida de un parto» y no «inventada».

(262) H. BAIL, págs. XII-XIV.

(263) A. COX: *The Warren Court. Constitutional decision as an instrument of reform*, cit., págs. 21-2.

(264) PIZZORUSSO ha notado que la justicia constitucional proporciona uno de los más importantes canales de participación política que se han arbitrado para aquellos que tienen alguna cosa que decir sobre el estado de las instituciones políticas y civiles del país, y que desean mantenerse en un plano objetivo, sin entrar en las organizaciones de partido: es, pues —dice— una participación relevante de los ambientes intelectuales, ordinariamente marginados [citado por ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale* (pág. 359)]. Pero sobre esa sensación personal de los juristas, no desdeñable, el papel de éstos como comentaristas y críticos de las sentencias constitucionales parece justificarse en razones más generales, que son las que el texto apunta. Cfr. BACHOF: «Grundgesetz und Richteramt», en el tomo recopilativo cit. *Wege zum Rechtsstaat*, págs. 192-3.

Sólo así, y esperamos que en España así ocurra, la justicia constitucional llegará a aparecérsenos como un elemento esencial para la suerte de la Constitución misma, como algo «sin sustitutivo posible para una democracia madura» (265).

A. S. MILLEK: «A note on the criticism of Supreme Court decisions», en *The Supreme Court. Myth and reality*, cit., págs. 89 y sigs.

(265) «Dass es ihr allein gelingt, erscheint mir zweifelhaft, denn ein Ersatz für eine gewachsene Demokratie ist auch die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht», según certera frase de Martin Drath en las palabras conclusivas del debate abierto con motivo de su ponencia «Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en el t. IX de las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staats- rechtslehrer*, Berlín, 1951, pág. 133.