

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ¹

POR

LUIS SANCHEZ AGESTA
Catedrático de Derecho Político
Universidad Complutense



SUMARIO

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA.—II. EL JUEZ Y LA NORMA CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS.—III. Kelsen y EL SISTEMA AUSTRÍACO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL.—IV. LAS «FUNCIONES» DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

I. ORIGEN Y EVOLUCION DE LA DOCTRINA

La justicia constitucional tiene su origen, como es sabido, en una evolución semiconsuetudinaria de la Constitución de los Estados Unidos. Esta Constitución no establecía de forma directa y precisa la competencia del Tribunal Supremo para enjuiciar el valor de las leyes por su conformidad o disconformidad con la Constitución, aunque, ciertamente, la idea no era extraña a los fundadores de la Constitución, y una prueba es que está argumentada y defendida en *El Federalista*². Pero, como es sabido, esta doctrina fue establecida paulatinamente por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de una sentencia que ha devenido en cierta forma un texto clásico: la sentencia del caso *Marbury v. Madison* de 1803, con un brillante razonamiento redactado por el juez Marshall, a la sazón presidente del Tribunal.

El «caso» sobre el que la sentencia se dictó no era realmente importante, pero estaba vinculado a una lucha apasionada entre los embrionarios partidos

¹ Los editores de la revista me han pedido un estudio «general» que sirva de introducción a los diversos estudios monográficos que se publican en este número. Sigo en alguna parte para esta exposición, con mínimas variaciones y, como es natural, con una pequeña síntesis, mi estudio sobre *La función constitucional del juez*, publicada en Madrid en 1967, en edición privada que no ha sido puesta a la venta. Por eso creo que puede tener interés el repetir aquí en síntesis algunas de sus páginas.

² *El Federalista* discute este tema en su párrafo 78. Debe verse en España para estos orígenes la notable obra de N. Pérez Serrano *La noble obra política de un gran juez*, Madrid, 1955; puede también consultarse la obra de Ch. Warren *The Supreme Court in United States History*, Nueva York, 1922, vol. I, págs. 206 y sigs.

norteamericanos. Los federalistas habían sido derrotados en las elecciones del año 1800 por el partido antifederalista (que a partir de ese momento iba a ser conocido como partido republicano), y antes de transferir el poder a sus rivales aprobaron una ley que doblaba el número de jueces federales e hicieron algunos nombramientos más o menos arbitrarios. Los republicanos o antifederalistas recibieron de mal grado esta decisión casi testamentaria de los derrotados en las elecciones y se limitaron a no dar posesión a algunos de los nombrados, entre ellos al juez de paz Marbury. Al reclamar éste ante los tribunales, el Tribunal Supremo deliberó sobre cuál sería la vía jurídica más adecuada para requerir al secretario de Estado a fin de que expidiera el nombramiento y diera posesión de su cargo a Marbury. Los republicanos, que habían defendido anteriormente la jurisdicción del Tribunal como una defensa de los derechos de los Estados, mantuvieron ahora en el Congreso que el Tribunal carecía de poder para anular una ley y modificaron por ley los términos de actuación del Tribunal, obligándolo a suspender sus sesiones durante catorce meses.

El primer acto del Tribunal al reanudar sus actividades fue pronunciarse sobre ese litigio, y con una singular paradoja, en favor de la Administración republicana. La razón efectiva de esta curiosa decisión es que el presunto derecho de Marbury era sólo anecdótico y sin valor ante la posibilidad de establecer en una sentencia el poder del Tribunal Supremo para declarar nula una ley del Congreso que, a su juicio, contradecía la Constitución. Así, en esta curiosa sentencia se formuló por primera vez con carácter jurídico esta doctrina que afirma la jurisdicción del Tribunal Supremo para anular una ley del Congreso.

La argumentación de Marshall es imperecedera y de indiscutible fuerza lógica, y quizá el mejor planteamiento del problema sea traducir los razonamientos en los que funda su decisión.

Los poderes de los órganos legislativos en los Estados Unidos —dice— están definidos y limitados y la Constitución ha sido establecida por escrito para que estos límites no sean olvidados o mal interpretados. ¿Qué sentido tendría esta limitación si estos límites pueden ser sobrepasados en cualquier momento por el órgano legislativo? La distinción entre un gobierno limitado y un gobierno con poderes ilimitados desaparecería si los órganos legislativos pueden alterar la Constitución en virtud de una ley ordinaria.

Ciertamente, cuantos han hecho constituciones escritas las han considerado como formando el Derecho supremo y fundamental de la nación y, en consecuencia, la teoría que se deduce de un gobierno de esa naturaleza es que un acto de la legislatura contradictorio con la Constitución es nulo.

Si un acto de los órganos legislativos es nulo —sigue preguntándose el Tribunal—, no obstante su invalidez, ¿debe vincular a los tribunales y obligarles a aplicarlo? O en otras palabras: ¿lo que no es Derecho debe considerarse una norma tan efectiva como si fuera Derecho?

La competencia y el deber del departamento judicial es esencialmente declarar lo que es derecho. Así, si una ley está en oposición a la Constitución, y si ambas, la ley y la Constitución, han de aplicarse a un caso particular o el Tribunal debe decidir el caso de acuerdo con la ley, prescindiendo de la Constitución, o desatender la ley y decidirlo conforme a la Constitución, el Tribunal debe decidir cuál de estas dos normas en conflicto debe regir el caso. Y ésta es la verdadera esencia de la misión judicial.

La sentencia considera esas dos alternativas, para llegar a la conclusión de que quienes sostienen que los tribunales deben cerrar los ojos ante la Constitución y aplicar sólo las leyes destruyen los fundamentos de un régimen de Constitución escrita.

Esta doctrina quedó así como un hito poco importante en cuanto al contenido material de su fallo, pero de singular trascendencia en cuanto a su fundamentación, en la medida en que definió una jurisdicción del Tribunal que se mantuvo con intermitencias, aunque casi adormecida en los sesenta primeros años del siglo XIX, y que alcanzó su máximo esplendor en la liquidación de la guerra civil de Secesión, después de 1865, en que el Tribunal hubo de realizar una relevante función de arbitraje entre el norte vencedor y los Estados del sur vencidos. Esta es una época gloriosa del Tribunal en que se habló, incluso en Europa, de un «gobierno de los jueces».

Después hubo batallas perdidas, como la del *New Deal* frente al presidente Roosevelt, que tiene ya un puesto clásico en la historia americana, que hizo al Tribunal replegarse en los problemas de carácter económico y social. El Tribunal se mantuvo silencioso y elusivo y quizá escarmentado en el espinoso debate entre libertad económica e intervención federal, pero comenzó de nuevo a tantear otros temas en que debía imprimir el sello de sus resoluciones. Estos tanteos se exteriorizaron primero sobre un tema político tan vidrioso, pero tradicionalmente regulado por las construcciones del Tribunal, como las libertades enunciadas en la enmienda primera de la Constitución: «El Congreso no hará ninguna ley referente al establecimiento de una religión ni a la prohibición de su libre ejercicio o que coarte la libertad de prensa o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente o a pedir al Gobierno la reparación de sus agravios.» Y así, la enseñanza religiosa, la libertad de prensa y los derechos de reunión y de asociación fueron objeto de sus decisiones³. Finalmente, tuvo un brillante renacimiento con la regulación de derechos civiles durante la presidencia del juez Warren.

II. EL JUEZ Y LA NORMA CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS

¿Qué significa esta revisión constitucional del Tribunal Supremo?

La cuestión, desde el punto de vista teórico, ha de plantearse como un análisis general de las posibilidades de fundamentación de las decisiones de un órgano judicial que se enfrenta con el problema de aplicar en un caso concreto una norma constitucional, declarando nula una ley que la contradice. La discusión de la función que cumple el juez americano está vinculada a los funda-

³ Así, *Everson v. Board of education* (1947) y *Zorach v. Clauson* (1951), referentes al transporte de niños a las escuelas católicas y al tiempo libre para la enseñanza de la religión; *Roth v. United States* (1957), que establece límites a la libertad de la prensa por razón de obscenidad, y en general las nuevas interpretaciones del *clear and presents danger*, así como aquellas que indirectamente se refieren a la igualdad de derechos civiles. Véase sobre alguna de estas sentencias *The Third Branch of Government*, ed. por C. H. Pritchett y A. F. Westin, Harcourt, Brace and World, Nueva York, 1963.

mentos de sus decisiones y puede ser aquí ejemplar por lo mismo que nos aporta la experiencia de más de un siglo de historia con todas las polémicas políticas y científicas que han tratado de interpretar este hecho.

Vamos a examinar separadamente las diversas respuestas posibles.

a) *El análisis lógico*

La primera respuesta posible es que un tribunal aplica una norma a un caso concreto con la precisión de un proceso lógico. La enunciamos como una posibilidad histórica⁴, pero no será necesario insistir en que está falta de todo realismo. A la decisión de los tribunales se elevan las controversias y los casos dudosos, es decir, aquellos casos en que no basta simplemente aplicar una norma mediante un simple proceso de subsunción. La dificultad de aplicar la norma puede derivar de ambigüedad en la expresión que permite diversas interpretaciones, de circunstancias que no pudieron ser previstas por el legislador constituyente, como el progreso técnico (revolución en los transportes y en los medios de comunicación, nuevos procedimientos industriales, movimientos de población, etc.), o de verdaderas lagunas que obligan a una interpretación extensiva o analógica. Ejemplo de esa ambigüedad es, por ejemplo, la cláusula de la Constitución norteamericana que exige un procedimiento jurídico regular (*due process of law*) para privar legítimamente de ciertos derechos, o de nuevas circunstancias creadas por el progreso técnico, los ferrocarriles y la aviación, o de una verdadera laguna del Derecho, la televisión.

Realmente, estos supuestos nos ayudan a comprender la naturaleza general del problema, que es problema precisamente porque no cabe esa simple respuesta de que basta con aplicar un simple proceso lógico de subsunción.

b) *Stare decisis*

Una respuesta muy análoga a la anterior es que un tribunal, sobre todo si nos referimos al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, fiel a la tradición jurídica y judicial anglosajona se apoya en los precedentes de su propia doctrina. Siempre tendríamos que referirnos a una primera sentencia que estableció el precedente, pero incluso en la aplicación de este precedente podríamos hacer las mismas consideraciones que con referencia a la ley o a la norma escrita. La expresión de una sentencia puede ser ambigua o el progreso histórico haber desenvuelto nuevas formas o hechos nuevos diversos de aquellos sobre los que recayó la decisión. Pero la decisión jurisprudencial tiene aún un matiz más de incertidumbre. La sentencia se pronuncia a la vista de unos hechos, y ningún caso es, ciertamente, igual a otro. Y ésta es precisamente la razón por la que merece este supuesto una breve consideración.

Como advierte Friedrich, el precedente puede servir lo mismo para fundar la continuidad que el cambio y la producción de una nueva decisión. Si a la

⁴ Corresponde a lo que se ha llamado en América «jurisprudencia analítica». Todavía en 1936 un juez, Roberts, alega esta mera subsunción lógica en *United States v. Butler*, 1936.

aplicación del precedente se le da una interpretación estricta, tiene que atenerse a todas las circunstancias del caso, que difícilmente se repetirán, y permitirá tratar los hechos de cada caso como hechos a los que el precedente no es de aplicación; si la interpretación es amplia, bastará que se repitan algunas de las circunstancias que la determinaron para reproducir la decisión anterior⁵. El *stare decisis* es, pues, una regla equívoca que permite a los tribunales revisar sus propias decisiones o mantener los criterios ya establecidos ante hechos nuevos que en alguna circunstancia coinciden con los que determinaron una decisión anterior. Ese camino trillado de la jurisprudencia que se reitera no es tan simple como puede parecer a primera vista y deja abierta la puerta para la creación judicial.

c) *La voluntad de los fundadores*

Una tercera interpretación, que podría fundarse en las propias declaraciones del Tribunal Supremo norteamericano, sería que el juez aplica y define la Constitución y que, por consiguiente, en los casos de ambigüedad, nuevas circunstancias históricas o lagunas vuelve los ojos a la interpretación original del texto, analizando los propósitos de los fundadores de la Constitución. A. H. Kelly⁶ ha examinado el valor de esta interpretación con tanta erudición como humor. Kelly analiza las diversas sentencias en que se invoca por los jueces un fundamento histórico y distingue dos tipos de argumentaciones históricas. Unas tienen su base en el propio juez Marshall e implican una especie de revelación histórica por *fiat* judicial, y el Tribunal, sin aducir fundamentos, se limita a decir que su interpretación es la que corresponde a los fundadores de la Constitución. Las otras contienen normalmente un ensayo histórico detenido del que se deduce una interpretación. Kelly advierte que esta segunda técnica se da comúnmente en aquellos casos en que el Tribunal quiere romper una interpretación precedente discutiendo con alegatos históricos sus propias decisiones, y que también son comúnmente estos alegatos insostenibles desde el punto de vista histórico. Son artesanía de aficionado, con un propósito de abogacía, para defender una cuestión que la historia no puede contestar.

Destacamos esta cruda crítica porque revela cómo el Tribunal, cuando pretende basarse en una interpretación histórica de la Constitución, lo que hace realmente es definir algo nuevo no sólo desde el punto de vista de la Constitución, sino, como advierte Kelly, también a veces desde el punto de vista de sus propias decisiones.

⁵ C. J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, Blaisdell, N. Y., Toronto, Londres, 1964, págs. 101 y sigs. (trad. esp., pág. 110).

⁶ A. H. Kelly, *Clio and the Court; An illicit love affair*, en Ph. B. Kurland (ed.), *The Supreme Court Review*. W. Anderson ha mostrado a su vez la imposibilidad de conocer la intención de los «fundadores»; véase «The intention of the Framers: A note on Constitutional Interpretation», en *American Political Science Review*, 1956, págs. 340 y sigs.

d) *La voz de la razón y la justicia*

La repudiación implícita o explícita de estas interpretaciones históricas lleva a gran parte de la doctrina norteamericana a aceptar que el Tribunal Supremo desenvuelve y adapta la Constitución a nuevas necesidades de acuerdo con criterios de razón que tienen su fundamento en la justicia.

Rostow⁷ fue quizá uno de los primeros en defender la función del Tribunal Supremo frente a las críticas y ataques de la política de Roosevelt. Rostow parte de la acusación, prodigada por los amigos de Roosevelt en la pasión de la campaña contra el Tribunal, de que este Tribunal, designado por el presidente con el consejo y consentimiento del Senado, y cuyos miembros ejercen el cargo de por vida, no es una institución democrática. Rostow niega que la Constitución de los Estados Unidos se asiente exclusivamente en el principio democrático ni que pueda interpretarse como una estructura que se apoya en último término en la soberanía de los órganos legislativos. La Constitución británica se apoya en la soberanía del Parlamento, pero la Constitución norteamericana sólo delega poderes limitados.

Para Rostow, el Tribunal Supremo no es, ciertamente, un órgano político ágil y efectivo que pueda resolver la crisis de un país, pero es un órgano educador al que corresponde enunciar los grandes criterios que derivan de los principios enunciados en la Constitución para que los individuos puedan vivir con dignidad y seguridad.

Estas ideas de Rostow han encontrado eco en una vigorosa corriente doctrinal que defiende el Tribunal Supremo como un órgano que representa la voz de la justicia o de la razón en el proceso democrático de opinión. Richardson, anteriormente, interpretaba ya sus decisiones como una apreciación racional del Tribunal que desautoriza un precepto porque está fuera del área de un juicio razonable, o porque los intereses en conflicto han sido resueltos arbitrariamente, o porque las consecuencias de los hechos han sido deducidas arbitrariamente⁸.

Hart, en la misma línea, busca un fundamento racional a las decisiones del Tribunal, definiendo su función como la voz de la razón que asume la función creadora de discernir, articular y desenvolver principios duraderos. Pero ha sido Alexander Bickel⁹ quien ha analizado con más agudeza este punto de vista¹⁰. Bickel distingue en toda acción de gobierno un efecto práctico e inmediato que se tiene más claramente presente y una referencia a valores quizá inadvertida e incluso no propuesta de una manera deliberada. El Congreso y el presidente actúan bajo una presión actual para conseguir esos resultados

⁷ E. V. Rostow, «The democratic character of Judicial Review», en *Harvard Law Review*, 66, 193, 1962.

⁸ Richardson, «Freedom of expression and the function of Courts», en *Harvard Law Review*, 1, 1951.

⁹ Hart, «The time Chart and the Justices. The Supreme Court 1958-Term», en *Harvard Law Review*, 84, 73, 1959. Del mismo, «The power of Congress to limit the jurisdiction of federal Courts: An exercise in dialectic», en *Select Essays on Constitutional Law*, 1938-1962, St. Paul, 1963.

¹⁰ Bickel, *The least dangerous Branch*, Bobb Merrill, 1962.

inmediatos, con frecuencia con una inevitable carga emocional. Los jueces, en cambio, a los que llegan los problemas cuando la angustia del resultado inmediato se ha serenado y que tienen tiempo, preparación y hasta el aislamiento político necesario para prescindir de esa carga emocional, pueden, en cambio, estimar esa referencia a los valores. Es una nueva y reposada reflexión sobre los intereses y valores en juego en una decisión política. Bickel subraya que, en efecto, los tribunales no son instituciones democráticas genuinas ni cuerpos representativos, porque su misión es distinguir lo que son principios de lo que es puro expediente. La distinción esencial hay que trazarla entre racionalidad y emoción incontrolada. La acción del presidente y del Congreso es sin duda expresión de un celo y de una ansiedad por conseguir un efecto, pero necesita la prueba de un juicio reposado que se apoya en inferencias de la experiencia humana común.

e) *El reflejo de la personalidad social del juez*

En contraste violento con la anterior interpretación, una dirección más reciente trata de comprender las decisiones del Tribunal como juicios pragmáticos determinados por las actitudes y las condiciones personales de los jueces. No habrá que recordar hasta qué punto responde este enfoque a una de las más curiosas y fuertes tendencias de la ciencia política norteamericana contemporánea: el *Behavioral Approach*, que estudia los fenómenos políticos como comportamiento humano¹¹. Walter F. Murphy y Glendon Schubert¹² han estudiado los antecedentes de los jueces, la forma en que se les designa, su formación jurídica, su filiación política, su origen social, sus habilidades persuasivas para convencer a sus compañeros de Tribunal y, en conjunto, todos los factores de la personalidad individual y social de los jueces para fundar en este análisis el sentido de sus decisiones y estudiar las curvas con que se mueven las decisiones del Tribunal y predecir la continuidad o las desviaciones de sus juicios de acuerdo con estos factores¹³.

Holmes mismo definió el Derecho como la expectativa de lo que definirán como tal los nueve hombres que componen el más alto Tribunal de la nación. Y esta escuela pragmática, depurando estas apreciaciones, estudia las curvas estadísticas de las decisiones y la personalidad individual y social de cada uno de los jueces para fijar orientaciones generales que le permitan predecir en unos supuestos dados cuál será la decisión de un Tribunal con unos jueces de una personalidad social concreta.

¹¹ Véase *Essays on the Behavioral Study of Politics*, ed. por Austin Ranney, University of Illinois Press, Urbana, 1962.

¹² W. F. Murphy, *Elements of judicial Strategy*, The University of Chicago Press, 1964 (analiza las vías por las que los jueces imponen sus criterios a otros jueces); del mismo, *Congress and the Court*, Chicago University Press, 1962; Glendon Schubert, *The Judicial Mind*, Northwestern University Press, Evanston, 1965.

¹³ Constituye una verdadera antología de estos estudios, con una completa bibliografía, la obra editada por G. Schubert *Judicial Decision Making*, Free Press of Glencoe, 1963 (vol. IV del *International Yearbook of Political Behavior Research*). La prestigiosa *Harvard Law Review* (v. 79, núm. 8, junio 1966) ha publicado bajo el título *A Symposium. Social Science Approaches to the Judicial Process* una serie de estudios evaluativos de estas investigaciones firmados por Grossman, Murphy, Krislov, Tannenhaus, Kort y Fuller.

Anoto este pragmatismo por la importancia que tuvo en el pensamiento científico norteamericano contemporáneo¹⁴. Su mayor importancia radica en que ha hecho patente, con un recuento estadístico de las decisiones, un hecho frecuentemente apreciado, pero que pasa aquí a ser objeto central de la atención del estudioso: la variabilidad de las decisiones y su relativa independencia de criterios estrictamente jurídicos¹⁵.

f) *El juez, agencia política*

Con conciencia realista de esta variabilidad con que el Tribunal Supremo rectifica o cambia sus criterios, pero aceptando al mismo tiempo su propósito de formular principios generales de justicia o criterios de racionalidad en la interpretación de la Constitución, otros intérpretes de las decisiones del Tribunal Supremo creen que esta aparente contradicción puede explicarse desde una perspectiva netamente política.

En primer lugar, porque el Tribunal Supremo se encuadra en un gobierno fundado en la opinión. Para Cahn, hay un diálogo entre la justicia y el pueblo. El Tribunal representa, con la rectificación de sus propios criterios, la eficacia práctica frente a la inmutabilidad, la adaptación frente a la perpetuidad, la flexibilidad de la sanción judicial frente a la cristalización de una ley falsamente divinizada. Los jueces dicen al pueblo norteamericano: vivís bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que nosotros decimos. Y el pueblo americano responde: en tanto que vuestra versión de la Constitución nos permita vivir dignamente, en lo que consideramos una sociedad libre y justa, podéis continuar ejerciendo esa augusta, abrumadora y enteramente revocable autoridad¹⁶. Hay, pues, un diálogo que permite que la Constitución se adapte a nuevas necesidades según ese principio de adaptabilidad y eficacia práctica.

Tan excelente conocedor de la vida interna del Tribunal Supremo como John P. Frank llega a la misma conclusión. El Tribunal es una curiosa institución en el ambiente político norteamericano; es como una isla de reflexión y racionalidad en un mar democrático. Su problema es hacer aceptables decisiones de jueces no elegidos en una comunidad política que se funda en la elección de las magistraturas. A este problema hay tres respuestas posibles: sostener que el Gobierno norteamericano no es enteramente un sistema democrático y que el Tribunal Supremo es una de las piezas que eluden esa definición; afirmar que el Tribunal Supremo no hace decisiones políticas, sino que es simplemente un órgano jurídico que aplica la Constitución, o, por último, y es la opinión que sostiene el propio Frank, considerar el Tribunal como

¹⁴ Las aportaciones de las ciencias sociales a la evidencia que ha de apreciar el juez pueden producirse en otras direcciones; véase el interesante estudio de J. Tannenhaus «Social Science in Civil Rights Litigation», en *Aspects of liberty*, por E. Cushman, Cornell University Press, Ithaca, 1958.

¹⁵ Así, por ejemplo, J. Tannenhaus, M. Schick, N. Muraskin y D. Rosen («The Supreme Court's Certiorari Jurisdiction: cue Theory», en *Judicial Decision Making*, cit., págs. III-132) muestran cómo el Tribunal elude la famosa regla XIX en que se funda la jurisdicción de *certiorari*.

¹⁶ *Supreme Court and Supreme Law*, ed. por E. Cahn, Indiana University Press, 1954, introducción.

el giroscopio de una democracia que otea los movimientos de opinión, los orienta y ayuda a mantener el equilibrio, impidiendo que la acción política ceda a impulsos emocionales o se fije en una sola dirección¹⁷.

g) *El Tribunal Supremo, la opinión pública y la función política de la justicia*

Esta interpretación del Tribunal Supremo como un órgano que orienta una opinión es probablemente la más realista y la más conforme con el espíritu práctico del pueblo norteamericano y la misma educación de sus juristas.

El Tribunal Supremo está sin duda sujeto a las presiones imprecisas de la opinión. Como he oído en más de una ocasión a juristas distinguidos que siguen atentamente las decisiones del Tribunal, éste, cuando pronuncia sus fallos con un sentido innovador, escucha las reacciones de la opinión. Un magistrado me confesaba la atención con que sigue los juicios doctrinales emitidos en revistas científicas.

Con la prudencia de quien sólo conoce marginalmente la vida norteamericana, nos atreveríamos a decir que cuando ese viento de la calle es favorable a una política iniciada por el Tribunal éste prosigue su acción hasta encontrar la colaboración de los restantes poderes de gobierno, y sus sentencias sobre la igualdad de los derechos civiles son caso ejemplar. Cuando encuentra resistencias tenaces, como en sus decisiones sobre la libertad económica o sobre prácticas religiosas en las escuelas, elude el pronunciarse sobre los nuevos casos que le puedan ser sometidos. Es probable que esta afirmación fuera rechazada con indignación por los jueces que alardean de un soberano desprecio a la prensa y sus informaciones, y a veces, ciertamente, con fundamento¹⁸. Pero es tan patente la coincidencia de ciertas campañas de opinión, con silencios o reiterados pronunciamientos del Tribunal, que es difícil resistirse a subrayar este hecho. Por lo demás, tiene el profundo significado de encuadrar las decisiones del Tribunal en juicios y reacciones de la opinión.

Este punto de vista puede valorarse más adecuadamente si consideramos la función política que el Tribunal Supremo cumple con sus decisiones. Todo tribunal realiza en principio la función política de elevar un conflicto de pretensiones al plano de una cuestión jurídica. El principio radical de la jurisdicción contenciosa es que cabe decidir quién tiene efectivamente derecho a una pretensión o en qué medida lo tiene, para establecer así, mediante una decisión obligatoria, la paz entre las partes que concurren en un litigio. La jurisdicción tiene así una raíz netamente política, como nos revela su origen histórico en la Europa medieval. El Estado nace en la medida en que la Monarquía se configura como una instancia superior que establece la paz por la definición de la justicia.

¹⁷ John P. Frank, *Marble Palace*, A. Knopf, N. Y., 1958, págs. 158 y sigs., en especial pág. 195. En esta misma dirección parece orientarse un distinguido juez norteamericano, Learned Hand, *The Bill of Rights*, Harvard University Press, 1958, págs. 66 y sigs., y C. Herman Pritchett, uno de los más ilustres constitucionalistas, *The Political Offender and the Warren Court*, Boston University Press, 1958, págs. 69 y sigs.

¹⁸ Véase, por ejemplo, en el número 1 de mayo de 1966 del *New York Times* una página entera de publicidad pagada (12E) contra el Tribunal Supremo.

Ese acto con el que se supera el concepto medieval de la guerra privada se depura como un proceso jurídico en la medida en que la decisión no se acepta sólo por la autoridad superior que la ha pronunciado, sino porque se cree que hay la posibilidad de resolver las disputas de acuerdo con las normas jurídicas que tienen vigencia en una comunidad. El constitucionalismo, en la medida en que exalta el valor de la norma jurídica constitucional y aspira a convertir la comunidad política en jurídica, es proclive a destacar la función de los órganos que aplican e interpretan ese derecho en las cuestiones que suponen un conflicto y transforman los conflictos políticos en cuestiones jurídicas.

Para Freund, el Tribunal, en cuanto está situado en un punto crítico del proceso de resolución de intereses y presiones a través del Derecho, se ve obligado a actuar como un árbitro del poder nacional y del poder de los Estados miembros y de las pretensiones del Gobierno frente a los individuos. Desde el punto de vista concreto de su función formal, el Tribunal debe ocuparse continuamente de la interpretación de la cláusula de comercio como el instrumento de un federalismo en acción, y de la declaración de derechos y la enmienda catorce como garantías de una sociedad abierta. Por eso el Tribunal no lee los preceptos de la Constitución como si fueran la última voluntad contenida en un testamento, sino como texto, según la interpretación de Marshall, que está pensado para sobrevivir y, en consecuencia, para ser adaptado a las varias crisis de los problemas humanos. La función del Tribunal no es intensificar las presiones explosivas, sino moderarlas. Por eso el Tribunal ha conseguido sus más señalados éxitos cuando ha evitado el comprometerse con posiciones absolutas y ha preparado una acomodación de intereses. Las posiciones intransigentes son así moderadas por la misma naturaleza del proceso judicial de decisión. Freund, examinando las cuestiones más significativas en que el Tribunal ha ejercido su función, señala como caracteres de esta acción arbitral que el Tribunal ha seguido¹⁹ una vía media, reconociendo que los problemas tenían dos caras diversas; que el Tribunal ha puesto su énfasis sobre las cuestiones de procedimiento, que constituyen el aspecto más relevante de la competencia judicial, mediante la interpretación de la cláusula del *due process of law*, y que el Tribunal ha dado así una oportunidad a las demás agencias de gobierno (especialmente a las legislaturas) para una segunda reflexión.

El profesor Robert Dahl, desde el campo de la ciencia política, ha destacado esta función del Tribunal como una institución capaz de dictar decisiones en cuestiones discutibles de política nacional (*policy*). Para Dahl, una decisión política supone una elección efectiva entre alternativas sobre las que hay, al menos inicialmente, alguna incertidumbre. Estas alternativas están «abiertas»; se conoce inadecuadamente cuáles serán sus consecuencias y qué probabilidad existe de que efectivamente se cumplan, e incluso el valor relativo con que se las debe preferir. La decisión, en estos supuestos de incertidumbre, establece una seguridad. Las pretensiones en conflicto son resueltas y apaciguadas.

El Tribunal Supremo hace efectivas estas decisiones sobre problemas que no tienen una solución indubitada de acuerdo con los criterios jurídica-

¹⁹ Paul A. Freund, *The Supreme Court of the United States*, Meridian Books, N. Y., 5 imp., 1965, págs. 18-19, 93, 176 y 180.

mente establecidos en las leyes, los precedentes judiciales o la Constitución, porque los preceptos de estas normas son generales, vagos, ambiguos o no claramente aplicables. Estas decisiones políticas del Tribunal tienen sin duda un carácter paradójico en cuanto a la legitimidad de las decisiones del Tribunal des-cansa sobre la ficción de que éste es una institución jurídica. Sin embargo, es un hecho aceptado hoy comúnmente que el Tribunal es capaz con sus decisiones de formular una política en aquellos casos en que los criterios estrictamente jurídicos son inadecuados. En este marco Dahl analiza la función del Tribunal en relación con los otros órganos de decisión de una democracia.

No es necesario aducir nuevos testimonios doctrinales ni analizar ejemplos públicamente conocidos. El Tribunal Supremo establece claramente decisiones que resuelven conflictos en aquellos casos en que una cuestión no ha sido claramente prevista por la Constitución, o en que es necesario interpretar el texto de una forma más flexible²⁰ de acuerdo con nuevas circunstancias o en que las expresiones de la Constitución, de las leyes o de los precedentes judiciales son ambiguos. En todos estos supuestos el Tribunal, al resolver pretensiones concretas, contribuye a modelar normas que resuelven conflictos con una decisión determinada. Y en la medida en que sus decisiones son aceptadas e incluso desarrolladas por otras agencias de gobierno, como el Congreso, eleva un conflicto político al plano de una cuestión jurídica que se integra en la comunidad de Derecho del pueblo norteamericano.

Es claro que esta función no debe exagerarse. El Tribunal no es más que una parte de un organismo de gobierno, a quien compete establecer la paz jurídica que legitima como Derecho la resolución de problemas políticos o sociales. Las decisiones del Tribunal no representan el criterio de una minoría frente a la mayoría del consentimiento nacional por la razón intrínseca a la misma constitución del Tribunal de que los jueces son nombrados por el Presidente y de que éste puede nombrar normalmente hasta tres jueces nuevos a lo largo de un mandato de ocho años. Basta consultar las estadísticas para comprobar que se ha nombrado un nuevo juez a lo largo de la historia cada veinticuatro meses. Estos nombramientos de nuevos jueces sirven indirectamente para modificar o confirmar una doctrina del Tribunal.

El Tribunal ha sido, sin embargo, hasta cierto punto, el protector de las minorías. No puede decirse en general, salvo en contadas excepciones, que sobre cada tema concreto haya en el pueblo de los Estados Unidos una posición que esté respaldada por una mayoría de votantes. Dahl cree que la interpretación correcta es comprender la democracia americana como la superación de un conflicto entre minorías mediante la negociación y el acuerdo. La tarea de la presidencia es conseguir una alianza estable mediante una agregación de minorías, y la acción política del Tribunal se desenvuelve en ese cuadro. Su acción menos relevante, pero más eficaz, matizando la oportunidad y resolviendo cuestiones de aplicación que marcan los límites en que se han de desenvolver los funcionarios, las agencias públicas y aun los gobiernos de los Estados. Lo que el Tribunal aporta a esa acción política es la legitimidad atribuida a sus interpretaciones de la Constitución.

²⁰ R. Dahl, «Decision-Making in a Democracy», en *The Journal of Public Law*, VI, núm. 2, págs. 279-295, 1958; reimpresso en *Politics and Social Life*, Boston, 1963.

El tema no está cerrado y cada día se publican nuevas obras que tratan de analizar o interpretar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y su significado en el sistema político americano. Bastará recordar las recientes obras de Choper y Ely²¹.

III. KELSEN Y EL SISTEMA AUSTRIACO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

A esta afirmación consuetudinaria e interpretación doctrinal de la justicia constitucional se contraponen hasta cierto punto lo que podríamos llamar segunda fase de ese principio cuando es racionalizado por Kelsen e incorporado al orden constitucional austríaco en lo que se llama sistema vienés o de justicia concentrada.

Hans Kelsen, en contradicción con aquellos que en la propia América y en Europa denunciaban la justicia constitucional como un *gobierno de los jueces*, le dio un nuevo desarrollo considerando que esta especie de «legislador negativo» podía ser la culminación de los principios del *Estado de Derecho*. La fórmula de Kelsen, por oposición al principio americano, que autoriza a todos los jueces a apreciar la constitucionalidad de la ley que aplican, aunque, como es natural, queden sometidos a la jurisdicción superior del Tribunal Supremo, concibe la justicia constitucional como obra de un juez especial: el Tribunal o la jurisdicción constitucional propiamente dicha, a la que únicamente corresponde establecer este juicio de la conformidad de las leyes con la Constitución. Por atribuir a un solo Tribunal esta jurisdicción es por lo que se denomina sistema de jurisdicción *concentrada* por oposición a la *judicial review* norteamericana, que supone un control difuso. Además, Kelsen atribuía a este juicio un valor *erga omnes*, en una supuesta oposición al carácter singular como una decisión entre partes, con que debían entenderse las sentencias del Tribunal americano. Esta fórmula fue violentamente combatida en un brillante estudio por Carlos Schmitt²² y tuvo un destino incierto en la Europa de la primera posguerra europea.

Hans Kelsen no sólo intervino en la redacción de la Constitución austríaca de 1920, que estableció el modelo de justicia constitucional concentrada, sino que además fue miembro del Tribunal Constitucional y su relator permanente, y, como consecuencia de esta experiencia, publicó varios trabajos sobre la función de un tribunal y la naturaleza de sus decisiones. Quizá el estudio más completo es el que presentó a la reunión de profesores de Derecho público

²¹ Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process*, The University of Chicago Press, 1980, y John H. Ely, *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980. E incluso obras que recogen los estudios más destacados, como la publicada en 1978: *American Law and the constitutional order* (Harvard University Press), que en cierta manera completa la de Cahn que hemos citado.

²² Puede quizá hablarse de una tercera fase de este desarrollo de la justicia constitucional, o por lo menos de una fase de transición, en el Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por la Constitución española de 1931, que recogió principios de la fórmula de Kelsen, añadiendo otros dos que apenas tuvieron desarrollo y efectividad: la posibilidad de que los tribunales ordinarios elevaran consultas al Tribunal de Garantías y el juicio de amparo iberoamericano.

alemán y que se ha publicado no sólo en una edición alemana, sino también al mismo tiempo en Francia y recientemente en Italia²³. En este estudio no sólo se desarrollan las ideas que sirvieron de base para establecer el Tribunal austríaco, sino que, con notable clarividencia, se plantea una serie de problemas que después se han desenvuelto.

De acuerdo con su doctrina, que identifica el Estado con el Derecho, ve en la garantía jurisdiccional de la Constitución el sistema por excelencia de medios para asegurar el ejercicio de las funciones del Estado en cuanto éstas son actos jurídicos y su regularidad se vigila mediante actos jurídicos. Kelsen recuerda su doctrina de la unidad jerárquica del Derecho que, partiendo de la Constitución a través de la ley, los reglamentos, los actos administrativos y judiciales o los actos jurídicos de los particulares constituyen un sistema jerárquico en que cada norma es al mismo tiempo ejecución de la norma anterior y creación del derecho respecto a la norma posterior, observando marginalmente que no existen diferencias entre el acto administrativo y la sentencia, ya que ambos son actos en el mismo nivel de ejecución y aplicación del Derecho.

Garantía de la Constitución significa, por tanto, garantía de la regularidad de las reglas que están inmediatamente subordinadas a la Constitución, y esto es, a fin de cuentas, a lo que se le llama constitucionalidad de la ley que deriva de la estructura jerárquica del Derecho y de la naturaleza jurídica de todas las funciones del Estado.

La Constitución, tal como es concebida en la doctrina normalmente, tiene un núcleo permanente: es el fundamento del Estado que expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas y regula la elaboración de las leyes y de las normas generales con las que se ejecuta la actividad ejecutiva de los tribunales y las autoridades administrativas; y puesto que es esta base, se trata de asegurar su mayor estabilidad posible diferenciando las normas constitucionales de las leyes ordinarias sujetándolas a un procedimiento de revisión especial. Y de aquí deriva la distinción de una forma constitucional como constitución formal. Ahora bien: en la Constitución, sobre todo en los tiempos modernos —y aquí Kelsen, con un espíritu pragmático, se desvía un tanto de su teoría pura del Derecho—, hay normas que regulan no sólo la formación de las leyes, sino también su *contenido*. Las Constituciones modernas no sólo definen los órganos y los procedimientos legislativos, sino que contienen un catálogo de derechos fundamentales de los individuos y con ello la Constitución traza principios directivos y límites al contenido de las leyes futuras. La Constitución no es, pues, sólo una ley de procedimiento, sino también una regla sustancial. Y una ley puede ser inconstitucional bien a causa de la irregularidad de su procedimiento, bien por causa del contenido contrario a los principios o directivas formulados por el constituyente. Por otra parte, hay que advertir que no son sólo las leyes, sino actos del Gobierno, como, por ejemplo, las ordenanzas de necesidad o decretos-leyes, e incluso otros actos cuando las reglas constitu-

²³ Puede verse el texto alemán de este trabajo en *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 5, Berlín y Leipzig, 1929, págs. 31-88. El texto francés, más ordenado, con subtítulos, que ignoramos si son del autor o de los editores, se encuentra en la *Revue de Droit Public et Science Politique*, XXXV (1928), págs. 1-7 y sigs., y el italiano, que reproduce el francés, en Hans Kelsen, *La Giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1981, págs. 145-206.

cionales son inmediatamente aplicables, los que pueden ser contrarios a la Constitución. En todos estos casos nos encontramos ante hechos de inconstitucionalidad inmediata. También hay que tener en cuenta los tratados internacionales cuando las normas constitucionales han realizado una incorporación del Derecho internacional al Derecho constitucional. Cuando esta incorporación no se ha realizado, sólo una autoridad superior al Estado podría corregir esa irregularidad.

Esta garantía de la regularidad puede no ser sólo preventiva, sino represiva, esto es, posterior al acto irregular, para impedir su repetición, reparar el daño causado y eliminar el acto irregular o sustituirlo por un acto regular. Kelsen estima que los tribunales son la mejor garantía de esta regularidad y que esta garantía estriba en la nulidad o anulación del acto irregular. El acto nulo carece de todo carácter jurídico y no sería preciso ningún acto jurídico nuevo para anularlo; pero como las autoridades gozan del principio de autolegitimación, normalmente se exige un procedimiento de anulabilidad cuyo objeto es eliminar el acto nulo con todas sus consecuencias jurídicas. Esta puede referirse a todos los tribunales, pero habría en este caso una carencia de unidad en las soluciones, con la consiguiente incertidumbre del Derecho, por lo que este control conviene referirlo a una *única autoridad*.

Esta anulación puede referirse al futuro o extenderse también al pasado, esto es, tener o no efecto retroactivo. Pero la seguridad del Derecho exige que esta anulación tenga sólo efecto para el futuro, e incluso cabe considerar la posibilidad de que tenga efecto pasado un cierto plazo y atribuir algún efecto retroactivo excepcional a una cierta categoría de casos.

Esta teoría general de la anulación referida a los actos inconstitucionales representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución. Debe en principio ser realizada por un órgano diverso de aquel del que ha dimanado el acto y que sea independiente de cualquier otra autoridad estatal, esto es, por una jurisdicción o Tribunal Constitucional.

Kelsen advierte que se hacen a esta afirmación varias observaciones. En primer lugar, que sería incompatible con la soberanía del Parlamento, a lo que contesta que la soberanía no reside en un órgano, sino en el ordenamiento jurídico estatal en su totalidad. En segundo lugar, se advierte también que es contrario al principio de separación de poderes y que la anulación de un acto legislativo por un órgano diverso constituye una invasión del poder legislativo. La respuesta de Kelsen es que el Tribunal no ejercita una verdadera función jurisdiccional, porque anular una ley significa establecer una norma general y en cierta manera es una función legislativa de signo negativo y podría considerarse como una distribución del poder legislativo entre dos órganos. Sin embargo, hay una diferencia entre la formación de la ley, que es creación libre, característica de la actividad legislativa, y la anulación, que es aplicación y sólo en una medida mínima creación del Derecho. En todo caso, un Tribunal Constitucional es independiente, tanto respecto al Gobierno como respecto al Parlamento, y estos dos órganos deben ser controlados por la justicia constitucional.

En cuanto a la constitución del Tribunal cree que debe ser diversa en cada país de acuerdo con las distintas circunstancias. Debe estar compuesto de pocos miembros. Estos deben ser juristas de profesión, y en cuanto a su reclutamiento pueden ser elegidos por el Parlamento, por el jefe del Estado, por el Go-

bierno o combinando estas diversas vías, haciendo que el Gobierno proponga más candidatos de los que puedan ser elegidos por el Parlamento o incluso que el propio Tribunal pueda nombrarlos por cooptación, ya que este Tribunal debe tener interés en reforzar su propia autoridad llamando a los especialistas más eminentes. En todo caso acepta que es difícil, aunque deseable, impedir una influencia política sobre la jurisprudencia del órgano de justicia constitucional.

En cuanto a las materias sujetas a esta jurisdicción deben comprender todas las que deban ser objeto de ley tanto de los órganos centrales como de los locales en una estructura federal; todos los actos que revistan la forma de ley, como, por ejemplo, los reglamentos parlamentarios o el presupuesto, deben quedar sujetos al control de constitucionalidad; los reglamentos de necesidad e incluso los simples reglamentos ejecutivos, cuya irregularidad puede consistir de una manera inmediata en ser contrarios a la ley, pero mediatamente pueden ser contrarios a la Constitución. Estos objetos del recurso deben determinarse con exclusión de todo prejuicio doctrinal partiendo del principio de garantía de la Constitución, comprendiendo incluso los tratados y en ciertos casos los actos jurídicos individuales.

Se plantea también el problema de si pueden sujetarse al control de constitucionalidad las normas derogadas en cuanto una norma de este tipo es aplicable a todos los hechos que han sido producidos cuando estaba en vigor, y especialmente en aquellos casos en que hay una Constitución reciente y leyes que la contradicen. También en este caso duda si conviene dejar la validez de esas normas a las distintas autoridades encargadas de aplicarlas o no sería conveniente confiarlo al Tribunal Constitucional central.

Rechaza como fundamento de una inconstitucionalidad la existencia de normas suprapositivas, como serían, por ejemplo, reglas de Derecho natural presupuestas por la autoridad estatal. En cambio, sí acepta que se estimen aquellos principios que han sido incorporados en la Constitución o que pueden ser inducidos del contenido del Derecho positivo por vía de abstracción. Estos principios le parecen, sin embargo, relativamente sospechosos cuando se vinculan a los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad o de moralidad sin una precisión mínima. Estas fórmulas cubren la ideología política corriente y significan que los órganos que deben ejecutar la ley están autorizados a llenar discrecionalmente el espacio libre que les ha sido dejado por la Constitución y por la ley. Cree que son todavía más peligrosos si se considera que principios tales como la justicia o la igualdad son directivas referentes al contenido de las leyes. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces podría contrastar con el concepto de la mayoría de la población. La Constitución no pretende, al establecer un Tribunal Constitucional, hacer depender la suerte de toda ley votada al placer de un colegio compuesto de una forma más o menos arbitraria.

Consecuencia del control de constitucionalidad es que, si se quiere dar una verdadera eficacia a este control, el Tribunal debe tener poder para anular directamente los actos que sean irregulares. Asimismo, considera importante examinar si no sería oportuno, en interés de la seguridad del Derecho, fijar un plazo de tres a cinco años dentro del cual podría ser anulada una ley de tal forma que, pasado ese término, la ley no sería impugnabile. Igualmente, en

función de esa seguridad, cree que no cabe atribuir efectos retroactivos a su anulación. Hay, sin embargo, que advertir que la anulación por el Tribunal de una norma no significa la vuelta a la situación jurídica anterior, puesto que ésta ya fue derogada por una ley. La anulación supone, por consiguiente, un vacío jurídico, y para prevenir este efecto debiera quizá establecerse un cierto plazo de vigencia a partir de la publicación.

Por último, sugiere la posibilidad de que la inconstitucionalidad o la anulación se refiera sólo a algunas disposiciones de la ley, siempre que el resto de la norma no quede modificada por esa anulación parcial.

Kelsen estudia también los problemas de procedimiento. En primer lugar, el problema de cómo puede elevarse la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal. Cabe la acción popular o bien limitarlo a algunas autoridades superiores o a los tribunales. Cabe también una vía intermedia próxima a la acción popular, permitiendo a los ciudadanos provocarlo en el transcurso de un procedimiento judicial o administrativo, por una vía indirecta para provocar la intervención del Tribunal Constitucional. Cabría también establecer un Defensor de la Constitución que pudiera iniciar el procedimiento o atribuirlo a una minoría cualificada del Parlamento y hasta el propio Tribunal Constitucional cuando, examinando la regularidad de otro acto, se encuentre frente a la inconstitucionalidad de una ley. Considera esencial la publicidad y la oralidad del procedimiento y la participación de la autoridad que lo ha impugnado, de quien ha promovido el examen y del particular que tenga un interés. En caso de aceptación de la demanda, el Tribunal debe pronunciar la anulación, que debe ser publicada en la misma forma del acto anulado y sólo debe tener efecto cuando se haya realizado esta publicación. Y el Tribunal debe poder establecer un plazo de vigencia de la anulación para darle al Parlamento la posibilidad de sustituir la ley inconstitucional por otra que no lo sea. Cuando la anulación haya sido pedida por una autoridad administrativa o un Tribunal debe tener un efecto retroactivo limitado, restableciendo la situación de Derecho anterior a la entrada en vigor de la ley anulada.

Por último, Kelsen estudia el significado político y jurídico de la justicia constitucional.

Una Constitución a la que le falta esta garantía de anulación de los actos inconstitucionales no es, en sentido técnico, completamente obligatoria. No es más que un deseo privado de obligatoriedad. Aún más: una Constitución que no provea un Tribunal Constitucional o alguna institución análoga está desprovista de sentido jurídico. El texto constitucional establece que la ley o el derecho deben ser establecidos con un procedimiento, con un contenido y con unos límites. Y estos preceptos deben cumplirse. Si no existe ese control, tendría el mismo carácter obligatorio que tiene el Derecho internacional respecto al Derecho interno. La violación por el Derecho interno de una norma de Derecho internacional sólo puede determinar una guerra, y es por eso por lo que con frecuencia se niega al Derecho internacional el carácter de Derecho.

En segundo lugar, en cuanto asegura que el Derecho que reforma la Constitución se realice en las condiciones especiales y con el procedimiento que la propia Constitución exige (mayorías especiales, referéndum, etc.), significa una protección de las minorías que tienen garantizado su estatuto por la Constitución. Esto es especialmente importante cuando hay una minoría de clase, nacio-

nal o religiosa, cuyos intereses han sido protegidos especialmente por la Constitución frente a la voluntad de una mayoría simple.

En tercer lugar, la jurisdicción constitucional tiene una importancia especialísima en los Estados federales en que hay una distribución de funciones legislativas y ejecutivas entre los órganos centrales y locales. La Constitución establece jurídicamente esta distribución de competencias que es el núcleo político del Estado federal. Toda extralimitación en sus competencias de los órganos centrales o locales es una violación de la Constitución. Por consiguiente, tiene especial importancia el cumplimiento de las reglas constitucionales referentes a la competencia. Considera que este principio es esencial y que marca un contraste con lo que llama principio paradójico, de que el Derecho federal prevalece sobre el Derecho del Estado miembro. El verdadero respeto de la idea federalista exige tanto que el Derecho federal prevalezca sobre el del Estado miembro cuanto que el Derecho de este último prevalezca sobre el Derecho federal de acuerdo con la delimitación de ámbitos que realiza la Constitución. Sólo la creación de un Tribunal Constitucional puede garantizar esta verdadera esencia del Estado federal.

Por último, estableciendo un paralelo entre el Estado federal y su distribución de competencias en relación con la justicia constitucional y el establecimiento de una justicia internacional que tutelara el cumplimiento de Derecho internacional, deduce la consecuencia de que, así como ésta tendría por fin hacer inútiles las guerras entre los países, la acción del Tribunal Constitucional puede ser la garantía de una paz política dentro del Estado ²⁴.

²⁴ La tesis de Kelsen fue, como hemos indicado, violentamente criticada por Carlos Schmitt, quien opuso a la doctrina de Kelsen de un Tribunal Constitucional como defensor de la Constitución la función desempeñada por el presidente de la República como un poder neutral. Kelsen reacciona violentamente contra esta tesis, combatiendo especialmente los argumentos de Schmitt. En primer lugar, la tesis de que la anulación de las leyes constitucionales es un acto político que no puede ser objeto de una apreciación judicial. Kelsen afirma tanto que en el acto legislativo como en el jurisdiccional hay siempre una dosis de ejercicio de poder político y de aplicación de una norma. «La opinión de que sólo la legislación sea política, pero no la verdadera jurisdicción, es tan equivocada como la opinión de que sólo la legislación suponga una creación productora del Derecho y la jurisdicción no sea a su vez sino una mera aplicación reproductiva.» Cuando el legislador incita al juez a valorar entre intereses y a decidir en favor de uno o de otro, le atribuye un poder de creación del Derecho. La diferencia entre uno y otro acto, desde el punto de vista político, es cuantitativa y no cualitativa. «Todo conflicto jurídico es sin duda un conflicto de intereses y de poder —dice Kelsen— y, por consiguiente, toda controversia jurídica es una controversia política y todo conflicto que venga calificado como conflicto de intereses, de poder o político puede ser decidido como una controversia jurídica.» Cuando un conflicto no es arbitrable es simplemente porque una de las partes no lo quiere deferir a una instancia objetiva.

En segundo lugar, combate también la tesis de Schmitt de que en el enjuiciamiento de inconstitucionalidad no existe la subsumción de un hecho en una norma y hay sólo la comparación de dos normas cuando existe una duda sobre su compatibilidad. El hecho que se enjuicia en la decisión sobre la constitucionalidad no es una norma, sino la producción de una norma, esto es, si esta norma ha sido producida de acuerdo con el procedimiento regulado en la Constitución y si su contenido puede ser subsumido bajo la Constitución. El hecho es análogo a cuando un Tribunal decide sobre la validez de un testamento o un contrato y el Tribunal Constitucional reacciona de la misma forma que el juez, con un acto contrario, esto es, con la anulación. Supone el error de no ver la diferencia entre la ley como norma y la creación de la ley como un hecho. No hay, por consiguiente, como dijo Schmitt, jurisdicción de una norma sobre otra, sino simplemente la anulación de la produc-

IV. LAS «FUNCIONES» DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La madura y duradera aceptación en Europa (e incluso en el mundo) del principio de justicia constitucional ha tenido ocasión, después de la Segunda Guerra Mundial, por la aceptación de ese principio en las Constituciones de Alemania, Italia y España y, parcialmente, en la misma Constitución francesa de 1958. Esta realización tiene matices que diferencian estos sistemas. Alemania y España aceptan lo que podemos llamar con carácter genérico el recurso de amparo; España e Italia aceptan, aunque con perfiles distintos, un sistema mixto de justicia concentrada y difusa en cuanto los jueces pueden elevar al Tribunal Constitucional «cuestiones» de constitucionalidad cuando tengan una duda razonable de que la ley que han de aplicar es contraria a la Constitución o esta duda no esté *manifiestamente* infundada. Francia no constituyó un Tribunal, sino un Consejo, que, sin embargo, ha evolucionado hasta en su mismo procedimiento a una actuación cuasi judicial²⁵. En todos estos países, la justicia constitucional ha adquirido arraigo y puede decirse que ha sido respetada, pese a que en principio implica una contradicción con los sistemas democráticos, en cuanto los jueces, sea cual fuere la forma de designación, no son mandatarios de la voluntad popular, sino hasta cierto punto sus correctores desde principios jurídicos de razón.

Ya hemos visto la larga polémica determinada en los propios Estados Unidos sobre los fundamentos de las decisiones judiciales, polémica nunca terminada a la que cada día se añaden nuevos juicios críticos que tratan de destacar algún aspecto nuevo de sus funciones.

Desde la Segunda Guerra Mundial, los tribunales europeos están cumpliendo su función con un propósito ambicioso y, aunque no exento de críticas²⁶,

ción de una norma de acuerdo con la regulación de otra norma más elevada. Por otra parte, Schmitt sostiene que la jurisdicción como garante de la Constitución podría ser politizada, lo que supone una cierta contradicción con el propio argumento de Schmitt de que el acto de un Tribunal Constitucional no es un acto judicial, sino legislativo. Y es verdad que el juez que anula es un legislador, pero un legislador negativo.

En suma, la tesis de Schmitt quiere sostener que el jefe del Estado es más idóneo que un tribunal para la defensa de la Constitución. Desde el punto de vista del Derecho positivo, según Kelsen, esta afirmación no correspondía al contenido de la Constitución de Weimar, y considera que tampoco tiene consistencia la crítica de Schmitt de que la acción de un tribunal no es democrática, sino que entrega a una aristocracia de la toga la protección de la Constitución. Lo que Schmitt pretende —dice Kelsen— es sobrevalorar la competencia del Presidente e infravalorar la función del Parlamento. La consecuencia política de los argumentos de Schmitt es que el pluralismo del Parlamento pone en peligro la seguridad y el orden público, mientras la unidad del Presidente representa la unidad del pueblo. Así, los dos grandes poderes creados por la Constitución de Weimar aparecen como enemigos. El uno quiere destruir su unidad y el otro defenderla. Uno, el Parlamento, viola la Constitución, y el otro la custodia.

Véase Kelsen, *Il custode della Costituzione*, en la edición italiana antes citada, páginas 231 y sigs. Para la crítica de C. Schmitt, *Das Reichgericht als Hüter der Verfassung* (1929), en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, 1958.

²⁵ L. Favoreu y L. Philips, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, 1975.

²⁶ Mehdi Tohidipur y otros, *Zur Verfassungsrechtlichen und politischen Stellung und Funktion des Bundesverfassungsgericht*.

puede decirse que el juicio de la doctrina e incluso del público profano es favorable a su existencia y actuación.

¿Cuál es la razón del asentimiento a esta nueva institución del Derecho constitucional? Sin duda lo son las *funciones* que los tribunales están cumpliendo en todos los países. Y al hablar de las funciones no me refiero estrictamente a las que resultan de sus competencias públicas, sino al sentido sociológico-político con que el término función designa las tareas que un órgano realiza en relación con los demás órganos del Estado para mantener un equilibrio determinado de la organización constitucional de tal forma que el régimen constitucional sería distinto si esa función no se realizara. Dicho de otra forma, no sé si más clara o más oscura, pero quizá más exacta: los Tribunales Constitucionales están perfilando un específico régimen político en esta segunda mitad del siglo xx que da al Estado contemporáneo un carácter distinto del que ha tenido antes de 1945.

Esta afirmación, cuya delicadeza y alcance comprendo, se funda en estas funciones de los órganos de jurisdicción constitucional que dan al Estado de nuestros días un carácter distinto.

Estas funciones, que en relación con el Tribunal español hemos analizado en otra ocasión, son las siguientes:

1.^a El Derecho constitucional como Derecho fundamental, que tiene un rango primario, ha pasado a *integrarse* plenamente en lo que se ha llamado unidad del ordenamiento jurídico. La Constitución está dejando de ser una norma de procedimiento de actuación del poder y de enunciación de principios de un valor *declaratorio* o *persuasivo* para ser *Derecho aplicable* que realmente determina de una manera eficaz todo el ordenamiento jurídico. El propósito del Tribunal es deliberadamente opuesto a toda intervención en el campo de las opciones políticas, estimando que su función es estrictamente jurídica (sentencia de 8 de abril de 1981, recurso 192/1981).

2.^a Como consecuencia de este hecho, la Constitución, por su contenido jurídico, se impone a todos los órganos del Estado, incluso también a los *órganos legislativos*, que quedan vinculados por la Constitución y sometidos en su aplicación e interpretación a la jurisdicción del Tribunal (sentencia de 2 de julio de 1981, cuestión de inconstitucionalidad 223/1981).

3.^a Como consecuencia también de este principio, el juez constitucional se manifiesta como un *protector de los derechos* no sólo en cuanto se crean recursos especiales para su protección, sino en cuanto vigila a los mismos órganos judiciales que protegen esos derechos, con la posibilidad de recursos frente a sus decisiones (sentencia de 14 de julio de 1981, recurso de amparo 6/1981, y sentencia de 10 de abril de 1981, recurso de amparo 96/1980).

4.^a Los Tribunales, en cuanto las «competencias» de los distintos órganos se manifiestan en preceptos de Derecho constitucional, contribuyen a dar una *solución jurídica a los conflictos* de poder que aparecen siempre delimitados como competencias definidas por la Constitución. Esta función es especialmente importante en las estructuras complejas de poder como Alemania (Estado federal), Italia (Estado regional) y España (Estado autonómico) (sentencia de 14 de julio de 1981, recurso de inconstitucionalidad 25/1981, y, entre otras, sentencia de 28 de julio de 1981, recurso de inconstitucionalidad 40/1981).

5.^a Esa integración de la Constitución en el ordenamiento jurídico o, si se quiere, del ordenamiento jurídico en la Constitución tiene una consecuencia que todos los Tribunales Constitucionales están cumpliendo, incluso el Comité Constitucional francés. Estos Tribunales definen *principios* derivados de la Constitución que gravitan sobre todo el ordenamiento jurídico (sentencia de 2 de febrero de 1981, recurso de inconstitucionalidad 186/1980: autonomía; sentencia de 28 de enero de 1982, conflictos acumulados 63 y 191/1981: unidad económica).

6.^a Esta justicia constitucional *vigila el desarrollo* de la Constitución a través de la ley e *interpreta* los preceptos de la Constitución elevando a problemas de lógica jurídica gran parte de las disputas políticas que derivan de una interpretación constitucional (entre otras múltiples sentencias, puede recordarse la de 18 de febrero de 1981, recurso de inconstitucionalidad 189/1980; la de 8 de abril de 1981, recurso de inconstitucionalidad 192/1980, sobre el derecho de huelga, o la de 2 de julio de 1981, recurso de inconstitucionalidad 223/1981, sobre la igualdad, etc.).

7.^a Los Tribunales, en el ejercicio de su jurisdicción y en esta función interpretativa, son una *válvula de adaptación* del Derecho en el *tiempo*, bien en cuanto sirven para adaptar los preceptos jurídicos anteriores a la Constitución, bien en cuanto sirven también para adaptar ésta a nuevos hechos y nuevas circunstancias que no habían sido previstas (sentencia de 2 de abril de 1981, recurso de inconstitucionalidad 192/1980),

8.^a A través de todas estas funciones, y muy especialmente en su actuación como juez de la inconstitucionalidad de la ley, moderan la posible presencia excesiva de la *voluntad* de un régimen democrático en cuanto la atemperan con un juicio de *interpretación racional* de los preceptos de la Constitución, en el sentido que veíamos anteriormente que ha realizado el Tribunal Supremo norteamericano.