

JUSTICIA CONSTITUCIONAL

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL SIGLO XX. BALANCE Y PERSPECTIVAS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI

Manuel ARAGÓN REYES*

SUMARIO: I. *Objeto y forma del trabajo. Justicia constitucional y jurisdicción constitucional.* II. *La justicia constitucional como institución de control. Su proceso evolutivo desde el punto de vista estructural.* III. *La justicia constitucional como actividad de aplicación judicial de la Constitución. Su proceso evolutivo desde el punto de vista funcional.* IV. *A modo de conclusión.*

I. OBJETO Y FORMA DEL TRABAJO. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Resumir en una ponencia el desarrollo a lo largo de este siglo y la situación actual de la justicia constitucional en el mundo (más exactamente, en Europa y América, continentes a los que reduciremos nuestro estudio) sería un intento tan difícil como inútil, si pretendiese realizarse de manera detallada. La mera acumulación de datos ya sobrepasaría con creces la extensión limitada que un trabajo de este género debe tener y, aun así, sólo facilitaría una descripción huérfana de consideraciones críticas y, por ello, escasamente explicativa.

Por otra parte, tales datos, con suficiente detalle, están al alcance de cualquier estudioso, pues existe una amplia bibliografía sobre ello. De entre los muchos trabajos que se ocupan del desarrollo de la justicia constitucional y de su situación actual, desde un marco comparativo, cabe citar los siguientes:

* Catedrático de derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

- AJA, E. (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, 1998.
- BREWER-CARÍAS, A. R., “La justicia constitucional”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y CLAVERO ARÉVALO, M. (eds.), *El derecho público de finales de siglo (Una perspectiva iberoamericana)*, Madrid, 1997.
- BRÜNNECK, A. von, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den Westlichen Demokratien*, Baden-Baden, 1992.
- CAPELLETTI, M., *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, 1987.
- , *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989.
- CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987.
- FAVOREU, L., *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, 1994.
- , y JOLOWICZ, J. A. (eds.), *Le controle juridictionnel des lois (Legitimité, effectivité et développements récents)*, París-Aix en Provence, 1986.
- FIX-ZAMUDIO, H., *La protección jurisdiccional de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, 1982.
- , “La justicia constitucional en América Latina”, en VV.AA., *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, México, 1989.
- , “La justicia constitucional latinoamericana”, en SOBERANES, J. L. (comp.), *Tendencias actuales del derecho*, México, 1994.
- FROMONT, M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, 1996.
- GJIDARA, M., “Aspects récents de la quête de l’État de droit dans les pays de l’Est en matière de contrôle de constitutionnalité”, *Le Quotidien Juridique*, 1990.
- LANDFRIED, Chr. (dir.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Baden-Baden, 1988.
- MC-WHINNEY, *Judicial Review in the English-Speaking World*, Toronto, 1960.
- , *Supreme Courts and Judicial Law Making: Constitutional Tribunals and Constitutionals Review*, Dordrecht, 1986.
- NAVARRO SOLANO, S. (comp.), *La justicia constitucional: una promesa de la democracia*, San José de Costa Rica, 1992.
- RESTREPO PIEDRAHITA, C. (comp.), *La jurisdicción constitucional en iberoamérica*, Bogotá, 1984.

- RUBIO LLORENTE, F., “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en RUBIO LLORENTE, F., y JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998.
- SOBERANES, J. L., y GARCÍA LAGUARDIA, J. M. (comp.), *Justicia constitucional comparada*, México, 1993.
- STARCK, Ch., y WEBER, A., *Verfassungsgerichtsbarkeit in West-Europa*, Baden-Baden, 1986.
- WEBER, A., *Richterliche Verfassungskontrolle in Latein Amerika, Spanien und Portugal*, Baden-Baden, 1989.
- VV.AA., *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, 1997.
- , *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, París-Aix-en-Provence (todos los números, desde el primero de 1985).
- , *Tribunales Constitucionales europeos y autonomías territoriales*, Madrid, 1985.
- , *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, 1984.
- , *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Constitutional Review in the World Today. La jurisdiction constitutionnelle à l'époque contemporaine*, Köln, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 1962.

Nos hemos permitido reseñar esta larga (aunque selectiva) bibliografía porque ella nos exime de repetir aquí lo que en tales obras está suficientemente detallado y, al mismo tiempo, por ello, nos permite dedicarnos en este trabajo a lo que sí tiene, a nuestro juicio, mayor interés: señalar las líneas o tendencias evolutivas que la justicia constitucional ha experimentado, que ponga de relieve sus aspectos más fundamentales y que realice una aproximación crítica a la situación actual del problema con vistas a este final de siglo y comienzos del próximo milenio.

En ese orden de ideas, articularemos el trabajo en dos partes bien diferenciadas: una primera, de carácter estructural, en cuanto que estará dedicada a marcar las tendencias evolutivas de la justicia constitucional, entendida como institución de control de la constitucionalidad, y una segunda, de carácter funcional, en cuanto que tratará del significado que hoy cabe atribuir a la justicia constitucional como actividad de aplicación jurisdiccional de la Constitución. Son dos perspectivas del mismo problema, y por eso necesariamente complementarias.

Dicho lo anterior, queda por explicar el concepto de justicia constitucional que vamos a utilizar en este trabajo. El término es plurívoco, y por ello ha sido entendido de diversas maneras. Para unos, justicia constitucional es equivalente a jurisdicción especializada encargada de controlar la constitucionalidad de las leyes (así lo usaba, por ejemplo, Kelsen); para otros, se corresponde con una jurisdicción especializada encargada de aplicar la Constitución (que es el sentido que le atribuye, por ejemplo, Cappelletti en algunas ocasiones); para otros, en fin, se identifica con una jurisdicción especializada en conocer determinados procesos constitucionales (así lo usa, por ejemplo, Zagrebelsky en determinados momentos).

A nuestro entender, el término justicia constitucional debe distinguirse del de “jurisdicción” constitucional. El primero no está basado en una comprensión formal, sino material, de tal manera que se refiere a la totalidad de la actividad judicial de aplicación de la Constitución, ya sea realizada por tribunales especializados o por tribunales ordinarios, ya sea practicada de manera concentrada o difusa. El segundo, en cambio, se corresponde con un entendimiento formal, de tal modo que se identifica con un tribunal especializado cuyo cometido es aplicar la Constitución (un tribunal o un “orden jurisdiccional”, ya que no sería impensable la pluralidad orgánica, y, de hecho, la historia y el derecho comparado nos muestran algún caso de “jurisdicción” constitucional especializada servida por más de un órgano, así, por ejemplo, el sistema previsto, aunque no llegó a ponerse enteramente en práctica, en la Constitución española de 1931, o el vigente en la Unión Europea, donde existen dos instancias que realizan la actividad del control de adecuación de los actos y normas comunitarios a los tratados originarios o “Constitución europea”).

La “jurisdicción” constitucional no se caracteriza por ejercer el monopolio de aplicación de la Constitución, sino por tener atribuido, en monopolio, el conocimiento de determinados procesos constitucionales (es lo que ocurre con los actuales Tribunales Constitucionales europeos, aunque también todos los tribunales ordinarios aplican la Constitución). Por ello, el término “justicia” constitucional es mucho más amplio: a nuestro entender, como ya se apuntó, se refiere a toda la actividad judicial (no política, eso sí, por lo que el control político queda excluido, como es obvio, del término justicia constitucional) de aplicación de la Constitución.

Este entendimiento amplio, que, en sentido material, identifica “justicia constitucional” con una determinada actividad, la de aplicación judicial de la Constitución,¹ permite englobar cualquier sistema (concentrado o difuso, o mixto, como hoy es lo más común) de control judicial de la constitucionalidad en sentido amplio, es decir, de aplicación judicial de la Constitución a los actos de los particulares y de los poderes públicos (ya provengan éstos del Ejecutivo, el Legislativo o el Judicial) y a todo tipo de normas (incluyendo las propias leyes). En tal sentido, además de ampliamente explicativo de la más originaria comprensión de la “justicia constitucional” (la norteamericana, que considera que la Constitución es norma jurídica y, por ello, judicialmente aplicable, y, al mismo tiempo, norma superior y, por ello, aplicable preferentemente sobre cualquier otra), este entendimiento de la justicia constitucional es el que resulta más útil para un trabajo como éste, comparativo y con pretensiones de globalidad. Ése es, pues, el sentido que damos al término a lo largo del presente trabajo.²

II. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO INSTITUCIÓN DE CONTROL. SU PROCESO EVOLUTIVO DESDE EL PUNTO DE VISTA ESTRUCTURAL

1. *La justicia constitucional a primeros de siglo*

Como es bien conocido, a principios del siglo XX, la situación de la justicia constitucional en el mundo era relativamente simple: en América se había extendido el llamado “modelo difuso” o norteamericano de control de constitucionalidad, aunque sin excesiva firmeza, y en Europa sólo había un leve indicio de aplicación judicial de la Constitución.

1 En el mismo sentido, de utilizar una concepción amplia, basada en consideraciones materiales, se pronuncia F. Rubio Llorente, aunque manteniendo el nombre de “jurisdicción constitucional” (de significado idéntico al que hemos denominado “justicia constitucional”), distinguiendo entre nociones formales (restringidas y poco útiles) de jurisdicción constitucional y noción amplia de ese término, que le parece la más adecuada. *Vid.* su trabajo “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en Rubio Llorente, F., y Jiménez Campo, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998, pp. 155-158. Creo preferible llamar a esa concepción amplia “justicia constitucional”, porque se aclara mejor, me parece, la diferencia entre las nociones formales (siempre relacionadas con el entendimiento más frecuente del término “jurisdicción”) y materiales a que estamos aludiendo.

2 Sentido, por lo demás, que hemos venido manteniendo siempre como más apropiado en cualquier caso. La distinción que acabamos de realizar entre justicia constitucional y jurisdicción constitucional es la que hemos sostenido en determinados estudios, así, por ejemplo, en el comentario general al título IX de la Constitución española, en Alzaga, O. (dir.), *Comentarios a las leyes políticas (Constitución española de 1978)*, Madrid, 1988, t. XII, pp. 23 y ss.

Veamos en primer lugar la situación en América. En Estados Unidos, aunque desde finales del siglo XVIII, en cuanto al ámbito interno de los estados, y desde la famosa sentencia de 1803, en cuanto al ámbito federal, ya se había producido el nacimiento de la *Judicial Review* y, más propiamente, de la aplicación inmediata de los derechos constitucionales, lo cierto es que a lo largo del siglo XIX no hubo gran actividad de control de la constitucionalidad. La aceptación teórica de que la Constitución era un cuerpo de derecho (y especialmente de “derechos”) aplicable por los tribunales y con una posición preferente a la de cualquier otra norma (incluidas las leyes) no estaba a debate, pero su plasmación práctica, esto es, el sistema de *Judicial Review*, sólo acabaría consolidándose de manera plena en el siglo XX.

En Iberoamérica, la fuerza expansiva del modelo constitucional norteamericano ocasionó que, ya a finales del siglo XIX, especialmente en Argentina, Colombia, Venezuela, República Dominicana, El Salvador y México, se admitiese, en el orden teórico, que los jueces no debían aplicar las leyes contrarias a la Constitución, aunque en el orden práctico no hubo muchas ocasiones de ponerlo en práctica, no sólo por los frecuentes vaivenes políticos y fracturas constitucionales, sino también porque la influencia europea “legalista” (coexistente allí con la norteamericana “constitucionalista”) no propiciaba el entendimiento de los derechos constitucionales como inmediatamente aplicables sin mediación legal.

En cuanto a Europa, de un lado, el entendimiento exclusivamente material y no supralegal de Constitución en Gran Bretaña no impedía su aplicación judicial, pero sí su prevalencia sobre las normas parlamentarias, con lo cual no cabía (ni cabe todavía) hablar de justicia constitucional en el Reino Unido; de otro lado, en los demás países europeos, con Constituciones escritas, diversas circunstancias, que no hace falta recordar aquí por suficientemente conocidas, llevaron a que no se estableciese (ni se aceptase teóricamente) un sistema de justicia constitucional. Los derechos emanaban de la ley y no de la Constitución, que no obligaba jurídicamente al legislador. Los jueces estaban sometidos al imperio de la ley que no podían dejar de aplicar. La Constitución, en suma, era norma política y no norma jurídica.

Sin embargo, alguna leve excepción comienza a surgir ya en el último tercio del siglo XIX. Se trata de los casos de Suiza y Alemania, donde el establecimiento del Estado federal, en el primer país por la Constitu-

ción de 1874 y en el segundo por la de 1871, originó, necesariamente, un control de constitucionalidad, o más propiamente, una aplicación judicial de la Constitución en materia de división territorial del poder.³ Más articulada y más amplia en el caso de Suiza que en el de Alemania, no obstante, se trataba en ambos casos de una justicia constitucional muy reducida, pero que venía a confirmar, una vez más, la conexión casi ineludible (aunque no sea la única, por supuesto) entre justicia constitucional y federalismo (o Estado territorialmente compuesto).

Tal situación de finales del siglo XIX se presentaba en Europa a principios del XX y que allí seguirá hasta el final de la primera Guerra Mundial. Tampoco habrá grandes cambios en América, donde la intensificación del *Judicial Review* en Estados Unidos no se producirá hasta la década de 1930 con ocasión de la política del *New Deal* acometida por el presidente Roosevelt para combatir la Gran Depresión.⁴

2. Los cambios experimentados en el periodo de entreguerras

Por lo que se refiere al continente americano, ya se ha apuntado el hecho de la intensificación del *Judicial Review* en Estados Unidos a partir de 1930. En los países iberoamericanos, la existencia de un sistema de justicia constitucional difusa continuará, aunque es cierto que sin demasiado arraigo por las mismas razones ya aludidas más atrás y que se mantienen, aunque debe hacerse notar que en determinados países, especialmente en Venezuela y Colombia (podrían citarse otros más, pero serían menos representativos), se va consolidando un sistema mixto, que conjuga la jurisdicción difusa con una acción directa de inconstitucionalidad que residía en la Suprema Corte.

En cuanto a Europa, el cambio será muy marcado. Primero, ya con la Constitución alemana de 1919 (de Weimar) se introdujeron algunas instituciones de control de constitucionalidad, bien que de manera restringida, en cuanto que sólo afectaría a la distribución territorial de competencias o a los conflictos entre poderes en el seno de los *Länder*, y no

3 Vid. Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987, pp. 49-76.

4 La intervención de la Suprema Corte sobre la legislación de Roosevelt, la reacción de éste y la consiguiente respuesta de aquella originaron, como se sabe, una "verdadera revolución" (así se la ha denominado, entre otros por A. Cox) en el sistema de la *Judicial Review* y, en general, de la interpretación (y por ello aplicación) de la Constitución norteamericana. Vid., entre otros, Cox, A., *The Court and the Constitution*, Boston, 1987, pp. 145-155.

podía tener por objeto leyes federales. Pero, sobre todo, la transformación más profunda se producirá en Austria y Checoslovaquia en 1920 y después, en España, en 1931, con el establecimiento por vez primera de los Tribunales Constitucionales y el surgimiento, con ello, de la justicia constitucional “concentrada” o modelo europeo de control de constitucionalidad, donde dicho control no se atribuye a la jurisdicción ordinaria, sino a una jurisdicción especial representada por un Tribunal Constitucional.

Es lo que se ha llamado “modelo de justicia constitucional concentrada”, frente al “modelo difuso” o americano, caracterizado aquél no sólo por la “concentración”, sino también por la eficacia anulatoria *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, mientras que el modelo difuso, además de carecer de tal concentración (en cuanto que el ejercicio de la justicia constitucional está atribuido a todos los jueces y tribunales), se caracterizaría porque los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley son de simple inaplicación *inter partes*. No es ésta, como veremos más adelante, la situación actual de tales modelos, pero sí la del periodo que estamos examinando.

Las causas de esa introducción en Europa de la justicia constitucional serán diversas. De un lado, las necesidades que plantea el federalismo, pues no en vano las Constituciones austriaca y checoslovaca de 1920 serán federales y la española, de 1931, establecerá un Estado con autonomía política regional; de otro lado, las necesidades que derivan de la consideración del Estado constitucional como Estado de derecho, de tal manera que ello obligaba a dotar de eficacia jurídica a la norma suprema del ordenamiento, la Constitución. Esta última es la gran aportación de Kelsen, verdadero autor, impulsor y protagonista de ese modelo “europeo” de justicia constitucional. Y, por último, la exigencias que impone la fusión entre Estado de derecho y democracia, ya que sólo la consideración de los derechos de los ciudadanos como derechos “constitucionales” y no meramente “legales” permitía garantizar jurídicamente la libertad y, por ello, la soberanía popular, afianzando la distinción permanente (y no sólo originaria) entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

Como es bien sabido, el esquema originario kelseniano no va a desarrollarse en toda su pureza (que exigía la separación absoluta entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, la consideración de la Constitución como norma que sólo establecía obligaciones jurídicas

para el legislador y, por ello, la concepción del Tribunal Constitucional como un legislador negativo). Dejando al margen la experiencia, prácticamente malograda desde su inicio, de la justicia constitucional en Checoslovaquia (se estableció el primer Tribunal en 1921, pero no llegó a dictar ninguna sentencia, sin que se renovaran, en 1931, los magistrados, situación que duró hasta 1938, en que volvió a establecerse el Tribunal para quedar sin funciones al año siguiente como consecuencia de la invasión por las tropas alemanas), el modelo europeo experimentará unos cambios muy determinantes en los casos de Austria y España.

Así, la reforma constitucional austriaca de 1929 introducirá la cuestión (o incidente) de inconstitucionalidad que permite la comunicación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, aunque atribuyendo sólo a los Tribunales Supremos (ordinario y administrativo) la facultad de plantear dicha cuestión al Tribunal Constitucional. El Tribunal de Garantías Constitucionales, establecido por la Constitución española de 1931, y su ley reguladora de 1933, significará un paso adelante de extraordinario calado en el llamado modelo europeo de justicia constitucional, en cuanto que, además de entender de los recursos directos de inconstitucionalidad, también conocerá de las cuestiones de inconstitucionalidad que cualquier juez o tribunal puede plantearle; así, la comunicación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria se verá facilitada, y, lo que es más relevante aún, se le atribuirá el conocimiento del “recurso de amparo” (que también era una competencia del Tribunal austriaco, pero que allí tenía menor significación) para la tutela de los derechos constitucionales, recurso que podría interponer ante el Tribunal de Garantías cualquier ciudadano que viere vulnerado su derecho (con el requisito de haber efectuado antes la reclamación judicial ante unos “tribunales de urgencia” que, por cierto, no llegaron a crearse, por lo que el recurso de amparo funcionó como una vía de acceso directo y no subsidiario al Tribunal de Garantías Constitucionales).

Como puede observarse, el modelo “kelseniano” de justicia constitucional se va transformando y enriqueciendo en la década de 1930,⁵ pero se trata, en primer lugar, de una experiencia muy reducida (limitada a tres países europeos) y de escasa duración (en Checoslovaquia ya hemos apuntado su fracaso desde el momento mismo de iniciarse el sistema; en Austria será “desactivado” en 1933 por el ascenso del autoritarismo y

5 *Vid.*, por todos, Cruz Villalón, P., *op. cit.*, nota 3.

desaparecerá en 1934 con la “anexión” a Alemania; en España desaparecerá con la guerra civil de 1936-1939 y el consiguiente establecimiento de la dictadura de Franco). En el resto de los países de Europa, el reducido control de constitucionalidad existente en la República alemana de Weimar desaparecerá en 1933 con el triunfo del nazismo, y en cuanto a los demás países continentales (con la excepción del control de constitucionalidad exclusivamente en cuestiones federales, de Suiza, que continuará) la situación era la misma del siglo XIX: ni había control de constitucionalidad ni, por ello, aplicación judicial de la Constitución. Y así seguiría hasta después de la segunda Guerra Mundial.

3. *El reforzamiento de la justicia constitucional después de la segunda Guerra Mundial*

Por lo que se refiere al continente americano, ese reforzamiento no se va a experimentar, todavía, en Iberoamérica (cuyos países, con muy pocas excepciones, entre ellas la de México, van a sufrir reiterados y extendidos periodos de autoritarismo, circunstancia, obviamente, que no permite el desarrollo de la justicia constitucional), pero sí, de manera muy clara, en Estados Unidos, donde la jurisprudencia del Tribunal Warren va a dotar de un protagonismo extraordinario a la actividad de control de constitucionalidad (y de interpretación de la Constitución) durante los años 1953 a 1969. Esa actividad jurisdiccional (muchos la han tachado de “activismo judicial”) no cesará con la siguiente jurisprudencia del Tribunal Burger.⁶

En el continente europeo, aparte del caso de Irlanda, donde a partir de la Constitución de 1937 se atribuye al Tribunal Supremo (formado por la *High Court* y la *Court of Appeal*) alguna función de justicia constitucional (la competencia para resolver las consultas de inconstitucionalidad de las leyes que pudiera presentarles el presidente de la República antes de promulgarlas, así como también la competencia para constatar la inconstitucionalidad de una ley que dicho Tribunal estuviese aplicando en un proceso), la consolidación del Estado constitucional de derecho, que tendrá lugar después de la segunda Guerra Mundial (donde triunfó esta forma de Estado frente al totalitarismo nazi y fascista), originó la recu-

⁶ Nos remitimos, respecto de ese reforzamiento de la justicia constitucional en Estados Unidos, a Cox, A., *op. cit.*, nota 4, pp. 177-338.

peración de la justicia constitucional en Austria (reimplantándose, con algunas modificaciones, el sistema anterior de Tribunal Constitucional) y el establecimiento de Tribunales Constitucionales en Italia (Constitución de 1947) y Alemania (Ley Fundamental de Bonn, de 1949, sólo para la República Federal Alemana). No está de más señalar que, en los tres casos, se trata de Estados territorialmente compuestos (federales, Austria y Alemania y regional, Italia).

En el caso italiano, no hay recurso directo frente a las leyes (salvo, en determinadas condiciones, respecto de las leyes regionales) ni frente a actos de los poderes públicos (no se introdujo el recurso de amparo para tutelar los derechos constitucionales). Las leyes (con la excepción antes señalada) sólo pueden ser controladas por el Tribunal Constitucional a través de la excepción de inconstitucionalidad que cualquier juez o tribunal puede plantearle con ocasión de un proceso en que deba aplicar una ley que el órgano judicial ordinario entienda que pudiera ser inconstitucional. También se atribuye al Tribunal Constitucional (aparte de ciertas funciones penales y de materia electoral) el conocimiento de los conflictos territoriales de competencia entre el Estado y las regiones y de los conflictos de atribuciones entre los supremos poderes del Estado (es decir, el control jurisdiccional de la división territorial y funcional del poder). El control de las leyes tendrá efectos anulatorios *erga omnes*. Debe destacarse también que, en línea con la solución europea respecto de la justicia constitucional, la *Corte Costituzionale* estará integrada por quince juristas de reconocida competencia, designados por los más altos poderes del Estado.

En la República Federal Alemana, se dota de un ámbito más extenso a la competencia del Tribunal Constitucional (aunque básicamente responde al modelo “europeo”, y así, por ello, sus dieciséis componentes, juristas de reconocida competencia, serán designados por las dos Cámaras del Parlamento federal). Además de establecerse el control concreto (mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por cualquier juez o tribunal), se prevé el control abstracto (o recurso directo de inconstitucionalidad para el que se legitima, sólo, a determinados e importantes órganos o fracciones de órganos públicos). También se le dota de competencia para resolver los conflictos entre la Federación y los *Länder*, y entre los órganos constitucionales federales (control de la división de poderes, territorial y funcional). Y,

aparte de alguna competencia más de menor significación, se le atribuye el conocimiento de los recursos de amparo, recuperándose aquella vía de tutela que ya apareció en la justicia constitucional austriaca y, sobre todo (va a ser su modelo más próximo), en la justicia constitucional española de 1931. Como es propio del modelo europeo, el control de constitucionalidad de las leyes gozará de eficacia anulatoria o *erga omnes* (situación que, como veremos más adelante, cambiará en algunos aspectos a partir de la década de 1980).

Dos notas, sobre todo, caracterizan la justicia constitucional europea en los años de 1950 a 1960: su reducida implantación territorial (sólo Austria, Alemania e Italia) pero, al mismo tiempo, su pujanza, o fuerte consolidación, en los países donde tal implantación se produjo. Hacemos la salvedad, ya antes apuntada, del peculiar y muy reducido sistema de control de constitucionalidad irlandés. El viejo debate, bastante estéril y muy mediado políticamente, acerca de la pertinencia o no de la justicia constitucional, y que tanto dio que hablar en la Europa de entreguerras, quedaba rápidamente obsoleto en los países donde la justicia constitucional se establecía, funcionaba y desplegaba sus características de único medio de hacer realidad la proclamación de que la Constitución era la norma suprema del ordenamiento.

Relativamente alejado (aunque está experimentando en los últimos años un proceso de acercamiento) a este “modelo europeo” de justicia constitucional es el caso francés, donde (después de algunas experiencias de control puramente político de la Constitución) se estableció, en la Constitución de 1958, un Consejo Constitucional, al que se le confía, de manera concentrada, el control jurídico de constitucionalidad de las leyes, pero únicamente de forma preventiva, esto es, antes de que entren en vigor.

4. La expansión de la justicia constitucional en el último cuarto del presente siglo

Como consecuencia de los procesos de transición a la democracia, tanto en Europa (primero en Portugal, Grecia y España, donde se puso fin a dictaduras de tipo conservador, después en los países del este, donde se produjo la caída del comunismo) como en Iberoamérica, el afianzamiento del Estado constitucional democrático de derecho originará entre la década de 1960 y la presente una extraordinaria expansión de la jus-

ticia constitucional. El entendimiento de que no hay verdadero Estado constitucional si no lo es democrático y de derecho, y por lo mismo, si la Constitución no es una verdadera norma jurídica superior, capaz de limitar el poder mediante el derecho, de garantizar jurídicamente la soberanía popular y, por ello, de ser fuente inmediata de los derechos de los ciudadanos, conducirá a la admisión de que todo ello sólo puede asegurarse (al margen de otras garantías sociales y políticas que son, en el fondo, las más sólidas, pero no por sí solas suficientes) si se establece un sistema de control judicial de la constitucionalidad, o más generalmente, de aplicación judicial de la Constitución.

Si a esos cambios políticos se suma el prestigio alcanzado por la justicia constitucional en el mundo, ya sea bajo el modelo norteamericano o bajo el modelo europeo, no es de extrañar que se produzca una extraordinaria expansión de tales instituciones de control, de tal manera que incluso se llegará a hablar, en nuestros días, de una “universalización” de la justicia constitucional.⁷

Por lo que se refiere a América, ese desarrollo se manifiesta en la continuidad de la pujanza (acentuada por los intensos debates interpretativos que giran alrededor de nuevos entendimientos jurídico-hermenéuticos) de la justicia constitucional en Estados Unidos y en la ampliación del campo de la justicia constitucional en el resto del continente: así, Canadá (donde a partir del establecimiento de su primera Constitución escrita, en 1982, se establece una mezcla de control difuso y de consulta directa a la Suprema Corte), en México (donde, además del clásico amparo, que tanta relevancia ha dado a ese país desde el siglo XIX, se está convirtiendo, por las últimas reformas introducidas a partir de 1994, a la Suprema Corte en un Tribunal Constitucional), en Colombia (donde el viejo modelo mixto atribuido a la jurisdicción ordinaria ha dado paso, con la nueva Constitución de 1991, al establecimiento de un Tribunal Constitucional, de tal manera que ahora parecen convivir conjuntamente un sistema difuso y otro concentrado, además de la extraordinaria importancia que ha adquirido el nuevo procedimiento judicial de protección judicial de los derechos constitucionales a través de la “acción de tutela”), en Chile, Ecuador, Guatemala, Perú y Bolivia (donde se han establecido Tri-

⁷ Vid., entre otros, Favoreu, L., *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, 1994, p. 13, y Fromont, M., *Le justice constitutionnelle dans le monde*, París, 1996, p. 135 (se ha producido, dirá este autor, “un desarrollo explosivo de la justicia constitucional: el mundo entero está en vías de convertirse a la idea de que el juez debe velar por el respeto a la Constitución”).

bunales Constitucionales), en El Salvador, Costa Rica, Nicaragua y Paraguay (donde el control de constitucionalidad se ha atribuido a la sala de lo constitucional del Tribunal Supremo ordinario, aunque en algunos casos la decisión final corresponde al pleno de dicho Tribunal), Panamá (donde ese control lo ejerce únicamente el Tribunal Supremo en pleno) o en fin, en Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela (donde continua el sistema mixto de control difuso con efectos de inaplicación confiado a todos los jueces y tribunales y control concentrado con declaración de inconstitucionalidad atribuido a la Corte Suprema de Justicia).

En cuanto a Europa, hay que señalar, por un lado, la introducción, en los años de 1970, de la justicia constitucional, de manera muy singular, confiada al órgano supremo de la jurisdicción ordinaria; en Suecia y Dinamarca, se atribuye a un Tribunal especial Superior; en Grecia (Constitución de 1975), de ciertas (aunque escasas) funciones de justicia constitucional, y el establecimiento de un “Tribunal de Arbitraje”; en Bélgica (en 1983, reformado en 1989), al que se confían determinadas (pero también escasas) competencias de justicia constitucional, como son la tutela de la distribución territorial del poder y la salvaguarda de los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación y de libertad de enseñanza. Y por otro lado, la relevancia que alcanza la expansión del llamado “modelo europeo” de justicia constitucional, caracterizado por la adopción del sistema de “Tribunal Constitucional”, así en España (Constitución de 1978, donde se adopta un modelo más parecido al español de 1931 y, por ello, al actual alemán, que al italiano) y Portugal (primero de manera impropia, es decir, no enteramente jurisdiccional, en la Constitución de 1976 y después de forma ya perfectamente judicializada a partir de la reforma constitucional de 1982). Este sistema se trasladará también, de una parte, a Turquía (en 1962, pero sobre todo después de la reforma de 1982) y, de otra, a los países del este europeo como consecuencia de los procesos de transición a la democracia que experimentan tras la caída del comunismo, y que ha llevado a la creación de Tribunales Constitucionales en la práctica totalidad de esos países (Rusia, Polonia, Hungría, República Checa, Eslovenia, etcétera).

Un buen ejemplo, por último, de la íntima relación, hoy generalmente admitida, entre Estado constitucional de derecho y justicia constitucional lo proporcionan los procesos de integración internacional y supranacional, donde encontramos, de un lado, la creación de tribunales internacionales

encargados de la aplicación de esa especie de “Constitución internacional” que son las declaraciones de derechos humanos (Tribunal de San José de Costa Rica, Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo) y, de otro, la creación (y la enorme fuerza) de un Tribunal para garantizar judicialmente el respeto al derecho supranacional en la unión más avanzada de ese género que actualmente existe. Nos referimos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, verdadero Tribunal Constitucional que tiene como principal cometido garantizar judicialmente el respeto de los Tratados originarios (es decir, la aplicación de lo que podría llamarse, y así la ha designado el propio Tribunal, la “Constitución europea”).

5. *La relativización de las diferencias entre los modelos difuso y concentrado*

Aparte de la “mundialización” de la justicia constitucional (además de los ejemplos europeos y americanos, que son los tenidos especialmente en cuenta en este estudio, podrían señalarse más de otros continentes, que han establecido una aplicación judicial de la Constitución, así, por citar algunos, la India, Japón, Corea del sur, Australia, Egipto o África del sur), otra de las notas que la caracterizan en este final de siglo es la cercanía entre los modelos y, por ello, la relativización de sus diferencias.

Ni en el modelo norteamericano puede sostenerse ya el mero efecto *inter partes* de la declaración de inconstitucionalidad, que muchas veces adquiere eficacia general, y no sólo por la vinculación al precedente y por el sistema de *stare decisis*, ni en el llamado modelo “europeo” puede sostenerse que la declaración de inconstitucionalidad lo es siempre con efectos anulatorios (pues se han abierto camino a fórmulas próximas a las norteamericanas, de inconstitucionalidad sin nulidad y de efectos *pro futuro* o de jurisprudencia “prospectiva”). Por otro lado, hemos visto cómo se han desarrollado sistemas mixtos donde se acumulan el control difuso y el concentrado.

Incluso en el cometido (que no es el único, pues la tutela de los derechos fundamentales y la garantía de la división territorial y funcional del poder son también cometidos de la justicia constitucional) más llamativo, aparentemente, del control de constitucionalidad, como es la del control de las leyes, la proliferación de sentencias interpretativas (e incluso aditivas y manipulativas) ha originado que no pueda hablarse sólo

de un legislador negativo (a la manera de Kelsen), sino también de un legislador positivo, para referirse a los tribunales que ejercen la tarea de aplicar la Constitución. Y, en fin, y en relación con ello, es generalmente aceptado que la Constitución (incluso en los países con Tribunal Constitucional) es aplicable por todos los jueces y tribunales (aunque en algunos casos sólo al Tribunal Constitucional esté atribuido, en monopolio, pues, la declaración de la inconstitucionalidad de la ley).

Bajo diferencias estructurales que no cabe desconocer, la cercanía de fondo es grande, sin duda alguna, entre todos los sistemas “desarrollados” (eso sí) de justicia constitucional. En unos y otros, la clave y a su vez el elemento común lo desempeña un papel idéntico que, en esa tarea de la justicia constitucional, desempeña el máximo órgano judicial que ejerce la función, ya se llame Tribunal Constitucional o Suprema Corte de Justicia. Y esa función es la de ser el intérprete supremo de la Constitución, esto es, la de unificar la interpretación constitucional (que es tanto la de interpretación de la Constitución como la interpretación constitucional de la ley) e imponerla, con carácter vinculante, al resto de los órganos judiciales.

Porque, realmente, como ya se dijo al principio de este trabajo, la justicia constitucional no consiste más que en la aplicación judicial de la Constitución y, por ello, su entendimiento más profundo reside en su comprensión no tanto estructural cuanto material. A ello dedicaremos la segunda parte de este trabajo, donde ya no trataremos tanto de la forma cuanto de la materia, es decir, pasaremos del examen de la justicia constitucional como organización a la justicia constitucional como “interpretación”, esto es, a la “jurisprudencia constitucional”.

III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO ACTIVIDAD DE APLICACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. SU PROCESO EVOLUTIVO DESDE EL PUNTO DE VISTA FUNCIONAL

1. *Observaciones preliminares. La aplicación de la Constitución por los jueces como problema principal de la justicia constitucional*

Dado, como acaba de exponerse más atrás, que hoy la justicia constitucional no es otra cosa que la aplicación judicial de la Constitución, y que, en todos los sistemas de justicia constitucional, la aplicación de la Constitución corresponde a todos los jueces y tribunales (incluso allí don-

de existe un tribunal especial llamado Tribunal Constitucional), el problema más importante que todo ello plantea no es otro que el de la especial situación que, por dicha aplicación constitucional, se produce en cualquier sistema jurídico que no sea el norteamericano, esto es, que no contenga el arsenal de instituciones (vinculación al “precedente”, *stare decisis*, *certiorari*) que allí permiten “disciplinar” la interpretación-aplicación de la Constitución.

Por ello, plantearse ese problema es hoy una verdadera necesidad en estos momentos de expansión y apogeo de la justicia constitucional, porque el riesgo que se corre es, paradójicamente, que por haber triunfado la aplicación judicial de la Constitución se vea en peligro la (necesaria, también) vinculación de los jueces a la ley. A esa vinculación, o mejor dicho, a la especial posición “jurisdiccional” (en sentido material, de “decir el derecho”) que hoy tiene el juez, entre la legalidad y la constitucionalidad, se dedicarán las páginas que siguen.

Sin embargo, debe hacerse una advertencia preliminar, en el sentido de que dicho problema (el de la vinculación del juez a la ley y no sólo a la Constitución) no debe hoy ser abordado desde una perspectiva que podríamos llamar “antigua”, esto es, desde el punto de vista de la sumisión del juez a la ley y no al capricho, al arbitrio o al derecho natural. En un Estado de derecho ya no caben consideraciones de ese género, pues la “justicia del *cadí*” no es algo que hoy quepa discutir, sino directamente condenar, dicho esto, por supuesto, en su sentido más fuerte, es decir, con el Código Penal en la mano. Como el punto de partida del que debe arrancarse es el de que los jueces, en los países civilizados, imparten justicia aplicando el derecho vigente, el problema de la vinculación de los jueces a la ley ha de abordarse desde una perspectiva que podríamos llamar “moderna”, esto es, la propia de un Estado constitucional de derecho, y esa perspectiva no es otra que la doble sumisión de los jueces a la Constitución y a la ley. Hoy, podría decirse sin exageración alguna, los principales problemas que existen en la vinculación de los jueces a la ley derivan de que también están vinculados a la Constitución. Desde esa perspectiva, pues, vamos a tratar el asunto objeto de esta segunda parte del trabajo.

Para ello debemos comenzar recordando, a continuación, algunas ideas (ya apuntadas en la primera parte de este trabajo, pero no desarrolladas) muy poco originales, por cierto, pero de ineludible alusión (en cuanto

que la relación entre Estado constitucional de derecho y justicia constitucional es inescindible), acerca del Estado constitucional de derecho, de su significado y de su recepción en Europa. Porque, y ésta es la última advertencia que teníamos que hacer, a diferencia de la primera parte de este trabajo, cuyo enfoque “estructural” nos permitía utilizar una amplia muestra de derecho comparado, en esta segunda parte, su enfoque “material”, y por ello la necesidad de trabajar con categorías jurídicas muy depuradas (y conocidas por el autor), nos obliga a reducir el ámbito de la comparación y a fijarnos más en Los Estados Unidos de América y en Europa occidental que en otras zonas del mundo. De todos modos, las consideraciones que se harán a partir de ese ámbito comparativo son perfectamente trasladables a otros países, en cuanto que la comparación que va a efectuarse girará alrededor de dos modelos de justicia constitucional que están generalmente extendidos al resto de los países. Por ello, las características de tales modelos, sus diferencias, sus analogías, su mixtura, originan problemas y permiten apuntar soluciones que tienen, muy probablemente, validez general.

2. El Estado de derecho como Estado constitucional de derecho. Su recepción en Europa

A. Un primer modelo basado en dos jurisdicciones separadas

Como es bien sabido, la consideración de la Constitución como norma suprema del ordenamiento y, en consecuencia, el entendimiento del Estado de derecho como el sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución y, bajo ella, a las demás normas jurídicas, será una novedad que en Europa sólo se produce de manera plena a mediados de este siglo. El Estado de derecho ya no se identificará exclusivamente con el principio de legalidad como había ocurrido en el siglo XIX.

Es cierto que ya en los primeros decenios del siglo XX la idea de que la Constitución era no sólo norma política (como en el XIX) sino también norma jurídica se había extendido en Europa como consecuencia, principalmente, de la doctrina de Kelsen; y también es cierto, como ya se expuso en la primera parte de este trabajo, que en Checoslovaquia (aunque allí muy efímeramente); en Austria, en 1920, y en España, en 1931, se había trasladado esta doctrina a la práctica con la creación de los primeros Tribunales Constitucionales. Sin embargo, tales ejemplos del primer

tercio de este siglo no significaron enteramente la conversión del Estado de derecho en Estado constitucional de derecho, en cuanto que, con los matices o aclaraciones a que ahora nos referiremos, la Constitución, que en aquellos ordenamientos vinculaba al legislador y era aplicable, claro está, por el propio Tribunal Constitucional, no llegó a extender plenamente su fuerza vinculante a la totalidad de los poderes públicos.

La cuestión de inconstitucionalidad (introducida, como ya se dijo, en Austria en 1929 e incluida en el modelo español de 1931) no venía a alterar sustancialmente el primitivo esquema kelseniano de que la Constitución sólo establece obligaciones jurídicas para el legislador, ya que, al impedir a los jueces constatar la invalidez de la ley contraria a la Constitución, significaba más bien un refuerzo de la idea de que los jueces no podía aplicar las normas constitucionales. El recurso de amparo tampoco rompía frontalmente ese sistema, pese a que supusiera una brecha en el mismo. Y no lo rompía porque el amparo austriaco no presuponia exactamente entonces que todos los jueces pudiesen aplicar, directa e incondicionalmente, los derechos constitucionales, y el amparo español de nuestra segunda República tampoco, ya que sólo preveía que unos juzgados especiales (“de urgencia”) entendiesen de lo que podría denominarse el amparo ordinario, como requisito previo al conocimiento del asunto por el Tribunal de Garantías Constitucionales; aquellos órganos judiciales, de “urgencia”, que podrían ser considerados, creo, como una especie de “juzgados constitucionales”, no llegaron ni siquiera a crearse.

El sistema europeo de “juridificación” de la Constitución en el primer tercio del siglo XX fue, pues, con leves variaciones, el kelseniano: la Constitución era aplicable sólo por el Tribunal Constitucional; los jueces ordinarios no aplicaban la Constitución, sino la ley. El sistema se basaba en dos jurisdicciones separadas, la de constitucionalidad y la de legalidad.⁸

B. Un segundo modelo, el actual, basado en dos jurisdicciones conectadas. La mezcla de un modelo norteamericano de Constitución y un modelo europeo de jurisdicción

A partir de la segunda postguerra, se pone en práctica en algunos países europeos un modelo de justicia constitucional que se separa del kel-

⁸ Vid. García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pp. 55-59.

seniano, aunque no llega a identificarse, ni mucho menos, con el norteamericano. Se queda a medio camino. Por un lado, se recibe lo que podría llamarse “modelo norteamericano” de Constitución, en el sentido de aceptarse que la Constitución es norma jurídica que vincula a todos los poderes del Estado (y en algunos extremos y con determinados efectos, incluso a los propios particulares), de tal manera que ya no será la Constitución exclusivamente fuente del derecho, sino también fuente inmediata de derechos (y de competencias de los órganos públicos) y como tal aplicable por todos los jueces y no sólo por el Tribunal Constitucional.⁹ Por otro lado, la necesidad, subsiguiente, de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución significará que todos los jueces han de llevar a cabo tal interpretación constitucional y, lo que es más indicativo aún, que tal interpretación han de efectuarla según las pautas determinadas por el supremo aplicador e intérprete de la Constitución: el Tribunal Constitucional, que así se convierte, de manera inexorable, en el supremo tribunal del Estado, por encima del tribunal de casación, aunque a éste, quizá por inercia, se le siga llamando el “Tribunal Supremo”.

Ahora bien, razones muy conocidas llevaron a que en Europa no se eliminase la sumisión de los jueces a la ley (al “imperio de la ley”, que suele ser la fórmula utilizada), no reconociéndoseles, pues, la facultad de inaplicar la ley por razón de inconstitucionalidad. Esa facultad y además con efectos anulatorios *erga omnes* sólo se atribuiría al Tribunal Constitucional.

El modelo resultante, el actual europeo de justicia constitucional, seguirá contando, como en las décadas de 1920 y 1930, con dos jurisdicciones, una “especial”, concentrada en un sólo órgano, el Tribunal Constitucional, y otra “ordinaria”, ejercida, de manera difusa, por todos los juzgados y tribunales integrantes de la organización del Poder Judicial. Pero, a diferencia de lo que ocurría en el modelo kelseniano, ya no se trata de dos jurisdicciones (una de “constitucionalidad” y otra de “legalidad”) estrictamente separadas, ni por el derecho que aplican (ambas aplican ahora la Constitución y la ley) ni por los actos sometidos a su conocimiento (ambas entienden de actos y reglamentos, e incluso en relación con la ley, sólo tiene el Tribunal Constitucional el monopolio de rechazo, pero no el control exclusivo de ella).

9 Vid. por todos, *ibidem*, pp. 63-103.

Uno de los rasgos más significativos de este sistema será, pues, el del doble sometimiento de los jueces: a la Constitución, que han de cumplir y, por lo mismo, no pueden ignorar o inaplicar, y a la ley, a la que están sometidos y de la que no pueden disponer, lo que significa que no pueden inaplicarla por razón de invalidez. La solución de esta aparente contradicción estará en la cuestión de inconstitucionalidad, que permite que los jueces, no pudiendo disponer de la ley, no estén obligados tampoco a aplicarla cuando la consideren inconstitucional. Por medio de la cuestión se hace posible la supremacía jurídica de la Constitución en todos los ámbitos del ordenamiento sin que se rompa el principio de la sumisión de los jueces a la ley; esto es, se hace posible que los jueces estén sometidos, al mismo tiempo, a la Constitución y a la ley.

3. *Problemas derivados de la doble vinculación de los jueces a la Constitución y a la ley*

A. En el plano teórico

a) Constitución como norma, supremacía de los jueces y menoscabo de la ley

La fórmula, aparentemente sencilla, de resolución del problema derivado de la doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley, basada en la implantación de la cuestión de inconstitucionalidad, no puede ocultar, sin embargo, las muchas complejidades teóricas y prácticas que ese modelo encierra.

En el plano de la teoría, la complejidad deriva, sobre todo, de la naturaleza jurídica de la propia Constitución y, por ello, de la dificultad de su interpretación-aplicación con los instrumentos del positivismo. Para garantizar el pluralismo, la Constitución ha de contener las suficientes normas abiertas, cuya concreción, por ello, corresponde más al legislador que al juez; para cumplir su misión de ser la norma básica (y no sólo suprema) del ordenamiento (de un ordenamiento que hoy abarca la casi totalidad de las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales), la Constitución ha de albergar muchas cláusulas generales, en forma de principios y de valores. Estas características de la Constitución no son el resultado sólo de una determinada corriente actual del constitucionalismo sino de la consideración de la Constitución como norma jurídica supre-

ma, con todas sus consecuencias, y entre ellas, la muy relevante de que los derechos proclamados por la Constitución, los derechos fundamentales, son directamente aplicables sin necesidad de mediación legal. De ahí precisamente lo razonable de las críticas al “positivismo legalista” como forma de interpretación constitucional que se han venido realizando desde las perspectivas “principalistas” u “ordinamentalistas”.

Justamente por ello, la hermenéutica tradicional (basada en los métodos clásicos ya acuñados por Savigny) no permite hoy, por sí sola, interpretar-aplicar la Constitución, y se ha acudido, en los últimos decenios, a métodos complementarios de interpretación (desde la tópica a la “concretización”, pasando por las variadas fórmulas de la “argumentación racional”) que, entre otras cosas, lo que demuestran es la muy diferente operación intelectual, que es interpretar la Constitución respecto de lo que es interpretar la ley. En resumidas cuentas, las indeterminaciones de la ley puede concretarlas su intérprete acudiendo para ello a los principios que le facilita la Constitución como norma superior; en cambio, las indeterminaciones de la Constitución no pueden ser concretadas acudiendo a ninguna otra norma superior a ella (ya que la Constitución es precisamente la norma suprema), sino con el apoyo de la propia teoría constitucional, con lo cual ésta (la teoría) pasa a integrarse en la norma misma, para dotarla de sentido. Ello, como es claro, hace de la interpretación constitucional una labor sumamente delicada.¹⁰

Todos estos problemas, perfectamente conocidos, están bien condensados, creemos, en el importante libro de Gustavo Zagrebelsky *Il diritto mite*.¹¹ Allí se viene a decir que, como consecuencia de la transformación experimentada por el Estado de derecho del siglo XIX, al convertirse en el Estado constitucional de nuestro tiempo, los derechos ya no dependen de la ley, sino de la Constitución. Ese cambio, se dirá, posee un significado especialísimo, en cuanto que no es de grado, sino de cualidad. Los derechos *ex lege* podían ser entendidos como reglas; los derechos *ex Constitutione* han de ser entendidos como principios (por su flexibilidad, para ser adaptables al caso; su mayor nivel de abstracción, por acumula-

10 Sobre los diversos problemas que plantea, hoy, la interpretación constitucional, nos remitimos a nuestro libro *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, 1995, pp. 91-134. También Böckenförde, E. W., “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, 1993 (edición en español), pp. 13-43, y Hesse, K., “La interpretación constitucional”, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, 1983, pp. 33-58.

11 Zagrebelsky, G., *Il diritto mite*, Turín, 1992 (hay traducción al español, realizada por Marina Gascón y editada en Madrid en 1995, con el título de *El derecho dicitil*).

ción de consenso; su amplio grado de apertura, por respeto al pluralismo). Ello impone, pues, un nuevo modo de concebir el Estado de derecho, que pasa a ser Estado de “derechos”; y un nuevo modo de entender el derecho mismo, que ya no puede captarse bajo el método positivista. Los derechos valen hoy independientemente de la ley. Para interpretar y aplicar los derechos no sirve la *scientia iuris*, sino que se precisa de la *iuris prudentia*, capaz de incorporar la realidad a la norma a través del caso y de utilizar la equidad para buscar la solución normativa a través del principio de proporcionalidad. El derecho constitucional de nuestro tiempo (con esa expresión Zagrebelsky no se refiere a una disciplina científica o académica, sino al derecho de la Constitución, es decir, a la aplicación de la Constitución) ha de utilizar por ello razonamientos propios del derecho natural. Tal situación (sigue opinando Zagrebelsky) parece que nos aproxima al modelo norteamericano y, como ocurre allí, hoy en Europa la función de los jueces está llamada a adquirir igual o superior importancia que la propia del legislador.

Hasta aquí, pues, Zagrebelsky, de cuya posición teórica es un fiel resumen, creemos, lo dicho en el párrafo anterior. Ante ello caben algunos comentarios:

Efectivamente, los derechos constitucionales son algo más que reglas jurídicas. Quizá resulte exagerado decir que sólo son principios jurídicos (con lo que ello supondría: todos los derechos fundamentales serían entonces de estricta configuración legal), aunque algunos sí tengan esa estructura, especialmente los derechos de prestación, pero es difícil negar, en todo caso, que son reglas con un gran componente de principios.¹²

Está claro que la interpretación de la Constitución es bien distinta de la interpretación de la ley, pero no sólo por una razón de grado (porque la Constitución contenga más cláusulas generales que la ley), sino de calidad (porque las inconcreciones de la Constitución, a diferencia de lo que ocurre en la ley, no permiten acudir a otra norma superior para resolverlas).

Es cierto que el derecho constitucional europeo tiende a ser un “derecho constitucional por principios” (y no por reglas) y que ello puede conducir a:

- La introducción de la moralidad en el derecho (como sostiene Dworkin) o al menos a una cierta absolutización de determinados

12 Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 135-138.

valores materiales. En ese sentido, dirá Zagrebelsky¹³ que “la primera de las grandes tareas de las Constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley”.

- La introducción de un razonamiento jurídico basado en la prudencia y no en la certeza (o en la necesidad). Zagrebelsky lo expresa bien:¹⁴ “la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación. La ‘concordancia práctica’ o el ‘balanceo entre bienes jurídicos’ dirigido por el principio de proporcionalidad [...] entran dentro de este enfoque”.
- La consideración de los jueces como órganos más del derecho que del Estado. Es decir, no sólo desligados de la ley, sino de todas las instituciones políticas estatales. Ello significaría entender que Estado y derecho son entidades separables y que los jueces, más que al derecho emanado del Estado se deben al elaborado (de manera conceptual) por la propia cultura jurídica.

Parece razonable sostener, en fin, que el actual sistema constitucional europeo fomenta una aproximación al modelo norteamericano de la función del juez, en el que, como decía Hamilton en *El Federalista*, se concibe a los tribunales como un “cuerpo intermedio entre la sociedad y el Estado”.

b) Los jueces ordinarios como jueces constitucionales. El Estado constitucional como forma mixta

La consecuencia de un enfoque como el que acaba de exponerse, que extrema el principalismo constitucional y desliga los derechos de la ley, no puede ser otra, desde luego, que la práctica equiparación, como también se ha señalado, del modelo judicial europeo con el modelo judicial norteamericano: en Europa, como en Los Estados Unidos de América, todos los jueces serían, pues, jueces constitucionales. El Estado constitucional ya no podría ser calificado como una forma pura, una democracia,

¹³ Zagrebelsky, G., *op. cit.*, nota 11, p. 57.

¹⁴ *Ibidem*, p. 170.

sino como una forma mixta, en la que la democracia de la ley estaría templada (corregida) por la aristocracia de los jueces. Estos compondrían, pues, una especie de nueva *noblesse de robe*.

Más aún, una concepción así conduce, de manera casi inevitable, a reconocer a los jueces una posición superior a la del propio legislador, argumentándose, y así lo apunta Zagrebelsky,¹⁵ que los jueces están en mejores condiciones que el legislador para “concretizar” los derechos fundamentales. La jurisprudencia aparecería adornada de unas virtudes (medura, conocimientos jurídicos, objetividad) de las que la legislación carecería (los legisladores, además de defectuosos juristas, serían siempre parciales, escasamente neutrales ante el pluralismo). La clase política parlamentaria, poco dada al sosiego y a la meditación, no parecería la más idónea para realizar una actividad intelectual, de cultura (y no sólo de cultura jurídica), como es la proyección de los derechos fundamentales en la vida del derecho. El derecho, los derechos, serían, pues, algo demasiado importante para dejarlo en manos de los políticos.¹⁶

La profunda capacidad deslegitimadora del Parlamento y, más en general, de la democracia representativa que pueden tener las argumentaciones de este tipo (por otra parte ya suficientemente conocidas y repetidas desde hace muchos decenios) no hace falta subrayarlo.

B. En el plano de la práctica

Aunque sea de manera muy breve, entre otras razones porque algunas de las consecuencias prácticas de estos problemas teóricos ya se han ido apuntando más atrás al hilo de ellos, no está de más alertar sobre las dificultades que presenta conciliar en el plano de la práctica la doble vinculación de los jueces a la Constitución y a la ley. El mandato de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con una Constitución que contiene principios y valores puede llevar (en España tenemos ya sobrados ejemplos) a que los jueces se desliguen de la ley por entenderse más ligados a la Constitución y, sin acudir siquiera al planteamiento de la

¹⁵ *Ibidem*, pp. 70-77 y 127-129, principalmente.

¹⁶ Esta idea de la “superioridad” jurídica del juez sobre la ley no es nueva, claro está. Por acudir a un buen ejemplo, también en el famoso discurso rectoral de Otto Bachof de 1959, *Jueces y Constitución*, puede detectarse muy claramente una apreciación de la mejor “calidad” del juez que del legislador en el proceso de “realización” del derecho (pp. 35-59, muy especialmente, p. 52, de la edición española, Madrid, 1963).

cuestión ante el Tribunal Constitucional, inapliquen la ley y, en su lugar, apliquen no ya reglas o principios constitucionales, sino valores constitucionales¹⁷ o incluso valores que a veces ni siquiera están directamente expresados, como tales, en el texto de la propia Constitución.

Reconocer que estas consecuencias prácticas son difícilmente evitables a partir de determinados planteamientos teóricos no significa, ni mucho menos, sostener que su remedio puede estar en devolver a la ley el lugar supremo que antes ocupó (eso supondría, sencillamente, destruir el Estado constitucional) o en recuperar el modelo de las dos jurisdicciones separadas (casi inédito, de modo puro, en la realidad pasada y de imposible instauración en el presente, dado el actual concepto de Constitución) o en impedir la labor de creación jurídica que desempeña la jurisprudencia (algo que resultaría también imposible en el sistema de derecho de nuestro tiempo). Su significado, o quizá mejor su pretensión, mucho más modesta y creo que mucho más razonable, es sólo llamar la atención sobre algunos excesos del modelo teórico que pueden auspiciar, en gran medida, aquellas consecuencias prácticas. Esas observaciones críticas son las que a continuación van a exponerse.

4. *Singularidades y límites del modelo europeo de relaciones entre Constitución, jueces y ley*

A. Diferencias con el modelo norteamericano

Aunque la importante función creadora del derecho que desempeñan los jueces en el modelo norteamericano se basa en razones y circunstancias bien conocidas (entre estas últimas, la vigencia del *Common Law* y el ejercicio de la jurisdicción constitucional difusa), no faltan allí las críticas a lo que algunos entienden como excesivo poder de los jueces sobre el legislador, no tanto en lo que se refiere a la inaplicación de la ley por contradicción frontal con reglas constitucionales, cuanto a la sustitución

¹⁷ Parece razonable sostener que los valores no deben tener eficacia directa, sino sólo indirecta o interpretativa. Acerca de ello y, más en general, de los límites de la jurisprudencia de valores nos remitimos a nuestro trabajo *Constitución y democracia*, 2a. ed., Madrid, 1990, pp. 84-97. Una crítica muy acertada a la posibilidad de que el juez utilice los valores como normas de primer grado se encuentra en los votos particulares de los magistrados Díez-Picazo y Rubio Llorente en la sentencia del Tribunal Constitucional español 53/1985. En el mismo sentido, *vid.* Rubio Llorente, F., "Prólogo", en Rubio Llorente, F., *et al.*, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Madrid, 1995, especialmente, pp. XI-XVI.

de los criterios políticos del legislador por el criterio “valorativo” del juez.

Desde posiciones teóricas no coincidentes, ni mucho menos, se comparte, sin embargo, la tesis de la “deferencia a la ley” y, por lo mismo, la puesta en entredicho del activismo judicial por diversos autores y personalidades de relieve en el mundo jurídico, como John H. Ely,¹⁸ Robert Bork¹⁹ o Antonin Scalia.²⁰ Nos parece que lo sustancial de estas críticas está bien reflejado en el artículo de Henry P. Monaghan que lleva por título “Our Perfect Constitution”.²¹ Allí dirá que “algunos abogados, muchos jueces y quizás bastantes comentaristas académicos extraen de la Constitución una autorización a los tribunales para anular los resultados del proceso político sobre la base de unos principios generales de moralidad política no derivados inmediatamente de los textos constitucionales o de las estructuras que la Constitución crea”.²²

El problema, como es lógico, reside en un determinado concepto del derecho, de tal manera que, a partir de éste, se comprende la posición que ocupa el juez. Por ello, la crítica a aquel activismo judicial tiene que sustentarse en la previa crítica a ese concepto del derecho en que se basa. De ahí que Monaghan sitúe en un entendimiento excesivamente “principlista” del derecho la raíz del problema; y así dirá: “el Profesor Dworkin echa sobre las espaldas de los tribunales la tarea de hacer efectiva nuestra ‘moralidad constitucional’, fundamentalmente los principios morales ‘presupuestos por el Derecho y las instituciones de la comunidad’ ”.²³ Es sintomático que el libro (bastante dworkiano, creemos) de Zagrebelsky comience precisamente con el siguiente párrafo: “lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto”;²⁴ es decir (y así se explicita en el libro más adelante), lo verdaderamente fundamental en el derecho no es el texto de la ley, ni siquiera el texto de la Constitución, sino los principios y valores que dan significado a esos textos y los “sostienen” (lo

18 Ely, John H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., 1980.

19 Bork, Robert, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Nueva York, 1990.

20 Scalia, A., “Originalism: The Lesser Evil”, *Cincinnati Law Review*, 57 (1989).

21 Monaghan, H. P., “Our Perfect Constitution”, *New York University Law Review*, vol. 53, mayo-junio de 1981.

22 *Ibidem*, p. 353.

23 *Ibidem*, p. 359. Los términos “principios morales presupuestos por el derecho y las instituciones de la comunidad” son utilizados por Ronald Dworkin en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, p. 126. En la edición española, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, p. 144.

24 Zagrebelsky, G., *op. cit.*, nota 11, p. 3.

que significa no sólo que están fuera de ellos, sino que son superiores a ellos). De análoga manera, Bachof²⁵ ya hablaba de “un orden de valores que —no en sus detalles, pero sí en las normas fundamentales que lo constituyen y legitiman— ha sido considerado por la Constitución como anterior a ella misma” o de “un orden de valores anterior al Derecho y al que éste está sujeto”.

En el fondo, pues, lo que hay no es otra cosa que un entendimiento de la Constitución y, en general, del derecho como un sistema material de valores. Frente a ello, como es perfectamente conocido, se han manifestado otras corrientes más apegadas al normativismo, que no postulan la vuelta a un estricto positivismo jurídico (de difícil encaje hoy en un modelo de Constitución como el presente), pero que defienden una concepción más objetiva del derecho y, por lo mismo, menos valorativa o sustancialista. Valores adjetivos frente a valores materiales, democracia procedimental frente a democracia sustantiva; ésta podría ser la crítica que hemos ejemplificado con las citas de Monaghan y que cerramos con una última (que es también, precisamente, la frase con que Monaghan termina su artículo): “en resumen, quizás la Constitución garantiza sólo una democracia representativa y no un perfecto gobierno”.²⁶

No es éste el lugar para extenderse acerca de la polémica sobre la Constitución como norma abierta y la Constitución como sistema material de valores.²⁷ Respecto de algunos de sus aspectos, sin embargo, volveremos más adelante. Lo que ahora interesa apuntar, frente a algunos importadores acrílicos del modelo norteamericano como panacea para resolver los problemas del derecho europeo, es que aquel modelo también tiene bastantes problemas, entre ellos su gran capacidad de generar excesos de judicialismo, como han puesto de relieve algunos de sus principales estudiosos.

De todos modos, lo que parece más importante es constatar algo que no conviene perder de vista: que el modelo europeo continental es bien distinto del norteamericano. Aquí el parlamentarismo, la codificación, la idea rousseauiana de ley, la separación estricta entre Parlamento y Poder Judicial han sido unos factores que, desde el siglo XIX hasta hoy, generaron un sistema político y jurídico que tiene como una de sus bases

25 Bachof, *op. cit.*, nota 16, pp. 28 y 36, respectivamente.

26 Monaghan, H. P., *op. cit.*, nota 21, p. 396.

27 Lo hemos tratado en otros lugares, entre ellos en, *op. cit.*, nota 10, pp. 42-60.

fundamentales la vinculación de los jueces a la ley y, por lo mismo, la prohibición de que puedan disponer de ella. De ahí que en Europa no se estableciese el control de constitucionalidad difuso, sino el concentrado. Por otro lado, en la cultura jurídica europea carecemos de los instrumentos (que la cultura jurídica norteamericana sí ha creado) que permitiesen ordenar (en última instancia, unificar) la actividad de todos los jueces aplicando la Constitución e inaplicando la ley.

B. La función de los jueces en un derecho constitucional principalista

Dicho todo lo anterior, también hay que reconocer, como ya se apuntó más atrás, que aunque el sistema europeo sea distinto del norteamericano, parece difícil negar que hoy el derecho de la Constitución es un derecho “por principios” (por utilizar los términos de Zagrebelsky), esto es, que tenemos (y en España, y en los demás países europeos e iberoamericanos con Constituciones recientes, muy claramente) una Constitución principalista.²⁸ Y ello origina unas consecuencias que han de aceptarse, entre las que se cuentan un mayor margen de discrecionalidad en la interpretación jurídica y, por lo mismo, un reforzamiento de la importancia del papel de los jueces en el Estado de derecho, que pasa a ser, así, Estado jurisdiccional de derecho. Todo ello es, sin duda alguna, positivo para la libertad e igualdad de los ciudadanos. No hay derecho sin jurisdicción, ni Estado de derecho sin independencia judicial, ni derechos sin jueces. La función judicial es, en consecuencia, una de las actividades públicas más fundamentales. Todo eso es obvio, como lo es también que la jurisprudencia tiene hoy la consideración indudable de fuente del derecho.

Además, la existencia misma de los derechos fundamentales como derechos inmediatamente aplicables refuerza el papel de los jueces. Como bien se sabe, los derechos fundamentales lo son en cuanto que son derechos constitucionales, esto es, en cuanto que su efectividad no depende absolutamente de la ley (de la mayoría política de cada momento); ahora bien, dado que las normas constitucionales sobre derechos son, inevitablemente (por más genéricas), algo bien distinto de las precisas reglas legales, el campo de la jurisdicción en la concretización de los derechos alcanza una notable amplitud. Por otro lado, la necesidad de “constitu-

²⁸ Sobre el término “Constitución de principios” (y su opuesto, “Constitución de detalle”) puede verse Dworkin, Ronald, *Life's Dominion*, Nueva York, 1993, pp. 119 y ss.

cionalizar” el ordenamiento conduce a la interpretación de todas las normas que lo componen, de conformidad con los preceptos de la Constitución, que muchas veces contienen cláusulas dotadas de un alto grado de indeterminación, lo que proporciona al juez, que es el intérprete-aplicador por excelencia de las normas, un amplio margen a la hora de extraer de ellas su sentido.

Ambas circunstancias refuerzan, como ya se señaló, el poder de los jueces, sin duda alguna, y por ello contribuyen al deslizamiento, prácticamente inevitable, de la democracia constitucional del presente, según se apuntó más atrás, hacia su configuración como una forma mixta de gobierno en que la democracia de la ley se encuentra corregida por la aristocracia de los jueces. Sin embargo, para reducir los riesgos de desequilibrio del sistema, que, por la naturaleza de las cosas (o mejor dicho, por la naturaleza del derecho actual), tendería a hacer prevalecer la jurisprudencia sobre la legislación, es preciso abogar por unas medidas de reequilibrio (curativas) o contrapeso (preventivas) a cargo de la propia cultura jurídica consistentes en la utilización de la teoría jurídica y no de la filosofía moral en la aplicación de la Constitución o, en suma, en potenciar el normativismo y reducir la jurisprudencia de valores. Ése podría ser, quizá, el camino para que el Estado de derecho no acabase convirtiéndose en Estado de justicia.²⁹ El primero procura certeza, previsión, seguridad, esto es, igual libertad para todos, mientras que el segundo, como autorizadamente se ha dicho tantas veces, sería el caldo de cultivo de la de arbitrariedad, es decir, de la desigualdad.

De todos modos, esas medidas de autocontención quizá no basten y es muy probable que sea preciso, además, crear límites externos (normativos) que impidan el desequilibrio. Y ello sólo se consigue reduciendo el número de aristócratas. Si, dada la tendencia difícilmente evitable hacia el derecho constitucional principalista, la jurisdicción va a terminar imponiéndose sobre la legislación. Al menos, habría que procurar que los

29 Que es algo distinto al “Estado jurisdiccional de derecho” ya aludido. El “Estado de justicia” serían aquél, en el que, como decía Ernest Forsthoff, “es el propio juez quien decide, apoyándose en el Derecho, sobre cuándo está él mismo sujeto a la ley y cuando deja de estarlo” (la cita es de su obra *Die Öffentliche Verwaltung*, 1959, p. 44, y la tomamos de Bachof, O., *op. cit.*, nota 16, p. 16). Parece razonable sostener, como lo hace Bachof, que la situación que Forsthoff critica, es decir, la transformación del Estado de derecho en Estado de justicia no era (ni es) la real, todavía, en el Estado constitucional alemán (ni en el español o cualquier otro europeo occidental), aunque exista el peligro de ello, al menos si se trasladasen a la práctica las teorías de algunos autores o se convirtiesen en mayoritarias las todavía, por fortuna, minoritarias actuaciones de algunos jueces.

jurisprudentes capaces de disponer de la ley queden estrictamente reducidos a los miembros del Tribunal Constitucional, de tal manera que, de entre todos los órganos jurisdiccionales, sólo él (de tan especiales características por su composición y legitimación) tenga atribuida la capacidad de corregir al legislador democrático. En este sentido, no existen más que buenas razones para conservar, y de manera muy estricta (mediante las más severas garantías normativas), el modelo europeo de justicia constitucional, que como se ha dicho reiteradamente más atrás, no consiste ya en la atribución de la justicia constitucional un sólo órgano, puesto que la Constitución la aplican hoy todos los jueces y tribunales, sino en la reserva al Tribunal Constitucional del monopolio de rechazo de la ley.

Además, reducida la jurisdicción aplicadora de principios y valores por encima de la ley (una jurisdicción que sin duda es necesaria, dada la naturaleza de la Constitución democrática) a un sólo órgano, el Tribunal Constitucional, no sólo ocurre que se reduce la aristocracia, sino que, utilizando unos términos más exactos, esa aristocracia se convierte en electiva, o mejor dicho, en parte de la democracia misma, en cuanto que, aunque sea en atención exclusiva a sus méritos jurídicos (“juristas de reconocida competencia” y dilatada experiencia), todos los magistrados de los Tribunales Constitucionales (a diferencia de lo que ocurre con los jueces ordinarios) son designados por instituciones del Estado que son producto directo (el Parlamento) o indirecto (el gobierno, los órganos de suprema administración del Poder Judicial) de la representación popular.

C. El papel de la ley en los derechos fundamentales

La ley no es ya la norma primaria del derecho, que lo es la Constitución, pero sigue siendo (o debe seguir siendo) la norma primordial del ordenamiento como ha recordado, con indudable autoridad, el profesor Díez-Picazo y Ponce de León,³⁰ de manera que por debajo de la Constitución corresponde esencialmente a la ley (y no a los jueces) el desarrollo de las reglas y principios constitucionales.³¹ Y ello es así, de un lado, por

³⁰ *Id.*, especialmente, Díez-Picazo, “Constitución, ley, juez”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, septiembre-diciembre de 1985, pp. 9-23.

³¹ Aparte de las razones basadas en el principio democrático, también pueden existir razones epistemológicas para sostener la mejor calidad de la ley sobre la decisión judicial. Tales razones explican la conocida frase de Aristóteles de que “es mejor legislador el pueblo que el gobernante más sabio”. Acerca de la preferencia del “constructivismo epistemológico” sobre el “elitismo epistemológico” en la formación del derecho, *vid.* Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1992, pp. 203 y ss.

razones de legitimidad democrática evidentes: la democracia parlamentaria (que es hoy decir lo mismo que la democracia constitucional, y que, como forma de Estado, engloba tanto la forma parlamentaria de gobierno como la forma presidencialista de gobierno) significa que las decisiones principales (sobre todo las generales, esto es, las contenidas en normas jurídicas) deben ser tomadas por el Parlamento, única institución del Estado plenamente (“pluralmente”) representativa de la totalidad del pueblo. De otro lado, por razones basadas en la garantía del pluralismo: corresponde a la mayoría electoral desarrollar una “política legislativa” sobre todos los aspectos de la gobernación de un país, y ello no excluye una política legislativa sobre los derechos fundamentales, respecto de los cuales la Constitución asegura, frente al pluralismo, sólo su contenido esencial, pero no el completo y detallado régimen del ejercicio de cada derecho. Ésa fue la doctrina, bien razonable, sentada por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 11/1981, y que es una doctrina que nunca debería abandonarse.

Frente a lo dicho por algunos, de que en materia de derechos fundamentales la mejor ley es la que no existe, y frente a la formulación, más inteligente, de Zagrebelsky, de que es preferible que sea el juez y no el legislador el que “concretice” los derechos fundamentales,³² es preciso sostener que corresponde “constitucionalmente” al legislador desarrollar (concretar) los derechos fundamentales y, en esa misma línea de entendimiento, que la reserva de ley en la materia tiene no sólo el significado de una obligación impuesta al legislador (que es algo mucho más relevante que el mero límite a la potestad reglamentaria), sino también el sentido, positivo, de una garantía para el pleno ejercicio de los derechos.

Es la ley (y no los jueces) la que puede facilitar un disfrute “general”, esto es, igual para todos, de los derechos fundamentales, la que puede garantizar una mayor eficacia de los derechos clásicos de libertad, la que puede dotar de eficacia frente a terceros los derechos constitucionales y la que ha de intermediar, necesariamente, en los derechos prestacionales para que estos puedan, simplemente, adquirir el nombre de tales, es decir, de facultades de exigir y obtener jurídicamente, respaldadas por obligaciones públicas legalmente establecidas.

32 Zagrebelsky, G., *op. cit.*, nota 11, pp. 62-77.

D. El papel del Tribunal Constitucional en la “configuración” de los derechos fundamentales

La pertinencia, e incluso la bondad, del desarrollo de los derechos fundamentales por parte del legislador no significa desconocer la diferencia que existe entre la “definición” de los derechos y su “concreción” y, por lo mismo, el distinto papel que la jurisdicción y la ley juegan en uno y otro supuesto. Es cierto, como ha dicho Alexy, que lo que hoy sean los derechos fundamentales enunciados por la Constitución es definido, esencialmente, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,³³ que ha ido concretando el amplio margen de posibilidades interpretativas que los enunciados constitucionales ofrecen. Efectivamente, como ya se adelantó más atrás, los derechos contenidos en la Constitución son reglas con un alto componente de principios y, por ello, susceptibles de diversos desarrollos o “concretizaciones” no sólo en cuanto a la completa regulación de su ejercicio, sino incluso en cuanto a la determinación de su núcleo mínimo o contenido esencial.

Esta realidad presta un sólido apoyo a la idea de que sea el legislador y no el juez ordinario quien concrete los derechos fundamentales, como ya se ha repetido a lo largo de este trabajo. Pero también presta un argumento de gran peso a favor de la idea de que sólo sea el Tribunal Constitucional el que “defina” el contenido constitucional de esos derechos. Lo que significa, claro está, también un argumento muy sólido a favor de la existencia del recurso de amparo (como ocurre, entre otros países, en España y Alemania), instrumento que permite al Tribunal Constitucional sentar, de manera plena, esa interpretación con carácter vinculante y, por lo mismo, unificar la doctrina sobre la materia.

Esa necesidad de unificación jurisprudencial (o lo que es igual, de aplicación igual de los derechos fundamentales) no se resuelve sólo a través de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que la vaguedad o “generalidad” del enunciado constitucional puede trasladarse muchas veces a la

33 Alexy, R., *op. cit.*, nota 12, p. 23. El texto de la cita es: “si la discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el terreno movedido de su génesis, habría que contar con un casi interminable e ilimitado debate de opiniones. El hecho de que, en gran medida, tal no sea el caso se debe esencialmente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A lo largo de su praxis jurisprudencial de más de treinta años, ha ido introduciendo cada vez más precisiones dentro del amplio campo de posibilidades que otorga el texto constitucional. Lo que hoy son los derechos fundamentales es definido, principalmente, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”.

ley, cuyo texto sobre los derechos puede ser tan poco preciso como el de la Constitución. Además, si sólo existiera la cuestión de inconstitucionalidad, se forzaría mucho a los jueces (más aún de lo que ya les fuerza el artículo 5.3. de la Ley Orgánica del Poder Judicial en España) a interpretar “constitucionalmente” la ley (y ello significaría que también estarían forzados a “definir” el propio derecho constitucional). Dicho en otras palabras, lo que fueran los derechos constitucionales dependería no tanto del Tribunal Constitucional cuanto de todos los jueces si sólo a ellos estuviese confiada su tutela jurisdiccional. En España y en Alemania, los derechos fundamentales son definidos por el Tribunal Constitucional no sólo porque éste sea el supremo intérprete de la Constitución o porque tenga atribuido el control de constitucionalidad de las leyes, sino, principalmente, porque tienen encomendado el recurso de amparo.³⁴ Incluso podría decirse, con mayor exactitud, que el Tribunal Constitucional será, en plenitud, el supremo intérprete de la Constitución en la medida en que tenga atribuido el recurso de amparo.

5. *Justicia constitucional y democracia*

A. Estado de derecho y democracia

Tratar de la vinculación de los jueces a la ley (y a la Constitución) es también tratar de las relaciones entre el Estado de derecho y el Estado democrático. Es bien conocido que para algunos (en Los Estados Unidos de América y en España, por citar dos lugares, que podrían ampliarse a otros más) el Tribunal Constitucional (o el Tribunal Supremo norteamericano) son una especie de poder constituyente permanente que puede completar e incluso adaptar (“enmendar” dirían los norteamericanos) la Constitución, que daría lugar a una “Constitución viviente” que va sufriendo cambios por obra de quien así no es sólo su supremo intérprete, sino también su supremo hacedor. Para otros, en cambio, entre los que nos contamos (y se cuentan algunos más, tanto españoles como norteamericanos, por seguir con la misma muestra) el Tribunal Constitucional

34 La labor “definidora” de los derechos fundamentales que realiza el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo se manifiesta, sobre todo, con ocasión de las colisiones entre los derechos constitucionales. La resolución de estos problemas obliga, casi inevitablemente, a acudir a una interpretación “principalista” de los derechos (esto es, a hacer jugar su dimensión institucional u objetiva).

sólo es el supremo intérprete de la Constitución, pero no el poder constituyente permanente, que únicamente corresponde al pueblo si la Constitución es democrática y, por supuesto, si la Constitución se acata por todos los poderes del Estado, incluido, claro está, el propio Tribunal Constitucional. Eso no significa desconocer, sino por el contrario, valorar muy positivamente la actividad del Tribunal de concreción y recreación de la Constitución. Lo que supone es negarle la capacidad de reformarla, entre otras cosas, porque la propia Constitución ha establecido para ello un específico procedimiento atribuido, como no podía ser menos, al poder político y no al poder jurisdiccional.

Para algunos, el principio de legalidad vincula al gobierno y a la administración, pero no tanto a los jueces, capaces de operar mediante unos principios y valores que sobrepasan a la ley misma. Para otros, entre los que nos contamos, los jueces están sometidos a la ley y no pueden aplicarla de manera que la contradigan, ni siquiera cuando observen que esa ley puede ser contraria a la Constitución (y sólo a ella, incluyendo, por supuesto, los principios y valores que la Constitución contiene, no los ajenos a la Constitución misma, que nunca han de prevalecer sobre la ley), exigiéndoselos en tal caso que planteen la cuestión al Tribunal Constitucional. Los jueces no pueden inaplicar la ley, aunque tampoco deben aplicarla si la consideran inconstitucional. Ése es nuestro sistema europeo (y no importa repetirlo una vez más), bien distinto aquí del norteamericano, en el que todos los jueces y tribunales son al mismo tiempo “ordinarios” y “constitucionales”, es decir, jueces de la legalidad y jueces de la constitucionalidad.

Con decir esto se dice muy poco, por supuesto, aunque ese poco ya sea relevante, creemos, para orientar un determinado modo de aplicar y, por lo mismo, de interpretar el derecho.³⁵ Hace falta mucho más: adentrarse en los problemas que plantea el hecho de que en toda aplicación de las normas hay o puede haber un elemento de recreación de ellas, es decir, y con otras palabras, tratar de los límites de la jurisprudencia como fuente del derecho. Es muy cierto, como ha indicado sagazmente Zagrebelsky y ya recordamos más atrás,³⁶ que hoy la *scientia iuris* ha de

35 Entendemos la interpretación en sentido amplio; esto es, comprensiva tanto de la subsunción genérica como de la subsunción individual, o por utilizar otros términos, que incluye las dos operaciones de búsqueda del sentido del enunciado normativo y de calificación del caso para subsumirlo en la norma.

36 Zagrebelsky, G., *op. cit.*, nota 11, pp. 167-173.

ser complementada por la *iuris prudentia*, dado que el modo de conocimiento propio de la dogmática positivista no basta para la comprensión teórica y la aplicación práctica del derecho actual. Ocurre, sin embargo, que, debajo de este problema formal, o si queremos, estructural, de fuentes del ordenamiento y de teoría del derecho, se esconde un problema de poder, es decir, un problema político-constitucional. Este papel, relevante, de los jueces en la vida del derecho y en la “adaptación” de la ley (e incluso, cuando se trata de jueces constitucionales, en la creación de la ley, en cuanto legisladores negativos y también positivos, y para algunos incluso en la “creación” de la Constitución) nos conduce a plantearnos necesariamente la tensión que ello introduce en la democracia. Es muy probable, como también ya hemos advertido más atrás, que en los ordenamientos del presente, y por esos motivos, no estemos en presencia de una forma pura de democracia, sino de una forma mixta, en la que la democracia de la ley se encuentre corregida o templada por la aristocracia de los jueces. Esto, que puede aceptarse como una descripción, no tiene por qué aceptarse, sin embargo, acriticamente, en el plano de la teoría, o de los principios, o convertirse en un paradigma. Lo real puede ser racional, pero no siempre razonable.

El problema incluso se complica más aún cuando se repara en que los jueces no son, al menos en Europa continental, los únicos creadores de la doctrina jurídica, sino que muchas veces se limitan a “consagrar” jurisprudencialmente la doctrina de los autores. En este juego de poderes, en esta “forma mixta” de gobierno entran así en liza los juristas, más destacadamente, los profesores. De esta manera, a la conocida frase de que la ley es más inteligente que el legislador, habría que añadir que lo que en realidad ocurre es que los juristas son más inteligentes que la ley. La técnica, o si queremos elevarla de dignidad, la ciencia jurídica es capaz así de corregir la política, o visto desde otra perspectiva, la aristocracia de los funcionarios y expertos es capaz de corregir la democracia basada en el sufragio universal. E incluso esta forma mixta puede intentar legitimarse mediante la razón añadida de que, frente a una democracia de partidos, animada por el particularismo (e incluso, podrían decir algunos, por la corrupción), los juristas vienen a representar, verdaderamente, el interés general, esto es, el interés del Estado de derecho.

No estamos haciendo una caricatura, ni mucho menos. Ni trivializando un fenómeno que es de importancia capital, creemos, para la salud del

Estado democrático de derecho. Máxime en la medida en que, al integrarse hoy la “prudencia” (la capacidad de previsión, las exigencias del caso, la “razonabilidad”, la “ponderación”, los valores) en la ciencia del derecho (y de ese modo en la teoría de la interpretación jurídica y, por lo mismo, en la aplicación del derecho), la política no se separa tan fácilmente de la justicia acrecentándose, sin duda alguna, los riesgos del activismo judicial. Frente a ello no queda otra solución, nos parece, que la de limitar el poder de los jueces (por otra parte, el constitucionalismo significa eso: limitar *todos* los poderes), no restándoles ámbitos de control, sino reduciendo su papel de creadores de normas para impedir, al menos, que sean los dueños del derecho en lugar de sus servidores. La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos no está referida sólo a la administración, sino también a los jueces.

B. Promoveatur ut removeatur

Promover para remover. Es posible que ello esté ocurriendo en el derecho, al menos en las ideas jurídicas de algunos autores y en la jurisprudencia de algunos tribunales. Lo que podríamos llamar “exceso de constitucionalización”, que consiste en la conversión de todo el derecho en derecho constitucional y, por lo mismo, de toda la interpretación legal en interpretación constitucional, puede dar paso, al menos según se postula en determinados escritos audaces, a la conversión del derecho constitucional en filosofía del derecho y, por ello, de la interpretación constitucional en interpretación puramente axiológica. El trayecto puede prolongarse incluso, en la medida en que, para algunos, la filosofía del derecho debe transmutarse en pura lógica o en estricta sociología.

A lo largo de ese camino, el derecho acaba por desaparecer. A medida que va alcanzando una aparente dignidad (pasando de simple técnica a filosofía moral o a sociología o incluso a economía si se extreman algunos desarrollos del análisis económico del derecho), lo jurídico va perdiendo autoridad: una autoridad que para el derecho sólo proviene de su capacidad de garantizar la libertad y la seguridad en condiciones de igualdad. La forma, como decía Ihering, es hermana gemela de la libertad y enemiga jurada de la arbitrariedad. Buscar la llamada justicia material es un propósito plausible. Hacerlo con olvido e incluso menosprecio de las formas jurídicas es un despropósito que acaba siempre pagándose muy caro.

La Constitución es “la forma del poder”, como ha dicho muy bien Rubio Llorente,³⁷ pero la ley es, probablemente, la forma más genuina del derecho. Sin Constitución no hay poder democrático, pero sin ley es muy difícil que haya Estado de derecho. Los juristas (incluidos, claro está, los jueces) deben tener muy presente que convertir todo el derecho en un derecho de “principios”, transformar toda la justicia en “justicia constitucional”, poner al derecho (y no sólo a la Constitución) por encima de la ley, interpretar las normas anteponiendo criterios morales, sociológicos o económicos a los criterios estrictamente jurídicos e incluso a veces a los mismos enunciados gramaticales de los propios textos normativos puede significar “promover” la juridicidad... para removerla.

El mismo Zagrebelsky,³⁸ después de haber postulado el reconocimiento de un amplio papel para los valores y los principios en la vida del derecho, termina, al final de su libro, retrocediendo claramente en esa postura y advirtiendo que, si bien

el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como *partes* del derecho y no como *todo el derecho* [...] puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte Constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático. Podemos, por tanto, corregir la afirmación con que comenzamos este epígrafe.³⁹ Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier *señor del derecho* hay una radical incompatibilidad. El derecho

37 Rubio Llorente, F., “La forma del poder”, en Rubio Llorente, F., y Jiménez Campo, J., *op. cit.*, nota 1, p. XXVI: “lo que para mí define la Constitución es su función y ésta es precisamente la de dar forma al poder, es decir, la de crearlo: *forma dat esse rei* [...]. La Constitución es forma (*constitutiva*, si se me permite la redundancia) del poder porque *es* su pretensión de legitimidad”.

38 Zagrebelsky, G., *op. cit.*, nota 11, pp. 212-213.

39 Esa afirmación es: “la unidad del derecho, según las exigencias del Estado constitucional, nos ha llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional. Podríamos así terminar considerando a los jueces como los actuales *señores del derecho*, pues en ellos, efectivamente, se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos y la justicia”. *Ibidem*, p. 208.

no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.

A esta posición, ya más moderada, sólo le faltaría quizá, para reducir en mayor medida el riesgo de arbitrariedad (porque no es sólo el riesgo de atenuación de la democracia el que se fomenta con las tesis “judicialistas”), una decidida apuesta por residenciar sólo en Tribunal Constitucional (o sólo en él de manera última y definitiva) ese papel fundamental de “garante de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derecho y justicia” que Zagrebelsky parece atribuir de manera difusa a todos los jueces. Una forma de conseguirlo sería a través del recurso de amparo, lo que, dicho sea de paso, significaría reconocer el carácter prácticamente necesario de ese recurso en el sistema europeo de justicia constitucional. Quizá no sea preciso que el recurso se extienda al ámbito de todos los derechos fundamentales (la sobrecarga de trabajo que ello supone lo estamos experimentando en España y Alemania), pero sí que al menos exista para un derecho y con un determinado sentido: el derecho a la tutela judicial efectiva, que se entendería vulnerado cuando los jueces aplicasen el derecho de manera inconstitucional (por contradicción con sus normas materiales o estructurales, entre ellas la que los somete a la ley y les veda inaplicarla por razón de validez).

Como no podía ser de otra manera, el problema de la vinculación de los jueces a la ley, el problema material de la justicia constitucional, acaba siendo también un problema formal, un problema de jurisdicción (un problema, podríamos decir, de los que se ocupó la primera parte de este trabajo). Ello pone de manifiesto las dificultades que en el derecho existen para separar el fondo de la forma, las cuestiones materiales de las estructurales, capaces de ser disociadas con fines analíticos (o si queremos, por razones metodológicas), pero no desde el punto de vista real o sustantivo. Este cierre del círculo, esta recuperación de lo formal, de mano de lo material, viene a alertarnos muy bien de que, en el fondo, de lo que se trata al profundizar en los problemas de la justicia constitucional, es de poner de manifiesto la estrecha conexión entre las dos jurisdicciones (que ya no puede considerárselas separadamente como de “constitucionalidad” y de “legalidad”) y la muy especial función que, en consecuencia, el Tribunal Constitucional ha de desempeñar, no sólo como monopolizador de la apreciación de la inconstitucionalidad de la ley, sino también como supremo tribunal de la interpretación “constitu-

cional” de todo el ordenamiento, lo que quiere decir guardián último de su unidad (“garante de la su complejidad estructural”, en palabras ya citadas de Zagrebelsky). Porque, en realidad, en el actual sistema jurídico español, y en el alemán, principalmente, Tribunal Supremo, en el sentido más estricto de la palabra, ni hay ni debe haber más que uno, lo que ocurre es que no es el que así se llama en las normas reguladoras de la jurisdicción ordinaria, sino el que desempeña la función de supremo intérprete de *todo el ordenamiento*, es decir, el Tribunal Constitucional. Desconocer esa realidad o intentar ocultarla sólo contribuye a aumentar la confusión en el seno del ordenamiento, lo que no provoca más que inseguridad en perjuicio de quienes, al fin y al cabo, son los principales destinatarios de las normas: los propios ciudadanos.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como habrá podido observarse, este trabajo tiene una primera parte donde, visto el desarrollo durante el siglo XX, y las expectativas con que accedemos al siglo XXI, de la justicia constitucional desde el punto de vista estructural u organizativo, prevalece clara (y justamente) el optimismo. Asistimos a un proceso expansivo que parece imparable, un verdadero triunfo, en suma, del Estado constitucional democrático de derecho, porque exactamente ello significa el hecho de que esté imponiéndose, sin enemigos de peso, la justicia constitucional en el mundo. Lejos parecen quedar los enemigos de la democracia y del Estado de derecho (y por ello de su necesaria fusión para que haya auténtico Estado constitucional) que, en coherencia con sus ideas, se opusieron, durante tanto tiempo, en el pasado, a la justicia constitucional.

Al mismo tiempo, en la segunda parte del trabajo, al examinar la justicia constitucional con un enfoque funcional, y por ello al analizar los problemas que se originan por la aplicación judicial de la Constitución, aquel optimismo estructural (que no es exactamente el optimismo de la voluntad, sino de la forma) se ve moderado (y el lector lo habrá captado, sin duda) por el pesimismo material (que no es exactamente el de la razón, sino el de la “razonabilidad”, es decir, el de los criterios jurídico-constitucionales de fondo). No es que vuelvan los argumentos de aquellos viejos detractores de la justicia constitucional (que ya parecían perdidos y que realmente lo están), sino de que no pueden ocultarse las dificultades

que se encierran en la inmensa y civilizadora tarea de la limitación del poder por el derecho.

El mejor modo de contribuir al desarrollo de dicha tarea y por ello de mantener libres e iguales a los ciudadanos, es decir, de preservar la dignidad de la persona, es poniendo de manifiesto la necesidad de corregir disfunciones en el Estado constitucional y, por ello en la justicia constitucional, alertando sobre la necesidad de equilibrios entre el Estado democrático y el Estado de derecho, entre la legislación y la jurisdicción, entre la superior sumisión a la Constitución y la inferior (pero no menos necesaria) sumisión a la ley.

Todo eso con el fin de mejorar la justicia constitucional, porque, eso sí, la teoría nos dice, y la práctica nos demuestra, que los controles políticos de la constitucionalidad no bastan y que no hay otro modo seguro de garantizar la eficacia de la Constitución más que confiando a órganos jurisdiccionales su preservación y aplicación frente a todos los poderes (ya sean públicos o privados), incluido el poder del propio legislador. En ese sentido, sí que ha de admitirse que asistimos al triunfo, sin discusión, de la justicia constitucional en el mundo, es decir, y resumiendo la situación de manera representativa, al triunfo póstumo de Kelsen sobre Schmitt.