

ESTADO DE DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales
de su interrelación

Por PABLO LUCAS VERDU

I. PROPOSITO

El objeto de este trabajo estriba en examinar la conexión entre Estado de derecho y Justicia Constitucional en sus aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales. Tiene además una finalidad suplementaria, pero importante, a saber: subrayar el sentido político que la interrelación Estado de derecho-Justicia constitucional supone y las consecuencias que de esto dimanar.

Nuestra Constitución establece, en su norma de apertura, lo siguiente: «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1, 1). Los artículos 159 y siguientes regulan la composición, competencias y funciones del Tribunal Constitucional, y el artículo 1.º de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, estatuye: «El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales, y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica.

Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional» Así, pues, resulta que se expresa en un lenguaje en parte académico y en parte tecnicojurídico, y se establecen, normativamente, dos instituciones características de la cultura política euroatlántica.

La afirmación anterior la condensa muy bien Werner Kaegi (1) cuando dice que el Estado de derecho es el orden en el cual un pueblo, políticamente maduro, reconoce su limitación.

Esa misma frase se puede aplicar a la Justicia Constitucional en cuanto máxima expresión de Estado de derecho.

Ahora bien, ocurre que vivimos una época de aguda crisis del Estado y del derecho y en concreto del derecho constitucional, y esa crisis afecta, naturalmente, al Estado de derecho y a la Justicia Constitucional, corolario de aquél, lo cual es menester tenerlo bien presente.

Claro está, como también advierte Kaegi (2), que la llamada crisis del Derecho y del Estado es síntoma de una crisis profunda de la cultura, del hombre, de las creencias, y por ello el restablecimiento y progreso del Estado de derecho es, ante todo, una tarea pedagógica.

Por una evidente razón —ya implícita en la tesis del profesor suizo—, porque el desarme moral, el agnosticismo de nuestra época, la debilidad, el bizantinismo del sistema de partidos establecido, los residuos individualistas y la formalización burguesa del Estado de derecho y de la Justicia Constitucional, suscitan esta inquietante pregunta: ¿En qué medida cuadra el Estado democrático de derecho, al que se refiere nuestra Constitución, con la Justicia Constitucional concebida, en gran parte todavía, con criterios burgueses formalizados?

Existe, pues, una desarticulación entre el garantismo demo-liberal, las instituciones que en él se inspiran y las exigencias de justicia económico-social de la sociedad contemporánea.

II. ESTADO DE DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO RESULTADOS DEL PROGRESO HISTORICO Y DE LA DECANTACION IDEOLOGICA

1. *Genealogía del término y concepto «Estado de derecho».*

Hace tiempo que me ocupé de la evolución del Estado de derecho (3). Insistir sobre ello no es reiterarse, sino reflexionar para extraer nuevas consecuencias de un concepto y de una institución surgida en el pasado

(1) WERNER KAEGI: «Rechtsstaat und Demokratie (Antinomie und Synthese)», en *Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60 Geburtstag von Zaccaria Giacometti*, Polygraphischer Verlag AG Zürich, 1953, pág. 141.

(2) KAEGI: *Loc. cit.*, pág. 136 (en nota).

(3) PABLO LUCAS VERDÚ: «Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho», *Acta Salmanticensia*. Universidad de Salamanca, 1955, después incorporado y aumentado con el título: «La lucha por el Estado de Derecho», *Studia Albornotiana*, dirigidos por Evelio Verdura y Tuells. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

y sometida a permanente transformación. Dicho de otro modo: cuando reexaminamos el Estado de derecho adquirimos nuevos conocimientos sobre sus orígenes y significado presente, sobre el término, el concepto, sobre su contenido y su evolución (4).

Por consiguiente, los datos que ahora recordamos sirven de complemento a los que reunimos en nuestros trabajos citados.

La genealogía del Estado de derecho debe ocuparse, a mi juicio, de tres cuestiones: del término, de los autores que se ocuparon del concepto y de la evolución correspondiente a la institucionalización del concepto para asegurar su contenido.

a) *El término.*—La doctrina alemana ha señalado la especificidad germana de la expresión *Rechtsstaat*.

Existen términos vinculados estrechamente a personas y doctrinas nacionales concretas. Así, *Estado (lo Stato)* a Nicolás Maquiavelo y a la circunstancia política de la Italia de su tiempo. *Soberanía* a Jean Bodin y al entorno de la Francia desgarrada por las luchas religiosas entre católicos y hugonotes en su época; *separación de poderes* a la singular interpretación que le dio Montesquieu siguiendo a otros autores que antes que él lo utilizaron; *Soberanía popular, nacional*, etc.

Con frecuencia términos y conceptos jurídicopolíticos van asociados a nombres importantes del pensamiento que tuvieron el acierto de hallarlos y aplicarlos certeramente.

Lorenz von Stein (5) indicó que la palabra y concepto *Rechtsstaat* son específicamente alemanes. Los autores contemporáneos germanos corroboran este dato. Así, Böckenforde (6) y Klaus Stern (7).

El primero de ellos nos dice que es una palabra compuesta y una acuñación conceptual del idioma alemán que no tiene correspondencias exactas en otras lenguas, pues el *rule of law* del derecho anglosajón no

(4) E. W. BÖCKENFÖRDE en su excelente estudio: *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs in Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*. Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft. Frankfurt am Main, 1976, páginas 65 y sigs., cita este significativo texto de OTTO MAYER: *Das Wort its aufkommen, nachdem die Sache bereits im Gange war. Es soll etwas bezeichnen, was noch nicht ist, jedenfalls noch nicht fertig ist, was erst noch werden soll. Darum schwanke such der Begriff so sehr weil jeder immer seine juristische Ideale hineinzulegen geneigt ist» (Deutsches Verwaltungsrecht, I, Bd, 1895, pág. 61).*

(5) LORENZ VON STEIN: *Die Verwaltungsrecht*, Stuttgart, 1869, I, 1, págs. 296-298.

(6) BÖCKENFÖRDE: *Ob. cit.*, pág. 66.

(7) KLAUS STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. I, *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts. Strukturprinzipien der Verfassung*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung Munich, 1977, pág. 602.

reproduce el contenido conceptual del término germano y la lengua francesa desconoce una expresión y concepto comparables.

Stern sostiene lo mismo: el *rule of law*, el *régne de la loi* o la *limitation des gouvernants* funcionan institucionalmente sólo con alguna semejanza. No son palabras idénticas. Empero, la idea del Estado de derecho enraíza en el ámbito del derecho común europeo.

En conclusión, como es sabido, el idioma alemán permite la asociación de palabras con la ventaja de expresar, sintéticamente con un solo término, una idea con rico contenido.

b) *Los autores mantenedores del concepto.*—La doctrina sobre el *Rechtsstaat* arranca del primer liberalismo alemán impregnado por el derecho racionalista (*Vernunftrecht*). Así, Robert von Mohl la introduce en su obra *Staatsrecht des Königsreichs Württemberg* (Giesen, 1829), aunque antes fue usado por Carl Th. Welcker en sus *Die letzte Gründe von Recht, Staat und Strafe* (Giessen, 1813, libro I, Cap. 6, pág. 25) (8) y por Johannes Christoph Freiherr von Aretin (9).

Según Böckenforde, estos tres autores no conciben al *Rechtsstaat* como una forma especial del Estado, como un *status mixtus*, ni como forma de gobierno, sino como un género de Estado (*Staatsgattung*). Así, para Welcker, el Estado de derecho es el Estado de la razón o racional (*Staat der Vernunft*); según Von Mohl es el Estado de la inteligencia (*Verstandesstaat*) (10), y para Von Aretin (11) es aquel que gobierna conforme a la voluntad racional de la totalidad y persigue sólo lo mejor en general.

(8) Reimpresión Scientia Verlag Aalen, 1964. Para Welcker la ley suprema del Estado de Derecho estriba en que «... durch die objective Rechtsform in seiner Aeusserung geleitete, freye innere Gesetz Aller. Objectiv Recht ist; alles das, was äusserlich erkennbar mit diesen Gesetze übereinstimmt» y fin último del Estado es: «... möglichste Erreichung der Tugend und Humanität und durch sie Glückseligkeit Aller, durch in der objectiven Rechtsform (págs. 100-101).

(9) J. C. FREIHERR VON ARETIN: *Staatsrecht der Konstitutionellen Monarchie*, volumen I, Altenburg, 1824, pág. 163. HERBERT KRÜGER: *Allgemeine Staatslehre*, Kohlhammer Verlag Stuttgart, 1964, pág. 776 advierte huellas del *Rechtsstaat*, en ADAM MÜLLER: *Die Elemente der Staatskunst*, vol. I, 1809 (reimpresión 1922). Como dice KRÜGER: *Ob. cit.*, pág. 776 lo importante no es quién encontró la palabra, sino en qué contexto la usó.

(10) VON MOHL sostiene en su *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, vol. I, Tübingen, 1844, 2.^a ed., págs. 3-9 seleccionado y editado por KLAUS VON BEYME: *Robert von Mohl. Politische Schriften*, Westdeutscher Verlag Köln und Opladen, 1966, pág. 15, que sobre la racionalidad y solidez de este género de Estado no cabe duda alguna.

(11) VON ARETIN: *Ob. cit.*, núm. 7, vol. I, pág. 163 citado por BÖCKENFÖRDE: *Ob. cit.*, pág. 66.

Por otro lado, Welcker se preocupó de situar al *Rechtsstaat* en el marco de la teoría de las formas de Estado como resultado de un progreso histórico.

Así, siguiendo el desarrollo de la humanidad desde la infancia, pasando por la juventud hasta llegar a la edad adulta, cabe distinguir el despotismo como Estado de la sensualidad; la teocracia como Estado de la creencia y el *Rechtsstaat* como Estado de la razón. En este despliegue el Estado de derecho aparece, tanto genética como sistemáticamente, como el Estado esencial (12).

Según Böckenforde (13) caracteriza al concepto originario del *Rechtsstaat* que no se reduce a la alternativa de Estado material o formal de derecho. Plantea un *principio* del Estado tanto material como formal (un género de Estado), sobre el cual se apoya un nuevo *espíritu* del Estado, cuya realización relativiza las formas de Estado a formas de gobierno. Así, los conceptos contrapuestos, polémicos, ya no son monarquía o aristocracia, sino teocracia y despotismo.

Como acabamos de ver, los autores que contribuyeron a la génesis y conceptualización del *Rechtsstaat* se han servido de una terminología característica con el fin de aprehender una realidad constitucional. Esto nos lleva a considerar la *función que cumple el lenguaje constitucional*. Función que no sólo fue importante en la fundación y configuración del Estado de derecho en sede teórica, para cuya comprensión adecuada nos sirve el estudio, como hemos visto, de su genealogía; es, además, relevante en la actualidad. Veamos:

Toda terminología constitucional es significativa y capital, tanto en el campo doctrinal como cuando se codifica con el tiempo en los textos fundamentales, como acaba de ocurrir en el artículo 1,1 de nuestra reciente Constitución.

El lenguaje constitucional codificado es siempre una reducción de *la*

(12) KRÜGER: *Ob. cit.*, págs. 776-777. La correspondencia entre el progreso del Estado y las edades vitales fue aplicada, también, por Roehmer y Bluntschli a los partidos políticos. En la actualidad, tanto Elías Díaz como quien estas líneas escribe, hemos hablado del paso del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho y al Estado democrático de Derecho. A mi juicio esta marcha progresiva ha de entenderse no tanto como una ley de filosofía de la historia, o como una tendencia sociológica, sino más bien en cuanto modo significativo —casi gráfico— que sirve para descubrir las características de cada uno de los tipos indicados, con la importante salvedad, que cada uno de ellos contiene *in nuce* elementos del siguiente y éste conserva, durante algún tiempo, residuos del anterior.

(13) BÖCKENFÖRDE: *Ob. cit.*, pág. 69.

realidad constitucional. Esto es así porque hay aspectos de la realidad constitucional (14) difíciles de formalizar. Unas veces no se quieren formalizar dichos aspectos por *pudor constitucional* (los partidos antes de la segunda guerra mundial; la disciplina partidista en conexión con un resucitado y latente mandato imperativo).

Otras sucede que el rechazo ideológico y/o socioeconómico levantan obstáculos difícilmente superables para la formalización de determinados elementos o para su adecuada concreción y efectividad (por ejemplo, la regulación de la huelga). No hay que olvidar que la regulación lingüística de la realidad constitucional es resultado muchas veces de un compromiso dilatorio (Schmitt) entre las fuerzas políticas que entorpece su concreción.

Por consiguiente, el lenguaje constitucional supone un grado de formalización técnica que implica cierta separación de y a veces contraposición con la realidad. Sucede así porque todo lenguaje, cualquiera que sea su índole (literario, académico), supone una manipulación de la realidad, y por razones obvias, el discurso tecnicojurídico es una abstracción de la realidad, dado el carácter de las normas constitucionales que, por lo general, no son mandatos particularizados. En este sentido, la terminología constitucional supone cierta petrificación de la realidad constitucional, y ésta, en virtud de su intenso y continuo dinamismo, propende a rebasar aquel lenguaje.

También el lenguaje constitucional cumple una función específica en la Justicia constitucional. Aquél ha de ajustarse al hecho esencial de que dicho órgano es el intérprete supremo de la Constitución. Las sentencias constitucionales se diferencian —o se deben diferenciar— de las civiles, penales y, sobre todo, de las administrativas, dada la índole específica de las normas constitucionales.

Si aplicamos estas consideraciones a la genealogía del *Rechtsstaat*, observamos lo siguiente: Ante todo, el *carácter utópico* de la doctrina mantenida por estos autores en la medida que, como escribe Garrorena (15), «...el término *Rechtsstaat* ("Estado de derecho") se formuló en un contexto relativamente impropio —o menos propio—, en cuanto que toda-

(14) Sobre qué sea la realidad constitucional. Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ: «Constitución, realidad constitucional y transformación social», en *Revista de la Universidad Complutense*, núm. 2, Madrid, 1982.

(15) ANGEL GARRORENA MORALES: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Secretariado de Publicaciones. Universidad de Murcia, 1980, página 121.

vía la vigencia del principio monárquico» suponía en tales «Monarquías limitadas» la subsistencia para el poder de la Corona y de su Ejecutivo de determinadas zonas de inmunidad frente al derecho». Empero, esa utopía, como en otros casos frecuentemente ocurre, cristalizaría más adelante.

c) *Evolución posterior*.—En un importante estudio, Maurizio Fioravanti (16) ha descrito muy bien el contexto relativamente impropio al que alude Garrorena. Según el profesor italiano, el liberalismo de Rotteck y Welcker no adoleció de doctrinarismo. Aparecía desvinculado de la dinámica real y confiaba la suerte de la batalla cultural al incurable optimismo de la abstracta *Vernunft*. Para ellos, lo racional y justo es también posible (*Was vernünftig und recht, das ist auch möglich*). Trátese ciertamente de la convicción, reiterada, de unos liberales sinceros y generosos, pero incapaces de comprender el presente histórico y las grandes mutaciones en curso. Las propuestas de un Estado inspirado en la *Gesamtvornunft* de la Nación y del Estado nacional orgánico no pudieron entonces prosperar, porque no se confiaron a fuerzas históricas concretas. El movimiento constitucional germano de Rotteck y Jacob Grimm no se preocupó de las fuerzas sociales que mantienen el orden social (17). Con todo nos parece que fue un mérito indiscutible el hallazgo terminológico del *Rechtsstaat*, como lo fueron también, pese a su anacronismo, los intentos de configurar su contenido hasta que designación y contenido cristalizaran en estrecha interdependencia y en su concreción histórica.

En este sentido, la idea continental del *Rechtsstaat* es un logro semántico, conceptual y político de la teoría del Estado y del derecho constitucional alcanzado por la doctrina alemana en su genealogía, en su desarrollo posterior de entreguerras y en su proyección presente como Estado democrático de derecho (Abendroth, Jahreiss y el suizo Bäumlin).

Igualmente ocurre con el Estado social de Derecho, que fue un proyecto utópico de Heller, realizado después de la segunda guerra mundial, como también es utopía, hasta ahora, el Estado democrático de derecho (18).

(16) MAURIZIO FIORAVANTI: *Giuristi e Costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Giuffrè, Milán, 1979, pág. 44.

(17) FIORAVANTI: *Ob. cit.*, pág. 56.

(18) PABLO LUCAS VERDÚ: «Comentario al artículo 1.º de la Constitución», en *Comentario de la Constitución española de 1978*, dirigido por el profesor Oscar Alzaga, volumen I, Edhersa, Madrid (en prensa).

d) *Crítica del positivismo sociológico al Rechtsstaat.*—Llegados a este punto me interesa añadir algo sobre la crítica del *Rechtsstaat* y su sustitución por el *Kulturstaat*, mantenido por Ludwig Gumpłowicz (19), que precisamente anticipa —si bien en sentido negativo— la conexión entre Estado de derecho y Estado de jurisdicción o de los jueces (*Rechtsstaat, Justizstaat, Richterstaat*).

El autor germano-polaco sostiene en su obra *Rechtsstaat und Sozialismus* (1881) que la teoría del Estado de derecho muestra una clara tendencia a reducir todo el Estado a los estrechos límites del tratamiento del derecho privado (20).

Dada la incomprensión de la propia y más elevada naturaleza del derecho público, que se equipara indebidamente al derecho privado, puede explicarse que la teoría del Estado de derecho predetermine como

(19) LUDWIG GUMPOWICZ: *Allgemeines Staatsrecht*, 3.^a ed. Verlag des Wagnerschen Universitäts-Buchhandlung, 1907, págs. 242 y sigs. *Rechtsstaat und Sozialismus*, Wagner Innsbruck, 1881. Interesa también exponer la tesis de este autor, sociólogo y jurista centroeuropeo, porque tuvo cierta vigencia en Italia y en España. D. Pedro Dorado Montero tradujo la primera edición del *Allgemeines Staatsrecht (Derecho político filosófico)*, traducción, prólogo y notas por Pedro Dorado Montero. La España Moderna, Madrid, s. f.). En el prólogo a la segunda edición, Gumpłowicz se refiere al ilustre penalista salmantino con estas cordiales palabras: «*Und noch Einem 'fern im Süd im schönen Spanien' sei es mir gestattet hier meinen innigen Dank auszusprechen: meinem geehrten Kollegen von der Universität Salamanca, Pedro Dorado Montero, der sich so viel Mühe gab, mein Buch nach der ersten Auflage nicht nur ins Spanische zu übersetzen, um es als Lehrbuch an jener alterhrwürdigen Universität einzuführen, sondern dasselbe auch diese Weise bei lebendigem Leibe die schöne Illusion des Nachruhmes vor die Augen rückte. Wahrhaftig, wenn ich im Geiste sie sehe, die fleissigen Estudiantes, wie sie auf und ab gehen 'auf den Wällen Salamancas' und aus meinem 'Derecho philosophico' sich zur Prüfung vorbereiten, bedaure ich nur, dass ich nicht gleich- die zweite Auflage geschrieben habe*» (pág. XI). Gumpłowicz mantuvo correspondencia con el catedrático de la Universidad Central, Rafael de Ureña y Smenjaud. Este último apreció su *Soziologische Essays*, Verlag der Warner'schen Univ. Buchhandlung Innsbruck, 1899 y, en particular, el pensamiento sociológico de IBN CHALDUN (o KALDUN): *Ibn Chaldun. Ein arabischer Soziolog des XIV. Jahrhundert* (ob. cit., cap. IX, págs. 149 y sigs.).

(20) Sigo aquí el resumen que hace DOMENICO PARIAS: *Idealità e indeterminatèzza dei principi costituzionale*, Giuffrè Editore, Milán, 1981, págs. 26 y sigs., que cita este párrafo de GUMPOWICZ: «*Denn das liegt ja von Hause aus in's Privatrecht übersetzen möchte, das sie alles öffentliche Recht, alles Staatsrecht nur als eine Kategorie der Privatrechts anerkannt haben will*» (*Rechtsstaat und Sozialismus*, cit., pág. 27). «... dass sie jeden höhern Charakter des öffentlichen, des Staatsrechts negiert und dass das höchste Ziel ihres Strebens die Unterwerfung des ganzen Staats und des gesammten Staatsrechts unter die Rechtsprechung einer «unabhängigen Justiz ansieht» (Ibidem).

supremo objetivo la subordinación de todo el derecho público a la jurisdicción de una magistratura «independiente» (21). Gumpłowicz critica la jurisprudencia conceptual de Laband, que deriva los conceptos fundamentales del derecho público del derecho privado sin advertir el abismo que los separa.

Gumpłowicz critica también el punto de vista apriorístico que conduce al *Rechtsstaat*; por ejemplo, en Mohl («todo hombre tiene su propio fin»), y propone para sustituir al *Rechtsstaat* y a la *konstitutionelle Monarchie*, un término mucho más comprensivo que abarque a monarquías y repúblicas, que capte las razones esenciales de los Estados de Europa y de América y que supere lo accesorio de la descripción individualizadora (22).

El término, según él, más adecuado es este: *der moderne Kulturstaat* (23).

Entre una república moderna, como Francia, y una monarquía constitucional como Bélgica, no hay diferencias esenciales. Ambas son *modernen kulturstaaten*; en ellas se elaboran grandes temas humanos culturales y se persigue, en gran medida, los mismos fines. El hecho de que en la cúspide de uno de ellos exista un presidente elegido y en el otro un monarca hereditario, depende de los aspectos particulares y tradicionales de cada Estado. Eso puede ser de gran importancia para cada Estado particular, pero tal distinción carece de influjo en la esencia del moderno Estado de cultura.

La maquinaria del moderno *Kulturstaat*, el régimen parlamentario representativo, opera igual en la república que en la monarquía.

Es indiferente que la función suprema la ejerza un presidente o un monarca. Esta cúspide, coronada o no, e incluso la distinción de corona real o imperial, corresponde a rasgos individualizadores de cada Estado concreto.

Tras estas consideraciones, el profesor centroeuropeo comienza a describir el *Kulturstaat*. Ante todo se trata, como en cualquier Estado, de una *organización del poder* para mantener un determinado ordenamiento jurídico.

(21) EN 1934, FRITZ LANGE (*Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1934, pág. 10, afirmará: *Der bürgerliche Rechtsstaat war so in Wirklichkeit ein Staat der bürgerlichen Rechts*.

(22) GUMPLÓWICZ: *Allgemeines Staatsrecht*, cit., págs. 230 y sigs.

(23) GUMPLÓWICZ: *Ob. cit.*, págs. 242 y sigs.

La primera señal del *Kulturstaat* estriba en que la fuerza y el poder no se ejercen arbitrariamente, sino en forma legal.

La segunda señal del Estado de cultura consiste en que las capas medias primero y luego cada vez más amplias clases del pueblo, participen en las más importantes tareas estatales en la legislación y en la administración y, sobre todo, a través del órgano de la representación popular (*Volksvertretung*).

La tercera señal del moderno Estado de cultura no radica ya en recaudar impuestos y contribuciones, en exigir prestaciones de los súbditos y conducir la guerra por intereses dinásticos, sino que aparece como meta capital favorecer los más altos ideales y fines humanos.

De estas tres señales se desprende el principio de que sólo la ley debe imperar sin excepciones y no la persona que tiene el poder superior, y de esto se deduce: a) que cambia totalmente la posición de la burocracia, y b) que se imprime más rapidez al trabajo de los órganos legislativos.

En este sentido, los funcionarios son en el moderno *Kulturstaat* ejecutores responsables de la ley. Operan en nombre de la ley de modo que toda actuación fuera de ella sería arbitraria e ilegal. Naturalmente, su actividad se somete a la crítica de la opinión pública y de los partidos.

Además, en el Estado de cultura se incrementa la legislación, pues la ampliación de la actividad estatal y la exclusión de la arbitrariedad de gobernantes y funcionarios, producen como consecuencia necesaria que la práctica de la vida estatal plantee incesantes exigencias a los factores legislativos del Estado. Por eso funciona la legislación, en el *Kulturstaat*, sin descanso, de suerte que el ámbito del derecho es cada vez más extenso y rico, especialmente el derecho público se desarrolla y perfecciona como antes no se había conocido (24).

El influjo que las clases medias ejercen y su participación en las tareas del gobierno en el *Kulturstaat* no supone privilegio alguno, puesto que rige el principio de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley; el mismo derecho para todos formalmente garantizado. El influjo de las clases medias se debe a que cumplen una función ilustradora y educadora. La posición que ocupan en el moderno Estado de cultura es una prueba más de que no es la ley quien hace libres, sino la educación.

En la medida que corresponde al concepto de libertad política cierto grado de participación en los asuntos públicos, resulta que las clases me-

(24) GUMPLÓWICZ: *Ob. cit.*, pág. 245.

días cultivadas a las que hay que sumar, recientemente, los trabajadores, poseen el grado más elevado de esa libertad frente a la nobleza del pasado y los campesinos atrasados.

El influjo de las clases medias en la opinión pública, mediante la libertad de expresión y prensa y las elecciones legislativas, asegura (frente al fuerte influjo que la nobleza ejerció en los tiempos pasados) una siempre creciente participación en la legislación y en la administración.

Gumpłowicz (25) añade que la meta del *Kulturstaat* no se limita a procurar el bienestar material del pueblo, además cuida los ideales. En efecto, jamás fueron el arte y la ciencia en la antigüedad o en la Edad Media tan cultivados como en el moderno Estado de cultura. No sólo el bienestar material (agricultura, industria, tráfico, comercio) encuentra en el *Kulturstaat* protección, también la consecución de todos los fines generales humanos que rebasan los límites del Estado y se relacionan con las formas sociales del futuro.

Las tres señales citadas caracterizan al moderno Estado de cultura en general. Es cierto que a unos Estados les cuadran mejor que a otros, y que dentro de un Estado se dan períodos de avance y de retroceso. Estas vicisitudes no pueden frenar mucho tiempo la marcha del progreso. Son efectos secundarios inevitables de la lucha entre los partidos, que unas veces mueven la nave del gobierno hacia adelante y otras le hacen retroceder.

Por otra parte, Gumpłowicz (26) adopta una postura realista e hiper-crítica, como buen sociólogo, ante la capacidad conformadora del Estado cumplida por el derecho: que la jurisprudencia, en cuanto ciencia del derecho, sea capaz de constituir jurídicamente al Estado aplicándole los sencillos principios del derecho privado.

De esos puntos de vista se infiere la definición del Estado como *Rechtsstaat*. Este concepto considera al derecho político como síntesis de preceptos jurídicos para el Estado que explica su origen y existencia.

Según el autor centroeuropeo, el conocimiento correcto de la naturaleza del Estado y del derecho, y de sus recíprocas relaciones, ha de enfrentarse con la ficción del Estado de derecho como institución, cuyo fin exclusivo es la realización del derecho, y tiene, además, que terminar con el derecho político general o filosófico como síntesis de preceptos y reglas iusnaturalistas para que exista el Estado.

(25) GUMPLÓWICZ: *Ob. cit.*, pág. 246.

(26) GUMPLÓWICZ: *Ob. cit.*, págs. 428 y sigs.

Para este autor, el derecho político general no contiene reglas jurídicas para el Estado como a menudo se cree. Aquél no es disciplina jurídica, no es teoría del derecho, sino una ciencia del Estado. Sin duda, el Estado produce un ordenamiento jurídico y su misión es mantenerlo. Sin embargo, no se agota en ese ordenamiento jurídico. Corresponde a su naturaleza crear, incesantemente, *nuevo* derecho; desarrollar el orden jurídico existente cada vez más conforme siempre a una cultura humana progresista. Considerado desde un punto de vista más elevado de la historia, para el Estado son el derecho y el ordenamiento jurídico sólo medios: desde ese enfoque elevado, el fin del Estado consiste únicamente en el desarrollo de una cultura cada vez más perfecta.

Para Gumplowicz (27), la paz y la duración son elementos del orden, y el orden duradero y pacífico produce la costumbre, los usos y el derecho.

La contraposición entre elementos sociales heterogéneos, de fuerza dispar, es la primera condición para la creación del derecho. Mediante el poder unilateral, a través de la aceptación por la debilidad y pereza de los sometidos a la situación en tanto que dura la paz, se funda el orden jurídico.

Aquella situación presupone la desigualdad de fuerzas, porque con su equiparación o se anularían recíprocamente o parece más natural que se unieran para dominar a un tercero más débil. Esto es lo que caracteriza al orden jurídico y al derecho.

En consecuencia, todo derecho es una ordenación de la desigualdad; así, el hombre domina a la esposa; el padre, en virtud de su edad, a los hijos menores de edad; el propietario excluye al desposeído del disfrute de esa propiedad: toda esta ordenación de la desigualdad es el derecho.

Es un grosero error considerar el derecho como reparto igual. Del mismo modo, es una locura creer que pudiera existir un derecho igual para todos, porque sólo en el orden estatal surge el derecho; el orden estatal es la valoración de la desigualdad y el derecho es su expresión, la norma que fija esta desigualdad.

Dado que el derecho deviene forma de la ordenación estatal, es menester penetrar en la esencia del Estado. Consiste, si seguimos su génesis, en una minoría que domina a una mayoría.

Es así porque la esencia del Estado coincide con la esencia de todo poder.

(27) GUMPLOWICZ: *Grundriss der Soziologie*, 2.^a ed. Manzsche K. U. K., Verlags-Universitäts-Buchhandlung Wien, 1905, págs. 198 y sigs.

Conviene examinar la posición de Gumplowicz respecto al Estado de derecho.

Ante todo hay que precisar que es certera la crítica que hace de Laband por el tratamiento iusprivativista que hace del Estado. En esto coincide con los serios reparos que se le hicieron entonces al jurista clásico del Imperio guillermino.

También es interesante, aunque no plenamente satisfactorio, la objeción al apriorismo de Von Mohl cuando configura el *Rechtstaat* partiendo de la idea kantiana del hombre como autofin. Aquí, Gumplowicz se planteó una cuestión metodológica sobre la teoría del Estado. En efecto, según este autor, nuestro concepto del Estado cambia no sólo debido al perfeccionamiento de nuestra capacidad comprensiva, además merced a la posición que mantengamos respecto a aquél.

Ocurre lo mismo merced al cambio del Estado respecto a nosotros. Esto no sucede en los fenómenos de la naturaleza exterior. Por consiguiente, según Gumplowicz (28), el concepto del Estado es un resultado del contraste entre nuestra sed de saber y el fenómeno objetivo estatal. Nos encontramos, si nos comparamos con los naturalistas, en inferioridad de condiciones, puesto que el objeto que observamos nos atrapa. Resulta inútil encontrar un punto exterior al Estado para contemplarlo serenamente sin sufrir su influjo. Pese a nuestros forcejeos, el Estado nos domina. Esto impide que podamos describirlo y analizarlo con la imparcialidad y objetividad con que se estudian los fenómenos naturales.

El Estado de derecho es una ficción para nuestro autor, porque el derecho no es capaz de dominar al Estado por la sencilla razón de que aquél es un producto de este último; el derecho y el ordenamiento jurídico son medios de que se vale el Estado.

Estas afirmaciones son características de un sociólogo con arreglo al nivel científico de la sociología positivista de finales del siglo XIX, impregnada de la terminología del darwinismo social (lucha de pueblos, lucha de razas, dominio de los fuertes sobre los débiles, de la minoría poderosa sobre la mayoría débil y/o conformista).

Así, pues, el derecho se relativiza, el derecho político se reduce al estudio del Estado como fenómeno políticosocial, de manera que es inconcebible el apogeo de la juridicidad que delimite al Estado como Estado de derecho.

(28) GUMFLOWICZ: *Il concetto sociologico dello Stato* (trad. italiana), Fratelli, Bocca Torino, 1904, págs. 22 y sigs.

Por otro lado, es aguda, aunque sus conclusiones resultan exageradas, su observación de que como consecuencia de la iusprivatización del derecho político se llega a su subordinación a los jueces, a la jurisdicción de magistrados «independientes».

Así, no sólo se rechaza, como ficción, el *Rechtsstaat*, sino que es inadmisible su consecuencia: el *Richterstaat* o el *Justizstaat*, dada la ficción de una magistratura «independiente» y considerando la naturaleza del derecho como ordenación de una incoercible desigualdad. La justicia constitucional, «igual», «independiente», etc., resultaría inconcebible para Gumplowicz.

Empero, el término concepto y solución que el autor propone como sustituto del Estado de derecho, el por él llamado *Kulturstaat*, es más bien un sucedáneo que reproduce, puntualmente, los aspectos y funciones del ficticio *Rechtsstaat*.

En realidad, lo que hace Gumplowicz en lugar de admitir que la jurisprudencia, la ciencia del Derecho, los juristas y el mismo derecho positivo, sean capaces de configurar, normativa e institucionalmente, al Estado (*Rechtsstaatliche*), es someterlo al tratamiento sociológico y filosófico-histórico que caracteriza al pensamiento del autor centroeuropeo.

En lugar de reglas jurídicas configuradoras, entrelazadoras de individuos, grupos e instituciones y delimitadoras de los poderes, instituciones y órganos estatales, capaces de establecer relaciones claras y seguras entre gobernantes y ciudadanos, en suma, *en vez del derecho, de la juridicidad, aparecen la cultura, el progreso, el desarrollo y perfeccionamiento de la humanidad*. Hay aquí una mezcla de ingredientes románticos y positivistas que dado su carácter, según él, omnicomprensivo, son capaces de abarcar las formas políticas concretas, monarquía, imperio, república y, siempre según el autor, captan las razones esenciales de los Estados occidentales y por lo mismo superan las especificaciones de los sistemas de gobierno (parlamentarismo, presidencialismo, sistema convencional).

El desdén por la juridicidad permite la confianza en una mezcla de hiperrealismo (lucha de pueblos, razas, dicotomía fuertes-débiles) con románticas concesiones a leyes de filosofía de la historia.

No obstante, la descripción del Estado de cultura reproduce los rasgos del Estado de derecho; así, su primera señal: el poder no se ejerce arbitrariamente, sino *en forma legal*; igualmente, la segunda señal: la extensión de la participación ciudadana mediante la *Volksvertretung*, y lo mismo la tercera señal: conseguir un fin omnicomprensivo que incluya los más altos ideales y fines humanos.

Por lo tanto, podemos afirmar que el *Kulturstaat* es el *Rechtsstaat* visto desde la óptica de un sociólogo decimonónico. ¿Qué significa esto?

Quiere decir lo siguiente: en primer lugar, una cierta desmitificación del Estado de derecho, una larvada crítica de los juristas y de su menester legiferante (29). Su obra máxima: el Estado de derecho, expresión superlativa de la juridicidad, es una *ficción* y no una *ficción* técnico-jurídica, tan útil en la técnica del derecho, sino una *ficción radical* afirmada desde el realismo condicionante que examina, escudriña y esgrime, con la virtualidad decisiva propia del conocimiento sociológico.

Y, sin embargo, esta desmitificación no me parece del todo mal, porque hay que reconocer que sobre el Estado de derecho y sobre la judicialización de la actividad estatal, llegando a la Justicia constitucional como coronación del Estado de derecho, se ha escrito, hablado y declamado no poca retórica y se han puesto en ambas instituciones excesivas e ilusionadas esperanzas. Entiéndase esto bien.

No niego que el Estado de derecho y la Justicia constitucional son logros importantísimos de la imaginación juridicopolítica liberal, animada por los estratos ilustrados de la burguesía. Tampoco discuto el capital avance que supone, frente a la arbitrariedad del absolutismo y del paternalismo del *Polizeistaat*, la jurisdicción administrativa y frente a la inconstitucionalidad de la legislación, la Justicia constitucional.

La cuestión estriba en comprobar hasta qué punto ha logrado la Justicia constitucional la transformación progresiva justa de la sociedad conforme a los valores constitucionales del Estado social y democrático de derecho. Cierto: en nuestro país acaba de estrenarse. No obstante, hay que plantearse si objetivos tan plausibles y generosos pueden alcanzarse mediante instituciones que todavía responden a la mentalidad garantista o decimonónica, aunque en los últimos decenios se hayan perfeccionado, pero siempre en una línea de exquisita técnica formal y a ello puede añadirse el lenguaje iusprivatista y/o iusadministrativista de algunas sentencias constitucionales.

Ahora bien, éste no era el problema de Gumplowicz; es nuestro problema, que luego replantaremos. Si el derecho es ordenación de la desigualdad y si el derecho y el ordenamiento jurídico son productos esta-

(29) Frecuentemente los sociólogos de todos los tiempos han desconsiderado el Derecho y han tenido escaso tacto en su trato y estimación de los juristas. Es natural. La sociología relativiza el derecho, lo subordina a sus comprobaciones. Igualmente, desdennan a los políticos, a los parlamentarios. Cfr. lo que escribe GUMLOWICZ en su *Grundriss der Soziologie*, cit., pág. 323.

tales, no cabe siquiera plantearse la judicialización de la actividad del Estado, dentro de cauces normativos, ni una máxima institución que hable del derecho en nombre del derecho fundamental y que exprese, irrevocablemente, la autoconciencia que el derecho constitucional tiene de sí mismo.

Se advierte, además, en la tesis de Gumpowicz una aparente concesión a la juridicidad cuando afirma que en el *Kulturstaat* funciona la legislación incesantemente, de modo que el derecho público se desarrolla y perfecciona extraordinariamente. Ahora bien, si esto es cierto y se considera positivo, cabe plantearse la necesidad de un límite, control o cautela respecto a la proliferación legislativa, porque si el *Kulturstaat* aparece así como *Gesetzungsstaat*, llegará un momento en que parezca conveniente comprobar si no se incurre en excesos e imperfecciones y entonces surge la figura del vigilante legislativo, del controlador. Ahora bien, esa aparente concesión se desvanece por la sencilla razón de que no cuadra con la mentalidad sociológica del autor; es un logro de la lógica jurídica y no del conocimiento social. En definitiva, para este autor hay escasísimo margen para el jurista y para la jurisprudencia.

Esto se evidencia, y aquí encontramos otro punto de vista parcialmente aprovechable, en el hincapié que hace sobre el relevante papel que corresponde a las clases medias en el manejo del *Kulturstaat*. Pues bien, precisamente esto sucede también en el Estado de derecho en la medida que las clases medias son el vivero de donde se extraen la mayor parte de los profesionales del derecho, de los profesores, de los comerciantes y empresarios medios, que *sienten*, como pocos, la necesidad de la regularidad y seguridad jurídicas, del primado de la ley, etc.

En fin, hemos comenzado con los principales autores —habría que incluir a Gneist y Bahr, etc., pero esto lo hicimos en otro lugar (30)— que mantuvieron el *Rechtsstaat* y terminamos con un crítico menos conocido.

2. *Genealogía, ideología y contenido socioeconómico de la judicial review*

Ahora hay que decir algo sobre la Justicia constitucional. Y lo vamos a hacer, sobre todo, en su conexión con los aspectos ideológicos y socioeconómicos, lo cual me parece importante, porque se propende a polarizar

(30) Cfr. mis trabajos citados en nota 3.

la cuestión en el indudable hallazgo técnico, y además *político*, que logró John Marshall, dejando en la penumbra otros datos significativos.

Como es sabido, la argumentación de Marshall para fundamentar la *judicial review* fue ésta:

Ante todo, afirma que la base de la estructura política norteamericana es el *derecho original del pueblo* a establecer para su gobierno los principios que a su juicio lleven a su propia *felicidad*. El ejercicio de este derecho original implica un gran esfuerzo de modo que no puede, ni debe, repetirse a menudo.

Consecuencia de lo anterior es que los *principios* así establecidos han de considerarse *fundamentales*, y puesto que la autoridad de que proceden es suprema, y sólo opera raramente, estos principios se proyectan para ser *permanentes*.

La *voluntad suprema y original* organiza el gobierno y atribuye a cada departamento gubernamental sus correspondientes poderes. Puede detenerse en este punto o establecer determinados *límites*, que no deben rebasarse por tales departamentos. Así ocurre en el gobierno de los Estados Unidos. En efecto, *los poderes del legislador están definidos y limitados, y para que estos límites no puedan ser falseados u olvidados, la Constitución ha sido fijada por escrito.*

Abundando en este último argumento y con buena lógica se pregunta: «¿Qué sentido tiene que estos poderes hayan sido limitados y se haya confiado esta limitación a un texto escrito si estos límites pueden ser traspasados en cualquier momento por aquellos a quienes se trata de limitar? La distinción entre un gobierno con poderes limitados o no limitados desaparece si estos límites no restringen la actividad de las personas a las que se imponen y si los actos prohibidos y los permitidos merecen la misma consideración...» (31). «No hay una solución intermedia entre estas alternativas.» Seguidamente, Marshall establece este dilema: «O la Constitución es la Ley Suprema, que no puede ser variada por medios ordinarios, o esté en el nivel de los actos legislativos ordinarios y, como cualquier otra disposición legislativa, puede ser alterada cuando a la legislatura le plazca alterarla.

Si la primera proposición de esta última alternativa es cierta, un acto legislativo contrario a la Constitución no es derecho; si la segunda proposición es verdadera, las *Constituciones escritas* son intentos absurdos

(31) *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60, 1803). Utilizo la traducción de LUIS SÁNCHEZ AGESTA: *Documentos constitucionales y textos políticos*, Editora Nacional, 1975, págs. 319 y sigs.

del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable.

Ciertamente, cuantos han establecido Constituciones escritas las consideran como formando la ley suprema fundamental de la nación y, en consecuencia, la teoría de un gobierno así establecido debe ser que un acto de la legislatura contrario a la Constitución es nulo...»

La argumentación del juez Marshall en el caso *Marbury v. Madison* combina varias ideas, que proceden del iusnaturalismo racionalista y del iluminismo garantista.

Encontramos, en el texto fundador del *judicial review*, las siguientes expresiones, que corroboran lo anterior: «derecho original del pueblo», «principios fundamentales», «principios permanentes», «autoridad y voluntad suprema», «límites», «Constitución escrita» y, por último, una idea típicamente norteamericana: «felicidad», que antes apareció en la Declaración de derechos de Virginia (12 de junio de 1776) y en la Declaración de Independencia.

Por consiguiente, en la famosa sentencia confluyen los postulados ideológicos, los principios valorativos y las articulaciones institucionales de la cultura política occidental, que datan de los siglos XVII y XVIII y, en concreto, de la doctrina liberal anglo-francesa.

En efecto, el «*derecho original del pueblo*» presupone la creencia en el *higher law*, que enlaza con el iusnaturalismo medieval; la *autoridad y voluntad suprema* con diversas fuentes que revierten en la teoría del poder constituyente (puritanismo y autores franceses del siglo XVIII los *principios fundamentales*, la *permanencia*, en conexión con la idea de *Constitución escrita* y con la *limitación del poder*, son propias del liberalismo continental europeo (Montesquieu, entre otros), y, por último, el concepto de felicidad es la versión americana del empirismo y utilitarismo anglosajón que compensa, por un lado, la trascendencia del *higher law* y, por otro, pone los medios institucionales, instrumentales, a saber: límites, permanencia y texto constitucional escrito, al servicio de un fin secularizado que satisface los deseos burgueses de los colonos sublevados contra la opresión británica.

En este sentido, la decisión judicial que comentamos es la expresión, con lógica casi cartesiana que recuerda el estilo de Sieyès, de la fórmula política de un Estado recién nacido, que busca consolidar su permanencia y estabilidad recortando las tendencias centrifugas de los Estados miembros de la Unión.

Dicha fórmula política, como advirtió Rizzo (32), presuponía la legitimación popular del Estado. El pueblo, considerado unitariamente, constituía el fundamento legítimo de la formación de la organización del nuevo Estado, que se basaba sobre el derecho de dicho pueblo a separarse de la metrópoli.

Ahora conviene precisar los orígenes del *techo ideológico* de esa fórmula política, de su articulación normativa e institucional, del lenguaje y estilo jurídicos que revierten en la decisión judicial del juez Marshall y esculpieron los propósitos políticos y socioeconómicos que la impulsaron.

Dicho de otro modo: *La famosa sentencia en el caso Marbury v. Madison no sólo inauguró y asentó, definitivamente, la institución técnica del judicial review, lo cual basta para acreditar su capital importancia, es, además, el emblema de un modo de razonar significativo que sirvió para fortificar la estructura federal de los Estados Unidos según el modelo socioeconómico querido por la burguesía norteamericana* (33). En este sentido se corrobora la afirmación que considera a Marshall como *segundo padre* de la Constitución de 1787.

En consecuencia, la memorable sentencia es un compendio de teoría sobre la Constitución escrita, sobre su origen, fundamento, caracteres y funciones, sobre su interpretación y aplicación, dentro de una estructura federal y republicana, de un nuevo Estado que, con el tiempo, llegará a desempeñar un protagonismo extraordinario en el concierto internacional.

Intentaremos precisar todo lo anterior.

Andrew C. McLaughlin (34) señaló cómo quinientos años antes de la *Declaración de independencia* santo Tomás de Aquino sostuvo que todo derecho humano deriva de la ley natural, y si en algún punto contradice

(32) GIAMBATTISTA RIZZO: *La Repubblica presidenziale*, Giuffrè, Milán, 3.^a edición, 1973, págs. 46 y sigs.

(33) No se trata, por supuesto, de interpretar esta decisión judicial con léxico y/o intencionalidad marxista, puesto que ello contradiría, en parte, el iusnaturalismo racionalista que inspiró al constitucionalismo norteamericano. Lo dicho sirve para subrayar, como ya hizo Beard, sus bases socioeconómicas.

(34) ANDREW C. MC. LAUGHLIN: *The foundations of american Constitutionalism*, The New York University Press Washington Square East, New York City, 1932, páginas 110 y sigs. Cfr. además C. H. MC. ILWAIN: *Constitutionalism and the changing World*, Cambridge at the University Press, 1939, reimpresión, 1969, págs. 19 y 274; JOSEPH M. SNEE, S. J.: *Leviathan at the Bar of Justice*, en: *Government under Law. A Conference held at Harvard Law School on the Ocasión of the bicentennial of John Marshall, Chief Justice of the United States, 1801-1835*. Edited by Arthur E. Sutherland, University Press. Cambridge, 1956, págs. 91 y sigs.

el derecho natural, ya no es derecho, sino perversión del mismo (*Summa Theologica*, Parte II, núm. III *questio* 95, art. 2.^o).

Esto parece muy moderno —comenta el profesor americano— si sustituimos las palabras «ley natural» por el término «Constitución». La afirmación del Aquinatense no difiere esencialmente de lo que dijo Locke: «La ley que rigió a Adán fue la misma que gobierna a toda su posteridad, la ley de la razón». «Ningún acto legislativo actual —añadía McLaughlin— puede legalmente privar a cualquier persona de su vida, libertad o propiedad sin el *due process of law*, es decir, no puede arbitraria e injustamente desposeerle. Ningún acto del gobierno americano es considerado válido por los tribunales si estiman que viola los principios elementales de la justicia sustancial. Frente a tal privación se esgrimen la quinta y la catorce enmiendas de la Constitución» (35).

Más recientemente, Evers (36) corrobora lo dicho por McLaughlin. Así, en la teología de santo Tomás de Aquino encuentra las bases que justifican de modo estimativo, trascendente, el examen de constitucionalidad de las leyes.

La filosofía de la ley del doctor Angélico sostiene que sobre las leyes humanas aparece la ley divina, mediante la cual se propone al hombre el fin eterno que se manifiesta por medio de la Revelación (*Summa Theologica*, II, I, q. 91, art. 5, q. 57.2, ad. 3). La ley eterna es expresión inmediata de la razón divina, que sólo pueden conocer Dios y los santos: *Legem aeternam nullus potest cognoscere, secundum quod in se ipse est, nisi solus Deus et beati, qui Deum per essentiam vident* (*Ibidem*, II, I, q. 93, art. 2) y la ley natural, que es *participatio legis aeternae in rationali creatura* (*Ibidem*, II, I, p. 91, arts. 2 y 4).

Las leyes humanas que contradicen a la ley divina o a la ley natural no deben observarse: *Alio modo leges possunt esse injustae per contrarietates ad bonum divinum, et tales leges nullo licet observare* (*Ibidem*, I, II, q. 96, art. 4) y, por último: *Et ideo si scriptura legis continent aliquid contra ius naturale injusta est, nec habet vim obligandi. Et ideo nec tales scripturae leges dicuntur, sed potius legis corruptiones. Et ideo secundum eas non est iudicandum* (*Ibidem*, II, II, q. 60, art. 5, ad. 1).

Por tanto, conforme al pensamiento de santo Tomás podríamos decir que una ley constitucional que contradice a la ley divina o a la ley na-

(35) McLAUGHLIN: *Ob. cit.*, pág. 110.

(36) HANS ULRICH EVERS: *Der Richter und das unrichtliche Gesetz*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1956, págs. 40 y sigs.

tural, *non habet vim obligandi* y *secundum ea non est iudicandum*. Desde la perspectiva teológica cabe, pues, declarar la inconstitucionalidad de las normas fundamentales que chocan con principios de la ley eterna y/o de la ley natural, porque la fuerza obligatoria de aquéllas descansa, en último extremo, en la ley divina y natural, y en su virtud se legitiman.

Hay, pues, en esta doctrina un escalonamiento de las normas y, para emplear la terminología actual, existe un parámetro (ley eterna y ley natural) para juzgar la legitimidad de las normas positivas incluidas las constitucionales (37).

Naturalmente, los precedentes ideológicos más cercanos que influirán sobre el constitucionalismo norteamericano y en concreto sobre el *judicial review* serán las doctrinas iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII, sobre todo la constelación de ideas que animó la revolución puritana en Inglaterra y la implantación de las creencias puritanas en las colonias inglesas en América llevadas por los *Pilgrim fathers*.

Ciertamente, aunque este iusnaturalismo no prescinde de las bases teológicas, antes bien, las confirma con arreglo a la interpretación protestante, se aprecia claramente su coexistencia con elementos políticos y socioeconómicos muy determinados: la libertad, democratismo, persecución de la felicidad, intensa atención a la laboriosidad y a las virtudes con ella relacionadas: honradez, seriedad, disciplina.

Lo que importa aquí subrayar, sin entrar en detalles (38), es que, como afirma Seagle (39), el reconocimiento de un derecho fundamental fue uno de los fines de la revolución americana.

El *judicial review*, o sea, el poder de los jueces de interpretar las leyes del reino para asegurar las libertades frente al poder real, es una tradición anglosajona. Lo mismo el reconocimiento de unos derechos intangibles y de una ley superior que debería respetarse, lo cual tendía a reconocer la supremacía de los tribunales (40).

(37) C. H. Mc. ILWAIN: *Constitutionalism and the changing world. Collected papers*. Cambridge at the University Press, 1939, reprinted, 1969, págs. 19 y 274 se refiere también al pensamiento de Santo Tomás.

(38) Sobre el influjo del puritanismo en el desarrollo del constitucionalismo, la literatura es copiosa. Nos limitamos a citar una excelente obra que, aparte de recoger la bibliografía anglosajona sobre la materia, describe ese influjo muy bien: GIULIO BRUNI ROCCIA: *La dottrina del diritto naturale in America*, Giuffrè, Milán, 1950.

(39) WILLIAM SEAGLE: *Weltgeschichte des Rechts*. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951, pág. 35.

(40) CHRISTOPHER ST. GERMAIN en *Doctor and Student* mantuvo que ningún esta-

El enlace entre el *judicial review* y la tradición inglesa del *common law* es el *Chief Justice* Edward Coke, quien sostuvo la idea de que todas las leyes deben referirse a la *ley fundamental*. Así, en el caso del doctor Bonham afirmó que muchas veces el *common law* está por encima, sobre los actos del Parlamento y en ocasiones los relega a una absoluta ineficacia. Coke proclamó el derecho de los tribunales a interpretar los acuerdos del Parlamento de acuerdo con el *common law*.

«El conflicto más importante del rey Jaime —escribe Friedrich (41)— y el juez Coke se originó en la creencia del último de que los altos tribunales de Inglaterra tenían derecho a decidir si un acto del Parlamento era "legal" o no lo era; sin embargo, semejante opinión no triunfó en Inglaterra. Se la acató nominalmente hasta fin del siglo XVIII, justo lo bastante para influir en el pensamiento jurídico de los norteamericanos. Al combinar la Constitución como ley fundamental del país con la ley común, se ha introducido mucho de la última en la estructura legal americana durante todo el siglo y medio de "interpretación" judicial de la Constitución.»

La tesis de Coke en el *Dr. Bonhams Case* (1610) fue recogida por James Otis en su *Writs of Assistance Case* y se esgrimió frente a las decisiones de la metrópoli y su Parlamento.

De esta manera —advierde Dietze (42)—, el *judicial review*, concebido por los *Founding Fathers*, demostró que la revolución americana fue un hecho caracterizado más por la restitución que por la suplantación del *rule of law* y que la Constitución, básicamente, fue la transmutación de aquella regla en normas escritas.

Así tenemos prefigurados los conceptos de fundamentalidad, de Constitución escrita y de conexión con el *common law* y el *rule of law* implícitos en la decisión de Marshall, con la diferencia de que Coke fiaba, sobre todo, en el derecho consuetudinario (43). Según J. A. Spender, Coke ha-

tuto podrá contener cosas contrarias a la ley natural de las criaturas racionales, pues sería algo nulo ir contra la justicia. Si un estatuto fuera contra la ley divina sería también nulo. Cfr. CHRISTOPHER MORRIS: *Political thought in England. Tyndale to Hooker*, Geoffrey Cumberlege Oxford University Press London, New York-Toronto, 1953, pág. 85.

(41) CARL J. FRIEDRICH: *Gobierno constitucional y democracia* (trad. de Agustín Gil Lasierra), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, vol. I, 1975, pág. 503.

(42) GOTTFRIED DIETZE: *America's political dilemma. From limited to unlimited democracy*, The Johns Hopkins Press. Baltimore, 1968, pág. 146.

(43) «Para algunos de esos "conservadores liberales", la salvaguardia de las necesarias libertades parece haber implicado la preservación intacta del derecho consue-

bría aprobado, calurosamente, la posición asignada a la *Supreme Court* en la Constitución norteamericana (44).

Lo que no consiguió sir Edward Coke en la Inglaterra del siglo XVII lo conseguiría John Marshall en los Estados Unidos a principios del siglo pasado.

Las circunstancias politicosociales fueron distintas y, sin embargo, hay puntos comunes entre los dos. No sólo la tradición anglosajona, la coincidencia en el reconocimiento de un derecho original y de unos principios fundamentales y permanentes, algo más: su valoración de la función de los jueces en el proceso constitucional, incluso la coincidencia en las doctrinas del liberalismo económico.

Christopher Hill (45) dedica el capítulo V de su precioso libro sobre los orígenes intelectuales de la Revolución inglesa a examinar la persona y obra de sir Edward Coke (46).

Para Hill, el juez Coke fue un jurista, no un intelectual, en cuyos escritos se encuentran confusiones y contradicciones notables, lo cual impulsa a la tentación de negar su importancia. Sin embargo, como señaló Maitland, sus libros marcan la gran línea divisoria entre lo medieval y lo moderno.

Rival de Bacon, sin embargo coincidió con él en la necesidad de sistematizar la ley y modernizar el derecho. Le interesaban mucho las resoluciones de los jueces, sus enunciaciones de principios generales, tanto si servían de base para sus sentencias como si eran afirmaciones formuladas de pasada. Su objetivo final era extraer, de series completas de casos, conjuntos de principios generales.

Puso el énfasis en una adecuada interpretación de las leyes. La mejor manera de explicarlas es interpretarlas de modo que concuerden entre

tudinario de la nación en su totalidad. Por ejemplo, Sir Edward Coke que pensaba que, para proteger la libertad del súbdito contra el gobierno arbitrario, era preciso nada menos que mantener inviolable todo el cuerpo del derecho común inglés. Para él, la totalidad del derecho común era "fundamental" en un sentido. Seguía concibiendo el derecho como costumbre a la manera medieval y todo derecho consuetudinario tenía para él una sanción más alta que la "legislación de cualquier clase". (CHARLES HOWARD MC. ILWAIN: *Constitucionalismo antiguo y moderno* (trad. José Rovira Armengol), Editorial Nova, Buenos Aires, 1958, pág. 25).

(44) J. A. SPENDER: *The Government of Mankind*, Cassell and Company Lid. London, Toronto, Melbourne and Sidney, 2.^a ed., 1946, pág. 233.

(45) CRISTOPHER HILL: *Los orígenes intelectuales de la Revolución inglesa* (trad. de Alberto Nicolás), Editorial Crítica. Grupo editorial Grijalbo, Barcelona, 1980.

(46) «Sir Edward Coke, forjador de mitos», en *ob. cit.*, págs. 260 y sigs.

sí y el mejor intérprete de las mismas es la costumbre, que a veces se sobrepone o domina al *common law*.

Mientras Raleigh instó al rey Jacobo para que se adaptase al cambio social y a cooperar con el Parlamento, Coke «quería que esta revolución constitucional tuviera como instrumentos a los jueces y fuera confirmada por las leyes...» Contribuyó a la evolución de una doctrina de la ley fundamental basada en la razón natural (47).

Por consiguiente, tanto Coke como Marshall, cada uno en circunstancias de cambio politicosocial con las diferencias propias de cada época y lugar, coincidieron en el papel capital de los jueces en la interpretación de las leyes y en la doctrina de la ley fundamental.

Por otro lado, no hay que olvidar que sir Edward Coke fue tutor de Roger Williams, «que no era lego en derecho»; Williams consideraba a sir Edward como un "hombre bendito", que habría aprobado su emigración a Nueva Inglaterra. Existieron, pues, algunas afinidades entre Coke y los puritanos que, como lamentó Sibthorpe, «colocan a la ley por encima del rey» (48). Así, pues, la conexión entre Coke y el constitucionalismo norteamericano se corrobora a través del puritanismo, movimiento capital en la formación ideológica y jurídicopolítica de los Estados Unidos.

Tanto Coke como Marshall fueron conservadores en el campo jurídicopolítico y liberales en el económico.

Hill (49) se apoya en las investigaciones que hizo D. O. Wagner acerca del liberalismo económico del juez inglés. Según esto, Coke fue enemigo de los monopolios.

«Todas las actividades... que evitan la ociosidad... son beneficiosas para la comunidad y, por consiguiente, la concesión (de un monopolio) atenta contra el derecho consuetudinario y contra los intereses y libertades del sujeto.»

Igualmente fue contrario a los privilegios de los gremios, argumentando que sólo el Parlamento podrá interferirse en el derecho de los ingleses a desarrollar una actividad legal y añadía que las «leyes del Parlamento que atentan contra la libertad de los oficios... no tienen nunca vida larga». En la línea del *laissez faire* sostuvo que el funcionamiento del mercado bastaría para eliminar a los trabajadores poco diestros.

(47) HILL: *Ob. cit.*, págs. 294-295.

(48) HILL: *Ob. cit.*, pág. 298.

(49) HILL: *Ob. cit.*, pág. 271. Expone otros numerosos ejemplos que corroboran el liberalismo económico de Coke.

Hill (50) apoya la tesis de Wagner diciendo: «Quizá sea conveniente mencionar un par de hechos que parecen apoyar la tesis de Wagner. Coke pertenecía a la Compañía de Virginia y pensaba que el comercio y el tráfico eran la vida de toda comunidad. El mercader era «el buen administrador del reino».

Al referirse al caso Bonham (1608-1610), Hill (51) sostiene que acaso los juristas y los técnicos de la política le hayan dado demasiada importancia. Según él no hay que ver en dicho caso elementos que necesariamente ataquen a la soberanía de la ley (53), porque «Coke se enfrentaba a un monopolio que negaba el derecho de los hombres a vender su destreza en el mercado libre y que convertía a los monopolios a la vez en fiscales, jueces y beneficiarios de la multa» (53).

Por otro lado, subraya Hill (54), Coke dio a los ingleses el mito histórico de la Constitución inglesa paralelo al mito de la religión anglicana forjado por Foxe y, además, interpretó la Carta Magna como baluarte de la libertad económica, «y en sus discursos en el Parlamento, en la década de 1620, la introdujo en la historia y la convirtió en patrimonio de todo inglés adinerado».

También John Marshall mantuvo el pensamiento económico del liberalismo. En efecto, el clásico estudio de Charles A. Beard (55) subraya cómo el *Chief Justice* norteamericano interpretó las fuerzas sociales que produjeron la Constitución de 1787. En cuanto juez utilizó, claro está, la terminología de la jurisprudencia, pero como buen historiador describió el conflicto económico que al fin desembocó en su aprobación.

Mediante la técnica del *judicial review* —escribe Wilson (56)— se ins-

(50) HILL: *Ob. cit.*, págs. 269 y sigs. y 271.

(51) HILL: *Ob. cit.*, págs. 272-273.

(52) Apoyándose en J. W. GOUGH: *Fundamental Law in English History*, 1955. Hill apunta que el caso Bonham comenzó a adquirir importancia política-constitucional cuando se esgrimió contra la soberanía parlamentaria por el juez Jenkins, en 1647, y por LILBURNE en sus «Legal Fundamental Liberties» (1649), *ob. cit.*, pág. 273, en nota.

(53) En el caso Bonham, Coke rechazó el derecho del Colegio de médicos a multar y encarcelar a los médicos sin licencia que ejercían su profesión a menos de siete millas a la redonda de Londres; porque, en ese caso, los censores del Colegio se convertían a la vez en jueces y partes, lo que era injusto y, por lo tanto, la cláusula de la ley nula.

(54) HILL: *Ob. cit.*, pág. 296.

(55) CHARLES A. BEARD: *An economic interpretation of the Constitution of the United States*. The Macmillan Company New York, Toronto, London, 1949, pág. 191.

(56) FRANCIS GRAHAM WILSON: *The American political mind*. Mc. Graw-Hill Book

cribieron, en el texto constitucional, los principios del nacionalismo conservador para frenar las tendencias democráticas de otras instituciones políticas. Ahora bien, como es sabido, ese conservadurismo nacionalista mantenía los intereses del liberalismo económico defensores de la unión federal frente a las tendencias centrifugas de los Estados miembros.

Por medio del *judicial review*, los jueces se convirtieron, durante generaciones, en los auténticos aristócratas de los Estados Unidos y mantuvieron el principio del *laissez faire* hasta 1937.

En cuanto a la idea de la felicidad como fin de todo gobierno (*The pursuit of happiness*), responde al individualismo americano que data desde los comienzos de la fundación de sus primeros establecimientos, fundados para asegurar la libertad religiosa y la propiedad privada.

Esta búsqueda de la felicidad, a diferencia de lo que sucedía en Inglaterra, chocó con menos dificultades, dado que en América no existían las barreras sociales de la metrópoli, de suerte que se partía, inicialmente, de una cierta igualdad de condiciones de todos frente a la naturaleza y sus riesgos, amén de los conflictos con los indios. Así como luego más tarde en la marcha hacia la frontera se fue forjando la mentalidad del hombre americano (56 bis).

Influidos por la mística puritana, templados por el trabajo constante, los fundadores y sus descendientes estaban convencidos del derecho de todos y cada uno de ellos a lograr su felicidad.

También podría alegarse como precedente continental europeo sobre el papel de intérprete y guardián de la Constitución, asentado por Marshall, el pensamiento de Emer de Vattel (1714-1767) (57).

Vattel, jurista suizo, nacido en el principado de Neuchâtel, formuló —co-

Company, Inc., New York, Toronto, London, 1949, pág. 191 CARL BRENT SWISHER: *The supreme Court in modern Role*, New York University Press, 1965, pág. 11, dice: *Rather the Marshall Court made its contemporary imprint largely through decisions that curbed not acts of Congress but the power of the States, usually with the respect to rights of property. Particularly in cases involving the contract clause of the Constitution, Marshall used the power of the Court to shield property against state legislation, in all probability giving the contract clause restrictive power well beyond that restrictive power, well beyond that intended by the framers. He brought the charters of private contracts and thereby speeded the development of such corporations as major instruments of business enterprise*».

(56 bis) Cfr. el clásico libro de FREDERICK JACKSON TURNER: *La frontera en la historia americana*, 2.^a ed., trad. de Rafael Cremades Cepa, prólogo de Guillermo Céspedes. Ediciones Castilla, Madrid, 1976.

(57) EMER DE VATTEL: *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758.

mo señala Galán (58)— «con toda nitidez, en el año 1758, antes de que surgiera ni en Norteamérica, ni en Europa el constitucionalismo, la idea de la defensa de la Constitución, que tanta importancia iba a asumir en la grave crisis del constitucionalismo occidental posterior a la guerra mundial de 1914-1918».

Eustaquio Galán cita este texto precioso del internacionalista helvético: «La Constitución y las leyes fundamentales son el plan sobre el cual la nación ha resuelto trabajar para su felicidad: la ejecución queda confiada al príncipe.» «El debe seguir más religiosamente este plan; él debe considerar las leyes fundamentales como normas inviolables y sagradas; y debe saber que en el momento en que se desvíe de las mismas, sus actos y decisiones resultan injustas, y no significan otra cosa que un abuso criminal del poder que le es confiado. El príncipe es, en virtud de ese poder —el príncipe recibe su autoridad de la nación— el guardián, el defensor de las leyes fundamentales. Y si queda obligado a reprimir a cualquiera que ose violarlas ¿cómo podría él mismo despreciarlas?».

El problema consiste en precisar si Marshall leyó a Vattel. Desde luego, la *élite* fundadora, como en el caso del juez co-fundadora de los Estados Unidos, se había empapado de los autores clásicos del siglo XVIII europeo y entre ellos ocupaba lugar distinguido el internacionalista suizo.

Por último, respecto al estilo y a la argumentación interpretadora de Marshall, no me parece atrevido conectarla con el método y razonamientos escolástico-cartesianos de Sieyès e incluso —aunque parezca aún más arriesgado— con Spinoza (1634-1677). Vayamos por partes.

Si comparamos el estilo de «¿Qué es el tercer Estado?» del abate con el texto de la sentencia famosa de Marshall, encontramos la misma fuerza lógica, el encadenamiento de los argumentos, la preocupación por ofrecer un sistema coherente, claro, cuya fácil retención por el posible lector pueda contribuir a reforzar la exactitud de lo que se manifiesta, cuyo mensaje no se detiene en la convicción de esa verdad, sino que apunta a un objetivo más ambicioso: obtener un cambio de la situación (el triunfo de la burguesía, en Francia fortificando la Revolución fortalecer la unión federal norteamericana en cada caso y autor).

Pero el estilo de Sieyès y alguna de sus ideas, que luego perfeccionó, sistematizó y logró imponer en su patria proceden de Spinoza. ¿Cómo es esto?

(58) EUSTAQUIO GALÁN GUTIÉRREZ: *Estudio crítico del Anteproyecto de Constitución española y otras lecciones de Filosofía del Estado*. Universidad Complutense de Madrid. Protocolos de curso, Madrid, junio 1978, pág. 63.

Hace tiempo el profesor Georges Pariset (59) precisó el influjo del judío luso-holandés sobre el revolucionario francés. A su juicio, aunque Sieyès se esforzaba en producir la ilusión que extraía de lo profundo de su pensamiento político... todos los elementos de las Constituciones que elaboró para Francia, hay que suponer que Spinoza contribuyó a la formación de las teorías constitucionales de Sieyès.

La opinión del historiador francés me parece acertada por la comparación que hace entre la clasificación de las formas políticas de ambos autores y la estructura y funcionamiento del sistema político diseñado por cada uno de ellos.

No es extraño que Spinoza influyera sobre el francés. Les vinculó el pensamiento cartesiano (Sieyès fue el Descartes de la política según el crítico Sainte-Beuve).

Sieyès adquirió como sacerdote una cultura teológico-filosófica que no podía ignorar la presencia del cartesianismo y del spinozismo, aunque sólo fuera para refutar el panteísmo mantenido por Spinoza.

Como es sabido, Sieyès es el teórico principal del *pouvoir constituant*. Pues bien, Carl Schmitt apunta la aproximación de la metafísica spinozista a la doctrina del *pouvoir constituant* del abate francés.

Escribe Schmitt: «En algunas manifestaciones de Sieyès aparece el *pouvoir constituant* en su relación con todos los *pouvoirs constitués* en una analogía metafísica respecto de la *natura naturans* y su relación a la *natura naturata* según la doctrina de Spinoza...» (60).

Pariset indica que Spinoza ignoraba la Constitución inglesa, en cambio estimaba la república federal de las Provincias Unidas (Holanda). Por su parte, Sieyès rechazaba la Constitución inglesa y, en cambio, apreciaba la norteamericana. Esto es una coincidencia que contribuyó a aproximar las dos teorías.

A su juicio, el pensamiento político spinozista ofrece singulares afinidades con la doctrina general de la Revolución francesa. Spinoza tuvo conciencia clara de la noción de los derechos del hombre, algunos de ellos imprescindibles. Entre Sieyès y Spinoza la semejanza llega, a veces, a la identidad. «*Finis ergo Respublicae revera libertas est (Spinoza); la fin de tout l'établissement public est la liberté individuelle (Sieyès)*. Los dos distinguen en la sociedad los gobernantes y gobernados. Coinciden en el prin-

(59) GEORGES PARISSET: *Etudes d'histoire révolutionnaire et contemporaine*. Société d'Édition les Belles Lettres, París, 1929, págs. 1 y sigs.

(60) CARL SCHMITT: *Teoría de la Constitución* (trad. F. Ayala), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, pág. 91.

cipio fundamental de que la sociedad política debe limitar lo menos posible sus derechos naturales.

El Colegio de los Conservadores proyectado por Sieyès —según Pariset la creación más profunda de su genio— era particularmente estimada por aquél y se convirtió en el Senado Conservador de la Constitución del año VIII.

Este Colegio, decía el autor, nada es en el orden ejecutivo, nada en el gobierno, nada en el orden legislativo. Existe «porque es preciso que exista, porque se necesita una magistratura constitucional». Ahora bien, según Pariset, ese Colegio se asemejaba mucho al Colegio de Síndicos del régimen aristocrático de Spinoza. Además, los senadores spinozianos, que votan después que los cónsules han discutido delante de ellos, vienen a ser hermanos de los legisladores de Sieyès.

Pariset continúa la comparación y sintetiza afirmando que todos los elementos de la monarquía y de la aristocracia spinozianas pasaron a Sieyès y todos los engranajes y rodajes de la complicada maquinaria del francés están prefigurados en el esquema de Spinoza.

En consecuencia, la originalidad de Sieyès no estriba en la inventiva, sino en los comentarios, infinitamente sutiles, penetrantes. Radica en las fórmulas lapidarias —algunas de ellas se hicieron célebres e ilusionan—, en los recursos de un espíritu ordenador y sistematizador, abstracto.

En fin, la descripción final de Pariset del estilo de Sieyès podría, sin violencia, aplicarse a las maneras de John Marshall.

Ahora bien, conviene neutralizar la objeción, apoyada en la cronología, de que las teorías de Sieyès son posteriores a la independencia y formación de los Estados Unidos.

Sieyès se sentía orgulloso de su teoría sobre el *pouvoir constituant* y la calificaba como una de las principales conquistas de la ciencia política francesa —advierte Galán (61)— frente a la posición de La Fayette (*Mémoires*, París, 1838, vol. IV) y de otros que invocaron la precedencia norteamericana.

Es indudable que la práctica norteamericana es precedente en este punto, pero lo que importa es su teorización, su presentación.

«Nadie, ciertamente, antes de Sieyès —escribe Galán— habló con tanta nitidez e intencionalidad del poder constituyente, aun cuando el poder constituyente haya existido desde que existe el hombre, desde que existe la vida política como fenómeno social, lo mismo que la relación de la

(61) EUSTAQUIO GALÁN GUTIÉRREZ: *Ob. cit.*, págs. 29 y 30.

circunferencia al diámetro existía con anterioridad al hecho de su descubrimiento científico-matemático.»

La imagen es afortunada. Expresa, vigorosamente, una realidad. Por nuestra parte, añadiremos, abundando en lo que más arriba indicamos, que aquí importa el método y el estilo: un método cartesiano casi matemático, expresado en fórmulas lapidarias que contribuyeron a su divulgación y aceptación.

Y esto ocurre, también, con el método, estilo y con las expresivas fórmulas marshallianas de su célebre decisión judicial.

Hay, en cambio, una importante diferencia de matiz, a saber: el método y estilo spinoziano que desemboca en Sieyès geométrico, formulado en apotegmas lapidarios, lo matiza Marshall al interpretar la Constitución de su país sin olvidar su estirpe anglosajona. El lejano spinozismo y cartesianismo de Sieyès, se modera con el pragmatismo inglés transplantado a las colonias recientemente independizadas (62).

Una vez más confluirán en la formación del derecho constitucional euroatlántico el espíritu abstracto francés y el genio empírico anglosajón.

Como el lector habrá comprobado prescindimos de los datos complementarios sobre precedentes del *judicial review* en la vida política de las colonias americanas antes de la independencia, de las opiniones de Hamilton sobre la cuestión porque nos ha parecido menos conocido, y más interesante, exponer los aspectos anteriores (62 bis).

El *judicial review* prosperó en Estados Unidos y no cuajó en Inglaterra, a pesar del caso Bonham, porque en Norteamérica la estructura federal lo exigía para decidir los conflictos entre la Unión y los Estados miembros y entre ellos mismos y, además porque favoreció los propósitos políticos

(62) «*Comme l'a fait remarquer le président Marshall, la Constitution était une sorte de cadre de législation: ce n'était pas la loi qu'on édictait une fois pour toutes, c'était un système contractuel, un plan dans lequel devait se développer la vie législative de la nation, une direction tres nette donné à l'évolution de la loi, rien de plus. On ne codifiait pas le loi, on établissait un plan pratique, un moyen de fonctionnement destiné à durer, non pas sous une forme figée et immuable, mais pouvant évoluer au besoin et s'adapter aux nécessités d'une nation aussi changeante que les Etats-Unis, qui ont vécu dans un âge où tout évolue et change rapidement. C'est ainsi que la Cour Suprême des Etats-Unis a été amenée à représenter virtuellement la Constitution de 1787, elle en est la gardienne: elle décide ce qui est équitable, ce qui est juste quand on applique la Constitution*» (JAMES M. BECK: *La Constitution des Etats Unis* (trad. John Charpentier), Librairie Armand Colin, Paris, 1923, págs. 149-150.

(62 bis) Para otros precedentes históricos, cfr. MARIO BATTAGLINI: *Contributi alla Storia del controllo di costituzionalità delle leggi*. Giuffrè, Milán, 1957.

y socioeconómicos de los federalistas que defendieron, con ahínco, el fortalecimiento de la Unión.

De este modo, a pesar de la tecnicidad de la institución, sin olvidar sus precedentes ingleses respecto a la posición y función del juez en el proceso de formación del derecho, el *judicial review* es un caso más que demuestra cómo las instituciones por muy técnicas que sean no se pueden desprender, para comprenderlas enteramente, de los influjos ideológicos que incidieron en su establecimiento y de los contenidos socioeconómicos sobre que descansan y que, además, fomentan. Ahora bien, en este último importantísimo aspecto la jurisprudencia de la *Supreme Court* ha evolucionado en los últimos decenios en sentido más progresista y se diferencia mucho del individualismo posesivo, que, dramáticamente, forcejeó con la política económica del *New Deal*.

III) CONEXION NORMATIVO-INSTITUCIONAL ENTRE ESTADO DE DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1) *El Estado de derecho y el Tribunal Constitucional españoles*

El presidente de nuestro Tribunal Constitucional, Manuel García Pelayo (63), señala como función de este órgano «perfeccionar la vigencia del Estado de derecho en el que se constituye la Nación española en virtud de una decisión fundamental expresada en el preámbulo y en el artículo 1.º 1, de la Constitución...».

La afirmación anterior significa varias cosas, a saber:

1) Se indica que el Tribunal Constitucional obedece a la decisión fundamental de la Nación española contenida en el preámbulo («Consolidar un Estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular») y en el artículo 1.º, 1 del texto constitucional, que constituye a España en un Estado de derecho calificado de *social y democrático*.

2) Se subraya la conexión formal y funcional entre el Estado de derecho, diseñado por la Constitución, y el Tribunal Constitucional.

3) El Tribunal Constitucional perfecciona la vigencia del Estado de derecho.

(63) MANUEL GARCÍA PELAYO: «El "status" del Tribunal Constitucional», en *Revista española de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 1, Madrid, 1981, págs. 15 y sigs.

A la vista de las consecuencias que se desprenden de la afirmación del primer presidente del Tribunal Constitucional, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿es imprescindible la jurisdicción constitucional para que exista el Estado de derecho?

Del texto de García Pelayo se infiere, también, que no es imprescindible puesto que escribe que el Tribunal Constitucional «tiene como función *perfeccionar* (subrayado de P.L.V.) la vigencia del Estado de derecho...». Es obvio que ese *perfeccionar* supone la existencia previa de algo —en este caso el Estado de derecho— que se mejora.

Advirtamos, de otro lado, que el autor se refiere a perfeccionar la *vigencia* (subrayado de P.L.V.) del Estado de derecho.

La palabra *vigencia* tiene un significado característico que no coincide con *efectividad*, como es sabido, aunque el ideal sea que toda vigencia sea efectiva.

En este sentido, todos y cada uno de los preceptos de la Constitución están vigentes, pero bastantes de ellos todavía no son efectivos y probablemente, aunque no sea deseable, no lo serán durante mucho tiempo.

La cláusula transformadora de la Constitución, el artículo 9.º, 2, confía a los poderes públicos —y el Tribunal Constitucional es un *superpoder* (64) «...proveer las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...»; luego el mismo texto constitucional reconoce que la libertad y la igualdad no siempre son *reales* y *efectivas*, y añade que hay que remover los obstáculos que impidan o dificulten su *plenitud*.

De lo anterior cabe deducir que la mera *vigencia* del Estado de derecho no basta; por eso, acertadamente, García Pelayo habla de perfeccionarla. Así, estaríamos ante un auténtico Estado social y democrático de derecho.

Es evidente que hay una conexión formal y funcional entre el Estado de derecho y el Tribunal Constitucional.

Ante todo, esa articulación es *congruente formalmente*: el artículo 1.º, 1, y el 9.º, 3 —«La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerar-

(64) Así lo denomina JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: «De lo dicho se desprende la naturaleza especial de la Jurisdicción constitucional. En España, el Tribunal al que se atribuye esta jurisdicción no está encuadrado en la común organización judicial. Viene a ser un superpoder, al ser independiente —según el artículo 1.º, LOTC— de los órganos constitucionales y estar sometido sólo a la Constitución y a la Ley orgánica (*Derecho procesal constitucional*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1980, pág. 76). Antes JOSÉ ALMAGRO NOSETTE: «Poder judicial y Tribunal de Garantías de la nueva Constitución», *Lecturas sobre la Constitución española*, I Coordinación Tomás R. Fernández Rodríguez, Facultad de Derecho, UNED, Madrid, 1978, pág. 322 lo calificó así.

quía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»—, junto con el 53. 1 y 2, sobre las garantías de las libertades y derechos fundamentales, son perfectamente congruentes, dentro del esquema de un Estado de derecho formalizado, con el Título IX (arts. 159-165) y con el artículo 1.º, 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 2, 1979, de 3 de octubre que dice: «El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica».

La combinación de estos artículos celebra, meridianamente, la conexión, la función de *órgano de cierre* (*órgano di chiusura*, según Crisafulli) que cumple el Tribunal Constitucional de todo el entramado lógico Estado de derecho-Justicia constitucional.

Ahora bien, el artículo 1.º, 1, califica nuestro Estado de derecho, que configura a España, como *social y democrático* y en relación con las decisiones preambulares: «Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo» y «Establecer una sociedad democrática avanzada». Además, la norma constitucional de apertura (art. 1.º, 1) proclama como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, y el artículo 9.º, 2 (cláusula transformadora) apunta, como vimos, a la realidad y efectividad de la libertad y de la igualdad. Hay que añadir los preceptos 40, 1 (distribución de la renta regional y personal más equitativa) y 129, 2 *in fine* (establecer los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción).

Si estos preceptos cuadran perfectamente con el Estado *social y democrático* de derecho y su articulación es congruente, resulta que no resplandece tanto dicha articulación con otros como el 38 (libertad de empresa en una economía de mercado) y el artículo 33 (propiedad privada y herencia) y el 37, 2 (derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo).

Hay, pues, en el texto constitucional, dos facetas: una inspirada en la tradición iluminista-garantista, que cuadra con el Estado liberal de derecho y otra que corresponde al Estado social y democrático de derecho afín a la socialización.

A mayor abundamiento, ocurre que la Constitución sustrae la alegación de los principios rectores de la política económica y social ante la

jurisdicción ordinaria, de suerte que el artículo 53, 3 y el 41, párrafo 1 de la LOTC limitan el amparo constitucional a los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de justicia. La misma protección se aplica a la objeción de conciencia (art. 30).

No intento sugerir que exista antagonismo entre los preceptos que proceden del legado liberal y los principios rectores de política económica y social que en alguna ocasión el constituyente denomina *derechos* (artículos 39, 4; 42; 43, 1 y 2; 44, 1; 45, 1; 47; 49) a los que hay que añadir el *deber* y *derecho* a usar el castellano (art. 3.º, título preliminar); el *derecho* a indemnización por lesiones producidas a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106, 2, título IV); el *derecho* a indemnización por error judicial y/o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 121, 1, título VI), que están situados fuera del título I).

La Constitución ha de interpretarse como un sistema coherente (65) pese a los defectos técnicos de su redacción y sistematización. Esta función compete, con carácter supremo, al Tribunal Constitucional (art. 1.º, 1 LOTC) cosa que curiosamente no se indica en el texto de la Constitución, puesto que el título IX, consagrado al Alto Tribunal, comienza señalando su composición, artículo 159, para pasar a regular (art. 161) su ámbito jurisdiccional y competencias; quiénes están legitimados para recurrir (art. 162); la cuestión constitucional (art. 163); las sentencias constitucionales (art. 164) y el reenvío (art. 165) a la ley orgánica de su funcionamiento, estatuto de sus miembros, procedimiento y ejercicio de las acciones.

Claro que el artículo 161, 1, *d*), estatuye que el Tribunal Constitucional es competente en las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas y es lógico que para cumplir la misión que le encomienda ha de interpretar la Constitución entendida ésta en el sentido amplio que abarca todo el ordenamiento constitucional y no simplemente el texto articulado de 1978.

El problema es cómo lograr la *efectividad* de los derechos y libertades fundamentales a la que se refiere el artículo 9.º, 2, y cuyo cumplimiento corresponde a los poderes públicos incluido, naturalmente, el Tribunal Constitucional aunque se califique de supra-poder.

Empero, el artículo 53, 3, matiza, como vimos, ese cumplimiento

(65) Cfr. PIETRO MEROLA CHIERCHIA: *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Cedam, Padova, 1978, págs. 60, 189 y sigs., 243 y sigs.

cuando dice: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios (recordemos que en numerosos casos les denomina *derechos*) reconocidos en el capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollan».

Por lo tanto, la efectividad de los principios rectores de política económica y social es escasa. Se limitan a *informar* los tres poderes. Parecen ser directrices para orientar la legislación, la administración y la justicia. Mientras que los derechos y libertades del liberalismo clásico están garantizados y su efectividad no es problemática: cuentan con un parámetro normativo de referencia. Los principios rectores quedan a la espera de las leyes que los desarrollen. Por lo tanto, mientras no encuentren el marco normativo de referencia, los principios rectores quedan a la espera de las leyes que los encuadre y las instituciones que los sostengan, su efectividad es prácticamente nula. En efecto, ¿qué medios jurídicos pueden utilizarse para que tales directrices se incorporen, sin premuras, a los textos legislativos que las desarrollan?

La cuestión se la plantea Almagro Nosete (66) y escribe acertadamente: «Por todo esto, como la naturaleza, alcance y contenido de estos derechos es muy polémica en relación con la ideología política más acertada en cada momento para hacerlos valer al máximo, la protección concreta a estos derechos suele normativamente excluirse por dificultad de encontrar la clave que permita resolver su contenido en cada momento determinado».

Una vez señalada la dificultad, Almagro se apresura a añadir: «Esto no quiere decir que, con una filosofía social adecuada, deba llegarse a la conclusión de que estos derechos son inexistentes porque dependen simplemente de orientaciones o directrices sobre el desarrollo legislativo».

Finalmente, el autor alberga la esperanza de que llegarán tiempos «en que con una base de común asentimiento, pueda pensarse en la tutela jurisdiccional máxima que deba darse a los mismos empleando criterios comparativos y de equidad que inspiren la justicia del caso concreto. Pero, hoy por hoy, éste es un ideal no realizable; y, por ello, las constituciones limitan a una serie de derechos que normalmente coinciden con libertades formales imprescindibles, la tutela procesal constitucional. Sin embargo, la fuerza expansiva de estos derechos es grande, pues grande es también el espíritu de justicia que anima a su consecución».

Según esto, dado que las Constituciones limitan la tutela procesal «a una serie de derechos que normalmente coinciden con libertades formales

(66) ALMAGRO NOSETE: *Ob. cit.*, pág. 194.

imprescindibles», resulta que la articulación de la norma constitucional de apertura (art. 1.º, 1) con el título IX de la Constitución y con la LOTC no es completamente congruente, y no lo es porque sólo se evidencia respecto a los contenidos formales y materiales del Estado liberal de derecho (arts. 9.º, 1 y 9.º, 3) y a los artículos 14 (igualdad formal ante la ley), 30 (objección de conciencia) y a las libertades y derechos reconocidos en la sección 1.ª del capítulo II («De los derechos fundamentales y de las libertades públicas») quedando fuera de esa tutela los principios reconocidos en el capítulo tercero que son los que cuadran con el Estado *social* de derecho e igualmente los artículos 9.º, 2; 40 y 129, 2 *in fine* que corresponden al Estado *democrático* de derecho a tenor del artículo 53, 3, como hemos visto (67).

Este fenómeno de falta de protección eficaz a los derechos socio-económicos es algo común a todos los países demoliberales que no han alcanzado el suficiente grado de socialización compatible con la libertad, es decir, que no son auténticos Estados democráticos de derecho, lo cual no quiere decir que lo sean los países comunistas, por la evidente razón de que han sacrificado la libertad y el pluralismo político-social.

De todos modos el Tribunal Constitucional puede en cierta medida cooperar a la misión transformadora exigida por el artículo 9.º, 2. ¿Cómo?

Como he apuntado en otro lugar (68) refiriéndome al Tribunal Constitucional italiano, éste ha cumplido, y cumple, una *función de suplencia* ante la inactividad de las instituciones llamadas a aplicar la Constitución. Así, Occhicupo (69), dice que la *Corte Costituzionale* ha desarrollado toda la «fuerza» política connatural a sus funciones intentando atenuar la

(67) Conviene aclarar que el Estado democrático de Derecho no ha de concebirse en el sentido formalista que lo contempla a la luz sólo del artículo 23: «Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones jurídicas por sufragio universal». La articulación de la norma constitucional de apertura (1,1) muestra su perfecta congruencia con los preceptos 9,2, 40 y 129,2 *in fine* y con la afirmación preambular: «Establecer una sociedad democrática avanzada». Cfr. mi artículo: «Constitución de 1978 y sociedad democrática avanzada», en *Revista de Derecho Político*, núm. 10 (verano 1981), UNED, Madrid.

(68) PABLO LUCAS VERDÚ: «Política y Justicia Constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional», en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, vol. II, págs. 1535-1536.

(69) NICOLA OCCHICUPO: «La Corte Costituzionale como giudice di 'opportunità' della leggi», en: *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di venti anni di attività a cura di Nicola Occhicupo*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1978, págs. 26 y sigs.

fractura entre la Constitución formal y la sociedad civil. Para ello el Alto Tribunal italiano se ha servido de una técnica interpretativa sofisticada pero muy eficaz: mediante sentencias denominadas por la doctrina: condicionales, interpretativas, de rechazo o de aceptación, rectificadoras, adecuadoras, manipuladoras, creadoras, sentencias delegación, didascálicas.

La *Corte Costituzionale* se ha atrevido no sólo a «recomendar» al legislador que modifique textos normativos, incluso ha llegado a sugerir el contenido que deberán asumir las leyes para disciplinar, de acuerdo con la Constitución, determinadas materias. Se trata —advierte Occhiucupo (70)— de auténticas participaciones que vinculan, sustancialmente, la actividad del Parlamento y del Gobierno, en su producción normativa. Claro está que por este camino se puede coadyuvar a la postergación del Parlamento.

Otra cuestión, relacionada con las articulaciones constitucionales, estriba en examinar la conexión de los artículos 1.º, 2 («La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado»), 66, 2 («Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban su Presupuesto, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuye al Constitución»), con la función de *legislación negativa* (Kelsen) ejercida por el Tribunal Constitucional y con la variada tipología de sentencias que hemos visto dicta la *Corte Costituzionale*. Dicho con otras palabras: ¿En qué medida este *superpoder* es congruente con los criterios democráticos, de democracia representativa que caracterizan tanto a la Constitución italiana como a la española?

Reenviamos para este problema a nuestro estudio antes citado (71) donde analizamos las recientes objeciones esgrimidas contra el llamado, hace tiempo, *gobierno de los jueces*, *Richtersstaat*. Es una cuestión importante que retorna incesantemente, lo cual demuestra dos cosas: 1) que se ha realizado una excesiva mitificación de la jurisdicción constitucional, sea: a) porque se argumenta su asepsia y apoliticidad, lo cual es inexacto como corrobora la experiencia constitucional de varios países, empezando por los EE. UU.; sea b) porque, al contrario, se critica su indebida intersección en el proceso político, y 2) que la calificación tanto de democrática como de no democrática atribuida a la jurisdicción constitucional depende del concepto que se tenga de la democracia y, en definitiva,

(70) OCCHIUCCO: *Loc. cit.*, pág. 51.

(71) PABLO LUCAS VERDÚ: «Política y Justicia Constitucionales...», cit., págs. 1526 y sigs.

de la coyuntura política, del juego de las diversas fuerzas políticas operantes en el proceso políticosocial.

Una vez más, mediante el análisis de las articulaciones constitucionales, según el grado de su correspondiente congruencia, se corrobora cómo el estudio de normas e instituciones fundamentales no depende sólo de su consideración procesal y/o administrativa, además está en estrecha relación con los datos políticosociales. Esto último sirve para comprobar, también, el grado de inmovilismo, o de progresismo, con que operan las instituciones jurídicopolíticas (72).

2) *¿Justicia constitucional como justicia administrativa?*

Las primeras manifestaciones del Estado de derecho se relacionan, estrechamente, con las construcciones del derecho administrativo. Esto sucedió tanto en Alemania como en Italia.

Así, García Pelayo (73), señala cómo a partir de J. F. Stahl (1856) el concepto de Estado de derecho «se formaliza, pierde su carácter axiológico

(72) DIMITRI GEORGES LAVROFF: «Les institutions politiques de l'Espagne. Constitution du 29 décembre 1978. Notes et Etudes documentaires». *La documentation française*, núm. 4.629-4.630, 9 juillet 1981, pág. 173 sostiene que la creación de una alta jurisdicción constitucional se ha considerado justamente como «*un des éléments le plus progressistes de la nouvelle Constitution*» y añade que realiza el principio general expresado en el artículo 1,1. Esta opinión me parece asentarse en una estimación *a priori*. Sólo cuando el Tribunal Constitucional, mediante su jurisprudencia, cumpla la tarea transformadora que pide el artículo 9,2 y los con él concordantes, podrá calificársele de elemento progresista. Hasta ahora no ha tenido tiempo suficiente para afirmarlo. PABLO LUCAS Y MURILLO DE LA CUEVA sostiene que la «justicia constitucional es la principal y más genuina garantía de la Constitución. En efecto, ha sido creada ex-profeso para proteger de un modo directo la supremacía de la Constitución en la medida en que sus contenidos, se dirigen, con independencia de la efectividad de las otras garantías a asegurar una actuación y desarrollo constitucionales regulares, al tiempo que procuran ir integrando paulatinamente el orden fundamental, por medio de una interpretación dinámica del mismo». «La garantía de la Constitución», en *Cuadernos de Derecho Constitucional*, Departamento de Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid, 1981, pág. 419. Cfr. el espléndido trabajo de AUGUSTO BARBERA: «La libertà tra "diritti e istituzioni"», en *Scritti in onore de Costantino Mortati*, vol. I, Giuffrè, 1977, que concluye con estas palabras: «*oggi al giurista democratico che voglia rimanere nello specifico del suo mestiere non è data altra possibilità che non sia quella di approfondire la contraddizione fra i valori delle libertà borghesi e il dominio del capitale, fra "l'emancipazione illuministica e la conservazione antilluminista"*», pág. 83.

(73) GARCÍA PELAYO: *Loc. cit.*, págs. 16 y sigs.

y su correspondiente contenido material, para ganar en cambio en rigurosidad y tecnicidad jurídicas, y tiende con el curso del tiempo a alojarse más en el campo del Derecho administrativo que en el del Derecho político».

Más adelante, con Otto Mayer, «el Estado de derecho es el Estado administrativo bien ordenado». En este sentido, la ley, identificada con la voluntad del legislador y a la que se reserva toda intervención en los derechos de libertad y propiedad, tiene la función de establecer el marco y el límite de la acción administrativa del Estado.

Para Gerhard Anschütz: «la Administración no puede intervenir en la esfera de libertad del individuo ni contra una ley (*contra legem*), ni sin fundamento legal (*praeter, ultra legem*)» (74). Ahora bien, «la sumisión de la Administración a la ley —sigue García Pelayo— no puede ser garantizada por la sola acción de la Administración, sino que tal garantía únicamente puede radicar en el control jurisdiccional de la acción administrativa: «Estado de derecho significa la máxima justiciabilidad posible de la Administración» (Otto Mayer). En todo caso, la noción de Estado de derecho dominante en esta segunda etapa de su desarrollo no se plantea el problema de la constitucionalidad de la ley misma, o dicho de otro modo, la limitación estatal por el Derecho no alcanza al legislador.»

La doctrina coincide en estimar a la jurisdicción constitucional como coronación del Estado de derecho y como complemento de la jurisdicción administrativa, de modo que si esta última es la pilastra angular (*Eckpfeiler*) del Estado de derecho, la justicia constitucional es su pilar fundamental (*Grundpfeiler*) (75). «No es difícil percibir —advierte García Pelayo— (76) en el conjunto de las anteriores opiniones una extensión al Derecho constitucional de conceptos y técnicas originados en el Derecho administrativo».

Así, pues, se plantea el problema de la naturaleza de las normas constitucionales (77), de su contenido *político* y los intentos metodológicos

(74) GERHARD ANSCHÜTZ, en MEYER/ANSCHÜTZ: *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 7.ª ed., 1919, pág. 29, nota b; el mismo: «Deutsches Staatsrecht», en *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, ed. por Holtzendorff-Köhler, vol. 2, 1904, pág. 593, citado por BÖCKENFÖRDE, *ob. cit.*, pág. 88, nota 47.

(75) FLEINER-GIACOMETTI: *Schweizerisches Bundesstaatsrechts*. Zürich, 1949, página 898, cit. por García Pelayo.

(76) GARCÍA PELAYO: *Loc. cit.*, pág. 19.

(77) Sobre esta cuestión. Cfr. KRÜGER, *ob. cit.*, pág. 699 y sigs., y en mi trabajo: «El derecho constitucional como derecho administrativo. La "ideología constitucional"»

para volatilizarlo. Para conseguir ese fin se aplicaron, con Laband, las categorías del derecho privado y, en la actualidad, las del derecho administrativo.

Se pretende examinar, y configurar, el Estado de derecho y la jurisdicción constitucional con tratamientos iusadministrativos.

La doctrina clásica italiana adoptó análoga posición. En este sentido Silvio Spaventa (78) concebía al Estado de derecho como aquel cuya administración realice el respeto del derecho y de la justicia, es decir, que mantenga la justicia en la administración, y esto requiere un derecho público cierto, claro y completo, y para ello era conveniente tener presentes los logros del derecho privado.

La misma preocupación aparece en V. E. Orlando (79): el Estado de derecho tiene como fin prevalente asegurar, estable y enérgicamente, las garantías jurisdiccionales para los derechos cívicos de todos los ciudadanos.

Por otro lado, el fundador de la moderna escuela del Derecho público italiano era contrario al control de constitucionalidad en su importante obra dedicada a las garantías de la libertad (80). A su juicio la cuestión de si debe confiarse a los jueces el examen de constitucionalidad de las leyes, depende estrechamente de si existe en el Estado una función constituyente distinta de la legislativa y si conviene transmitirla a un órgano especial. Pues bien, dado que el ilustre autor rechazaba la existencia de una función especial constituyente, esto mismo vale para excluir el pretendido control de constitucionalidad, a saber: *la falta de criterios objetivos para determinar con precisión jurídica las características de estas leyes inconstitucionales* (81). Referirse a los textos constitucionales, aparte de su insuficiencia, incluirían siempre una petición de principio, y cabría preguntarse precisamente por qué tales derechos y no otros deben declararse correspondien-

del profesor García de Enterría, en *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 12, Madrid, 1982.

(78) Cfr. FULVIO TESSITORE: *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspublicistico italiano tra Otto e Novecento*. Morano, Editore, 1963, páginas 47 y sigs.

(79) TESSITORE: *Ob. cit.*, págs. 47 y sigs.

(80) V. E. ORLANDO: «Teoria giuridica delle garantigie de la libertà», en *Biblioteca di Scienza Politiche*, dirigida por Attilio Brunialti. Unione Tipografico-Editrice. Torino, 1890, págs. 943 y sigs. Sobre la oposición de Orlando al establecimiento de la *Corte costituzionale* en el período constituyente republicano, cfr. GIUSTINO D'ORAZIO: *La genesi dela Corte costituzionale, Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzione*, Edizione di Comunità, Milán, 1981, págs. 58 y sigs.

(81) ORLANDO: *Ob. cit.*, pág. 951.

tes a la Constitución del Estado. No hay criterios objetivos para rechazarlo.

Por otro lado, el instituto del control judicial atenta a la certeza del derecho, conquista del Estado moderno, cuyo principio básico es que *ningún motivo legítimo puede excusar la desobediencia de la ley* (82). Ahora bien, la teoría del control le parecía incompatible con el Estado moderno de derecho porque introduce una excusa legislativa de desobediencia a la ley y origina una distinción entre leyes válidas y no válidas, que puede llegar a ser absurda o perniciosa (83).

Hace tiempo que me referí al fenómeno de la relativización del derecho constitucional al administrativo (84), pues bien, entonces apuntaba que este fenómeno lo presintieron dos autores españoles: Colmeiro y el P. Güenechea (85).

Recogía el comentario sugestivo que el gran iusfilósofo Legaz Lacambra (86) hizo sobre el jurista, economista e incluso historiador gallego.

Advertía, en la obra de este autor, que el derecho administrativo tenía sentido político sustantivo. Parece admitir cierta relativización del derecho político al derecho administrativo, en la medida que la eficacia social organizadora del primero se debilitaba en beneficio del segundo, adquiriendo así plenario sentido político.

El P. Güenechea (87) se planteó la curiosa cuestión de si el derecho administrativo presupone necesariamente la existencia de una Constitución, sosteniendo la tesis de que no es absolutamente precisa la preexistencia de una Constitución. No voy a detenerme en el examen detallado de estas posiciones (88), que cito en cuanto precedentes de la relativización de una rama del derecho a otra a consecuencia de las transformaciones sociales, con el mérito de que Colmeiro escribió en una época en que faltaba mucho tiempo para llegar al *Verwaltungsstaat*.

Ahora bien, una cosa es la relativización de que hablamos y otra

(82) ORLANDO: *Ob. cit.*, págs. 953 y sigs.

(83) ORLANDO: *Principii di Diritto Costituzionale*, 4.^a ed., G. Barberà, Firenze, 1905, pág. 259.

(84) PABLO LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho Político*, vol. III, Ed. Tecnos, Madrid, 1981, págs. 484 y sigs.

(85) PABLO LUCAS VERDÚ: *Ob. cit.*, págs. 481 y sigs.

(86) LUIS LEGAZ LACAMBRA: «La politicidad del Derecho Administrativo en la obra de Colmeiro», en *Estudios en honor de Colmeiro*, Universidad de Santiago de Compostela, s.f.

(87) JOSÉ NEMESIO GÜENECHEA S. J.: *Ensayo de Derecho Administrativo*, 2.^a ed. tomo I, Imprenta del Corazón de Jesús, Bilbao, págs. 31-32.

(88) Remito a mi comentario en *Curso de Derecho Político*, cit., págs. 482-483.

el fenómeno de extrapolación de métodos del derecho privado al público o dentro de este último, del derecho administrativo al constitucional, al fiscal, al procesal y ya, en el privado, al derecho civil.

Una cosa es que juristas relevantes en cada rama estudien con singular acierto muchas veces problemas e instituciones de disciplinas que no son específicamente la suya, ya que no se trata de compartimentos estancos, y otra, muy distinta, consiste en que los examinen y propongan soluciones para el derecho positivo que a todas luces desnaturalizan el carácter y sentido de las normas e instituciones del derecho constitucional.

Los preceptos constitucionales —advierde Krüger (89)— aparecen como normas muy específicas. Su *telos* es principalmente *integrar y representar*. Crean el presupuesto de las normas del derecho civil, penal y administrativo. Esto tiene consecuencias claras que conviene subrayar: la transmisión de los conflictos de derecho público a los Tribunales civiles significaría que aquéllos se decidirían según las normas del derecho administrativo pero conforme al espíritu del derecho civil.

Aclarado esto, Krüger (90) cita este lapidario texto de Montesquieu (91): «*Il es ridicule de prétendre décider des droits des royaumes, des nations et de l'univers par les mêmes maximes sur lesquelles on décide entre particuliers*».

Desborda los límites de este trabajo un análisis comprobatorio del impacto iusadministrativo en la configuración de nuestro Tribunal Constitucional, y, sobre todo, en la fundamentación de algunas sentencias suyas.

(89) KRÜGER: *Ob. cit.*, pág. 703.

(90) KRÜGER: *Ob. cit.*, págs. 793-794.

(91) MONTESQUIEU: *De l'Esprit des Lois*, XXVI, 16.