Manuel Aragón

Constitución, democracia y control

Universidad Nacional Autónoma de México

CONSTITUCIÓN, DEMOCRACIA Y CONTROL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 88

Cuidado de la edición y formación en computadora: Wendy Vanesa Rocha Cacho

MANUEL ARAGÓN

CONSTITUCIÓN, DEMOCRACIA Y CONTROL

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2002

Primera edición: 2002

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-9956-1

CONTENIDO

Nota gratulatoria XIII
Diego VALADÉS
Nota introductoria XVII

CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

Prólogo a la primera edición de 1989 3

I. La democracia como principio legitimador de la Constitución . 11

1. Constitución, soberanía y democracia 11
2. Principio democrático y reforma constitucional 17
3. Revisión total de la Constitución y la distinción entre legitimidad y validez 21
4. Revisión total y configuración de la nación 29

II. La democracia como principio general del ordenamiento . . 36

1. Los principios generales como categoría jurídica 36
2. El significado de los principios constitucionales 40
3. La eficacia jurídica de los principios generales constitucionalizados 44
4. Principios, valores y reglas 47
5. La proyección normativa de los valores y los principios y la distinción entre "impredictibilidad" e "indeterminación" 52
6. Contenido y eficacia del principio democrático como principio general del ordenamiento 56

A. La democracia como principio jurídico 56
B. El contenido del principio democrático 58
C. La eficacia jurídica del principio democrático 63

III. El principio democrático y la reconstrucción teórica del derecho público 66

IV. Advertencia final 76

CONSTITUCIÓN Y CONTROL DEL PODER
INTRODUCCIÓN A UNA TEORÍA
CONSTITUCIONAL DEL CONTROL

I. Introducción: sobre la necesidad de una teoría del control "constitucionalmente adecuada" 81

II. El control como elemento inseparable del concepto de Constitución 83

1. Constitución y control del poder: evolución histórica . . 83
A. La teoría británica en el siglo XVIII: la "Constitución bien equilibrada" 83
B. La interpretación de Montesquieu 87
C. La desaparición, o mitigación, del control en la democracia "rousseauniana" y algunas de sus consecuencias: la separación de poderes de la Constitución francesa de 1791 y el régimen de asamblea 89
D. La influencia en el constitucionalismo norteamericano de la teoría del "equilibrio de poderes" 92
E. La situación en Europa: debilidad de los instrumentos de control en el siglo XIX y recuperación de la idea de la Constitución bien equilibrada en el siglo XX 94
F. El control como elemento clave en la constitución del Estado de derecho democrático y social 100

2. La discutible contraposición entre Constitución como "norma abierta" y Constitución como "sistema material de valores" 103
3. El control como elemento de conexión entre el sentido "instrumental" y el sentido "finalista" de la Constitución 116

III. Los problemas conceptuales del control: controles sociales, políticos y jurídicos 120

1. El control y su sentido unívoco 120
2. La imposibilidad de un concepto único de control . . . 123
A. Heterogeneidad de medios o instrumentos de control . 124
B. La imprecisión del término "controles constitucionales" para abarcar las diversas modalidades de control . 125
C. La invalidez de otros intentos de unificación conceptual 127
3. Solución que se defiende: la pluralidad conceptual del control; limitación y control en el Estado constitucional; controles sociales, políticos y jurídicos; control y garantía 129

IV. El control jurisdiccional como paradigma del control jurídico 136

1. Las diferencias entre el control jurídico y el control político 136
2. Agentes y objetos del control jurisdiccional 137
3. El carácter predeterminado del parámetro en el control jurisdiccional. La Constitución como norma y la Constitución como conjunto normativo. La distinción "sustancial" entre Constitución y ley 141
4. El carácter indisponible del parámetro en el control jurisdiccional y los criterios de valoración. El problema de la interpretación del derecho y, en especial, de la interpretación constitucional 145
A. La discusión sobre los criterios clasicos de interpretación 147
B. La polémica sobre la interpretación valorativa . . . 151

C. Interpretación de la Constitución e interpretación de la ley. La discusión actual sobre la interpretación constitucional 154
D. La tesis que se defiende. Teoría de la Constitución e interpretación constitucional 159
5. El resultado del control jurisdiccional 167
6. El carácter necesario del control jurisdiccional 170

V. Características del control político. Sus diferencias con el control jurídico y el control social 172

1. La subjetividad en el control 172
A. Agentes del control 173
B. Objetos del control 175
C. La disponibilidad del parámetro de control. Los criterios de valoración 177
D. El resultado del control 179
2. La voluntariedad en el control 181

VI. A modo de ejemplo: el control parlamentario como control político 182

1. Crítica a las tesis que consideran el control parlamentario como control jurídico 183
2. El significado del control parlamentario 187
3. Los instrumentos de control y la imposibilidad de deslindar procedimentalmente una específica función parlamentaria de control 189
4. La doble condición del control parlamentario: control "por" el Parlamento y control "en" el Parlamento. La oposición y el control 191
5. A propósito de algunos medios de control parlamentario (preguntas, interpelaciones, mociones, comisiones de investigación) 194
6. Control parlamentario y democracia de partidos 200
A. Partidos y Parlamento. Consideraciones críticas . . . 201

B. Democracia "con" partidos frente al Estado "de" partidos 204

VII. El papel del derecho en las diversas clases de control . . . 208

LA FORMA PARLAMENTARIA
DE GOBIERNO: PROBLEMAS ACTUALES

I. Introducción 217

II. La monarquía parlamentaria 218

III. El gobierno parlamentario 223

1. Las previsiones constitucionales 223
2. La práctica política: parlamentarismo "presidencial" y parlamentarismo "presidencialista" 228
3. Parlamentarismo y presidencialismo, hoy 233
   A. Aproximación y distanciamiento entre parlamentarismo y presidencialismo 233
   B. El rechazo europeo del presidencialismo 234
   C. La emulación presidencialista en el parlamentarismo europeo 237
4. Parlamento y democracia 240
   A. Democracia y control del poder 240
   B. Parlamento y partidos. Observaciones críticas 241
   C. La necesidad de "parlamentarizar" el régimen parlamentario 245
   D. El control parlamentario del gobierno. Problemas de perspectiva. Los "derechos" de control 247
5. La relación entre los poderes del Estado. Poderes políticos y poder jurisdiccional 254
   A. Relaciones entre los jueces y el legislador 254
   B. Relaciones entre los jueces y el gobierno 256

Constitución, democracia y control, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 12 de junio de 2002 en los talleres de Litoroda, S. A. de C. V. En esta edición se empleó papel ahuesado 70 x 95 de 50 kgs. para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kgs. para los forros.

Consta de 1,000 ejemplares.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

Prólogo a la primera edición de 1989 3

I. La democracia como principio legitimador de la Constitución . 11

1. Constitución, soberanía y democracia 11
2. Principio democrático y reforma constitucional 17
3. Revisión total de la Constitución y la distinción entre legitimidad y validez 21
4. Revisión total y configuración de la nación 29

II. La democracia como principio general del ordenamiento . . 36

1. Los principios generales como categoría jurídica 36
2. El significado de los principios constitucionales 40
3. La eficacia jurídica de los principios generales constitucionalizados 44
4. Principios, valores y reglas 47
5. La proyección normativa de los valores y los principios y la distinción entre "impredictibilidad" e "indeterminación" 52
6. Contenido y eficacia del principio democrático como principio general del ordenamiento 56

A. La democracia como principio jurídico 56
B. El contenido del principio democrático 58
C. La eficacia jurídica del principio democrático 63

III. El principio democrático y la reconstrucción teórica del derecho público 66

IV. Advertencia final 76

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN DE 1989

Voy a comenzar por una confesión, esto es, hablando de mí mismo. Sé que ello puede tener un aire de impudor, en el que, de ninguna manera, quisiera incurrir. Si hablo de mí mismo es porque me parece obligado dar cuenta aquí de las razones o, más exactamente, de los motivos y el proceso que me han conducido a escribir esta pequeña obra. Creo que no debo hurtarlos al lector, aunque sólo fuese para dejar constancia del carácter no coyuntural de este trabajo, es decir, de su íntima ligazón con otros anteriores de los que viene a ser, en verdad, una continuación. Sin embargo, y en rigor, este solo argumento no sería suficiente para la pertinencia de un tipo así de manifestaciones, pues la coherencia o incoherencia de una trayectoria intelectual es a los demás, y no al propio autor, a quienes corresponde apreciar (al menos apreciar por escrito). Si me decido a acometer la tarea de explicar el camino que me ha llevado a la realización de este trabajo es, en definitiva, porque pienso que de esa manera puede entenderse mejor el objeto del trabajo mismo, en la medida en que ese objeto fue prefigurándose, poco a poco, a través de un proceso dominado por la pretensión teórica de unir Constitución y democracia.

Las páginas que siguen son el producto, pues, de una larga y tenaz preocupación por la eficacia jurídica del principio democrático. Preocupación que ya se manifestaba incluso en mi primer trabajo de investigación: la tesis doctoral sobre *La idea del Estado en Manuel Azaña*, y que, desde entonces, vuelve a aparecer en buena parte de mis publicaciones. En aquella tesis, leída en 1973, al examinar el papel esencial que el concepto de soberanía del pueblo desempeñaba en la idea azañista del Estado y al reflexionar sobre la denuncia, constante en Azaña, del compromiso contraído por el liberalismo europeo (y no sólo por el español) con el absolutismo del antiguo régimen mediante el cual se vació de contenido aquel concepto revolucionario de la soberanía del pueblo, yo indicaba que el problema no se planteaba sólo en su vertiente más general, esto

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

es, en la reivindicación del liberalismo radical frente al liberalismo moderado, o de Rousseau frente a los doctrinarios, sino que se concretaba también (y en Azaña eso me parecía claro, aunque no estuviese explícito) a su dimensión más reducida en el campo del derecho público,[1] que no era otra que la de la pervivencia del principio monárquico en la dogmática jurídica europea y la necesidad de sustituirlo por el principio democrático.

Algunos años después, cuando estudié, y critiqué, el propósito (que por fortuna no prosperaría) de introducir una reserva material reglamentaria en el texto de la Constitución,[2] volví a manifestarme sobre los efectos perturbadores del principio monárquico en el derecho público y sobre la necesidad de establecer, e interpretar, la que iba a ser nuestra Constitución a partir del principio democrático. El problema lo trataría, más extensamente, en el trabajo acerca de "La monarquía parlamentaria",[3] donde la prevalencia jurídica del principio democrático sobre el principio monárquico será uno de los ejes principales de la interpretación, que allí propugnaba, del artículo 1o.3 de la Constitución. También en algunos de los estudios que he dedicado a la justicia constitucional el principio democrático me suministraba razones para criticar el control previo de los proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas, así como para delimitar la función del Tribunal Constitucional y defender la firme aplicación de la máxima *in dubio pro legislatoris*. En fin, el significado jurídico de la democracia aparecerá como un hilo conductor de la distinción entre Constituciones rígidas y flexibles en mi trabajo "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional".[4]

De todos modos, será en los trabajos sobre la teoría constitucional del control donde la preocupación por este problema se manifiesta de manera más intensa. Tanto en "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución" como en "La interpretación de la Constitu-

1 Muchas veces se olvida, con cierta ligereza, la personalidad del Azaña jurista.

2 El título de aquel trabajo fue "La reserva reglamentaria en el proyecto constitucional y su incidencia en las relaciones Parlamento-gobierno", y se publicó en *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, ed. de M. Ramírez, 1978.

3 Publicado en Predieri y García de Enterría (dirs.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 1980.

4 *Revista de Estudios Políticos*, núm. 50, marzo-abril de 1986.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ción y el carácter objetivado de control jurisdiccional" y en "El control parlamentario como control político",[5] la idea de que la democracia es el presupuesto de la Constitución auténtica, es decir, de la Constitución normativa y las consecuencias que de ello se derivan para la interpretación y aplicación constitucional y para la comprensión más correcta de la polémica entre la "Constitución como norma abierta" y la "Constitución como sistema material de valores", aparecen formando el sustrato teórico del que se alimentan la mayor parte de las reflexiones allí expresadas (ya sean sobre la relación entre Constitución y control, sobre las diferencias entre control jurídico y control político, sobre los límites del control jurisdiccional o sobre el significado actual del control parlamentario).

En estos últimos trabajos ya me pronunciaba acerca de la necesidad de reconstruir la teoría de la Constitución a través del principio democrático, único modo, a mi juicio, de sustentar un derecho constitucional suficientemente explicativo y al mismo tiempo crítico.[6] Pieza fundamental, pues, de esa teoría habría de ser la concepción de la democracia como categoría jurídica (a través de su consideración como "principio") y no como noción sólo y exclusivamente política. Precisamente porque el principio democrático me parece "capital" desde el punto de vista jurídico-constitucional no coincido con aquellos que se manifiestan contrarios a "fundir el concepto de Constitución con la libertad, los derechos individuales, la democracia y otras ideas capitales políticamente, qué duda cabe, pero por completo inoperantes para elaborar una dogmática jurídico constitucional".[7] Y no coincido (pese a compartir el objetivo de hacer derecho constitucional desde el derecho mismo, como es obligado, y por lo demás enteramente obvio), porque a mi juicio, de una parte, sin la democracia no se entiende el concepto "jurídico" de Constitución y, de otra, la positivación de la democracia como principio constitucional produce unas consecuencias "jurídicas" de extraordinaria magnitud. Y

5 Publicados, respectivamente, en los números 19 (enero-febrero de 1987) y 18 (mayo-agosto de 1986) de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, y en el 23 (verano-otoño de 1986) de la *Revista de Derecho Político*.

6 Especialmente en "El control como elemento...", pp. 17, 38 y 39 y en "La interpretación de la Constitución...", pp. 127 y 128.

7 Otto, I. de, "Comentario al libro 'La Constitución española de 1978. Estudio sistemático'", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, enero-abril de 1981, p. 337.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ambas cosas no pueden ser desconocidas por la dogmática jurídico-constitucional; más aún, sobre ellas justamente ha de edificarse la parte nuclear de esa dogmática.

En la "Introducción" al *Derecho constitucional comparado* de M. García-Pelayo,[8] yo decía que:

> ...las grandes concepciones básicas sobre el Estado y la Constitución no han experimentado transformaciones sustanciales en las últimas décadas. Ha habido, sí, brillantes trabajos sectoriales, notables exégesis de textos constitucionales en vigor o excelentes manuales (bastaría con citar los nombres de Maunz, Hesse, Böckenförde, Mortati, Crisafulli o Pizzorusso, en un muestreo que abarca varias generaciones) pero no construcciones teóricas generales capaces de sustituir a las que formularon Kelsen, Heller, Schmitt, Hauriou, Santi Romano o Carré, de cuyas doctrinas aún vivimos intelectualmente, incluso para criticarlas. Desde entonces ha avanzado mucho el derecho constitucional, sin duda alguna, pero muy poco la teoría de la Constitución.

Aquella breve "Introducción" no era el lugar apropiado, por supuesto, para dar las razones en que apoyaba unas afirmaciones de ese género. Lo hago ahora. A mi entender, la teoría de la Constitución en la Europa Occidental sigue siendo tributaria, en gran medida, del principio monárquico. Aún no se ha desprendido, del todo, de aquella magna construcción teórica urdida por la dogmática alemana del derecho público en el siglo XIX. La soberanía del príncipe, y por derivación inmediata la soberanía del Estado, pero no la soberanía del pueblo, fue la piedra angular de esa ingente elaboración jurídica, cuyas categorías principales arraigaron con tal fuerza que pervivieron, incluso, en la obra de quienes, ya en el siglo XX, se presentaban como abiertamente críticos y no como continuadores de aquellas doctrinas.

Es cierto que la técnica jurídica ha avanzado considerablemente gracias, en buena parte, a la teoría clásica del Estado y del derecho, pero la técnica no ha conseguido zafarse de la perspectiva desde la que fue elaborada, es decir, de las ideas pretéritas a cuyo servicio nació. De ese modo, el derecho constitucional europeo padece una especie de dislocación conceptual, en el sentido de que gran parte de sus categorías básicas (las nociones mismas de soberanía, de legislación, de órganos o de

8 Reedición de 1984.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

derechos individuales, por poner sólo algunos ejemplos) guardan más coherencia con el principio monárquico alrededor del cual se construyeron, que con el principio democrático al que hoy deben servir. Se hace preciso, pues, recrear la teoría constitucional de nuestro tiempo para hacerla acorde con un concepto de Constitución radicalmente distinto del que imperó en la Europa del siglo XIX, al objeto de que el derecho constitucional se fundamente en la realidad del presente y no en la del pasado. Y esa realidad de ahora (realidad jurídica, se entiende) en el mundo, tópica aunque no exactamente, llamado occidental, es la de la Constitución democrática.

El principio democrático debe jugar, en consecuencia, en el derecho público de nuestros días, un papel equivalente a aquel que desempeñó el principio monárquico en el derecho público del siglo XIX. Para ello es preciso vencer la inercia de viejas categorías, no con ánimo meramente iconoclasta (pues el derecho no deja de ser un saber acumulativo), sino con el propósito de establecer un cambio de "perspectiva", lo que significa abordar el problema en su misma raíz, esto es, extraer las consecuencias jurídicas pertinentes de la atribución al pueblo de la soberanía. De aquí que, en el fondo, la teoría constitucional de nuestro tiempo no pueda ser más que la teoría jurídica de la democracia.

Pues bien, ese fue el camino que me llevó a elaborar este trabajo, y esa era la disposición intelectual con que a él me enfrentaba. Ni qué decir tiene que no estaba en mi ánimo, porque excede de mis posibilidades, hacer aquí esa teoría de la que tanta necesidad tenemos y cuya elaboración será, indudablemente, una tarea colectiva; sus primeros pasos ya se están dando en otros países, y creo que también en el nuestro. Mi objetivo era mucho más modesto: se reducía a estudiar el significado (jurídico, claro está) del principio democrático en nuestra Constitución. Con ello pretendía, por un lado, contestar a algunas preguntas que yo mismo me he venido haciendo desde hace años y, por otro, contribuir, aunque sea en muy escasa medida, a ese común esfuerzo de reflexión que es hoy la honrosa tarea del derecho constitucional español. Si no he conseguido lo segundo, me daré por contento si al menos he logrado parte de lo primero.

Puesto a la tarea de escribir este prólogo, y también al riesgo de que se extienda en demasía, me parece que debo decir algo sobre dos de los principales problemas que el contenido del trabajo me planteaba. El pri-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

mero residía en la amplitud desmesurada de su objeto: el principio democrático. Un examen mínimamente detallado (y ni mucho menos exhaustivo) de ese objeto obligaría a tratar a la democracia como principio de legitimación del poder y del derecho, como método y principio de organización, como principio explicativo de los derechos fundamentales, como principio general, no ya de legitimación, sino de aplicación del ordenamiento... Soberanía popular, democracia directa y democracia representativa, democracia y orden de valores, participación, sufragio, división de poderes, modo de composición de los órganos públicos, mayoría y minoría, limitación y control... En fin, para qué voy a seguir, la lista se convertiría en un repertorio de los grandes temas de la teoría de la Constitución y, en concreto, de nuestro derecho constitucional. Y ello es así porque el principio democrático se proyecta en la totalidad de nuestro orden estatal por ser precisamente el punto nuclear que lo articula, que le da forma, es decir, que define la forma del Estado.

Parece obvio, pues, que debía limitar mi indagación sólo a algunas de esas múltiples cuestiones. Es cierto que mi propia condición profesional ejercía ya una cierta limitación: como jurista, no sería de la teoría política de la democracia sino de la teoría constitucional de la democracia (teorías relacionadas, pero distinguibles) de la que yo debía ocuparme. Pese a tal delimitación, el campo a examinar seguía siendo inmenso y, por ello, di a este problema de la amplitud del objeto una más drástica solución: ceñiría mi trabajo a sólo dos cuestiones, que son la democracia como principio legitimador *de* la Constitución, es decir, la soberanía del pueblo como categoría jurídica, y la democracia como principio general del ordenamiento.

El segundo problema al que hace un momento me refería no era de menor envergadura que el anterior, y también estaba relacionado con la amplitud, ahora no ya del objeto, sino de la producción doctrinal sobre el mismo. Acerca de la cuestión de que me proponía tratar se ha escrito con extraordinaria profusión, y en muchos casos con admirable inteligencia. Es muy difícil, en tales condiciones, decir algo nuevo. Había que utilizar aquí, pues, y a grandes dosis, el rigor y la modestia, porque, como ha dicho Sartori, a propósito de esta misma materia, en su excelente libro *Democrazia e definizioni*,[9]

9 Sartori, *Democrazia e definizioni*, 1957, p. 317.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

> ...no es fácil ser original. Casi siempre volvemos a descubrir, sin saberlo, lo ya descubierto, y aquello que nos parece nuevo es simplemente cualquier cosa que ya se había olvidado. Muchos son originales por indocta ignorancia. Otros buscan la originalidad en el extremismo, que es lo menos original, pues vivir de las rentas de exagerar las ideas ajenas es llevar una vida mental parasitaria.

Porque estoy bastante de acuerdo con Sartori, sabía que en este trabajo iba a ser muy poco original, pero ello no me impediría, claro está, expresar mi opinión sobre las cuestiones que se susciten. Yo no entiendo un trabajo científico (incluso en una "ciencia" tan peculiar como la del derecho), y ello no habría ni siquiera que decirlo, como una mera exposición descriptiva, sino como una reflexión comprometida, en la que el autor no hurte a los lectores su propio pensamiento, aunque sólo sea para mostrar su coincidencia o discrepancia con lo que otros ya han pensado antes que él.

Algunos de los problemas tratados en la primera parte de este trabajo ya los expuse en la conferencia que pronuncié en las Jornadas de Estudios organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, en mayo de 1987. Otras cuestiones abordadas en la segunda parte del trabajo fueron desarrolladas en el seminario que impartí en el Centro de Estudios Constitucionales en la primavera de 1988, y un resumen de ello se publica en el número 24 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

I. La democracia como principio legitimador de la Constitución

1. *Constitución, soberanía y democracia*

Al hablar de democracia como principio legitimador de la Constitución me refiero, claro está, a nuestra propia Constitución, y no a la Constitución como categoría general. De todos modos, quiero dejar sumamente explícita mi postura acerca de esto último: opino que sólo es Constitución auténtica, es decir, Constitución normativa, la Constitución democrática, ya que únicamente ella permite limitar efectivamente, esto es, jurídicamente, la acción del poder. Como lo he tratado con cierto detenimiento en otros lugares, no debo extenderme aquí en las razones teóricas que conducen a esta afirmación; me remito, pues, a lo que sobre ello he expuesto en algunos de mis trabajos.[1] Por lo demás, esa tesis (que es la común en el mundo anglosajón) tiene hoy muy buenos valedores también en el derecho constitucional europeo. Y así, por citar sólo un nombre ilustre en la doctrina alemana, Klaus Stern concibe la Constitución como "la expresión libre de la autodeterminación de la nación".[2] Entre nosotros, y citaré sólo otro nombre, la posición de Francisco Rubio Llorente es terminante:

> Por Constitución entendemos (dice Rubio)... y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están regula-

1 Especialmente en "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, enero-febrero de 1987, y "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 50, marzo-abril de 1986, y en "Constitución y Estado de derecho", en Linz, J. y García de Enterría, E. (dirs.), *España: un presente para el futuro*, 1984, vol. II.

2 Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1977, t. I, p. 58.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

> das de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una fase que Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las Constituciones napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional.[3]

En el fondo, el problema teórico se engarza con otro más general aún, agudamente planteado por Carlos Marx cuando, en su *Crítica a la filosofía del derecho del Estado de Hegel*, afirmaba que "todas las formas de Estado tienen su verdad en la democracia, hasta el punto de que cuando no son una democracia no son verdaderas".[4] Y ello porque entonces el Estado no sería la forma jurídico-política *adoptada por* una comunidad, sino la *impuesta a* ella. El Estado no sería del pueblo (forma auténtica), sino el pueblo del Estado (forma falsa, por contradictoria).

Pero, en fin, dejo de lado ese planteamiento general y me limito a hacer constar mi postura ante el mismo: la democracia es el principio legitimador de la Constitución, entendida ésta no sólo como forma política histórica (o como verdadera o no falsa forma de Estado) sino, sobre todo, como forma *jurídica* específica, de tal manera que sólo a través de ese principio legitimador la Constitución adquiere su singular condición normativa, ya que es la democracia la que presta a la Constitución una determinada cualidad jurídica, en la que validez y legitimidad resultan enlazadas.

Pues bien, pasemos ya a nuestra Constitución. Y en ella no voy a ocuparme de la democracia como principio legitimador externo (doy por admitido, y no me ofrece dudas, que nuestra Constitución fue *emanada* a través de un procedimiento democrático), sino que trataré de la democracia como principio de legitimación interna, esto es, de lo que la Constitución dice acerca de su propia legitimidad. La simple lectura de nuestra Constitución nos manifiesta, de inmediato, que esa legitimidad es la democrática, no sólo porque se proclame, en el artículo 1o., apartado 2, la soberanía del pueblo, sino también porque se organiza el poder en coherencia con esa atribución. De ahí que no puedan disociarse,

3 Rubio Llorente, F., "La Constitución como fuente del derecho", *La Constitución española y las fuentes del derecho*, 1979, vol. I, p. 61.

4 Marx, Carlos, *Crítica a la filosofía del derecho del Estado de Hegel*, México, 1968, p. 42.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

a efectos de la legitimidad, las declaraciones contenidas en los apartados 2 y 1 del artículo 1o., y ni siquiera bastaría con ambas declaraciones por sí solas, sin ponerlas en conexión con el resto de los preceptos constitucionales que las hacen efectivas, es decir, que garantizan a todos los ciudadanos sus derechos de libertad y participación. Ello, por lo demás, es casi una obviedad: sólo un pueblo libre puede ser soberano.

Sin embargo, esa simple lectura nos proporcionaría una descripción: la Constitución hace descansar en el principio democrático su propia legitimación; pero no nos revelaría tan inmediatamente el significado jurídico de esa legitimación, esto es, las condiciones y el modo en que tal principio opera. Para alcanzar ese significado hace falta, como es claro, no la descripción, sino la exégesis. A efectos puramente analíticos (y por ceñirme a los propios límites, ya enunciados, de este trabajo) voy a detenerme sólo en el examen del poder constituyente, aunque soy consciente (ya lo dije antes) de que la legitimación democrática de la Constitución no se circunscribe únicamente a esa cuestión pese a ser, desde luego, la cuestión principal.

El apartado 2 del artículo 1o. de nuestra Constitución proclama que "la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado". Al margen de disquisiciones acerca de la dicción literal del precepto, en el que aparecen (de manera similar a como ocurre en el artículo 3o. de la vigente Constitución francesa) los términos "nación" y "pueblos" dotados de una cierta diferenciación (yo mismo he tratado el asunto en mi trabajo sobre la monarquía parlamentaria), lo cierto es que la interpretación jurídica que ha de darse parece clara: la soberanía reside en el pueblo y, por lo tanto, a él pertenece el poder constituyente.

Ahora bien, cuando nos preguntamos qué es la soberanía, nos enfrentamos, como se sabe, a un problema de muy difícil solución. La definición canónica dada por Bodino es suficientemente conocida: la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República. Sin embargo, la recepción pura y simple de esa definición en el Estado constitucional, con el único cambio del titular de ese poder (soberano ya no será el príncipe, sino la nación), proporciona las primeras dificultades teóricas, similares a las que se derivan de otra célebre traslación: la de la representación absortiva del monarca atribuida, sin cambio de su carácter, al Parlamento. Es evidente que el traspaso de la titularidad de la soberanía,

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

de una entidad individual (el monarca) a una entidad colectiva (la nación), obligaba a concebir a esa colectividad como un cuerpo unitario, capaz de expresar una voluntad, es decir, de ejercer su poder. Ello supondría no sólo que a la colectividad soberana le acompaña una regla de la que no puede desligarse (la regla de la mayoría), sino, sobre todo, que esa colectividad se encuentra organizada.

No voy a extenderme sobre las varias contradicciones que aquí se encierran, sobre la distinción entre presupuesto lógico y presupuesto histórico que traspasa, desde entonces, a la mayor parte de la teoría de la Constitución, o sobre los intentos de salvar aquellas contradicciones que se manifiestan desde la obra de Rousseau hasta los esfuerzos contemporáneos de Rawls, pasando por la brillante construcción de Kelsen. Me interesa subrayar, en cambio, otro gran escollo, inevitablemente unido al anterior, y que no se deriva tanto de la titularidad democrática de la soberanía como de un mismo carácter absoluto, o, lo que es igual, ilimitado, es decir, no sometido al derecho.

Un poder así es, por definición, un poder inaprehensible por el derecho, situado no dentro, sino fuera de él. La distinción entre poder constituyente y poder constituido es una distinción jurídica precisamente porque el segundo es un poder limitado. El poder constituyente, considerado en sí mismo, es decir, como poder sin límites, no puede jurídicamente caracterizarse. Y ello es así porque el derecho no opera con términos absolutos; el derecho es el mundo de la limitación y también de la relativización. Introducir lo absoluto en el derecho lleva, simplemente, a desvirtuarlo, convirtiendo al derecho o en una teología o en una metafísica. La primera, la teología "jurídica", ya sabemos a dónde conduce: a la exaltación del nuevo príncipe soberano, en forma de caudillo o de partido único. La obra de Carl Schmitt nos facilita, en este punto, un buen motivo para la reflexión. La segunda, metafísica "jurídica", no puede conducir, teóricamente, salvo que se la falsee, a la monocracia, pero termina, en su empeño por la pura abstracción, haciendo del soberano un concepto enteramente vacío, vacío no sólo de contenido, sino vacío también de sentido, que es aún peor, ya que supone eliminar del derecho la idea de legitimidad. Ahí radica, a mi juicio, el punto más criticable de la espléndida obra de Kelsen.

El Estado constitucional es, por principio, y no hace falta subrayarlo, Estado de derecho, y, en consecuencia, la democracia constitucional im-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

plica la juridificación de la democracia, y por ello la necesidad de concebir jurídicamente (y eso significa limitadamente) a la propia soberanía. La fórmula se encuentra, con suma nitidez, en el artículo 1o., apartado 2, de la Constitución italiana: "La soberanía pertenece al pueblo, que la *ejercita* en las formas y dentro de los límites de la Constitución". La soberanía adquiere así —dirá Mortati, comentando este precepto—[5] un carácter jurídico y no meramente factual. Ahora bien, ello no significa por sí mismo que la Constitución sea la fuente de la soberanía y, por tanto, que sea la Constitución, verdaderamente, la soberana, como opina Mortati. Radicar la soberanía en la Constitución es resucitar ahora a los viejos doctrinarios, que ya en el siglo XIX intentaron suplantar, bajo el concepto de soberanía de la ley, el principio de la soberanía del pueblo. Diluir en la norma (la Constitución) o en el Estado (el Estado constitucional) la soberanía, supone, simplemente, falsear su titularidad democrática. De ahí que Heller[6] dijese, con acierto, que "el concepto alemán de la soberanía del Estado fue una tergiversación del verdadero problema, que no es otro que el antiguo debate entre los partidarios de la soberanía del pueblo y los defensores de la soberanía del príncipe".

Constitucionalizar la soberanía tampoco significa exactamente la desaparición del soberano, como parece afirmar Martin Kriele[7] cuando sostiene que no hay soberano en el Estado constitucional. Al contrario, el Estado constitucional se sustenta, precisamente, en la proclamación normativa de que hay un soberano y de que ese soberano es el pueblo. Soberano que se autolimita *a través* de la Constitución. Autolimitación que no repugna a la teoría, es decir, que no encierra una contradicción insalvable siempre que, claro está, no desvirtuemos el carácter jurídico de esa teoría; esto es, siempre que no separemos Estado democrático y Estado de derecho. La autenticidad de la Constitución radica, precisamente, en la asociación y no en la separación de ambas categorías; más aún, sin tal asociación no habría, en realidad, derecho "constitucional" sino mero derecho "estatal".

Esta es la postura, por lo demás, de la mejor doctrina. Por ello, Bäumlin subrayará el mutuo condicionamiento entre democracia y Esta-

5 Branca (dir.), *Comentario a la Constitución italiana*, vol. I, pp. 7 y 22.
6 *La soberanía*, México, 1965, p. 159.
7 *Einführung in die Staatslehre*, 1975, pp. 140 y ss.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

do de derecho,[8] y Kägi afirmará que "la síntesis entre el Estado de derecho y la democracia constituye la gran tarea de nuestro tiempo".[9] En coherencia con ello, el principio democrático obtiene una inexcusable significación normativa, asunto del que se ha ocupado, con bastante rigor, Denninger.[10] Hesse, por su parte, dirá que el principio democrático que se expresa en la soberanía del pueblo no es una categoría abstracta ni mucho menos teórica; es una respuesta constitucional, normativa, al problema de la legitimación del poder en los planos material y formal.[11] Para Hesse, pues, la no contradicción entre Estado democrático y Estado de derecho significa que la soberanía habrá de ejercerse jurídicamente.

Y es que el poder soberano en términos absolutos, que no actúa a través del derecho, es una noción a-jurídica, un concepto político de imposible normativización y sólo concebible como pura idea (que se sustenta en sí misma, sin ninguna conexión real) o como mera cuestión de hecho: el ejercicio de la revolución. Revolución que para la creación del nuevo orden se sirve normalmente de reglas anteriores o de reglas provisionales que ella misma crea, ya que el poder actuando sin regla es sólo un acto de desnuda fuerza. Abandonando, por intelectualmente nociva, cualquier explicación idealista (y deificadora) de la soberanía, sólo cabe entenderla, como concepto político, a través de una explicación sociológica. De ahí que la soberanía popular, como cuestión de hecho, haya que hacerla descansar, me parece, en la noción de consenso, de consenso político.

Ahora bien, la grandeza histórica de la Constitución, como categoría, reside justamente en su pretensión de garantizar jurídicamente ese hecho de la soberanía popular, ese poder del pueblo para autodeterminarse o, lo que es igual, en pretender regular jurídicamente los cambios de consenso. Convertir, pues, ese hecho en derecho supone regularlo, normativizarlo, asegurar su modo de expresión con el objeto de que la voluntad popular no sea suplantada. La normativización de la soberanía popular no significa tanto su limitación como su garantía y, en ese sentido, la

8 Bäumlin, *Die rechtsstaatsliche Demokratie. Eine Untersuchung der gegenseitegen Beziehungen von Demokratie und Rechtsstaat*, 1954, pp. 86 y 87.

9 Kägi, "Rechtsstaat und Demokratie. Antinomie und Synthese", *Der bürgerliche Rechtsstaat*, 1978, vol. I, p. 150.

10 *Staatsrecht*, 1973, vol. I, p. 64.

11 Hesse, *Gründzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 11a. ed., p. 54.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

autolimitación del soberano, constitucionalizándose, no repugna a su propia condición de soberano. Por ello, la Constitución supone la positivación, es decir, el aseguramiento, tanto del derecho a la revolución del pueblo como del derecho de resistencia de los ciudadanos, extremo este último al que dedicó, hace ya años, un estudio ejemplar F. Rubio Llorente.[12]

Dicho esto, hay que añadir que la única autolimitación del poder constituyente que resulta compatible con la conservación de su carácter de soberano es la autolimitación procedimental, y no la autolimitación material. Es decir, la juridificación de la soberanía popular[13] comporta, inexcusablemente, el establecimiento de unas reglas sobre la formación de la voluntad soberana, pero no sobre el contenido de esa voluntad, porque el soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, de Constitución, o, dicho en otras palabras, el pueblo tiene que conservar la libertad de decidir, jurídicamente, su propio destino. Como queda patente, y así lo ha entendido muy bien entre nosotros P. de Vega,[14] el problema se conecta, de modo inmediato, con el poder de reforma de la Constitución, y es justamente ahí donde ha de tratarse.

2. *Principio democrático y reforma constitucional*

Nuestra Constitución, como es sabido, no contiene cláusulas de intangibilidad. No existen, en nuestro ordenamiento, límites materiales frente a la reforma, permitiéndose, en el artículo 168, la revisión total de la Constitución. Y no es sólo que se carezca de límites materiales expresos: es que debe concluirse que tampoco hay límites materiales implícitos por derivación o congruencia. La proclamación de los derechos de la

12 "La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución", *Libro-homenaje a Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, 1975.

13 En contra de que la soberanía popular pueda "comprenderse" jurídicamente se manifiesta I. de Otto en su obra *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 1987, pp. 53-56. Al margen de alguna discrepancia, como ésta, quiero dejar constancia aquí de mi profunda admiración ante esa obra tan ejemplarmente rigurosa.

14 En un libro bastante notable: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1985. Como se verá inmediatamente, no coincido del todo con algunas de las tesis que en él se sustentan, sin perjuicio de que considere ese libro como uno de los más importantes y completos trabajos (otro es el de J. Pérez Royo, que más adelante se citará) producidos en España sobre el tema de la reforma constitucional.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

persona como "inviolables", contenida en el artículo 10.1 de la Constitución, ha de entenderse como una garantía de indisponibilidad frente a los poderes constituidos (especialmente frente al legislador) e incluso frente al poder de reforma regulado por el artículo 167, pero no como una cláusula que opere frente al procedimiento de reforma del artículo 168. Esos derechos son el fundamento del orden político que el constituyente ha establecido, pero no el de cualquier otro orden político que en el futuro pudiera establecer.

Sin embargo, esta tesis sólo se sostiene en la medida en que el soberano participa definitivamente (como instancia última e inapelable) en ese poder de revisión total de la Constitución. De lo contrario, es evidente que una Constitución democrática habrá de contener límites materiales frente un poder de reforma en el que el pueblo no participe. Más aún, lo que resulta criticable, por incongruente, sería la propia existencia de una situación normativa de ese género, es decir, de una Constitución democrática cuya reforma esté sustraída a la voluntad popular. Ello supondría condenar al soberano (que en cuanto lo es tiene que poseer la capacidad de autodeterminarse) a actuar fuera del derecho cuando quiera ejercer su soberanía. En resumen, sólo cuando se juridifica el poder constituyente se cumple la pretensión que da sentido al Estado constitucional, que no es otra que enlazar, y no disociar, democracia y Estado de derecho.

De ahí, en mi opinión, lejos de ser límites materiales a la reforma una exigencia del principio democrático en la Constitución, me parece, por el contrario, que la existencia de tales límites (cuyo ejemplo más conocido, y más extenso, está en la actual Constitución de la República Federal Alemana) lo que supone es una verdadera restricción de tal principio, puesto que se obliga al pueblo, que debe "tener siempre el derecho a revisar, reformar, y cambiar su Constitución" (como reconocía un texto histórico bien conocido),[15] a ejercer ese derecho fuera del derecho, sin procedimiento ni garantías al no haberse mudado en soberanía jurídica su soberanía política. Los límites materiales significan, o que el derecho impone a las generaciones futuras la obligación de quedar sometidas a la

15 Artículo 28 de la Constitución francesa de 1793. Precisamente Schmitt (*Teoría de la Constitución*, 1934, p. 106) reconoce que este texto "no sólo contiene el derecho a las revisiones constitucionales, sino también a las supresiones". Dicho eso, Schmitt defiende una idea del poder constituyente que no comparto, en modo alguno.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

voluntad de las generaciones del presente, con lo cual el Estado constitucional no sería del todo Estado democrático, o que la democracia impone a esas generaciones del futuro la triste obligación de expresar su voluntad al margen de la norma, con lo cual el Estado democrático perdería su completa condición de Estado de derecho, es decir, de Estado constitucional. En realidad, las cláusulas de intangibilidad se corresponden más con la idea liberal (moderada) de Constitución, que con la idea democrática de Constitución. C. de Cabo lo ha expuesto con sagacidad al decir que la concepción burguesa de Constitución no consiste en atribuir a ésta sólo la función de freno y control del poder, sino también la de "freno y control del cambio social", y que esta última función se expresa, sobre todo, a través de "las cláusulas de intangibilidad (manifestación última de la oposición al cambio)".[16] Frente a la concepción puramente liberal, la concepción democrática de Constitución exige, a mi juicio, que ésta sea enteramente revisable.[17]

Por todo ello, me parece sumamente correcta la solución adoptada en nuestra Constitución, en cuanto que es la más congruente con el carácter de una Constitución democrática: permitir al pueblo, sin más trabas que las procesales, disponer libremente, sin límite material alguno, de *su* propia Constitución. Positivar al poder constituido fue considerado por muchos (y por algunos aún lo sigue siendo) como una utopía, y hoy podemos observar que es una venturosa realidad (aunque imperfecta como toda realidad humana), una realidad favorecedora de la libre y civilizada convivencia. Positivar el poder constituyente también puede ser considerado como una utopía aún mayor, como una vana "ilusión de los juristas", pero intentar realizar esa utopía es, justamente, intentar dotar de estabilidad a la democracia, en cuanto que así el derecho deja permanentemente abiertas las vías para que el pueblo, pacíficamente, es decir,

16 Cabo, C. de, *Sobre la función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones*, 1978, pp. 9 y 11.

17 De manera próxima a la que expresé más atrás en el Prólogo a este trabajo, C. de Cabo (*ibidem*, p. 28) decía: "Se puede afirmar que la Constitución, el sistema constitucional, se ha mantenido anclado, en cuanto a su función y posibilidades, prácticamente en su lugar de origen. Y éste sería precisamente el punto de partida de la nueva actitud: promover su transformación. Hacer de la teoría y práctica constitucional burguesa una teoría y práctica constitucional democráticas". En esa línea propondría, pues, como uno de los objetivos para la transformación, "la desaparición de los límites a la reforma constitucional" (p. 30).

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

jurídicamente, adopte en cada momento histórico el orden político que desee.

Me resulta muy difícil aceptar, desde la teoría constitucional democrática, la tesis contraria, esto es, la que sostiene que es imposible juridificar al soberano y, por lo mismo, incongruente cualquier sistema de revisión total. Arrojar al soberano fuera de los confines del derecho es retroceder al Estado hobbesiano, a la voluntad sin reglas, a la pura fuerza. Cuando se opone derecho a democracia, en lo que suele incurrirse es, aun de manera inconsciente, en la falacia que se esconde bajo la idea absoluta de la democracia como identidad, falacia que no es otra que la de un decisionismo, siempre autoritario, de estirpe schmittiana. Y digo de estirpe schmittiana y no rousseauniana porque las consecuencias autoritarias que puedan derivarse de la teoría de Rousseau sólo cabe explicarlas como el fracaso de esa teoría, pero no como su pretensión.

No es este el lugar para extenderme en la cuestión, verdaderamente crucial, de los vicios teóricos que concurren en la consideración de la democracia de identidad como única democracia auténtica. Me limitaré a decir que coinciden plenamente con la magnífica exposición que sobre ello realiza Böckenförde en un notable trabajo sobre la democracia y la representación.[18]

Volvamos otra vez a la reforma. Ya he dicho antes que no sólo me parece correcto que nuestra Constitución permita su revisión total, sino incluso que esa es la solución más coherente que una Constitución democrática debe dar al problema de su reforma. ¿Significa ello caer en el nihilismo valorativo?, ¿en la concepción puramente procedimental de la democracia?, ¿desconocer que, como ha dicho muy bien Tribe,[19] el derecho no puede dejar de relacionarse con gobierno representativo, regla de la mayoría, *status* de la minoría y derechos individuales, y que no hacerlo, cerrar los ojos ante esa relación, es o una forma de cinismo o de nihilismo jurídico? ¿Supone, pues, la defensa de la pertinencia de la revisión total alinearse firmemente con la concepción de la Constitución como norma enteramente abierta (Häberle, Ely) y separarse de la tesis, que yo mismo he defendido en mi trabajo sobre el control a que ya aludí más atrás, de que la democracia *en* la Constitución no puede desligarse

18 Böckenförde, *Demokratie und Repräsentation. Zur kritik der heutingen Demockratie-discussion*, 1983.

19 En su admirable libro *Constitutional Choices*, 1986, p. 3.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

de la libertad y la igualdad como cláusulas materiales, ya que sólo cuando se las concibe así se permite que la apertura constitucional esté garantizada?

A esas preguntas debo responder negativamente. Entender que por defender la pertinencia teórica de la revisión total se acepta lisa y llanamente una concepción puramente formal o procedimental de la democracia me parece que sería incurrir en una grave simplificación; o en una cierta confusión. Porque una cosa es la idea de democracia que la Constitución tiene para su *realización* y otra cosa es la idea de democracia que la Constitución tiene para su *transformación*. O, dicho en términos jurídicos, sería confundir legitimidad y validez, lo que nunca debe hacerse en la teoría constitucional. Intentaré explicarlo.

3. *Revisión total de la Constitución y la distinción entre legitimidad y validez*

La Constitución expresa una determinada idea de democracia, en la cual no hay sólo forma, sino también contenido. Es decir, concibe a la democracia como un orden que descansa en determinados valores. "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", se dice en el artículo 1o. de la Constitución. "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social", expresa el artículo 10. El Tribunal Constitucional confirmará esa concepción valorativa en reiteradas sentencias, y así dirá que "la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental",[20] que "los derechos fundamentales responden a un sistema de valores... que... han de informar todo nuestro ordenamiento",[21] o que

> las libertades del artículo 20... no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisoluble-

20 Sentencia 21/1981.
21 *Idem*.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

mente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del Estado democrático.[22]

Nuestra Constitución no es ideológicamente neutral en cuanto a su *realización.* Y no se trata sólo de que organice democráticamente al Estado o, lo que es igual, de que imponga procedimientos democráticos para la composición de los órganos públicos y para la expresión de voluntad de los mismos, sino de que, además, no deja en absoluta libertad a la mayoría para expresar la voluntad del Estado, puesto que establece determinadas normas materiales que se imponen, incluso, a la propia mayoría. En esa dimensión material y no sólo procesal de la democracia reside, justamente, el núcleo principal de la legitimidad *de* la Constitución. La democracia es el principio legitimador de nuestra Constitución no sólo porque esa Constitución emane democráticamente, sino, sobre todo, porque el Estado que organiza es un Estado que asegura la democracia, es decir, un Estado en que la atribución de la soberanía al pueblo no sólo está declarada, sino garantizada a través de determinadas cláusulas constitucionales que permiten a ese pueblo seguir siendo soberano, permanecer como un pueblo de hombres libres e iguales en su libertad. La libertad y la igualdad suponen, en verdad, los auténticos fines, los dos valores materiales cuya realización nuestra Constitución propugna. Yo no estoy de acuerdo con Leibholz cuando afirma que se trata de valores inconciliables, que "la libertad genera fatalmente desigualdad, y la igualdad no puede por menos que desplazar la libertad. Cuanto más libres son los hombres (sigue diciendo Leibholz) tanta mayor desigualdad les separa. Y cuando más se igualan, tanto más se alejan de la libertad sus vidas".[23] Creo, por el contrario, con Martin Kriele, que "La democratización del Estado constitucional significa que el principio de libertad queda completado con el de igualdad",[24] ya que la libertad sin igualdad es sólo la libertad de unos pocos, y la igualdad sin libertad es simplemente la libertad de ningunos (excepto quizá la de los propios dirigentes de la organización). De ahí que la democracia requiera la confluencia de ambos valores, en una asociación tensa, dialéctica si se quiere, pero en una asociación necesaria, que es precisamente la que establece nuestro texto

22 Sentencias 12/1981 y 104/1986.
23 *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, 1981, p. 37.
24 Kriele, Martin, *Einführung in die Staatslehre*, *cit*., nota 7, p. 229.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

constitucional expresando, normativamente, el núcleo o punto nodal de su propia legitimidad.

Porque la legitimidad *de* la Constitución es una legitimidad interna (y por ello jurídica) y no puramente externa, la legitimidad de la Constitución se desprende de la Constitución misma.[25] Una Constitución emanada democráticamente pero que no establezca un Estado democrático puede tener en el principio democrático su validez, pero nunca su legitimidad. Es decir, no sería, exactamente, una Constitución democrática. De ahí que no sea posible entender jurídicamente la Constitución atendiendo sólo a su validez (explicación que conduce o a la norma hipotética fundamental de Kelsen, que es un presupuesto lógico, o a la norma de reconocimiento de Hart, que es, en el fondo, una mezcla de presupuesto lógico y presupuesto sociológico), sino atendiendo, principalmente, a su propia legitimidad.

La democracia, *en* la Constitución, no es un método, y sólo un método, como opinaba Kelsen, que a continuación decía: "Es una manifiesta corrupción de la terminología aplicar el vocablo 'democracia', que tanto ideológica como prácticamente significa un determinado método para la creación del orden social, al contenido de este mismo orden, que es cosa completamente independiente".[26] Sin embargo, el propio Kelsen, contradiciendo esa rotunda afirmación, reconocería que en la democracia como principio de autodeterminación se tenían que agregar la libertad y la igualdad,[27] que la democracia significa, junto al principio de la mayoría, el reconocimiento de derechos a la minoría,[28] que la democracia no existe sin la discusión y sin la libertad de expresión,[29] sin la transacción, es decir, y cita literalmente a Nicolás de Cusa, sin la *concordantia oppositorum*.[30]

Me parece claro que en la democracia constitucional no pueden separarse creación del orden y contenido de ese orden, y esa imposibilidad es la que obliga a incurrir en contradicción, no sólo a Kelsen, sino tam-

25 La legitimidad, desde el punto de vista jurídico-constitucional, no es otra cosa (me parece) que la "congruencia" entre fines y medios expresados por la Constitución o, en otras palabras, la "congruencia" constitucional entre principios (y normas) materiales y principios (y normas) estructurales.

26 Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, 1977, p. 127.

27 *Ibidem*, p. 138.

28 *Ibidem*, pp. 157 y 341.

29 *Ibidem*, pp. 141 y 342.

30 *Ibidem*, p. 154.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

bién a los actuales defensores de la Constitución democrática como puro sistema de valores adjetivos. En el fondo, bajo el nihilismo constitucional, bajo la neutralidad valorativa, lo que se esconde no es exactamente un pragmatismo (aunque esa sea la pretensión de sus defensores), sino un claro voluntarismo. Los nihilistas, ha dicho John Stick en un agudo artículo en la *Harvard Law Review*,[31] no son pragmáticos, son en verdad unos románticos cartesianos.

Ahora bien, una cosa es el principio democrático como principio legitimador *de* la Constitución, es decir, como principio de congruencia entre la soberanía del pueblo y el Estado democrático que el pueblo, a través de la Constitución, establece, y otra cosa, bien distinta, es el principio democrático como principio de validez del constituyente mismo, es decir, como modo de expresión no de la voluntad del Estado, sino de la voluntad del propio soberano. En este plano, la juridificación congruente con la noción misma de soberanía no puede ser, como es obvio, una juridificación material, sino sólo y exclusivamente formal. El soberano ha constituido un orden, y lo ha concretado materialmente, pero el soberano ha de quedar libre para cambiarlo y establecer uno enteramente nuevo si en el futuro cambia su voluntad. Y aquí tropezamos inmediatamente con toda suerte de problemas generados por la viciosa utilización de términos absolutos, por el traslado, incorrecto, de razonamientos procedentes de la teología, o de la lógica abstracta, a la realidad política y jurídica.

Así se dirá: de la misma manera que la omnipotencia divina no puede alcanzar a destruirse a sí misma, la omnipotencia del soberano impide que el soberano, por su propia voluntad, deje de ser soberano (éste es un buen ejemplo de teologización). Otra explicación, similar, es la siguiente: siendo el derecho expresión de la voluntad general, ésta no puede establecer que el derecho deje de ser expresión de la voluntad general (estamos ante un caso paradigmático de razonamiento circular). La democracia, se dirá, con el mismo argumento, no puede destruirse a sí misma..., cuando resulta que sabemos que esa "verdad" lógica no se corresponde, desgraciadamente, con la "verdad" histórica.

En fin, veamos, uno a uno, los problemas que se esconden bajo esta ingente batería de apotegmas. El primero me parece que es el del some-

31 "Can Nihilism be Pragmatic?", *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 2, diciembre de 1986, p. 383.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

timiento del poder constituyente a las reglas que él mismo crea para cambiar la Constitución. Ya dije, más atrás, y no voy ahora a repetir los argumentos que entonces expuse, que el artículo 168 de nuestra Constitución supone, en rigor, la juridificación del poder constituyente, y que esa juridificación me parece congruente (y no, por tanto, contradictoria) con la significación del Estado constitucional democrático, es decir, con la unión entre Estado democrático y Estado de derecho. El soberano, en este tipo de Estado, no puede ser comprendido a través de la pura traslación de los caracteres que se predicaban del soberano en el Estado absoluto, so pena, como dijo Kägi, de cometer la suma incorrección de trasponer a la voluntad democrática los rasgos del poder absoluto hobbesiano.[32] La omnipotencia del soberano, en la democracia constitucional, no es una omnipotencia continuada, por utilizar palabras de Hart,[33] sino autocomprensiva, capaz de autolimitación procedimental, capaz de definir y redefinir las formas de emanación de su voluntad.

El segundo problema, enlazado con el anterior, ya lo acabo de anunciar: el poder de revisión total de la Constitución, ¿puede revisar, incluso, la cláusula de reforma? En mi opinión, y frente a la construcción lógica defendida por Ross[34] acerca de que las cláusulas de reforma son en sí mismas irreformables porque una norma no puede aplicarse a su propia reforma (o una proposición no puede aplicarse a sí misma), creo que en nuestra Constitución sí cabe que a través del procedimiento de reforma del artículo 168 se modifique ese mismo procedimiento de reforma. La construcción teórica de Ross se sostiene en la medida en que se considere al poder de reforma como un poder "constituido", esto es, sometido a unas *condiciones* que no puede cambiar. En cambio, si el poder de revisión total no es más que el poder constituyente juridificado, me parece claro que estamos ante un caso de omnipotencia autocomprensiva, como opina Hart, y ese poder, que fue capaz de definir su procedimiento, puede también redefinirlo. Es decir, por el procedimiento de reforma del artículo 168 es posible cambiar toda la Constitución, incluido el propio artículo 168. Este artículo protege el núcleo fundamental de la Constitución (donde se encuentra la legitimidad constitucional)

32 Kägi, "Rechtsstaat und Demokratie...", *op. cit*., nota 9, pp. 80 y ss.

33 *El concepto de derecho*, México, 1980, pp. 186 y 187.

34 *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1977, pp. 79 y ss. También entre nosotros Otto, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, *cit*., nota 13, pp. 63-68; *id*., *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, 1985, pp. 29-36.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

y la protección alcanza (como no podía ser de otra manera) al propio precepto que lo define.

El tercer y último problema que en esta cuestión quiero suscitar es el de la hipótesis definitiva: ¿puede el pueblo soberano, cambiando totalmente la Constitución, dejar de ser soberano?, ¿puede, a través del procedimiento del artículo 168, convertirse nuestra democracia en una dictadura? La respuesta que un razonamiento preñado de teología o metafísica da a esas preguntas ya he dicho que es negativa. Dicey, en cambio, ya afirmaba, más pegado a la realidad, que el Parlamento inglés puede autodestruirse.[35] Y Heller llamaba la atención sobre el error de confundir dos conceptos distintos: validez lógica general y validez jurídica particular.[36] Efectivamente, si desde el punto de vista de la lógica general la omnipotencia no puede destruirse a sí misma, desde el punto de vista jurídico la democracia puede destruirse a sí misma por procedimientos democráticos. Hipótesis, por supuesto, no deseable, pero cuya sola posibilidad, es decir, la inexistencia de su proscripción jurídica, es lo que permite precisamente que el poder del pueblo, constitucionalizándose, siga siendo un poder soberano.

Nuestra Constitución establece un orden de valores basado en el consenso, en un consenso extraordinariamente amplio, y que, por ello, se sustrae no sólo al legislador, sino incluso al procedimiento (más rígido que el legislativo) de reforma parcial de la Constitución por la vía del artículo 167, pero no considera a ese orden inmanente, sino contingente y, por lo mismo, relativo. Es decir, no cierra el paso a que, si ese consenso tan amplio desaparece y es sustituido por otro que, con la misma amplitud, defienda distintos valores, se pueda, mediante el derecho y no la fuerza, establecer un nuevo orden en coherencia con la nueva situación. Ahí radica, precisamente, la grandeza de nuestra Constitución: en que ella misma facilita los medios jurídicos para su radical mutación. Y ahí radica también la grandeza de nuestra democracia: en que permite a sus propios enemigos destruirla, pero, es así, por procedimientos democráticos. Desde el punto de vista jurídico, para nuestra Constitución, y en ello estoy enteramente de acuerdo con I. de Otto,[37] no existen enemi-

35 Dicey, *The Law of the Constitution*, 10a. ed., p. 68.
36 Heller, *La soberanía*, *cit.*, nota 6, p. 191.
37 *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, *cit.*, nota 34, pp. 29-45.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

gos, sino discrepantes. Hay libertad para los enemigos de la libertad y democracia para los enemigos de la democracia.

No voy a entrar en el detalle de si el procedimiento del artículo 168 es tan rígido que convierte a la posibilidad de su utilización en algo irrealizable. Quizá puedan criticarse algunos extremos de esa concreta regulación,[38] pero no queda más remedio que admitir que el orden de valores (es decir, la legitimidad *de* la Constitución) producto del consenso no ha de quedar en las manos de simples y cambiantes mayorías. Lo que importa es que la Constitución no constitucionaliza fines ni condena ideologías, no establece, pues, una "democracia militante", sino, exactamente, una democracia pluralista, y por ello, como ha resaltado muy bien J. Jiménez Campo, no excluye "de la legalidad a los grupos animados por una idea de derecho —o por un modelo de sociedad— distintos, o aun contradictorios, con los que incorpora la misma norma fundamental".[39]

Una Constitución enteramente abierta a su transformación es, por lo demás, el único modo racional de fundamentar la obediencia al derecho, el acatamiento de la Constitución. El Tribunal Constitucional así lo ha entendido, con toda corrección: el acatamiento a la Constitución (ha dicho el Tribunal) "no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido"; por el contrario, "también se respeta a la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido en los artículos 166 y siguientes de la norma fundamental"; lo único que la Constitución exige (seguirá diciendo el Tribunal) es que "si se pretendiera modificarla" se haga "de acuerdo con los cauces establecidos en la misma".[40] Doctrina que el propio Tribunal ha reiterado con más claridad aún si cabe: la obediencia a la Constitución, dirá, "puede entenderse como el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente, *en tanto existe*, y a no intentar su transformación por *medios* ilegales"; de ahí

38 Como hace con razón J. Pérez Royo, denunciando además, correctamente, la excesiva dificultad de la "revisión" total, en su libro *Reforma de la Constitución*, 1978, pp. 207-214. Sobre la extrema rigidez de nuestra reforma constitucional también puede verse, además del libro de P. de Vega, ya citado (pp. 146 y ss.); Jiménez Campo, J., "Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución", *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980.

39 Jiménez Campo, J., "La intervención estatal del pluralismo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, p. 173.

40 Sentencia 101/1983.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

que no está prohibido "representar" y "perseguir ideales políticos" distintos "a los encarnados en la Constitución... siempre que se respeten aquellas reglas del juego"; así ha de entenderse, pues, el deber de acatamiento a la Constitución que su artículo 9o.1 establece, toda vez, recordará el Tribunal, "que el contenido de la actual Constitución es reformable".[41]

Pues bien, volviendo a la cuestión que hace poco abandonamos, ¿significa esto el triunfo de la neutralidad valorativa?, ¿la confirmación de que la democracia es método y sólo método? Para responder ha de acudirse, como ya se apuntó, a la diferencia entre validez y legitimidad. La utilización de las reglas de la propia Constitución para cambiarla dotaría al nuevo orden de validez, pero no necesariamente de legitimidad. El soberano se autolimita procedimentalmente sólo para que su voluntad, cuando se exprese a través del procedimiento, sea una voluntad jurídicamente válida. La legitimidad del orden que produzca dependerá, por el contrario, del contenido de ese mismo orden. Si a través del artículo 168 se transformase la democracia en dictadura, ese nuevo orden sería democráticamente válido, pero no democráticamente legítimo. Esto es, esa nueva Constitución que emanó democráticamente ya no será una Constitución democrática en cuanto que el principio democrático, en que se fundó su emanación, no es ya el que legitima su "realización", el que ha de orientar y presidir la vida constitucional. Y, esa nueva ordenación, por no ser democrática en su contenido, no será, en realidad, Constitución, sino mera ley fundamental.

En tales condiciones, esa nueva ley fundamental podrá poseer, quizás, una legitimidad sociológica, pero no, desde luego, una legitimidad jurídica democrática en cuanto que el pueblo no tendrá asegurada por el derecho su propia condición de soberano. La inexistencia de legitimidad jurídica democrática, la no positivación del derecho a la revolución y del derecho de resistencia, esto es, la carencia de verdadera Constitución, haría revivir la pura dimensión política de la legitimidad: la del poder popular que sólo puede manifestarse por la fuerza, sin reglas, porque él mismo, por medio del derecho, se ha cerrado las puertas para poder cambiar su voluntad de forma civilizada, ha impedido a otras generaciones que cambien el derecho a través del propio derecho.

41 Sentencia 122/1983.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Pero los tintes tenebrosos que de esa hipotética (y creo que muy improbable) realidad se desprenden no deben conducir a abjurar del principio de que la Constitución permita, jurídicamente, su propia destrucción. Y no sólo por la evidencia histórica de que los enemigos de la democracia han solido casi siempre tomarla al asalto y no desde su interior y a través del cumplimiento de sus reglas, sino, sobre todo, porque la democracia consiste en que al pueblo y sólo al pueblo le corresponde decidir libremente su propio destino, y el Estado democrático de derecho no tiene más pretensión que la de garantizar jurídicamente, esto es, válidamente, esa libertad.

Ahora bien, esa válida expresión de la voluntad del pueblo sólo será posible si el pueblo es libre, esto es, si se organiza en Estado constitucional democrático. *De esta suerte, en la Constitución la legitimidad aparece, inexcusablemente, como el requisito de la validez*. De ahí la conveniencia de que el principio democrático, como principio legitimador *de* la Constitución (como principio material en una Constitución que propugna sobre todo la libertad y la igualdad) se *realice*, adquiera toda su vigencia en la vida del ordenamiento y de las instituciones, al objeto de que el principio democrático, como principio de validez del soberano, permanezca jurídicamente vivo, de tal manera que la Constitución, aunque se cambie, siga siendo Constitución. La profundización de la democracia es, me parece, el único camino para que se aleje toda posibilidad de que la validez pueda algún día destruir a la legitimidad. De todos modos, el derecho es sólo un modesto y técnico instrumento para ello. La educación democrática, la consolidación de la cultura cívica, la ejemplaridad de las fuerzas políticas, el progreso social y económico, son, indiscutiblemente, factores mucho más eficaces que el derecho para que se afiance la legitimación. Al derecho sólo le cumple realizar el humilde (y honroso) papel de facilitar la libertad a una sociedad que quiera ser libre.

4. *Revisión total y configuración de la nación*

Al derecho también sólo le cabe facilitar las vías para que el pueblo perdure como unidad mientras quiera permanecer unido. Lo que nos lleva a enfrentarnos a otro problema que, de ninguna manera, debía rehuirse. Ya no se trata de responder a la pregunta de si puede el pueblo, a través de la revisión total de la Constitución, dejar de ser soberano, sino

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

a esta otra: ¿puede el pueblo español, a través de esa revisión total, autodestruirse como pueblo?

Desde la teoría, y a diferencia de lo que ocurre con el supuesto anterior ya examinado, el problema que ahora se plantea no conduce, inevitablemente, a una oposición entre validez y legitimidad, ya que ésta no ha de alterarse, de modo necesario, con el cambio de configuración nacional. Y ello es así (insisto que desde el punto de vista teórico) porque, si bien la Constitución "no puede ser" (legítima) sin la democracia, la Constitución (en cambio) "sí puede ser" (legítima) con un pueblo más grande o más pequeño. Para la teoría constitucional democrática (que es, a mi juicio, y no me importa repetirlo, la única teoría constitucional "jurídicamente" sostenible), la "configuración" del pueblo (sus límites "externos" como grupo humano diferenciado de otros pueblos) y su misma dimensión territorial son cuestiones de hecho que el derecho regula, pero de la que no se extrae su justificación (o, en otras palabras, su legitimidad). En cambio, para esa teoría es decisiva la "composición" del pueblo (sus límites "internos" dentro de una comunidad humana singular), así como la relación entre pueblo y poder. La norma constitucional sólo es legítima si (cualquiera que sea la "dimensión" del pueblo) no se excluyen de ese pueblo clases u órdenes de personas, es decir, si coinciden pueblo y nación (conjunto de "ciudadanos") y esa nación ostenta el poder soberano.

Una vez planteado así el problema, su solución no puede consistir en reconocer que, en teoría, nada se opone a que, tras la división de un pueblo, las nuevas entidades nacionales en que se hubiese partido puedan tener Constituciones tan democráticas como la anterior que a todos, como un solo pueblo, los reunía. O, simplificando la hipótesis, nada se opone a que un pueblo, del que se ha desgajado una parte, pueda continuar teniendo una Constitución tan democrática como la que tenía antes de la segregación. Y esa no es solución, porque lo que debe dilucidarse no es exactamente el "carácter" de la nueva Constitución sino su engarce con la anterior, es decir, si la nueva Constitución supone una "ruptura" con la anterior o una continuidad, lo que en términos jurídicos significa resolver si ha habido infracción o no de las normas sobre la revisión constitucional. Si la nueva Constitución obtiene su *validez* de la anterior habrá habido revisión, pero no ruptura; por el contrario, si se ha cortado la cadena de la validez, lo que se ha producido no es una revisión sino una

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

auténtica ruptura constitucional (un acto revolucionario, es decir, contrario al derecho).

La cuestión debe residenciarse, pues, no en la nueva, sino en la antigua Constitución (de donde podría extraerse la validez). Y como la hipótesis que se plantea es, como tal hipótesis, una mera ideación de futuro, el problema donde debe intentar resolverse es en la Constitución del presente. ¿Permite ésta la segregación de parte del pueblo español?[42]

Una vía para intentar dar respuesta a esa pregunta podría articularse a través de la vieja distinción entre *pactum associationis* y *pactum subjectionis*, o de moderna y análoga entre *nationbuilding* y *state-building*. La revisión constitucional podría modificar el contenido del segundo pacto, pero no del primero, ya que éste es previo a la Constitución misma, es decir, es el pacto de donde obtiene precisamente la Constitución su propia validez. Los términos literales del artículo 2o. de nuestra Constitución parecerían avalar esa solución: "la Constitución se *fundamenta* en la indisoluble unidad de la Nación española...". De donde resultaría que tal "unidad" se presenta como constitucionalmente indispensable.

Sin embargo, un razonamiento así parece sumamente discutible. En primer lugar porque la doctrina del doble pacto sólo permite explicar alguna de las dimensiones de la legitimidad política de la Constitución (que es lo que pretendía el iusnaturalismo pactista), pero no la legitimidad jurídica de la norma constitucional, sólo comprensible a partir de la propia norma y no desde fuera de ella. En segundo lugar, porque la doctrina del doble pacto no ofrece una explicación de la "validez", que ha de asentarse en el derecho positivo y no en el derecho natural. En realidad, se trata del mismo defecto en que incurre otra famosa hipótesis: la de la norma presupuesta fundamental de Kelsen. En un caso tenemos una hipótesis axiológica (aunque a veces, burdamente, se la califique de "histórica"), y en otro una hipótesis lógica. Pero ocurre que la "validez" no puede descansar (salvo que se desvirtúe su significado "jurídico") en la axiología o en la lógica, sino sólo en la *forma iuris*. Esa debilidad conceptual de la teoría del doble pacto la captaron muy bien tanto Hobbes como Rousseau. La Constitución sólo puede fundar su validez en su propia e interna legitimidad. En tercer lugar, considerar in-

42 Me parece más correcto plantearlo como segregación del pueblo que como segregación del territorio, puesto que son los ciudadanos, y no las tierras, los verdaderos sujetos del poder.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

disponible la cláusula inicial del artículo 2o. de la Constitución porque ésta, en esa cláusula, "se fundamenta", es dejar fuera de la Constitución una parte de la Constitución misma. Por último, reconocer en la "indisoluble unidad de la Nación española" una cláusula de intangibilidad choca con la prescripción contenida en el artículo 168, que permite la revisión "total" de la Constitución.

Ahora bien, estos argumentos, que ponen en entredicho la corrección de la vía aludida para resolver el problema, no sirven, en cambio, para ofrecer, por sí mismos, una verdadera solución, porque aun despejando el camino para encontrarla no se adentran en la cuestión principal: la Constitución permite su revisión total, pero podría entenderse que siempre que siga siendo la Constitución "española" (esto es, el mismo objeto, aunque con muy diferentes contenidos), de tal manera que la ausencia de límites sea predicable sólo en la medida en que la Constitución, aunque cambie, conserve al menos su mínima y "determinante" identidad externa (la que la diferencia de las Constituciones de *otras* naciones). Si la Constitución deja de ser la Constitución de España pudiera muy bien argumentarse que el problema ha salido del marco de la "revisión" o, en otras palabras, que la nueva Constitución no puede extraer su validez de una norma dictada para que dure un objeto que ya ha desaparecido.

Pero, como ocurre que lo que "es" España como nación, o, si se quiere, la dimensión del pueblo español (y de su territorio), sólo resulta discernible en cada momento histórico, hay que entender que la Constitución que no "describe", expresamente, la conformación del pueblo español, como tampoco "describe" su territorio,[43] normatiza a la nación española (y proclama su indisoluble unidad) haciéndola coincidir con las dimensiones reales que ésta tiene en el momento en que la Constitución se promulga.

El carácter radicalmente histórico de la conformación del pueblo (como supuesto de hecho) podría conducir entonces, quizá, a explorar otra vía distinta para resolver el problema que nos ocupa. Esa vía sería la de considerar que sólo la "composición" del pueblo es una cuestión aprehensible por el derecho, pero no su "configuración", que sería siempre una cuestión de hecho, política, pero no jurídicamente relevan-

43 Desde el punto de vista de la soberanía *ad intra* el territorio es del pueblo y no del Estado; sólo desde el punto de vista "externo" de esa soberanía, es decir, desde las relaciones interestatales, o internacionales, puede hablarse del territorio "del Estado".

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

te. Es cierto que "el pueblo es una estructura histórica", como muy bien diría Heller,[44] despojando no obstante a esa idea de la fuerte carga totalizadora hegeliana. Y es cierto también que el derecho no puede juridificarlo todo. En ese sentido, las penetrantes páginas que Heller dedica a la relación entre normatividad jurídica y lo que él llama "normatividad sociológica" permitirían, quizá, abordar el problema que nos ocupa desde su consideración como problema político que el derecho no puede resolver sino sólo encauzar. "La Constitución jurídica (decía Heller) representa el plan normativo de esa cooperación continuada" (cooperación social que *mantiene* unida a una comunidad humana).[45] La "configuración" de la nación sería, pues, un dato de hecho del que el derecho parte y cuya pervivencia o alteración no pueden "regularse" jurídicamente; es decir, la Constitución es un plan normativo que da por supuesto que esa unidad del pueblo seguirá conservándose, pero que no puede prever jurídicamente las formas o incluso las consecuencias de la desmembración. El derecho sólo puede ayudar —sería la conclusión— a que la nación siga siendo nación si ella lo quiere. La dimensión del pueblo es un dato de hecho del que la Constitución parte, y las modificaciones de esa dimensión otro dato de hecho que al derecho, simplemente, se impone.

Ahora bien, aceptar esta vía supone renunciar a lo que me parece el mayor logro del constitucionalismo: su intento de juridificar la democracia, es decir, de pacificar (y eso es regular) los modos de expresión de la voluntad popular e incluso los cambios que esa misma voluntad experimente. Un pueblo de hombres libres significa que esos hombres han de ser incluso libres para estar unidos o dejar de estarlo. Y un pueblo de hombres libres regidos por el derecho significa también que el derecho debe permitir (tener previsto) el ejercicio de esa libertad. Por ello no cabe, a mi juicio, que el jurista pretenda encontrar la solución a este problema por la simple vía de ignorarlo, esto es, de concluir que éste no es un problema jurídico, sino sólo y exclusivamente político.

El camino, me parece, ha de ser muy otro: indagar el significado jurídico de la constitucionalización de la nación. Que España es una nación no se deriva, como es obvio, de la Constitución misma, sino de una determinada realidad social. La Constitución únicamente *reconoce* ese

44 *Teoría del Estado*, México, 1971, p. 178.
45 *Ibidem*, p. 283.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

hecho, esto es, lo positiviza jurídicamente y ello supone que no se positiviza sólo el *pactum subjectionis* (la soberanía popular), sino también el *pactum associationis* (la unidad de la nación), de tal manera que al *positivarse* ambos extremos se deja en manos de la nación, como facultad ejercitable (ejercitable regladamente, jurídicamente) la de poder modificar, no ya por vías de hecho, sino a través del derecho (esa es la consecuencia importante y civilizadora de la positivación), cualquiera de los dos pactos o, si se quiere, cualquiera de las dos dimensiones de ese único y comprensivo (de la forma social y política del pueblo) pacto constitucional.

Enfocado así el problema, la dicción literal del artículo 2o. de la Constitución ("La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española...") lo que viene a expresar es lo que el poder constituyente quiere (y ese querer, aunque encerrase contradicciones en sí mismo, es un querer claramente formulado como querer producto del acuerdo entre esas contradicciones, esto es, como querer consensuado) en el momento de elaborar la Constitución,[46] y por ello no supone un obstáculo jurídico a lo que ese poder (a través del procedimiento de revisión total de la Constitución) pueda querer en el futuro. Mediante el procedimiento del artículo 168 (ya dije que ese artículo viene a juridificar el poder constituyente) el soberano puede cambiar su configuración, es decir, el pueblo puede modificar sus propias dimensiones. El derecho de autodeterminación es consubstancial al soberano, y por ello mismo el derecho ha de permitir su ejercicio. La Constitución, al atribuir al pueblo español la soberanía, le atribuye, pues, ese derecho, pero lo atribuye al *pueblo español en su conjunto*; sólo él, que es el único titular posible del mismo, puede decidir sobre los cambios en su configuración como pueblo. Como ya dije más atrás, nuestro ordenamiento constitucional no proscribe ninguna ideología (ya sean contrarias a la forma política o a la forma social de la nación) y ello significa que no proscribe las ideologías separatistas, que únicamente están obligadas a hacer valer sus objetivos por las vías que la misma Constitución proporciona. Ni tendría sentido, entonces, considerar lícitas pretensiones cuya consecución sería,

46 J. Solé Tura ha explicado acertadamente la peculiar redacción de este precepto en su libro *Nacionalidades y nacionalismo en España. Autonomía, federalismo y autodeterminación*, 1985, p. 100: "Tampoco esta redacción es, desde luego, un modelo de corrección estilística. Pero el artículo 2o., dentro de su complejidad conceptual, es una verdadera síntesis de todas las contradicciones existentes en el periodo constituyente".

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

sin embargo, ilícita, ni tendría sentido tampoco lo contrario: considerar ilícitas pretensiones cuya consecución sería, sin embargo, lícita. Nuestra Constitución permite la ideología separatista porque también permite, a través del artículo 168, el hecho mismo de la separación.

Ahora bien, como se dijo, no hay derecho a la autodeterminación de minorías, sino del pueblo español en su conjunto. Su ejercicio no está conferido a parte de ese pueblo, sino a todo el pueblo, que es el único soberano. En resumidas cuentas, lo que nuestro ordenamiento exige es la aceptación por todo el pueblo de la separación de parte de ese pueblo.

Dicho esto, queda aún otro problema, conexo, por plantear y resolver. ¿Puede, mediante una revisión total de la Constitución, introducirse el derecho de autodeterminación atribuido a fracciones del pueblo y no, como ahora, a su totalidad? La respuesta a la pregunta me parece que ha de ser enteramente negativa, y ello porque entonces, simplemente, no habría ni Estado ni Constitución. La Constitución puede "ser", dije antes, en un pueblo más grande o más pequeño. Pero la Constitución no puede ser sin pueblo sometido al derecho. La autodeterminación de una minoría es tan inconciliable con la existencia de un ordenamiento jurídico como la autodeterminación individual. El derecho de las minorías, como el derecho de los ciudadanos, es a expresar libremente sus propósitos, a tratar de propagar sus ideales hasta obtener un cambio normativo concorde con ellas, cambio que habrá de ser adoptado por la mayoría. Lo que no puede permitir el derecho es que la minoría (o el ciudadano) imponga su voluntad a la mayoría. Ni hay Estado ni Constitución ni ordenamiento si hay derecho de secesión; simplemente son entidades inconciliables.[47] El derecho de secesión (o el individual de tener libertad para apartarse del derecho) significaría tanto, decía Kelsen,[48] como establecer los deberes jurídicos sólo a condición de que los miembros de la comunidad quieran aceptarlos en cada caso concreto. El derecho (seguía diciendo Kelsen) se desborda si acepta la fórmula "debes si quieres".

47 Decir esto no significa desconocer los problemas "políticos" que para la "práctica" del poder constituyente positivado se derivan de la existencia de minorías "estructurales", sino sólo constatar que el derecho no puede ofrecer solución a esos problemas so pena de dejar de ser derecho. No hay *ahí* posible solución "jurídica", sino sólo "política".

48 *Teoría general del Estado*, México, 1979, p. 295.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

II. La democracia como principio general del ordenamiento

1. *Los principios generales como categoría jurídica*

La admisión de los principios generales como fuente del derecho es algo comúnmente aceptado, como muy bien se sabe, por la cultura jurídica de nuestro tiempo. Y no se trata, ni mucho menos, de un fenómeno enteramente nuevo, pues el derecho romano, en su época de mayor esplendor, ya se caracterizó por un fuerte ingrediente principalista,[49] y ese legado perduró, desde entonces, en la vida del derecho occidental. Sin embargo, lo que venía constituyendo una realidad (más espontánea a veces que deliberada): que el derecho se expresaba no sólo a través de normas (escritas o consuetudinarias), sino también de principios, adquiere la condición de teoría cuando el saber jurídico, en ese formidable esfuerzo de reflexión sobre sí mismo que inicia en el siglo XIX, pretende convertirse en una nueva ciencia: la ciencia del derecho. La explicación que esa Ciencia facilita acerca de los "principios" se articulará, a partir de Savigny, mediante la noción del "instituto jurídico".[50] Y, así, las doctrinas de la interpretación "objetiva" (con la asunción, inevitable, del "finalismo"), las teorías sociológicas del derecho, e incluso los defensores de la fenomenología jurídica, ya en el siglo XX, aceptan la existencia de principios jurídicos al margen de las normas, aunque los fundamenten de distintos modos (ya sea en relación con los "conceptos", con el "interés", con las "fuerzas propulsoras sociales", o con los "valores").

Al margen de las diferencias de razonamiento,[51] la admisión de los "principios jurídicos" será, pues, un lugar común en la ciencia del derecho, incluidos los diversos sectores del positivismo jurídico con la sola

49 Véase, por todos, Kunkel, W., *Römische Rechtsgeschichte*; ed. española: *Historia del derecho romano*, trad. de J. Miquel, Barcelona, pp. 105-134.

50 Noción que, significativamente, emplea Savigny para defender la existencia de "principios" que dan sentido a un "instituto jurídico", en su obra cumbre de 1840, *Sistema del derecho romano actual*.

51 Sobre lo que no es necesario extenderse aquí. Me remito a lo que he apuntado, acerca de ello, en "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 18, mayo-agosto de 1986, específicamente las pp. 112-118.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

excepción del normativismo kelseniano. La "jurisprudencia de conceptos", la "jurisprudencia de intereses", la "jurisprudencia sociológica", la "jurisprudencia valorativa", a lo largo del siglo XIX y el primer tercio del XX, y por vías más elaboradas que las del simple "iusnaturalismo" (al que no puede atribuirse la menor paternidad teórica del principialismo jurídico, salvo que ese principialismo se degrade), aceptan que los "principios" forman parte del derecho. Más aún, en todas esas teorías se relacionan, aunque con diferente grado de intensidad, los principios jurídicos con los institutos jurídicos, como ya lo hiciera, desde el primer momento, Savigny.

Ahora bien, precisamente porque en la relación ya aludida se cimenta la construcción teórica más completa acerca del principialismo, y aunque los principios jurídicos sean admitidos por las doctrinas que acaban de citarse, la mejor explicación no ya de éstos, sino de los "principios generales del derecho", ha de atribuirse a las teorías que tomaron como presupuesto central de referencia el concepto de institución, esto es, al "institucionalismo" (M. Hauriou) y al "ordenamentalismo" (S. Romano). Ellas significan, a mi juicio, el paso más completo de los "principios" a los "principios generales". No se trata ya sólo de que el derecho esté expresado en principios además de en normas positivadas, sino de que el derecho es "prinicipalista", es decir, está orientado por unos principios que le dan sentido (principios generales). No hay "ordenamiento" (categoría que será fundamental para el principialismo) sin unos principios generales, o, dicho de otro modo, justamente porque todo derecho contiene unos principios generales que lo identifican, todo derecho es un "ordenamiento jurídico".

La postura, en contra, del normativismo kelseniano es bien conocida: el derecho es un sistema normativo, un conjunto de normas completo, sin lagunas, que se basta a sí mismo, de tal manera que no hay más principios que los positivados en las propias normas, esto es, no hay derecho fuera de la norma positiva. Admitir lo contrario, se dirá, sería abjurar de la concepción científica del derecho y caer en un subjetivismo sin rigor, es decir, sería diluir el derecho en la moral o en la sociología. Pero ocurre que la realidad del derecho no se corresponde exactamente con esa concepción normativista, asentada, en el fondo, en un voluntarismo de la lógica o, como se ha dicho sagazmente, en un "romanticismo cartesiano". De ahí que parezca muy difícil negar que el derecho es

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

algo más que las normas, y ese algo más son los principios tanto parciales (o sectoriales) como generales. Que esto es así no requiere que yo ahora lo pruebe aquí, pues se encuentra claramente admitido por la doctrina (española y extranjera), y me basta remitirme, por ejemplo, a la obra admirable de E. García de Enterría.[52]

Nuestro propio derecho lo reconocerá, por lo demás, expresamente, no sólo porque en él se introdujo, positivándose, la noción misma de "ordenamiento" (Preámbulo y artículo 83.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956; artículo 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958; artículo 1o.1 del Código Civil tras su reforma de 1974; artículos 1o.1 y 9o.1 de la Constitución), sino porque también se establece, en coherencia con ello, que el "derecho" es algo más que la ley (artículo 103.1 de la Constitución, de manera idéntica a los términos que utiliza el artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn) y, en consecuencia, que los "principios generales del derecho" son fuente del ordenamiento jurídico (artículo 1o.1 del Código Civil). El apartado 4 del artículo 1o. del Código Civil, al concretar lo dispuesto en el apartado 1 de dicho artículo, expresará la doble condición que éstos poseen, de fuente de primer grado (fuente de aplicación inmediata, aunque subsidiaria) y de fuente de segundo grado (fuente interpretativa): "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".

Dicho lo anterior, que no viene más que a ser la confirmación por la teoría y por el propio derecho escrito de una realidad innegable, muy bien expresada por Esser en su obra decisiva sobre esta cuestión,[53] el problema que plantean los principios generales no es el de su admisión (ya resuelto), sino el de su "conformación". La apelación a que esa conformación sea consecuencia de una construcción doctrinal o jurisprudencial fiel al método jurídico, de tal manera que los principios generales,

52 *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, publicada primero en 1963 y después, con importantes adiciones, en 1984.

53 Esser, *Grundsatz und Norm in de richterlichen Fortbildung des Privatreschts*, Tübingen, 1956. Hay trad. española, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961. Constatar la insuficiencia de la norma escrita y de los principios positivados en ella para la resolución de los problemas jurídicos es el norte de esa obra, así como la necesidad de apelar a los principios generales no positivados, pero que deben obtenerse por medios "jurídicos" y no "políticos" o "morales".

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

aunque no estén en la norma positiva, disfruten de objetividad jurídica (ese es, por lo demás, el empeño "apasionado" que recorre el admirable trabajo de E. García de Enterría que antes se citó), no resuelve enteramente el problema, es decir, no conjura los riesgos de subjetivismos certeramente señalados por Kelsen, riesgos, por los demás, bastante reales.

Así se ha escrito:

> La excesiva libertad, el apresurado diletantismo, el uso inmoderado de las nuevas perspectivas abiertas a la ciencia y a la aplicación del derecho por la jurisprudencia principal, y quizá una gratuita sensación de "libre recherche" y de desdén de las leyes, ha motivado en todos los países una saludable reacción que en nombre del principio de respeto a la ley, a la seguridad y a la certeza del derecho, ha recordado la absoluta necesidad de una "sobriedad jurídica" y de una atención concreta a los rasgos técnicos de los problemas y soluciones jurídicas, sin la pretensión retórica e irresponsable de dominarlos "desde arriba".[54]

El mismo autor de este párrafo (E. García de Enterría), después de aceptar que "la oportunidad de estas posiciones críticas ha estado perfectamente justificada ante el intento inadmisible de disolver la objetividad del derecho y sus estructuras técnicas en un sistema abierto, retórico e irresponsable de simples juicios éticos o políticos",[55] dirá:

> Pero la objeción no tiene otro alcance y debe ser reducida a eso. Sería ilógico pretender apoyarse en esta indudable y evidente razón para llegar a la sinrazón de una rehabilitación completa de los dogmas positivistas, dogmas que... fueron abandonados antes por su falta de funcionamiento efectivo que por virtud de posiciones de principio.[56]

Que el derecho, hoy, es principialista no ofrece dudas y es cuestión aceptada por la mejor doctrina europea continental y anglosajona (de ésta, la más cabal expresión del principialismo la constituye, a mi juicio, la obra de R. Dworkin, especialmente la contenida en sus libros *Taking*

54 García de Enterría, E., *Reflexiones sobre la ley..., cit.*, nota 52, pp. 47 y 48. Quien continúa después diciendo que "se ha hablado de un apresuramiento en extender la partida de defunción del positivismo, y, recordando la expresión histórica famosa, se ha gritado: 'el positivismo ha muerto; viva el positivismo'" (p. 48).

55 *Ibidem*, p. 51.

56 *Ibidem*, pp. 51 y 52.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Rights Seriously y *Law's Empire*).[57] Sin embargo, la mera apelación al método jurídico, como medio de evitar la subjetivización que siempre se esconde en una realidad jurídica en la que el derecho excede ciertamente de la norma escrita, no es suficiente para garantizar la certeza del mismo derecho, como muy bien plantea F. Müller cuando reclama entonces, con cierta ironía, "el derecho fundamental a la igualdad del método".[58] Este problema, como ocurre siempre con todos los de fuentes e interpretación, se eleva, inexorablemente, al campo constitucional. Es decir, los problemas de los principios generales han de ser planteados, en rigor, como problemas constitucionales, o, dicho de otro modo, es en la discusión sobre los principios constitucionales donde pueden encontrarse respuestas a los "puntos oscuros" que se manifiestan en toda discusión sobre los principios generales.

2. *El significado de los principios constitucionales*

Superada en Europa la idea de la Constitución como mera norma política y de los principios constitucionales como exclusivamente programáticos,[59] y admitido que la Constitución es derecho y, en consecuencia, que sus principios son jurídicos, la cuestión sobre el significado de éstos puede plantearse en un doble nivel.

En primer lugar, en relación con el carácter principialista del ordenamiento constitucional. Ese ordenamiento, como el ordenamiento jurídico en su conjunto, se nutre no sólo de normas escritas (el texto constitucional), sino también de principios generales no positivados en ellas (generales-globales respecto de toda la materia constitucional, y generales-sectoriales respecto de instituciones constitucionales concretas), cuya conformación se produce mediante la labor de la doctrina y la jurisprudencia. Hasta aquí (y sólo en este punto) no cabe señalar distinción cualitativa alguna entre los principios constitucionales y el resto de los principios jurídicos. Los principios generales constitucionales no positivados en la norma disfrutan de la doble condición de fuente prevista en el ar-

57 Sobre las corrientes doctrinales que apoyan el principialismo, y sobre el mismo problema en sí, me remito a lo que digo en "La interpretación de la Constitución...", *op. cit.*, nota 51, específicamente las pp. 116-131.

58 Müller, *Juristishce Methodick und politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie*, 1976, t. II, p. 66.

59 "Programáticos" en el sentido menos riguroso del término, es decir, sin eficacia jurídica alguna.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

tículo 1o. del Código Civil: fuente de primer grado o de aplicación directa, en ausencia de norma escrita o de costumbre, y fuente de segundo grado o interpretativa, en todo caso, en cuanto informan el ordenamiento.

La única diferencia apreciable (hay que insistir en que sólo en este punto) entre los principios generales constitucionales y los demás principios generales del derecho sería de índole cuantitativa: el derecho constitucional, por la materia política que regula y por el carácter notablemente genérico (y también sintético) de sus normas, es más fuertemente principialista que cualquier otro sector del ordenamiento. Es decir, en él operarán, inevitablemente, en mayor medida que en otros derechos, los principios generales.

Ahora bien, cuando pasamos de la condición genérica de ordenamiento que el derecho constitucional posee a la específica del lugar que en el ordenamiento ocupa, aparece, de manera inmediata, una diferencia, ya cualitativa, entre los principios constitucionales y los demás principios jurídicos. En cuanto que el derecho de la Constitución es el derecho fundamental del ordenamiento, los principios constitucionales son, por ello, también fundamentales respecto de cualesquiera otros principios jurídicos. Los principios generales constitucionales tienen la cualidad, pues, de ser los principios generales fundamentales del ordenamiento jurídico. Cualidad que, como es obvio, atribuye a estos principios una extraordinaria importancia y convierte al procedimiento de su conformación doctrinal y jurisprudencial en una actividad crucial para la vida del ordenamiento.

Dicho esto, cabe abordar el segundo nivel en que puede plantearse al problema del significado de los principios constitucionales. Nivel relacionado no ya con el carácter principialista del derecho de la Constitución (de su ordenamiento), sino con el carácter principialista de la misma norma constitucional. Como es sabido, ese carácter es propio de la Constitución democrática de nuestro tiempo, que, por pretender regular no sólo la organización del Estado, sino también el *status* de los ciudadanos, establece las líneas vertebrales del orden social y, en consecuencia, formula las directrices de todas las ramas del derecho, lo que conduce a que el texto constitucional haya de contener, junto a normas en sentido estricto (materiales o estructurales), una gran diversidad de principios.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Los efectos que ello tiene para el concepto de Constitución y para el entendimiento de la interpretación constitucional son, también, bastante conocidos.[60] Me interesa resaltar, sin embargo, un efecto menos subrayado generalmente por la doctrina. Me refiero al efecto, creo que benéfico, para la certeza del derecho. Dada la importancia, crucial, que en el ordenamiento tienen los principios constitucionales, su positivación en el texto constitucional reduce ciertamente los riesgos del subjetivismo en su conformación, poniendo coto a un excesivo activismo judicial o doctrinal. L. Prieto Sanchís (y refiriéndose tanto a los valores como a los principios "constitucionalizados") lo expresa muy bien:

> Nuestra Ley Fundamental es una Constitución de principios y valores, abundante en cláusulas genéricas o inconcretas... No creo que estas características propicien necesariamente la aparición de un activismo judicial, sino que, al contrario, suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían —entonces sí— que ser creados por los órganos de aplicación del derecho...[61]
>
> Los valores superiores y los principios constitucionales desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión de los jueces... La obligada observancia de los valores superiores no propicia el libre decisionismo, sino que fortalece el papel de la Constitución.[62]

60 Véase Rubio Llorente, F., "Prólogo", en Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, 1984, y "La Constitución como fuente del derecho", *op. cit.*, nota 3; Nieto, A., "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I, 1983; así como mis trabajos "La interpretación de la Constitución...", *op. cit.*, nota 51, y "El control como elemento...", *op. cit.*, nota 1. También Crisafulli, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 1952.

61 "Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional", *Revista Poder Judicial*, núm. 11, 1984, p. 83.

62 *Ibidem*, pp. 84 y 85. Más adelante dirá que "por graves que fuesen las dificultades para determinar el significado y alcance concreto de cada uno de los valores, su simple reconocimiento constitucional representa ya un condicionamiento del proceso interpretativo que, de otro modo, sería aún más libre... Desempeñan [los valores constitucionales] una tarea de fortalecimiento de la norma constitucional en el proceso de creación-aplicación del derecho, reduciendo el ámbito de discrecionalidad de todos los poderes públicos y singularmente de los Tribunales al determinar el sentido último de las normas que componen el ordenamiento jurídico" (p. 85). Sin perjuicio de que la eficacia jurídica de los valores y principios constitucionales (categorías que no deben confundirse) exceda, a mi juicio, de la exclusivamente interpretativa, y sobre todo ello volveré más adelante, la idea central de estos párrafos coincide con la que yo acabo de exponer: la constitucionalización de los principios redunda en beneficio de la certeza del derecho.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Es cierto que la conformación jurisprudencial de los principios generales no es, en rigor, una actividad de libre creación y que mediante ella, como expresa R. Dworkin en frase feliz, el derecho se "descubre, pero no se inventa",[63] mas también lo es que la necesidad y la capacidad de "descubrimiento" doctrinal se reduce si el derecho escrito deja menos territorios incógnitos. Ello no significa la erradicación (completamente imposible) de la labor integradora, recreadora, que desempeña la doctrina y la jurisprudencia, sino sólo la conveniencia de acrecentar su objetivación normativa, disminuyendo el campo de la discrecionalidad. De ese modo, la Constitución democrática, al positivar los principios generales (y un buen ejemplo de esa positivación es nuestro propio texto constitucional), no cumple sólo su función de limitar el poder del Estado, sino también de limitar el poder... de los juristas.

Pese a esa (y creo que muy feliz) limitación, ni el texto constitucional puede agotar el repertorio de los principios generales (aunque recoja, y ello será sumamente indicativo, los más relevantes) ni aquellos que enuncia puede dejar de expresarlos del modo genérico propio de esos principios, y que los hace siempre necesitados de concreción jurisprudencial a la hora de su aplicación. En el "descubrimiento" de los principios constitucionales no positivados y en la concreción de éstos y de los recogidos en el texto de la norma desempeña un papel decisivo el Tribual Constitucional. El carácter vinculante de su doctrina para la jurisdicción ordinaria (artículos 1o. y 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal y 5o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial) evita en gran medida[64] no sólo la "dispersión" jurisprudencial en la conformación de los principios constitucionales (que, a su vez, son los generales-fundamentales del ordenamiento), sino también los riesgos de encomendar esa conformación a órganos no adecuadamente preparados para ello. El artículo 5o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial resuelve ese asunto de manera bastante satisfactoria:

63 Dworkin, *Law's Empire*, 1986, p. 5.

64 Pero no absolutamente, pues la dualidad de órdenes jurisdiccionales que ejercitan la justicia constitucional impide que pueda darse una completa unificación de la "doctrina constitucional" (al contrario de lo que antes ocurría con la "doctrina legal"). De ese problema me ocupo en el "Comentario general al título IX de la Constitución", en Alzaga, O. (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, 1988, t. XII.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

> La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Lo que a primera vista pudiera parecer una defectuosa redacción (distinguir principios y preceptos, cuando resulta que los principios "constitucionalizados" son preceptos de la Constitución) se manifiesta, por el contrario, si se ahonda en su sentido, como un acierto, pues la expresión "preceptos y principios" no debe entenderse como "normas y principios", sino como la confirmación de que hay otros principios constitucionales aparte de los positivados en los preceptos de la Constitución (preceptos que, como es obvio, lo mismo contienen normas que principios).

3. *La eficacia jurídica de los principios generales constitucionalizados*

La "constitucionalización" de los principios generales "más fundamentales" lleva a la consecuencia de que cualesquiera otros principios no positivados hayan de conformarse en congruencia con aquéllos; es decir, hayan de estar inspirados en los principios expresados en el texto de la Constitución. Una Constitución "principialista", como la nuestra, tiene una gran capacidad de evolucionar o adaptarse a nuevas circunstancias, de convertirse en una *living Constitution* sin requerir, por ello, en muchos casos, de la reforma constitucional explícita. Pero también esos principios "constitucionalizados" son, a su vez, un límite frente a la excesiva adaptación o, en otras palabras, frente a mutaciones desvirtuadoras de la normatividad constitucional. L. Prieto Sanchís (refiriéndose exclusivamente a los valores, pero la reflexión es válida también para los principios) dice al efecto:

> La interpretación puede acoger un significado evolutivo de los textos que responda a las nuevas exigencias, pero siempre que resulte acorde con el horizonte de valores que la propia Constitución propugna; cuando no sucede así, es señal de que las nuevas exigencias no caben en el marco constitucional [y habría que acudirse, añado yo, a su reforma]. En ese sentido, la incorporación de los valores a la Constitución puede evitar

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

> arriesgados ejercicios de búsqueda de valores supuestamente implícitos, de Constituciones materiales no escritas, etcétera, a través de las cuales pueden penetrar auténticas mutaciones constitucionales.[65]

Sin adentrarnos todavía en la distinción entre principios y valores, cuestión que se tratará después, interesa subrayar que la doctrina del Tribunal Constitucional, desde el primer momento, reconoció el carácter "principialista" de la Constitución[66] y, por consiguiente, la necesidad de su interpretación finalista,[67] así como que los principios constitucionalizados no sólo tienen eficacia interpretativa, sino también directa. Esto último aparece, con nitidez, en la sentencia 4/1981, del 2 de febrero de 1981 (F. J. 1):

> Los principios generales del derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico —como afirma el artículo 1o.4 del título preliminar del Código Civil—, que debe ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo.[68]

Sin embargo, en esta sentencia se manifiesta una cierta indeterminación (con la alusión expresa al artículo 1o.4 del Código Civil) sobre el lugar que ocupan los principios constitucionalizados en las fuentes del

65 Prieto Sanchís, L., "Los valores superiores...", *op. cit.*, nota 61, p. 88.

66 Sentencias del 2 de febrero de 1981, 8 de junio de 1981, 31 de marzo de 1982 y 5 de mayo de 1982, entre otras.

67 Sentencia del 8 de junio de 1981.

68 La fuerza derogatoria (o anulatoria si se trata de leyes posteriores) de los principios (y no sólo de las reglas) contenidos en la Constitución me ha parecido siempre una cuestión clara. Así lo manifesté ya en 1980, en la ponencia presentada a las Jornadas de Estudios organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, "Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia", *El Tribunal Constitucional*, 1981, vol. I, especialmente p. 560. No estoy de acuerdo, pues, en que (por la "generalidad" del principio) la contraposición entre el principio constitucional y la ley anterior obligue a un "juicio" de inconstitucionalidad (sobrevenida) y no de derogación. Se trata de un "juicio" sobre la vigencia y no sobre la validez, y, por lo demás, admitida sin reparos la fuerza derogatoria de los principios "legalizados", no se entiende cómo puede negársela a los principios "constitucionalizados".

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

derecho, indeterminación que, a mi juicio, no ha disipado hasta ahora la jurisprudencia constitucional. Me parece que en este punto late una cierta confusión entre los principios generales del derecho, a los que se refiere el artículo 1o. del Código Civil, y los principios generales constitucionalizados. La doble condición de fuente subsidiaria y de fuente informadora (artículo 1o.4 del Código Civil) es predicable de los principios generales no positivados. En cambio, los principios expresados en la norma constitucional (en los preceptos de la Constitución) no ocupan el nivel del número 4 del artículo 1o. del Código, sino del número 1 de ese mismo artículo (norma escrita). Los principios generales (positivados o no), por su condición de principios, disfrutan, claro está, del carácter de "informadores" del ordenamiento, y ello aunque no lo dijese el Código Civil (pues, si no fuese así, no serían "principios"; de ahí que la condición de fuente subsidiaria se les atribuya , literalmente, en el artículo 1o.4, "sin perjuicio de su —propio— carácter informador"). Ahora bien, cuando el texto constitucional los recoge, además, como es obvio, de conservar su carácter informador, reciben otro carácter más fuerte que el de fuente subsidiaria: se transforman también en fuente normativa inmediata (de ahí que la sentencia diga que esos principios, "en cuanto *forman parte de la Constitución*, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo").

Los principios constitucionalizados ocupan, en las fuentes del derecho, el lugar de la Constitución, simplemente porque son Constitución. El problema, donde se plantea correctamente, no es, pues, en relación con los diversos niveles de las fuentes (su nivel es claro: el del artículo 1o.1 del Código Civil), sino en relación con la distinta *eficacia* jurídica de los preceptos contenidos en una misma fuente (el texto constitucional). Esta precisión resulta necesaria para la adecuada comprensión del asunto, ya que a veces se trasladan, indiscriminadamente, para explicar la eficacia jurídica de nuestros principios constitucionales, concepciones sobre los principios jurídicos (la de Dworkin, por ejemplo), que parten, precisamente, de una situación diferente a la nuestra, como es la de los principios generalmente no positivados en la norma.

En nuestro ordenamiento hemos de partir, en consecuencia, de que existen en el texto constitucional valores, principios y reglas, y de que todos ellos disfrutan de la condición normativa propia de la Constitución, esto es, se encuentran normativizados. Es cierto que los principios gene-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

rales son jurídicos aunque la norma no los exprese, pero no es menos cierto que cuando ello ocurre (cuando se normativizan) adquieren una condición sustancialmente distinta a la que tienen los principios generales no positivados.[69] Ahora bien, para singularizar la eficacia jurídica de los principios constitucionalizados es preciso diferenciarlos de los valores y de las reglas.

4. *Principios, valores y reglas*

La distinción entre valores y principios, por un lado, y reglas, por otro, es cuestión relativamente pacífica. Los principios enuncian cláusulas "generales", y las reglas contienen disposiciones específicas en las que se tipifican supuestos de hecho, con sus correspondientes consecuencias jurídicas.[70] Menos pacífica, sin embargo, es la diferencia entre valores y principios.

R. Dworkin distingue, como se sabe, "fines", "principios", y "reglas".[71] Por lo que se refiere a las "reglas", su idea coincide con la común en la doctrina, a la que antes me he referido. En cambio, por "fines" entiende no sólo valores, sino también, en general, mandatos a los poderes públicos (*policies*), con el inconveniente, a mi juicio, de que pueden trabarse los valores con reglas de atribución competencial. Por ello creo más conveniente utilizar los términos "valores" y "principios", en lugar de "fines" y "principios". Los valores son "fines", por supuesto, pero no toda cláusula que enuncia fines (que establece progra-

69 Utilizo aquí el término "norma" en su significado común de texto escrito, es decir, de disposición normativa escrita, y no en el más correcto de "regla" de derecho (que ni siquiera es "puesta", sino obtenida a través de la interpretación). De ahí que prefiera acudir a la distinción "principios" y "reglas", en lugar de a la más utilizada "principios" y "normas".

70 Es cierto que la distinción no está huérfana de problemas a la hora de su verificación en la práctica. Así podemos encontrarnos con preceptos jurídicos que, a la vez, contengan un enunciado de valor, la formulación de un principio y la determinación de una regla, por ejemplo, el artículo 9o.2 de la Constitución (donde se reiteran los valores de la libertad e igualdad, se expresa el principio de la participación y se faculta a los poderes públicos —regla de habilitación— para actuar "promoviendo", "removiendo" y "facilitando"), en el que no resulta nada sencillo distinguir fines, principios y reglas. Lo que importa es que la diferenciación teórica puede permitir (aunque sea una labor ardua) la distinción.

71 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, 1978, pp. 22 y ss. Hay trad. española, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

mas) es por sí sola una cláusula de valor, sino, muchas veces, una cláusula *al servicio* de un valor. En cuanto a los "principios", Dworkin los concibe como estándares o cláusulas genéricas que enuncian "modos de ser del derecho", es decir, que reflejan la dimensión jurídica de la moralidad.[72] A diferencia de las reglas, que se aplican o no se aplican a un caso, los principios ofrecen argumentos para decidir, pero no obligan, por sí mismos, a la adopción de una única decisión. Los principios, a su vez, se enlazan unos con otros, de suerte que un mismo principio más genérico puede irse concretando en otros específicos o derivados.

Entre nosotros, Pérez Luño acoge la distinción tripartita de valores, principios y normas, diferenciados por su menor o mayor concreción, de tal manera que los principios serían normas de segundo grado respecto de las propias normas, y los valores, a su vez, serían normas de segundo grado respecto de los principios y de tercer grado respecto de las normas. Él lo explica de la siguiente manera:

> Los valores no contienen especificaciones respecto a los supuestos en que deben ser aplicados, ni sobre las consecuencias jurídicas que deben seguirse de su aplicación; constituyen ideas directivas generales que... fundamentan, orientan y limitan críticamente la interpretación y aplicación de toda las restantes normas del ordenamiento jurídico. Los valores forman, por tanto, el *contexto histórico-espiritual* de la interpretación... Los principios, por su parte, entrañan un grado mayor de concreción y especificación que los valores respecto a las situaciones a que pueden ser aplicados y a las consecuencias jurídicas de su aplicación, pero sin ser todavía normas... De otro lado, los principios... reciben su peculiar orientación de sentido de aquellos valores que especifican o concretan. Los valores funcionan, en suma, como metanormas respecto a los principios y como normas de tercer grado respecto a las reglas o disposiciones específicas... De igual modo que los valores tienden a concretarse en principios que explicitan su contenido, los principios, a su vez, se incorporan en disposiciones específicas o casuísticas en las que los supuestos de aplicación y las consecuencias jurídicas se hallan tipificadas en términos de mayor precisión.[73]

72 Es en los principios donde más se refleja la relación, defendida por Dworkin, entre el derecho y la filosofía moral.

73 Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 1984, pp. 291 y 292.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

L. Prieto Sanchís, refiriéndose sólo a los valores (y no a los principios) constitucionalizados, dirá:

> Creo que, en el marco de la argumentación jurisdiccional, los valores superiores no ofrecen por sí solos cobertura suficiente para fundamentar una decisión... Lo que no significa, desde luego, que los valores superiores... carezcan de un alcance normativo... Y ese alcance se manifiesta fundamentalmente, a mi juicio, en el proceso de interpretación jurídica, de modo particular en la interpretación de la propia Constitución. En este sentido, creo que los valores superiores se pueden incluir dentro de la categoría de las normas de segundo grado o normas para la identificación e interpretación de las disposiciones de un sistema; se trata concretamente de normas sobre la interpretación, que tienen por objeto *ayudar a distinguir, de entre los diversos significados posibles de una norma, el significado mejor expresado por la norma que se puede considerar perteneciente al sistema*.[74]

En cuanto a la distinción entre valores y principios, Prieto Sanchís opinará que se cifra en el "diferente grado de concreción".[75]

He preferido transcribir con alguna extensión las posturas doctrinales más significativas[76] acerca de la distinción entre valores y principios para mostrar con mayor claridad lo que, a mi juicio, es patente: la doctrina no nos facilita criterios suficientes sobre esa distinción. García de Enterría parece incluso huir de la distinción incluyendo en la misma categoría de "principios constitucionales" los valores y los principios.[77] Veamos ahora cuál es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin duda alguna, para él, los valores constitucionales poseen eficacia interpretativa: más aún, la Constitución y el resto del ordenamiento han de

74 Prieto Sanchís, L., "Los valores superiores...", *op. cit.*, nota 61, p. 86. La última frase subrayada es la cita textual que el autor toma de N. Bobbio, "Normas primarias y normas secundarias" (1968), *Contribución a la teoría del derecho*, 1980, p. 325. G. Peces-Barba, en su libro *Los valores superiores*, 1985, discrepará de esta postura (que otorga a los valores eficacia sólo interpretativa) y sostendrá que también poseen eficacia directa, aunque en su modo de argumentar me parece que se funden valores y principios.

75 Prieto Sanchís, L., *op. cit.*, nota anterior, p. 86.

76 Además de la de García de Enterría, las de Pérez Luño y Prieto Sanchís me lo parecen en España, y Dworkin constituye, a mi juicio, uno de los mejores ejemplos extranjeros.

77 García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1981, pp. 97-103.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ser interpretados de conformidad con esos valores superiores (propugnados en el artículo 1o.1: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político).[78] No obstante, también se da en esa jurisprudencia una cierta confusión entre valores y principios: el legislador ha de respetar "los principios de libertad, igualdad y pluralismo, como valores fundamentales del Estado".[79] En realidad, lo que no existe es una expresa manifestación del Tribunal acerca de que haya una diferente eficacia de unos y otros. Sin embargo, de manera implícita sí que parece ofrecer algunos datos que permiten obtener esa diferencia.

En efecto, el Tribunal, como ya se dijo, considera que los valores positivados operan como normas de segundo grado, esto es, desplegando efectos meramente interpretativos. Sólo en un caso esa postura parece quebrar, admitiéndose el efecto directo de un valor ni siquiera positivado como tal, y fue en la sentencia 53/1985 (sobre el aborto). La mejor crítica a esa tesis se encuentra en algunos de los votos particulares emitidos en la misma sentencia. Así, en el voto particular del magistrado Tomás y Valiente, se dice:

> No encuentro fundamento jurídico-constitucional, único pertinente, para afirmar, como se hace, que la vida humana "es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional" (F. J. 3) o "un valor fundamental" (F. J. 5) o "un valor central" (F. J. 9). Que el concepto de persona es el soporte y el *prius* lógico de todo derecho me parece evidente y yo así lo sostengo. Pero esta afirmación no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución, donde, por cierto, en su artículo 1o.1 se dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Esos y sólo esos.

El magistrado Díez-Picazo manifestó, en su voto particular, lo siguiente:

> Según mi modesto criterio, la inconstitucionalidad como contradicción de una ley con un mandato de la Constitución debe resultar inmediatamente de un contraste entre los dos textos. Puede admitirse que subsiga a una regla constructiva intermedia que le intérprete establezca. Me parece, en

78 Sentencias ya citadas en la nota 18.
79 Sentencia del 31 de marzo de 1983 (F. J. 6).

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

> cambio, muy difícil una extensión ilimitada o demasiado remota de las reglas constructivas derivadas de la Constitución para afirmar la inconstitucionalidad por la contradicción de la ley enjuiciada con la última de las deducciones constructivas. La cosa es todavía más arriesgada cuando en lo que llamo "deducciones constructivas" hay larvados o manifiestos juicios de valor, porque se puede tener la impresión de que se segrega una segunda línea constitucional, que es muy difícil que opere como un límite del Poder Legislativo, en quien encarna la representación de la soberanía popular.

El voto particular del magistrado Rubio Llorente aún es más explícito acerca de este punto (de la eficacia jurídica de los valores constitucionales), y refiriéndose al argumento central de la sentencia para declarar la inconstitucionalidad de la ley, que es la consideración de la vida humana como "un valor superior del ordenamiento jurídico", dijo:

> Ese modo de razonar no es el propio de un órgano jurisdiccional porque es ajeno, pese al empleo de fraseología jurídica, a todos los métodos conocidos de interpretación. El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos "encarnan", para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente. Los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del Poder Legislativo, representación del pueblo!) que el precepto en modo alguno impone. Por esta vía, es claro que podía el Tribunal Constitucional, contrastando las leyes con los valores abstractos que la Constitución efectivamente proclama (entre los cuales no está, evidentemente, el de la vida, pues la vida es algo más que "un valor jurídico"), invalidar cualquier ley por considerarla incompatible con su propio sentimiento de la libertad, la igualdad, la justicia o el pluralismo político. La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al juez.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

5. *La proyección normativa de los valores y los principios y la distinción entre "impredictibilidad" e "indeterminación"*

Me ha parecido conveniente transcribir, con alguna extensión, el contenido de estos votos particulares porque en ellos se enuncian las bases adecuadas para enfrentarse con el problema del significado de los valores constitucionales, e incluso se apuntan los rasgos que, a mi juicio, perfilan de manera más correcta ese significado.[80] Debe partirse, pues, de la distinción entre valores positivados y no positivados, así como de la diferencia entre eficacia interpretativa y proyección normativa. En el mundo del derecho, los riesgos que comporta la jurisprudencia de valores exigen su cuidadosa utilización, pero no proscripción, por la sencilla razón de que la interpretación valorativa se impone como algo, por evidente, también inexorable.[81] Nuestro propio Código Civil, al determinar, en su artículo 3o.1, que la interpretación jurídica ha de atender, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de la norma, proclama la necesidad de que el intérprete haya de tener presente el valor o los valores que la inspiran. Ese es el lugar de los valores: el de la interpretación de una norma, a la que siempre se anudan. Cuando el valor se encuentra positivado en la Constitución, la consecuencia de esa positivación es doble: en primer lugar, se impone al intérprete (que no puede desconocerlo ni sustituirlo por otro no positivado) y, en segundo lugar, se encuentra dotado de la condición fundamental de la fuente en que se inserta, de tal modo que sólo son admisibles en la interpretación jurídica los valores no positivados en congruencia, pero no en oposición, con él. Ocurre igual que con los principios.

Sin embargo, y a diferencia de los principios, los valores (positivados o no) sólo tienen eficacia interpretativa. Y esa eficacia opera de modo

80 Otra prueba más, dicho sea de paso, de los beneficios que aporta la publicación de las "opiniones disidentes".

81 Me remito a mi trabajo, citado, "La interpretación de la Constitución...", *op. cit.*, nota 51, especialmente pp. 116-131. Por lo demás, y entre una ingente bibliografía que muestra la "evidencia" del fenómeno, basta citar la colección de trabajos publicados en Pizzorusso, A. y Varano, V. (dirs.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, 1985. Esa influencia es hoy clara incluso en un sistema jurídico, tan celoso de su "legalismo", como el francés (véase en dicha obra la contribución de Vita, A. de, "I valori costituzionali come valori giuridici superiori nel sistema francese", t. II, pp. 1161-1230). Véase, también, Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, 1987, en especial las pp. 82-107.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

distinto según que el intérprete sea el legislador (intérprete político de la Constitución) o el juez (intérprete jurídico). Sólo el primero, el legislador, puede, al interpretar la Constitución emanando la ley, "proyectar" (o convertir) el valor en una norma, es decir, crear una norma como proyección de un valor; el juez, por el contrario, no puede efectuar esa misma operación (porque no puede suplantar al legislador en nuestro sistema de derecho), sino únicamente anudar el valor a una norma (para interpretarla) que le viene dada y que él no puede crear.

Los principios jurídicos, por el contrario, además de servir para interpretar normas, también pueden alcanzar "proyección normativa" tanto por obra del legislador como del juez. En este último supuesto (por la actividad judicial) siempre en defecto de norma (fuente subsidiaria), esto es, cuando se precisa, por ausencia de regla concreta, extraer del principio jurídico la regla para el caso. Precisamente porque los valores son exclusivamente fines y los principios, en cambio, prescripciones jurídicas generalísimas, o, si se quiere, fórmulas de derecho fuertemente condensadas que albergan en su seno indicios o gérmenes de reglas, el legislador posee mayor libertad para proyectar normativamente los valores constitucionales que para proyectar normativamente los principios. Los valores que la Constitución enuncia permiten una amplia variedad de conversiones normativas, esto es, de libre creación de reglas, mientras que los principios también enunciados en la Constitución reducen notablemente las posibilidades de su transmutación en reglas en cuanto que sólo caben las que el principio jurídicamente prefigura.

De ahí que el juez, en los supuestos en que se ve obligado (que siempre serán "casos difíciles" porque rara es, en los ordenamientos del presente, la ausencia de regla de derecho) a extraer del principio la regla para el caso, no esté exactamente suplantando al legislador, sino cumpliendo las prescripciones que ese legislador (constituyente u ordinario) dictó; esto es, aplicando el "derecho condensado", que, en forma de principios, se contiene en la propia disposición normativa. La aguda distinción que efectúa J. Stick[82] entre lo "impredictible" (que se corresponde con la libre opción jurídica)[83] y lo "indeterminado" (que se corresponde

82 "Can Nihilism be Pragmatic?", *op. cit*., nota 31, pp. 332 y ss., especialmente pp. 352-360.

83 He preferido traducir muy literalmente y emplear el término "impredictible" en lugar de "impredecible". Este último es quizá más correcto en nuestro idioma, pero me parece menos "significativo" para el empleo que aquí le doy.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

con la discrecionalidad jurídica) para combatir la tesis, siempre recurrente, de que el derecho es infinitamente manipulable, creo que puede servir muy bien para distinguir la diferente posición que en derecho tienen los valores y los principios. Los valores son enunciados que podríamos situar en el campo de la impredictibilidad, en cuanto que su proyección normativa se rige por criterios subjetivos (amplio margen, pues, de libertad) que la oportunidad política suministra. Los principios son enunciados que pertenecerían al campo de la indeterminación, en cuanto que su proyección normativa se rige por criterios objetivos que el propio derecho proporciona.

Entiéndase bien que hablamos de impredictibilidad e indeterminación en cuanto a la capacidad de generación de reglas de derecho, no en lo que se refiere al significado del propio enunciado en sí. Es decir, el valor libertad o el valor igualdad, proclamados, además, por el propio texto constitucional, no son enunciados vacíos que permitan al legislador un número infinito de posibilidades a la hora de transmutarlos en reglas. Los valores, como todos los enunciados constitucionales, imponen límites al legislador. Lo que ocurre es que el margen de libertad que el legislador tiene, sin ser ilimitado, es bastante amplio en lo que toca a la "realización" normativa del valor, y ello no sólo porque sea lo propio de una Constitución que garantiza el pluralismo democrático, sino porque así se desprende del carácter del propio enunciado valorativo: un fin, jurídicamente declarado, por supuesto, pero un fin que no contiene en su enunciación jurídica más elementos de juridicidad que su sola declaración. Posee, pues, forma jurídica externa (su condición de enunciado constitucional), pero carece de estructura jurídica interna (ser, en sí mismo, un concepto jurídico o albergar en su seno elementos jurídicamente significativos). Precisamente por ello su transmutación en reglas supone el ejercicio de una variedad de opciones de política legislativa (que le debe estar vedado al órgano jurisdiccional). En resumidas cuentas, en un Estado democrático esa labor han de desempeñarla en exclusiva los representantes del pueblo (el Parlamento) y no los jueces, que poseen legitimidad para "concretar" el derecho, pero no para crearlo.

Supuesto bien distinto es el de los "principios", cuya "indeterminación" (como antes se dijo de la impredictibilidad en los valores) no reside en su mismo enunciado, claro está, pues el principio constitucionalizado no está indeterminado (cuestión muy otra es, como se sabe, que

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

el enunciado sea, aquí, de carácter abstracto), sino claramente determinado como tal principio; la indeterminación donde reside es en el grado de relación del principio con las reglas en que puede transmutarse. Esas reglas no están "determinadas" por el principio, puesto que tal determinación (ausencia de libre conformación) sólo se da *entre* los distintos tipos de reglas, por la sencilla razón de que sólo la regla (que por serlo es "determinada" y "determinadora") puede contener la determinación de otras reglas derivadas de ella. Las reglas derivadas de un principio están indeterminadas en él, pero son "predictibles" en términos jurídicos. Y son "predictibles" en cuanto que el principio jurídico, como derecho condensado (como enunciado que tiene no sólo forma jurídica externa, sino también estructura jurídica interna), no permite que en su "desarrollo" se dicten o creen cualesquiera tipos de reglas sino sólo aquellas que se comprendan dentro de la variedad "delimitada" que el principio proporciona. Es decir, en la proyección normativa de los principios opera la categoría de la *discrecionalidad* jurídica (y no sólo la discrecionalidad política que utiliza en éste como en otros casos el legislador). De ahí que en este supuesto, esa proyección pueda hacerla el órgano jurisdiccional (al que le es permitido actuar en términos de discrecionalidad jurídica, pero no de discrecionalidad política), y de ahí también que cuando lo hace el legislador vea constreñido (en mayor medida que al proyectar los valores en reglas) el ámbito de su libertad, de su discrecionalidad política, por el control de constitucionalidad que puede comprobar la adecuación de esta (política) discrecionalidad a la otra (jurídica) discrecionalidad. Y todo ello, como hemos repetido, por la "condensación" jurídica que se contiene en los enunciados de principios y que no se contiene, por el contrario, en los enunciados de valores.

En resumidas cuentas, a la hora del afloramiento de las reglas no es lo mismo, pues, "desarrollar" principios que "realizar" valores. En la proyección normativa de los principios puede decirse (como apuntó muy bien Dworkin en frase que más atrás ya se citó) que el derecho "descubre" pero no "inventa". Descubrimiento y no invención porque la regla de derecho se encuentra "indeterminada", pero "predicha" en la formulación del principio. Y esa regla se obtiene, pues, a través de los instrumentos que el propio derecho proporciona, es decir, de las categorías jurídicas encapsuladas o sintetizadas en el principio mismo. Es en la teoría del derecho donde encontramos, de ese modo, el último asidero de la

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

objetividad de esta operación, o, si se quiere, el aseguramiento de que la "discrecionalidad jurídica" no se mude en "discrecionalidad política". Teoría del derecho cuya validez universal puede ser discutible si se acepta, con Larenz, que se trata de un sistema de conceptos "concreto-generales" (utilizando una conocida categoría hegeliana) y no generales abstractos. Pero, al margen de ello, lo que sí me parece indiscutible es que, cuando ese derecho es la Constitución, la teoría sobre el mismo sólo puede serlo "general-particularizada", es decir, como teoría general de una específica forma jurídica (la de la Constitución democrática) "porque justamente es dentro de esa especificidad donde cabe el uso 'comprensivo' de los términos comunes, es decir, el empleo válido de categorías generales".[84]

6. *Contenido y eficacia del principio democrático como principio general del ordenamiento*

A. *La democracia como principio jurídico*

La inclusión de la democracia en el contenido de la Constitución obliga a dotar al término "democracia" de significado jurídico, y ello aun en el caso de que, como tal término, no pareciese formalizado en la norma constitucional. De la misma manera que el federalismo, o el carácter representativo del poder, o la forma parlamentaria de gobierno, por poner algunos ejemplos, son predicables de una Constitución en la medida en que ésta adopte determinados contenidos (o más bien acoja determinadas estructuras) independientemente de que también formalice o no la correspondiente "denominación", el carácter democrático se deriva de un texto constitucional cuando éste cumple determinados requisitos, aunque la palabra "democracia" no apareciese, literalmente, en ese texto. Y, en todos estos casos, la ausencia "literal" de los términos (federalismo, representación, parlamentarismo o democracia) no los dejaría vacíos de significado jurídico constitucional. Serían elementos indispensables para la comprensión e interpretación de la Constitución

84 Así lo expreso en "El control como elemento...", *op. cit.*, nota 1, p. 17. Sobre el papel de la teoría de la Constitución en la interpretación constitucional, me remito a mi otro trabajo, "La interpretación de la Constitución...", *op. cit.*, nota 51, especialmente pp. 123-130.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

como cuerpo de derecho. Es decir, serían términos jurídicamente relevantes.[85]

De todos modos, ese no es, sin embargo, nuestro caso, pues la Constitución recoge expresamente el término "democracia" a la hora de definir la forma de Estado: "España se constituye en un Estado social y *democrático* de Derecho..." (artículo 1o.1). Se trata, pues, de un enunciado constitucionalmente formalizado, lo que significa que no sólo tiene relevancia para el derecho (por lo que antes se dijo), sino que "es" derecho positivo, como lo es todo precepto constitucional. El problema reside entonces en dilucidar no ya la condición (que me parece mejor expresión que "la naturaleza") jurídica del término, sino su carácter, esto es, el tipo de prescripción en que consiste el enunciado "España se constituye en un Estado... democrático".

Las disposiciones constitucionales se presentan como prescripciones de valores, principios o reglas. A mi juicio,[86] los valores, en sentido estricto, no pueden ser más que materiales (fines en sí mismos y no medios para otro fin); de ahí que de los cuatro valores superiores que la Constitución, en su artículo 1o., proclama sólo sean auténticos valores la libertad y la igualdad; la justicia, más que un valor, es una condición del Estado de derecho, y el pluralismo es sólo una situación que se hace posible por la realización de aquellos dos valores, además de una muy concreta caracterización de la democracia. Realmente, justicia y pluralismo pertenecen, pues, más al campo de los principios que de los valores.[87]

Las reglas (completas o incompletas), ya sean materiales o estructurales, poseen una conformación típica y bien conocida[88] que impide consi-

85 El problema, por lo demás, es común y perfectamente conocido en la ciencia jurídica. El derecho opera con categorías que se desprenden del contenido de la norma y no sólo de su mera denominación por ella.

86 La idea está más desarrollada en "El control como elemento...", *op. cit.*, nota 1, especialmente pp. 49-52.

87 De todos modos, y dada la dicción del propio artículo 1o.1 de la Constitución, si se admite que el "pluralismo" es un valor habrá que entenderlo como valor "procedimental" y no como valor "material". Acerca de la relación entre principios y valores en el artículo 1o.1 de la Constitución, véase Parejo Alfonso, L., *Estado social y administración pública*, 1983, pp. 41-73.

88 No viene al caso extenderse sobre la configuración de los enunciados de reglas; sólo quizá señalar que en las reglas incompletamente enunciadas no se rompe por entero la cadena "supuesto de hecho y consecuencia jurídica" por razón de la delegación o del reenvío necesario para la configuración final de ambos extremos.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

derar como tal regla el enunciado "España se constituye en un Estado democrático". Me parece que ese enunciado encierra, pues, no un valor o una regla, sino exactamente un principio. Un principio que no se "propugna" (como los valores) para que el ordenamiento lo realice (como fin), sino que "es" del ordenamiento, que lo cualifica, esto es, que caracteriza al Estado constitucional y, por lo mismo, a la totalidad de su derecho.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de considerar a la democracia como principio general de la Constitución (y, por ello, general-fundamental del ordenamiento) son de extraordinaria relevancia. Sin embargo, antes de entrar en esa cuestión ha de intentarse despejar otra: la del contenido del propio principio democrático como principio general.

B. *El contenido del principio democrático*

Los principios jurídicos, al igual que las reglas, pueden clasificarse en materiales y estructurales, y estos últimos, a su vez, en procedimentales y organizativos. Así, por ejemplo, principio material es el de la responsabilidad de los poderes públicos, y principios estructurales los de jerarquía normativa (organizativo) y publicidad de las normas (procedimental). Ahora bien, característica muy singular del principio democrático (derivada de su carácter medular o nuclear, es decir, definitorio de la forma del Estado) es que contenga en sí mismo la doble capacidad de operar como principio material y como principio estructural, o, mejor dicho, que posea ambas dimensiones. De tal manera que esa doble capacidad es la que mejor define su carácter de principio vertebral de la Constitución (lo que no ocurriría exactamente si fuese sólo un principio de dimensión material o un principio de dimensión estructural). Como puede notarse, esta postura (que sustento) está conectada con la idea de la complementariedad (y no exclusión mutua) de la democracia sutantiva y la democracia procedimental.[89]

Al mismo tiempo, y también por el propio carácter central o nuclear de la democracia como principio constitucional, su mero enunciado sólo es capaz de albergar un contenido excesivamente general, incapaz, por

89 Sobre esa cuestión y sobre la polémica entre la Constitución como norma abierta y la Constitución como sistema material de valores, me remito a lo que digo en "El control como elemento...", *op. cit.*, nota 1, especialmente pp. 37-46.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

sí mismo, de servir como categoría jurídicamente operativa. Esa es una consecuencia propia de los principios generales, que mientras más generales, más abstractos son. La democracia es el principio más fundamental (por calificador de la forma del Estado) de los principios generales, y ello quiere decir también el más general de todos. De ahí se deriva (y no sólo de la tan repetida y tópica multivocidad del término) su carácter sumamente abstracto, necesitado, para "intervenir" en el ordenamiento, de ciertas conexiones. Pero tales conexiones no tienen por objeto buscar "adjetivos" a la democracia (idea que me parece bastante criticable), sino situar el principio en los distintos niveles o momentos en que jurídicamente opera, así como indagar la dimensión o dimensiones del principio que en cada uno de esos momentos se despliegan.

Para ese cometido creo que puede ser útil la siempre fértil distinción de Heller entre poder *sobre*, *de* y *en* la organización. El principio democrático en su significación más general, a la que antes se aludía, posee un contenido dotado de un alto grado (inevitable) de abstracción: la titularidad popular del poder. Ese contenido se concreta en los distintos niveles en que el poder se ejercita. Y así tendríamos, en primer lugar, que examinar el principio democrático como principio *sobre* la Constitución. En ese nivel la democracia, simplemente, no puede operar como principio jurídico. No hay derecho fuera del derecho. La democracia al margen del ordenamiento puede ser principio político, nunca principio jurídico. La pretensión de la Constitución es, precisamente, la de juridificar la democracia, la de unir democracia y Estado de derecho. Sobre todo ello ya se trató con extensión en el capítulo anterior de este trabajo. Sólo queda repetir que nuestra Constitución no es disponible, jurídicamente, más que a través de los procedimientos en ella previstos para su revisión. El principio democrático, fuera de la Constitución, no tiene forma ni contenido jurídicos, es decir, no cabe oponer, en buena teoría constitucional, democracia a derecho.[90]

90 Que no hay derechos sobre la Constitución significa no sólo oponerse a construcciones teóricas como las de Mortati (Constitución en sentido material) o de Schmitt (poder constituyente con capacidad de operar al margen de la Constitución misma en casos de excepción, lo que supone la asunción pura y simple del principio monárquico), sino también a cualquier intento de hacer valer el "derecho natural" por encima de la Constitución (como fue el caso, parece que hoy ya superado, de la sentencia del 18 de diciembre de 1953 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, postura muy correctamente criticada por Hesse en Benda-Maihofer-Vogel, "Das Grundgesetz in der Entwiklung; Aufgabe un Funktion", *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1983, p. 16; o de la co-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

La democracia como principio jurídico *de* la Constitución lo que significa es la juridificación del poder constituyente, de la soberanía, o, lo que es igual, la atribución jurídica al pueblo de la capacidad de disponer de la Constitución misma, sin límite material alguno (artículos 1o., 2o. y 168 de la Constitución). Aquí el principio democrático tiene, por supuesto, contenido jurídico, pero no material, sino sólo y exclusivamente procedimental. Opera, pues, como fuente de validez, pero no de legitimidad. Sobre esta cuestión ya se trató también anteriormente, y a lo dicho allí me remito.

Es en la democracia como principio jurídico *en* la Constitución donde tal principio despliega todas sus dimensiones (o, si se quiere, su doble contenido material y estructural). El contenido del principio democrático aparece configurado aquí por la Constitución misma, es decir, por la idea de democracia que la Constitución proclama para su propia realización. El principio democrático no es ya el mero principio de validez de la Constitución, sino el principio de su legitimidad, y ello significa, por un lado, el soporte de la propia validez constitucional (que es allí y no en la norma hipotética fundamental kelseniana donde hay que buscarlo) y, por otro, el núcleo de comprensión de todo el texto constitucional y la directriz del ordenamiento en su conjunto. No es en el artículo 1o.2 de la Constitución donde se encuentra formulado este principio, sino, exactamente, en el artículo 1o.1, dicho con otras palabras, es el artículo 1o.1 el que dota de un determinado contenido al principio democrático *en* la Constitución.

No es objeto de este trabajo analizar el despliegue normativo que tal principio en la misma Constitución alcanza, es decir, su concreción en las propias reglas constitucionales, en las que se proyecta tanto la dimensión material del principio (derechos fundamentales) como su dimensión estructural, ya sea organizativa o procedimental (división de poderes, composición y elección de órganos representativos, etcétera.) Pretendo, como ya anticipé en el inicio de este trabajo, estudiar el "principio" y no las "reglas" de la democracia en la Constitución. El estudio de éstas desbordaría inevitablemente el objetivo preciso de la indagación

rriente jurisprudencial, hoy también parece que superada, del Tribunal Supremo norteamericano en una determinada época; véase Corwin, "The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law", *Harvard Law Review*, 1928-1929).

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

que aquí se intenta realizar. Sin embargo, aunque sea como un *excursus*, quiero dejar patente mi opinión de que la opción de la norma constitucional en favor de la democracia representativa, como proyección del principio democrático, no desvirtúa a este principio, sino que lo confirma. Ya en el apartado anterior adelanté mi criterio acerca de las debilidades teóricas que pueden esconderse bajo la idea de la democracia como identidad. Y ello no sólo porque la democracia como identidad parta de un auténtico sofisma (el de la unidad de la voluntad popular como un supuesto del que el derecho parte, no como el resultado de la composición plural que por el derecho se obtiene) o porque su desenvolvimiento se deslice inevitablemente por la vía de la "adhesión" e incluso de la "aclamación", que era, para Schmitt, la "mejor" y más "auténtica" expresión de esa democracia,[91] sino, sobre todo, porque la propia realidad desmiente el supuesto "plusvalor" de la democracia directa como la democracia *en* la Constitución, es decir, como modo de organización del Estado. La tópica contraposición entre la democracia directa (como democracia auténtica) y la democracia representativa (como defectuosa democracia) no puede salvarse acudiendo al también tópico expediente de razonar que una cosa es el ideal, la teoría, y otra la práctica, y que la mala o defectuosa realización práctica no puede refutar la teoría. Como ha expuesto muy bien Böckenförde,[92] no cabe lícitamente separar de esa manera la teoría de la práctica, pues una teoría que no asuma y no reelabore conceptualmente la observación y la experiencia de la realidad y de los procesos de "realización", sino que, por el contrario, se limite a construir afirmaciones inatacables y no experimentadas sobre la base de premisas generalísimas, es simplemente una mala teoría. Una teoría de la democracia en la que concepto y realidad no se separen lleva a la conclusión (y ahí es tajante Böckenförde) de que no puede hablarse de una primacía o de un "plusvalor democrático" de la democracia directa frente a la representativa indirecta, sino, por el contrario, de que esta última, esto es, la representativa, constituye la forma propia de la democracia, sobre todo, a mi juicio, de la democracia como modo de ejercicio del poder "constituido".[93]

91 Schmitt, *Teoría de la Constitución, cit.*, nota 15, p. 282.

92 *Demokratie und Repräsentation..., cit.*, nota 18.

93 Que hoy la democracia representativa sea, sobre todo, una democracia de partidos no invalida cuanto acaba de decirse; significa sólo que la democracia representativa del presente es distinta a la del pasado, con las consiguientes transformaciones en el

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Volviendo nuevamente al examen de la democracia como principio jurídico, y no como el conjunto de reglas de derecho en que ese principio se proyecta, decía antes que en el principio democrático *en* la Constitución se contienen tanto la dimensión material como la organizativa y procedimental. Tales dimensiones van unidas cuando el principio opera como principio global o general de la Constitución y del resto del ordenamiento, nivel en el que no cabe superar medios y fines, es decir, democracia instrumental y democracia sustantiva, precisamente porque ahí la democracia constituye el principio de legitimación del Estado y del derecho. La dimensión material de la democracia incluye, inexorablemente, los dos valores materiales que la Constitución proclama (libertad e igualdad) sin cuya realización (siempre inacabada y siempre en tensión, pero que siempre también ha de ser "pretendida") no alcanzan efectividad las garantías procedimentales u organizativas, o, si se quiere, la dimensión estructural de la democracia.[94] Es también, en su consideración como principio global, donde tampoco cabe disociar los términos Estado social, democrático y de derecho, fórmula definitoria[95] compuesta por elementos interrelacionados y que exige, pues, una interpretación sistemática o integradora.[96] Del mismo modo, la dimensión estructural del principio democrático incluye al pluralismo, que no es exactamente valor material, sino procedimental o, más exactamente, principio de un orden (en el que se realicen la igualdad y la libertad) que el derecho debe respetar; esto es, situación que deriva de la democracia en sentido material y que ha de garantizarse por la democracia en sentido estructural. Lo que nuestra Constitución llama "valor" justicia, cuyo contenido

fenómeno de la representación política; esos cambios no producen, por comparación, una mayor "valoración" para la democracia directa. Véanse García-Pelayo, M., *El Estado de partidos*, 1986, pp. 73-133, y Rubio Llorente, F., "El Parlamento y la representación política", *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, 1985, vol. I, pp. 145-170.

94 Me parece que en ese entendimiento es donde cabría encontrar algún sentido teórico al término algo inconcreto de "sociedad democrática avanzada" que se utiliza en el preámbulo de la Constitución.

95 Véase Solozábal, J. J., "Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985.

96 Véase Jiménez Campo, J., "Estado social y democrático de derecho", *Diccionario de sistema político español*, 1984, pp. 274-282. Y, sobre todo, Garrorena Morales, A., *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, 1980, especialmente pp. 149-168.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

(como valor) es muy difícil de determinar, más que con la democracia parece enlazar con el concepto de Estado de derecho.

En la consideración integrada del apartado 1 del artículo 1o. de la Constitución, en la que el principio democrático encierra las diversas facetas, o dimensiones que lo caracterizan, reside, pues, el contenido de la democracia como principio legitimador de la Constitución y, por ello, como principio general del ordenamiento todo. Operando de esa manera global, como principio de legitimación, lo hace con su total contenido, es decir, sin que puedan disociarse sus dimensiones material y estructural, cuestión que ya se trató anteriormente, y que no hace falta ahora repetir.

En cambio, el principio democrático también se presenta como principio general-sectorial, es decir, como principio específico de algunos sectores del derecho, reguladores de órganos y procedimientos. Califica entonces no a la totalidad del Estado o del derecho, sino sólo a determinadas instituciones cuya composición y funcionamiento la Constitución ordena que sean democráticos. En dicho nivel no se manifiesta la dimensión material de la democracia, sino sólo la estructural. El principio democrático aparece en esos casos como principio organizativo y procedimental, enlazado inmediatamente con el pluralismo, pero no necesariamente con la igualdad y la libertad como valores. Es decir, sin perjuicio de que en esos sectores (como en todos) se proyecte el principio democrático como principio general del ordenamiento (que ello es claro) y, por lo mismo, dotado de su completo contenido, ocurre que también puede manifestarse en su sola dimensión estructural, separada, ahí, de la faceta material del principio. El problema no es tan complejo como a primera vista pudiera parecer; lo que ocurre es que adquiere más claridad si se sitúa en el mejor lugar para intentar resolverlo, que no es el del contenido (donde sólo cabía enunciarlo), sino el de la eficacia jurídica del principio.

C. *La eficacia jurídica del principio democrático*

a. Como principio general-global

Posee, por supuesto, eficacia interpretativa. Sobre ello no hay duda. Ahora bien, su proyección normativa corresponde al legislador y no al juez, dada la dimensión material (inclusión de los *valores* libertad e

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

igualdad) que comporta. El juez no puede extraer del principio democrático (operado, insistimos, como principio general-global, o como principio legitimador de todo el ordenamiento), inmediatamente, la regla para el caso (en ausencia de reglas, se entiende) por la razón de que no puede proyectar normativamente los valores materiales. Y el Tribunal Constitucional tampoco puede hacerlo, es decir, crear la regla en ausencia de ella o crear la regla para declarar la inconstitucionalidad de la regla creada por el legislador.

b. Como principio general-sectorial

También está fuera de duda su eficacia interpretativa; lo que ocurre es que el principio democrático como principio general-sectorial ha de ser, a su vez, interpretado a la luz del principio democrático en su significado general-global. No se trata de una subordinación entre principios, sino de una relación lógica que imponen la unidad del ordenamiento y el carácter nuclear que el último significado desempeña.

Su proyección normativa corresponde, por supuesto, al legislador, pero también puede (en caso de laguna) corresponder al juez. En la medida en que no incluye valores materiales (el pluralismo no lo es, e incluso resulta discutible que sea, estrictamente, valor, aunque la Constitución lo diga, ya que los valores procedimentales son más principios que valores) es capaz de desplegar su eficacia como puro principio jurídico, esto es, ser fuente interpretativa y fuente subsidiaria, pudiendo la jurisdicción extraer inmediatamente de él la regla para el caso (en los supuestos, repetimos, en que no la hubiese creado el legislador). El Tribunal Constitucional puede igualmente extraer del principio la regla para el caso, tanto para resolverlo cuando aquélla no existiera, como para contrastar la constitucionalidad de una regla creada por el legislador. En resumidas cuentas, el principio constitucional goza aquí, por sí mismo (y no en relación con reglas de la Constitución), de plena eficacia anulatoria de leyes (o derogatoria si éstas son anteriores a la Constitución).

Esa es la doctrina que justamente se encierra en la sentencia 32/1985 del Tribunal Constitucional.[97] En ella se reconoce (F. J. 2) "que no hay

97 Resolviendo un recurso de amparo interpuesto por diversos concejales del Ayuntamiento de La Guardia (Pontevedra) contra el Acuerdo del Pleno de ese Ayuntamiento que excluía a los concejales de la oposición en la composición de las comisiones informativas.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ningún precepto constitucional que expresamente establezca cuál haya de ser la composición de las comisiones informativas municipales, materia que tampoco ha sido regulada por el legislador preconstitucional"; y se afirma (F. J. 2):

> ...que la inclusión del pluralismo político como valor jurídico fundamental (artículo 1o.1, CE) y la consagración constitucional de los partidos políticos... dotan de relevancia jurídica (y no sólo política) a la adscripción política de los representantes y que, en consecuencia, esa adscripción no puede ser ignorada, ni por las normas infraconstitucionales que regulen la estructura interna del órgano en que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo, en las decisiones que adopte en ejercicio de la facultad de organización que es consecuencia de su autonomía. Esas decisiones que son, por definición, decisiones de la mayoría, no pueden ignorar lo que en este momento, sin mayor precisión, podemos llamar derechos de las minorías. Siendo ello así, la composición no proporcional de las Comisiones informativas resulta constitucionalmente inaceptable.

La regla que se extrae del principio del pluralismo democrático (de ahí deriva, más que del sólo reconocimiento constitucional de los partidos) es clara: las comisiones informativas "deben reproducir, en cuanto sea posible, la estructura política [del Pleno]" (F. J. 2).

c. En el ámbito de las organizaciones no públicas

La Constitución dota de relevancia, pero no de naturaleza, pública a determinadas organizaciones en razón del papel fundamental político o social que desempeñan (partidos, sindicatos, colegios y organizaciones profesionales), y por ello impone que "su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos" (artículos 6o., 7o., 36 y 52). Me parece claro que para el derecho de tales organizaciones rige el principio democrático en su dimensión estructural, pero no en su dimensión material. Y no sólo por la dicción literal de los preceptos ya aludidos y porque la Constitución no proscribe ideologías (no ilegaliza fines contrarios a los proclamados por la Constitución y auspiciados por individuos o por grupos),[98] sino también porque la dimensión material (los valores a

98 Comparto la opinión de I. de Otto (*Defensa de la Constitución*..., *cit.*, nota 37, pp. 29-45), y J. Jiménez Campo ("La intervención estatal del pluralismo", *op. cit.*, nota 39, p. 173).

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

realizar) del principio democrático se impone a los órganos públicos (al Estado), pero no a los particulares. Es en el ámbito del derecho público donde se exige la realización de la libertad y la igualdad (otra cosa distinta es la debatida eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, ya que ahí se trata de la eficacia de normas materiales y no de la eficacia directa de los propios valores que esas normas encarnan), pero no en el ámbito del derecho privado, donde el principio democrático que allí se traslade sólo puede albergar la dimensión estructural de su contenido.

K. Doehring llega a afirmar que "la democratización en el ámbito de la configuración social, impuesta por el Estado, transporta de modo inaceptable a la esfera de la libertad del ciudadano un modelo que es inexcusable en la configuración de la voluntad política dentro de ese Estado".[99] Esta afirmación puede compartirse, pero sólo en la medida en que se entienda referida a la dimensión material de la democracia, ya que parece correcto, en cambio, que el derecho pueda imponer una organización y unos procedimientos democráticos a ciertas entidades no públicas, pero dotadas de un alto grado de relevancia para el orden social o político.

III. El principio democrático y la reconstrucción teórica del derecho público

Sobre el principio democrático existe una bibliografía de considerable valor,[100] donde se examina no sólo la eficacia jurídica de ese principio, sino también su relevancia teórica para la comprensión de determinadas categorías de la ciencia del derecho (muy particularmente, como es claro, del derecho público).[101] Sin embargo, me parece que aún no se ha

99 Doehring, K., *Sozialstaat, Rechtsstaat und Freinheitlich-Demokratische Grudornung*, 1978, se cita de la traducción española "Estado social, Estado de derecho y orden democrático", en varios autores, *El Estado social*, 1986, p. 153.

100 Para una referencia a los títulos selectos, basta con citar los que Hesse reproduce en la nota 1 de la p. 50 de su *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14a. ed., títulos en los que ha de incluirse el propio y admirable capítulo que a la democracia se dedica en ese mismo libro (pp. 50-72).

101 En este último sentido hay que destacar, por ejemplo, el importante papel que el principio democrático desempeña, para la caracterización de las fuentes del derecho, en la obra de Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, 1984, especialmente en las primeras 86 páginas.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

reparado suficientemente en la magnitud del giro teórico que impone la consideración del principio democrático como eje central del Estado constitucional de nuestro tiempo. No es este trabajo, por supuesto, el lugar para acometer una tarea de ese tipo, que además excedería, muy probablemente, las fuerzas de su autor. Me limitaré, pues, a señalar brevemente algunas de las consecuencias teóricas que, para ciertas categorías o instituciones del derecho público (que elijo sólo a título de muestra) se derivan de la condición nuclear del principio democrático.

En primer lugar, para el mismo *concepto de Constitución*, ya que el principio democrático facilita la base más sólida en la que cimentar su condición jurídica y su peculiar significado en el sistema de las fuentes del derecho. La distinción entre la validez y la legitimidad democrática de la Constitución permite "comprender" jurídicamente la categoría, central, de la soberanía popular, así como las relaciones entre poder constituyente y poder de revisión constitucional. Sobre ello ya me extendí en apartados anteriores de este trabajo. También el principio democrático obliga a considerar el control como punto de conexión entre las garantías materiales y procesales de la democracia que la Constitución establece y, en consecuencia, entender que "el control" es "elemento inseparable del concepto de Constitución".[102] En fin, el principio democrático es el único capaz de hacer "valer" la existencia de una teoría general de la Constitución, en el sentido de general-particularizada (única teoría dotada de categorías jurídicamente "válidas"); esto es, en el sentido de teoría de la Constitución democrática, asunto al que ya he aludido alguna vez en las páginas que preceden. En resumidas cuentas, la "positivación" de la democracia supone la vía correcta para revisar la teoría constitucional del positivismo jurídico desde la misma positividad, esto es, sin salirse de los propios instrumentos que el derecho proporciona. Por este camino (por el mismo y viejo camino hegeliano en el que el fruto refuta a la flor) es factible, en fin, colocar el principio democrático en el lugar en que la teoría clásica del derecho público colocó al principio monárquico, desplazamiento que todavía, por la inercia de las categorías tradicionales, no se ha llevado a cabo enteramente.

También *el significado y atribuciones del Tribunal Constitucional* deben examinarse a la luz del principio democrático, lo que impide, por

102 Ese es el título precisamente del trabajo que dediqué a estudiar ese problema, "El control como elemento...", *op. cit.*, nota 1

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ejemplo, a mi juicio, considerar al Tribunal como "comisionado del poder constituyente", categoría en sí misma poco compatible con las exigencias del Estado democrático en cuanto que ser comisionado del poder constituyente significa poder actuar "como el poder constituyente", "en su propio nombre", para seguir realizando la labor constituyente, es decir, completando la que aquel poder dejó inacabada. No hay, creo, en la Constitución democrática, "comisionados del poder constituyente"; ni siquiera lo es el legislador. Lo que hay son órganos constitucionales que poseen las atribuciones que la Constitución les otorga. Es cierto que a veces se emplea el término "comisionado del poder constituyente" en sentido más restringido; así, García de Enterría, cuando expresa que el Tribunal es "un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos".[103] Sin embargo, aun así, reducido muy correctamente su papel de "comisionado" a preservar la Constitución, no me parece conveniente la utilización del término; en primer lugar, porque ese papel ya no sería el de un genuino comisionado, en segundo lugar, porque el Tribunal es también poder constituido (como los demás) que tiene un "cometido", por supuesto, pero que, como órgano constitucional, no actúa "por comisión", y en tercer y último lugar porque el término se presta a una exorbitancia de funciones del Tribunal que no es conveniente ni correcta. Nuevamente tropezamos con la vieja teoría del principio monárquico: el "fondo de poder" se predicaba entonces del monarca y ahora del Tribunal. El principio democrático obliga a considerar al órgano representativo del pueblo; esto es, al legislador, como único poder constituido capaz de "realizar" normativamente la Constitución; es decir, con atribuciones para completar mediante normas jurídicas las partes que el constituyente dejó inacabadas, para rellenar, mediante la ley, las lagunas que en la Constitución existan; para optar, en suma, de acuerdo con las ideas que en cada momento obtengan el apoyo mayoritario del pueblo, por las políticas legislativas que el constituyente dejó perfectamente abiertas (apertura sin la cual el pluralismo carecería de sentido).

El riesgo de la exorbitancia me parece bastante real, y por ello también muy necesario insistir en la corrección y prevención contra ese

103 García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *cit.*, nota 77, p. 198.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

riesgo que el principio democrático proporciona. Riesgo que a veces fomenta la propia inactividad del legislador,[104] pero que a veces también se desprende de un cierto "activismo" del Tribunal. Así, por ejemplo, es de notar la transformación que, a mi juicio, se ha operado en la jurisprudencia constitucional acerca del papel del legislador en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. En las sentencias 5, 6 y 11 de 1981 (entre otras) se reconocía "la amplísima libertad que la Constitución deja en este punto al legislador... limitado sólo por la necesidad de respetar el contenido esencial del derecho"; se decía que "en uso de esa libertad, el legislador..."; o que

> ...corresponde... al legislador... que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones del ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pasen más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53 (contenido esencial).

Aquí se manifestaba, a mi juicio, una buena doctrina, que, muy respetuosa con las prescripciones constitucionales, también respetaba la posición que nuestra Constitución democrática pluralista otorga al legislador.

Sin embargo, esa doctrina sufrió alguna transformación en las sentencias 53/1985 (sobre la Ley del Aborto) y 26/1987 (sobre la Ley de Reforma Universitaria), en las que el Tribunal, en mi opinión, sustituye indebidamente al legislador y aquella "amplísima libertad" ("delimitada" por la Constitución) que antes se le reconocía queda sustancialmente reducida por el arbitrio del Tribunal. Ya me referí anteriormente a la crítica contenida en algunos de los votos particulares de la primera de las dos sentencias, en los que se señalaba la extralimitación de funciones de la jurisdicción constitucional que esa doctrina comporta. Crítica (con la que estoy de acuerdo) nuevamente reiterada en el voto particular a la segunda de las sentencias formulado por el magistrado Rubio Llorente (y al que se adhiere el magistrado Díaz Eimil): "Mi discordancia frente a la mayoría nace de un entendimiento estricto de mi función como Magis-

104 Que me parece el caso de la excesiva carga "configuradora" de la forma territorial del Estado que se hace descansar sobre las espaldas del Tribunal, a lo que me he referido en mi trabajo "¿Estado jurisdiccional autonómico?", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 16, 1986.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

trado de este Tribunal, que ha de juzgar sobre la compatibilidad de la ley con la Constitución, sin sustituir por el propio el criterio del legislador en cuanto a la bondad u oportunidad de las medidas adoptadas". Para evitar un excesivo activismo judicial muy poco compatible con el principio democrático es de esperar que reaparezca en la jurisprudencia constitucional sobre esta materia (derechos fundamentales) la saludable concepción anterior.

Otro ejemplo de los riesgos que se encierran en la noción de "comisionado del poder constituyente" puede detectarse, a mi juicio, en la afirmación hecha por el tribunal de que solamente él (y no el legislador) está facultado para efectuar interpretaciones "generales" de la Constitución. Esa fue, como se sabe, una de las decisiones contenidas en la sentencia 76/1983 (sobre la LOAPA), justamente criticada, en este punto, por P. Cruz Villalón[105] con razones que esencialmente comparto. El Tribunal Constitucional no es el único, sino el supremo intérprete jurídico de la Constitución. Su único (aquí sí) intérprete político es el legislador, y a esa interpretación puede imponerse la del Tribunal, porque aquélla sea jurídicamente incorrecta, no porque sea materialmente amplia. El legislador no es poder constituyente, pero el Tribunal tampoco. La diferencia estriba en que precisamente es el legislador (y no el Tribunal) el poder constituido llamado a proyectar (que no es exactamente desarrollar) legislativamente la Constitución. Si cada vez que emana una ley el legislador interpreta la Constitución, el artificio de que lo que le está permitido de modo particular le está vedado, en cambio, de modo general, resulta basante inconsistente, máxime cuando esa decisión general del legislador presente no puede imponerse al legislador futuro y cuando resulta que la interpretación general (como las particulares) del legislador está sometida al control del Tribunal como supremo intérprete. En el fondo, otra vez se agazapa el principio monárquico: un poder constituyente "latente", entre el poder constituyente formalizado y los poderes constituidos. O con expresión más gráfica: arriba el poder constituyente, abajo los poderes constituidos y en medio (como "comisionado" o "representante en la tierra" —esto es, en el ordenamiento— del poder constituyente) el Tribunal Constitucional. La mejor defensa del Tribunal Constitucional (como institución "crucial" del Estado de derecho, que

105 "¿Reserva de Constitución?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

es una idea con la que estoy enteramente de acuerdo, y a la que creo haber dedicado buena parte de mi actividad intelectual) reside en sostener que su función es la de garante de la Constitución como norma y no la de albacea del poder constituyente como voluntad.

De ahí la corrección de su doctrina en uno de los asuntos más polémicos que ha debido resolver: el del recurso contra la Ley Orgánica del Poder Judicial (sentencia 108/1986). Cuando de la Constitución no se deduce con claridad la regla, vale siempre la del legislador. Es éste y no el Tribunal el que está legitimado para adoptar la decisión que el constituyente no quiso tomar. El Tribunal sólo declara la inconstitucionalidad de la ley cuando su contradicción con la Constitución es clara. Cuando tal claridad no existe, hay que presumir la "constitucionalidad" del legislador. Y ello significa la aplicación de esa máxima esencial en la jurisdicción constitucional: *in dubio pro legislatore*, que no es sólo una exigencia de la técnica jurídica, sino también, y sobre todo, una consecuencia del principio democrático.

Es el principio democrático, con el contenido que más atrás se ha examinado, asimismo, una pieza clave para reexaminar el *concepto de ley*, el que explica que la ley no es desarrollo de la Constitución (como el reglamento sí lo es de la ley) y el que conduce a entender que la ley, si bien ya no es fuente primaria (que lo es la Constitución), sigue siendo, no obstante, la fuente "primordial" del ordenamiento,[106] esto es, la norma de derecho que, bajo la Constitución, se ocupa de configurar general e inmediatamente las relaciones jurídicas en el seno de una sociedad. Esto no significa "relegar" a la Constitución, pero sí "revalorizar" la ley como derecho de emanación democrática. Y, en ese sentido, el viejo concepto de *reserva de ley*, elaborado a partir del principio monárquico, precisa de una nueva fundamentación. La reserva de ley en sentido estricto, esto es, de ley del Parlamento (frente a las disposiciones del gobierno con fuerza de ley, no sólo frente al reglamento), no puede entenderse hoy como un medio de asegurar al único poder representativo (el Parlamento) la normación de determinadas materias para hacerlas inmunes a la acción normadora del monarca (poder no representativo). Aquella construcción se basaba, pues, en la contraposición entre democracia (Parlamento) y autocracia (monarca), o, si se quiere, en la bipola-

106 Para una buena defensa "constitucional" de la ley, véase Díez-Picazo, L., "Constitución. Ley. Juez", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ridad principio democrático-principio monárquico. Hoy, como se decía, no puede ser ésta la sustentación teórica de la reserva, pues ni el monarca tiene poder normador ni el gobierno, titular actual del Ejecutivo, es de naturaleza autocrática, sino también representativa, ya sea directa en los regímenes presidencialistas o indirectamente en los parlamentarios.[107] En nuestro Estado constitucional es cierto que los representantes directos de la voluntad popular son los parlamentarios y no el gobierno, pero no cabe negar que éste también emana de la voluntad popular.

En esos términos, la reserva de ley tendría un débil fundamento si sólo se sostuviese en la contraposición entre órgano de representación popular directa (Cortes) y órgano de representación popular indirecta (gobierno). Entendida la democracia como democracia pluralista, el Parlamento como órgano de representación de *todo* el pueblo y el gobierno sólo como órgano de representación de la mayoría, la reserva a la ley de determinadas materias no significa sólo la reserva al órgano más (directamente) democrático, sino también al órgano que por contener la representación de la pluralidad de opciones políticas permite que todas ellas (y no sólo la opción mayoritaria) participen en la elaboración de la norma. Esto es, significa, sobre todo, la reserva a un determinado tipo de procedimiento de emanación normativa (el procedimiento legislativo parlamentario), dotado de las características de contraste, publicidad y libre deliberación que le son propias y que lo diferencian sustancialmente del procedimiento de elaboración normativa gubernamental.

La decisión final configuradora de la ley es claro que queda en manos de la mayoría parlamentaria, pero ello no priva de valor al hecho de que se garantiza a la minoría su derecho al debate, garantía jurídicamente relevante, hasta tal punto que es precisamente en el principio del pluralismo democrático donde me parece que debe anclarse hoy la teoría de los vicios sustanciales en el procedimiento legislativo. Ocurre aquí algo muy próximo a lo que sucede en la teoría del *control parlamentario*, ca-

107 Lo que hoy se aprecia es en realidad un acercamiento entre la forma presidencial y la forma parlamentaria de gobierno en los Estados de democracia constitucional. Subsisten, por supuesto, diferencias estructurales claras, pero, desde el punto de vista de la "representación", la proximidad me parece evidente. No es este el lugar para extenderse sobre la cuestión, a la que ya he aludido también en "El control parlamentario como control político", *Revista de Derecho Político*, núm. 23, verano-otoño de 1986, p. 34. Me remito a lo que expone (en la misma línea de interpretación) F. Rubio Llorente en "El control parlamentario", *Revista Parlamentaria de Habla Hispana*, núm. 1, 1985, especialmente pp. 94-99.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

tegoría que precisa, para su correcto entendimiento, de conexión inmediata con el principio de la democracia pluralista para evitar nociones distorsionadas del control o equiparaciones no enteramente exactas entre control y remoción o entre control y mera comprobación. Esa conexión es, por lo demás, la que proporciona los instrumentos teóricos para distinguir el control "en" el Parlamento del control "por" el Parlamento.[108]

En fin, y por examinar un último ejemplo,[109] otra figura necesitada de reconstrucción teórica a la luz del principio democrático es la del *referéndum consultivo*. La primera precisión que habría de hacerse es que "consultivo" no se contrapone necesariamente a "vinculante", sino a "ratificador" o "sancionador". En una Constitución que atribuye al pueblo la soberanía, el resultado del referéndum nacional siempre es vinculante para el poder (dicho con más precisión, para los órganos del Estado), aunque ese referéndum sea consultivo. Ocurre simplemente que es necesario establecer ciertas distinciones acerca de los tipos de referéndum previstos en la Constitución. Dejando al margen los de tipo regional (o autonómico) e incluso municipal (previstos no en la Constitución, pero sí en la legislación reguladora del régimen local), y fijándonos sólo en los de ámbito nacional, es decir, en los que tienen por sujeto al único soberano —el pueblo español en su conjunto—, la diferencia sustancial entre el referéndum para la reforma de la Constitución (artículos 167 y 168) y el referéndum previsto en el artículo 92, reside en que el primero es de ratificación o sanción y el segundo consultivo; ello es claro y pacífico, por lo demás. Ahora bien, lo que ya no es tan pacífica (pero creo que sí clara) es la diversidad de consecuencias que en una Constitución democrática para uno y otro tipo de referéndum se derivan.

En el referéndum para la reforma constitucional el pueblo *sustituye a*l poder "decisorio" del Estado o, más exactamente, al poder decisorio del órgano del Estado que posee, por excelencia, la capacidad normadora: el Parlamento, así como al órgano del Estado que posee en nuestro ordena-

108 De ello me ocupo con algún detalle en el trabajo citado en la nota anterior.

109 La muestra, como antes dije, no es ni mucho menos exhaustiva. En realidad, casi todas las categorías del derecho público están necesitadas de esta "reconstrucción". Piénsese en el propio concepto de reglamento, tan vinculado, por acción o reacción, al principio monárquico, vinculación que ha de abandonarse si se pretende, lo que me parece necesario, encajar la potestad reglamentaria en el marco de las exigencias de un Estado *social* y democrático de derecho. Reflexión que habría de extenderse a la misma "función de gobierno" como categoría o a esa otra tan necesitada de precisión como es la del "autogobierno" del Poder Judicial.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

miento la facultad sancionadora de la norma: el jefe del Estado. Ello no significa, como es sabido, el desplazamiento en todo el proceso, sino sólo en su fase final. El pueblo sustituye a las Cortes Generales y al monarca en el acto de decisión "definitiva" sobre la norma.[110] De ahí (aparte de otras razones que giran sobre la diferencia *sustancial* entre Constitución y ley) que las reformas de la Constitución (que ratifica o sanciona el pueblo en referéndum y no el rey) no sean "leyes de reforma",[111] sino exactamente "reformas de la Constitución", es decir, normas constitucionales (Constitución misma desde que son promulgadas) y no normas legales. De todos modos, existe, a su vez, una diferencia esencial entre el referéndum previsto en el artículo 168 y el previsto en el artículo 167. En el primero, la voluntad popular se expresa como voluntad soberana, sin límite material alguno y sólo con los límites procedimentales que su "juridificación" impone. Como ya se dijo en otra parte de este trabajo, el artículo 168 lo que hace es juridificar el poder constituyente. Por el contrario, en el segundo, la voluntad popular no se expresa como voluntad soberana, sino como voluntad materialmente limitada. Aquí hay no un poder constituyente juridificado, sino un poder estrictamente de reforma, es decir, un poder cuyo ámbito de actuación (y no sólo cuyo procedimiento) está limitado por la propia Constitución. Por ello es correcto que en ese supuesto (el del artículo 167) el referéndum pueda ser optativo, lo que sería impensable en el referéndum del artículo 168, ya que ningún poder del Estado puede sustituir al pueblo en su soberanía.

110 Que la facultad sancionadora del monarca sea un acto debido no evita la necesidad de la sanción para que la ley nazca. No es irrelevante, pues, ni mucho menos, que en este referéndum se sustituya también esa facultad.

111 No coincido, pues, con J. Pérez Royo (*Las fuentes del derecho*, 1984, pp. 37-44), y me parece criticable que el Reglamento del Congreso, en su artículo 147.1 (a diferencia de lo que correctamente se hace en el artículo 146 y en el resto de los párrafos del mismo artículo 147), aluda no a los proyectos o proposiciones de reforma, sino a los proyectos y proposiciones de ley... de reforma. Por otro lado, que la "reforma de la Constitución" no aparezca literalmente como objeto del control de constitucionalidad en el artículo 161.1 inciso *a* de la Constitución y en el artículo 27 de la Ley del Tribunal Constitucional no supone obstáculo a que tal control pueda llevarse a cabo por el citado Tribunal, suficientemente habilitado para ello por los artículos 9o.1 de la Constitución y 1o. de la Ley Orgánica reguladora del propio Tribunal. Me remito, para más detalle, a mi trabajo en el tomo XII de los *Comentarios a las leyes políticas*, *cit.*, nota 64, pp. 178-180.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Muy otra es la situación en el referéndum del artículo 92 de la Constitución. La consulta al pueblo no tiene por objeto sustituir en su totalidad al órgano decisorio del Estado que posee esa competencia. Es decir, al pueblo no se le confiere la sanción o ratificación de la decisión, sino sólo el veto. La consulta es facultativa, claro está, pero vinculante. Su resultado negativo impide (no puede un órgano del Estado actuar frente al veto de la voluntad popular formalmente expresado) que la decisión pueda adoptarse. Su resultado positivo no dota por sí solo de eficacia jurídica a la decisión, puesto que ha de ser "ratificada", adoptada, después (eso sí, necesariamente) por el órgano estatal competente para ello.[112] Pero se trata de algo más: el pueblo, que no sustituye al órgano "emanador", tampoco sustituye al órgano "configurador", es decir, el referéndum del artículo 92 no es un medio de endosarle al pueblo la decisión que el poder es incapaz (por impericia o por temor) de adoptar, sino de comprobación de que la voluntad del pueblo coincide o no con la voluntad del poder. De tal manera que previamente al referéndum, la decisión ha de estar *configurada* y *tomada* (aunque todavía sin eficacia jurídica, como es claro) por el órgano estatal competente, que no puede esquivar sus responsabilidades ni hurtarle al pueblo el contenido de su voluntad. Y ello significa que la decisión ha de estar formalmente aprobada por el órgano competente y pendiente sólo de su ratificación por el órgano que expresa la voluntad final del Estado: el monarca.[113]

112 Ni qué decir tiene que las reformas constitucionales ratificadas en referéndum y la decisión política adoptada conforme al resultado del referéndum del artículo 92 están sujetas a control de constitucionalidad (aunque en el último supuesto sería difícil dado el carácter no legislativo que al objeto de ese referéndum parece atribuir la dicción literal del propio artículo 92). La sumisión al control (por inconstitucionalidad formal en el caso del 168 y por inconstitucionalidad formal o material en el caso del 167) deriva de que la voluntad popular "vale" como derecho en la medida en que se expresa "de acuerdo con la Constitución". Lo contrario sería negarles a los artículos 167 y 168 el carácter de normas jurídicas, tesis imposible de compartir sin destruir el carácter jurídico de la Constitución en su conjunto. Las dificultades políticas de un control de ese género no pueden suponer, de ningún modo, su jurídica erradicación.

113 No es pensable ninguna "decisión política de especial trascendencia" que no deba ser ratificada por el jefe del Estado. Aunque se admita (lo que no deja de ser discutible) que el referéndum consultivo no puede tener por objeto leyes (y, por tanto, no opera la sanción) no puede negarse que el acto habría de adoptarse necesariamente bajo la forma de decreto (que habría de "expedir" el rey). La ratificación o denuncia de un tratado internacional requieren, como es claro, la firma del monarca (se estaría, dentro, pues, del supuesto que consideramos), pero si ese tratado fuese de los que precisan autorización de las Cortes Generales y, además, su contenido innovase "normativamente"

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Y entre los dos trámites se produce el referéndum, cuyo resultado permite (si es positivo) o impide (si es negativo) que se lleve a cabo la ratificación, es decir, que definitivamente se adopte o no la decisión estatal. Ese es, a mi juicio, el significado del referéndum del artículo 92 (el principio democrático que obliga a dotarlo de fuerza vinculante obliga también a que el poder no esconda ante el pueblo su responsabilidad), que, dicho sea de paso, no fue exactamente el que se puso en práctica en la única ocasión en que este referéndum se ha utilizado.

IV. ADVERTENCIA FINAL

Las páginas que anteceden no permiten formular "conclusiones", simplemente porque en ellas no se dan respuestas definitorias (esto es, concluyentes), sino discutibles. Constituyen, más bien, un manojo de reflexiones donde el radicalismo, de existir, quizá se encuentre en el propósito de profundizar, esto es, de escarbar en la hondura o la fuente del problema, pero no en la defensa de una sola y terminante solución. Más que soluciones, lo que hay son opiniones, y las propias no las he escondido a lo largo de este trabajo. A ellas, pues, me remito. Opiniones que están animadas por el común propósito de dotar de contenido y eficacia jurídica al principio democrático como principio nuclear de la Constitución. Ahora bien, para esa tarea tales opiniones sólo son (y ello es obvio) un modesto (y discutible, por supuesto) punto de partida cuya continuación requiere la colaboración de todos, ya que el propósito (eso sí) me parece inexcusable para el derecho constitucional español. Y esta advertencia de índole particular me da pie para formular otra de carácter más general (y también, a mi juicio, necesaria para el entendimiento cabal de este trabajo).

Hace ya más de un siglo, Tocqueville se lamentaba[114] del confusionismo originado por el empleo inadecuado de términos tan fundamentales como los de "democracia" y "soberanía del pueblo". "Hasta que no se llegue a definirlos con claridad (decía), hasta que no haya un acuerdo

el ordenamiento, esto es, fuese "norma" jurídica en sentido estricto y no "acto", parece bastante discutible que, en ese caso, pueda ser objeto de referéndum.

114 Y eso lo recuerda muy atinadamente en uno de sus trabajos Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, cit.*, nota 73, 1948, p. 187.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

sobre sus definiciones, se vivirá en una intrincada confusión de ideas para ventaja de demagogos y de déspotas". Lejos de mí pensar que con este trabajo he conseguido aclarar, como deseaba Tocqueville, esos términos fundamentales. Me conformaría sólo con haber contribuido, aunque fuese en muy pequeña medida, a ensanchar la perspectiva jurídica desde la que (entre otras) pueden ser enfocados.

Y esa misma perspectiva impone, por sí sola, un severo ayuno de verdades, es decir, una rigurosa moderación doctrinal. Porque el derecho es inconciliable con el absolutismo teórico, en cuanto que se trata de un saber que no se basa en criterios cerrados o plenamente exactos, sino en proposiciones siempre relativas. Su único y modesto nivel de certeza (situado en la ausencia de arbitrariedad) se sustenta, precisamente, en el propio relativismo, esto es, en la necesidad de que el derecho esté constantemente abierto a la crítica. Ese es nuestro saber, el de los juristas: un saber instrumental, incompleto, menesteroso, cuyas categorías siempre valen... hasta cierto punto. Pero esas reglas teóricas, tan poco exactas, siempre son preferibles a la ausencia de ellas, y permiten construir una ciencia cuyo objeto de estudio no es otro que el de la regulación de la paz civil. De ahí la trabazón entre la cultura jurídica y la cultura social o, si se quiere, entre la conciencia jurídica y la conciencia social. La teoría del derecho, ha dicho Singer,[115] expresa nuestros valores, pero no los crea o determina.

Tratar de la democracia, con los instrumentos de esta ciencia, no puede conducir, por ello, a obtener verdades, sino a encontrar argumentos útiles (es decir, coherentes) para la discusión, y esa discusión, en derecho, se llama interpretación. A diferencia de lo que ocurre (y ya parece que tampoco enteramente) en el mundo de la naturaleza, donde la ciencia proporciona seguridad, en el mundo de la moralidad sólo proporciona esa seguridad la fe. Pero las ciencias sociales (cuyo objeto en ese mundo de la moralidad se desenvuelve), y entre ellas la ciencia del derecho, no pueden descansar en la fe (so pena de perder su carácter de ciencias), sino en la razón, y la razón, en ese mundo, sólo es capaz de suministrarnos proposiciones y justificaciones relativas, nunca absolutas.

Estudiar jurídicamente la democracia supone, así, no erradicar la duda, sino, por el contrario, hacerla más compleja, esto es, más problemática y crítica. "En materias de poder (ha dicho Tribe) el fin de las

115 Citado por Stick, J., "Can Nihilism be Programatic?", *op. cit.*, nota 31, p. 389.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

dudas y de las desconfianzas es la vuelta de los tiranos".[116] Porque estoy muy de acuerdo con él, también opino que en materia de teoría el fin de las dudas y de las desconfianzas es la vuelta... de los fanáticos o... de los cretinos. Quizá la única verdad teórica de la democracia (análoga a aquella otra única verdad teórica que Marx encontraba en el fenómeno de la supervivencia: *mors inmortalis*) resida justamente en que siempre habrá de ser concebida como problema, como algo perpetuamente inacabado, donde se destierra lo absoluto y sólo permanece lo relativo. Si la democracia dejase, en algún momento, en algún país, de ser concebida como problema, ello significaría, muy probablemente, el fin de la propia democracia.

116 Tribe, *Constitutional Choices, cit*., nota 19, p. 7.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

CONSTITUCIÓN Y CONTROL DEL PODER
INTRODUCCIÓN A UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL CONTROL

I. Introducción: sobre la necesidad de una teoría del control "constitucionalmente adecuada" 81

II. El control como elemento inseparable del concepto de Constitución 83

1. Constitución y control del poder: evolución histórica . . 83
   A. La teoría británica en el siglo XVIII: la "Constitución bien equilibrada" 83
   B. La interpretación de Montesquieu 87
   C. La desaparición, o mitigación, del control en la democracia "rousseauniana" y algunas de sus consecuencias: la separación de poderes de la Constitución francesa de 1791 y el régimen de asamblea 89
   D. La influencia en el constitucionalismo norteamericano de la teoría del "equilibrio de poderes" 92
   E. La situación en Europa: debilidad de los instrumentos de control en el siglo XIX y recuperación de la idea de la Constitución bien equilibrada en el siglo XX 94
   F. El control como elemento clave en la constitución del Estado de derecho democrático y social 100
2. La discutible contraposición entre Constitución como "norma abierta" y Constitución como "sistema material de valores" 103
3. El control como elemento de conexión entre el sentido "instrumental" y el sentido "finalista" de la Constitución 116

III. Los problemas conceptuales del control: controles sociales, políticos y jurídicos 120

1. El control y su sentido unívoco 120

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

2. La imposibilidad de un concepto único de control . . . 123
A. Heterogeneidad de medios o instrumentos de control . 124
B. La imprecisión del término "controles constitucionales" para abarcar las diversas modalidades de control . 125
C. La invalidez de otros intentos de unificación conceptual 127
3. Solución que se defiende: la pluralidad conceptual del control; limitación y control en el Estado constitucional; controles sociales, políticos y jurídicos; control y garantía 129

IV. El control jurisdiccional como paradigma del control jurídico 136

1. Las diferencias entre el control jurídico y el control político 136
2. Agentes y objetos del control jurisdiccional 137
3. El carácter predeterminado del parámetro en el control jurisdiccional. La Constitución como norma y la Constitución como conjunto normativo. La distinción "sustancial" entre Constitución y ley 141
4. El carácter indisponible del parámetro en el control jurisdiccional y los criterios de valoración. El problema de la interpretación del derecho y, en especial, de la interpretación constitucional 145
A. La discusión sobre los criterios clasicos de interpretación 147
B. La polémica sobre la interpretación valorativa . . . 151
C. Interpretación de la Constitución e interpretación de la ley. La discusión actual sobre la interpretación constitucional 154
D. La tesis que se defiende. Teoría de la Constitución e interpretación constitucional 159
5. El resultado del control jurisdiccional 167
6. El carácter necesario del control jurisdiccional 170

V. Características del control político. Sus diferencias con el control jurídico y el control social 172

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

1. La subjetividad en el control 172
A. Agentes del control 173
B. Objetos del control 175
C. La disponibilidad del parámetro de control. Los criterios de valoración 177
D. El resultado del control 179
2. La voluntariedad en el control 181

VI. A modo de ejemplo: el control parlamentario como control político 182

1. Crítica a las tesis que consideran el control parlamentario como control jurídico 183
2. El significado del control parlamentario 187
3. Los instrumentos de control y la imposibilidad de deslindar procedimentalmente una específica función parlamentaria de control 189
4. La doble condición del control parlamentario: control "por" el Parlamento y control "en" el Parlamento. La oposición y el control 191
5. A propósito de algunos medios de control parlamentario (preguntas, interpelaciones, mociones, comisiones de investigación) 194
6. Control parlamentario y democracia de partidos 200
A. Partidos y Parlamento. Consideraciones críticas . . . 201
B. Democracia "con" partidos frente al Estado "de" partidos 204

VII. El papel del derecho en las diversas clases de control . . . 208

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

CONSTITUCIÓN Y CONTROL DEL PODER
INTRODUCCIÓN A UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL CONTROL

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

I. Introducción: sobre la necesidad de una teoría del control "constitucionalmente adecuada"

En un sugestivo trabajo, el profesor Jacobsohn,[1] al examinar la polémica desatada en el mundo académico norteamericano a raíz de la tesis de Dworkin sobre la "fusión del derecho constitucional y la teoría moral",[2] recuerda algo que a él le parece obvio, como a toda la doctrina anglosajona, pero que no lo ha sido tanto para el derecho público europeo continental, a saber: que al margen de cualquier tipo de adjetivaciones, hablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como un instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente, el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se "realice", en expresión bien conocida de Hesse; o, dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico. El control no forma parte únicamente de un concepto "político" de Constitución, como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa, y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma.[3]

Dado el papel capital que desempeña el control en el concepto de Constitución y, por lo mismo, en el significado del Estado constitucional, pocas dudas puede haber acerca de la pertinencia de una teoría del control, teoría tanto más necesaria en cuanto que ha sido poco cultivada por la doctrina.[4] Por supuesto que al control suelen referirse casi todas

1 "Modern Jurisprudence and the Transvaluation of Liberal Constitutionalism", *Journal of Politics*, vol. 47, núm. 2, mayo de 1985, pp. 405 y ss.

2 La polémica, utilizando distintos términos, pero en sentido similar, también se ha planteado en la doctrina alemana e incluso en la italiana (en esta última con menor profundidad). Sobre ello tendremos ocasión de volver más adelante.

3 Sobre el "tipo" de norma que es la Constitución y sobre las diferencias "sustantivas" entre norma constitucional y norma legal se tratará en otro lugar de este trabajo.

4 Una de las pocas excepciones en el derecho constitucional quizá sea el libro de

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

las obras generales sobre teoría de la Constitución o los manuales de derecho constitucional, así como, incidentalmente, los trabajos sobre el control parlamentario o sobre control constitucional de las leyes, pero tales referencias, o bien se circunscriben a unas consideraciones sumarias sobre el significado político del control, o bien, si tratan de abordar su significado jurídico se limitan a trasladar, en bloque, las categorías empleadas en el campo del derecho administrativo que, en este punto, como en muchos otros, difícilmente pueden adaptarse a problemas propios del derecho constitucional.[5]

Ahora bien, esa teoría constitucional del control ha de ser, al mismo tiempo, una teoría del control "constitucionalmente adecuada", por utilizar la terminología de Böckenförde, no porque sea entendida como teoría de una Constitución concreta, sino porque debe plantearse como teoría de un tipo concreto de Constitución, que es exactamente como, en el fondo, entiende la expresión dicho autor. Hacer hoy teoría general en el derecho constitucional sigue teniendo sentido, pero únicamente si se la concibe como teoría general de una forma política específica o, en términos jurídicos, de una específica forma de Estado, porque justamente es dentro de esa especificidad donde cabe el uso "comprensivo" de los términos comunes, es decir, el empleo válido de categorías generales. Sólo es Constitución "normativa" la Constitución democrática, y sólo a partir de ella puede configurarse el Estado constitucional como forma política,[6] o el Estado de derecho como Estado constitucional.[7] De ahí que sólo en el Estado constitucional así concebida la teoría del control

Galeotti, S., *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milán, 1963, obra sugestiva, pero, en ciertos puntos, también muy contradictoria; del mismo autor, resumidamente, "Controlli costituzionali", *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1972, X, pp. 319 y ss.

5 Como ejemplo, casi paradigmático, de la incapacidad de construir, sobre las bases de los controles administrativos o de la administración, una noción de control válida para el derecho constitucional, puede citarse el trabajo de un administrativista tan eminente como Giannini, M. S., "Controllo: nozioni e problemi", *Rivista Trimestale di Diritto Pubblico*, núm. 4, 1974, pp. 1263-1284. La sensación de incapacidad se confirma con la lectura de las páginas que en sus *Istituzioni di diritto amministrativo*, de 1981, dedica a "la función de control", pp. 47 y ss.

6 Acerca de ello me remito a mi trabajo (y a la bibliografía allí citada) "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional", *Libro-homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*, Madrid, IEAL, 1985, pp. 1-21.

7 También me remito aquí a mi trabajo "Constitución y Estado de derecho", *España*: *un presente para el futuro*, Madrid, 1984, vol. II.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

se presente como parte inseparable de la teoría de la Constitución, precisamente porque ambos términos, control y Constitución, se encuentran allí indisolublemente enlazados.

Sin embargo, para articular, en esa perspectiva, una teoría de control en el Estado constitucional, resulta necesario, primero, comprobar la hipótesis de la que se parte: que el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución. Y es necesario comprobarlo no sólo porque en el derecho público europeo continental se carezca de una tradición pacífica sobre ello, sino especialmente porque en esa tradición se han confundido, con exceso, limitación y control. Nadie, o casi nadie, entre los autores de prestigio, ha negado radicalmente, en los últimos ciento cincuenta años, que el concepto de Constitución sea por completo ajeno a la limitación del poder; ni siquiera la dogmática jurídica que desembocara en el positivismo jurídico, que desde Gerber hasta Kelsen tenía como piedra angular de su construcción teórica la erradicación de la arbitrariedad en la actuación estatal. Ocurre, sin embargo, que eso es una cosa y otra bien distinta es asentar la Constitución en la idea de control, supuesto que invalida, frontalmente, por ejemplo, la tesis positivista de la "autolimitación".

II. El control como elemento inseparable del concepto de Constitución

1. *Constitución y control del poder: evolución histórica*

A. *La teoría británica en el siglo XVIII: la "Constitución bien equilibrada"*

Aunque Schmitt sostuviera, con excesiva rotundidad, que fueron las experiencias del señorío del Parlamento en la primera revolución inglesa las que condujeron a los intentos teóricos y prácticos de distinguir y separar los diversos campos de la actuación del poder del Estado,[8] lo cierto es que esos intentos son muy anteriores y se manifiestan por muy complejas vías. Es común admitir que desde la Carta Magna *Libertatum*

8 Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, p. 213. Este puede ser un buen ejemplo de cómo la posición ideológica de un autor (el antiparlamentarismo, casi visceral, de Schmitt) puede conducirle a la tergiversación de la historia.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

los poderes reales, salvo en periodos excepcionales, no han decrecido jamás en Gran Bretaña; pero con la aceptación de esa idea general no basta: lo que cualificará al constitucionalismo británico no es sólo la limitación del poder, sino el modo de esa limitación. Y ese modo se articulará a través de una diversidad de teorías y soluciones prácticas que pueden resumirse, quizá, en dos vertientes, estrechamente interconectadas: la concepción de la ley como regla general, que obliga a todos y que no puede ser vulnerada en los actos de su aplicación, y la concepción plural del poder. Ya Bracton, a mediados del siglo XIII, en su *De legibus et consuetidinibus Angliae*, decía que el rey es frenado por el derecho y la "curia".[9]

García-Pelayo explica muy bien que en ese tiempo Inglaterra se gobierna principalmente por el derecho no escrito, por la costumbre, si bien cuando ese derecho ha sido sancionado por la autoridad del rey con el *consilium et asensu magnatum et reipublicae*, se transforma en *leges*, las cuales no pueden derogarse o reformarse *sine communi consensu eorum omnium quorum concilio et consensu fuerunt promulgatae*.[10] La distinción entre *gubernaculum* (ámbito de poder no sometido a limitación) y *jurisdictio* (ámbito del poder sometido a la ley), distinción perfectamente admitida (aunque a veces fuese quebrantada) hasta el siglo XVII; la diferencia, vigorosamente defendida por Fortescue, a mediados del siglo XV, en su *Goverance of England*, entre *dominium politicum* (el rey puede gobernar con plenitud de poder) y *dominium regale* (el rey no puede gobernar a su pueblo más que por las leyes a las que éste ha asentido), manifestando que Francia es una muestra de lo primero e Inglaterra de lo segundo, o más exactamente de la primicia de lo segundo, ya que, en realidad, dirá, en Inglaterra se da una suerte de mezcla de las dos formas de poder, pues la monarquía inglesa es una "monarquía mixta" en la que el "Parlamento es representante del cuerpo de todo el reino"; la teoría de la supremacía del *common law*, del juez Coke, a principios del siglo XVII, y su conocida calificación del derecho como *artifical reason and judgement of law*, que lo enfrentaron tanto con el rey como con el Parlamento; la defensa, casi simultánea, por Selden y Elliot de la

9 Y cita, como válida definición de la ley para Inglaterra, la clásica de Pipiniano, *Communis rei publicae sponsio*. Véase Mclwain, *Constitutionalism; Ancient and Modern*, Nueva York, 1947, pp. 85 y 86.

10 García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1959, p. 254.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

primacía del estatuto sobre la ordenanza; todo ello y algunos ejemplos más que no hace falta repetir, por suficientemente conocidos, evidencian una tradición teórica del *imperium* de la ley y de la concepción plural del poder mismo. Teoría que, además, no estaba desligada de la práctica, como demuestra la misma experiencia histórica del constitucionalismo británico. Ahora bien, mientras que el *rule of law*, cada vez más fortalecido, continuaría de modo casi invariable hasta nuestros días,[11] el otro medio a través del cual se articula la limitación, el de la concepción plural del poder, experimentaría notables modificaciones. Hasta el siglo XVII adoptaría el modelo de la "forma mixta de gobierno", ya apuntado por Fortescue, que no hacía más que recoger la vieja idea de Aristóteles, Polibio y Santo Tomás. John Aylmer, obispo de Londres, lo expresará muy bien en el siglo XVI:

> El régimen de Inglaterra no es una mera monarquía, como algunos piensan por falta de examen, ni una mera oligarquía ni democracia, sino un régimen mezcla de todos éstos, en la cual cada uno de éstos tiene o debe tener autoridad. La imagen de eso, y no la imagen, sino la cosa misma, puede verse en la Casa del Parlamento, donde encontraréis estos tres estamentos: el rey o la reina, que representan al monarca; los nobles, que son la aristocracia, y los burgueses y caballeros, la democracia.[12]

La concepción plural del poder en la "forma mixta" no significa división de poderes, sino "participación" en el poder de los distintos estamentos y, a la vez, confusión y no separación de competencias: cada órgano realiza varias funciones y cada función es realizada por varios órganos. En verdad, más que concepción de un poder plural, lo que existe es una concepción plural del ejercicio del poder. Lo importante es que la participación y confusión generan, irremisiblemente, una serie de controles, de muy variada naturaleza, sí, pero de inesquivable observancia.

La "forma mixta", sin embargo, como institución de raíces medievales, se transformará poco a poco, en el siglo XVIII, con el cambio de la sociedad estamental a la sociedad burguesa, a la nación de "ciudada-

11 Basta citar su defensa en los autorizados textos de Dicey, *Introduction to the Study of the Constitution*, 1885, y de Jennings, *The Law and the Constitution*, 1945.

12 "Alegato frente al monstruoso régimen de la mujer", de John Knox; véase Mclwain, *op. cit*., nota 9, p. 120. En términos similares, el "gobierno mixto" aparecerá, bien descrito, en las obras de Smith, Thomas sir, *De Republica Anglorum*, 1583, y de Hooker, Richard, *Law of Ecclesiastical Polity*, 1593-1597.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

nos", en otro modelo: el de la "Constitución bien equilibrada", el del *balance of powers*. Sin embargo, aunque la teorización del nuevo modelo no se producirá hasta el siglo XVII, ya había sido intuido con anterioridad, como una variante o un complemento de la forma mixta, por James Harrington, en su *Oceana* (1656), escrita como respuesta al *Leviatán*, de Hobbes, y aunque la paternidad de la fórmula del equilibrio se atribuya, generalmente, a Bolingbroke, también aparece, al menos tácticamente, en Hume.[13] Todo ello sin contar con que la aportación de Locke, aunque estuviese dirigida más a la división que al equilibrio del poder, influiría de todos modos, y muy notablemente, en la construcción teórica y en la práctica política de los *checks and balances*, en cuanto que los principios vertebrales del constitucionalismo de Locke (división de poderes, gobierno de la mayoría y proclamación de unos derechos individuales como límite material a la acción del poder) formarían parte del fondo común del que se nutriría, en el siguiente siglo, el "gobierno bien equilibrado". De todos modos, no debe exagerarse, en este punto, el peso de Locke, más preocupado, como en general todo el iusnaturalismo contractualista, por la legitimación del poder que por la organización equilibrada y controlada de su ejercicio.[14]

Bolingbroke, a través de escritos periodísticos muy poco sistemáticos, pero que tuvieron una gran relevancia en la Inglaterra de su tiempo, será el gran divulgador de la teoría del equilibrio de poderes.[15] De los "frenos recíprocos", "controles recíprocos", "retenciones o reservas recíprocas", *equilibrium of powers*, en suma, decía, resulta el gobierno libre o liberal. Controles que no son únicamente entre órganos, sino también de los ciudadanos sobre las instituciones públicas, como señala De Lolme en su libro, de 1771, sobre la Constitución inglesa, cuando explica que el pueblo ejercita, mediante la opinión pública, un poder especial: el "poder de censura". Sin embargo, no parece acertada la interpretación, por ejemplo, de Schmitt, que sostiene el origen "racionalista" y no "empirista" de esta teoría del equilibrio, conectándola inmediatamente

13 En su escrito "¿Puede ser la política una ciencia?", se cita del libro *Ensayos políticos*, 2a. ed., Madrid, CEC, 1982, especialmente p. 408.

14 Véase Macpherson, *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Barcelona, 1970, pp. 169 y 223.

15 Especialmente en *The Idea of a Patriot King*, 1738, y en *Dissertation on Parties*, 1733. Estos y otros escritos se publicaron como memoria en el seminario The Craftsmann, 1726-1736.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

con una concepción mecanicista del mundo físico y moral. Es cierto, como dice el mismo Schmitt, que

> ...la idea del equilibrio, de un contrapeso de fuerzas opuestas, domina el pensamiento europeo desde el siglo XVI; se manifiesta en la teoría del equilibrio internacional; del equilibrio entre importación y exportación en la balanza del comercio; en la teoría del equilibrio de afectos egoístas y altruistas en la filosofía moral; en el equilibrio de atracción y reacción en la teoría de la gravitación de Newton.[16]

Y es cierto que hay algún pasaje de Bolingbroke de acusado matiz racionalista, por ejemplo, cuando expresa que el Estado apoya su ordenación en la unión de sabiduría y poder: Legislativo y Ejecutivo, Parlamento y monarca; con la consecuencia de que el Parlamento da las leyes, que deben valer sin excepción, siendo la sabiduría del Estado, y prescribe al poder del rey las reglas de su obrar, de tal modo que "ni dios ni el rey pueden quebrantar una ley". Pero estas frases y otras más, cargadas de retórica, de Bolingbroke, así como la idea mecánica del equilibrio, no pueden hacer olvidar que el modelo de los *checks and balances* es ante todo empírico y funcional, no casual, como el mismo Bolingbroke dejaría muy claro: el equilibrio tiene como finalidad la libertad. O como De Lolme, más expresivamente, señalaba cuando decía que las diferentes partes de la Constitución inglesa, "equilibrándose recíprocamente y por sus recíprocas acciones y reacciones, producen la libertad". El equilibrio, en suma, no es consecuencia de las relaciones humanas "naturalmente libres", sino, por el contrario, requisito para que en esas relaciones humanas exista libertad. El sistema de frenos y contrapesos, de controles mutuos, se presentará así, para Blackstone, como un delicado artificio producido, poco a poco, por la historia de la teoría y de la práctica constitucional británica; la Constitución inglesa, dirá (en sus famosos *Commentaris on the Law of England*), está calculada para mantener la libertad civil.

B. *La interpretación de Montesquieu*

La teoría del equilibrio como división interconectada de poderes, que se controlan mutuamente, era moneda corriente en la vida política y ju-

16 Schmitt, *Teoría de la Constitución, cit.*, nota 8, p. 213.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

rídica de mediados del siglo XVIII, y hay que presumir, fundadamente, que Montesquieu la conocía con exactitud. Como se ha dicho tantas veces, por los constitucionalistas anglosajones principalmente, la teoría del equilibrio implicaba que la fiscalización y el control son parte de la teoría de la división de poderes y no excepción a la misma.[17] El control aparece, pues, como el instrumento indispensable para que el equilibrio (y con él la libertad) pueda ser realidad. Y ese papel capital, desempeñado por el control en la Constitución inglesa, lo había expuesto ya el propio Bolingbroke:[18] "En el momento en que cada órgano del Estado entra en funcionamiento y afecta a la totalidad, su procedimiento es examinado y fiscalizado por los otros órganos".

Sin embargo, la interpretación que hace Montesquieu de la Constitución británica, aunque perciba la relación entre división de poderes y capacidad de frenar, de impedir, no extrae toda la complejidad de controles y fiscalizaciones que forman el "delicado equilibrio" de aquella Constitución, quizá porque Montesquieu (aunque hubiese conocido personalmente la realidad inglesa) tenía una formación doctrinal sobre el constitucionalismo británico más cimentada en la lectura de obras del pasado que en las que eran de circulación actual en la Inglaterra de su tiempo. Es cierto que Montesquieu no predica, en su división de poderes, una radical separación entre ellos que diese lugar a una pluralidad de actividades estatales dislocadas, sin conexión alguna y sin capacidad de frenarse mutuamente; por el contrario, la conexión es parte inescindible de su teoría de la división, pues de otra forma el poder no frenaría al poder. Pero también es cierto que la riqueza de los controles del constitucionalismo británico de su tiempo era más amplia que la pura *faculté d'empêcher*.

Existe un párrafo muy revelador, ya resaltado sagazmente por J. Pérez Royo,[19] aunque en otro sentido, y que expresa bien la escasa comprensión por Montesquieu de lo que significa el control como instrumento para garantizar la libertad. Ese párrafo dice así: "abolid en una monarquía las prerrogativas de los señores, del clero, de la nobleza y de las ciudades: tendréis en seguida un Estado popular o un Estado despótico"; añadiendo después que los ingleses, que han obtenido la libertad

17 Veáse Marshall, G., *Constitutional Theory*, 1980, pp. 136 y ss.
18 En *Remarks on the History of England, Works*, 1980, vol. 2, pp. 413 y 414.
19 *Introducción a la teoría del Estado*, Barcelona, 1980, p. 25.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

suprimiendo los poderes intermedios, "tienen mucha razón en conservar dicha libertad, pues si la perdieran sería uno de los pueblos más esclavos de la tierra". Montesquieu, que advierte, tácitamente, que en Inglaterra ya no hay forma mixta de gobierno, y que conoce la diferencia sustancial entre este modelo estamental y el de la división y equilibrio de poderes basado en una sociedad de ciudadanos, no repara, sin embargo, en que la libertad de los ingleses es posible, entre otras cosas, precisamente por la existencia del equilibrio de poderes y de su implementación a través de una red de controles. Sabe que la Constitución británica no "tiene por objeto la gloria del Estado, sino la libertad política de los ciudadanos",[20] pero no reconoce explícitamente, o no subraya con la suficiente importancia, que es justamente en los controles donde reside la garantía de la libertad.

Por supuesto que Montesquieu se plantea el problema de la necesidad de colaboración entre los poderes, pero lo hace de una forma relativamente simple: "Estos poderes deberían conducir a una situación de reposo o a una inacción (por los frenos mutuos); pero, dado el movimiento necesario de las cosas, esos poderes se verán forzados a moverse, y se verán forzados a concertarse".[21] El gobierno bien equilibrado es más complejo, y su funcionamiento está regido más por "artificios" jurídico-políticos que por "el movimiento necesario de las cosas". Sin restar importancia a la magnitud y sagacidad de su pensamiento, parece que el mismo Montesquieu contribuiría, en parte, al destino que a veces ha sufrido su obra y que él vaticinaba al decir que "seré más leído que comprendido".

C. *La desaparición, o mitigación, del control en la democracia "rousseauniana" y algunas de sus consecuencias: la separación de poderes de la Constitución francesa de 1791 y el régimen de asamblea*

Las ideas constitucionales del liberalismo francés en la segunda mitad del siglo XVIII estarán influidas por las teorías de Locke y Montesquieu

20 Montesquieu, *L'esprit des lois*, París, Gallimard, 1970, libro XI, caps. 5 y 7, pp. 167, 168, 182 y 183.

21 *Ibidem*, p. 179.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

en mayor medida que por las ideas del "gobierno bien equilibrado". Ni siquiera la defensa por ese "vulgarizador de talento" que fue Burlamaqui de la *balance des pouvoirs* en sus *Principes du droit politique*, de 1751, tuvo, como se sabe, mayor trascendencia. Y ello quizá fuera debido, aparte de la consideración de la Constitución británica como algo "tan peculiar que difícilmente era importable",[22] a la concepción rousseauniana de la democracia y de la ley. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano es un ejemplo, casi paradigmático, de todo ello. En primer lugar, en cuanto al concepto de Constitución, enunciado en términos bien conocidos como una ordenación del Estado que debe necesariamente basarse en la división de poderes y en la garantía de los derechos fundamentales. Y en segundo lugar, en cuanto al concepto de ley, entendida como expresión de la voluntad general. De estos postulados se derivarían notables consecuencias para el constitucionalismo democrático: la doble limitación material y funcional del poder, por un lado, y, por el otro, la consideración del derecho como producto inmediato de la decisión del pueblo o de sus representantes. El Estado constitucional aparecerá, así, como una forma específica de Estado que responde a los principios de legitimación democrática del poder (soberanía nacional), de legitimación democrática de las decisiones generales del poder (ley como expresión de la voluntad general) y de limitación material (derechos fundamentales), funcional (división de poderes) y temporal (elecciones periódicas) de ese poder.[23]

No obstante, la desconfianza hacia los jueces, la consideración de la jurisdicción como una mera actividad de aplicación mecánica de la ley y la concepción cuasi sacral de la ley misma, como producto de la razón y no del concierto de intereses y como expresión de la voluntad soberana y no de un poder del Estado, traían como consecuencia una fuerte mitigación de los controles. Mitigación acentuada por la misma idea rousseauniana de la democracia que negaba el pluralismo de poderes, el equilibrio entre ellos producto de frenos y controles, y sólo aceptaba, en puridad, la autolimitación, es decir, el dogma de la voluntad de la mayo-

22 Tesis muy utilizada por la Ilustración francesa y repetida después, de manera excesivamente tópica, por gran parte de la doctrina constitucional hasta nuestros días.

23 La conveniencia del principio democrático con el principio monárquico no alterará radicalmente los presupuestos de esta forma de Estado en las Constituciones de "monarquía republicana". Distinto será el caso de la monarquía constitucional en sentido estricto y, sobre todo, de la monarquía de riguroso "principio monárquico".

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ría.[24] En resumidas cuentas, se pregonaba la limitación, pero no se implementaban suficientemente sus garantías, situación que se perpetuaría por mucho tiempo en el derecho público europeo continental. Frente al "liberalismo" de Locke, se ha dicho, el "estatalismo" de Rousseau[25] ofrecerá al hombre muy escasas garantías frente a la acción del poder, y se podría añadir que ese "estatalismo", cuya paternidad es sin duda alguna hobbesiana, se prolongará, a través de la obra de Hegel, hasta la dogmática jurídica alemana de la segunda mitad del siglo XIX.

El resultado al que conduciría, de inmediato, la ausencia del equilibrio como elemento básico de la Constitución democrática será o bien al establecimiento de una división de poderes sin apenas controles (Constitución francesa de 1791 y del año III) o a una negación de la división misma del poder, es decir, a un régimen de asamblea (la dictadura jacobina implantada en agosto de 1792) o a un peculiar modelo (que nunca entró en vigor) mezcla del régimen de asamblea y democracia directa (el de la Constitución de 1793). En el primer caso, la separación rígida de los poderes y de las competencias (con la única excepción, quizá, del veto regio, en la Constitución de 1791, y aun en este caso bastante mitigado) impedía verdaderamente la existencia de controles interorgánicos.[26] En el segundo caso (en sus dos variantes), no habiendo tampoco eficaces controles interorgánicos, ni siquiera existiría tampoco la limitación como diferenciación funcional: el poder de la asamblea era absoluto (que fuese temporalmente elegido no ponía trabas a su actividad, sino sólo a la duración de su mandato) en la etapa jacobina y sólo estaría matizado por mecanismos plebiscitarios (poco capaces para servir de freno) en el frustrado modelo de 1793.

24 Véase Derathe, R., *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, París, 1979, especialmente pp. 294 y ss. Siguen teniendo su originaria lucidez las páginas que en sus *Principes du droit public* (París, 1951-1952) dedica René Capitant a Rousseau; citamos de la edición *Écrits Constitutionnels*, París, 1982, pp. 80 y ss., especialmente, por lo que se refiere al tema que nos ocupa, pp. 118-123. Conviene, no obstante, señalar que el rechazo rousseauniano de los controles también tiene mucho que ver con la pervivencia de ideas estamentales (de gobierno mixto) en la noción de gobierno equilibrado.

25 *Ibidem*, pp. 113 y ss.

26 Véase Troper, M., *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, París, 1973, pp. 19-101 y 188-198.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

D. *La influencia en el constitucionalismo norteamericano de la teoría del "equilibrio de poderes"*

"La historia norteamericana —ha dicho Kurland— ha dejado claro que el primer paso constitucional no fue la Carta Magna, sino la versión de Coke de esa Carta, especialmente si se combina con su concepción del *common law*, falsa en gran medida, pero realmente atractiva".[27] La relativa falsedad, que se refiere a la idea de *common law* como derecho natural, sólo lo fue respecto de Inglaterra, pues en Estados Unidos, como el propio Kurland tácitamente reconoce, tal idea sería uno de los pilares teóricos de la supremacía de la Constitución. Pero de todos modos, lo que interesa verdaderamente es destacar que el concepto de poder sometido a control será, desde los primeros momentos, la idea motriz de constitucionalismo norteamericano. Frente a ciertas interpretaciones, no por tradicionales menos incorrectas, la independencia de las trece colonias no instalaría un sistema de rígida separación de poderes, sino de "gobierno bien equilibrado", importando la teoría inglesa de *checks and balances* y adaptándola a las nuevas exigencias que se derivaban de la distribución territorial del poder y de la jefatura del Estado no monárquica.

Es cierto que la Constitución de Massachusetts, de 1780, en su artículo 30 normativiza, por vez primera en toda la historia constitucional (y aquí no hay más remedio que citar a John Adams), la separación de poderes:

> En el gobierno de esta comunidad el sector Legislativo nunca ejercerá los poderes Ejecutivo y Judicial, o cualquiera de ellos; el Ejecutivo nunca ejercerá los poderes Legislativo y Judicial, o cualquiera de ellos; el Judicial nunca ejercerá los poderes Legislativo y Ejecutivo, o cualquiera de ellos: con el fin de que pueda ser un gobierno de leyes y no de hombres.[28]

Pero también es cierto que ello se desmentía, inmediatamente, en el mismo texto de la Constitución, al conferirse al gobernador un veto sobre la legislación que sólo podía ser anulado por los dos tercios de la

27 *Magna Carta and Constitutionalism in the United States*, 1965.

28 La última frase es muy vieja y reiterada en la teoría política desde Aristóteles. La primera vez que aparece, en inglés, el término "government by law, not by men", es, probablemente, en la obra *Oceana*, de Harrington.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Asamblea; al ordenarse que un número de funcionarios del Ejecutivo serían elegidos anualmente por votación de los parlamentarios, y que los nombramientos del Poder Judicial deberían aprobarse por un Consejo que era un "híbrido curioso" de poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, elegido a su vez por los parlamentarios. Se trataba, pues, no de una separación de poderes, sino de una "mezcla de poderes enlazados y de competencias superpuestas".

La Constitución federal será fiel a la idea de frenos y contrapesos, a la interconexión de funciones, es decir, al sistema de "gobierno bien equilibrado", estableciendo un veto presidencial, así como la intervención del Senado en los nombramientos de altos funcionarios (incluidos los jueces del Tribunal Supremo) y en las decisiones sobre política exterior, entre otros casos; obligando, en suma, a la colaboración entre poderes y poniendo en marcha una serie efectiva de controles, reforzados, desde la famosa sentencia de Marshall de 1803, con el propio control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Por supuesto que no se organizaba un régimen parlamentario, sino que se inauguraba lo que después se llamaría "régimen presidencialista", con la consiguiente independencia política del jefe del Estado, resultado de la legitimidad popular de su mandato, pero la idea que servía de base al edificio constitucional era, indudablemente, la consideración del *balance of powers* y de los controles recíprocos como elemento fundamental del "Estado libre o constitucional" (Hamilton).[29]

Publius, en *El Federalista*, lo proclamará con toda claridad: la división de poderes no es más que la garantía de la libertad;[30] la división es, al mismo tiempo, interdependencia de poderes, de tal modo que se garantice que unos pueden controlar a los otros;[31] la base sustentadora del Estado es el "equilibrio constitucional del sistema de gobierno";[32] además del control del pueblo sobre el gobierno es preciso asegurar los con-

29 No puede dejar de aludirse a la conexión de esta idea del control con los nuevos requerimientos que plantea una sociedad de clases. La elección indirecta del presidente y la configuración y poderes del Senado (aparte del significado federal de éste) son instituciones con las que, de modo expreso, se pretende atribuir a las clases altas (los *gentlemen of twealth, culture and leisure*) un peso que excede del que correspondía al puro número.

30 Núm. 47, 1o. de febrero de 1788.

31 Núm. 48, 1o. de febrero de 1788.

32 Núm. 49, 5 de febrero de 1788.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

troles de los distintos poderes entre sí;[33] "han de organizarse y dividirse las autoridades de tal manera que cada una pueda constituir un control sobre la obra de la otra";[34] "el régimen republicano no sirve sólo para salvaguardar a la sociedad de la eventual tiranía de su gobierno, sino también para garantizar a una parte de la misma contra los eventuales abusos de la otra parte".[35]

La institucionalización de una diversidad de controles, la concepción pluralista del poder y de la propia democracia y el enlace de ésta con la existencia de una fuerte opinión pública (constatada en Gran Bretaña por Dicey en su *Law and Public Opinion in England*, y en los Estados Unidos por Bryce en su *American Commonwealth*) vendrán a negar, justamente, la veracidad de la conocida frase de Rousseau de que "los ingleses se creen que son libres y se equivocan, porque sólo lo son en el momento de votar". La frase valdría, en verdad, para la propia democracia rousseauniana (una democracia sin controles), pero no para la democracia anglosajona (una democracia con controles). Para el constitucionalismo norteamericano, hasta hoy (L. Tribe, *American Constitutional Law*, 1978), el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución.

E. *La situación en Europa: debilidad de los instrumentos de control en el siglo XIX y recuperación de la idea de la Constitución bien equilibrada en el siglo XX*

El constitucionalismo europeo del siglo XX no establecerá un sistema efectivo de control del poder. Jellinek confesará, con claridad, que si bien es verdad que por la obra de la teoría constitucional han penetrado en la organización del Estado algunos de esos obstáculos y contrapesos, ello ha sido de modo muy parcial, ya que "esta doctrina del equilibrio no ha advenido aún al derecho en los Estados europeos actuales".[36] Los dos ejemplos, modélicos, de tal situación, el de Francia y Alemania, se articulan de modo diferente, son producto de construcciones doctrinales distintas, pero llegan a resultados sustancialmente próximos: un amplio margen de inmunidad en la actuación del Estado.

33 Núm. 51, 8 de febrero de 1788.
34 *Idem*.
35 *Idem*.
36 Jellinek, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1970, p. 466.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Veamos en primer lugar el caso francés. Por lo que se refiere a los controles jurídicos, la gran debilidad de los mismos se apoya en dos pilares ya incoados en el periodo revolucionario, como antes se señaló: la separación de poderes y el concepto rousseauniano de ley, que conducirán la inmunidad del Ejecutivo y de la ley misma. En la doctrina francesa y en sus Constituciones, a partir del Consulado, dirá Jellinek,[37] los *actes du gouvernements* se distinguen, incluso formalmente, de los *actes administratifs*, pues para aquéllos no hay responsabilidad jurídica. La ausencia de control jurídico de los actos no meramente administrativos del Ejecutivo (y aun éstos tendrían un control en parte mitigado) está muy bien explicada en un párrafo, enormemente descarnado, de M. Hauriou:

> Se ha dicho con mucha precisión que Francia tiene dos Constituciones: la de 1875, para el Poder Legislativo, y la del año VIII, para el Poder Ejecutivo. Son efectivamente las leyes del año VIII, la Constitución de 22 frimario y la ley de pluvioso, las que han fundado, sobre base autoritaria y jerárquica, el Poder del Ejecutivo, haciendo de esta institución central de Estado la heredera de las tradiciones del poder minoritario de la monarquía. Ellas han constituido también una reserva y un capital de poder minoritario que nos ha permitido resistir ya setenta años de sufragio universal.[38]

Dado lo explícito del texto, parece que sobran los comentarios. El mismo M. Hauriou añadirá que, por otro lado, dada la confusión entre el Poder Legislativo y la soberanía nacional y la concepción de la ley como "razón desprovista de pasión", en Francia no ha sido posible establecer garantías frente al legislador.[39]

En lo que toca a los controles políticos, escasos bajo la Carta de 1814 y más desarrollados en el parlamentarismo dual orleanista (desarrollo al que, por cierto, Carré[40] achaca los sucesivos cambios de régimen), éstos no podían suplir la ausencia de controles jurídicos. El "poder neutro" de Constant, por otro lado, no pasó, en la práctica francesa, de su estadio de mera teorización. En la III República, prototipo para M. Hauriou de "parlamentarismo asambleario", el control sobre el Parlamento sería,

37 *Ibidem*, p. 468.
38 Hauriou, *Principios de derecho privado y constitucional*, Madrid, 1927, p. 145.
39 *Ibidem*, p. 156.
40 *Contribution à la théorie générale de L'État*, París, 1920, t. II, p. 12.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

obviamente, imposible, salvo que se acepte, lo que es difícil, la tesis, también sostenida por Carré, de la efectividad del control popular cuando es éste el único control.

Dicha tesis, que no era nueva, ni mucho menos, pues la había defendido también Jefferson al oponerse, en lo que se ha llamado la segunda etapa de su vida, a la *judicial review*, pronunciándose únicamente en favor del "control por la opinión",[41] la desarrolla Carré de la siguiente manera: el Parlamento es el órgano supremo,[42] y aunque "todopoderoso", su única limitación resulta de ser órgano electivo; limitación, sigue diciendo, que es eficaz, pues (y aquí cita a W. Wilson) una asamblea que puede ser elegida no es un gobierno absoluto, porque depende de los electores la permanencia de sus miembros; concluyendo con que ello da lugar a una nueva división de poderes muy distinta a la prevista por Montesquieu: la asamblea por un lado y la opinión pública por el otro, de tal modo que "el pueblo tiene en sus manos el contrapeso a sus propios representantes por medio de las elecciones periódicas".[43] Parece que sobra con oponer a esta tesis lo que ya dijo Rousseau (aunque allí no resultaba fiel a la realidad) respecto de las libertades de los ingleses.

Respecto del caso alemán, la debilidad de los controles transcurriría, teóricamente, por otras vías: el principio monárquico y la teoría jurídica

41 Se trata de una famosa polémica entre Jefferson, por un lado, y los jueces Marshall y Story, por otro. Merece la pena extender en ello. Jefferson escribió en 1820: "Cuando los funcionarios legislativos o ejecutivos actúan inconstitucionalmente son responsables ante el pueblo en su capacidad electiva... No sé que haya depositario más seguro de los poderes últimos de la sociedad sino del pueblo mismo; y si no lo consideramos suficientemente ilustrado para ejercer su fiscalización con tal discreción la solución no consiste en arrebatársela, sino en inculcarle discreción mediante la educación. Este es el verdadero correctivo de los abusos del poder constitucional". Por carta de 27 de junio de 1821 Story escribe a Marshall lo siguiente: "El señor Jefferson... niega en los términos más directos el derecho de los jueces a decidir cuestiones constitucionales... y tras de establecer que el pueblo es el único juez cualificado de las violaciones de la autoridad constitucional y mediante cambios en el curso de las elecciones es el único competente para aplicar el debido remedio. Si —dice él— se objeta que no está suficientemente ilustrado para ejercer su deber con discreción, el remedio es ilustrarlo más... Nunca hubo un periodo de mi vida en que esas opciones no me hubieran chocado, pero a su edad y en estos tiempos críticos, me llenan alternativamente de indignación y tristeza. ¿Puede desear aún tener basante influencia para destruir el régimen de este país?, *The Story-Marshall Correspondance* (*1819-1831*), por Ch. Warren, en William and Mary College Quarterly, 2, XXI, núm. 1, enero de 1941.

42 Carácter que Jellinek, de quien toma la expresión, atribuye, coherentemente con la situación alemana, al jefe de Estado.

43 Carré, *op. cit.*, nota 40, t. II, pp. 141 y 142.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

del Estado. El principio monárquico, ya inaugurado en la práctica por la Carta francesa de 1814 y extendido en los países alemanes por el Acta final del Congreso de Viena de 1820, recibirá, como se sabe, su formulación jurídica, su categorización formal, por obra del derecho público, en especial de la escuela de la apologética monárquica alemana inaugurada, como reacción frente a los acontecimientos de 1848, por F. J. Stahl (*Die Revolution und die Konstitutionelle Monarchie*):[44] el rey "encarna" la soberanía del Estado y es la fuente de todo poder. Gerber, en su *Über öffentliche rechte*, 1852, afirmará, en consecuencia, que el monarca es el titular de la soberanía, y la representación parlamentaria sólo un órgano limitador de ella. Limitación, por lo demás, de escasa operatividad, como el mismo Jellinek, al criticar esa teoría, pondría de manifiesto.[45] Se trataba, en realidad, de un debilísimo control político y de un casi inexistente control jurídico. Laband se iría apartando de este camino e iniciaría otra construcción, culminada por Jellinek: la teoría jurídica del Estado entendida a la manera dogmática, es decir, depurándola de elementos filosóficos o políticos, mediante la cual se afirmaba al Estado como auténtico soberano y no al monarca (órgano de soberanía todavía en Laband y órgano estatal supremo definitivamente en Jellinek). Los principios básicos de esa teoría serán: la concepción de la libertad como una realidad sólo posible en el Estado (el influjo de Hobbes, Rousseau y Hegel es evidente); la consideración, pues, de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, que sólo existían por obra del Estado y en la extensión que el Estado quiera atribuirles (para Laband, los habitantes del Estado, como objetos y no como sujetos de su poder, son estrictamente "súbditos"); la autolimitación, como único modo posible de limitación estatal, y, en fin, el Estado de derecho como Estado legal, es decir, en la conocida frase de Mayer, como "Estado administrativo bien ordenado" (cuya virtud se cifra, pues, en la correcta ejecución de la ley, en el sometimiento de los actos a la norma general que los regula).

La idea de división y equilibrio entre poderes desaparece en esta construcción y, por lo mismo, el control no será elemento ni de la Constitución ni de su teoría. Ni el Estado ni su máxima expresión, la ley, tendrán límites externos que los frenen, pues la única limitación cohe-

44 Primera edición en 1848, segunda en 1849.
45 Jellinek, *op. cit.*, nota 36, pp. 354, 355 y 507.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

rente con el sistema es la que resulta del sometimiento de la administración a la ley (sometimiento no enteramente completo, por otro lado, en virtud de la doctrina de la distinción entre ley en sentido material y ley en sentido formal). El corolario de todo ello no será sólo el entendimiento de la Constitución como mera (y cualquiera) ordenación fundamental del Estado, sino, sobre todo, la negación de la fuerza normativa de la propia Constitución. Una teoría así no podía conducir, desde luego, a otro resultado.

La revisión de este estado de cosas se irá produciendo, poco a poco, en Europa como consecuencia de múltiples factores: la modificación (que no es sólo, como tantas veces se dice, culminación) de la dogmática jurídica positivista por el mismo Kelsen; la crítica a esa dogmática por Triepel, Schmitt, Heller y Smend, principalmente; la posición "realista" de Duguit, además de la defensa del "pluralismo" por Laski. Como fondo de todo ello, de la misma manera que también fue el fondo de las teorías anteriores, estarían las transformaciones sociales y políticas experimentadas en la Europa de aquel tiempo, sin las cuales difícilmente podrían "comprenderse" estas modificaciones doctrinales.

Duguit denunciará la teoría de la autolimitación en estos términos: "Une limitation qui peut être crée, modifié ou supprimée au gre de celui quelle atteint, n'est point une limitation".[46] Schmitt criticará, desde su planteamiento "decisionista", al positivismo, postulando una teoría de la Constitución que no garantizaría, por otra parte, los controles, más bien al contrario, los rebajaría a un estadio inferior al sustentado por el propio positivismo. En cambio, tanto Triepel como Smend y Heller, sin aceptar plenamente los principios del equilibrio y el control, introducirían unas ideas reforzadoras de las garantías políticas y jurídicas de la limitación del poder en cuanto que concebían a éste al servicio de la comunidad. La Constitución no será, para ellos, una auténtica norma jurídica, pero sí, al menos, una ordenación dotada de lo que se ha llamado una "estructura teleológica", es decir, de una conformación capaz de servir para la "vertebración", "integración" u "organización autónoma" de una comunidad de ciudadanos, o, en otras palabras, de una comunidad de hombres libres. Estado y comunidad, pues, en relación dialéctica,

46 Duguit, *L'État, le droit objetif et la loi positive*, París, 1901, t. I, p. 107, y en el mismo sentido, *Traité de droit constitutionnel*, París, 1927, t. I, pp. 50 y ss.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

y basadas ambas entidades, para Laski, en el pluralismo (de poderes, de grupos y de ideas).

Al mismo tiempo, Kelsen, alterando sustancialmente el concepto positivista de ley (lo que no se suele, por lo general, reconocer), postulaba su control a través de un tribunal constitucional. La sumisión jurisdiccionalmente garantizada de la ley a la Constitución, piedra angular del "normativismo" kelseniano, si no destruía enteramente la tesis de la autolimitación del Estado (pues Kelsen, fiel a su neopositivismo, no abjuraba de esa tesis), sí terminaba, en cambio, con la omnipotencia del legislador.

Es cierto que las nuevas corrientes antes señaladas no suponen, en verdad, la aceptación plena de la vieja idea que sustenta al concepto de "Constitución bien equilibrada": la libertad como resultado de una compleja red de limitaciones y controles del poder. No cabe desconocer, por un lado, que en Francia Carré no será un abanderado, precisamente, del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, y por otro lado, que Smend, en su obra más llamativa, *Verfassung und verfassungsrecht*, está más preocupado por el carácter "integrador" de la Constitución como "fenómeno" histórico o por la estructura de la Constitución como ordenación orientada a la realización de valores que por la función limitadora del poder de esa estructura constitucional, o que Triepel, en su *Staatrecht und Politik*, pone más énfasis en el problema de la interacción entre norma jurídica y realidades políticas que en el concepto mismo de Constitución, o que Heller, en su *Teoría del Estado*, tiene por norte la función social del poder y del derecho más que la significación concreta del Estado constitucional, o en fin, que el mismo Kelsen no defiende la existencia y ampliación de los controles por entender que así se limita el poder del Estado, sino, al contrario, por exigirlo la lógica inherente al propio sistema normativo, es decir, por dotar, en realidad, de mayor eficacia al ordenamiento, que es lo mismo que decir, en su doctrina, al propio Estado, afán patente en toda su obra, desde los *Hauptprobleme der Staatsrechslehre*, de 1911, hasta la segunda edición de Viena, de 1960, de la *Reine Rechtslehre*.

Pero también es cierto que en esos autores se encuentran ya, de una u otra forma, las semillas de la renovación constitucional europea en orden a potenciar la limitación y el control como elementos primordiales del Estado constitucional. A los que debe unirse, como antes se apuntó,

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Laski, con su defensa del "pluralismo" frente a las teorías de la soberanía estatal,[47] influido no sólo por Gierke, como suele reconocerse, sino también por los estudios de Maitland y Barker, que ven en Gierke un autor que, a su modo, enlaza con viejas ideas inglesas sobre el carácter plural de la sociedad y del poder. Dos muestras más, por último, de estos cambios en la teoría constitucional las facilitan las obras de M. Hauriou, donde el "institucionismo" originará, al mismo tiempo que una explicación pluralista del Estado y del derecho, una concepción garantizadora de la Constitución: "El régimen constitucional tiene por fin establecer en el Estado un equilibrio fundamental que sea favorable a la libertad";[48] y de Mirkine-Guetzevich, que, con su idea de "parlamentarismo-racionalizado", postulará la recuperación del equilibrio de poderes más que la supremacía de unos sobre otros, y con su entendimiento de la Constitución como ordenación orientada a un fin definirá al derecho, y en especial al derecho constitucional, como un instrumento para asegurar la libertad o, más exactamente, como "una técnica de la libertad".[49]

F. *El control como elemento clave en la constitución del Estado de derecho democrático y social*

Aunque el cambio doctrinal se detecta ya perfectamente en el primer tercio del siglo XX e incluso la misma práctica inicia en esa época un reforzamiento de los controles, especialmente con el establecimiento de los tribunales constitucionales austriaco y checo en 1920 y español (con la garantía aún más extensa que supone el recurso de amparo) en nuestra II República, será a partir de 1945, después de la trágica experiencia del fascismo (pero muy especialmente del nacional-socialismo alemán), cuando se producirá en Europa la recuperación plena de la vieja idea sustentadora de la Constitución bien equilibrada, es decir, de la Constitución como una norma que supone, en palabras de Friedrich, el estable-

47 El punto de partida de las tesis de Laski sobre el Estado pluralista está en su conferencia de 1915 "The Sovereignity of the State", y será continuada tanto en su *Democracy in Crisis*, 1933 (traducida en España en 1934), como en su *The State in Theory and Practice*, 1934 (traducida en España en 1936).

48 Haoriou, *op. cit.*, nota 38, p. 7.

49 Tanto en su obra *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel* (edic. española, *Las modernas tendencias del derecho constitucional*, Madrid, 1932) como en la generalidad de sus escritos, incluida su introducción a *Les Constituions européennes*, de 1951.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

cimiento y mantenimiento de restricciones regularizadas, efectivas, al poder,[50] palabras escritas en 1941 para la segunda edición de su *Constitutional Government and Democracy*, edición completamente revisada que supone un formidable pero racional acto de fe (así se dice en ella expresamente) en el vigor del constitucionalismo, pese a la gravísima y sangrienta crisis que atravesaba entonces su supervivencia. Lo que afirmaba Friedrich en el prefacio de aquella edición pasaría a ser, justamente pocos años después de acabada la guerra, la idea dominante, por fin, del mejor del derecho constitucional europeo:

> El constitucionalismo es probablemente el mayor resultado conseguido por la civilización moderna y poco o nada del resto de esa civilización es concebible sin aquél. Bajo él, por primera vez en la historia humana, se ha conseguido para el hombre corriente un cierto grado de libertad y bienestar.

Unas veces por recogerlo la Constitución expresamente (la de la República Federal Alemana o la española de ahora, por ejemplo) y en todos los casos por construcción de la jurisprudencia o la doctrina, el sistema de "restricciones efectivas al poder" que se potencia a partir, pues, de la segunda posguerra mundial se organizará bajo la denominación de Estado de derecho democrático y social. De entre sus rasgos, tan conocidos como debatidos, sólo interesa resaltar aquí, para el objeto de este trabajo, el menos discutido, precisamente, de todos ellos: el papel fundamental que en ese tipo de Estado desempeña el control. Control tanto más necesario en cuanto que en el Estado social se manifiesta, además de una gran extensión del poder, una corriente recíproca de socialización del Estado y estatalización de la sociedad que requiere, en mayor medida que en tiempos pasados, la efectividad de las limitaciones, y control, por lo demás, estrechamente conectado con la concepción de la democracia pluralista, de la manera muy bien expresada (pues en ella se concilian el doble carácter legitimador e instrumental del pluralismo democrático) por García-Pelayo:

> El pluralismo político y organizacional, que como es sabido es un rasgo de la democracia de nuestro tiempo, constituye simultáneamente una ga-

50 *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México, 1946, p. 125.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

> rantía de eficacia en cuanto que multiplica el número de reguladores. En resumen, sólo el régimen democrático —a pesar de todas sus desviaciones y limitaciones— está en condiciones de servir a la vez a los valores políticos, económicos y funcionales de una sociedad desarrollada, y sólo sobre el régimen democrático puede construirse un verdadero y eficaz Estado social. Lo demás no pasa de ser un *Polizeistaat*, un regreso al despotismo más o menos ilustrado acomodado a las exigencias del tiempo presente.[51]

Por todo ello, la vigencia de la Constitución dependerá de su capacidad de "realización", es decir, de su efectividad normativa, que, como ha señalado Hesse, requiere necesariamente "que la cooperación, la responsabilidad y el control queden asegurados".[52] No es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrático de derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles. De ahí que éstos se hayan ampliado y enriquecido en la teoría y en la práctica constitucional de nuestro tiempo, como garantías de una compleja división y limitación del poder, o, si se quiere, de un complicado sistema pluralista al que la Constitución, preservando y regulando su equilibrio, es capaz de dotar de unidad.[53] La creación de tribunales constitucionales, la aplicación de la Constitución por los jueces, en suma, es sólo una faceta, aunque sea la más relevante de este sistema. Junto al control de constitucionalidad de las leyes,[54] de los re-

51 *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, p. 51. No puede negarse que el Estado social atraviesa hoy por serios problemas, pero no es, ni mucho menos, una fórmula agotada, como con cierto apresuramiento se ha dicho por algunos. Sobre la capacidad de permanencia, pese a la crisis, de las líneas básicas del Estado social puede verse el excelente libro de Mishra, R., *The Welfare State in Crisis*, Brighton, 1984.

52 "'Begriff' un Eigenart der Verfassung", primer capítulo de los *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*; citamos de la edición española, *Escritos de derecho constitucional*, traducción de P. Cruz Villalón, Madrid, 1983, p. 20.

53 *Ibidem*, pp. 8-16.

54 Que no es una institución común de los países democráticos, es cierto, pero sí "característica" lógica de la "constitucionalización" de la democracia, que goza, además, de una práctica expansiva o afianzadora. El ejemplo más nítido en contrario, que es el de Gran Bretaña, se explica porque allí la supremacía de su Constitución histórica goza de tantas garantías sociales y políticas que no ha sido preciso transformarla en supralegalidad ni arbitrar, consecuentemente, los instrumentos oportunos de control de la constitucionalidad. Acerca de la diferencia entre "supremacía" política (el significado político de fundamental) y supralegalidad (el significado jurídico de fundamental) de las Constituciones me remito a mi trabajo citado en la nota 6.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

glamentos y de otros actos del poder público e incluso del poder social o de los particulares (*drittwirkung*), o a la resolución jurisdiccional de los conflictos de atribuciones o de competencias, la ampliación y eficacia de los controles se manifiesta en la completa sumisión de la administración a la ley, con la desaparición de ámbitos exentos, en el establecimiento de nuevas instituciones de fiscalización (como la figura del *ombudsman*), en la extensión del control parlamentario a actividades o entidades de carácter administrativo, en la multiplicación, por vías formales, de otros medios de control del poder a cargo de asociaciones, sindicatos o grupos de interés e incluso en la creación (para determinados ámbitos: Consejo de Europa, Comunidades Europeas) de instrumentos supranacionales, políticos y jurídicos de control.

2. *La discutible contraposición entre Constitución como "norma abierta" y Constitución como "sistema material de valores"*

Aquí radica, me parece, la polémica doctrinal más importante del derecho constitucional de nuestros días, y aquí reside, también, la cuestión fundamental de la teoría constitucional del control. Los términos de esta polémica no deben confundirse (aunque ello ocurre con cierta frecuencia) con los de otra, hoy ya mayoritariamente superada por la doctrina constitucional más autorizada: la de la contraposición entre el concepto positivista y el concepto que podríamos llamar "principialista" de Constitución. Son dos polémicas, como decimos, distintas, ya que en la discusión sobre la Constitución "abierta" o la Constitución como "sistema material de valores" se parte de una idea compartida: el carácter teleológico de la norma constitucional, en cuanto que se la concibe orientada a la realización de uno o unos principios o, lo que es igual, descansando en uno o unos principios que dotan de sentido a la estructura constitucional; mientas que en la otra discusión ese presupuesto es, justamente, el que no se comparte. No cabe, pues, confundir las dos polémicas enfrentando hoy simplemente "positivismo" y "iusnaturalismo" (por supuesto, entendido como "nuevo iusnaturalismo"), porque entonces ni se comprenden los términos del problema ni se ubican correctamente las teorías en liza, ya que, por ejemplo, a Häberle o a Ely había que considerarlos o "positivistas" (lo que repugnaría a la defensa, por ambos, de la función garantizadora de la libertad que la Constitución desempeña) o

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

"iusnaturalistas" (lo que haría bastante inexplicable la pretensión de Häberle de hacer una "teoría constitucional sin derecho natural" o de Ely de "abandonar el subjetivismo propio de los derechos naturales").

La polémica sobre el concepto de Constitución tampoco debe confundirse con la polémica sobre la interpretación constitucional, pues aunque muy relacionadas, sus términos no coinciden con exactitud, de tal manera que la crítica a la jurisprudencia de valores (más bien a la jurisprudencia de valores sustantivos) que realizan Ehmke, Hesse (sobre todo en la primera etapa, en la que defiende la "tópica"), o Denninger, por ejemplo, ni homogeneiza, sin más, a esos autores ni los sitúa en la línea de un entendimiento teleológico de la Constitución. Y ello por algo muy simple; porque aunque estén, desde luego, conectados, no pueden asimilarse totalmente en el derecho, pero menos aún en el derecho constitucional, significado de la norma y medios de interpretación; una cosa es la operación de interpretación constitucional y otra, perfecta e inevitablemente discernible, el concepto de la Constitución desde el que se parte.

A estos efectos, y a pesar de que hoy, como se dijo antes, la polémica constitucional entre "positivismo" y "iusnaturalismo" está mayoritariamente superada, como algo casi marchito que, desde el periodo de entreguerras, donde alcanzó su pujanza, sobrevive en el presente de manera precaria (pues contradice el entendimiento del Estado constitucional como Estado social y democrático de derecho), conviene, antes de entrar en el examen de la polémica, más moderna y más viva, acerca de los valores sustantivos o de los valores procedimentales, detenerse un poco en aquel otro debate entre "positivismo" y "iusnaturalismo", ya que, aparte de resultar ilustrativo, sigue vivo, al parecer, entre algunos autores españoles.

En realidad, el debate enfrenta, en las últimas décadas, a Forsthoff con la casi totalidad de la doctrina constitucional alemana y (por supuesto) norteamericana. Frente a la generalidad de los autores que (unos a través de los valores, otros de los principios, otros del consenso, etcétera) defienden un concepto de Constitución orientado a garantizar la libertad, Forsthoff, en un kelsenianismo de estricta observancia, concibe a aquélla como mera "ordenación fundamental", desligada de cualquier referencia finalista. Es cierto que hoy la ciencia del derecho no puede renunciar a las aportaciones fundamentales del positivismo, e incluso que quizá es ciencia gracias justamente a ellas, pero también es cierto

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

que con las solas armas del positivismo no puede construirse el derecho constitucional. Es perfectamente concebible (aunque no se comparta) la idea de una teoría general del derecho basada en su positividad, es decir, en el cumplimiento de las condiciones de "validez" de las normas, lo que obliga, al plantearse el problema de la "validez" de la Constitución, a recurrir o a la "norma hipotética fundamental" de Kelsen o a la "norma de reconocimiento" de Hart. Con ello se puede construir, y de hecho se construye, una teoría general-universal del derecho, pero no puede construirse una teoría general-universal de la Constitución, por la sencilla razón de que no puede trasladarse exactamente la noción de validez de la ley a la noción de validez de la Constitución, ya que en esta última la validez ha de incluir, inexorablemente, la legitimidad.

La seguridad jurídica (pues el positivismo, aunque reniegue de los fines del derecho, postula, inequívocamente, este fin) puede sustentar, sin otras adiciones, a las normas de todo el ordenamiento (o, para el positivismo, de todo el sistema jurídico), pero no a la que lo encabeza y, a su vez, lo sustenta: a la Constitución. La norma constitucional sólo puede "comprenderse" jurídicamente uniendo su validez con su legitimidad, pues esa legitimidad es la que le confiere una "específica y enérgica" pretensión de validez. Legitimidad que en la Constitución no es otra que su finalidad de garantizar la libertad, porque sólo a través de esa finalidad puede afirmarse su auténtica condición de norma capaz de la limitación y no de la autolimitación del poder, capaz de diferenciar con efectos jurídicos, es decir, predeterminables, poder constituyente y poderes constituidos, lo que únicamente se concibe entendiendo a la Constitución, en palabras de K. Stern, como "expresión libre de la autodeterminación de la nación".[55] Democracia y libertad aparecen, pues, y no podía ser de otra manera, como elementos inseparables. Un concepto de Constitución cargado de "sentido" es el único que permite, por otro lado, que el derecho constitucional sea un conocimiento crítico, además de exegético, o sea que pueda realizarse, desde el derecho, la crítica al derecho mismo (la crítica política es obvio que no requiere ser hecha desde el derecho, sino desde fuera de él).

En consecuencia, y a diferencia de la teoría general del derecho, que puede ser una teoría general-universal (aunque ello también tenga sus

55 Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1977, t. I, p. 58.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

críticos),[56] la teoría de la Constitución sólo puede serlo "general-particularizada", es decir, general o común dentro de un tipo determinado de sistema: el del Estado constitucional entendido como Estado constitucional democrático-liberal. Hesse, como es bien conocido, sostendrá que la teoría de la Constitución en el Estado constitucional es justamente la teoría de la Constitución del Estado democrático de derecho. De todos modos, sobre este tema volveremos más adelante al tratar de la otra polémica ya aludida. Entre nosotros, F. Rubio Llorente ha expresado esta tesis con suma claridad:

> Por Constitución entendemos... y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las Constituciones napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional.[57]

De ahí que resulte ligeramente extraño uno de los ejemplos últimos, y más notables, que entre nosotros ha tenido la desfasada polémica entre el "positivismo" y el "iusnaturalismo" constitucional, a través de la crítica de I. de Otto[58] a la obra "La Constitución como norma jurídica", de E. García de Enterría. Dice I. de Otto: "García de Enterría rechaza de plano el concepto positivista de Constitución y parte de otro que podemos denominar 'valorativo', para no utilizar el término que designa su verdadero fondo: 'iusnaturalista'"; y le reprochará después "fundir el concepto de Constitución con la libertad, los derechos individuales, la democracia y otras ideas, capitales políticamente, qué duda cabe, pero

56 Así, por ejemplo K. Larenz, en la introducción a su *Metodología de la ciencia del derecho*, edición española, Barcelona, 1980, sostiene que la ciencia del derecho es una ciencia "comprensiva" y, por lo mismo, es incapaz de aprehender el "sentido" del derecho en todo tiempo y lugar, sino sólo *hic et nunc*, es decir, en cada "forma" que el derecho adopta.

57 Rubio Llorente, "La Constitución como fuente del derecho", *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Madrid, IEF, 1979, vol. I, p. 61.

58 *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, enero-abril de 1981, pp. 335-337.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

por completo inoperables para elaborar una dogmática jurídico-constitucional". Se hace muy difícil aceptar que las ideas de García de Enterría, tomadas claramente de Häberle, Hesse, Stern, Böckenförde, Ely o Bachof, por ejemplo, puedan ser tachadas de "iusnaturalistas", dado que la mayoría de tales autores, manifiestamente, no lo son; como es difícil también comprender que se postule, con rotundidad, la existencia de una teoría de la Constitución de carácter universal. Como todo ello lo conoce perfectamente I. de Otto, hay que entender que ocurre más bien un malentendido, originando en una confusa utilización de los términos. Quizá él se alinea con Häberle, o Ehmke, o Denninger, o el mismo Ely, en su crítica al "iusnaturalismo", pero esa crítica ni supone el triunfo del "positivismo" ni se hace ni puede hacerse desde él, aparte de que entonces tendría que criticar "parte" de las ideas de García de Enterría, y no su concepción en bloque. Realmente, el problema reside justamente aquí, en una confusión a la que el propio García de Enterría, sin proponérselo, por supuesto, parece alentar. Porque no conviene agrupar, como un algo homogéneo, teorías dispares, ni sostener, en consecuencia, "un" concepto de Constitución utilizando, "al mismo tiempo", teorías de Bachof y de Häberle, de Schneider y de Ehmke, de Ely y de Dworkin, sin explicar por qué se homogeneiza lo heterogéneo o se entiende lo diverso como complementario. Es posible que sí, que dichas teorías no sean efectivamente opuestas, sino conciliables, como más adelante veremos, pero ello hay que decirlo y razonarlo. De lo contrario, o se provoca el retroceso a la esterilidad de la vieja y desfasada contraposición "neta" entre positivismo y iusnaturalismo, o se vierte en una obra, magnífica por todo lo demás, una apariencia de confusión que da lugar también a otra aparente confusión en críticos tan inteligentes.

Pasemos ya a la polémica entre Constitución "abierta" y Constitución como "sistema material de valores", polémica íntimamente ligada a la que contrapone "democracia procedimental" a "democracia sustantiva". Como antes se dijo, y como los términos mismos de la polémica evidencian, las dos posiciones enfrentadas se asientan en una idea común: su concepción de la Constitución democrática. A partir de ahí el resto son diferencias, aparentemente fuertes: para unos la democracia consiste en el reconocimiento y la garantía del pluralismo político y, en consecuencia, la Constitución debe ser concebida como una norma "abierta" capaz de asegurar la libertad de todas las alternativas; para los

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

otros, la democracia no puede identificarse sólo con el pluralismo, sino que descansa en una serie de valores (libertad, igualdad, participación, dignidad de la persona, etcétera.) sin los cuales la democracia resulta inconcebible e irrealizable y, por ello, la Constitución ha de ser una norma que exprese y garantice ese "sistema material de valores". Como quiera que la primera tesis se ha producido como reacción frente a la segunda, parece más conveniente detenernos primero en esta última.

Lo que se ha llamado el "nuevo iusnaturalismo" o la concepción "sustancial" de la democracia florece, como se sabe, en Europa después de la Segunda Guerra Mundial como reacción teórica frente al positivismo y como reacción práctica frente a las pasadas experiencias del nacional-socialismo y el fascismo. En el campo del derecho constitucional ello no significará, por supuesto, la asunción pura y simple de los "derechos naturales" como fuente, aunque en el constitucionalismo norteamericano así fue hasta hace pocas décadas, y no hay más que repasar la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal para comprobarlo,[59] sino la concepción de los derechos fundamentales como núcleo sustancial de la propia Constitución. El artículo 1o., apartado 2, de la Ley Fundamental de Bonn es muy expresivo en este punto: "El pueblo alemán reconoce... los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de la comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo"; y el Tribunal Constitucional señalaría que ese carácter, de inviolables y de fundamentales, de los derechos había que entenderlo referido a los positivizados por la Constitución.[60] En otro texto constitucional, precisamente el español de ahora, en su artículo 10, apartado 1, puede verse una declaración similar: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes... son fundamento de orden político y de la paz social"; precepto cuya génesis está clara, aunque se aprecia una mayor intensidad en la "valoración" de los derechos que en la fórmula alemana, en cuanto que en España son "fundamento del orden político" y no sólo de la "comunidad humana".

59 Schwartz, B., *The Great Rights of Mankind. A. History of the American Bill of Right*, Nueva York, 1977. Ha habido tesis en contra (aunque se trata de tesis muy poco defendibles, porque, simplemente, la mínima observación histórica las desmiente): Haines, *The Revival of Natural Law Concepts*, Harvard University Press, 1930.

60 Véase Linsmayer, E., *Das Naturrecht in der Reschtsprechung der Nachkriegsreit*, 1963; Sean-Rong, L., *Der Wiederaufbau der Naturrechtslehre in Deutschland nach dem zweiten Weltkrieg*, 1977. Además, BVerf. GE 10,81, que fue tajante.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Este "nuevo iusnaturalismo" constitucional se manifestará a través de la doctrina norteamericana de la *preferred position* de las libertades de la primera enmienda,[61] que se convertiría en el núcleo fundamental de la jurisprudencia del Tribunal Warren[62] y de la tesis de la concepción "valorativa" de la Constitución, entre cuyos múltiples sostenedores habría que citar a Tribe y Perry,[63] y a través de la doctrina alemana de la "más fuerte pretensión de validez" de los derechos fundamentales (al mayor valor de los *Grundrechte*), considerados por los autores (Bachof, Hollerbach, Dürig, Nipperdey, Esser, Zippelius, entre otros) y por la jurisprudencia constucional[64] como "valores jurídicos supraordenados" que se imponen incluso al poder constituyente-constituido. H. P. Schneider[65] lo dirá de manera bastante expresiva:

> Los derechos fundamentales poseen, por tanto, además de su peso específico jurídico-individual, una significación que difícilmente puede sobrevalorarse para la totalidad jurídico-constitucional de la comunidad política. Son simultáneamente la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente.

Aunque a veces la definición como "orden de valores" alcance en la jurisprudencia constitucional alemana a toda la *Grundgesetz*, lo más corriente es que se circunscriba, en esa jurisprudencia, el "orden de valores" a los derechos fundamentales o, todo lo más, a éstos y a las "decisiones básicas" conformadoras de la forma del Estado.[66] Esta teoría será

61 A partir de la famosa sentencia del T. S., V. S. V. Carolene Produts. Véase Tribe, *American Constitutional Law*, Nueva York, 1978, pp. 564 y ss. Esta doctrina protegerá más fuertemente, pues, los derechos de libertad personal que los de contenido patrimonial.

62 Véase, por todos, Cox, A., *The Warren Court. Constitutional Decision as an Instrument of Reform*, Cambridge, Mass., 1971. El Tribunal Burger retrocedería algo, pero no abjuraría de esta doctrina; véase, entre los trabajos más recientes, Choper, J. H., "Consequences of Supreme Court Decisions Upholding Individual Constitutional Rights", *Michigan Law Review*, vol. 83, núm. 1, octubre de 1984.

63 Tribe, *op. cit.*, nota 61; Perry, *The Constitutions, the Courts and Human Rights: an Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policy Making by the Judiciary*, 1982.

64 Stern, K., *op. cit.*, nota 55, t. I, pp. 16, 17, 93 y ss.

65 "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-febrero de 1979, p. 73.

66 "Decisiones constitucionales fundamentales" que "determinan la totalidad de la

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

recibida, al menos literalmente, por la Constitución española (artículos 1o.1 y 10.1).[67]

Como reacción a lo que se ha llamado el "subjetivismo" y la "indeterminación" de los valores sustantivos (Roellecke, Denninger) o incluso la "democracia militante" (*Streitbare Demokratie* es el título precisamente de la obra de J. Lameyer), se originará un movimiento teórico, sumamente crítico del anterior, y que propugna una concepción de la Constitución como orden "abierto", que no impone determinados valores, sino que permite la libre realización de cualquiera de ellos. Esta posición estará influida, notablemente, por las doctrinas "pluralistas" iniciadas a principios del siglo XX por Laski y Bentley, continuadas en la segunda posguerra por Truman[68] y Fraenkel,[69] entre otros, y desarrolladas muy ampliamente por las teorías "neocontractualistas", que en la filosofía jurídica y política tienen en Rawls[70] su mejor expresión. Democracia pluralista frente a democracia material, o si se quiere, democracia procedimental frente a democracia sustantiva, será lo propugnado por esta tesis, que en el campo del derecho constitucional estará defendida principalmente por Häberle y Ely. Aunque en ambos sus teorías se presentan como una lucha frente al "iusnaturalismo" (el título de uno de los trabajos de Häberle es sumamente expresivo: *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*), el intento de hacer, pues, "una teoría de la Constitución, sin derecho natural" no los conducirá, exactamente, al rechazo de cualquier concepción "valorativa" de la Constitución, sino sólo al rechazo de los valores materiales, es decir, al rechazo de la Constitución como sistema "material" de valores. Ninguno de los dos autores adopta un positivismo de estricta observancia y, en ese sentido, no renuncian

unidad política respecto a su especial existencia". Véase, al respecto, Stern, K., *op. cit.*, nota 55, t. I, pp. 93 y ss.; Maunz, During y Herzog, *Grundgesetz. Kommentar*, artículo 79, párrafo 29.

67 No viene al caso aquí plantearse la cuestión de si el artículo 10.1 establece o no un límite material a la reforma constitucional, puesto que el significado "valorativo" de la Constitución no requiere, necesariamente, ir acompañado de "cláusulas de intangibilidad". Lo que importa es constatar que nuestra Constitución "normativiza" unos valores que se imponen, por ello, al poder constituido y que han de ser respetados incluso por aquellos que propugnen una reforma constitucional que los niegue.

68 *The Governmental Process*, Nueva York, 1951.

69 Véase la recopilación de sus escritos: *Deustschland und die westlichen Demokratien*, 1973.

70 *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard College, 1971.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

(porque creen imposible construir una teoría constitucional "comprensiva" o "adecuada" o "significativa" de otra manera) al entendimiento "valorativo" de la Constitución.

Se trata, pues, de abandonar los valores "materiales" y sustituirlos por los valores "procedimentales", únicos que garantizan (a juicio de estos autores) una verdadera libertad y, en consecuencia, una auténtica democracia. Häberle,[71] quien adopta como punto de partida el concepto de "sociedad abierta" de Popper, concibe a la Constitución como un sistema no de valores sustantivos, sino de cláusulas procedimentales que garantizan la alternativa política, es decir, que permiten el libre juego y el libre acceso democrático al poder de cualquier opción. La Constitución tiene como finalidad fijar las reglas procesales y no materiales de la democracia, asegurando que todas las opciones pueden desarrollarse en libertad y que a ninguna le está vedado, si adquiere mayoría, ejercer el gobierno. Como ha visto muy bien García de Enterría, para Häberle "los derechos fundamentales no serían sino técnicas instrumentales o aperturas para mantener el sistema abierto más que valores sustantivos".[72] De manera casi idéntica en el fondo, aunque más apegado, como es obvio, a un tratamiento casi exclusivamente "jurisprudencial" del derecho, J. H. Ely[73] critica igualmente los "valores materiales" y defiende los "valores procedimentales", en cuanto que los primeros carecen de la objetividad que sólo pueden tener los segundos. La Constitución, dirá, no puede ser concebida, pues, como un sistema de valores "materiales" o "sustantivos", sino como una norma que, a través de sus cláusulas abiertas, establece los medios que garanticen que cualquier valor sustantivo que surja en la sociedad puede no sólo expresarse, sino llegar a gobernar si lo apoya la mayoría de la población.

71 *Verfassungs als öffentlicher Process*, Berlín, 1978, en la que se recoge, ampliado, su trabajo de 1974 "Verfassungstheorie ohne Naturrecht", y sobre ello vuelve, en 1980, en *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*.

72 "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, enero-abril de 1981, p. 117.

73 Aunque había anticipado sus ideas en diversos trabajos, el impacto de ellos (fortísimo en el constitucionalismo norteamericano) se producirá con la publicación de su libro *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Ahora bien, el problema más delicado de esta polémica, o si se quiere, lo que constituye la raíz más profunda y atractiva de este enfrentamiento entre el "sustancialismo" y el "procedimentalismo", radica en la imposibilidad que existe, a mi juicio, de que ambas teorías puedan negarse enteramente. Se trata, pues, de un falso enfrentamiento o, dicho con más precisión, de un enfrentamiento que no puede llegar a ser radical, aunque así lo hayan enunciado sus autores. Al partir ambas teorías de un supuesto común (la Constitución tiene por objeto la garantía de la libertad), la discrepancia en los medios, cuando se da la coincidencia en "ese" fin, está abocada, casi necesariamente, a no ser irreductible. Y ello porque la afirmación de la libertad como valor exclusivamente "material" puede conducir a una libertad sin democracia, de la misma manera que la afirmación de la libertad como valor exclusivamente "formal" o "procesal" puede conducir a una democracia sin libertad. Y ambas soluciones repugnan no a la práctica o a la filosofía política, sino a la misma teoría de la Constitución como teoría jurídica.

Sin embargo, la solución no está en el establecimiento de un promedio "cuantitativo", promedio, por lo demás, que bajo el aparente radicalismo se manifiesta, sin embargo, en cada una de las dos posturas. Las tesis de los valores "materiales" incluyen dentro de ellos a las cláusulas que determinan la forma de Estado, es decir, que establecen la titularidad y el ejercicio democrático y controlado del poder; las tesis de los valores "adjetivos" incluyen dentro de ellos (Häberle, sobre todo) a los derechos fundamentales (como "garantías" de la libertad); defensores de la tesis de los valores "materiales" aceptan, en su mayoría, que en la Constitución hay cláusulas "abiertas", ademas de cláusulas "cerradas"; los defensores de los valores "adjetivos", aunque sostienen que todas las normas constitucionales son "abiertas", cuando conciben como cláusula "fundamental" la del poder representativo (Ely, sobre todo) están admitiendo, tácitamente, que esa cláusula es "cerrada" (es decir, caracterizada por un significado unívoco) puede funcionar como cláusula permanente de "apertura" del sistema constitucional; el mismo Häberle, al considerar el "contenido esencial" (a estos efectos es intrascendente que se concrete ese contenido por obra de la tradición, de la filosofía moral, de la cultura jurídica, o de las "realidades sociales típicas", que es la pos-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

tura de Häberle) como garantía de los derechos fundamentales[74] está reconociéndole, tácitamente, a dicho "contenido esencial", el carácter de norma "cerrada". Y decimos todo esto desde la teoría de la Constitución, pues otra cosa distinta sería desde la actividad de la interpretación, donde el problema de las cláusulas abiertas y cerradas o se pone en relación con el "interpretativismo" y el "no interpretativismo" o carece de sentido de tal manera que cuando se piensa, como es el caso de Dworkin (y parece que con toda razón) que la aplicación del derecho requiere siempre de la interpretación, entonces ha de abandonarse la terminología "abierta-cerrada" para emplear otra: "concepciones y conceptos", "mayor o menor apertura", "principios y normas", etcétera.

No basta, pues, admitir que las dos teorías (la Constitución como norma "abierta" y la Constitución como "sistema material de valores") se corrigen mutuamente, que en ambas hay parte de verdad y que la solución consiste en una mezcla (¿cómo establecer la proporción?) de las dos. Y no basta, en primer lugar, porque los argumentos jurídicos deben ser de cualidad y no de calidad, y, en segundo lugar, porque esa sería una solución ecléctica, que, por ser sólo y exclusivamente práctica, no es de recibo, ni muchos menos, como solución teórica. En realidad, se trata de un falso enfrentamiento, como antes ya se apuntó, de la misma manera que también es falsa la contraposición entre "democracia sustantiva" y "democracia procedimental" o entre Estado "formal" (o "garantizador", mejor que "garantista") de derecho y Estado "material" de derecho. Entiéndase bien, no es que sea falsa la distinción como distinción de facetas o cualidades, sino que lo que resulta teóricamente falso es la contraposición como categorías opuestas. Cuando Ely afirma que "lo que ha distinguido a la Constitución norteamericana ha sido el sistema de gobierno y no una determinada ideología",[75] no puede negar que ese sistema de gobierno lo integran no sólo las normas organizativas del poder, sino también las libertades de los ciudadanos; justamente porque sin esas libertades se distorsionan las reglas del poder mismo. Cuando Dworkin mantiene que "los derechos fundamentales sólo son derechos si triunfan frente al gobierno o la mayoría"[76] está diciendo una

74 Häberle, *Die Wesensgeholtgarantie des art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Karlsruhe, 1962 (hay una nueva edición, muy ampliada, de 1984).

75 Ely, "Toward a Representation Reiforcing Mode of Judicial Review", *Maryland Law Review*, núm. 37, 1978, p. 485.

76 Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, pp. 285 y 289.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

gran verdad, pero ello no le conduce a negar la regla de la mayoría como válida para gobernar, de la misma manera que cuando sostiene que "el derecho constitucional no podrá hacer auténticos avances mientras no aísle el problema de los derechos en contra del Estado y no haga de él parte de su programa",[77] no niega que el Estado puede imponer obligaciones e, incluso, en beneficio de la igualdad, establecer restricciones que conduzcan a una "discriminación inversa".[78]

Si se admite, pues, y me parece muy difícil no hacerlo, que el concepto de Constitución es, inevitablemente, finalista, la discusión sobre "los valores" constitucionales (no sobre el carácter valorativo de la Constitución, que ello se da entonces por sentado) donde tiene su lugar, exactamente, es en la propia interpretación, y todo lo que sea trasladarlo al concepto de Constitución es incurrir en el riesgo de plantearse un falso problema. Por supuesto que de la teoría de la Constitución forma parte la teoría de su interpretación, pero ello no significa que concepto de Constitución y modo de interpretarla sean asuntos completamente inseparables. Están íntimamente ligadas, por supuesto, pero son teóricamente escindibles, entre otras cosas porque de lo contrario sería imposible utilizar la teoría de la Constitución como elemento imprescindible (Hesse y Dworkin coinciden aquí) para interpretarla.

Desde la teoría constitucional "adecuada" al Estado constitucional democrático no cabe separar (como ya pretendió, por cierto, C. Schmitt) derecho y garantía, limitación y control, estructura y fines de poder, como si tuviesen identidad independiente. Es evidente que la sociedad de nuestro tiempo exige, como dice Barbera,[79] además de las "libertades negativas", "instituciones de libertad", "contrapoderes", y también, lo es que "los derechos fundamentales no sólo son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino que simultáneamente son también (como dice H. P. Schneider) "elementos de ordenamiento objetivo", esto es, normas jurídicas objetivas formando parte de un sistema axiológico que aspira a tener validez, como decisión jurídico-constitucional

77 *Ibidem*, p. 233.

78 *Ibidem*, pp. 327-348 (aunque aquí su construcción lógica, muy deudora de la de Rawls, le lleva a incurrir en algunas contradicciones, bien señaladas por M. Sandel en *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, 1982, p. 135).

79 Comentario al artículo 2o. de la Constitución italiana, en los *Comentarios*, dirigidos por Branca, 1975.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

fundamental, para todos los sectores del derecho";[80] o que "la libertad individual precisa (en palabras de Häberle) de las relaciones existenciales institucionalmente garantizadas, de la faceta institucional de los derechos fundamentales".[81] Pero al mismo tiempo no puede sepultarse, bajo la consideración "institucional" de los derechos, la libertad individual. Sobre ello avisa, certeramente, Zagrebelsky cuando escribe:

> Podemos extrañarnos de la facilidad con que la literatura jurídica da por superadas las nociones tradicionales y se muestra dispuesta sin demasiadas dificultades a desembarazarse de la doctrina de la libertad, en un momento en que una importante revisión del juicio tradicionalmente negativo a propósito de las conquistas de la revolución burguesa se impone incluso en medios ideológicos muy distantes.[82]

"Importante revisión" que es, precisamente, lo que constituye la tesis central del "liberalismo progresista" (muy alejado de corrientes conservadoras) de Dworkin cuando se manifiesta "frente al utilitarismo", en el que priman los fines colectivos sobre los individuales, y afirma que durante décadas el utilitarismo ha sido una doctrina progresista que ha facilitado y promovido la sociedad del bienestar, pero en los últimos tiempos se ha convertido en un serio obstáculo para el progreso moral. Ello le lleva a Dworkin a sostener que los objetivos sociales sólo son legítimos si respetan los derechos de los individuos y que, en consecuencia, una verdadera teoría de los derechos debe dar prioridad a los derechos frente a los objetivos morales.[83]

El riesgo de sacrificar el ejercicio individual de la libertad al significado objetivo de la institución que la recoge no se le oculta, por supuesto, a Häberle, que intenta conjurarlo expresando que ambos aspectos son compatibles. Pero, indudablemente, el riesgo existe, que no es otro que el de la conversión de la libertad en privilegio, es decir, el de la vuelta, bien que por otros medios, a la "libertad de los antiguos". La respuesta adecuada a estos problemas no puede ser más que la denuncia de la falsedad teórica del supuesto enfrentamiento al que tantas veces se ha aludido,

80 Schneider, *op. cit.*, nota 65, p. 25.

81 Häberle, *Die Wesensgeholtgarantie...*, *cit.*, nota 74, p. 98.

82 "El Tribunal italiano", en varios autores, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, 1984, p. 464.

83 Dworkin, *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 76, pp. 31-34 y 276-279.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ya que no cabe escindir "derecho" de "garantía" o "libertad" de "democracia", como no cabe tampoco (en palabras de K. Stern) la escisión entre los "derechos fundamentales y la organización del Estado", pues "el ordenamiento del poder político y de la libertad individual forman, para la Constitución, una estructura inseparable".[84] Entre nosotros, esa inescindibilidad ya ha sido defendida, entre otros, por Rubio Llorente, al afirmar que no cabe desligar derechos fundamentales de división de poderes,[85] o por Jiménez Campo, al denunciar la ficción de la disociación entre parte "dogmática" y parte "orgánica" de la Constitución.[86]

3. *El control como elemento de conexión entre el sentido "instrumental" y el sentido "finalista" de la Constitución*

El doble carácter, instrumental y legitimador, del derecho se manifiesta aún con mayor intensidad, y claridad, en la norma suprema del ordenamiento: la Constitución, en cuanto que ésta comprende, de un lado, la fijación de los fines del poder y, de otro, la regulación de su estructura de manera congruente con los fines que se pretende alcanzar. El único concepto de Constitución "constitucionalmente adecuado", es decir, el único capaz de dotar a la Constitución de fuerza "normativa", en cuanto que descansa en la limitación "del" Estado y no en su mera "autolimitación", es el que se articula, teóricamente, sobre el principio democrático (la soberanía del pueblo), principio que no es sólo de carácter político, sino también jurídico, pues las consecuencias que para el mundo del derecho se derivan de concebir a la Constitución como expresión de la "autodeterminación" popular son extraordinariamente relevantes. Ese principio democrático es, justamente, como afirma Stern,[87] el que distingue la "Constitución del Estado" (establecida desde abajo) de la simple "ordenación del Estado" (establecida desde arriba). Y no es baladí, ni mucho menos, esta diferenciación. No sólo porque única-

84 Stern, K., *op. cit.*, nota 55, especialmente prólogo y p. 58.

85 "La Constitución como fuente del derecho", *op. cit.*, nota 57, pp. 57-62, y "La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución", *Libro-homenaje a Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, 1975, pp. 920 y ss.

86 Jiménez Campo, "Estado social y democrático de derecho", *Diccionario del sistema político español*, Madrid, Akal, 1984, p. 280.

87 Stern, K., *op. cit.*, nota 55, p. 58.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

mente la Constitución, así entendida, tiene capacidad para limitar el poder del Estado, sino además porque del principio democrático se desprenden determinadas exigencias en orden al contenido y a la interpretación de la Constitución misma.

No cabe concebir a un pueblo soberano si no es un pueblo libre, y no cabe concebir a un pueblo libre si la libertad no es disfrutada por todos los ciudadanos, es decir, si los ciudadanos no son iguales en su libertad. De ahí que la Constitución democrática (la democracia no es un fin de la Constitución, sino una condición de ella) establezca como fines la libertad y la igualdad. La justicia y el pluralismo político, considerados por la Constitución española como "valores superiores" (junto a los dos anteriores) del ordenamiento, no son fines en sí mismos, sino otra cosa. La justicia es una función del Estado y, al mismo tiempo, un requisito estructural de su condición de Estado de derecho; el pluralismo no es un fin, sino una situación que se deriva del cumplimiento de los fines: el pluralismo político no se "fomenta", sino que se "posibilita" a través de la libertad y la igualdad.[88]

El concepto de Constitución ha de ser necesariamente, pues, un concepto finalista,[89] característica que acompaña, en general, al concepto, lato, de "ordenación". En ello, por lo demás, resulta muy difícil desmentir a Heller, sea cual sea el punto de vista que se adopte. La orientación finalista del concepto de Constitución es aceptada, como vimos, por los sectores enfrentados en la polémica acerca de los valores sustantivos o procedimentales. Ambos sectores coinciden, además, en que la Constitución tiene un fin específico que la distingue de cualquier otra ordenación: la realización de la libertad. Ahora bien, parece muy difícil desligar libertad de igualdad (no en vano unidas ya en la Declaración de Derechos de 1789), y más aún cuando la libertad se adopta como fin de una Constitución basada en el principio democrático. En realidad, son esos dos valores los que integran el fin de la Constitución, y su aso-

88 Ese parece el sentido, además, que le otorga el propio Tribunal Constitucional español cuando en su sentencia 4/1981 (fundamento jurídico 3) define al pluralismo no como un fin sino como la situación o el modo de ser de un sistema.

89 Tesis plenamente aceptada, desde el primer momento, por la jurisprudencia constitucional española: "La Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico" (sentencia 9/1981, fundamento jurídico 3).

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ciación (y su tensión), lo que caracteriza al Estado social y democrático como Estado constitucional de nuestro tiempo. La trascendencia de ese fin es múltiple: de un lado, requiere su concreción en un catálogo de derechos (de libertad y de prestación), sin los cuales esos fines no se "realizarían", y de otro, exige la adopción de una determinada organización del poder, sin la cual esos fines no se "garantizarían".

El concepto positivista de Constitución no es que niegue la existencia de fines, sino que los considera como un elemento político que no debe ser tenido en cuenta por el jurista. Sin embargo, una afirmación así resulta contradicha no sólo por la realidad, sino por la misma teoría, pues son tales fines los que proporcionan a la Constitución una "cualidad" jurídica que la diferencia de la ley,[90] con la consecuencia de que la interpretación "constitucional" requiere de un método distinto que la interpretación "legal";[91] los que proporcionan también los argumentos jurídicos para comprender que la ley no es ejecución de la Constitución (como el reglamento es ejecución de la ley); los que exigen una determinada regulación (e interpretación) jurídica de la organización estatal. En resumen, son los fines los que prestan sentido a la consideración unitaria de los preceptos materiales y estructurales que la Constitución contiene.

Frente a las tesis de la "Constitución abierta" cabe alegar, con algún fundamento, la dificultad en distinguir entre dos clases de valores, "materiales" y "procedimentales adjetivos",[92] dado que los valores o se conciben materialmente o es muy dudoso que posean su condición de "valor". Frente a las tesis de la Constitución como "sistema material de valores" cabe aducir que tal sistema, siendo, como no podía ser de otra forma, "material", tendría que reducirse (si se quiere ser coherente con los postulados de la tesis, que son bastante sólidos) a no integrar más que dos valores: la libertad y la igualdad, en cuya pretensión de realización consiste, justamente, el fin de la Constitución, pues lo demás son, en verdad, "principios", pero no valores (aunque así se les designe en algún texto constitucional, como, por ejemplo, el español) ni, por lo mismo, fines últimos. Los principios (y las reglas) sí pueden calificarse

90 Claro en la jurisprudencia constitucional española, véase nota 85.

91 Véase Rubio Llorente, F., "Prólogo", en Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984.

92 Esta fue, además, una de las críticas más serias que a Ely formuló inmediatamente L. A. Tribe en "The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories", *The Yale Law Journal*, vol. 89, 1980.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

de materiales o estructurales (y estos últimos de organizativos o procedimentales). La condición de unos (principios o reglas estructurales) es, precisamente, la de ser garantía de los otros (principios o reglas materiales). De ahí que el control (el control entendido en sentido general, que es de lo que hasta ahora venimos tratando, y no circunscrito sólo al control de constitucionalidad), al dotar, con su existencia, de eficacia a las garantías, sea el elemento indispensable para asegurar la vigencia de los principios y las reglas materiales de la Constitución, es decir, para la "realización" de los valores propugnados como fines.

Se ha dicho (por ejemplo, entre otros, N. Bobbio) que la participación es inescindible de la responsabilidad y del control; que la democracia pluralista sólo es posible cuando se articula sobre un sistema general de controles (Sartori); que la democracia "concordada" o "proporcional"[93] no supone la aminoración del control, sino su potencialización; que el Estado social no puede concebirse sin control (García-Pelayo); que el Estado de derecho no significa sólo que el Estado esté controlado por el derecho, sino que también existe el derecho a controlar al Estado (Krüger). Sin los instrumentos de control, en suma, no es posible la existencia del Estado social y democrático de derecho.

Ahora bien, para la teoría de la Constitución el control no debe considerarse como una categoría puramente instrumental. Sencillamente porque ello significaría incurrir en el viejo sofisma schmittiano que consiste en separar los medios de los fines para reificar los medios o implementar los fines de acuerdo con las conveniencias del poder o de los juristas a su servicio. O, dicho con otras palabras, porque ello sería partir de un concepto de Constitución que contiene, en sí mismo, el principio de su propia destrucción. Para una teoría constitucional adecuada a la única Constitución "normativa" posible, que es la Constitución democrática, el control es el elemento que, al poner en conexión precisamente el doble carácter instrumental y legitimador de la Constitución,[94]

93 Sobre todo, Lehmbruch, G., *Proprozdemokratie*, 1967; Marcic, R., *Die Koalitionsdemocratie*, 1966; Eichenberger, K., *Koncordanzdemocratie*, 1971.

94 Del que también disfrutan, aunque con menor intensidad, todas la normas jurídicas; sobre ello, véase mi trabajo "La articulación jurídica de la transición", *Revista de Occidente*, Madrid, noviembre de 1983. Acerca de la revitalización de una visión instrumentalista del derecho como consecuencia de la "jurisprudencia sociológica" y el "realismo jurídico", y de los riesgos a que puede conducir una visión exclusivamente "instrumental", véase Horowitz, "The Emergence of an Instrumental Conception of American Law", *5 Perspective American Legal History*, 1971, p. 287.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

impide que ambos caracteres puedan disociarse. El control pasa a ser así un elemento inseparable de la Constitución, del concepto mismo de Constitución. Cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su "realización"; ocurre, simplemente, que no hay Constitución.

III. Los problemas conceptuales del control: controles sociales, políticos y jurídicos

1. *El control y su sentido unívoco*

La conocida afirmación de Ihering de que "primero se tiene que haber perdido completamente la fe en la teoría para poder servirse de ella sin peligro", aunque contiene una cierta dosis de exageración[95] no deja de encerrar un gran fondo de verdad, en cuanto que alerta, al menos, sobre dos riesgos que acechan a la teoría: el alejamiento de la realidad y el dogmatismo conceptual. La teoría no debe prescindir de su "adecuación" a la realidad, porque ello es lo que le permite explicarla y también criticarla, como no debe tampoco prescindir del "sentido" por un afán de obtener la pureza del "concepto". El fanatismo teórico se presenta, pues, como el pero enemigo de la teoría, dado que puede conducirla a perder lo que constituye, propiamente, la condición de su validez: el ser un vehículo de conocimiento de la realidad para convertirla en una teoría fantasmagórica, es decir, en una teoría que sólo permite conocer... a la propia teoría. Ahora bien, si la huida de un excesivo dogmatismo conceptual conduce a sostener que para un fenómeno complejo puedan existir no uno sino varios conceptos teóricamente válidos, la irrenunciable coherencia sistemática sin la cual la teoría es imposible obliga a atribuir a ese fenómeno un único sentido teórico relevante.

Pues bien, para la teoría de la Constitución el fenómeno del control (como después veremos) escapa al corsé de una única definición conceptual, pero ello no significa que posea una pluralidad de sentidos. Por

95 Debido, quizá, a su mordacidad crítica contra la "jurisprudencia de conceptos" a la que iba dirigida. Probablemente Ihering, que en su juventud había compartido y defendido las mismas tesis de Puchta, incurría, ahora, cuando escribe la frase (t. IV. del *Espíritu del derecho romano*, 1864), y se burla de aquellas doctrinas, oponiéndoles una nueva jurisprudencia "pragmática", en el radicalismo propio del converso.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

el contrario, es justamente la existencia de un sentido "constitucionalmente" unívoco del control lo que le permite ser, como ya se ha expuesto más atrás, elemento inseparable de un concepto unívoco de Constitución. Unidad de sentido que se deriva, pues, de la teoría de la Constitución, pero también de la misma teoría del control: considerada la íntima relación que existe entre Constitución y control, parece evidente que la teoría de aquélla ha de incluir a la teoría de éste y que, a su vez, cualquier intento de teorización del control ha de dotar a éste de un sentido unívoco que sea capaz de englobar coherentemente las variadas formas que el control adopta en el Estado constitucional. Tal sentido no es otro que el de considerar al control como el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder.

El control sobre los poderes públicos es algo que ya se encuentra, aunque con otros nombres, en las formas políticas más antiguas, que reaparece, después de un cierto declive, en la organización medieval y que se expande con el Estado moderno.[96] La noción de control es muy vieja; tanto, puede decirse, como la noción misma de organización. El nombre, en cambio, con el que se le designa es relativamente más joven, ya que arranca de hace sólo seis o siete siglos. La palabra "control" proviene del término latino-fiscal medieval *contra rotulum*, y de ahí pasó al francés *contre-rôle* (*contrôle*), que significa, literalmente, "contra-libro", es decir, "libro-registro", que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros. El término se generalizó, poco a poco, hasta ampliar su significado al de "fiscalizar", "someter", "dominar", etcétera. Aunque suele decirse que en el idioma inglés "control" se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a "comprobación", lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés significa "mando", "gobierno", "dirección", pero también "freno" y "comprobación"; en francés, "registro", "inspección", "verificación", pero también "vigilancia", "dominio" y "revisión"; en alemán (*kontrolle*), "comprobación", "registro", "vigilancia", pero también "intervención", "dominio" y "revisión"; en italiano (*controllo*), "revisión", "inspección", "verificación", pero también "vigilancia", "freno" y "mando". El *Diccionario* de la Real Academia Española otorga a la palabra los

96 Giannini, M. S., "Controllo...", *op. cit.*, nota 5.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

siguientes significados: "inspección", "fiscalización", "intervención", "dominio", "mando", "preponderancia".

Si del análisis puramente lingüístico pasamos al examen de la utilización que de la palabra se hace en las normas jurídicas, la pluralidad de significados no desaparece, en cuanto que en los ordenamientos suele encontrarse el término "control" referido, como reconoce Galeotti,[97] a fenómenos muy diversos (control parlamentario, judicial, administrativo, etcétera); la propia Constitución española, por ejemplo, emplea las expresiones "control parlamentario" (de la acción del gobierno, de la suspensión individual de derechos, de los medios de comunicación social dependientes del Estado, de determinadas normas legislativas de las Comunidades Autónomas), "control de la actividad de las Comunidades Autónomas" (por el gobierno, por el Tribunal Constitucional, por la jurisdicción contencioso-administrativa, por el Tribunal de Cuentas), "control por los tribunales" (de la potestad reglamentaria y de la actividad de la administración), "control judicial" (de la validez de las actas y credenciales de los miembros del Congreso y del Senado), "control" (distinto del judicial) sobre la legislación delegada, "control del Estado" (sobre el ejercicio de las facultades a que se refiere el artículo 150.2), "control... de... los centros" (docentes sostenidos por la administración con fondos públicos). Sin perjuicio de que ciertas actividades de control no estén así enunciadas literalmente (por ejemplo, el control de constitucionalidad de las leyes) parece, pues, que la multiplicidad de significados es patente en nuestro propio texto constitucional y que se ampliaría, sin duda, si el examen se extiende a lo que disponen las leyes y los reglamentos.

Sin embargo, esta variedad de significaciones, que puede obligar a la elaboración de una pluralidad de conceptos de control (como veremos después) no impide aprehender a éste en un único sentido. Bajo las diversas formas (parlamentaria, judicial, social, etcétera) del control del poder y bajo las diversas facetas (freno, vigilancia, revisión, inspección, etcétera) que tal control puede revestir, late una idea común: hacer efectivo el principio de la limitación del poder. Todos los medios de control en el Estado constitucional están orientados en un solo sentido, y todos responden, objetivamente, a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos. Ese es, justamente, el sentido que, en gene-

97 *Introduzione alla teoria..., cit.*, nota 4, pp. 4 y 5.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ral, atribuye Ely[98] al control, como manifestación de la capacidad de fiscalización de los gobernantes por los gobernados a fin de garantizar que gobiernen la mayoría y se evite, al mismo tiempo, la tiranía de esa mayoría. En resumidas cuentas, lo que se garantiza así, en último extremo, es la vigencia de la soberanía nacional (al impedirse el absolutismo del poder) porque, como decía muy bien Muñoz Torrero en nuestras Cortes de Cádiz: "El derecho a traer a examen las acciones del gobierno es un derecho imprescindible que ninguna nación puede ceder sin dejar de ser nación".[99]

2. *La imposibilidad de un concepto único de control*

Si bien la unidad del fin permite atribuir un sentido unívoco al control y considerarle, por ello válidamente, como elemento inseparable del concepto de Constitución,[100] la pluralidad de medios a través de los cuales ese control se articula, la diversidad de objetos sobre los que puede recaer y el muy distinto carácter de los instrumentos e institutos en que se manifiesta impiden sostener un concepto único de control. No se trata de que existan clases de control, que ello es obvio y no repugnaría, por sí solo, a la unidad conceptual, sino de que, por imperativos analíticos, la heterogeneidad de los medios de control es tan acusada que obliga a la pluralidad conceptual. Para el derecho constitucional no hay, pues, uno sino, como veremos, diversos conceptos de control. En todos ellos el control aparece dotado de un único sentido, desde luego, pero integrado por muy variados elementos. La categoría del control se presenta, en sus diversas manifestaciones prácticas, a través de modalidades tan distintas que cualquier intento de englobarlas en un solo concepto que las pudiese abarcar sería una empresa condenada, teóricamente, al fracaso, o en todo caso, operativamente, a la esterilidad.

98 *Democracy and Distrust...*, *cit.*, nota 73, pp. 105-117.

99 Citado por Sánchez Agesta, "Introducción", en Argüelles, A. de, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, 1981, p. 49.

100 Es claro que no podría entenderse como elemento inseparable de un concepto aquel que tuviese una multiplicidad de sentidos, ya que ello conduciría a la nulidad del concepto mismo, pues no habría un concepto "preciso", sino completamente "impreciso", es decir, habría tantos conceptos como sentidos pudiesen atribuirse al elemento en cuestión.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

A. *Heterogeneidad de medios o instrumentos de control*

Efectivamente, el control del poder se manifiesta, en el Estado constitucional, a través de una multiplicidad de formas que poseen caracteres muy diferenciados. Tal diversidad se encuentra, por un lado, en los objetos mismos susceptibles de control: las normas jurídicas (incluida la ley en los países con jurisdicción constitucional), los actos del gobierno y de la administración, del Poder Legislativo y del Judicial (en los países, como el nuestro, donde existe un control de constitucionalidad que los incluye), la mera "actividad" o "comportamiento" del gobierno (responsabilidad política), y la lista podría, sin duda, ampliarse. De otro lado, muchos son los agentes que pueden ejercer el control: tribunales de justicia, cámaras parlamentarias y sus comisiones, parlamentarios individuales, grupos parlamentarios, órganos de gobierno en sentido propio e incluso órganos de la administración, órganos específicos, no exactamente administrativos, de fiscalización o inspección (de la actividad financiera del Estado o, en general, de todas las administraciones públicas), grupos de interés institucionalizados, opinión pública, cuerpo electoral, etcétera. Y, finalmente, también son muy variadas las modalidades que el control puede adoptar: control previo y posterior, de legalidad, de constitucionalidad, de oportunidad, de eficacia e incluso de absoluta libertad en la apreciación (característica, ente otras, del control genuinamente político).

Ante una heterogeneidad así no es de extrañar que los intentos de dotar al control de un tratamiento conceptual unitario adolezcan de graves deficiencias, de tal manera que o son construcciones de suma debilidad teórica, al tratar de homogeneizar lo que de ninguna manera lo es, o son construcciones en las que el pretendido rigor les lleva a excluir del concepto de control figuras que obviamente lo son, con olvido de que el arbitrio del teorizante (como ha dicho muy bien Galeotti)[101] debe encontrar su límite en los datos que facilita la propia realidad. Parece conveniente pasar revista a algunas de esas construcciones.

101 Galeotti, *Introduzione alla teoria*..., *cit.*, nota 4, p. 34.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

B. *La imprecisión del término "controles constitucionales" para abarcar las diversas modalidades de control*

El intento más serio, a mi juicio, de dotar de unidad conceptual a los controles desde el punto de vista de la teoría constitucional, o más exactamente a los controles relevantes para el derecho constitucional, es el realizado por Galeotti en su libro ya varias veces citado *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*. Pero la seriedad del intento no significa su acierto, pues, como veremos, ofrece bastantes flancos a la crítica.

Galeotti arranca de una previa delimitación: "Por control constitucional puede entenderse, en una primera y generalísima aproximación, toda manifestación del control jurídico que se presenta en el ámbito de las relaciones del derecho constitucional".[102] Ahora bien, esta consideración de los controles constitucionales como controles jurídicos le lleva a excluir del concepto figuras que no poseen tal carácter jurídico, tales como el control realizado por la opinión pública, por la prensa, por los grupos de presión[103] que, pese a la exclusión operada por Galeotti, poseen ciertamente relevancia sobre la vida constitucional. De otra parte, y aunque afirma correctamente que los controles políticos son aquellos en los que el control se realiza con plena libertad de valoración,[104] y que tales controles, por no ser jurídicos, están excluidos del concepto que defiende, se ve obligado, contradictoriamente, a considerar a algunos de ellos como controles constitucionales. Ese es el caso de los controles parlamentarios. El razonamiento que sigue es el siguiente: llevado por su deseo de unificación conceptual, pero al mismo tiempo consciente de que el arbitrio del teórico no puede, de ninguna manera, mutilar la realidad, manifiesta su convicción de que

> ...tendrá mayor título de validez aquel concepto de control que sea lógicamente capaz de abarcar, en la extensión más amplia compatible con su lógica interna, los fenómenos que tradicionalmente, según la convención más consolidada del lenguaje, de la doctrina y de los operadores jurídicos, vienen siendo considerados como control.[105]

102 *Ibidem*, p. 1.
103 *Ibidem*, p. 2.
104 *Ibidem*, pp. 18 y 19.
105 *Ibidem*, p. 34.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Pero ello le conduce, necesariamente, a admitir en su concepto el control parlamentario, pues

> ...con base en tal criterio (el que acaba de exponerse) no debería consentirse, por ejemplo, una noción de control que comportase la exclusión del campo de los controles, de la figura del control parlamentario sobre el gobierno y sobre sus actos (una noción así no tendría *ictu oculi* validez en el campo del derecho constitucional, donde los controles políticos son parte conspicua de este sector).[106]

La contradicción es palmaria: primero afirma que los controles constitucionales, como controles jurídicos, excluyen a los controles políticos, y después acepta que éstos se incluyan en el propio concepto que antes los niega. Galeotti es consciente de esa contradicción y para intentar salvarla acude a la idea de que el carácter de jurídico también se le puede atribuir al control parlamentario en cuanto que dicho control no se realiza con criterios de valoración totalmente libres, sino atendiendo "a valores expresos o institucionalmente tutelados".[107] Lo que le conduce a sostener que en el control jurídico "no es esencial la predeterminación de cánones de conformación anteriores e inmodificables"[108] sino que basta la existencia de algún parámetro, aunque sea muy flexible y escasamente normativo, de control, porque tal existencia ya es suficiente para excluir la absoluta libertad de valoración;[109] basta, llega a decir, que haya (o se pretenda que haya) una adecuación a "principios", "intereses", o, más generalmente, "valores".[110] La laxitud de parámetro (realmente, en muchos casos, su pura inexistencia) así considerado no se le escapa a Galeotti, que, finalmente, vencido por la imposibilidad de atribuir carácter jurídico a lo que difícilmente lo puede tener, concluye con que son controles constitucionales los regulados por el derecho constitucional.[111]

La definición final, en la que curiosamente se vuelve al punto de partida, no sólo es tautológica, y en ese sentido escasamente explicativa,

106 *Ibidem*, pp. 34 y 35.
107 *Ibidem*, pp. 37 y 71.
108 *Ibidem*, p. 74.
109 *Ibidem*, pp. 39 y 75.
110 *Ibidem*, p. 39.
111 *Ibidem*, p. 121.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

sino que liquida el problema del carácter jurídico del control por confusión entre concepto teórico y simple regulación normativa. Es jurídico, viene a admitir, lo regulado por el derecho y, en consecuencia, es control constitucional el regulado por el derecho constitucional. Sobre este modo de razonar, que ha afectado basante a algunos de nuestros juristas, ya me pronunciaré más adelante;[112] ahora sólo es necesario constatar que el concepto de Galeotti ni resuelve el problema ni podía por lo demás resolverlo, ya que los controles relevantes para el derecho constitucional, o los controles del poder en la teoría constitucional, no pueden ser abordados, conceptualmente, bajo la denominación de "controles constitucionales", ya que tal denominación no calificaría, ni distinguiría, por sí misma, a la diversidad de esos controles. ¿Qué puede significar "controles constitucionales"? ¿Que están previstos en la Constitución? Entonces ni los abarcaría a todos (puede haber controles creados por la ley pero de gran relevancia para el derecho constitucional) ni definiría su carácter (en la Constitución pueden estar previstos controles de carácter totalmente heterogéneo). ¿Que se ejercen sobre órganos constitucionales? Entonces no comprendería (y el concepto estaría fuertemente mutilado) los ejercitados sobre otros órganos, no constitucionales, del Estado, sobre la administración, sobre los órganos de las entidades territoriales autónomas, etcétera, que son extraordinariamente relevantes para el derecho constitucional. ¿Que se ejercen por los órganos constitucionales? Entonces no estarían incluidos los controles sociales ni los jurisdiccionales, excepto los realizados por el Tribunal Constitucional, ni los llevados a cabo por órganos del Estado que no son órganos constitucionales, ni el que ejercita el cuerpo electoral. No hacen falta más ejemplos para excluir un entendimiento así.

El esfuerzo de Galeotti, extraordinariamente útil para dilucidar algunos de los problemas correctos del control (y sobre este autor volveremos más adelante) no resuelve, en cambio, el problema general de su conceptuación.

C. *La invalidez de otros intentos de unificación conceptual*

Se trata, en estos casos, de construcciones (a veces meras improvisaciones) de mucha menor entidad que la emprendida por Galeotti. Así,

112 En la última parte de este libro, al tratar del "control parlamentario como control político".

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

puede citarse la tesis de M. S. Giannini[113] que, fuertemente mediatizado por una visión administrativa de los controles, los identifica con la estricta potestad de limitación, y ello le conduce a sostener que el control jurisdiccional no es control, sino resolución judicial de controversia,[114] y que el control de constitucionalidad de las leyes "sólo puede decirse que es control en sentido impropio".[115] No hace falta, porque los defectos están a la vista, extenderse mucho en explicar las razones que invalidan esta tesis desde el punto de vista del derecho constitucional: basta señalar que deja reducido el control a las formas menos eficaces del mismo y excluye las que poseen mayor relevancia. Aparte de que confundir control con limitación es, teóricamente, rechazable, como un poco más adelante veremos.

Otra tesis es la de Chimenti,[116] que limita el control a la mera actividad de contraste o comprobación, eliminando totalmente el llamado "efecto conminatorio"; tesis que no hace más que recoger las ideas de Zanobini[117] sobre el control, aceptadas por algún sector de la doctrina administrativa italiana (especialmente Ferrari y Forti) y recogidas, aunque incidentalmente, después, por Rescigno.[118] Esta idea del control que entre nosotros ha sido acogida por García Morillo,[119] además de eliminar de la categoría en cuestión una de sus facetas más interesantes, parte de un cuestionable entendimiento de la distinción entre control jurídico y control político. En resumen, incurre en casi todos los defectos de la tesis de Galeotti y en ninguna o casi ninguna de sus inteligentes virtudes. De todos modos, sobre este asunto también volveremos más adelante.

Quizá puede citarse también la tesis, parcialmente asumida por el mismo Galeotti (aunque no coincidente, en realidad, con su concepción global de los controles constitucionales),[120] de que sólo hay control cuando, como resultado de él (del juicio negativo), hay sanción. Esta te-

113 "Controllo...", *op. cit.*, nota 5.
114 *Ibidem*, pp. 1271-1273.
115 *Ibidem*, p. 1273.
116 *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milán, Giuffrè Editore, 1974.
117 *L'amministrazione locale*, Padua, CEDAM, 1932.
118 *Corso di diritto pubblico*, Bolonia, Zanichelli, 1980, p. 386.
119 *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985, pp. 48-54.
120 Galeotti, *Introduzione alla teoria...*, *cit.*, nota 4, pp. 49 y 50, y también en *id.*, "Controlli costituzionali", *op. cit.*, nota 4, pp. 319 y ss.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

sis (acogida entre nosotros por Santaolalla López)[121] resolvería, en sí misma, poco, ya que equipararía figuras completamente heterogéneas de control (el realizado por el cuerpo electoral, el llevado a cabo por los tribunales y el que se verifica a través de la responsabilidad política del gobierno, por ejemplo) y desconocería que el "momento conminatorio" ni siempre es imprescindible en el control ni siempre que existe acompaña, directa e inmediatamente, a éste. Sobre algunos de estos problemas trataremos más adelante.

Por último, y aunque no pretende expresamente elaborar un concepto único de control como categoría de derecho constitucional, y la utilización del término "controles constitucionales" que en ella se hace es a los meros efectos descriptivos, puede mencionarse también aquí la contribución de Loewenstein[122] sobre los controles y su clasificación en horizontales (intra e interorgánicos) y verticales. Pero, como decíamos, esta contribución, interesante para la clasificación de las modalidades de control, no resuelve el problema de su conceptualización.

3. *Solución que se defiende: la pluralidad conceptual del control; limitación y control en el Estado constitucional; controles sociales, políticos y jurídicos; control y garantía*

Parece, pues, que el problema conceptual del control quizá podría resolverse, válidamente, considerando que, desde el punto de vista del derecho constitucional, como antes ya hemos repetido, no existe uno sino varios conceptos de control. Dicho en otras palabras: la teoría constitucional del control ha de abarcar a éste a través de una pluralidad conceptual que permita distinguir las diversas modalidades que adopta el control, evitando confusiones que puedan no sólo desvirtuar teóricamente la categoría, sino incluso lastrar su operatividad práctica.

Para ello ha de arrancarse de la distinción entre limitación y control,[123] que es donde está, verdaderamente, la raíz del problema. A la luz

121 *Derecho parlamentario español*, Madrid, Editora Nacional, 1984, p. 199.

122 *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1970, pp. 232 y ss.

123 Sobre este asunto ya me preocupé en otro trabajo, "La reserva reglamentaria en el proyecto constitucional y su incidencia en las relaciones Parlamento-gobierno", en Ramírez, M. (ed.), *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, Labor, 1978, pp. 297-315, en el que se explica la distinción aludida y las diferencias entre controles sociales, políticos y jurídicos. En este trabajo está, realmente,

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

de esta distinción cobran sentido las diferenciaciones conceptuales de las modalidades de control constitucionalmente relevantes, como intentará explicarse. Y también la diferenciación entre control y garantía.

El delicado equilibrio de poderes que caracteriza al Estado constitucional no se apoya sólo en la compleja red de limitaciones que presta singularidad a esta forma política (y al concepto mismo de la Constitución en que se asienta), sino también en la existencia de múltiples controles a través de los cuales las limitaciones se articulan. Limitación y control se presentan, pues, como dos términos fuertemente implicados, en cuanto que el segundo viene a garantizar, precisamente, la vigencia del primero.

Poder limitado es, en consecuencia, poder controlado, pues limitación sin control significa, sencillamente, un contrasentido, es decir, una limitación inefectiva o irrealizable. La distinción más inmediata y comprensiva que cabe hacer dentro de la multiplicidad de limitaciones del poder es la que diferencia a las limitaciones no institucionalizadas de las limitaciones institucionalizadas. Y esa distinción se corresponde también con la clasificación más genérica que puede hacerse de los tipos de control. Las limitaciones no institucionalizadas tienen su correspondencia en un tipo de controles, también no institucionalizados, pero que no dejan por ello de ser efectivos. Se trata de unos controles generales y difusos, entre los que se encuentran tanto las que Jellinek denominaba "garantías sociales"[124] como otros instrumentos de control que se manifiestan a través del juego de la opinión pública e incluso por medios no públicos de presión. Son los que deben denominarse "controles sociales", no institucionalizados, como antes se decía, y por ello, generales y difusos, como también se ha señalado.

Del mismo modo, las limitaciones institucionalizadas están vigiladas por controles también institucionalizados. Y estos controles pueden clasificarse en "políticos" y "jurídicos", siendo propio de los primeros su carácter subjetivo y su ejercicio voluntario, por el órgano, autoridad o sujeto de poder que en cada caso se encuentra en situación de supremacía o jerarquía, mientras que lo peculiar de los segundos (los controles

el inicio de mis preocupaciones sobre el problema y allí también, incoadas, las tesis que ahora desarrollo.

124 Jellinek, *op. cit.*, nota 36, pp. 592 y 593.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

jurídicos) es su carácter objetivado,[125] es decir, basado en razones jurídicas, y su ejercicio, necesario,[126] no por el órgano que en cada momento aparezca gozando de superioridad, sino por un órgano independiente e imparcial, dotado de singular competencia técnica para resolver cuestiones de derecho.

Limitación y control son términos interrelacionados, pero no idénticos ni siempre coincidentes. En el control social su propio carácter difuso y su condición genérica originan que unas veces el agente que limita sea a su vez el que controla, y otras que el agente del control garantice limitaciones producidas por terceros e incluso limitaciones establecidas en abstracto. En el control político quien limita es, a su vez, quien controla (aunque puede ocurrir que, a veces, la eficacia de su control no esté tanto en dicho control efectuado por él como en la posibilidad de que ese control pueda poner en marcha controles ejercitados por otros); y así, las limitaciones supraorgánicas, interorgánicas e intraorgánicas se corresponden con controles también supra, inter e intraorgánicos. Ejemplo de los primeros sería el ejercitado a través de las elecciones;[127] de

125 La distinción de Jellinek (*ibidem*, pp. 592 y 593) entre "garantías sociales, políticas y jurídicas" está muy próxima a la que aquí se realiza respecto de los controles, aunque no se corresponda exactamente. De todos modos, la idea que alienta en aquella distinción sigue siendo perfectamente válida. En ese sentido, el carácter objetivado de los controles jurídicos coincide con la afirmación de Jellinek: "Las garantías jurídicas se distinguen de las sociales y políticas en que sus efectos son susceptibles de un cálculo seguro" (p. 593).

126 El control jurídico es un control necesario en cuanto que el órgano que lo ejerce necesariamente ha de resolver siempre que libremente se solicite su intervención, y en cuanto que también tal control necesariamente ha de existir si se quiere evitar la consolidación de las normas minuscuamperfectas, lo que no impide que, *de facto*, puedan darse ese tipo de normas, pese a la existencia del control, en la medida en que no se inste su procedimiento. Pero ello, que repugna a la teoría, no puede ser, en modo alguno, resuelto por el derecho.

127 El control de los ciudadanos sobre los órganos del Estado a través de las elecciones es dudoso que deba ser encuadrado, como hace Loewenstein (*op. cit.*, nota 122, pp. 326-349) en los controles interórganos. En primer lugar, porque la cualidad del órgano del electorado no es cuestión absolutamente clara (desde luego, subjetivamente no tiene una estructura orgánica), y en segundo lugar porque, aunque formalmente ese control lo ejercite el cuerpo electoral, materialmente quien lo ejerce es el pueblo, en quien radica la soberanía. Su superioridad sobre los órganos del Estado, que resulta completamente clara cuando se trata de elecciones o votaciones constituyentes, no decae aunque se trate de elecciones "constituidas", ya que la superioridad se manifiesta no sólo en crear, modificar o extinguir órganos, sino también en nombrar, mantener o revocar a las personas que los ocupan.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

los segundos, la responsabilidad del gobierno ante el Parlamento, y de los terceros, la dependencia de cada ministro respecto del presidente del gobierno.

Pero en el control jurídico, precisamente por ser control objetivado, la limitación no resulta, como en el control político, de un choque de voluntades, sino de una norma abstracta, y el órgano de control no es un órgano limitante, sino actualizador de una limitación preestablecida, ajeno, en principio, a toda relación de supremacía o jerarquía con el órgano limitado. Cuando el órgano jurisdiccional declara la nulidad de una ley por inconstitucional, o de un decreto o de una resolución administrativa por ilegal, no está actuando en situación de supremacía sobre el Parlamento, el gobierno o la autoridad administrativa, no está limitando el poder, sino asegurando que los límites del poder se cumplen, es decir, no está limitando, pero sí controlando. Y ni siquiera, exactamente, está controlando a otros órganos, sino a las actividades de esos órganos. Sobre esto hay una excelente frase de Schmitt, cuando decía que "la justicia está ligada a la ley, e incluso cuando decide sobre la validez de una ley se mantiene dentro de la pura normatividad. Frena, pero no manda".[128]

Mediante el control jurídico, que es siempre un control interorgánico, ya se conciba al juez como órgano del Estado, ya se le considere como órgano del derecho,[129] se fiscalizan, pues, limitaciones aparente y formalmente abstractas. Bajo ellas se esconden, sin embargo, inevitablemente, relaciones de poder entre voluntades concretas, aunque no necesariamente actuales; relaciones que, en todos los casos, pueden ser definidas como supraorgánicas, interorgánicas e intraorgánicas. Al fin y al cabo, al asegurar la vigencia del principio de jerarquía normativa, los tribunales no hacen más que garantizar la cadena de subordinaciones que da sentido a ese principio. La superioridad de la Constitución sobre la ley, de ésta sobre el decreto y de éste sobre la orden ministerial, no significa más que la objetivación jurídica de unas limitaciones políticas:

128 Schmitt, *op. cit*., nota 8, p. 226.

129 Esta idea del juez como órgano del derecho y no del Estado, defendida desde hace tiempo por García de Enterría ("Verso un concetto di diritto amministrativo como diritto statutario", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960), es bastante sugerente y podría parecer incluso oportuna para construir el control jurídico como un control de los órganos del derecho sobre los órganos del Estado. Sin embargo, esa idea tropieza con serios inconvenientes teóricos y prácticos, y parece muy difícil desmontar la vieja y sólida doctrina de la personalidad jurídica del Estado para sustraer de tal personalidad una parte orgánica que le es sustancial.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

la del poder constituido por el poder constituyente, la del gobierno por el Parlamento y la de un ministro por el Consejo de Ministros.

Una última cuestión queda por tratar en esta aproximación general al problema del control, y es la de distinguir entre control y garantía. Jellinek mezcla ambas figuras, como se sabe, al referirse a las "garantías del derecho público", pero creo imprescindible separarlas para entender rectamente el significado del control. Es cierto, por lo demás, que el control funciona como garantía de la limitación, pero también es cierto que el término "garantía", bajo la denominación expresa de "garantías constitucionales", ha sido largo y heterogéneamente estudiado por la doctrina. Más aún, la corriente, muy extendida en la doctrina italiana, que se adhiere a la clásica concepción de Jellinek ya aludida, entiende la garantía constitucional como un instrumento encaminado a asegurar la "regularidad" de la Constitución (Romano, Salvi, Galeotti, De Fina, Ferrari, Lavagna, entre otros). En palabras de Galeotti, la garantía constitucional "alude a todos los mecanismos institucionales objetivamente ordenados a asegurar el respeto de la Constitución",[130] o "a la tutela de regularidad constitucional".[131] Para todos estos autores el término "garantía" es más amplio que el de "control", y para todos, menos para Galeotti, el primero siempre englobaba al segundo, que forma sólo una parte de aquél. Galeotti se separa, pues, de esa amplia corriente doctrinal, ya que concibe al control inmerso en la garantía sólo cuando se trata del control de constitucionalidad, pero no en los demás casos. Para él, el término "garantía" es más amplio que el de "control", porque puede incluir elementos de sanción penal o disciplinaria ajenos a lo que, realmente, constituye el momento "conminatorio" del control y, a su vez, el término "garantía constitucional" es menos amplio que el de "control" porque la garantía constitucional tutela valores "positivados" en el texto de la Constitución, mientras que el control tutela no sólo conjuntos normativos, sino también intereses, programas, ideas, e incluso simple voluntad de la mayoría. La cuestión dista mucho de ser pacífica, como se ve. Por influencia de algún sector de la doctrina italiana, García Morillo, en nuestro país, diferencia control de garantía, afirmando que el primero se refiere sólo a la función de mera comprobación, y la segunda a la san-

130 Galeotti, *Introduzione alla teoria...*, *cit.*, nota 4, p. 124.

131 *Ibidem*, p. 126. Véase también, del mismo autor, "Garanzia costitutionale", *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1969, t. XVIII.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ción, revocación, etcétera, que como consecuencia del control puede producirse.[132]

Este breve recorrido doctrinal acerca de las relaciones control-garantía ya nos muestra suficientemente la ambigüedad en que el problema se encuentra. Y ello sin contar con otra acepción del término "garantías constitucionales", que las equipara a "derechos fundamentales", acepción hoy casi en desuso y que, de todos modos, no afecta directamente al problema aquí planteado. Creo que una vía útil para aclarar la cuestión puede ser de distinguir, primero, la noción general de "garantía" de la noción específica de "garantía constitucional", para tratar después de diferenciar a ambas del control. Las garantías son los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las obligaciones (desde el punto de vista subjetivo) o de normas o principios (desde el punto de vista objetivo). Las "garantías constitucionales" son, en consecuencia, los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de la Constitución. Conviene no confundirlas con las "garantías institucionales" que son sólo un grupo reducido de aquéllas.[133] En definitiva, las "garantías constitucionales" son un tipo de garantías no "subjetivas" sino "objetivas", y que aseguran el no cumplimiento de cualesquiera normas o principios, sino sólo de las normas y principios constitucionales.

Ahora bien, ¿qué relación hay entre garantías y control? Hay que decir, en principio, que el control es una garantía, pero que el control no es todas las garantías. Unas veces el control opera como única garantía, otras hace efectivas garantías preexistentes y otras pone en marcha garantías subsiguientes que a su vez se hacen efectivas a través de un también subsiguiente control. Y ello porque el término "garantía" es más amplio que el control, aunque a veces pueda confundirse con él. La ausencia de una delimitación clara entre ambas categorías, que se arrastra desde Jellinek, ha sido, a mi juicio, el semillero de las ambigüedades que sobre esta cuestión se manifiestan. Las limitaciones del poder se en-

132 García Morillo, *El control parlamentario*..., *cit.*, nota 119, pp. 76 y ss.

133 Este término, acuñado doctrinalmente por Schmitt, como se sabe, fue primeramente acogido por la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana para ser recibido después en otros países. Nuestro Tribunal Constitucional está haciendo uso de esa categoría en su jurisprudencia. Sobre el término, véase, por todos, la obra de Schmidt-Jortzing, E., *Die Einrichtungsgarantien del Verfassung. Dogmatischer Gegalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1979. En España está muy tratada la cuestión por Parejo, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1981.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

cuentran garantizadas a través de diversos instrumentos (reservas de ley, cláusulas de rigidez constitucional, contenido esencial de los derechos fundamentales, garantías institucionales, declaración de ámbitos inmunes a la acción del poder, procedimientos de control, etcétera) pero, de entre ellos, sólo los instrumentos de control aseguran la efectividad de esas garantías. En resumen, las limitaciones del poder descansan en garantías que exceden el ámbito de las estrictas "garantías constitucionales" y, a su vez, la efectividad de esas garantías sólo se asegura mediante los instrumentos de control. Quizá puedan servir varios ejemplos para ilustrar lo que se viene diciendo. Comenzando por el derecho privado, la fianza, el aval o la hipoteca son, claramente, garantías de las obligaciones, pero su efectividad sólo descansa, en última instancia, en la intervención del órgano judicial, que es, en definitiva, la más firme garantía. Trasladando la cuestión al ámbito del derecho público, la reserva de ley es también otra garantía del cumplimiento del principio constitucional de división de poderes, pero su efectividad se logra, finalmente, cuando, al no respetarse, un tribunal anula el reglamento que vulnera esa reserva. Y si vamos al ámbito de las relaciones puramente políticas, parece claro que, en un régimen parlamentario, la exigencia de que el gobierno haya de gozar de la confianza del Parlamento es una garantía del principio de la supremacía de las cámaras, pero sólo la exigencia de la responsabilidad mediante una moción de censura permite convertir en efectiva esa garantía.

A veces, como decíamos, no hay garantía intermedia entre limitación y control (por ejemplo, en el supuesto de la distribución de competencias entre órganos, o en el de la declaración de derechos cuando no se garantiza su contenido esencial, o en el de la temporalidad de las elecciones, entre otros muchos casos) y aquí el control aparece como única garantía. Otras veces el control aparece, en cambio, como garantía reforzada. Lo importante es que el control es, siempre, la garantía verdaderamente efectiva.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

IV. El control jurisdiccional como paradigma del control jurídico

1. *Las diferencias entre el control jurídico y el control político*

Una vez examinada, con carácter general, la distinción entre los tres tipos de control: "social", "político" y "jurídico", parece conveniente extenderse en las diferencias que cualifican a los dos últimos, puesto que ahí reside, sin duda, el problema más interesante.

La primera diferencia, antes ya apuntada, consiste en el carácter "objetivado" del cambio jurídico, frente al carácter "subjetivo" del control político. Ese carácter objetivado significa que el parámetro o canon de control es un conjunto normativo, preexistente y no disponible para el órgano que ejerce el control jurídico. En cambio, el carácter "subjetivo" del control político significa todo lo contrario: que no existe canon fijo y predeterminado de valoración, ya que ésta descansa en la libre apreciación realizada por el órgano controlante, es decir, que el parámetro es de composición eventual y plenamente disponible.

La segunda diferencia, consecuencia de la anterior, es que el juicio o la valoración del objeto sometido a control está basado, en el primer caso, en razones jurídicas (sometidas a reglas de verificación) y, en el segundo, en razones políticas (de oportunidad).

La tercera diferencia consiste en el carácter "necesario" del control jurídico frente al "voluntario" del control político. "Necesario" el primero no sólo en cuanto que el órgano controlante ha de ejercer el control cuando para ello es solicitado, sino también en que si el resultado del control es negativo para el objeto controlado el órgano que ejerce el control ha de emitir, necesariamente, la correspondiente sanción, es decir, la consecuencia jurídica de la constatación (anulación o inaplicación del acto o la norma controlada). Mientras que el carácter "voluntario" del control político significa que el órgano o el sujeto controlante es libre para ejercer o no el control y que, de ejercerse, el resultado negativo de la valoración no implica, necesariamente, la emisión de una sanción.[134]

134 Salvo que el ordenamiento lo prevea. El resultado del control se manifiesta entonces mediante un acto jurídico, pero ello no elimina, en esos casos, el carácter político del procedimiento del control.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

La última diferencia relevante que queda por destacar es la que se refiere al carácter de los órganos que ejercen uno u otro tipo de control. El control jurídico es realizado por órganos imparciales, independientes, dotados de especial conocimiento técnico para entender de cuestiones de derecho: en esencia, los órganos judiciales; mientras que el control político está a cargo precisamente de sujetos u órganos políticos.

No puede decirse lo mismo, en cambio, respecto de los "objetos" del control, ya que las decisiones "políticas" pueden ser, muchas veces, sometidas a control jurídico y, sobre todo, las normas jurídicas pueden ser sometidas, en ciertos casos, al control político (por ejemplo, los decretos-leyes en los que la intervención parlamentaria tiene, aparte de otras características, el significado de un control).

De todos modos, la cuestión es ciertamente compleja y requiere de un estudio más detallado, que ceñiremos en esta ocasión[135] al control jurisdiccional, como ejemplo genuino del control jurídico.

2. *Agentes y objetos del control jurisdiccional*

El carácter objetivado del control jurídico implica que los órganos que lo ejercen sean órganos no limitadores sino verificadores de limitaciones preestablecidas, órganos, como antes se decía, que "no mandan sino que frenan", que se encuentran ajenos a la relación de supra o subordinación respecto de los órganos controlados y que, por aplicar cánones jurídicos, estén integrados por peritos en derecho. Esas condiciones se dan, esencialmente, en los órganos judiciales, de ahí que sea el control jurisdiccional el control jurídico por excelencia, lo que no quiere decir que, por ese único hecho, ya se da tal control, ya que lo que califica verdaderamente al mismo es su "modo" de realización, más que el órgano que lo realiza. Es jurídico porque jurídico es su parámetro y jurídico el razonamiento a través del cual el control se ejerce. La condición "jurisdiccional" del órgano es una consecuencia del tipo de control y no al revés.

Ahora bien, es una consecuencia inesquivable, ya que es la garantía de la objetividad del control. De ahí que los "controles administrativos", aunque en muchos casos sean realizados atendiendo a razones de derecho, no pueden ser considerados, en sentido estricto, como puros

135 El control político se examinará en la última parte de este libro.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

controles jurídicos, puesto que las relaciones de supra o subordinación en que se encuentran los órganos de control respecto de los órganos controlados no garantizan, en modo alguno, y de manera segura, la objetividad, imparcialidad o independencia de sus decisiones.

El control jurídico no tiene por objeto a las personas, ni siquiera, exactamente, a los órganos, sino a los actos de esos órganos o autoridades. Y no a los actos "políticos" (en sentido estricto, es decir, ajenos a las predeterminaciones del derecho y de conformación legítimamente libre, regidos por razones de pura oportunidad), sino a los actos "jurídicamente relevantes". Actos en sentido propio y, por supuesto, todo tipo de normas. De tal manera que no hay ámbito jurídico inmune a este tipo de control,[136] sobre todo en los países, como el nuestro, en los que existe una jurisdicción constitucional por la que quedan sometidos a control no sólo las leyes, sino incluso las propias reformas de la Constitución.[137]

Dicho esto, debe precisarse que el carácter "objetivado" del control jurídico supone que no son las personas físicas, ni siquiera las "conductas" de esas personas titulares de órganos u oficios públicos, los sometidos a control, sino los actos, es decir, los productos objetivados de la voluntad de tales órganos u oficios. De tal manera que, cuando lo que se juzga por los tribunales es una cuestión disciplinaria administrativa o una cuestión de naturaleza penal que afecte a cualquier persona que desempeña un empleo o cargo público, no se está realizando, propiamente, un control del poder, sino ejercitándose, en realidad, otra función muy distinta: juzgándose un delito o una falta administrativa, cuya imputación y resultados afectan a la persona del funcionario, pero no al órgano de poder del que es titular.[138]

136 Excepción hecha del ámbito incluido en la irresponsabilidad del monarca.

137 Cuestión que me parece clara, y no porque se asimile la reforma de la Constitución a la ley [a los efectos del artículo 161.1, inciso *a* de la Constitución, y del artículo 27.2 , inciso *b*, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], pues a mi juicio ni la Constitución ni sus reformas pueden considerarse, correctamente, como leyes, porque así lo exigen los principios de nuestra Constitución y de nuestro sistema de jurisdicción constitucional. La posible laguna, a esos efectos, de la Ley Orgánica, la podría colmar el Tribunal Constitucional acudiendo a tales principios (de entre los que destacan los establecidos en el artículo 9o.1 de la Constitución y en el artículo 1o.1 de la propia Ley Orgánica).

138 Esta cuestión está perfectamente clara en el trabajo de Galeotti, *Introduzione alla teoria..., cit.*, nota 4, pp. 72-74.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Uno de los problemas más atractivos que plantea el objeto del control jurídico es el de la admisión o no, en esta figura, de los controles previos. Por supuesto que en los controles administrativos ello está perfectamente admitido, pero ya se ha dicho que tales controles no poseen, estrictamente, la pura condición de "jurídicos". Se trata, pues, de los controles previos realizados por órganos jurisdiccionales. Ante todo cabe decir que el carácter "jurisdiccional" de un control así es bastante dudoso,[139] aunque ello no afectaría, por sí solo, al carácter "jurídico" del control, ya que podría ser concebible la existencia de un control "jurídico", realizado por un órgano judicial, y que, sin embargo, no reuniese las condiciones que permitan calificar a la actividad, que a través de tal control se realice, como actividad "jurisdiccional".

Ese es el caso, justamente, del control constitucional preventivo. Tal figura aparece, como se sabe, en ciertas modalidades de control de constitucionalidad: el llamado "recurso previo" ante el Tribunal Constitucional que existía hasta hace muy poco tiempo en España; el control de las leyes (siempre previo) por el Consejo Constitucional en Francia; la "opinión judicial consultiva" sobre la constitucionalidad de las leyes en Canadá; los casos de control previo de las leyes regionales por el Tribunal Constitucional de Italia; el control preventivo ejercido por el Tribunal Constitucional en Portugal, o, en fin (y no se agotan con ellos todos los casos), el control constitucional previo en Venezuela, Panamá y Guatemala.

Dejando al margen el caso francés, por lo controvertido del carácter judicial o no de ese sistema de control (controversia que no ha cedido del todo pese a las últimas reformas del sistema y a la última doctrina del Consejo), parece indudable que, en los demás casos, el control previo lo ejerce un órgano que, generalmente, es admitido como órgano de carácter judicial, es decir, como tribunal en sentido estricto. Ahora bien, tal carácter del órgano no significa, sin más, que el control preventivo que realiza sea un control "jurisdiccional". Por el contrario, existen razones de peso para negar[140] el carácter jurisdiccional de la actividad que a través de ese control realiza el Tribunal. Es cierto que se dan los principios

139 Opinión que ya he manifestado criticando el control previo de constitucionalidad (véase Rubio Llorente, F. y Aragón Reyes, M. M., "La jurisdicción constitucional", en Predieri, A. y García de Enterría, E. (eds.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 839 y 840).

140 Como en el caso español hemos negado (*idem*).

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

de "impulso de parte", "contradicción", "razonamiento jurídico" de la decisión y "efectos vinculantes" de la misma, pero ni el objeto ni los resultados del control son los propios de la actividad jurisdiccional. El control previo tiene por objeto leyes aún no perfectas o proyectos de ley (según los distintos sistemas), es decir, actos, por supuesto, "relevantes para el derecho" (no puede decirse que no lo sea la aprobación parlamentaria del texto definitivo de una ley, por ejemplo), pero no actos (empleamos aquí el término acto en sentido general) ya integrados en el ordenamiento, porque aún no han nacido como normas. De ahí que no se haya producido, de ninguna manera, cuando se impulsa y se realiza el control, infracción alguna del ordenamiento, es decir, vulneración del canon o parámetro de control que es, justamente, lo único que haría válida la intervención judicial como intervención jurisdiccional. En consecuencia, la resolución del tribunal (aunque se llame, impropiamente, "sentencia") no puede anular o inaplicar, no puede restablecer el orden infringido o vulnerado, sino sólo exponer una opinión, vinculante, sí, para el legislador o para el órgano que habría de promulgar la ley, pero nada más. Pese a la presencia de los demás requisitos "jurisdiccionales" que antes se señalaron, la imposible alegación de infracción jurídica (requisito esencial) y la necesaria ausencia, en la resolución estimatoria, de potestad reparadora de infracciones cometidas, hacen que la actividad judicial ejercitada en el recurso previo no sea, propiamente, una actividad jurisdiccional, sino exactamente consultiva (judicial consultiva, como se denomina con rigor en Canadá).

Sin embargo, tal carácter no significa que deje de ser una actividad "materialmente jurídica". El control que a través de ella se ejerce es "jurídico", pues, aunque no sea "jurisdiccional". El control previo realizado por órganos judiciales sobre la constitucionalidad de las leyes (de proyectos de ley o de leyes no perfectas, habría siempre que añadir) reúne todos los requisitos de control jurídico, en cuanto a órgano imparcial, parámetro normativo, razonamiento jurídico y efecto sancionatorio (en caso de control con resultado negativo para el objeto controlado). Es indiferente que el objeto haya entrado o no a formar parte del ordenamiento, lo que importa es que es un objeto "jurídicamente relevante" (y lo es un proyecto de ley o más propiamente el texto definitivo de una ley), es decir, un objeto que adopta "forma" (aunque aún no "vigencia" jurídica) y que es expresión de un acto (la aprobación de este texto) que

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

no carece, de ningún modo, de importancia para el derecho (el derecho constitucional y, desde luego, el derecho parlamentario). El carácter de control "jurídico" es muy difícil, en consecuencia, que se le pueda negar. Cuestión bien distinta es la de su posible incongruencia, como control previo de la constitucionalidad de las leyes, en un sistema de justicia constitucional, como el español, en el que, además, el procedimiento de emanación legislativa no puede separarse de las exigencias que, para él, comporta la monarquía parlamentaria como forma de gobierno. Pero tal incongruencia,[141] que parece clara (y en ese sentido acertada su reciente desaparición), no elimina la caracterización de tal control previo como control jurídico. Sería un ejemplo de control judicial, pero no exactamente "jurisdiccional", mientras que las demás formas de control judicial (los controles "posteriores") serían siempre, además de "judiciales", "jurisdiccionales".

3. *El carácter predeterminado del parámetro en el control jurisdiccional. La Constitución como norma y la Constitución como conjunto normativo. La distinción "sustancial" entre Constitución y ley*

Una de las características del control jurídico, y por ello del control jurisdiccional, como se señaló más atrás al exponer las notas generales del concepto, es que el parámetro lo constituyen normas abstractas, predeterminadas, que le vienen impuestas al órgano controlante y que éste se limita a aplicar en cada caso. Dicho en otras palabras, el parámetro está formado por normas jurídicas, o más exactamente, por el derecho en su expresión objetiva: el ordenamiento jurídico (que incluye no sólo normas, sino también "principios" jurídicos). El carácter objetivado del control se corresponde, pues, con el carácter objetivado del parámetro.

Sin embargo, tal "objetivación" (indisociable de la "abstracción" y "generalidad" del derecho) no significa la homogeneización total de los distintos elementos que pueden componer el parámetro. Es bien sabida la diferencia entre "normas" y "principios" y su distinto papel en el ordenamiento, así como la capacidad de la costumbre (que no deja de ser

141 Destacado, desde el primer momento de la implantación en España del recurso previo, por Rubio Llorente, F. y Aragón Reyes, M. M., "La jurisdicción constitucional", *op. cit.*, nota 139.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

una norma, aunque no esté escrita) para operar, bajo determinados supuestos, como fuente, o, en fin, el papel de la jurisprudencia (como fuente directa, indirecta, interpretativa, complementaria, etcétera, según el *status* de que goza en los diferentes sistemas jurídicos). De todos modos, no es a estas diferencias a las que ahora quiero referirme (la jurisprudencia será objeto de consideración en el siguiente apartado), sino a la que se manifiesta entre unas normas y otras, especialmente, entre la Constitución y la ley. La condición normativa (o si se quiere para mayor exactitud: jurídico-normativa) de la Constitución, es hoy una cuestión aceptada por la doctrina más sólida (prefiero hablar de "condición" y no de "naturaleza" porque ésta nos llevaría, inevitablemente, por otros derroteros, aparte de que entonces la cuestión no sería tan pacífica ni de respuesta tan clara). Entre nosotros, García de Enterría,[142] en un esfuerzo admirable, por lo inteligente y fecundo, ha sido uno de los máximos difusores de esa idea, si bien expresándola en términos que, de no mediar ulteriores distinciones, pueden inducir quizá a confusión, y ello porque la condición jurídica de la Constitución no se corresponde con la identificación entre Constitución y norma. La Constitución no es exactamente "una norma jurídica", ya que, por un lado, es algo más que una norma y, por otro, en lo que tiene de "norma", es profundamente distinta de las demás normas del ordenamiento.

Más que una norma, la Constitución es un cuerpo normativo (un conjunto de prescripciones, o de normas preceptivas o de preceptos que enuncian normas y también principios jurídicos, aunque éstos se encuentren "normativizados"). Rubio Llorente ya había advertido de ello en 1979[143] y lo ha repetido recientemente.[144] Hesse (y en el mismo o parecido sentido Höllerbach, al que cita) designa, correctamente, a la Constitución como "orden jurídico"[145] más que, escuetamente, como norma. De todos modos, la principal cuestión no reside ahí (la diferencia entre "norma" y "conjunto normativo" es importante, pero afecta poco a lo que aquí nos interesa), sino en las características "singulares" de la norma constitucional.

142 "La Constitución como norma jurídica", *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.

143 Rubio Llorente, "La Constitución como fuente del derecho", *op. cit.*, nota 57, vol. I, p. 61.

144 "Prólogo", en Alonso García, E., *op. cit.*, nota 91, pp. XIX y ss.

145 Hesse, *Escritos del derecho constitucional*, Madrid, ECE, 1983, p. 16.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

A. Nieto, en su brillante trabajo "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional",[146] se adentra resueltamente en el problema:

> La tesis de que la Constitución es una norma —dirá— es importante, desde luego; pero con tal afirmación nos quedamos a la mitad del camino, ya que todavía resulta necesario precisar las peculiaridades de su naturaleza y efectos. La Constitución es algo más que una norma jurídica ordinaria o, si se quiere, es una norma muy peculiar (y con ello no me estoy refiriendo sólo al tema de su jerarquía formal).[147]

En el complejo normativo que forman los diversos preceptos de la Constitución hay normas "completas" y normas "incompletas", normas de aplicación inmediata y de aplicación diferida, normas de definición de valores, normas inevitables de reenvío a otras normas del ordenamiento, y, por supuesto, principios expresos, o no expresos, pero que cabe inferir. Y ello porque "la Constitución es algo más que la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico (la cúspide de la simplista pirámide kelseniana): es el centro del ordenamiento jurídico por donde pasan todos los hilos del derecho".[148]

El fin de "ordenar al Estado como unidad"[149] conduce, irremediablemente, a una "abstracción y generalidad intrínsecas"[150] de las normas constitucionales, y la concepción "valorativa" de la Constitución, pero al mismo tiempo, la garantía del pluralismo (sin el cual, como ya he dicho más atrás, no cabe hablar, a mi juicio, correctamente, de Constitución)[151] exigen un grado de "apertura" de las normas constitucionales enteramente distinto del que cualifica a las normas legales (o reglamentarias). Rubio Llorente lo ha expresado con suma claridad:

146 *Revista de Administración Pública*, vol. I, núms. 100-102, enero-diciembre de 1983.

147 *Ibidem*, p. 395. Más adelante reconocerá que, en realidad, más que una norma homogénea la Constitución es un compuesto de normas heterogéneas (p. 407).

148 *Ibidem*, p. 399.

149 Hesse, *Escritos...*, *cit.*, nota 145, pp. 8 y 9.

150 Rubio Llorente. "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisprudencia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, enero-abril de 1982, p. 56.

151 Véase Aragón Reyes, M. M., "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, enero-febrero de 1987.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

> ...los preceptos materiales de la Constitución, a diferencia de los preceptos legales, no pretenden disciplinar conductas o habilitar para concretar actuaciones de ejecución, sino garantizar el respeto a determinados valores, o asegurar a los ciudadanos unos derechos que tanto si actúan simplemente como límites frente a la ley (derechos de libertad), como si requieren de ésta para su ejercicio (derechos de participación y de prestación o, en general, derechos de configuración legal), pero sobre todo en este segundo caso, han de ser necesariamente definidos en términos que hagan posibles diversas políticas, esto es, diversas interpretaciones. Con ello llegamos al meollo de la cuestión: la incorporación al texto constitucional de preceptos sustantivos (incorporación inexcusable en nuestro tiempo) ha de ser compatible con el pluralismo político, pues el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y esta libre actuación requiere en muchos casos (aunque no, claro, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas.[152]

La amplitud de la materia regulada por la Constitución y, en consecuencia, con ello el carácter sintético de muchos de sus preceptos, el significado valorativo de algunas de sus normas materiales, pero al mismo tiempo el correspondiente grado de apertura que permita la pluralidad de sus realizaciones, diferencian netamente a la Constitución de las demás normas. La ley no es, en tal sentido, ejecución de la Constitución como el reglamento es ejecución de la ley. Dicho esto, ¿puede sostenerse que cuando el parámetro de control es la Constitución no estamos en presencia de un parámetro "objetivado" (por su carácter axiológico y abierto) y, por lo mismo, que en tales casos no habría control "jurídico" en el sentido que hasta ahora hemos venido manteniendo?

La primera respuesta que cabría dar a esa pregunta es que la ley, si bien en menor grado, también contiene cláusulas "valorativas" y "abiertas" y, una de dos, o se niega el carácter de objetivado también al parámetro legal o, si no se le niega, hay que admitir ese carácter en el parámetro constitucional (ya que en la mera diferencia cuantitativa no puede hacerse descansar una distinción de "cualidad"). Sin embargo, salta a la vista que esta respuesta sería incorrecta en los sistemas, como el nuestro, en que existe una jurisdicción constitucional, ya que tal existencia introduce una variación neta (y que no es de cantidad) entre la Constitu-

152 Rubio Llorente, F., "Prólogo", en Alonso García, E., *op. cit.*, nota 91, p. XXI.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ción y la ley a efectos de la debatida "objetivación". La posible "apertura" de la ley se encuentra siempre "objetivada" por la Constitución. No se trata de que la ley sea libremente disponible como parámetro porque el legislador, modificándola, puede hacer prevalecer en cualquier momento su voluntad sobre la interpretación "legal" del juez. Y no se trata de ello porque tal modificación (por exigencias de la irretroactividad) no sería aplicable a controles "ya efectuados". En tal sentido, la ley siempre es indisponible para el juez, que es lo que el control jurisdiccional requiere. La cuestión es otra: a diferencia de la ley, cuya débil "objetivación" en algún caso siempre resultaría subsanada (es decir, a estos efectos, "conformada") por la Constitución, la "apertura" de la norma constitucional no vendría concretada por ninguna otra norma superior (que no existe), sino sólo y exclusivamente por su intérprete. El problema de la "objetivación" o no del parámetro sólo cabe plantearlo, correctamente, respecto de la Constitución y no respecto de la ley. Y la solución a ese problema, como se ha venido trasluciendo en todo lo que hasta ahora ya se ha dicho, no puede venir sólo de su consideración como problema "normativo" sino, especialmente, de su consideración como problema "interpretativo". Si la Constitución se "concreta" a través de la interpretación, el parámetro constitucional será "objetivado" en la medida en que esa "concreción" lo sea, es decir, en la medida en que quepa sostener que existen criterios objetivos de interpretación.

En resumidas cuentas, ahí radica hoy uno de los principales problemas del derecho constitucional. El carácter jurídico o político de la Constitución, la condición jurídica o política del control de constitucionalidad, tienen su piedra de toque en la teoría de la interpretación; en ese campo puede decidirse si la "realización" constitucional está o no sometida a cánones de predeterminación.

4. *El carácter indisponible del parámetro en el control jurisdiccional y los criterios de valoración. El problema de la interpretación del derecho y, en especial, de la interpretación constitucional*

Sobre esta cuestión existen, aparte de otros muchos problemas, dos esenciales, perfectamente distinguibles, aunque también inevitablemente ligados. Ahora bien, la conexión no debe significar confusión, porque uno y otro tienen su propia entidad, aunque operen casi siempre enlaza-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

dos. Me refiero a los criterios de interpretación y al papel de la jurisprudencia en el sistema de fuentes. Una cosa es el modo de interpretación del derecho y otra la creación o no del derecho por los jueces. Es cierto que una concepción "mecánica" de la interpretación (o en sentido lato de la "aplicación") de la ley no dejaría resquicios a la creación judicial del derecho. Pero inmediatamente habría que añadir que ello sería cierto quizá en el sistema llamado "europeo", pero no en el de *common law*, puesto que en éste el "mecanismo" (también defendido por algunos, y no habría más que citar a la escuela "analítica" que se proclamaba heredera de Austin e incluso de Blackstone, aunque se tratase de una herencia casi a beneficio de inventario) no se refiere exactamente a la aplicación de la ley, como es obvio, sino del derecho. De todos modos, en uno y otro sistema la llamada aplicación e interpretación "mecánica" no deja de ser una concepción casi enteramente irreal. En la vida del derecho es difícil encontrar ejemplos de funcionamiento de un modo así de resolver los conflictos de los que ha de entender un tribunal, como sagazmente (e irónicamente) ha hecho notar, entre otros, Dworkin.[153]

Es cierto, por otro lado, que la creación judicial del derecho no tiene por qué ir siempre unida a la libertad de interpretación, entre otras razones, porque colmar una laguna normativa, por ejemplo, no significa, necesariamente, eludir reglas predeterminadas por el ordenamiento para resolver objetivamente el caso. Y ello es lo que permite, justamente, salvar la objeción, en tales casos, de una aplicación retroactiva del derecho. Son problemas, pues, el de los criterios de interpretación y el del papel de la jurisprudencia, conceptualmente distintos, pero no hay duda de que están enlazados en la práctica. Enlace manifiesto en la aplicación de derecho, en general, pero más aún en la aplicación del derecho constitucional.

El carácter indisponible del parámetro, en el control jurisdiccional, se corresponde, en consecuencia, con el carácter objetivado del canon de valoración y con la existencia de criterios predeterminables de composi-

153 *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 76, p. 63: "Llaman 'jurisprudencia mecánica' a la teoría de que existen tales normas y cadenas (normas y cadenas que permiten extraer, mecánicamente, por derivación inmediata la solución del caso querida por ley) y tienen razón al ridiculizar a quienes la practican. Pero lo que se les hace más difícil es encontrar, para ridiculizarla, gente que la practique. Hasta el momento no han tenido mucha suerte en lo tocante a enjaular jurisconsultos mecánicos para exhibirlos (todos los especímenes capturados —incluso Blackstone y Joseph Beale— han tenido que ser dejados en libertad tras una cuidadosa lectura de sus textos)".

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ción de ese canon, de tal manera que su aplicación por los jueces no se convierta en un acto de decisión libre, sino de decisión sometida a reglas conocidas y generalmente aceptadas. El hecho de que la jurisprudencia sea fuente del derecho no significa, por sí solo, la negación del carácter indisponible del parámetro de control, siempre que la actividad creadora esté sujeta a unos principios jurídicos materiales que le vienen dados (y en tal sentido son objetivos) y a un modo de interpretar y razonar (principios formales) que tampoco están a su libre disposición. Y esa es la gran cuestión a la que debe dar respuesta la interpretación jurídica.

A. *La discusión sobre los criterios clásicos de interpretación*

Abordar los problemas de la interpretación del derecho exige, inevitablemente, volver, aunque sea de manera casi sumarísima, a la vieja discusión acerca de los llamados criterios clásicos (como fueron formulados por Savigny), y ello es así no por satisfacer vanos tributos a la erudición, sino porque allí se encuentran, aunque con otros nombres, las raíces de la polémica contemporánea sobre la interpretación jurídica.

Ya en sus lecciones del curso de 1802,[154] Savigny expondría que la interpretación ha de contar con tres elementos: el lógico-sistemático, el gramatical y el histórico; fórmula que se repetiría, casi sin variación, no sólo en su célebre (por más conocido) escrito de 1814, *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho*, sino, sobre todo, en su obra cumbre *Sistema del derecho romano actual*, de 1840. La fórmula no varía, pero sí, en cambio, el objeto al que habría de aplicarse, pues, en las lecciones del curso de 1802, la ley era la fuente originaria de todo derecho y, en los escritos posteriores, la impronta del "historicismo" conduce a Savigny a destronar a la ley de ese lugar primordial y a poner en su lugar la "convicción jurídica común de la sociedad", o, en palabras que harían fortuna, "el espíritu del pueblo". Esta transformación del objetivo alterará no los criterios de interpretación, pero sí la operación que a través de esos criterios debe efectuarse para conocer, en cada caso, cuál es la respuesta jurídica adecuada, dado

154 El conocimiento de estas lecciones (o "escritos juveniles", como también se les ha llamado) procede, como se sabe, de los apuntes tomados por Jakob Grimm, que fueron editados, en 1951, por Wesenberg.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

que interpretar el derecho no se reduce a "reconstruir la idea expresada en la ley, en cuanto es cognoscible a partir de esa ley" (como afirmaba Savigny en sus *lecciones juveniles*),[155] sino que requiere indagar la significación del "instituto jurídico" al que la relación jurídica o la misma norma legal pertenece (tal como sostendrá el Savigny de la madurez).

Esta idea del "instituto jurídico", que tanta importancia tendrá mucho más tarde para M. Hauriou y S. Romano (puesto que encierra el germen tanto de la "institución" como del "ordenamiento") lo que viene a significar es que el derecho no puede reducirse al conjunto de normas escritas, y que el sentido del derecho, en consecuencia, no cabe extraerse sólo de lo previsto en ellas. Es claro que Savigny no puede ser considerado un "finalista" para la teoría de la interpretación, pero es claro también que debe ser tenido por "principialista", sin duda alguna. Se trata de un "principialismo" genético y no teleológico: los principios que dan sentido a los "institutos jurídicos" no serán, para él, objetivos que el derecho pretende, sino supuestos de los que el derecho parte.

Savigny, además de su contribución, fundamental, a lo que se llamaría "escuela histórica del derecho", aportó a la teoría de la interpretación no sólo la canonización de unos determinados criterios, sino también la consideración del derecho como un sistema que poseía un mundo conceptual que permitía desentrañar, de manera rigurosa, el significado concreto de las prescripciones jurídicas. Idea que sería recogida (y por supuesto modificada en parte) por la denominada "jurisprudencia de conceptos", escuela creada por Puchta y que intentará concebir el derecho como un sistema lógico (eliminando los ingredientes "orgánicos" que a ese sistema le atribuía Savigny) formado por una "pirámide de conceptos jurídicos". Ihering en su primer periodo (el que se manifiesta en los comienzos de su *Espíritu del derecho romano*), y en el mismo Windscheid (aunque impregnado de un cierto "psicologismo") seguirán esta corriente que, a través del análisis conceptual, pretende obtener el sentido "auténtico" del derecho, la "voluntad exacta" (que en ellos no es equiparable a la mera "intención") del legislador. Aún no se ha dado el paso a la llamada "interpretación objetiva" de la norma, pero ya se están adoptando tesis que conducirán a ella, pues averiguar la voluntad

155 La cita de las lecciones la tomamos de Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Ariel, 1980, p. 32.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

del legislador no es, para estos autores, conocer lo que el legislador "intencionadamente" quiso, sino lo que "racionalmente" tenía que querer.

El salto a la interpretación "objetiva", dentro de la corriente de la "jurisprudencia de conceptos", lo daría Binding, que propugnará, frente a la interpretación filológica-histórica, la lógica-sistemática, de tal manera que lo decisivo, para él, no sería lo que el legislador quiso, sino lo que la ley "quiere": la voluntad de la norma se impone, pues, a la voluntad del legislador. Ahora bien, ello conducía, necesariamente, a enlazar el mundo de los conceptos con el mundo de los fines, ya que, sin ellos, se haría imposible la "reelaboración" de la ley por el intérprete para adecuarla a las necesidades de cada momento de manera que pudiese "decir" lo que el legislador no pensó (e incluso no quiso) que dijera. La *voluntas legem* requería, pues, utilizar también otro criterio de interpretación: el teleológico. Binding mencionaría, como medio de interpretación, el sentido literal, el lógico-genético ("momento explicativo"), el sistemático ("momento de la conexión con otras normas jurídicas") y el finalista ("momento del fin"). Y este último elemento del fin no sólo se referiría al de la norma, sino también al del "instituto jurídico" al que la norma se adscribe.

Aquí tenemos ya planteada, con toda su riqueza y con todos sus problemas, una de las tesis que más importancia tendrá en el presente: la de la interpretación objetiva de la norma y, en especial, de la norma constitucional. Pero volvamos a la discusión que, hasta ahora, transcurre en el siglo XIX (y que va a extenderse hasta las primeras décadas del siglo XX) y en la que tuvo un importante papel el positivismo jurídico, con su pretensión de hacer del derecho una verdadera ciencia, elevándola al mismo rango de las ciencias naturales y, para ello, constituyéndola a partir de "hechos indubitados". Tanto la "teoría psicológica del derecho" (Bierling, pero también Ihering en su segunda etapa marcada por la aparición en 1864 del tomo IV de su *Espíritu del derecho romano*, en la que postula una "jurisprudencia pragmática"; Heck, ya en los comienzos del siglo XX, representante genuino de la "jurisprudencia de intereses", y Ehrlich, en los mismos años, defendiendo el voluntarismo y encabezando el movimiento del "derecho libre") como la "teoría sociológica del derecho" (el mismo Ehrlich en un momento posterior, y, entre otros, Jerusalem) o la imponente "teoría pura del derecho" (Kelsen) serían todas corrientes positivistas, negadoras de cualquier influencia del derecho

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

natural y defensoras de que el derecho habría de orientarse en datos observables, experimentables, es decir, "positivos" (ya proviniesen de la voluntad, de las relaciones sociales o de la propia norma jurídica).

Ahora bien, esta mera relación ya evidencia, por sí misma, que no cabe unificar a todo el positivismo en una sola corriente (como a veces, incomprensiblemente, se ha hecho) en lo que se refiere a la teoría de la interpretación. Bierling subrayará que lo decisivo es averiguar la voluntad del legislador (se opone a las teorías "objetivas" y es un claro precursor del actual "originalismo" en la interpretación constitucional); Heck, siguiendo en parte al Ihering de la madurez, sostendrá que lo correcto en la interpretación es resolver los casos del derecho utilizando como criterio principal el de la satisfacción de los intereses protegidos por el propio derecho (frente a la jurisprudencia de conceptos, lo importante aquí, no sería, pues, la subsunción de los supuestos de hecho en la lógica de los conceptos jurídicos, sino la construcción de la lógica jurídica a partir de los intereses sociales, y frente al "subjetivismo", el sentido de la ley no cabe encontrarlo en la intención del legislador, sino en el descubrimiento de los intereses sociales que originaron la ley y de los intereses sociales en presencia en el caso concreto de aplicación); la "doctrina del derecho libre" (Burlon, Isay y, sobre todo, como se dijo, Ehrlich en su primera etapa) mantendrá que la ley es incapaz de dar respuesta, por sí misma, a los casos a los que se aplica y, en tal sentido, no crea, inmediatamente, derecho, pues bajo el mismo precepto legal se esconden siempre multitud de interpretaciones posibles: es el juez, en consecuencia, quien asume esa tarea creadora a través de la sentencia, respecto de la cual tiene bastante libertad para su conformación (aunque se predique la necesidad de que esa sentencia venga siempre a establecer el "derecho recto", en clara alusión a Stammler); posteriormente, el Ehrlich de la "sociología del derecho" postularía que el criterio prevalente en la interpretación habrá de ser el de encontrar, para la norma, el sentido del instituto jurídico al que pertenece (y ello sólo se consigue teniendo en cuenta las "fuerzas propulsoras sociales" de ese instituto); Kelsen rechazará cualquier intento de interpretación basado en la voluntad o en los intereses sociales o, en general, en nociones materiales relativas al contenido de la norma, y sostendrá que el intérprete debe atenerse sólo a encontrar el significado de esa norma que se deriva de la estructura lógica en la que se inserta, es decir, a través de la consideración del sis-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

tema jurídico como un sistema lógico, cerrado, completo y capaz, por sí mismo, de dar respuesta (al margen de la moral o la sociología) a todos los casos (la interpretación que prevalece, pues, es la literal y la lógico-sistemática, ya que, para Kelsen, la "histórica" y la "teleológica" son completamente rechazables).

La reacción frente al positivismo se producirá en la primera mitad del siglo XX a partir de la influencia del neokantismo de Stammler, con su idea del "derecho recto", de la aceptación de la teoría de los valores en Rickert y Radbruch, de la entrada en liza del método dialéctico y del llamado "idealismo objetivo" (aquí no hay más remedio que citar a E. Kaufmann y a su *Crítica de la filosofía del derecho neokantiana*, de 1921), de la defensa de Hegel frente a Kant (también aquí será obligado considerar el "neohegelianismo" de Julius Binder) e incluso de la teoría fenomenológica del derecho (con la aceptación de las principales tesis de Husserl y Hartmann por Welzel y Reinach). Lo que, por encima de tan evidentes divergencias teóricas, unifica a todas estas corrientes críticas del positivismo, es la idea de que el derecho no puede desprenderse de elementos valorativos (lo contrario sería sólo, como decía el título del célebre artículo de W. Schönfeld, *El sueño del derecho positivo*); en resumidas cuentas, y por lo que a la interpretación se refiere, el criterio teleológico se considerará imprescindible para obtener el significado de la norma.

Después de más de un siglo de discusiones de la interpretación (discusiones enlazadas, necesariamente, a las que giran acerca del carácter "objetivado" del derecho), la polémica se contrae, sustancialmente, a los que parecen ser sus términos más correctos: el problema de los valores.

B. *La polémica sobre la interpretación valorativa*

Aunque conectada en principio a postulados que se derivaban de la "jurisprudencia de intereses",[156] la llamada "jurisprudencia de valoración" se desenvuelve muy pronto como un movimiento perfectamente desligado de los anteriores, aunque asumiendo (tanto de las doctrinas positivistas como de sus críticas) determinados aspectos que considera, sencillamente, incorporados a la cultura jurídica universal y sin los cua-

156 Reinhardt-Koning, *Richter und Rechtsfundung*, 1975, pp. 17 y ss.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

les difícilmente puede hablarse de una ciencia del derecho, ciencia que necesita de una dogmática conceptual (por exigencia de rigor, y aquí la deuda con Kelsen resulta impagable) y, al mismo tiempo, ciencia que sólo negándose a sí misma y convirtiéndose en utopía (o en ciencia-ficción) puede desentenderse de los elementos valorativos siempre presentes en el derecho.

Coing[157] afirmará con rotundidad el dato inesquivable de la valoración: la unión entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica se produce a través de ella, de tal manera que el elemento valorativo es tenido siempre en cuenta no sólo por el legislador, sino también por el juez y por los juristas cuando emiten un dictamen. Siempre hay un juicio de valor que puede estar determinado (sigue diciendo Coing) por puros intereses del que decide, por consideraciones de oportunidad o de justicia. Desconocerlo sería desconocer la realidad, pero la ciencia del derecho, para conquistar la necesaria objetividad, lejos de negar lo evidente lo que debe es aceptar el dato de la valoración, pero reducirlo, operativamente, a los valores que la misma norma proporciona, a través de métodos racionales, de tal manera que se evite en la medida de lo posible que la aplicación e interpretación del derecho sean meras decisiones políticas. Dicho en otras palabras distintas a las empleadas por Coing, de lo que se trata es de desterrar en la valoración las razones de oportunidad, para que sólo operen razones jurídicas.

Ahora bien, ocurre que ahí está verdaderamente el núcleo del problema, pues a veces la norma no "positiviza" el valor, y a veces, aunque lo haga, no predetermina (ni podría completamente predeterminarlo) su exacto contenido. Zippelius se plantea, con claridad, esta cuestión al preguntarse "¿hasta qué punto puede hallarse una pauta objetiva también para las propias cuestiones de valoración, y dónde residen los límites, tratándose de cuestiones de valoración, en orden a una posible orientación a normas objetivas?".[158] Las decisiones valorativas "¿conducen inexorablemente a un subjetivismo, o existen valores objetivos y un orden objetivo de valores, que son parte de un mundo espiritual que nos es común? ¿De qué modo y hasta qué punto es cognoscible por nosotros un tal orden de valores?".[159] La respuesta a estas preguntas la facilita el

157 *Grundzüge der Rechtsphilophie*, 1969, pp. 269 y ss.
158 Zippelius, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, 1962, p. 4.
159 *Ibidem*, p. 62.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

mismo Zippelius: la pauta objetiva estaría en "la moral jurídica dominante" (el "*ethos* jurídico vigente", expresión claramente influenciada por las ideas de N. Hartmann). Pero esa respuesta entronca directamente con el "orden constitucional de valores", cuestión de la que trataremos después, aunque ya cabe, al menos, señalar algo de suma importancia: la interpretación valorativa conduce, necesariamente, a trasladar los grandes problemas de la interpretación jurídica al campo de la interpretación constitucional.

En una línea de pensamiento algo distinta, Esser postula la necesidad de tener en cuenta principios o "pautas" (le parecen preferibles al término "valores") que ni siquiera tienen por qué estar previstos en la ley (son eficaces para el derecho independientemente de la ley) que habrán de ser tenidos en cuenta por el juez para resolver los casos. "Sólo la casuística —dirá— nos comunica lo que es el derecho".[160] "Principios jurídicos" *estándares* (modelos o ideas de valor, tal como se entienden en el mundo lingüístico y jurídico anglo americano), serán, pues, criterios de interpretación (y de creación, también para Esser) del derecho. Pero ello no le conduce (así lo ha entendido, entre otros Wieacker) a defender la vuelta al "movimiento de derecho libre", porque las bases extralegales de valoración hay que buscarlas, en primer lugar, en las valoraciones constitucionales. Nuevamente, pues, el problema se ve abocado a la interpretación constitucional.

Quizá no conduzcan inevitablemente a ese camino los intentos de A. Kaufmann, que acude, como pauta extralegal, a "la naturaleza de las cosas", pero ello es debido, justamente, a que su planteamiento se aleja de la "jurisprudencia de valoración" para adentrarse por otros derroteros (los de un pensamiento tipológico que ve en la aplicación e interpretación del derecho sólo la respuesta "adecuada" al caso, viniendo el método, después, únicamente a fundamentarlas). Algo relativamente parecido es lo que ocurre con la "tópica" jurídica representada, entre otros, por T. Viehweg,[161] que no es sólo una "jurisprudencia de casos", sino también una teoría de la interpretación basada en "pautas de valora-

160 Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1964, p. 151.

161 Su libro *Topik und Jurisprudenz*, 1953, fue traducido al castellano por L. Díez-Picazo (aunque en lugar de "Tópica y jurisprudencia" la versión española más correcta del título quizá hubiera sido la de "Tópica y ciencia del derecho"), con introducción de E. García de Enterría, Madrid, Taurus, 1963.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ción" (*topoi*) difícilmente objetivables. Probablemente la escasa capacidad sistemática que se deriva de esta teoría (y su difícil aceptación si se tiene una concepción valorativa de la interpretación) la hacen poco apropiada, sobre todo, para la interpretación constitucional, y ello explica (aparte de otras razones) que Hesse, después de haberla defendido durante algunos años, la haya abandonado, casi completamente, con posterioridad.

Muy distinto a los dos casos anteriores y más cercano a posturas abiertamente "valorativas" es el método de la "argumentación jurídico-racional", de Kriele,[162] que permite, en los casos en que la respuesta al problema de aplicación no se derive inmediatamente de la ley (por su ambigüedad o sus lagunas), obtener dicha respuesta de manera objetiva, esto es, a través de un tipo de argumentación contrastable (jurídico-racional). Sin embargo, pese al esfuerzo, de ninguna manera baldío, en defender los criterios de racionalidad como criterios objetivos (en oposición a los subjetivos, voluntaristas, etcétera, que predicaba la "jurisprudencia libre") se le hace extraordinariamente difícil sustraer dichos criterios a cualquier consideración de valor (dado, entre otras razones, que la elaboración de la hipotética "propuesta normativa" ha de tener en cuenta la predicción de las consecuencias esperables que habría de tener su realización). Kriele se opone al subjetivismo judicial y no apela al resultado "recto" de la interpretación, sino al resultado "racional", pero, inevitablemente, su contribución, de gran importancia para la interpretación jurídica y más para la interpretación constitucional, hay que situarla, con peculiaridades propias, desde luego, dentro de las corrientes "valorativas". La *Teoría de la obtención del derecho* es, en nuestro tiempo, un libro fundamental, precisamente porque evidencia el constante empleo de la valoración que se trasluce en tan considerable esfuerzo por huir de ella.

C. *Interpretación de la Constitución e interpretación de la ley. La discusión actual sobre la interpretación constitucional*

Cuando K. Larenz, en el epílogo de la cuarta edición, de 1978, de su *Metodología de la ciencia del derecho*, se plantea la duda acerca de si

162 Especialmente *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2a. ed., 1967, sustancialmente modificada en 1976.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

los criterios con arreglo a los cuales el Tribunal Constitucional resuelve pueden ser equiparables a los del juez ordinario, y para disipar esa duda manifiesta (no sin grandes precauciones) que en ciertos casos sí, pero en otros (en las resoluciones de gran alcance político para la comunidad) no, está planteando una cuestión absolutamente capital para la teoría de la interpretación en nuestro tiempo. Tiene razón Larenz cuando dice que en tales casos de gran alcance los medios tradicionales de interpretación no son suficientes, pues al

> Tribunal Constitucional incumbe una responsabilidad política respecto al mantenimiento del orden jurídico-estatal y su capacidad funcional. No puede proceder según la máxima: *fiat institia, pereat res publica*. Ningún juez constitucional procederá así prácticamente. Aquí la consideración de las consecuencias es, por tanto, totalmente irrenunciable, y en este punto tiene razón Kriele.[163]

Sin embargo, estando Larenz en lo cierto por lo que se refiere al método, se confunde respecto al sujeto del problema (lo que no le ocurre a Kriele): la cuestión es así no porque se trate del Tribunal Constitucional, sino porque se trata de la Constitución (y cuando lo que ha de interpretarse es la norma constitucional es indiferente que el órgano que la interpreta sea dicho tribunal especial o un tribunal ordinario).

Es decir, lo que resulta "peculiar" es la interpretación de la Constitución, no el que la efectúe un determinado tribunal, ya que las singularidades jurídicas no pueden descansar en la existencia o no de recursos y en su voluntaria interposición o no por las partes. Además de que el carácter "peculiar" de su interpretación no obedece, en la Constitución, sólo a la importancia política de los problemas que, a su amparo, pueden suscitarse, sino también, y sobre todo, a la propia condición específica de la norma constitucional.

La gran cuestión reside en que, por un lado, los criterios de interpretación de la ley no pueden trasladarse exactamente a la interpretación de la Constitución (ya lo había dicho hace tiempo Smend), y, por otro (y no es una paradoja), en que una Constitución democrática es inevitablemente una Constitución que contiene cláusulas materiales de valor y, en consecuencia, la interpretación valorativa de la ley (y del derecho en su

163 Larenz, *op. cit.*, nota 155, pp. 504 y 505.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

totalidad) sólo a través de la interpretación constitucional puede encontrar su tratamiento adecuado. Hoy, pues, los grandes problemas de la interpretación han de plantearse e intentar resolverse en el campo de la interpretación constitucional.

Frente a esa tesis, en los últimos años bastante compartida,[164] se destaca la crítica, durísima, de Forsthoff en defensa de un método de interpretación basado sólo en reglas lógico-formales y equiparando, en consecuencia, interpretación constitucional a interpretación legal.[165] La interpretación que se realiza con métodos propios de las ciencias del espíritu (dirá Forsthoff), que reducen el orden jurídico a un orden (siempre subjetivo) de valores, produce inseguridad jurídica e incluso inseguridad para los principios en que descansa la comunidad política. Tal método es extralegal y extrajurídico. La jurisprudencia, de esa manera, se anula a sí misma, puesto que su certeza, su carácter objetivo, se basa en "que la interpretación de la ley es la subsunción correcta del caso en la norma en el sentido de la conclusión silogística". Al método que llama de las "ciencias del espíritu" contrapone Forsthoff las reglas tradicionales de la interpretación tal como fueron expuestas por Savigny. De lo contrario el derecho, y en especial el derecho constitucional, entrará en una situación de disolución: mientas que, según el Estado de derecho, el juez está debajo de la Constitución, si ese juez la interpreta de acuerdo con los valores se convierte en todo lo contrario: "en el señor de la Constitución".

Parece claro que la concepción de Forsthoff sobre el Estado de derecho tiene que ver más con el Estado del derecho del siglo XIX que con el de hoy (que es un Estado de derecho vinculado a determinados valores materiales). Por otra parte, A. Hollerbach, en su respuesta a esta tesis de Forsthoff,[166] deja en claro que hoy, necesariamente, la interpreta-

164 En la reunión de profesores alemanes de derecho público, celebrada en 1961, sobre los "Principios de la interpretación de la Constitución" (los trabajos fueron publicados en 1963), éstos se muestran de acuerdo en la singularidad de la interpretación constitucional que, entre otras cosas, viene derivada de la necesaria apelación a principios, pautas y valores.

165 Forsthoff, *Zur Problematic des Verfassungsaulegung*, 1961; *id.*, "El Estado de derecho introvertido", *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, pp. 213 y ss., publicado también en Dreier, K. y Schwegmann, F. (dirs.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976, en el que, por cierto, de todos los trabajos que integra, sólo el de Forsthoff defiende las "reglas tradicionales de interpretación".

166 En el mismo libro *Probleme der Verfassungsinterpretation*.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ción ha de ser "comprensión" (en el sentido de las ciencias del espíritu) porque no puede ser de otra manera, ya que el ordenamiento jurídico se remite a valores, pero ello no significa, por sí mismo, que tal método conduzca, de manera inevitable, a la arbitrariedad, ya que es posible (e imprescindible) realizar una interpretación que, siendo valorativa, sea objetivable.

Cabe sostener que Forsthoff no lleva enteramente razón, pero hay que reconocer que el problema que denuncia es bastante grave. Larenz, razonablemente, dice al respecto:

> El temor de Forsthoff a una amenazante disolución de la Constitución jurídico-estatal por un método científico-espiritual de interpretación de la Constitución, es injustificado. Que el peligro ciertamente amenaza de hecho, que de ese modo es malentendido el método "científico-espiritual" de la interpretación y que tampoco se ofrece ningún otro método de interpretación, sigue no obstante siendo verdad.[167]

Rubio Llorente, entre nosotros, también se ha planteado, con rigor, el mismo problema:

> Sin duda tiene razón Forsthoff al afirmar que la Constitución sólo puede cumplir la función que de ella se espera al darle forma de ley si esta forma es tomada en serio... pero los males que con alguna razón señala, ni tienen su origen en la tendencia, que él considera aberrante, de los tribunales alemanes (y especialmente del Tribunal Constitucional federal) a interpretar los preceptos constitucionales con un método inspirado en Smend y que es el propio de las ciencias del espíritu, ni pueden remediarse aplicando a la Constitución las reglas de interpretación establecidas por Savigny hace ya casi dos siglos. La tendencia que podríamos llamar "axiologizante" de toda jurisdicción constitucional nada tiene que ver con la influencia de Smend... es simplemente una consecuencia necesaria de la estructura propia de los preceptos materiales de Constitución, cuya construcción requiere la apelación frecuente a conceptos de valor.[168]

La incapacidad de los métodos tradicionales está clara, pero los peligros de subjetivización (y de arbitrariedad e incluso "politización" de la justicia) también. De ahí que, sin renunciar enteramente a una herme-

167 Larenz, *op. cit.*, nota 155, p. 503.
168 Rubio Llorente, F., "Prólogo", en Alonso García, E., *op. cit.*, nota 91, p. XXII.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

néutica valorativa, F. Müller haya reclamado el "derecho fundamental a la igualdad del método" (derivado del principio constitucional de igualdad).[169] Y de ahí también que en el mundo jurídico norteamericano, donde el problema de la interpretación "valorativa" ha sido ampliamente debatido (no hay más que citar la célebre polémica de Devlin con Hart y Dworkin, o los nombres de Perry, Wechsler, Bickel, Fuller, etcétera)[170] se pretenda poner coto a los peligros de la "jurisprudencia política" a través de un pragmático uso (ya propugnado desde hace tiempo por Brandeis y Franfkfurter) del *self-restraint*.

Sin embargo, la cuestión reside, a mi juicio, en que, pese a los riesgos señalados, hoy no es posible (es muy difícil no estar de acuerdo con Hollerbach) una interpretación constitucional que rechace la valoración. De tal manera que resultan inviables (por teóricamente inválidos) los actuales intentos (dispersos y minoritarios, por cierto) del "no interpretativismo" o del "desconstruccionismo" visibles, sobre todo, en el mundo jurídico norteamericano. Estos últimos, agrupados en torno al *Critical Legal Studies Movement*, y que asumen el "pos-estructuralismo" francés de Derrida son, me parece que justamente, tachados por Fiss[171] de nuevos nihilistas y por Dworkin[172] de ser, en realidad, movimientos conservadores (una nueva versión de la "escuela del derecho libre") que, pese a presentarse como desideologizados, no lo son, o al menos no lo son sus resultados. Quizá la crítica de Dworkin, que también creo acertada, sea más política que jurídica. Pero él mismo ofrece la pauta por seguir

169 Müller, *Juristische Methodick und politisches System, Elemente einer Verfassungstheorie II*, 1976, p. 66.

170 No tiene sentido extenderse aquí, puesto que ese problema y, en general, los demás relativos a la interpretación constitucional en Norteamérica están excelente y ampliamente tratados en el libro de Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución* (*cit*., nota 91), libro que está dedicado, primordialmente, a la doctrina norteamericana. Véase también Bayón, J. C., "La interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 4, 1985.

171 *Stanford Law Review*, 1982, aunque también hay que decir que las tesis de la "deconstruction" han recibido el apoyo de Unger (*Haw. Law Review*, 1983).

172 En su trabajo, significativamente titulado "El derecho como interpretación", *The Politics of Interpretation*, 1983 (antes en *Texas Law Review*, 1982). Sobre las últimas discusiones acerca de la interpretación en Norteamérica nos remitimos al excelente número monográfico de la *Southern California Law Review*, vol. 58, núm. 2, 1985. La significación política de esas discusiones está bien estudiada por Jacobsohn, G. J., "Modern Jurisprudence and the Transvoluation of Liberal Constitutionalism", *op. cit*., nota 1.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

para la crítica jurídica al movimiento "desconstruccionista": frente a la "desconstrucción" del derecho hay que defender su "reconstrucción".

D. *La tesis que se defiende. Teoría de la Constitución e interpretación constitucional*

Es muy difícil, y muy arriesgado, tomar partido en una cuestión hoy tan disputada como la interpretación constitucional, pero creo que es un deber intelectual hacerlo, es decir, tener y exponer un criterio sobre el asunto. Ni vale el eclecticismo (pues las tesis son tan dispares que no admiten *tertium genus*) ni la mera descripción del problema. Con todos sus riesgos, con todas sus dificultades, debe adoptarse una postura si es que se quiere sustentar una opinión (que es el empeño, modesto, pero firme, del presente trabajo).

La primera cuestión a la que hay que enfrentarse es la del "objetivismo". No cabe sostener, al mismo tiempo, el subjetivismo y el objetivismo en la interpretación.[173] Frente a las viejas teorías europeas de la voluntad del legislador, o las modernas norteamericanas del "originalismo" y el "textualismo" (que mantienen la necesidad de anclar la interpretación en la voluntad originaria del constituyente, en la autoridad del texto, "tal como fue elaborado", en la tradición, etcétera),[174] parece que es más co-

173 Pues es el caso que, con cierta gracia, describe Larenz (*op. cit.*, nota 155, p. 313) acerca de un famosísimo manual: "Así, en el Tratado de Enneccerus-Nipperdey, se dice primero que la meta de la interpretación es la 'aclaración del sentido decisivo de una norma jurídica'. Según esto, el Tratado parece ser partidario de la teoría objetiva. Pero, acto seguido, añade que la teoría subjetiva... es decisiva en orden a la interpretación. Si, con esto, el Tratado adopta claramente el punto de vista de la teoría subjetiva, ésta vuelve a ser abandonada cuando, al final, se dice que nosotros nada en absoluto habríamos tenido que preguntar respecto a qué pensó este o aquel colaborador de la elaboración de la ley... Cómo haya de compaginarse esta afirmación con la teoría subjetiva, a la que el Tratado quiere atenerse, sigue siendo enigmático para el lector. La solución del enigma podría verse en que el primer autor, Enneccerus, fue de hecho un decidido partidario de la teoría subjetiva; en cambio, el posterior reelaborador, Nipperdey, que se inclinaba por la teoría objetiva, receló, sin embargo, de manifestar claramente su ruptura con la concepción de su predecesor. En consecuencia, intentó coordinar ambas concepciones, lo que, sin embargo, como lo muestran los lugares citados, apenas se consiguió".

174 Perry, M. J., "The Authority of Text, Tradiction, and Reason: A Theory of Constitutional 'Interpretation'", *Southern California Law Review*, vol. 58, núm. 2, 1985. Una buena crítica en el mismo número de esta revista, Simon, L., "The Authorithy of the Constitution and Its Meaning: A Preface to a Theory of Constitutional Interpretation"; Tushnet, M. V., "A Note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory"

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

rrecta la teoría del objetivismo, es decir, la de interpretar la forma de acuerdo con la *ratio legem* y no la *ratio legislatoris*. Esta es, por lo demás, la tesis sostenida por la doctrina más autorizada, sin ningún género de dudas, y la única que se compagina con la necesaria estabilidad (perpetuación) de la Constitución y con el contenido abierto de muchas de sus cláusulas.

La segunda cuestión que hay que abordar se refiere a la interpretación "valorativa", y parece que el problema no ofrece grandes dudas: se hace, teóricamente, bastante difícil suscribir la tesis de Forsthoff (por señalar el ejemplo más nítido) si se tiene en cuenta la específica condición normativa (con cláusulas materiales) de las Constituciones del presente, y especialmente de las Constituciones auténticas (las democráticas). Una teoría de la Constitución "constitucionalmente adecuada" (Böckenforde) exige una teoría de la interpretación constitucional "principalista" o "valorativa", necesariamente (Hollerbach), lo que es, por lo demás, admitido de manera casi general por la doctrina (no sólo por los decididos partidarios de los métodos "comprensivos", Smend, Maunz, Zippelius, etcétera, sino por los defensores de la "concretización", Müller, Hesse, o de la relativa aceptación de la tópica o del consenso, Ehmke, Scheuner, o de los valores adjetivos, Häberle, Ely,[175] o incluso por los que se consideran herederos más inmediatos de Kelsen, como Hart y Bobbio, cuyo positivismo no elimina totalmente la apelación a "principios" y "fines" en la interpretación, y, desde luego, por Tribe, Perry, Devlin y Dworkin).

El verdadero problema se plantea a continuación, y no se refiere al "qué" (respecto de lo cual no ha sido muy difícil, hasta el momento, adoptar una postura), sino al "cómo". Partiendo de que la interpretación tiene que ser valorativa, ¿cómo se interpreta para que la aplicación del derecho sea una operación objetiva y no enteramente discrecional, es decir, para que sea una decisión jurídica y no una decisión política? Por-

(aunque aquí se tratan también cuestiones relativas al "no interpretativismo" y no sólo al "originalismo"). Algunas sugerencias, más llamativas que interesantes, sobre estas cuestiones, en West, R., "Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory", *New York University Law Review*, vol. 60, núm. 2, mayo de 1985.

175 Una contraposición nítida entre Constitución como "norma abierta" y Constitución como "sistema material de valores" me parece bastante discutible. Sobre ello, y su íntima relación con lo que aquí se plantea, me he pronunciado en mi trabajo "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", *cit.*, nota 151.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

que esa es la principal acusación, y la más seria, que a la interpretación (y muy especialmente a la "valorativa") se hace, y ahí descansan las razones esgrimidas por Forsthoff, o en Estados Unidos por Wright, Miller y Howell, Rostow, y, en particular, por politólogos como Shapiro,[176] que consideran un mito la neutralidad u objetividad de la interpretación jurídica.

Kelsen resolvió el problema, como se sabe, desterrando la valoración (en realidad recluyéndola en la conciencia del juez). Frente a la "jurisprudencia tradicional", que sostenía que la ley, aplicada al caso concreto, sólo puede proporcionar una única resolución recta querida por la ley, Kelsen[177] afirmaría que ello es un error, pues el derecho positivo puede ofrecer varias soluciones posibles a un mismo caso, y de ese derecho (si no se le requiere desvirtuar con razones morales) no se desprende ninguna indicación para que se prefiera una u otra solución. La autoridad que aplica el derecho elige, por consideraciones políticas (cuando quien interpreta es el legislador, al hacer la ley) o por razones que sólo pertenecen a la conciencia del juez (cuando se interpreta la ley dictando una sentencia), una interpretación entre las diversas interpretaciones igualmente posibles desde el punto de vista jurídico-científico. Lo importante es que la interpretación sea siempre efectuada por métodos jurídicos.

Hart, que es consciente de algunos de los defectos de esa tesis, y de la transformación que el ordenamiento ha sufrido desde que originariamente la tesis se elaboró, acepta la existencia de principios jurídicos, y no sólo de normas, y admite incluso, que pueden darse casos en que ni siquiera existan principios de los que extraer una respuesta jurídica "coherente". En esos casos difíciles, dirá Hart, no hay más remedio que reconocer que el juez tiene discrecionalidad para decidir (es decir, que no está sometido a reglas), y ello significa adoptar una interpretación que no es jurídica, en sentido estricto.[178] Dworkin le reprochará[179] que admite entonces no sólo al juez como "creador" del derecho, sino como apli-

176 "The Supreme Court and Constitutional Adjudication of Politics and Neutral Principles", *31 Geo-Wash. Law Review*, 587, 1963.

177 *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., 1960, pp. 149 y ss.

178 Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, pp. 155 y ss., especialmente p. 200.

179 Dworkin, *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 76, (la referencia es constante en todo el libro).

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

cador con efectos retroactivos del derecho por él creado. Hart, a su vez, podría criticar a Dworkin que intente fundamentar en la moral los casos a los que el derecho no da respuesta: "La decisión judicial, especialmente en temas de importancia constitucional, implica la elección entre valores y no meramente la implicación de un solo principio moral; por tanto, es una locura pensar que donde el sentido del derecho es dudoso, la moralidad siempre puede dar la respuesta".[180] Hart continuará diciendo que ello, además, es más cierto aún en las Constituciones de los países civilizados, que son Constituciones pluralistas en sistemas políticos y sociales también pluralistas; Constituciones, pues, de compromiso entre ideologías políticas distintas y donde, por tanto, el conflicto entre principios es posible y muy frecuente en razón, precisamente, de ese pluralismo. Dworkin comprende el problema, pero siempre sostiene que dejar la solución del caso a la entera libertad del juez es una mala solución. En esos casos "difíciles" el juez debe dar el triunfo al principio que tenga mayor fuerza de convicción.[181]

Y aquí, justamente, está el nudo de la cuestión. Ante el problema del relativismo valorativo (en el que tacha a Hart de dejar la cuestión irresuelta) y contestando a Raz,[182] Dworkin afirmará que la "regla de reconocimiento" no debe obtenerse por el respaldo social, sino por el propio respaldo del derecho: los positivistas creen "que la práctica social constituye una norma que el juicio normativo acepta; en realidad, la práctica social ayuda a justificar una norma que el juicio normativo enuncia".[183] La función del juez no es creadora, pues, en sentido estricto, sino garantizadora: "dice" el derecho, pero no lo crea, libremente, *ex novo*. Cuando en la solución del caso no tenga norma aplicable, ha de acudir a los principios jurídicos, pero tales principios ha de extraerlos del propio derecho y no de las reglas sociales o de las ideas políticas, y esa extracción es posible en la medida en que no se separe la teoría del derecho

180 Hart, *op. cit.*, nota 178, p. 200.

181 Dworkin, *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 76, p. 153.

182 "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, núm. 81, 1972.

183 Dworkin, *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 76, p. 116. Por cierto que la crítica historicista que le hace Perry ("Interpretativism, Freedom of Expression, and the Equal Protection", *42 Ohio st. Law Journal*, 261, 298, 1981) no es convincente, pese a lo que opina E. Alonso (*La interpretación de la Constitución*, *cit.*, nota 91, p. 103), pues Dworkin no basa su tesis en presupuestos históricos, sino lógicos (como Rawls su teoría del contrato).

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

de la aplicación del mismo.[184] En resumidas cuentas, Dworkin postula una ciencia del derecho prescriptiva y descriptiva al mismo tiempo, y es dentro de esa ciencia del derecho donde hay que dar respuesta al problema de la valoración. La distinción entre "principios" y "directrices" y entre "principios" y "normas" o entre "conceptos constitucionales" y "concepciones constitucionales" está dirigida, en Dworkin, a articular una teoría de la interpretación jurídica que, precisamente por ser jurídica, no salga de los límites de la teoría del derecho (a la que no es ajena la filosofía moral, pero sin que ésta venga a suplantar las categorías jurídicas).

Esta larga digresión sobre Dworkin, y sobre su polémica con Hart, me parecía necesaria porque ahí está enunciando lo que a mi juicio es el camino más fértil para enfrentarse con los problemas de la interpretación constitucional: la objetivación de la interpretación valorativa a través de la teoría de la Constitución. I. de Otto, cuando destaca, muy bien, las deficiencias de la interpretación "valorativa" o "principalista", dice, acertadamente, que

> ...estas deficiencias no pueden ser suplidas por otro método de interpretación, sino ante todo por una "teoría de la Constitución" que sirva como criterio de la interpretación, que proporcione puntos de vista orientadores y estructuras dogmáticas. Mientras falte tal construcción teórica los diversos métodos de interpretación seguirán siendo otros tantos elementos de indeterminación de la norma. En palabras de Böckenforde, esta teoría de la Constitución tiene que representar en el terreno del derecho constitucional el "todo histórico-dogmático" del que hablaba Savigny.[185]

Interpretar es "concretizar", para lo que es preciso "comprender" (Hesse), es decir, comprender la norma dentro de un sistema no sólo normativo, sino también de categorías teóricas que le dan significado, que le prestan coherencia. No es posible concretizar, no es posible interpretar la norma constitucional (norma abierta, en muchas ocasiones, y que expresa, también en otras, valores sustantivos) sin una previa teoría de la Constitución (Hesse, Dworkin). El intérprete, necesariamente, ha

184 *Ibidem*, pp. 128 y ss.

185 "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional", *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. III, p. 1499.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

de contar con el bagaje teórico que le facilite la tarea de extraer del precepto jurídico su significado "constitucionalmente adecuado" o de convertir en principios jurídicos los valores enunciados por la norma o de establecer las conexiones pertinentes entre unos y otros principios que concurran en el caso concreto de aplicación. Y esa teoría de la Constitución, tan relevante para la interpretación, no puede ser otra que la que descanse en un concepto de Constitución auténtica, esto es, de Constitución democrática, concepto que no puede ser invalidado por el fácil expediente de tacharlo de "político".[186] En el marco de esa teoría encuentra su "objetivación" la tarea interpretadora, justamente porque ahí se encuentran las categorías "contrastables" para su ejercicio y los límites jurídicos que impiden la libertad política de "valoración". Hoy, se ha dicho con fortuna, la interpretación es una de las cuestiones fundamentales del derecho constitucional. Hoy, podría añadirse también, la teoría de la Constitución es, a su vez, la base "firme" de ese derecho y, en consecuencia, el conocimiento o saber imprescindible para abordar con seriedad y rigor sus problemas, y entre ellos el fundamental de la interpretación constitucional. Los peligros del "activismo judicial"[187] sólo por este camino pueden conjurarse. Bien es cierto que en el constitucionalismo europeo, por razones obvias, tales peligros son menores que en el norteamericano, y bien es cierto también que, en el caso del juez ordinario, en países donde existe tribunal constitucional, la capacidad "creadora" de ese juez es bastante limitada. A este respecto merece la pena transcribir unos párrafos, bastante sensatos, de A. Calsamiglia:

> En muchas ocasiones se ha afirmado que el Tribunal Constitucional está subordinado a la Constitución. Los positivistas y realistas (por lo menos algunos de entre ellos) han considerado que esa afirmación no era más que una mentira piadosa, que servía para ocultar el poder político del

186 Sobre la crítica a un concepto (y a una teoría) "general-universal" de Constitución y la defensa jurídica de un concepto (y de una teoría) "general-particularizada" de Constitución, véase *supra*, pp. 13, 14, 44 y 46.

187 Ya estuviesen amparados en el "sociologismo", el "derecho libre", o "el uso alternativo del derecho", en Europa, o en el "realismo jurídico" norteamericano (Llewellyn, Frank, entre otros). Véase, sobre todo ello, Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milán, Giuffrè, 1962; Rumble, *American Legal Realism*, Cornell Ithaca, New York University Press, 1968; Volpe, *L'inguistizia delle leggi*, Milán, Giuffrè, 1977; Twining, "Talk about Realism", *New York University Law Review*, vol. 60, núm. 3, junio de 1985.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

> juez. Probablemente las tesis de Dworkin puedan contribuir a comprender lo que el hombre de la calle ya sabe: que los jueces no tienen un gran poder político. Los jueces y tribunales no tienen libertad para *inventarse* derechos e interpretaciones. A la doctrina de los tribunales se le exige coherencia y adhesión y, en realidad, la función creadora de derecho de los jueces es bastante limitada.[188]

En la judicatura puede que no haya espacio, como se ha dicho en frase célebre, para convertir al *iudex* en un príncipe, pero sí lo hay, especialmente en la judicatura constitucional, para intentar destronar al legislador. Una teoría de la interpretación que descanse en una teoría constitucionalmente "adecuada" debe evitar esa ilegítima usurpación, que no sería sólo contraria al orden constitucional, sino también en la seguridad jurídica.[189] Y esa teoría constitucional habrá de asegurar, del mismo modo, que los valores constitucionales se interpreten de acuerdo con categorías jurídicas y no políticas. Aquí reside, a fin de cuentas, el mandato axiológico (o deontológico, si se quiere) enunciado por Calamandrei en el título de su conocido libro: *La certeza del derecho y la responsabilidad de la doctrina*. P. Badura da la siguiente respuesta a la pregunta de qué significa la vinculación del juez a la ley y al derecho (vinculación, además, constitucionalmente exigida):

> La vinculación del juez a la ley significa poner en vigor la función de la ley jurídico-constitucionalmente prevista con los medios de argumentación y fundamentación jurídicas al tratar de hallar una resolución justa, y así respetar también la misión y responsabilidad, no sustituibles jurídico-judicialmente, del legislativo.[190]

Interpretación "constitucional" de la ley, argumentación y fundamentación jurídicas, resolución justa y no sustitución del legislador. He ahí las cuatro condiciones para la correcta interpretación de la ley, y también para la correcta interpretación de la Constitución, modificando, en este caso, sólo la primera: el lugar de la interpretación "constitucional"

188 Calsamiglia, "Prólogo", en Dworkin, *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 76, pp. 19 y 20.

189 Véase Rubio Llorente, F., "Prólogo", en Alonso, García, E., *op. cit.*, nota 91, pp. XXIII-XXV.

190 Badura, P., "Grezen und Möglichkeiten der Richterrechts", *Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsverbandes*, 1973, t. X.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

de la ley, la interpretación "constitucionalmente adecuada" de la Constitución. Y concretando que la resolución "justa" ha de entenderse como resolución "justa, pero jurídicamente correcta". Es cierto que el Tribunal Constitucional debe sopesar las consecuencias político-constitucionales de sus resoluciones, pero ello no tiene por qué conducirle, necesariamente (en el límite, claro está), a una solución política (como opina Lerche), ya que la teoría ofrece medios (la "ponderación imparcial", "el interés más fundamental", Kriele; el "principio de mayor convicción", Dworkin; los criterios de "racionalidad-razonabilidad", Bice; etcétera) para que esa resolución se adopte de manera que no quiebren la certeza y la previsibilidad, es decir, de manera jurídica. Bachof ya lo había expuesto con suma claridad: "Las consecuencias políticas de una decisión judicial no pueden ser ignoradas en absoluto a la hora de tomar una decisión, pero la búsqueda de las 'medidas correctoras' de esas consecuencias no deben salirse de las fuentes que el propio ordenamiento ofrece".[191]

En cuanto al tipo de argumentación o razonamiento por emplear para adoptar las resoluciones judiciales, es decir, para interpretar (ya que son excepcionales los casos en que pudiera aplicarse el viejo brocardo de *in claris non fit interpretatio*), y al margen de la aplicación de las modernas teorías de la hermenéutica (concebida a la manera de Gadamer y postulada por Betti y P. Ricoeur) para entender la interpretación como "comprensión" del texto (con la consiguiente entrada de la lingüística en el proceso de "pre-comprensión", como reconoce Habermas, y su enlace, necesario, con la filosofía analítica de Wittgenstein), aplicable a los textos jurídicos,[192] las diferencias entre el razonamiento jurídico y el razonamiento político están basante estudiadas y ofrecen reglas que permiten distinguir con suficiente rigor uno y otro tipo de argumentación. Kriele, con su doctrina de la "argumentación jurídico-racional", a la que

191 Bachof, "Der Vergassungserichter Zwischen Recht und Politik", en Häberle (comp.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, pp. 285 y ss.

192 Véase el excelente libro de Brigham, J., *Constitutional Language. An Interpretation of Judicial Decision*, Londres, Greenwood Press, 1978. Podría extenderse incluso el campo a otras experiencias también modernas, como el empleo de modelos matemáticos en la argumentación jurídica (véase la colección de trabajos dirigida por A. Podlech, *Rechnen und Entscheiden*, 1977.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ya se ha aludido anteriormente, Alexy,[193] Clemens,[194] Fritjof Haft[195] y G. Struck,[196] con sus teorías sobre la argumentación y la retórica jurídica, o entre nosotros F. Sainz Moreno,[197] y más recientemente I. de Otto, en un buen trabajo, al que me remito,[198] orientan hacia criterios válidos para que el razonamiento judicial, si se atiene a ellos, pueda ser considerado como razonamiento objetivo.[199]

La actividad judicial en la interpretación del derecho y, en particular, la interpretación constitucional, no supone (o no tiene por qué suponer) por todo lo que se ha dicho, la negación del carácter objetivado del parámetro en el control jurisdiccional.

5. *El resultado del control jurisdiccional*

El resultado del control (sea cual sea la clase de éste, social, político o jurídico) forma parte inescindible de la propia idea de control, ya que de lo contrario se eliminaría totalmente el elemento teleológico, que es esencial a dicha idea porque presta su más auténtica significación a la figura.[200] Ahora bien, ese resultado puede ser positivo o negativo para el objeto controlado, y el resultado negativo llevar aparejada a veces la sanción inmediata y a veces no (porque ésta se demora en el tiempo o porque operen mecanismos indirectos, e incluso difusos, de sanción). Ello significa que, siendo el resultado un elemento indispensable del control no puede, en cambio, hacerse gravitar exclusivamente esta figura

193 *Theorie der jursitischen argumentation*, 1978. Es un sofisma, dirá Alexy, estimar que los juicios de valor conducen inevitablemente a que en la sentencia se formulen las convicciones morales del juez. Él estima que es posible formular las reglas de un discurso jurídico racional, pero se opone a que ello pueda ser alcanzado a través de las teorías de la argumentación de la ética analítica (Rawls) de la filosofía del lenguaje (Wittgenstein), de la teoría consensual de la verdad de Habermas, o de la teoría general de la argumentación de Perelmann. La tesis de Alexy sigue, más bien, la línea de argumentación jurídico-racional marcada por Kriele.

194 *Strukturen juristischer Argumentation*, 1977.

195 *Juristische Rethorik*, 1978.

196 *Zur theorie der juristischen Argumentation*, 1977.

197 *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, pp. 172 y ss.

198 "La posición del Tribunal Constitucional...", *op. cit.*, nota 185.

199 Idea sostenida también ya en 1951 por Carbone, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, entre otros autores italianos, y por Chierchia, 1978, *L'interpretazione sistematica della Costituzione*.

200 De la misma opinión, Galeotti, *Introduzione alla teoria...*, *cit.*, nota 4, p. 36.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

(el control) en la existencia de la sanción, es decir, en el llamado momento "conminatorio", pues eso conduciría a sostener que sólo hay control cuando el resultado es negativo para el objeto controlado, tesis cuyo solo enunciado ya la hace abiertamente rechazable por no comprensiva de la totalidad del fenómeno del control.[201]

Cuestión distinta es la de si al resultado negativo ha de acompañar inexorablemente la sanción y si ésta ha de ser inmediata, esto es, formar parte del mismo resultado. Aquí el problema es más complejo, pues, como ya se ha dicho, la sanción opera de muy diferentes maneras en las diversas clases de control. La evidencia de que esto es así conduce, justamente (junto a otras razones ya expuestas con anterioridad), a sostener que, pese a tener la figura del control un único sentido, no puede haber uno sino varios conceptos de control. Lo que caracteriza al control jurisdiccional, desde el punto de vista del resultado (y lo diferencia netamente, también en ese punto, del control político o del control social), es que el resultado negativo lleva, inexorablemente, aparejada la sanción. Y ello es así por el carácter objetivado de este control.

Aquí el órgano controlante no limita sino que asegura la vigencia de limitaciones fijadas de manera objetiva ("normativizada") por el derecho. Al aplicar no su voluntad, sino la voluntad de la norma, en el ejercicio del control, está obligado, necesariamente, a sancionar la contradicción entre el objeto controlado y el parámetro jurídico al que ha de adecuarse. El órgano judicial (sometido constitucionalmente a la ley y al derecho) no tiene más remedio que sancionar la infracción jurídica que considere cometida. Y esa obligación del órgano jurisdiccional, mediante la cual se preserva la vigencia del derecho (y las reglas de competencia, jerarquía, etcétera, que dotan de coherencia al ordenamiento) es absolutamente esencial para que exista la seguridad jurídica. De ahí que no se trate de la obligación moral o política, sino estrictamente de una verdadera obligación jurídica. Comprobada la infracción, el órgano judicial ha de invalidar el acto o la norma[202] objeto de control. La capacidad de control incluye aquí la capacidad (y obligación) de impedir.

201 En el mismo sentido, Galeotti, *ibidem*, p. 50.

202 O expulsarla del ordenamiento por derogación o inaplicación, según los casos y la distribución de competencias entre órganos jurisdiccionales. De todos modos, lo importante es que todo ello significa invalidación, en general o para el caso, del objeto controlado y, en ese sentido, sanción.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Dicho esto hay que añadir que el control jurisdiccional, al ser un control sobre la "actividad" (actos o normas) y no sobre la "organización", no comprende dentro de sí otras figuras, destinadas a la exigencia de responsabilidad ante los tribunales de órganos o de los funcionarios (responsabilidad civil, penal, disciplinaria), mediante las cuales se administra justicia, por supuesto, pero no se ejerce, en sentido propio, una función de control del poder. El tipo de sanción que tales figuras llevan aparejada no debe confundirse con la sanción (a la actividad, abstraída de la persona física o jurídica de donde proviene) que es característica del resultado negativo en el control jurisdiccional.[203]

Al no ejercitarse, mediante el control jurisdiccional, una facultad "activa" (innovadora), sino "pasiva" (depuradora), cabría sostener[204] que el órgano controlante, que puede convalidar (resultado positivo) el objeto del control, no puede, en cambio, enmendarlo. La ubicación del control jurídico en los *checks* (frenos) y no en los *balances* (contrapesos) suministraría, incluso, un sugestivo marco teórico a esa afirmación. Sin embargo, la cuestión es algo más compleja y no permite enunciarla en términos simples y rotundos.[205] Sería inexacto afirmar, sin las necesarias matizaciones, que el órgano judicial, al realizar el control, no ejercita, de ninguna manera, facultades "innovadoras". Y no me refiero a la posible innovación del parámetro, que esa es cuestión diferente y fue tratada en el epígrafe anterior (allí expuse mi opinión sobre la interpretación del canon de comprobación), sino exactamente a la innovación del objeto controlado cuando ese objeto es una norma, es decir, a los problemas derivados de las llamadas "sentencias interpretativas". El tribunal (ordinario y constitucional) puede no invalidar la norma controlada, pero darle una interpretación distinta a la que esa norma había tenido hasta entonces (es decir, a la que había "operado" en el ordenamiento). No puede negarse que se produce, en tal caso, una innovación del sentido de la norma con claros efectos jurídicos. No se innova la letra del texto, pero se innova su significado.

En consecuencia, aquella primera afirmación tan radical hay que matizarla. Lo que le está vedado al órgano judicial, o si se quiere, lo que

203 También en el mismo sentido, Galeotti, *Introduzione alla teoria...*, *cit.*, nota 4, pp. 73 y 74. Es obvio que la figura de la sanción penal o disciplinaria es algo bien distinto de lo que se entiende por sanción en el control.

204 Así lo hace Galeotti, *ibidem*, p. 12.

205 Problema que, extrañadamente, dada su sagacidad, se le escapa a Galeotti.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

está vedado al control jurisdiccional, es enmendar el objeto en el sentido restrictivo de "enmienda formal" o "literal", no en el sentido amplio que incluye "enmienda de significado". Dicho en otras palabras, la literalidad del texto de la norma es el límite infranqueable a la facultad "innovatoria" del órgano judicial.

6. *El carácter necesario del control jurisdiccional*

Cuando se examinó, más atrás, el concepto de control jurisdiccional, ya se expresó que una de sus características peculiares es ser un control "necesario", en el sentido de que necesariamente ha de producirse cuando el órgano judicial es requerido para ello y en el sentido también de que necesariamente ha de existir si se quieren evitar las normas "minuscuamperfectas" en el ordenamiento. De todos modos, estas afirmaciones requieren una explicación más detallada y alguna adición posterior.

En primer lugar, la producción "necesaria" del control significa, de un lado, que el órgano que lo ejerce ha de "conocer" (por supuesto, siempre que tenga jurisdicción y competencia) necesariamente del asunto para el que es instado; de otro, que ha de emitir, necesariamente, su "juicio" sobre tal asunto, y, finalmente, que ha de dictar la sanción (la declaración invalidatoria), de modo necesario, cuando tal juicio sea jurídicamente negativo para el objeto controlado, es decir, cuando estime que se ha producido una contradicción (irresoluble por vía interpretativa) entre dicho objeto y el parámetro de control. En segundo lugar, el carácter necesario de control no se ve alterado por la constancia de que, en la práctica, puedan existir (en la medida en que no inste el control sobre ellos), normas "minuscuamperfectas". Admitir lo contrario sería confundir el "ser" con el "deber ser" y olvidar que el control jurisdiccional no lo ejerce el órgano judicial por propio impulso, sino a instancia de parte. El control jurisdiccional es sólo (el derecho no puede llegar más allá) instrumento imprescindible (necesario) que el Estado "ofrece" para que situaciones así "puedan" ser corregidas.

Pero hay que añadir otras razones que avalan el carácter necesario del control juridsdiccional y que no son internas al control mismo, sino que se refieren a la relación entre control y Constitución, esto es, a la función de garantía que desempeña el control en el Estado constitucional. Es cierto que la "más fuerte" garantía de la Constitución reside en los controles sociales, pero tal garantía no deja, por ello, de ser en cierta

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

manera "imperfecta", es decir, de actuar "no institucionalizadamente", tanto de modo ordinario (cotidiano) como extraordinario (*ultima ratio*, rebelión o derecho de resistencia). Jellinek decía que esas garantías que "limitan más eficazmente cuando hay arbitrio en las concepciones jurídicas más abstractas, y determinan, aún más que la voluntad consciente, la vida real de las instituciones políticas y la historia de los Estados".[206] De todas maneras, sigue diciendo Jellinek, las garantías sociales, que pueden ser capaces de asegurar el derecho, son, en cambio, incapaces de garantizarlo "jurídicamente", es decir, son una imperfecta garantía, pese a que en "ellas ha encontrado un límite la arbitrariedad de aquellos gobernantes que se han considerado exentos de toda obediencia a las leyes humanas".[207]

Pese a su fortaleza, pues el carácter no institucionalizado que es el propio, como ya se ha dicho, hace de las garantías sociales, imprescindibles (pero no predeterminables), unas garantías imperfectas, "no regulares", necesitadas, ineludiblemente, del acompañamiento de otras garantías. El control social no basta, por sí solo, para asegurar el mantenimiento de la Constitución. La limitación "efectiva" del poder requiere de controles "institucionalizados", "regulares". Ahora bien, el control político, siendo "regular", no deja de ser libre, es decir, basado en razones de oportunidad, y ello, que no le resta eficacia, por supuesto, no le dota de completa "seguridad".[208] Pero es que, además, la garantía del cumplimiento por el poder del resultado negativo para el mismo que por el control político pudiera hipotéticamente producirse (gobiernos censurados o elecciones perdidas, por ejemplo) sólo se aseguraría de modo "regular" u "ordinario" (de modo no regular o extraordinario quedaría a la tutela del control social) a través de los controles jurídicos, que aparecen, en tales casos, como las únicas soluciones de "derecho" que el Estado

206 Jellinek, *op. cit.*, nota 36, pp. 591 y 592.

207 *Ibidem*, p. 592.

208 Jellinek decía muy bien que "las garantías políticas tienen de común con las sociales no ofrecer una completa seguridad", y añadía que "la historia ha demostrado que la arbitrariedad y la corrupción parlamentarias pueden producir la destrucción del derecho en no menor grado que la omnipotencia del príncipe y la burocracia" (*ibidem*, p. 593) (La traducción de F. de los Ríos dice "menor grado", pero la versión correcta al castellano debería decir "no menor grado"). Aunque las transformaciones democráticas experimentadas por el Estado constitucional, desde que escribió Jellinek, han dotado de mayor eficacia a las garantías políticas, no desaparece el peligro que aquél ya apuntaba.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ofrece para evitar que se recurra a la desnuda "fuerza". Y sin llegar a ese extremo, basta señalar que gran parte de los controles políticos están al servicio de la mayoría y la garantía de la Constitución reside, entre otras cosas, en ampararla frente a posibles vulneraciones de la misma mayoría.

En definitiva, el control jurídico (menos "fuerte" que el social y el político) se presenta como el más "regular" (por ser un control normativizado) y, a la postre, el más seguro. La Constitución no podría sobrevivir sin los controles sociales y políticos, sin duda alguna, pero sencillamente, la Constitución no podría "ser" sin el control jurídico que es, por esencia, el control jurisdiccional. Esa es la base en que descansa el Estado constitucional de derecho, y eso es lo que conduce a que, en realidad, todo Estado de derecho verdadero sea un Estado "jurisdiccional" de derecho (lo que no significa, no tiene por qué significar, un "gobierno de los jueces", que esa es otra cuestión, aunque a veces, incorrectamente, se las confunda). Trasladar los problemas de derecho al "tribunal de la opinión" o a los "tribunales populares", es decir, establecer la resolución espontánea o institucionalizada pero puramente política, de los problemas jurídicos, no supone sólo la destrucción del derecho, sino, por supuesto, la negación misma del genuino sentido de la Constitución.[209] En esas condiciones, simplemente, no puede haber Constitución; puede haber otras cosas (declaraciones de intención, programas, idearios políticos o menos catecismos religiosos o morales), pero no, de ninguna manera, normas constitucionales. El control jurisdiccional aparece, pues, como algo absolutamente necesario para el concepto y la existencia misma de la Constitución.

V. Características del control político. Sus diferencias con el control jurídico y el control social

1. *La subjetividad en el control*

Como ya se señaló más atrás, a diferencia del carácter objetivado del control jurídico, la condición subjetiva es la propia del control político

209 Que está ligado, y no hace falta extenderse sobre ello, a la existencia de la jurisdicción como función estatal. Lo que no significa que deba existir, necesariamente, una específica "jurisdicción constitucional", que ello es asunto distinto.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

(la limitación es la consecuencia del choque entre dos voluntades, quien limita es, a su vez, quien controla, y el control se realiza, pues, por medio de criterios basados en la oportunidad). Y tal condición determinará una serie de peculiaridades en lo que se refiere al agente, al objeto, al canon de valoración y al resultado de control, como se intentará explicar a continuación.

A. *Agentes del control*

Son siempre órganos, autoridades o sujetos de poder, es decir, cualificados por su condición "política", pero nunca órganos jurisdiccionales. Precisamente porque el control político se basa en la capacidad de una voluntad para fiscalizar e incluso imponerse a otra voluntad, la relación que ha de darse entre los agentes y los objetos del control no estará basada en la independencia (pues entonces no podría existir tal capacidad de fiscalización e incluso imposición), sino en la superioridad y el sometimiento, en sentido lato, que abarca tanto al principio de supremacía como al de jerarquía. Un control subjetivo (y en ese sentido no "neutral" o "imparcial") como es el control político, sólo puede fundamentarse, pues, en la existencia de dicha relación.

El sujeto del poder o el órgano (o las autoridades que lo integran) que ejercen el control han de ostentar, necesariamente, una situación de supremacía o jerarquía sobre el órgano (directa o indirectamente) controlado. La actuación del uno puede limitar la actuación del otro, no porque posea una "especial condición" (control jurídico), sino porque tenga un "mayor peso" (control político). En tal sentido, lo que aquí se manifiestan son *balances* y no *checks*. El agente de control, en las relaciones intraorgánicas, habrá de estar siempre situado en posición de jerarquía, pero en las inter y supraorgánicas podrá estarlo en la de jerarquía o en la de supremacía, para la última de las cuales no es obstáculo la condición "autónoma" de que pueda gozar en ciertos casos el órgano sometido a control. De ahí que, si la supremacía es clara en el control político realizado por el cuerpo electoral, o en el llevado a cabo por el Parlamento sobre el gobierno o la administración, también lo es en el control que pueden efectuar el Parlamento o el gobierno sobre las entidades locales o las Comunidades Autónomas (alta inspección, determinados controles,

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

constitucionalmente lícitos, de oportunidad, medidas de intervención, etcétera).[210]

El control político es un control institucionalizado, y por ello, a diferencia de lo que ocurre en el control social (que es un control no institucionalizado), los agentes que lo realizan han de tener reconocida por el ordenamiento dicha competencia, es decir, poseer una potestad jurídicamente establecida. Ha de tratarse, pues, de una atribución "regular", "normativizada", cuyo modo de ejercicio esté previsto por el derecho. Tal regulación jurídica no convierte, por sí misma, el control político en control jurídico, ni mucho menos. Pero sobre esta cuestión volveremos, con alguna extensión, más adelante. El reconocimiento jurídico de la competencia (o, si se quiere emplear otra palabra, de la "función", aunque ese término no sea, en verdad, muy recomendable para la ciencia del derecho) lo que significa, sencillamente, es que estamos en presencia de un control "institucionalizado", característica que es también propia del control jurídico, y ahí acaban las similitudes entre ambos tipos de control.

Los agentes del control social (ciudadanos, grupos de muy diversa índole, medios de información, etcétera) al ejercitarlo lo realizan "no institucionalmente" (lo que no quiere decir, ni mucho menos, "ilícitamente"; al contrario, en un Estado constitucional de derecho, todos los medios de control social del poder, a excepción de los delictivos, deben ser considerados lícitos). Tales agentes del control social tienen, claro está, "derecho" a efectuarlo (no habría, de lo contrario, libertades públicas), pero ese derecho no supone una competencia "formalizada", sino sólo una mera y libre facultad. Que la finalidad del control social sea una finalidad política (lo que es obvio, ya que se trata de controlar al poder) no convierte tampoco a dicho control en control político. El control es social porque se efectúa de manera no institucionalizada, esto es, porque sus agentes no han de someterse, para realizarlo, a un procedimiento reglado y específico de control.

Esta diferencia (institucionalización-no institucionalización) es la que resulta sustantiva. Y la que es aplicable no sólo a los medios, sino también a los sujetos mismos del control. No puede decirse que el control

210 Cuestión doctrinariamente pacífica y sobre la que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado con claridad y reiteración ("superioridad" de los órganos generales del Estado sobre los de las entidades territoriales autónomas que lo componen).

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

político sólo puedan realizarlo agentes "políticos", y el control social agentes "sociales". Una afirmación así no sería correcta, en la primera parte por imprecisa y en la segunda por falsa. Sólo ejercen el control político los agentes políticos "institucionalizados", y no todos los agentes políticos. Así, no son los partidos, sino el Parlamento (y en su seno los parlamentarios y los grupos parlamentarios) los que ejercen el control político del gobierno, por ejemplo. De otro lado, no sólo los agentes sociales, sino también agentes políticos (e incluso agentes políticos-institucionalizados) pueden ejercer el control social. Ese es el caso del control sobre el gobierno (o sobre el poder, en general) que realizan los partidos por vías extraparlamentarias o del que efectúa un órgano del Estado, por ejemplo, cuando fiscaliza al gobierno (o a otros órganos) por vías no institucionalizadas de control (presiones, declaraciones, manifestaciones, etcétera).

En resumen, los agentes del control político se caracterizan por su condición institucionalizada, condición de la que disfrutan el pueblo (y que ejercita su control a través del cuerpo electoral), al que la Constitución, inequívocamente, le otorga la condición de sujeto dotado de potestad;[211] los órganos del Estado, y los elementos o fracciones que lo componen.

B. *Objetos del control*

Aunque suele ser común afirmar que el control jurídico se efectúa sobre actos (o sobre actividad) y el control político sobre órganos (u organización), ello sólo puede admitirse de manera muy general y vaga, esto es, de modo aproximado, pero no conceptualmente preciso. Ya me he referido más atrás[212] a las matizaciones que habían de hacerse al término "actos" (o actividad) en lo que toca al objeto del control jurídico. Ahora hay que realizar un esfuerzo similar de concreción por lo que respecta al término genérico "órganos" (u organización) al tratar del objeto del control jurídico. El control político no tiene como finalidad la de contro-

211 Ni el pueblo ni el cuerpo electoral deben ser considerados como órganos del Estado, en sentido estricto, lo que no quiere decir que carezcan de capacidad (es decir, que sean sujetos de poder) a efectos jurídico-públicos (creo, frente a Kelsen, que la soberanía popular es un concepto jurídicamente defendible e incluso, más aún, inevitable para la construcción jurídica de la forma democrática del Estado).

212 Véanse epígrafes III y IV.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

lar las producciones jurídicamente objetivadas del poder (que es la finalidad del control jurídico), sino la de controlar a los órganos del poder mismo, pero ese control se puede realizar directamente sobre el órgano e indirectamente a través de la actividad que ese órgano despliega. De tal manera que el objeto inmediato del control político puede ser un acto político concreto, o una actuación política general, e incluso una norma (como ahora veremos); pero al controlar ese objeto lo que en realidad se está controlando, a través de esa mediación, es al órgano de que emana o al que es imputable. Por ejemplo, cuando el Congreso de los Diputados controla un decreto-ley, está controlando, en realidad, al gobierno que lo produce; a diferencia de lo que ocurre con el control jurídico, que nunca puede ser entendido como control sobre el órgano: cuando el Tribunal Constitucional (o un tribunal ordinario) controla una ley, o un decreto-ley o un decreto, no está controlando al Parlamento o al gobierno, sino simplemente al derecho, desligado de cualquier significación o personalización orgánica.

Sin perder de vista, pues, la finalidad última del control político (control sobre órganos), su objeto inmediato puede residir tanto en la actividad general de un órgano (la política del gobierno, por ejemplo) como una actuación específica (la actividad sectorial del gobierno, o de otro órgano sometido a control), o en un acto político concreto, e, incluso, como antes se decía, en una norma. Aquí, en este último punto, difiero de lo que podría llamarse (pese a lo poco que el tema se ha tratado por los especialistas) doctrina general, que, a mi juicio, erróneamente, opina que el control sobre normas es siempre propio del control jurídico y no del control político.[213] Cuando el control de la norma lo realiza un órgano político y con criterios políticos de valoración, dicho control no puede, de ninguna manera, ser conceptuado como jurídico, sino como político. Y ello me parece bastante claro.[214]

El control político puede ser sucesivo o previo, de tal manera que su objeto lo constituirán, a veces, actividades ya realizadas, pero a veces, también proyectos de actuación. Ahora bien, a diferencia del control jurídico de carácter preventivo, que ha de recaer sobre actos ya objetiva-

213 Por todos, Galeotti, *Introduzione alla teoria...*, *cit.*, nota 4.

214 Y admitido, sin excepción, por la mejor doctrina cuando se trata del control de constitucionalidad de las leyes. No se me dan entonces las razones por las que los mismos autores que aceptan eso se contradigan cuando tratan del control en general.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

dos, esto es, que hayan adquirido su definitivo contenido aunque le falten todavía requisitos formales para su perfección (y por ello el control es previo), el control político preventivo no exige tal "objetivación" para los actos (o conductas) sobre los que se ejercita, ya que éstos pueden ser proyectos que no tengan fijado aún su contenido, e incluso dicho control cabe sobre meros propósitos o simples intenciones (explícita o implícitamente formuladas).

C. *La disponibilidad del parámetro de control. Los criterios de valoración*

Aquí se encuentra, como ya se dijo más atrás, la diferencia sustancial entre el control político y el control jurídico. Sin que se releguen las otras características (respecto de los órganos o de los objetos del control) que distinguen a ambos, me parece que al canon de control y los criterios de valoración (los que sirven para comprobar la adecuación del objeto controlado al canon o parámetro de control) son los puntos donde más radicalmente se separan el control jurídico y el control político y que obligan, necesariamente, a comprenderlos mediante dos conceptos (y no uno) de control.

Una de las notas que singulariza al control jurídico es que su parámetro está formado por normas de derecho que resultan indisponibles para el agente que realiza el control. Esto es, parámetro jurídicamente objetivado, y, en consecuencia, indisponible y preexistente.[215] El carácter "subjetivo" del control político supone, exactamente, todo lo contrario: parámetro no objetivado, disponible y no necesariamente preexistente. Toca ahora examinar esa cuestión con cierto detalle.

En primer lugar, habría que decir que sólo en sentido muy amplio cabe hablar, propiamente, en este tipo de control, de canon o parámetro, pues su carácter subjetivo le otorga una tal variación, indeterminación y libertad, que difícilmente puede asimilarse dicho parámetro a la noción de regla, modelo o norma. Quien limita es aquí quien controla, decíamos anteriormente, y también de que se trata, en este control, del choque entre dos voluntades. Efectivamente, la valoración de la conducta del órgano controlado se hace atendiendo a su adecuación, no a reglas

215 Sobre el carácter "objetivado" del control jurisdiccional y sus relaciones con la interpretación jurídica, véase el epígrafe IV.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

fijas, sino, en el fondo, a la libre voluntad del agente controlante. Basta con que la actuación del poder no le parezca "oportuna" al agente del control; no goce, simplemente, de su "confianza". Que para formular esa inoportunidad o desconfianza se acuda también, en el razonamiento o en la motivación con que se le presenta, a presuntos incumplimientos de reglas o programas, es algo enteramente secundario y que no afecta a la cuestión primordial: la valoración se efectúa con absoluta libertad de criterio.

Ello es claro cuando, expresamente, la regulación jurídica del procedimiento de control ya reconoce la libertad de conformación del parámetro, es decir, el carácter puramente político o de oportunidad del canon de comprobación (así ocurre, por ejemplo, en la moción de censura, la cuestión de confianza, las interpelaciones, etcétera, y, por supuesto, en el control que se realiza a través de las elecciones). Pero también es claro incluso en los casos en que el ordenamiento alude a un canon normativo (como, por ejemplo, en el control parlamentario de los decretos-leyes). En este último supuesto (los decretos-leyes o cualesquiera otros casos en los que el agente de control haya de juzgar no sólo la oportunidad política de la actividad sometida a su fiscalización, sino también la adecuación constitucional o legal de la misma) sigue habiendo libertad de valoración y sigue habiendo, pues, parámetro enteramente disponible. Veamos este supuesto.

Cuando un órgano político acude a la Constitución, o a otra norma, para juzgar una determinada conducta o un acto, está interpretando la regla, por supuesto, pero interpretándola políticamente y no jurídicamente. A diferencia de la judicial, su interpretación es enteramente libre, sustentada no en motivos de derecho, sino de oportunidad, esto es, se trata de una valoración efectuada con razones políticas y no con método jurídico. Que existan órganos técnicos auxiliares que emitan dictámenes jurídicos previos no elimina el carácter político de la decisión de control (ni tales dictámenes son vinculantes ni son las únicas razones que el agente controlante ha de tener en cuenta para adoptar su postura). Que el titular físico del órgano o parte de sus miembros (en el caso de los órganos pluripersonales) sean, coyunturalmente, juristas (por azar, que no por necesidad, es decir, por exigencias del derecho) tampoco implica que jurídica haya de ser la valoración.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

El ejemplo del control parlamentario de los decretos-leyes (podrían ponerse muchos más, pero éste es suficientemente indicativo) ilustra bien cuanto acaba de decirse. El Congreso de los Diputados puede rechazar el decreto-ley por considerarlo, simplemente, inoportuno o políticamente no adecuado. En tal caso, el canon es plenamente subjetivo. Pero también puede rechazarlo por estimar que excede de los límites constitucionalmente establecidos. Pues bien, aunque en el debate sobre la presunta inconstitucionalidad se esgriman sesudas razones jurídicas por los parlamentarios, ni tales razones son indispensables ni la decisión final que se adopte ha de estar, necesariamente, basada en ellas. Pero incluso aunque la decisión en aquellas razones se basara (porque así se "quisiera" presentar), tal decisión no se toma por la fuerza del derecho, sino de los votos, no es la decisión de un órgano jurídico, sino político; es una decisión enteramente libre y no "objetivamente" vinculada (es decir, no sometida a las reglas contrastables que presiden la interpretación-aplicación de las normas). El agente de control, en esos casos, interpreta la Constitución de la manera que le parece "oportuna" (de la misma manera que también la interpreta el legislador al hacer la ley), y no como el órgano judicial, que ha de interpretarla de la única manera que se considera "válida".

En resumidas cuentas, en el control político, aun en los supuestos en que el ordenamiento se refiere a un canon normativo de comprobación, la libertad de valoración de ese canon, las razones de oportunidad que la presiden, la libertad de decisión (política) mediante la cual el control se manifiesta, hacen que el parámetro sea enteramente disponible para el agente del control. Se trata siempre, pues, de una decisión política basada en razones políticas. Esa es la condición sustancial del control que estamos examinando.

D. *El resultado del control*

De todo control puede decirse, con carácter general, que el resultado forma parte del control mismo, en cuanto que éste no se contrae a la mera actividad de comprobación (salvo que se olvide la dimensión teleológica, esencial en cualquier clase de control). Ello resulta aún más evidente en el control político, que por el mero hecho de ponerse en marcha ya está implicando un resultado (sin esperar siquiera que se produzca la decisión final): el demostrar que se realiza una fiscalización del

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

poder, esto es, que las actividades públicas están sometidas a una crítica y valoración también pública e institucionalizada. Esto, por sí mismo, ya opera como una efectiva limitación.

Ahora bien, si examinamos la decisión final en la que el control se manifiesta, si ella es positiva para el objeto controlado ahí se acaba (como en cualquier control) el procedimiento, sin que quepa hablar, sin embargo (porque la actividad fiscalizada se considere "conforme"), de un resultado nulo (o una carencia de resultado) del control. El control, como dije antes, produce un resultado por el mero hecho de ponerse en marcha. De todos modos, es la otra posibilidad: el resultado negativo, el que nos interesa especialmente. ¿Qué ocurre, en el control político, cuando la decisión final es desaprobatoria, o disconforme con el objeto controlado? Aquí reside, también, una de las grandes diferencias entre el control jurídico y el control político. En el primero, la disconformidad ha de producir, inexorablemente, la sanción (por el carácter "objetivado" del control). En el segundo no. Su carácter "subjetivo" excluye que, necesariamente, el juicio negativo lleve aparejada, de manera automática, la anulación del acto o la remoción del titular o titulares del órgano. Ello no es obstáculo para que, a veces, tal decisión pueda tener efectos jurídicos vinculantes, es decir, características sancionatorias en sentido estricto cuando el ordenamiento así lo establezca. Pero la regla aquí se invierte: el control político no posee efectos sancionatorios *per se*; es decir, de manera inexorable (en casos de resultado negativo, se entiende). Sólo los posee de manera excepcional y tasada, es decir, en los casos en que lo prevé el propio ordenamiento y sólo en ellos.

Así nos encontramos con que, para determinados supuestos (elecciones, moción de censura, cuestión de confianza, control sobre los decretos-leyes, etcétera) el derecho establece el carácter sancionador de la decisión cuando ésta resulta negativa para el objeto controlado. En otros supuestos ni siquiera el derecho califica esos efectos (mociones parlamentarias, proposiciones no de ley, etcétera) que han de tenerse, pues, por no vinculantes, jurídicamente. La carencia de efectos vinculantes, la ausencia de sanción, en sentido estricto, no significa, ni mucho menos, que en esos casos desaparezcan los efectos políticos del control, sino que operan, o tienen capacidad de operar, de manera indirecta (erosionando al órgano, o a la mayoría política que lo sustenta, incitando a la crítica que realiza la opinión pública, alertando al cuerpo electoral, etcétera).

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Los resultados del control político a veces son inmediatos y a veces sirven para poner en marcha controles políticos posteriores o para activar controles sociales. En tal sentido es en el que puede decirse que si el control político no incluye muchas veces la sanción, incluye siempre, sin embargo, la capacidad potencial de poner en marcha sanciones indirectas o posteriores. Se trata, pues, de un control cuya efectividad descansa más que en la sanción inmediata y presente (posibilidad bastante relativizada por el principio de la mayoría) en la esperanza de sanciones mediatas o futuras que el ejercicio del control podría desencadenar.

2. *La voluntariedad en el control*

No me refiero ahora a la libertad de los criterios de valoración, al hecho de que el control político sea más un control efectuado por la voluntad (política) que por las normas (jurídicas). Esa cuestión ya ha sido comentada al tratar del carácter subjetivo del control. En este momento lo que quiero destacar es el carácter "voluntario" de su ejercicio (en oposición al carácter "necesario" que se da en el control jurídico).[216] La voluntariedad, aquí, tiene dos significados, que se refieren, uno, a la puesta en marcha del control, y otro, a la realización del control mismo. En lo que toca al primero, el control político puede ser instado por agente distinto al que ha de efectuarlo (convocatoria de elecciones, cuestión de confianza, etcétera), pero también iniciado por la propia voluntad del órgano controlante (circunstancia que nunca puede darse en el control jurídico). El agente de control es así, en esas situaciones, el mismo que decide no sólo "qué" controla, sino también "cuándo" controla. Hay, en tales casos, pues, un extraordinario elemento de voluntariedad. En lo que se refiere al segundo significado, es decir, al relativo a la práctica misma del control, el factor voluntario se manifiesta en que, instado el control (por propio impulso del órgano controlante o a instancia de otro) éste no tiene por qué, necesariamente, llevarse a cabo en todos los supuestos ni por qué ejercitarse obligatoriamente por todos los titulares con derecho a ejercerlo. Efectivamente, a diferencia de lo que ocurre en el control jurídico (el órgano judicial tiene, necesariamente, que resolver) en el control político no puede obligarse al agente controlante a que

216 Sobre el sentido que el término "necesario" posee en el control jurídico, véase el epígrafe IV.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

adopte, en todas las ocasiones, una decisión final una vez puesto en marcha el procedimiento. Puede existir una obligación política, si se quiere, pero no una auténtica obligación jurídica. Aquí siempre cabe el silencio. Silencio del titular del órgano, si es unipersonal, o silencio del órgano por no convocatoria de sus miembros, o no inclusión en el orden del día, o falta de quórum para tomar acuerdo, si es colegiado. Y, por supuesto, siempre cabe también la abstención (el no emitir juicio, aunque el control se realice) por parte de los integrantes de un agente colectivo de control (desde la abstención de los parlamentarios hasta la abstención electoral).

Tales caracteres de voluntariedad en el control político están relacionados, como no podía ser de otra manera, con la condición subjetiva de ese control. Ello no implica pérdida de eficacia para el control político; simplemente que (por no ser jurídico) es un control de oportunidad y no de necesidad.

VI. A MODO DE EJEMPLO: EL CONTROL PARLAMENTARIO COMO CONTROL POLÍTICO

He elegido este ejemplo para poner a prueba la teoría, precisamente porque me parece que podría ser uno de los mejores, dada la confusión, a veces, y la polémica, casi siempre, que sobre el control parlamentario suelen darse. Cualquiera de los demás institutos de control (ya sea éste jurídico o político) hubiera servido también; pero, sin duda, tales casos plantearían menos problemas en cuanto que son más fáciles de calificar. Es preferible, en rigor, aunque sea más arduo, someter la teoría a una especie de "prueba de fuego", es decir, a un supuesto de verificación casi paradigmático como caso-límite, y ese es, me parece, el del control parlamentario, donde derecho y política aparentan confundirse en tantas ocasiones y donde la doctrina se divide sobre cuáles sean sus características peculiares. Creo que la teoría que, hasta aquí, se ha venido sosteniendo puede ayudar a la clarificación conceptual (y a la operatividad práctica) de este instituto y demostrar con ello, al mismo tiempo, que es una teoría que posee validez.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

1. *Crítica a las tesis que consideran el control parlamentario como control jurídico*

Estas tesis, que proceden de un sector de la doctrina italiana (Chimenti, Ferrari y Galeotti) han sido acogidas en España por algunos de los autores que se han dedicado, de manera más especializada, al estudio del control parlamentario.[217] Sin perjuicio del valor estimable de dichas contribuciones, me parece que ese sector de la doctrina italiana (y por su influencia parte de la doctrina española), en sus intentos de dotar de naturaleza jurídica al control parlamentario parte de un supuesto común y, a mi juicio, bastante discutible: considerar que un instituto es jurídico, simplemente porque esté regulado por el derecho. Este supuesto está implícito en unos[218] y sumamente explícito en otros, como lo muestra García Morillo que, apoyándose en Ferrari, dice lo siguiente: "No parece tener fundamento, por consiguiente, negar naturaleza jurídica a fenómenos que encuentran su origen en normas jurídicas, se desarrollan conforme a lo que ellas disponen y surten, asimismo, efectos jurídicos".[219]

Como ya se ha apuntado más atrás y se estudiará con extensión más adelante (en la última parte de este trabajo), la idea de que la regulación por el derecho de cualquier actividad convierte a ésta en una actividad "naturalmente" jurídica, no la comparto, en modo alguno. El derecho presta atención a casi todas las actividades humanas, y dentro de las políticas casi ninguna se escapa a esa creciente "normativización", que es uno de los caracteres del Estado de nuestro tiempo. Pero ello no conduce a que tales actividades dejen de ser "políticas" para convertirse en "jurídicas". El llamado (en expresión poco feliz) proceso de "juridificación" de la política, lo que significa es, exactamente, proceso de regulación

217 Santaolalla, *Derecho parlamentario español*, *cit.*, nota 121; *id.*, *El Parlamento y sus instrumento de información*, Madrid, 1982. García Morillo, *El control parlamentario...*, *cit.*, nota 119 (las tesis que en esta obra se defienden son las mismas que aparecen también, de manera más resumida, en otro libro del propio autor y de Montero, J. R., *El control parlamentario del gobierno*, Madrid, 1984; citaremos siempre, el primero de los dos trabajos que, además, es posterior en el tiempo).

218 La regulación del control por la Constitución y los reglamentos parlamentarios obligaría, pues, a considerarle como control jurídico; esa parece ser la base del razonamiento que subyace en las afirmaciones de la mayor parte de estos autores sobre la necesidad de encontrar un concepto jurídico de control, de entender jurídicamente el control, de considerarlo jurídicamente, etcétera.

219 García Morillo, *El control parlamentario...*, *cit.*, nota 119.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

jurídica de los fenómenos políticos, pero no proceso de supresión del carácter político de tales fenómenos. De lo contrario, podría confundirse lo político con la ausencia de reglas, o lo político con lo no institucionalizado, cosa que, sin duda alguna, no sería correcto.

Aquel principio del que parten lleva a los defensores de esta tesis sobre el control parlamentario a incurrir en lo que a mi juicio es otro aserto también sumamente discutible (e inmediatamente enlazado): el único modo en que el jurista puede estudiar el control parlamentario, vendrán a decir, es concibiéndolo como control jurídico y no como control político.[220] Aquí hay, al parecer, un cierto mal entendido, pues quizás se confunden, como antes se apuntó, las normas con los fenómenos que regulan, así como el tipo de saber que sobre las unas y los otros puede aplicarse. El jurista estudia los objetos "formalmente" jurídicos y no sólo los que, además, lo son "materialmente". La delimitación del campo de su saber está en la "forma" y en el "método", no en la "materia". Lo que al juristas le está vedado es estudiar "políticamente" el control parlamentario, no estudiarlo "jurídicamente"; pero estudiarlo jurídicamente no es dotar de naturaleza jurídica al objeto, sino dotar de carácter jurídico a su estudio. En resumidas cuentas, lo que el jurista puede (y debe) es estudiar la regulación jurídica del control político parlamentario, que ni deja de ser "político" porque el derecho lo regule ni ha de convertirse en "jurídico" para que el jurista lo estudie, de la misma manera, por ejemplo, que la representación política no deja de ser "política" porque existan normas electorales ni ha de ser concebida como representación "jurídica" (lo que sería un dislate, claro está) para que pueda ser estudiada y tratada en el campo del derecho constitucional.

A partir de las bases comunes ya aludidas (la regulación jurídica del control parlamentario convierte a éste en un control jurídico y, además, sólo concebido así puede ser estudiado por el jurista) las conclusiones a las que llegan algunos de estos autores son, no obstante, radicalmente diferentes. Veamos. Unos sostendrán que como el control jurídico comprende siempre la sanción (cuando el resultado es negativo para el objeto controlado) no son medios de control parlamentario las preguntas, interpelaciones y mociones que no vinculan jurídicamente con efectos sancionatorios al gobierno. Sólo la moción de censura, la cuestión de

220 Véase Santaolalla, *Derecho parlamentario...*, *cit.*, nota 121, pp. 198 y 199; García Morillo, *op. cit.*, nota anterior, pp. 34-39 y 63.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

confianza, el control sobre los decretos-leyes y el ejercitado a través de autorizaciones preceptivas (tratados internacionales, aplicación de créditos, etcétera) son institutos de control parlamentario, puesto que en ellos el resultado negativo lleva aparejada, automáticamente, la sanción.[221] Otros opinarían que si el control jurídico incluye la sanción, entonces quedaría extraordinariamente reducida la eficacia del control parlamentario, dado que en él impera el principio de la mayoría y ello hace extraordinariamente difícil que el gobierno sea derrotado. En consecuencia, y como no se abdica, en esta postura, de considerar el control parlamentario como control jurídico, la solución que se encuentra para salvar el reproche de la ineficacia es acogerse a una distinta definición de control jurídico,[222] mediante la cual se disocia totalmente el control de la sanción. Una cosa es el control, se dirá, y otra su garantía: el control es la mera constatación de la adecuación de una conducta a un parámetro. Y nada más. Puede haber sanción o no haberla. Si no hay sanción, el control no tiene garantía, pero no deja de ser control jurídico.[223]

En consecuencia, seguirá argumentándose, como la sanción no forma parte del control, sino que constituye algo enteramente distinto, sólo es control parlamentario la simple actividad de comprobación, y puede ejercitarse a través de preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación, así como también es control parlamentario el de las potestades normativas del gobierno (sobre los decretos-leyes y sobre los decretos legislativos). Las mociones, y dentro de ellas, la de censura, se refieren a la responsabilidad política (que es sanción) y no al control: no forman parte, pues, del control parlamentario.[224]

Expuestas ya estas tesis sobre el control parlamentario, parece conveniente entrar con cierto detalle en su crítica. Estoy de acuerdo con los que sostienen (Santaolalla, por ejemplo) que el control jurídico no es la mera constatación o el mero examen, sino que de él forma parte (inseparable) la reparación o sanción. Sobre esto no es preciso extenderme, porque más atrás he dejado expuesto que esa es, justamente, en mi criterio, una de las características sustanciales del control jurídico. En con-

221 Esa es, en España, la postura de Santaolalla, *ibidem*, pp. 199 y ss.

222 Esa es la tesis que García Morillo extrae más de Chimenti (*Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*) que Galeotti, pues la postura de éste, sobre la cuestión, es algo distinta.

223 García Morillo, *El control parlamentario...*, *cit.*, nota 119, pp. 43-54.

224 *Ibidem*, pp. 76-96.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

secuencia, no comparto las pautas contrarias (por ejemplo, en España, García Morillo) que limitan el control jurídico a la mera constatación: creo que sin el "momento conminatorio" no puede concebirse el control (y menos el control jurídico) como ya también he dicho más atrás. Realmente la tesis de que el control jurídico no incluye la sanción me parece difícil de aceptar y más aún cuando se traslada al control parlamentario. Dado que ese control suele ser objeto de frecuentes críticas, tachándose de ineficaz porque el principio de la mayoría y la disciplina de los partidos hacen improbable la derrota parlamentaria del gobierno, parece como si se dijese: refutemos esas críticas y demostremos que el instituto goza de buena salud por el sencillo expediente de eliminar del concepto de control la posibilidad siquiera de tal derrota. Y así se da la curiosa paradoja de que desaparece del control parlamentario, lo que constituye, precisamente, su máximo instrumento: la remoción del gobierno. La teoría del control parlamentario ha de tener en cuenta, por supuesto, la dificultad práctica que muchas veces existe para la utilización de dicho instrumento, pero eso es una cosa y otra amputar, simplemente, del control su resultado; con ello, no éste sino todos los instrumentos de control se quedan huérfanos de significación.

Por otro lado, estas tesis vienen a sostener que el juicio del Parlamento o de los parlamentarios sobre el gobierno o sobre sus actos es un juicio de naturaleza jurídica. Es decir, que se trata de un control jurídico no sólo porque está previsto por el derecho (a esta postura ya hemos dedicado una atención crítica) o porque lleva aparejada la sanción (según unos) o porque, precisamente, no la lleva aparejada (según otros), cuestiones que también ya se han tratado, sino, además, porque es "jurídica" la valoración que en el control se hace. Para sostener tal afirmación acuden al argumento[225] de que el parámetro de control es fijo y predeterminado, porque lo componen "la Constitución, los reglamentos de las cámaras y las leyes" (que son normas jurídicas) o los "valores constitucionales y el programa de gobierno" (que son cánones fijos y establecidos).

225 Bastante común entre los autores italianos a los que me estoy refiriendo. Entre nosotros, Santaolalla, más cautamente, sólo me da a entender (*Derecho parlamentario...*, *cit.*, nota 121, p. 199), García Morillo lo afirma expresamente (*op. cit.*, nota anterior, pp. 60-63 y 84-90).

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Un argumento así me parece cuestionable, pues ni el programa del gobierno ni los valores constitucionales "políticamente" apreciados son parámetros jurídicos, ni la interpretación que el Parlamento haga de las normas de derecho cuando las utilice como canon de adecuación otorga a tal valoración un carácter objetivado, ni, por último, esos son los únicos elementos que componen el parámetro en el control parlamentario. Tal parámetro es, por principio, de composición libre, y su base principal radica en la pura y simple voluntad del agente de control. No creo acertado, pues, aunque se busque apoyo en la discutible teoría de Manzella de la función de garantía constitucional del Parlamento, sostener que el control parlamentario consiste en la comprobación de la adecuación de la actividad del Ejecutivo a los parámetros establecidos por el ordenamiento constitucional y por las propias cámaras.[226] En el control parlamentario no hay parámetro normativo, objetivado, indisponible, no hay razonamiento jurídico necesario. Son los principios de libertad y oportunidad los que rigen tanto la composición del parámetro como la formulación del juicio valorativo o de adecuación.

Estamos en presencia de un control político y no de un control jurídico, y sólo entendidos así alcanzan coherencia, a mi juicio, los caracteres que el control parlamentario tiene, así como el papel y significación que posee en nuestro tiempo.

2. *El significado del control parlamentario*

Junto con el control que se realiza a través de los votos populares, el control parlamentario constituye uno de los medios más específicos y más eficaces del control político. La defensa de su validez como instrumento de limitación del poder no radica, sin embargo, en pretender su conversión conceptual, intentando presentar como "jurídico" un control que, indudablemente, no lo es (por todo lo que antes se ha explicado), o en desligar de manera radical el control de la sanción, dejándolo, simplemente, sin sentido (que es lo que sucede si se elimina el elemento finalista). La derrota del gobierno es uno de los resultados que el control parlamentario puede alcanzar, y el hecho de que hoy, por la disciplina de partido, eso sea algo poco probable, no lo convierte, por ello, en un resultado imposible. De todos modos, tal derrota, siendo uno (quizá el

226 García Morillo, *op. cit.*, nota anterior, p. 298.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

más fuerte) de los efectos del control parlamentario, no es, ni mucho menos, el único ni el más común. De una parte, el control parlamentario existe en formas de gobierno (como los presidencialistas) en las que no es posible la exigencia de la responsabilidad política. Allí, sin embargo, hay control parlamentario, ya que éste no es un instituto privativo de las formas parlamentarias de gobierno, sino de la democracia parlamentaria de nuestro tiempo, y de otra parte, en los llamados regímenes parlamentarios, en los que la responsabilidad es posible, aunque circunstancialmente sea improbable, la fiscalización parlamentaria del gobierno se manifiesta por muchas otras vías, además de por la que pudiera conducir a su remoción.

Así, Rescigno[227] dirá que, además de la responsabilidad política concreta, inmediata, hay, sin duda alguna, una "responsabilidad política difusa", una responsabilidad de debilitamiento político del gobierno producido por las reacciones políticas y sociales que se derivan de los actos de control de las cámaras. Manzella[228] reconoce que, hoy, la disciplina de partido hace que la revocación parlamentaria del gobierno sea casi una hipótesis de escuela, "pero sería erróneo extraer de estas observaciones la conclusión de la inexistencia de una actividad parlamentaria de vigilancia y de crítica, que comporta la posibilidad de contraposición dialéctica entre las cámaras y el gobierno", y sigue diciendo, "se observa, al contrario, que esta posibilidad de contraposición está ampliamente presente en el actual sistema parlamentario", de tal forma que "la función del control parlamentario sobre el gobierno encuentra ahora una nueva manera de configurarse en este esquema doble: examen crítico de la actividad del gobierno con potenciales efectos indirectos de remoción; examen crítico abocado a rectificaciones o modificaciones parciales de las directrices políticas del gobierno".[229]

La fuerza del control parlamentario descansa, pues, más que en la sanción directa, en la indirecta; más que en la obstaculización inmediata, en la capacidad de crear o fomentar obstaculizaciones futuras; más que en derrocar al gobierno, en desgastarle o en contribuir a su remoción por el cuerpo electoral. Esta labor de crítica, de fiscalización, constituye el signi-

227 *La responsabilità politica*, Milán, Giuffrè, 1967, pp. 113 y ss.

228 Tanto en su conocido libro *Il Parlamento*, Bolonia, 1977, como en su artículo "Le funzioni del parlamento in Italia", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 1, 1974, pp. 375-408.

229 "Le funzioni...", *op. cit.*, nota anterior, pp. 393 y 394.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ficado propio del control parlamentario. Se ha dicho, por algunos autores, que un significado así sería rechazable por demasiado amplio y general, en cuanto que emplea un sentido excesivamente elástico de control. Yo creo, por el contrario, que ahí se encuentra, justamente, la cualidad (y la operatividad) del control parlamentario, cuyos efectos pueden recorrer una amplia escala que va desde la prevención a la remoción, pasando por las diversas situaciones intermedias de fiscalización, corrección u obstaculización. Así lo entendía la doctrina clásica (Taylor, Mortati, Duguit, Ameller) y así lo sigue entendiendo un buen sector de la contemporánea (Friesenhahn, Böckenförde, Sternberger, Schneider, Manzella, etcétera). En España, el sentido amplio del control parlamentario es el aceptado, entre otros, por Sánchez Agesta[230] y Rubio Llorente.[231]

Una de las notas del control político, como antes se vio, es el carácter no necesariamente directo o inmediato de la sanción en todos los supuestos. No siempre habrá sanción, pero siempre habrá, al menos, esperanza de sanción. De ahí que la eficacia del control político resida, además de en sus resultados intrínsecos, en la capacidad que tiene para poner en marcha otros controles, políticos y sociales. Eso es lo que ocurre, exactamente, con el control parlamentario.

3. *Los instrumentos de control y la imposibilidad de deslindar procedimentalmente una específica función parlamentaria de control*

Cabe sostener, y me parece que con bastante fundamento, que la llamada "función de control" no se circunscribe a procedimientos determinados, sino que se desarrolla en todas las actuaciones parlamentarias. Esa es la tesis de los autores que un poco más atrás acaban de citarse, y ese es el punto de partida, por ejemplo, del excelente estudio de E. Busch, *Parlamentarische Kontrolle*.[232] Realmente, la cuestión es más

230 No sólo en su artículo, "Gobierno y responsabilidad", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 113-114, septiembre-diciembre de 1960, pp. 35-63, sino también en su *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 2a. ed., Madrid, Editora Nacional, 1981, pp. 330 y ss. Véase también, Torres del Moral, *Principios del derecho constitucional español*, Madrid, Átomo Ediciones, 1986, vol. II, pp. 220-260, que mantiene una idea del control parlamentario próxima, en algunos aspectos, a la que aquí sostenemos.

231 Véase su excelente trabajo, "El control parlamentario", *Revista Parlamentaria de Habla Hispana*, Madrid, núm. 1, 1985, pp. 83 y ss.

232 Decker's Verlag G. Schenk, 1983.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

general, y la afirmación es válida para todas las funciones parlamentarias, a excepción de la función legislativa (incluyendo en ella la legislación presupuestaria). Sólo el modo de hacer la ley ha de atenerse a un procedimiento específico y exclusivo. Sólo aquí, pues, la función en sentido material se corresponde con la función en sentido formal o procedimental. Las demás funciones del Parlamento se realizan a través de la completa actividad de la cámara y no están circunscritas (y, en consecuencia, limitado su ejercicio) a unos procedimientos exclusivos.

De esa manera, la llamada "función de dirección política", por ejemplo, está presente tanto en el nombramiento o elección parlamentaria de cargos públicos como en la investidura gubernamental, en las mociones, etcétera, y, desde luego, en el propio procedimiento legislativo. ¿Puede decirse que aprobar una ley no es llevar a cabo una de las máximas expresiones de la dirección política? Se trata, en realidad, de algo que no puede negarse: la polivalencia funcional de los procedimientos parlamentarios. Sólo cabe hablar, como antes se decía, de una única función incapaz de operar fuera de sus procedimientos propios: la función legislativa, y ello es consecuencia absolutamente necesaria del carácter "formalizado" que ha de presidir el modo de emanación del derecho. El resto de las funciones parlamentarias son capaces de operar a través de todas las actividades, de todos los procedimientos. Es cierto que existen algunos de ellos que son más "característicos" de una determinada función que de otra, pero nada más, de tal manera que a lo único que se puede llegar es a hablar de procedimientos "característicos", "más usuales", etcétera, pero nunca (a excepción de la función legislativa, como se ha dicho) de procedimientos exclusivos o propios.

El control parlamentario es, entre todas las funciones parlamentarias, el más significativo a este respecto, el más general, el que es capaz de estar presente en todos los procedimientos de la cámara. Al contrario de lo que, a veces, con cierta ligereza, se dice (confundiendo la posibilidad práctica de remoción del gobierno con la existencia y el vigor del control parlamentario), hoy día en la actividad de control reside la misión primordial de las cámaras, ya que la formación de la ley es, en el presente, más bien una prolongación de la voluntad de los gobiernos que una manifestación de voluntad independiente de los parlamentarios. Ello no significa caer en las fáciles críticas de la función legislativa, que ignoran, simplemente, que lo que ha cambiado es el concepto de ley, pero

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

no su sentido, y menos su legitimación. Lo que quería decir es que el control resulta imprescindible para la existencia misma del Parlamento, ya que éste lo es (es decir, es un órgano distinto del gobierno) en cuanto que es capaz de actuar como cámara de crítica y no de resonancia de la política gubernamental. De ahí que la función de control penetre la total actividad de la cámara.[233]

No sólo en las preguntas, interpelaciones, mociones, comisiones de investigación y control de normas legislativas del gobierno (instrumentos "más característicos" de control) se realiza la función fiscalizadora, sino también en el procedimiento legislativo (defensa de enmiendas, etcétera) en los actos de aprobación o autorización, de nombramientos o elección de personas, etcétera. En todos esos casos hay (o puede haber) control, y todos esos instrumentos, si no características, son, desde luego, instrumentos a través de los cuales opera el control parlamentario.

4. *La doble condición del control parlamentario: control "por" el Parlamento y control "en" el Parlamento. La oposición y el control*

No me refiero con esta distinción simplemente al agente y al *locus* del control, ya que ello ni sería en verdad una distinción, sino una reiteración (el control realizado por el Parlamento en el Parlamento), ni sería una descripción correcta del fenómeno, puesto que ni toda la actividad de control se realiza "por" el Parlamento como órgano (es decir, por el Pleno e incluso por las comisiones) ni opera exclusivamente en el ámbito reducido de la cámara. Lo que quiero expresar es algo más complejo, a saber: que el control se lleva a cabo no sólo mediante actos que expresan la voluntad de la cámara, sino también a través de las actividades de los parlamentarios o los grupos parlamentarios desarrolladas en la cámara, aunque no culminen en un acto de voluntad de la cámara misma. Y ello es así, insisto una vez más, porque el resultado sancionatorio "inmediato" no es consubstancial al control parlamentario, y porque la puesta en marcha de instrumentos de fiscalización gubernamental no tiene por objeto sólo el obtener una decisión "conminatoria" de la cámara,

233 Véase el trabajo citado de Rubio Llorente en el que, en términos parecidos, aunque se acude a una inteligente distinción entre el Parlamento como órgano y el Parlamento como institución, se adopta una posición similar a la que defiendo.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

sino también (y cada vez más) el influir en la opinión pública de tal manera que en tales supuestos el Parlamento es el *locus* de donde parte el control, pero la sociedad es el *locus* al que se dirige, puesto que es allí donde pueden operar sus efectos.

De esa manera, el control parlamentario puede manifestarse a través de decisiones de la cámara (adoptadas en el procedimiento legislativo, o en actos de aprobación o autorización, o en mociones) que son siempre, inevitablemente, decisiones de la mayoría, porque así se forma la voluntad del Parlamento; pero también el control puede manifestarse a través de actuaciones de los parlamentarios o de los grupos (preguntas, interpelaciones, intervención en debates) que no expresan la voluntad de la cámara, pero cuya capacidad de fiscalización sobre el gobierno no cabe negar, bien porque pueden debilitarlo o hacerlo rectificar, bien porque pueden incidir en el control social o en el control político electoral. Y esta labor fiscalizadora del gobierno, realizada no por la mayoría sino por la minoría, es, indudablemente, un modo de control parlamentario gracias a la publicidad y al debate que acompañan o deben acompañar (sin su existencia no habría, sencillamente, Parlamento) a los trabajos de la cámara. Aquí no hay, pues, control "por" el Parlamento (que sólo puede ejercitar la mayoría y que hoy, por razones conocidas, a las que antes se aludió y no hace falta repetir, es o puede ser relativamente ineficaz), pero sí control "en" el Parlamento; control que no realiza la mayoría, sino, exactamente, la oposición.

Stein,[234] al plantearse la necesidad y las dificultades del control parlamentario, manifestará, con agudeza, que el requisito de la independencia entre controlante y controlado no se da hoy en las relaciones del Parlamento con el gobierno, debido a que aquél está dominado por los partidos mayoritarios que sostienen a éste. De ahí, dice, que el Parlamento no pueda "controlar en sentido propio al gobierno. A lo sumo, sería una autocrítica de los partidos gubernamentales". Sin embargo, sigue exponiendo Stein, el control parlamentario no desaparece por ello, sino que

234 *Derecho político*, Madrid, 1973, pp. 71-77. De entre los autores que cita, véanse también, especialmente, Leibholz, "Die Kontrollfuktion des Parlaments", *Macht un Ohnmacht der Parlamente*, 1965, pp. 57-80; Grube, *Die Stellung der Opposition im Strukturwandel des Parlamentarismus*, *Dissertatium Köln*, 1965, pp. 47-64; y Ellwein-Görlitz-Schröder, *Parlament und Verwaltung*, parte I: *Gesetzgebung und politische Kontrolle*, 1967.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

opera en la medida en que se encomiende no a los propios titulares del poder, sino

> ...a personas que no participen en el ejercicio del poder. Para ello existe la oposición. Precisamente, el hecho de que aspire a conseguir el poder, permite suponer que tratará cuidadosamente de descubrir cualquier falta en aquellos a los cuales quiere desplazar. Esta es la razón por la que la mayoría de los medios de control, tanto en la Ley Fundamental como en el Reglamento de *Bundestag*, se configuran como derechos de las minorías que pueden ser ejercitados incluso contra la voluntad de los partidos gubernamentales.

Stein denomina, en consecuencia, como "derechos de corrección" los ejercitados por el Parlamento en Pleno (voto de censura, aprobación del presupuesto), y como "derechos de control" los que puede ejercitar la oposición (preguntas, petición de información, interpelaciones, comisiones de investigación).

La exposición de Stein es aguda, como antes dije, pero no la comparto enteramente. Estoy de acuerdo en el papel crucial de la oposición en el control parlamentario y, por lo mismo, en considerar instrumentos de control los que pueden ser utilizados (preguntas, interpelaciones, etcétera) por las minorías, e incluso, en desear que sus posibilidades de ejercicio se incrementen. No estoy de acuerdo, en cambio, en suprimir el calificativo de medios de control a los que operan a través de la voluntad de la mayoría (que son muchos más de los que él enumera). El hecho de que en la práctica (por la correlación gobierno-mayoría) pierdan eficacia no los priva de su carácter de control, porque control es tanto "corregir" como "oponerse" y, además de ello, control es también la capacidad fiscalizadora que, a través del debate, puede originarse por el enlace, hoy indiscutible, entre el Parlamento y la opinión pública, posibilidad (y realidad) que el mismo Stein reconoce[235] como una dimensión del control parlamentario.

De todos modos, y al margen de esa pequeña discrepancia, lo que, en general, se trasluce de la exposición de Stein es algo que hoy parece indudable: la necesidad de tener en cuenta que, junto a la clásica contraposición gobierno-Parlamento, hoy no puede olvidarse la nueva contrapo-

235 Stein, *op. cit.*, nota anterior, p. 73.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

sición gobierno-oposición. No porque venga a sustituirla enteramente, como opinan algunos, ya que el régimen parlamentario no podría funcionar si se hace desaparecer la diferenciación entre Parlamento y gobierno, así como la configuración jurídica de ambos como órganos distintos (aunque, por supuesto, relacionados), sino porque en la atribución de derechos de control a las minorías parlamentarias radica una de las exigencias de nuestro tiempo. El control "en" el Parlamento no sustituye al control "por" el Parlamento, pero hace del control una actividad de cotidiano ejercicio por las cámaras. A eso justamente es a lo que se refiere Stern[236] cuando afirma que la atribución de derechos a la oposición es una de las exigencias que comporta el régimen parlamentario, siguiendo en ello a Herzog y Schneider, entre otros.

5. *A propósito de algunos medios de control parlamentario (preguntas, interpelaciones, mociones, comisiones de investigación*)

Aunque, como ya se dijo, el control puede ejercitarse a través de todas las actividades parlamentarias, merece la pena detenerse, aunque sea de modo somero, en este conjunto de medios que no son los únicos, pero sí los más característicos de ese control. En ello se aprecia, por un lado, la doble condición de control "en el Parlamento" y de control "por el Parlamento", que es propia de la categoría y, por otro, el grado diferente que el efecto "conminatorio" puede alcanzar según el medio de control que se utilice.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a las preguntas, sin perjuicio de su consideración como procedimiento para obtener información por los parlamentarios,[237] su capacidad potencial como medios de control es innegable. Calificar a las preguntas únicamente de instrumentos de información[238] es olvidar el sentido fiscalizador que les es propio y que cons-

236 Stern, *op. cit*., nota 55, vol. 1, §. 23.

237 La cámara, como órgano, posee otros instrumentos, genuinos, para obtener información del gobierno o de las demás autoridades u órganos del Estado. En nuestro ordenamiento tales medios son los previstos en el artículo 109 de la Constitución.

238 Como hace Santaolalla, *Derecho parlamentario...*, *cit*., nota 121, p. 374 y, especialmente, *El Parlamento y sus instrumentos de información...*, *cit*., pp. 37-43. En la doctrina italiana ni Miseli, en su clásica obra de 1908 *Il diritto d'interpellanza*, Milán; ni Fenucci, en nuestros días, *I limiti dell'inchiesta parlamentare*, Nápoles, 1968, autores a los que acude Santaolalla, sostienen que la pregunta sea sólo instrumento de información, por el contrario, enlazan en ella información y control.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

tituye, sin duda, su auténtica finalidad. Por ello, algunos autores las consideran como instrumentos de dirección política, así Buccisano,[239] otros como una función autónoma, así Chimenti,[240] otros como instrumentos de gobierno de la mayoría, así Pace,[241] y, en fin, otros como medios de fiscalización, así Amato[242] o Manzella,[243] sosteniendo que su función sobrepasa a la de mera información. Todos los citados, a excepción de Pace, con quien discrepo totalmente,[244] afirman, con mayor o menor énfasis, que la pregunta es un medio de contrastar, influir, fiscalizar..., es decir, hay que concluir (aunque no todos ellos lo reconozcan expresamente), de controlar, que es, por lo demás, la tesis clásica, que me parece difícil de desmontar, de Duguit, Bartelemy-Duez, Miceli, Ameller, Leibholz, y la más aceptada en Alemania, desde Stein a Busch. En Inglaterra, la dirección doctrinal dominante puede quedar fielmente reflejada en la conocida frase de Taylor de que las preguntas constituyen uno de los medios más efectivos de control del Ejecutivo jamás inventados.[245]

Primero como preguntas orales (así nacieron en el Parlamento británico en el siglo XVIII), después con el añadido de las preguntas escritas, el instrumento resulta capital en el control, concebido como control "en el Parlamento", ya que supone un campo abierto a las iniciativas individuales de los parlamentarios. Su efectividad descansa no sólo en la actividad fiscalizadora que a su través puede desarrollarse (de vital importancia para las minorías), sino también en la trascendencia que ello puede tener para la opinión pública, poniendo en marcha posteriores controles sociales o acentuando el control político-electoral, esto es, lo que antes ya he denominado como "esperanza de sanción". Esperanza que aumenta y fiscalización que se intensifica especialmente a través de las preguntas urgentes, cuyo mejor modelo de inmediatez y flexibilidad lo sigue constituyendo el establecimiento en el Parlamento británico.

239 *Le interrogazioni e le interpellanze parlamentari*, Milán, 1969.
240 *Il controllo parlamentare...*, *cit.*, nota 116.
241 *Il potere de 'inchiesta delle Assemblee Legislative*, Milán, 1973.
242 *L'ispezione politica del Parlamento*, Milán, 1968.
243 *Il Parlamento*, *cit.*, nota 228.
244 Su concepción del control sólo como control por la mayoría ni se adecua a la teoría ni se corresponde con la práctica de la democracia parlamentaria. Una buena crítica a ello en Recchia, *L'informazione delle Asemblee Legislative. Le inchieste*, Nápoles, 1979.
245 Taylor, *The Housse of Commons at Work*, Baltimore, 1963, pp. 110 y ss.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

En cuanto a las interpelaciones, cuya diferencia material respecto de las preguntas es menor (pese a la distinción cuestión concreta-cuestiones de política general) que su diferencia procedimental (debate y no sólo réplica y dúplica, además de que podrán dar origen a la presentación de una moción), lo dicho acerca de las preguntas es extensivo a lo que puede sostenerse en lo que toca a su calificación como medio de control, no sólo a disposición de los parlamentarios individuales, sino también, aquí, de los grupos parlamentarios. Capacidad de control que se agudiza por la mayor oportunidad de contraste gobierno-oposición que la existencia de debate presta a las interpelaciones.

Si las preguntas e interpelaciones son medios de control "en el Parlamento", podría decirse que las mociones lo son de control "por el Parlamento", en cuanto que se trata de resoluciones (que pueden llamarse indistintamente mociones, proposiciones no de ley, resoluciones o acuerdos) de una cámara mediante las cuales ésta fija su postura sobre determinado asunto. La cámara expresa su voluntad como órgano y, al hacerlo, si es crítica, negativa o conminatoria respecto de una actuación gubernamental o de un proyecto o indicación de futuro para esa actuación, cabría afirmar que de esa manera ejerce el control. Y como quiera que la voluntad de la cámara la forma la mayoría, también cabría afirmar que se trata, en resumidas cuentas, de un débil instrumento de control parlamentario, en la medida en que no puede ser ejercitado por la oposición. Sin embargo, tales conclusiones serían extremadamente simples y no enteramente correctas. Una cosa es el control que puede realizarse mediante la aprobación de la moción, que es, sin duda, un control "por el Parlamento", y otra el que puede efectuarse mediante la presentación y discusión (con posibilidad de introducción de enmiendas) de la moción, que es un control "en el Parlamento". Que en la fase de iniciación y discusión (y no sólo en la de votación) se producen efectos de control no puede negarse, si se acepta que ese control también se da en interpelaciones y preguntas. A diferencia de ese tipo de control, que opera o puede operar de modo abstracto, indirecto o mediato, el control que se articula a través de la aprobación de la moción es directo, inmediato, pero no siempre jurídicamente vinculante para el gobierno. Veamos esta cuestión un poco más detenidamente.

En las mociones (a diferencia de lo que ocurre en el ejercicio de la actividad legislativa, en las autorizaciones o en las elecciones de perso-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

nas que realizan las cámaras) el principio general es que la voluntad del Parlamento no vincula jurídicamente al gobierno. De tal manera que sólo existe tal vinculación, como resultado de una moción, cuando excepcional y expresamente la norma así lo dispone (norma que no puede ser otra que la Constitución, y no la ley o el reglamento parlamentario, pues de otro modo la excepción carecería de sentido, aparte de que existen razones claras de reserva constitucional). En resumen, salvo la moción de censura (y en algunas Constituciones, como la de Dinamarca de 1953; Suecia de 1974, en la segunda posguerra; o la de Weimar de 1917; Austria de 1920; Irlanda de 1922, en la primera posguerra, también en los casos de "reprobación individual" de un ministro) todas las demás mociones carecen de fuerza jurídica para obligar al gobierno.[246]

Ahora bien, esa carencia de efectos jurídicos vinculante no priva a las mociones, o, más exactamente, a las aprobadas en sentido crítico para el gobierno, de su carácter de instrumentos de control, en cuanto que supone una "conminación" política (aunque no jurídica), y un instrumento de presión gubernamental indirecta a través de la opinión pública.[247]

El hecho de que una moción así sea de improbable aprobación (por la identidad gobierno-mayoría) no significa que, por ello, deje de ser instrumento de control (no cabe nunca descartar su utilización en gobiernos de coalición o de minoría, o en casos de descomposición o crisis de un partido gobernante). Pero, sobre todo, la fácil crítica a su inoperancia no viene más que a consolidar la noción de control parlamentario que en

246 Menciones, directas o indirectas a la responsabilidad individual de los ministros también, hay en otras Constituciones (Grecia, Italia, República Federal Alemana, por ejemplo), pero la doctrina se divide, en tales casos, sobre los efectos de la llamada "reprobación individual". En Italia se distingue, como se sabe, entre el voto *di dissenso* y el voto *di sfiducia*, y la doctrina más relevante niega el efecto jurídico vinculante de ese tipo de moción. Lo mismo ocurre en la República Federal Alemana (los argumentos de Maunz en ese sentido son de bastante peso). Parecida polémica se ha dado en España, aunque aquí esté más claro, a mi juicio, que la mención a la "responsabilidad personal" del artículo 98.2 se refiere a la que pueda tenerse ante el presidente del gobierno o los tribunales de justicia. De todos modos, lo que es común (y plenamente acertado) en la doctrina es la procedencia parlamentaria de ese tipo de moción. Sus efectos "conminatorios" políticos para el presidente del gobierno y su trascendencia para la opinión pública son evidentes, y claras, también sus capacidades, en consecuencia, de operar como un control. Que la sanción política no se corresponda con la sanción jurídica no resulta impropio, sino normal en el control parlamentario, como control político y no jurídico, que es justamente la tesis que aquí se viene sosteniendo.

247 Véase la nota anterior.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

este trabajo se defiende: en las mociones, el control más eficaz no es el que se efectúa mediante la aprobación (control por el Parlamento) sino mediante la discusión (control en el Parlamento).

De ahí que en la moción de censura, cuyos resultados sí son vinculantes, la eficacia no se mida por la obtención de la caída del gobierno (difícil por lo que ya se ha dicho), sino por el desgaste que la discusión le puede producir. En ese sentido, la capacidad de control que a través de ella puede desplegarse no depende tanto de que la censura sea o no "constructiva" como de que el debate se implemente de modo que permita a la oposición realizar de la mejor manera su crítica al gobierno.[248] Dado que el Parlamento, como órgano, al ejercer el control mediante un acto de voluntad no puede más que reflejar el criterio de la mayoría, parece claro (y a ello se ha referido Stein, aunque con una terminología que, como dije más atrás, no comparto enteramente) que el control que se realiza mediante decisiones de la cámara está destinado (en el parlamentarismo de nuestro tiempo) más bien a la autolimitación de la voluntad gobernante que a la limitación externa de la misma. En otras palabras, el control que tiene en sus manos la oposición opera no a través de la votación sino de la discusión. La moción de censura puede tener poca eficacia como control "por el Parlamento", pero no pierde, por ello, su capacidad fiscalizadora como control "en el Parlamento".

Estas reflexiones conducen, inevitablemente, a plantearse un problema de orden superior: el de la transformación contemporánea del régimen parlamentario. No es este trabajo el lugar indicado para ello, pero al menos, cabe apuntar que esa transformación conduce, por lo que toca al control, a modificar radicalmente algunas viejas teorías. El Parlamento es órgano de decisión, pero también cámara de representación. Es un poder del Estado (un órgano constitucional), pero también una representación (la única) de todos los ciudadanos, es decir, la expresión representativa de toda la comunidad y, en tal sentido, el reflejo de su plu-

248 Ahí reside uno de los graves efectos de la regulación actual de nuestra moción de censura: que aparece como figura estelar en el centro del debate no tanto el presidente del gobierno censurado como el candidato a presidente que se supone. Se hace más hincapié en el debate sobre el programa que éste presenta que en la crítica a la labor del gobierno que se censura. Aunque, en principio, ello pueda parecer que potencia a la oposición, en realidad, no es así, porque se prima más la "investidura" (que es lo improbable) que la "censura" (que es lo posible, es decir, que es lo que puede hacerse, aunque no se logre la derrota del gobierno).

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ralismo. Si como órgano sólo puede, al adoptar decisiones, emitir una sola voluntad (la de la mayoría), como cámara de representación popular ha de actuar de manera que en ella se hagan valer no una opinión, sino las opiniones plurales de los grupos que la integran.[249] La mayoría impone la decisión, pero no puede impedir la opinión, no puede (o no debe) sustraer ningún asunto al debate de la cámara. La mayoría puede frenar el control "por el Parlamento", pero no puede de ninguna manera (a menos que destruya el presupuesto básico de la democracia representativa) frenar el control "en el Parlamento", control que no opera a través de la votación, pero sí de la discusión. En el carácter deliberante de la cámara y no sólo en el carácter decisorio de la misma radica hoy la mejor efectividad del control parlamentario.

Esto último nos lleva, de inmediato, a considerar el significado de las comisiones de investigación o encuesta. Su calificación como instrumentos de control me parece evidente en cuanto que recibir información es para el Parlamento un medio y no un fin; lo principal, lo sustantivo, es el control que a través de esas comisiones se realiza y lo auxiliar, accesorio o adjetivo, obtener la información suficiente para ello. Ahora bien, lo más importante, a efectos del control, no es la decisión final que la cámara adopte a resultas de lo actuado por este tipo de comisiones, habida cuenta de que la decisión la impondrá la mayoría, sino el hecho mismo de la investigación, esto es, la actividad fiscalizadora (comprobadora, desveladora, expresada no sólo en la información recogida sino en la discusión y debate sobre la misma) que la comisión realiza. De ahí que la eficacia de control descanse en la posibilidad de que la comisión se constituya, es decir, en que la puesta en marcha del instrumento no quede en manos de la mayoría (como es el caso de nuestro ordenamiento y de otros muchos), sino de la minoría. Así lo pedía Mortati, por ejemplo (aunque sin éxito), cuando se elaboró la Constitución italiana, y así está recogido en la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 44 otorga el derecho a exigir la creación de una comisión de investigación integrada por la cuarta parte de los miembros del *Bundestag*. Incluso este número le parece excesivo a algunos autores alemanes (Schneider, en afirmaciones recientes), que defienden la idea de que la constitución de esas comisiones debiera ser obligatoria siempre que la pidiese cualquier

249 Véase, en el mismo sentido, Rubio Llorente, "El control parlamentario", *op. cit.*, nota 231.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

grupo parlamentario, aunque contase con un número de miembros inferior a la cuarta parte de la cámara.

Preguntas, interpelaciones, mociones y comisiones de investigación como instrumentos de control parlamentario (que, como dije antes, no son los únicos, aparte de que el control puede realizarse a través de toda la actividad parlamentaria) muestran que sólo si se concibe a éste como control político, netamente diferenciado del control jurídico, alcanza verdadero sentido, se comprenden sus características, se valoran rectamente sus afectos, se defiende mejor su conexión con los derechos de las minorías (e incluso de los parlamentarios individualmente considerados) y se potenciará su operatividad. La debilidad contemporánea del control "por" el Parlamento puede (y debe) estar compensada por la pujanza del control "en" el Parlamento. Que ello ponga de manifiesto la resurrección, cada vez más clara, de la vieja idea del "gobierno bien equilibrado" y, en consecuencia, la disminución de las diferencias entre el régimen presidencial y el régimen parlamentario en las democracias (por definición todas ellas parlamentarias) de nuestro tiempo es algo que, por un lado, ya se ha apuntado por autores solventes y, por otro, que se impone como consecuencia de la misma "tozudez de los hechos" a la que no puede permanecer ajena, de ningún modo, la teoría.

6. *Control parlamentario y democracia de partidos*

Hasta aquí se ha venido tratando del control parlamentario atendiendo a su significado y a los instrumentos y procedimientos mediante los cuales más específicamente se realiza, reiterándose, además, la principal de sus características, esto es, lo que podría llamarse la "polivalencia funcional" del control: su capacidad para operar a través de todas las actividades de las cámaras gracias al debate con publicidad que debe acompañarlas. Sin embargo, ese tratamiento quedaría ciertamente incompleto si no se hiciera referencia a las transformaciones que se han producido en la vida parlamentaria como consecuencia del papel que los partidos desempeñan en el seno de las cámaras. Es cierto, como más atrás se señaló, que este trabajo no es el lugar para extenderse sobre la significación actual de los Parlamentos, pero al menos es necesario, aunque sea brevemente, aludir al problema de las disfuncionalidades que, respecto del control parlamentario, puede originar (de hecho ya lo está haciendo) una excesiva disciplina de partido. Si el control "en" el Parlamento ha

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

de ser realizado por los parlamentarios individuales y no sólo por los grupos parlamentarios, es evidente que la operatividad de ese control descansa, en gran medida, en la capacidad y libertad de los miembros de la cámara para intervenir en la vida parlamentaria. Por otra parte, si las minorías (la oposición) ha de jugar un papel fundamental en tal control, es preciso que haya suficiente flexibilidad dentro de los grupos parlamentarios para que la disciplina interna no corte en exceso las iniciativas individuales. En definitiva, potenciar el control parlamentario obliga a examinar críticamente el funcionamiento actual de las cámaras como consecuencia de la conversión de éstas en lo que se ha venido llamando el "Parlamento de partidos".

A. *Partidos y Parlamento. Consideraciones críticas*

Carece de sentido enjuiciar el funcionamiento actual de los Parlamentos a partir del modelo ideal del parlamentarismo clásico, que partía del supuesto de unas cámaras formadas por individuos enteramente libres a la hora de debatir y de votar y que concebía al Ejecutivo como una especie de comité del Parlamento que podía revocarlo en cualquier momento. Es muy dudoso que ese modelo haya existido incluso en el pasado (aun en los casos que más se le aproximan, como fueron el de la III República francesa o el de la Alemania de Weimar), puesto que los intereses, la ideología, las "amistades políticas", etcétera, han operado siempre en las cámaras imponiendo cierta disciplina a los parlamentarios.

De todos modos, lo que no es dudoso es que en el presente tal modelo es absolutamente irreal, no sólo por la introducción en las Constituciones (en algunas de ellas) de reglas destinadas a favorecer la estabilidad de los gobiernos (lo que se ha llamado el "parlamentarismo racionalizado"), sino, sobre todo, por la radical transformación operada en el sistema de relaciones Parlamento-gobierno merced a la "democracia de partidos". Hoy los agentes principales de la actividad de las cámaras no son los parlamentarios individuales, sino los partidos políticos. La disciplina de partido y su proyección parlamentaria, la disciplina de grupo, hace muy difícil la remoción del gobierno por la cámara. Las votaciones parlamentarias están predeterminadas y, en consecuencia, la vieja idea (en que se sustentaba el parlamentarismo clásico) de la subordinación política del gobierno al Parlamento está, en el presente, muy

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

alejada de la realidad. Hasta tal punto que se ha dicho que hoy, en verdad, el Parlamento es el comité legislativo del gobierno.

Que todo ello, en sus líneas fundamentales, es así, no cabe negarlo, pero, al mismo tiempo, tampoco es conveniente volver a caer en el error de construir un nuevo modelo del parlamentarismo del presente, radicalmente opuesto al antiguo y clásico, y que viniese a retratar no el funcionamiento normal de la forma parlamentaria de gobierno, sino su patología. Patología que en el pasado pudo ser el "parlamentarismo de asamblea" y hoy el "parlamentarismo del Estado de partidos". El exceso de rigidez y disciplina que los partidos han introducido en las cámaras hasta el punto de que éstas hayan perdido su función central en el sistema, el extremo alejamiento entre los representados y sus representantes, la atonía de la vida parlamentaria, sustituida por el protagonismo de los jueces y de los medios de comunicación, la absoluta prevalencia, en fin, de un poder del Estado (el gobierno) sobre otro (el Parlamento), no es el fiel retrato del parlamentarismo de nuestro tiempo, sino la imagen de un tipo de parlamentarismo enfermizo que sólo se ha producido en algunos países (especialmente del sur de Europa) y que, por ello, más que al parlamentarismo lo que muestra es a su caricatura.

Es cierto que hoy, gracias a la disciplina de partido, los Parlamentos están razonablemente organizados y los gobiernos disfrutan de una estabilidad también razonable. Ello es conveniente y además viene exigido por los mismos ciudadanos, que desean gobiernos eficaces, aparte de ser congruente con los principios constitucionales en que el sistema descansa y que imponen la necesidad de que la mayoría pueda llevar a cabo su programa electoral. Ahora bien, ello no tiene por qué conducir necesariamente a la práctica desaparición del control parlamentario, a la pérdida del protagonismo de las cámaras y la virtual erradicación de la división de poderes. La forma parlamentaria de gobierno, creación de la historia constitucional británica, descansa en un sistema de equilibrios, de frenos y contrapesos que resultan incompatibles con la radical hegemonía de un poder sobre otro. Su correcto funcionamiento ni ha sido una excepción en el pasado ni lo es en el presente: ahí están los ejemplos de las seculares monarquías parlamentarias europeas para demostrarlo. Allí, la transformación de los Parlamentos de individuos en Parlamentos de partidos no ha conducido a la perversión del sistema, esto es, a la conversión del Parlamento en una institución sin relieve político

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

propio, totalmente sometida a la voluntad del gobierno. Por otra parte, y un buen ejemplo de ello nos ofrece en la actualidad Alemania, la atribución de verdaderos derechos de control a los parlamentarios individuales y a las minorías parlamentarias pone de manifiesto que si bien el control "por" el Parlamento ha perdido eficacia, el control "en" el Parlamento, en cambio, ha potenciado su capacidad de actuación.

Sin embargo, en otros países se está ante el riesgo de incurrir en aquella situación patológica a que antes me refería, y no por obra, precisamente, de las normas constitucionales reguladoras de la forma de gobierno (que, salvo excepciones, no impiden por sí solas un funcionamiento equilibrado de los poderes), sino de las normas infraconstitucionales y de la práctica política, que, de una parte, han acentuado, en exceso, las tendencias oligárquicas de los partidos y, de otra, han disminuido, también en exceso, la función parlamentaria de control. Nos encontramos con partidos extraordinariamente burocratizados, que dejan muy escasa libertad de actuación a sus miembros; con sistemas electorales (como los de listas cerradas y bloqueadas) que potencian la dominación de partidos por sus dirigentes; con fórmulas de financiación pública de los partidos que separa a éstos, netamente, de la sociedad. Por otra parte, los reglamentos de las cámaras contribuyen a acentuar la dependencia de los parlamentarios respecto de sus correspondientes grupos, de tal manera que son los portavoces o presidentes de éstos los auténticos directores (o impulsores) de las actividades parlamentarias. En el seno de las relaciones Parlamento-gobierno se introduce, pues, una férrea estructura jerárquica que descansa en la subordinación del parlamentario individual a su jefe de grupo, en la de éste a su partido y en la del partido a su líder. Como el líder del partido mayoritario dirige (oficial u oficiosamente) el gobierno, se encuentra ocupando la cúspide del poder: a él están subordinados el gobierno, el partido y el grupo parlamentario, esto es, a él está subordinada la voluntad del Ejecutivo y del Legislativo.

Esta situación se afianza si a los factores ya aludidos se añade la realidad de unas elecciones, como son generalmente las de ahora, que por obra de una propaganda en la que predomina sobre todo la imagen se manifiestan más como elecciones plebiscitarias que como elecciones representativas. Los aspirantes a parlamentarios que componen las listas electorales quedan en muy segundo plano, puedo decir incluso que se difuminan, máxime cuando la relación de los candidatos con la circuns-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

cripción en la que se presentan o no existe o juega muy escaso papel. Celebradas las elecciones y constituidas las nuevas cámaras, los parlamentarios continúan virtualmente en el anonimato: la suerte del gobierno, las leyes que se dicten, los presupuestos que se aprueben, no van a depender ni de sus discursos ni de sus decisiones, sino de los jefes de sus respectivos grupos políticos, que serán los que actúen en los principales debates parlamentarios y los que les impartan instrucciones para votar de una u otra manera. A todo ello ha de sumarse la tendencia a "consensuar" las grandes decisiones (incluidas las que han de revestir forma de ley) con los llamados "protagonistas sociales" utilizándose muchas veces a las cámaras como órganos de mera ratificación de lo ya acordado fuera de ellas.

La falta de protagonismo del Parlamento provoca un vacío en la vida democrática de un país que suele ser llenado por otras instituciones: especialmente por los medios de comunicación y por la judicatura. No se trata, en modo alguno, de que estos nuevos protagonistas vengan a invadir campos que no son suyos. Una sociedad democrática no puede existir sin una prensa libre, se decía hace ya más de un siglo; hoy podríamos añadir ni sin un radio y una televisión libres. Un Estado de derecho no lo es tal sin control jurisdiccional. El problema surge cuando el control social y el control jurisdiccional del poder han de sustituir, casi enteramente, el control parlamentario. En ese caso los ciudadanos tienen muy poco que ganar y la democracia mucho que perder.

B. *Democracia "con" partidos frente al Estado "de" partidos*

Entendido el control parlamentario de la manera que más atrás se vino exponiendo, no caben dudas de que para dotarlo de mayor efectividad ha de eliminarse cualquier restricción a la plena capacidad del Parlamento para debatir e investigar. Nada que afecte al interés público debe hurtarse a la información y discusión parlamentarias. Y en tal sentido, los instrumentos de control (de control "en" el Parlamento) han de configurarse, según ya se dijo, como auténticos derechos de las minorías y de los parlamentarios individuales, susceptibles de ser ejercitados (y garantizados jurisdiccionalmente) frente a la voluntad de la mayoría.

Sin embargo, tales medidas no serían suficientes por sí solas, ya que los problemas actuales de los Parlamentos (y por lo mismo, del control parlamentario) no residen sólo en defectos atribuibles a la mera organi-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

zación de las cámaras o a sus formas de procedimiento, sino, sobre todo, en algo más profundo, como acabamos de señalar: en los defectos del llamado "Estado de partidos". La importante función de los partidos está reconocida, incluso, en las Constituciones más modernas. La democracia de nuestro tiempo es una democracia de partidos, y difícilmente podría ser de otra manera. Sin la libertad de asociación política, esto es, sin la existencia de los partidos, no puede haber democracia auténtica, o, lo que es igual, democracia pluralista. Sin unos partidos estables, es decir, socialmente arraigados y con el grado suficiente de cohesión o disciplina interna, no cabe esperar que la democracia sea una forma de organización política eficaz.

Ahora bien, la democracia de partidos no debe sustituir enteramente a la democracia de ciudadanos, puesto que si así ocurriese se estaría pervirtiendo la propia democracia, en la que, como su nombre indica, es el pueblo la única fuente del poder.[250] Los partidos cumplen una función auxiliar: son instrumentos, valiosos, por supuesto, pero sólo instrumentos de la democracia; ésta no tiene por sujetos a los partidos, sino a los ciudadanos. Más aún, tampoco los partidos agotan los cauces de expresión del pluralismo político, que también puede (y debe) expresarse por medio de grupos de opinión no partidistas (movimientos políticos independientes, agrupaciones de electores, etcétera); como tampoco agotan los cauces de expresión del pluralismo social, que se manifiesta a través de los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás formaciones colectivas que integran la diversidad de creencias e intereses que existen en una comunidad de hombres libres.

Quizá uno de los problemas políticos más serios del presente consista en la tendencia de los partidos a introducirse en el seno de las organizaciones sociales, para influenciarlas o dirigirlas. Es el fenómeno de la tan denostada "politización" (mejor sería decir "partidización") de las empresas económicas, sociales o culturales. Al margen de las críticas frívolas, cuando no simplemente antidemocráticas, que ese fenómeno a veces recibe, el problema donde radica es en el deterioro de la espontaneidad social que ello conlleva, así como en las disfuncionalidades (o lisamente, ineficacias) que produce el traslado al ámbito de las organizaciones sociales de un tipo de racionalidad que allí resulta impropio. Poner los medios para que los partidos limiten sus actividades al mundo de las

250 Véase mi libro *Constitución y democracia*, 2a. ed., Madrid, 1991.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

instituciones públicas, fomentándose (y no difuminándose) la distinción entre lo político y lo social, parece hoy una tarea urgente si quiere fortalecerse la democracia que no puede soportar por mucho tiempo, sin grave riesgo, la confusión entre lo público y lo privado.

Por otra parte, la misma y propia función de los partidos en las instituciones públicas debe ser objeto de algunas reconsideraciones. De un lado, el importante papel que los partidos desempeñan (y que constitucionalmente tienen reconocido) exige al mismo tiempo que se extreme la obligación (también impuesta por las Constituciones) de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos, postulado muy fácil de enunciar, pero muy difícil de llevar a la práctica. Pese a las dificultades y a la casi irresistible tendencia oligárquica que se da en el seno de cualquier partido, la pretensión no es imposible y, probablemente, la salida de la crisis de legitimidad que hoy afecta a los partidos dependa, en no escasa medida, de la capacidad de éstos de dotarse de una razonable democracia interna. De otro lado, el papel institucional de los partidos debe ser concebido en sus justos términos: de la misma manera que los partidos no pueden sustituir al pueblo, tampoco pueden sustituir al Estado. Por ello, la tan utilizada expresión "Estado de partidos" es, cuanto menos, incorrecta en un sistema democrático.

Los partidos son, en los ordenamientos constitucionales democráticos, asociaciones privadas, aunque esos mismos ordenamientos reconozcan, como es obvio, la relevancia pública de sus actividades. Ni los partidos son órganos del Estado ni pueden manifestar, por sí mismos, la voluntad estatal. La diferenciación entre el Estado y los partidos ni es una apariencia formalizada, es decir, una "ficción jurídica", ni es sólo un postulado del derecho impuesto por una lógica abstracta, sino una exigencia que proviene de la misma realidad política. Aceptar que la estructura orgánica estatal tiene un carácter ficticio, bajo el que se esconde, en realidad, la desnuda voluntad de los partidos, y pensar que esa situación puede ser duradera a condición de que no se haga demasiado patente que "el rey está desnudo", es no sólo una actitud cínica, sino, sobre todo, una actitud suicida. Una sociedad de hombres libres acaba, más tarde o más temprano, por dejar de obedecer los mandatos de la autoridad si ésta pierde su condición de representante de la voluntad de todos y si estos mandatos no están justificados por razones de interés general.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Ahora bien, que el Estado no deba ser el disfraz de los partidos no significa, ni mucho menos, que no haya de tenerse muy en cuenta la función de los partidos en la vida de las organizaciones públicas. Pero, claro está, de aquellas organizaciones públicas que respondan a la lógica partidista, esto es, a la lógica de las mayorías y las minorías producto de la representación. Esa lógica debe operar, por ello, exclusivamente, en el ámbito parlamentario-gubernamental, puesto que es allí donde se manifiesta, legítimamente, el pluralismo político, sin que deba trasladarse a otras instituciones del Estado, especialmente las de naturaleza jurisdiccional, cuya composición y funciones descansan únicamente en razones de independencia y profesionalidad.

Es curioso, y perturbador, que allí donde tiene toda su legitimidad la actuación de los partidos, que es en la vida parlamentaria, sea donde resulta más débil su papel en la práctica política actual de muchos países. De ahí que cualquier intento serio de fortalecer la función del Parlamento deba incluir, necesariamente, medidas que tiendan a reforzar la importancia parlamentaria de los partidos. No hay que dejarse engañar por las apariencias: hoy, generalmente, los partidos son muy eficaces para disciplinar la actividad parlamentaria, pero muy ineficaces para hacer de esa actividad el centro de intereses de la política nacional (ahora los sindicatos, las organizaciones empresariales y la prensa exigen mayor protagonismo político que las cámaras).

Unos partidos con muy bajo nivel de afiliación, financiados casi enteramente con dinero público y férreamente dominados por sus dirigentes genera una clase política no ya burocratizada, sino, por así decirlo, "funcionalizada". En esas condiciones, el Parlamento puede resultar muy bien organizado, eso sí, pero también quedar muy aislado de la sociedad. Con ese tipo de partidos se refuerza en las cámaras la previsibilidad en el decidir, pero se debilita enormemente la capacidad de discutir, que es, al fin y al cabo, la principal función parlamentaria. Por ello vigorizar el control parlamentario (cuyo ejercicio constituye, o debe constituir, la misión primordial del Parlamento) no es algo que pueda conseguirse sólo modificando los reglamentos de las cámaras para atribuir derechos de control a los parlamentarios individuales y a las minorías parlamentarias, exige además, y sobre todo, modificar el sistema electoral y las normas reguladoras del funcionamiento y financiación de los partidos. Unos partidos más respetuosos del pluralismo interno, me-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

nos encorsetados por un exceso de disciplina, más abiertos a la sociedad (sin confundirse con ella como tampoco sin confundirse con el Estado), ofrecerán, sin duda, mayor capacidad de actuación parlamentaria a sus miembros y, en consecuencia, podrán dotar a las cámaras de la suficiente vivacidad para que el control parlamentario adquiera la plenitud que toda democracia constitucional exige.

VII. El papel del derecho en las diversas clases de control

En varias ocasiones, a lo largo de este trabajo, me he referido a la confusa y, a mi juicio muchas veces inexacta, calificación que de lo jurídico y lo político se hace por algunos autores a propósito del control. Considerar jurídico un control porque el derecho prevea su realización o entender que sólo es político cuando la norma lo ignora; sostener que el derecho como saber únicamente puede estudiar los fenómenos de control si los concibe como fenómenos "materialmente" jurídicos o afirmar que el control basado en razones de oportunidad no es político sino jurídico, porque sus resultados sean vinculantes; defender, en fin, que el control parlamentario es control jurídico y no político porque a través de él se lleva a cabo una actividad de comprobación son expresiones, todas, de la confusión que he aludido: confusión entre juicio y procedimiento, entre sanción y resultado, entre norma y categoría, entre objetos del derecho y conceptos jurídicos. La cuestión excede, como se ve, del campo estricto del control, pues trae su causa de un planteamiento más general; al fin y al cabo, esas confusiones que sobre el control se detectan no vienen más que a reflejar unas confusiones de mayor calibre, relativas al concepto mismo del derecho, al significado del derecho constitucional y a los papeles que desempeñan lo político en el derecho y lo jurídico en los fenómenos políticos.

Cuando K. Doehring expone que el derecho constitucional no juridifica exactamente lo político sino que lo canaliza,[251] está apuntando a la raíz del problema. Efectivamente, la regulación por el derecho de cualquier actividad no la muda por ello de condición, no la "juridifica"

251 Doehring, K., *Das Staatrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., 1980, p. 21.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

(convirtiendo en actividad materialmente jurídica lo que es actividad económica, cultural, social o política): simplemente la normativiza, y no siempre en su totalidad, sino en cuanto a los rasgos de esa actividad que el derecho estima relevantes. El jurista, al estudiar esas actividades (como objetos que son del derecho) no estudia su condición característica, sino la regulación que el derecho les otorga. De esta manera, ni dejan de ser fenómenos políticos, por ejemplo, aunque el derecho los prevea, ni es necesario (ni sería correcto) mudarlos de condición y convertirlos en fenómenos jurídicos para que el jurista los pueda hacer objeto de su saber.

Hay realidades, en cambio, materialmente jurídicas, no sólo porque estén previstas por el derecho, sino porque su condición característica, es decir, lo que les presta un sentido propio, lo es. Esas realidades son las normas y los principios que componen el ordenamiento, así como las sentencias que en cada caso lo concretan y, en consecuencia, actividades materialmente jurídicas también lo son las operaciones dedicadas a interpretarlas y aplicarlas según las reglas que el propio derecho proporciona, es decir, de manera objetivada. La misma ley nos facilita un buen ejemplo de todo lo que acaba de decirse. La crea un órgano político (el Parlamento), mediante una decisión (basada en la libertad y la oportunidad) también política, interpretando políticamente la Constitución, y el hecho de que el procedimiento para su emanación esté reglado (en cuanto al modo) no elimina la radical "politicidad" de la voluntad que decide sobre la oportunidad y el contenido de esa emanación. La actividad de hacer leyes es, en suma, una actividad política, como no podría ser de otro modo. Su estudio, en cambio, puede hacerse desde la ciencia política (examinándola, con técnicas adecuadas, como proceso de toma de decisiones, por ejemplo) o desde la ciencia del derecho (examinando la regularidad jurídica del procedimiento legislativo). Emanada la ley, producto de una decisión política, ese producto se objetiva y pasa a ser una realidad jurídica: la norma, capaz de generar actividades, realidades o fenómenos (su interpretación y aplicación por los jueces, las sentencias) también materialmente jurídicos, que pueden ser estudiados, con métodos distintos, tanto por el jurista como por el politólogo. Pero de la misma manera que la sentencia no dejará de ser fenómeno jurídico porque el politólogo lo haga objeto de su saber, la decisión de emanar una ley no dejará de ser un fenómeno político aunque el jurista lo estudie.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Hoy, todo o casi todo está regulado (con mayor o menor amplitud, y esa es también una decisión política) por el derecho. Sería más correcto decir, entonces, que la mayor parte de la actividad social está "normativizada", en lugar de acudir a la confusa palabra "juridificada", que al no distinguir entre objeto del derecho y derecho en sí, a tantas tergiversaciones puede dar lugar. Debe distinguirse, pues, lo jurídico como perspectiva y como método, de lo jurídico como condición de determinados fenómenos. De la misma manera que deben distinguirse los efectos jurídicos de una actividad de la actividad en sí misma considerada. El jurista, respecto de muchas realidades, no estudia su contenido material, su significado propio (o sus múltiples significados), sino sólo su regulación jurídica.

El error de creer que porque una actividad se regule jurídicamente se muda por ello su significado y no sólo su modo de ejercicio es muy viejo y se enraiza en la ambigüedad y confusión que siempre ha acompañado al término "naturaleza", término que no ha traído más que problemas al mundo de las ciencias jurídicas sociales. Y así, se ha mantenido que todo tiene una naturaleza jurídica (con lo cual cada cosa tendría múltiples naturalezas), y se habla de la naturaleza jurídica de los partidos, del *nasciturus*, en fin, de cualquier relación social, económica, cultural, política, etcétera, e incluso de actividades fisiológicas o fenómenos vitales e incluso involuntarios, como, por ejemplo, la misma muerte cuando la muerte es "natural". Todo o casi todo está regulado por el derecho y tiene o puede tener efectos jurídicos (muy claros, desde luego, el hecho de morirse). ¿Quiere decir ello que la naturaleza de un partido es ser una asociación jurídica y no política, o la de un *nasciturus* el ser una expectativa de derecho y no de un feto o la de la muerte ser un hecho jurídico y no vital o fisiológico? Hubiera sido preferible utilizar, en lugar de naturaleza, significado, tratamiento, consideración, perspectiva, términos más propios del carácter formal y abstracto del derecho.

Esta confusión, como antes decía, se refleja en algunos estudios sobre el control. Así, Galeotti dirá que el control político es el que no está formalizado, el que no tiene regulado por el derecho su procedimiento,[252] concepción, inadmisible por todo lo que antes se ha dicho, que equipara lo político a lo no institucionalizado o no formalizado y que llevaría al absurdo de considerar que las actividades políticas dejan de ser-

252 Galeotti, *Introduzione alla teoria...*, *cit.*, nota 4, p. 115.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

lo porque las normas se refieran a ellas, con lo cual en el Estado de nuestro tiempo muy pocas actividades o entidades serían políticas: todas habrían pasado a ser simplemente jurídicas. Como puede verse, la confusión entre regulación y condición es sumamente notable. La equiparación absoluta, en consecuencia, entre concepto, objeto y método a lo que esta confusión lleva no puede ser más rotunda: un control previsto por el derecho, vendrá a decirse, no puede ser estudiado rigurosamente más que desde el punto de vista jurídico, el tratamiento jurídico del control no puede conducir más que a considerar el control como control jurídico, y, en consecuencia, el concepto jurídico del control parlamentario obliga a entender a éste como control jurídico. El error (y la tautología) en que incurren estas tesis son tan claros que no precisan de mayor consideración. Parece obvio que ni se "despolitiza" legislando ni se conceptualiza simplemente nombrando.

¿Cuál es el papel del derecho en el control, o más exactamente, en las diversas clases de control? Distinguiremos, como hasta ahora, entre control jurídico, político y social. En el control jurídico puede decirse que el derecho lo es todo: constituye el canon de valoración, impone un determinado tipo de razonamiento, caracteriza el agente de control, regula el procedimiento, y exige, de manera inexorable, la sanción cuando el resultado es adverso. Como control objetivo, la medida de su eficacia reside, justamente, en su escrupulosa juridicidad. Su expresión más alta es la justicia constitucional, pero no, desde luego, su expresión única,[253] en cuanto que a su través lo que se pone de manifiesto es el conjunto de garantías jurídicas que caracterizan al Estado de derecho. El papel del derecho, como realidad y como saber, es el de velar por el carácter estrictamente jurídico de todos los elementos y este tipo de control, que es, por lo demás, como antes se dijo, el único camino para potenciar su eficacia.

En el control político, el derecho, sin serlo todo, tiene reservado un papel importante. No caracteriza el canon de valoración ni los agentes de control ni muchas veces el propio resultado, pero regula su procedimiento, es decir, formaliza, institucionaliza jurídicamente los instrumen-

253 El control jurídico como la mejor garantía, que el derecho facilita, de las limitaciones del poder es consubstancial a la democracia constitucional, y no sólo unas de sus formas de gobierno o la existencia de *judicial review*. Véase el excelente libro de Schwatz B. y Wade, H. W. R., *Legal Control of Government (Administrative Law in Britain and the United States)*, Oxford, Clarendon Press-Oxford University Press, 1972.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

tos a través de los cuales el control se efectúa. No es un control jurídico, pero es un control que tiene normativizada su tramitación y, en ese sentido, garantizado su ejercicio por el propio derecho. Las normas electorales o las que regulan los procedimientos parlamentarios no imponen a los agentes de control los criterios para valorar los objetos controlados, que en esto son aquéllos enteramente libres (porque se trata de un control político), pero imponen (y garantizan) el modo de utilización de los instrumentos de control. El papel del derecho es el de regular, aquí, el procedimiento, e incluso la forma externa de la voluntad controladora, pero no su contenido interno. El papel del jurista es estudiar (y criticar, también, por supuesto) dicha regulación, en la medida en que aquí la garantía del control está directamente relacionada con la facilidad de su ejercicio, es decir, con la extensión y regularidad de la capacidad de instar y proceder al control. En otras palabras, en el Estado constitucional democrático el control político, sin dejar de ser político, ha de ser concebido y garantizado como derecho.

En el control social,[254] el derecho juega un papel aún menos "extenso", pero no sin importancia. El derecho ni siquiera regula los instrumentos, los medios de control, ya que se trata de un control "no institucionalizado". No existen, propiamente, procedimientos "normativizados" del control social; este control opera de manera difusa. Ahora bien, el derecho posibilita su ejercicio, más aún, lo garantiza, no por la vía de establecer tramitaciones específicas, sino por la de consagrar los "derechos" que hacen posible el control. En ese sentido el control social es objeto del derecho y objeto del estudio por los juristas, bien que siempre de manera indirecta, es decir, a través de los derechos fundamentales, que son, exactamente, el presupuesto de su ejercicio: sólo en una sociedad de hombres libres puede haber control social del poder.

La teoría del control en el Estado constitucional se presenta, así, como elemento inseparable de la teoría de la Constitución. Y esa teoría, que es una teoría jurídica, no convierte, por ello, en "jurídicos" a todos los controles, sino que lo que tiende es a hacerlos efectivos. De un lado,

254 No hace falta aclarar que se trata, con este término, de aludir al control del poder por la misma sociedad, es decir, el control social del poder. Significado completamente distinto al que pueda tener el término a otros efectos (por ejemplo, el que le da Ross, como título a su conocida obra de 1901, a partir del enfoque de Durkheim, que sería adaptado por la sociología norteamericana hasta los años treinta; o el que le atribuye Parsons, como control de la desviación).

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

exigiendo la politización de los controles jurídicos, y de otro, potenciando, a través del derecho, la utilización de los controles políticos y sociales: postulando de los primeros (los políticos) su condición de derechos no sólo de las mayorías, sino, primordialmente, de las minorías,[255] y de los segundos (los sociales) su condición de resultado de una situación constitucional de consagración y garantía de las libertades. De este modo, las tres clases de control son objeto de estudio del derecho constitucional como saber y objeto de las normas del derecho constitucional como sector del ordenamiento.

255 La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado este principio con gran claridad, especialmente en la sentencia 32/1985: la inclusión del pluralismo político como valor jurídico fundamental (F. J. 2) significa que "las decisiones de la mayoría no pueden ignorar... los derechos de las minorías" (F. J. 2), sin que ello signifique desconocer que "pertenece a la esencia de la democracia representativa la distinción entre mayoría y minoría (que es simple proyección de las preferencias manifestadas por la voluntad popular) y la ocupación por la primera de los puestos de dirección política" (F. J. 3); pero en lo que se refiere a las actividades de deliberación (y control) la minoría debe estar garantizada, pues se trata de "una proporcionalidad constitucionalmente exigible" (F. J. 3).

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

LA FORMA PARLAMENTARIA DE GOBIERNO: PROBLEMAS ACTUALES

I. Introducción 217

II. La monarquía parlamentaria 218

III. El gobierno parlamentario 223

1. Las previsiones constitucionales 223
2. La práctica política: parlamentarismo "presidencial" y parlamentarismo "presidencialista" 228
3. Parlamentarismo y presidencialismo, hoy 233
   A. Aproximación y distanciamiento entre parlamentarismo y presidencialismo 233
   B. El rechazo europeo del presidencialismo 234
   C. La emulación presidencialista en el parlamentarismo europeo 237
4. Parlamento y democracia 240
   A. Democracia y control del poder 240
   B. Parlamento y partidos. Observaciones críticas 241
   C. La necesidad de "parlamentarizar" el régimen parlamentario 245
   D. El control parlamentario del gobierno. Problemas de perspectiva. Los "derechos" de control 247
5. La relación entre los poderes del Estado. Poderes políticos y poder jurisdiccional 254
   A. Relaciones entre los jueces y el legislador 254
   B. Relaciones entre los jueces y el gobierno 256

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

LA FORMA PARLAMENTARIA DE GOBIERNO: PROBLEMAS ACTUALES

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

I. INTRODUCCIÓN*

En el presente trabajo se intentarán formular algunas reflexiones sobre la forma parlamentaria de gobierno en nuestro tiempo, su tendencial aproximación al presidencialismo, las diferencias, no obstante, que subsisten entre los dos modelos, la necesidad de reforzar el papel de los Parlamentos y su función de control y, en definitiva, la influencia que en el significado de la institución parlamentaria tiene la actual democracia de partidos. Estas reflexiones, aunque se realicen con vocación de generalidad, y por ello se harán constantes alusiones de derecho comparado, están especialmente dirigidos al caso español, con el propósito de dotarlas de contornos definidos y de coherencia sistemática. Ahora bien, su alcance va más allá de ese supuesto concreto, de un lado, como ya se ha dicho, porque el caso español se examina en un marco comparado y, de otro, porque ese caso no es muy diferente del de otros regímenes parlamentarios, de tal modo que los problemas tratados son generales de la mayoría de los países de nuestra misma forma de gobierno y, por ello, también de efectos generales las críticas y las propuesta de reforma que en el trabajo se realizarán. Hoy, más que nunca, no sólo existe una especie de derecho común de los países democráticos, sino también, con escasas variaciones, una práctica común de la democracia parlamentaria. Comunes son los problemas, comunes los defectos y por ello también común la necesidad de superarlos. De ahí, como antes se decía, los efectos "generales" de estas reflexiones "específicas".

A diferencia de la forma de Estado, modo en que está atribuido el poder constituyente, la forma de gobierno hace referencia a la forma en que está organizado el poder constituido. La primera alude al Estado-comunidad, y por ello intenta explicar las relaciones entre el pueblo y el poder político tanto desde la dimensión personal (autocracia y democra-

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEC 98/0430, Plan Nacional de I+D, Ministerio de Educación.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

cia) como desde la territorial (Estado simple y Estado compuesto). La segunda se contrae al llamado Estado-aparato, esto es, a las instituciones públicas que forman el conjunto de los poderes constituidos, explicando el modo en que se estructuran. Las formas de gobierno del Estado democrático pertenecen a varios modelos: formas presidencial, parlamentaria, mixta (o semipresidencialista) y dictatorial.[1]

La forma de Estado en España es la del Estado democrático (artículo 1o., Constitución española —en adelante CE—) y autonómico (artículo 2o., CE). La forma de gobierno es la parlamentaria monárquica (artículos 1o.3, 56, 62, 64, 99 y 108-115, CE, principalmente). En relación, pues, con la forma de gobierno, que es el objeto de este trabajo, hay que decir que se trata, pues, de un sistema parlamentario, donde el gobierno ha de gozar de la confianza del Parlamento y en el que la jefatura del Estado la ostenta un rey, que, como todo rey parlamentario, carece de poderes propios. De ahí que el estudio de la forma de gobierno haya de abarcar, de un lado, el examen de lo que en España significa la monarquía parlamentaria y, de otro, la indagación de qué tipo de parlamentarismo es el propio del ordenamiento español.

II. La monarquía parlamentaria

La monarquía parlamentaria, en el derecho extranjero, ha sido el producto de una evolución histórica. Tal evolución se produce en el Reino Unido mediante un largo proceso que nace en la Edad Media, donde la monarquía estamental se va trasformando en una forma mixta de gobierno, que dará paso, a finales de la Edad Moderna, a un gobierno bien equilibrado para transformarse finalmente, durante los siglos XIX y XX, en una monarquía parlamentaria, acomodando la monarquía, primero, con el liberalismo y, después, con la democracia.[2] En las monarquías de

1 Véase Aragón, M., "Forma de Estado" y "Forma de gobierno", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. II, pp. 3145-3150.

2 Véanse, para mayor detalle, Aragón, M., "La monarquía parlamentaria (comentario al artículo 1o.3 de la Constitución)" (pp. 65-86) y "Monarquía parlamentaria y sanción de las leyes", ambos en *Dos estudios sobre la monarquía parlamentaria en la Constitución española*, Madrid, Civitas, 1990. A lo largo de esos trabajos se contienen también las pertinentes alusiones doctrinales de derecho comparado, en relación con el rey y las potestades legislativa y ejecutiva, que en esta exposición, por ello, no voy a reproducir.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Europa continental la evolución no arranca de tan lejos, sino del siglo XIX, a partir de la llamada "monarquía constitucional" o dual, que irá evolucionando (a veces con algún cambio en el texto constitucional, por ejemplo en Suecia o Dinamarca, en otros casos sin alterar la letra de las Constituciones, por ejemplo en Bélgica u Holanda) hasta convertirse en la actual monarquía parlamentaria.[3]

El resultado de esa evolución es el mismo: el rey ya no es soberano, lo es el pueblo; el rey no legisla, sino el Parlamento; el rey no gobierna, sino el Ejecutivo, que sólo ha de gozar de la confianza parlamentaria. Pero esas características no se derivan únicamente de la Constitución (que en muchos países aún conserva el texto de la vieja monarquía dual, en la que el rey comparte con el Parlamento la potestad legislativa y la relación de confianza con el Ejecutivo), sino de la costumbre, que allí ha producido mutaciones constitucionales claras y doctrinalmente aceptadas.[4]

Respecto de la potestad legislativa, es pacífico que en el Reino Unido el monarca ya ha perdido la capacidad de vetar las leyes[5] y lo mismo ocurre en Bélgica, como es aceptado unánimemente por la doctrina y refrendado por la práctica.[6] He acudido a dos ejemplos, pero la misma conclusión es general en las monarquías parlamentarias. Lo que ocurre es que allí, el texto constitucional (desmentido por la práctica constitucional, o mejor dicho, mutado por esa práctica) suele seguir atribuyendo la potestad legislativa al rey con el Parlamento.

Por lo que se refiere al Poder Ejecutivo, la evolución también ha sido clara: en todos los países citados el gobierno no ha de gozar de la confianza del rey, sino del Parlamento, y tiene atribuida, en exclusiva, la función de gobernar. "El rey reina, pero no gobierna", es la frase tópica que condensa esta situación. Y el Poder Judicial lo ejercen en

3 *Idem*.

4 *Idem*.

5 El último veto a una ley se produjo por la reina Ana en 1707, frente a la Ley sobre la Milicia escocesa.

6 Recuérdese la situación producida en 1990 en Bélgica con motivo de la ley despenalizadora del aborto, que el rey Balduino alegando una especie de objeción de conciencia no quería sancionar, pero que la práctica constitucional le impedía vetar, con lo cual hubo de acudirse a una fórmula, no del todo correcta, de inhabilitación regia durante 36 horas para que en lugar del rey la ley la sancionase el gobierno. Me remito, para más detalle, a mi trabajo "Monarquía parlamentaria y sanción de las leyes", *op. cit.*, nota 2, pp. 98 y 99.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

exclusiva los jueces y tribunales, sin que el rey tenga ninguna potestad jurisdiccional.

Ahora bien, los actos más relevantes de los poderes Legislativo y Ejecutivo los ha de firmar el rey, pero esa firma es un acto debido, necesitado, además, para su validez, del refrendo ministerial.

En España, la interrupción de la monarquía no permitió esa evolución producida en las otras monarquías europeas. Y cuando, después de casi medio siglo, volvió a restaurarse la monarquía se reguló, en 1978, mediante una Constitución moderna, que definía a la monarquía como parlamentaria y que venía a poner en la letra de sus preceptos lo que ese tipo de monarquía era, no en los textos constitucionales de otros países europeos, sino en la práctica constitucional que los había transformado.

El rey aparece en nuestra actual Constitución como símbolo de la unidad y permanencia del Estado, pero sin ejercer los poderes constituidos, de tal manera que la potestad legislativa del Estado se atribuye a las Cortes Generales, el Poder Ejecutivo al gobierno y el Poder Judicial al conjunto de jueces y tribunales. Aunque, eso sí, el rey, sin ostentar esos poderes, tiene relaciones con todos ellos. Una relación puramente simbólica con la justicia (que se administra en nombre del rey) y una relación jurídica con el gobierno (aparte de presentar candidato a presidente del gobierno y nombrar al que resulte elegido por el Congreso, expide todos los decretos aprobados por el Consejo de Ministros) y con el Poder Legislativo (sanciona, promulga y ordena la publicación de las leyes). Pero tales intervenciones no se confunden con los poderes respecto de los cuales se ejercen: por expedir los decretos el rey no pasa a gobernar, y por sancionar las leyes el rey no pasa a legislar. La persona del rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Será siempre responsable de los actos del rey la autoridad que los refrende.

Es claro, pues, que en nuestra Constitución, la potestad legislativa del Estado corresponde a las Cortes Generales, como expresa el artículo 66, CE, y que de esa potestad el rey no participa. El rey participa en una fase posterior al ejercicio de la potestad legislativa, que realizan las Cortes aprobando un proyecto o proposición de ley y convirtiéndolo en ley. Y esa fase posterior es la de la integración de la ley en el ordenamiento del Estado, donde la intervención del rey no es libre sino obligada. Las Cortes "hacen" la ley, pero esa ley no "nace" a la vida del derecho

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

hasta que no se publica, con la consiguiente entrada en vigor. Pero, para poder publicarse, primero ha de ser sancionada y promulgada por el rey.

Que los actos del rey en relación con la potestad legislativa de las Cortes Generales sean actos debidos no vacía de contenido, en absoluto, a la figura del rey en nuestro ordenamiento. De un lado, porque respecto de otras funciones del Estado el rey tiene mayor capacidad de actuación (por ejemplo, y no es único, en la propuesta de candidato a presidente del gobierno), además de la importantísima función política que de la *auctoritas* del rey se puede desprender en nuestro sistema estatal, así como de la capacidad, innegable, de integración social y política que la Corona desempeña. De otro lado, porque incluso en el ejercicio de sus competencias sobre la ley aprobada por las Cortes Generales, la actuación del rey es indispensable: sin la firma del rey no hay ley. Lo que ocurre es que el rey está obligado a firmar. Y esa actividad regia ordenada por la Constitución en sus artículos 62, inciso *a* y 91 es de una extraordinaria relevancia, como ya se ha visto, relevancia que no se pierde, de ninguna manera, por la condición de obligatoria de aquella actividad, condición que es precisamente uno de los presupuestos en que se basa la monarquía parlamentaria en general, pero más específicamente nuestra monarquía parlamentaria democrática, en la que la Constitución deja bien claro que la potestad legislativa del Estado corresponde exactamente a las Cortes Generales. Nuestro Estado es democrático, como se le define en el artículo 1o.1 de la Constitución, entre otras razones porque la ley emana de la representación popular.

Y por lo que se refiere al Poder Ejecutivo éste pertenece en exclusiva al gobierno (artículo 97, CE), cuyo presidente, a propuesta del rey, es elegido por el Congreso de los Diputados (artículo 99, CE), que puede revocarlo al retirarle la confianza (artículos 113-115, CE). Es cierto que todas las decisiones del Consejo de Ministros han de adoptar la forma de decreto y que todos los decretos han de ser expedidos por el rey, pero esa actuación regia, como la de sancionar las leyes, se ejercerá siempre mediante actos debidos que serán refrendados (igual que los actos regios en relación con el Poder Legislativo), careciendo de validez sin dicho refrendo (artículo 56.3, CE).

La monarquía parlamentaria es una forma jurídica que no se entiende correctamente si no se comprende también, como expresa la Constitución, qué es forma política (artículo 1o.3, CE), es decir, forma en la que

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

el monarca no tiene poderes jurídicos de libre ejercicio (salvo los señalados en el artículo 65, CE: distribución del presupuesto de la familia y casa del rey y nombramiento de los miembros civiles y militares de ésta), sino competencias de ejercicio obligatorio, pero donde esa merma de poder del rey se complementa con sus capacidades de influencia política, con sus funciones clásicas de "animar, advertir y ser consultado", así como con las capacidades que despliega la Corona, como institución de carácter simbólico y representativo, aparte de ser un órgano del Estado.[7] Un órgano que tiene menos poder que la jefatura del Estado en una República, pero mayor peso y significación como jefatura del Estado en una monarquía.

En una monarquía parlamentaria, el principio monárquico no puede ser nunca una restricción u obstáculo al principio democrático. De ahí que nuestro Estado no deje de ser democrático porque sea un reino. Sobre esas bases hay que interpretar siempre nuestra monarquía parlamentaria. Por ello quiero terminar este epígrafe transcribiendo los párrafos finales de mi trabajo "Monarquía parlamentaria y sanción de las leyes".[8] Allí decía que:

> Debajo de los monarquismos mal entendidos, de las tesis que defienden la pertinencia (incluso la necesidad) de un rey con poderes, me parece que se encuentra la vieja idea de que la monarquía es incompatible con la democracia. Mostrar que esa idea es falsa, postular que la monarquía parlamentaria no supone invalidar el principio democrático, resaltar la completa armonía entre democracia y monarquía que se ha conseguido con la monarquía parlamentaria, sostener que esa armonía, esa compatibilidad, son posibles en España porque caben en el texto de la Constitución me parece que es el mejor servicio que a la monarquía española puede, y debe, hacerse. Monarquía que por sus capacidades de integración nacional resulta, en mi opinión, un bien sumamente apreciable para la organización

7 Lo han entendido así muy bien, entre otros, Sánchez Agesta, L., "Significado y poderes de la Corona en el proyecto constitucional", *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, 1978, y Jiménez de Parga, M., en cuanto a la monarquía parlamentaria en derecho comparado, *Las monarquías europeas en el horizonte español*, Madrid, 1966 y también, en cuanto a la monarquía parlamentaria española, "El estatuto del rey en España y en las monarquías europeas", en Lucas Verdú, P. (comp.), *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, 1983. También me remito a mi trabajo "La Monarquía parlamentaria (comentario al artículo 1o.3 de la Constitución)", *op. cit.*, nota 2, pp. 15-86.

8 Aragón, M., "Monarquía parlamentaria y sanción de las leyes", *op. cit.*, nota 2, pp. 126 y 127.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

de la vida pública y para la convivencia, en paz y en progreso, de los españoles.

Precisamente por su valor, a nuestra monarquía conviene preservarla. Los partidos se turnan en el poder, el rey permanece, los gobernantes se desgastan, el rey dura, los políticos triunfan o fracasan, el rey está fuera de la contienda política, al margen de premios o castigos. Y ello es así porque no ejerce el poder. Y ahí reside, precisamente, el mejor seguro para que se cumpla la característica más genuina de la monarquía: la continuidad. En una sociedad de hombres libres la continuidad de la Monarquía se hace posible reinando y no gobernando.

La forma tradicional, histórica, de acceso hereditario a la jefatura del Estado se mantiene en nuestros días en algunos países civilizados precisamente porque allí la monarquía no se ha politizado. La neutralidad y la prudencia y no el decisionismo activista son, pues, los sostenes de la monarquía en democracia, los pilares en que se asienta, firmemente, el rey parlamentario. Hacer que el derecho ampare esa concepción de la monarquía me parece que es, simplemente, apostar de modo decisivo por su supervivencia.

III. El gobierno parlamentario

1. *Las previsiones constitucionales*

La transición política española instauró una democracia que, como cualquiera de las que existen en el mundo, se articula, primordialmente, a través de la representación. La democracia constitucional es, por principio, democracia representativa, sin que el caso de Suiza, tan peculiar, venga a desmentir por completo esta afirmación. Por ello las formas de participación directa de los ciudadanos en el ejercicio del poder, previstas en nuestra Constitución o en otras Constituciones próximas (por ejemplo, la francesa o la italiana) mediante la figura del referéndum, se presentan como un complemento, pero no como una sustitución, de la participación indirecta a través de representantes libremente elegidos. Más aún, en términos jurídicos, tales vías de participación directa han de considerarse como excepciones (y por lo mismo interpretables restrictivamente) frente a la regla general de la democracia representativa.

De ahí que en los Estados democráticos el Parlamento constituya la pieza fundamental de la organización política, hasta el punto de dar su nombre al modelo actual de democracia representativa. La democracia

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

parlamentaria es, pues, la forma común del Estado constitucional democrático de nuestro tiempo. Y ello es así incluso en los sistemas presidenciales, donde el Poder Ejecutivo también es producto de la elección popular, pero donde el Parlamento sigue siendo, constitucionalmente, el máximo poder del Estado al estarle atribuida la capacidad de adoptar, por medio de las leyes, las decisiones políticas más importantes. Sin embargo, no cabe duda de que, al menos en teoría, la función del Parlamento aparece acrecentada en los llamados sistemas parlamentarios, es decir, en los Estados con forma parlamentaria de gobierno, donde, a diferencia de los sistemas presidenciales, la cámara legislativa es el único poder que recibe la inmediata legitimación popular. Por ello, en el sistema parlamentario, el Ejecutivo ha de gozar de la confianza de la cámara, que aparece así no sólo como la institución encargada de hacer las leyes, sino también como la institución de la que emana el gobierno, al que controla hasta el punto de poderlo derribar mediante un voto de censura.

Este último es nuestro sistema, consecuencia de la doble opción por la democracia y la monarquía. El Estado democrático, en una República, puede tener como formas de gobierno la presidencial o la parlamentaria; el Estado democrático, en una monarquía, difícilmente puede tener otra forma de gobierno distinta de la parlamentaria. Ahora bien, dentro de la forma parlamentaria de gobierno caben diversas modalidades, según la manera específica en que se regulen las relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo. Nuestra Constitución optó por un modelo de parlamentarismo "racionalizado" mediante el establecimiento de determinadas reglas que, de un lado, favorecen la estabilidad gubernamental y, de otro, realzan notoriamente la figura del presidente del gobierno. Si acudimos a una terminología bien conocida puede decirse que en España el sistema parlamentario no es de "gabinete", sino de "canciller" o de "primer ministro".

La estructura de la forma de gobierno está muy clara en el texto constitucional. Allí aparece, incluso, su propia definición (una "monarquía parlamentaria", artículo 1o.3); así como la declaración de que el Parlamento es la institución directamente representativa de los ciudadanos ("las Cortes Generales representan al pueblo español", artículo 66.1) y a la que compete el control del Ejecutivo ("controlan la acción del gobierno", artículo 66.2) mediante una serie de dispositivos entre los

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

que destacan la investidura parlamentaria del presidente (artículo 99), la votación de confianza (artículo 112) y la moción de censura (artículo 113); como contrapartida, el presidente del gobierno puede proponer al rey la disolución de las cámaras (artículo 115).

A partir de esas líneas básicas, definidoras de unos rasgos en buena parte comunes de cualquier sistema parlamentario, lo que importa verdaderamente es analizar cuáles son los caracteres específicos de nuestra forma de gobierno, esto es, su singularidad respecto de otras del mismo género.[9] Para ello conviene examinar, en primer lugar, el tipo de Parlamento que la Constitución establece, ya que, por principio, se trata de la institución central del sistema.

Las dos cámaras, Congreso de los Diputados y Senado, que componen nuestras Cortes Generales, pese a que existan diferencias en el modo de elección de sus miembros (sistema electoral proporcional corregido para el Congreso y mayoritario corregido para el Senado), responden al mismo tipo de representación. Ambas se integran por elección directa de los ciudadanos y, en uno y otro proceso electoral, la circunscripción es también la misma: la provincia. La minoría de senadores elegidos por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, precisamente por la escasa importancia de su número en relación con el total de la cámara, no supone una verdadera alteración de aquel esquema representativo. En ese sentido, la declaración constitucional de que el Senado es "la cámara de representación territorial" (artículo 69.1) alcanza muy escasa (por no decir ninguna) operatividad.[10] La primera característica de nuestro Parlamento bicameral es, pues, la duplicidad representativa.

La segunda característica es la duplicidad funcional en todo lo que se refiere a la potestad legislativa. En ese plano podría hablarse de un bi-

9 Véase, para mayor detalle de lo que a continuación se expone, Aragón, M., *Gobierno y Cortes*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1993.

10 De ahí la necesidad de reformar el Senado para convertirlo en cámara de auténtica representación territorial, como exige un Estado compuesto de tan amplia e intensa distribución territorial del poder como lo es el actual Estado autonómico español. Dotar de nueva composición y nuevas funciones al Senado podría convertirlo en una institución de integración y coordinación territorial, que es algo que requiere un sistema estatal como el nuestro, que, por ahora, tiene más grado de autonomía que de cohesión. Esa reforma, para ser eficaz, quizá precise de una modificación constitucional. Es cierto que un Senado así fomentaría el protagonismo parlamentario, pero no en relación con la forma de gobierno, sino con la forma de Estado (en su dimensión territorial), por lo que no haremos de ese tema objeto del presente trabajo.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

cameralismo por repetición, en cuanto que el procedimiento legislativo ha de reiterarse, de modo sustancialmente idéntico, en una y otra cámara, con la salvedad de que la mayoría absoluta requerida para las leyes orgánicas sólo se exige en el Congreso (artículo 81.2, CE) y de que, como es razonable, en caso de conflicto en la elaboración de cualquier ley prevalece la voluntad de una de las cámaras (el Congreso) sobre la voluntad de la otra (el Senado) (artículo 90, CE).

La tercera característica es el monopolio por el Congreso de la verificación de la responsabilidad política gubernamental. El gobierno sólo "responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados" (artículo 108, CE). Es el Congreso el que vota la investidura del presidente del gobierno (artículo 99, CE) y, en consecuencia, sólo ante el Congreso puede plantear el presidente del gobierno la cuestión de confianza (artículo 112, CE), correspondiéndole también únicamente al Congreso adoptar una moción de censura (artículo 113, CE). En nuestro sistema, pues, al no participar el Senado de ninguna manera en la relación de confianza, los instrumentos más característicos de la forma parlamentaria de gobierno no se ejercen de manera bicameral, sino unicameral. Es cierto que la función parlamentaria de control se desempeña, además, por otros medios (preguntas, interpelaciones, etcétera) de los que sí dispone el Senado de igual manera que el Congreso, pero la exclusividad de éste sobre la exigencia de responsabilidad política hace que aquellos otros medios pierdan en el Senado una buena parte de su eficacia.

El monopolio del Congreso se extiende, además, a otras materias. Así sólo el Congreso convalida o deroga los decretos-leyes (artículo 86.2, CE), autoriza la convocatoria de referéndum (artículo 92.2, CE) e interviene en los procesos de declaración o prórroga de los estados de alarma, excepción y sitio (artículo 117, CE). Frente a ello, la única competencia que monopoliza el Senado es la aprobación de las medidas extraordinarias de intervención estatal en las Comunidades Autónomas (artículo 155, CE).

Una vez expuestas, muy resumidamente, las características de las Cortes Generales, procede examinar el tipo de gobierno que la Constitución ha previsto.[11] Como antes se dijo, nuestro modelo de parlamentaris-

11 Y que ha concretado o desarrollado la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del gobierno, en la que se contienen diversas precisiones acerca de la configuración del go-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

mo "racionalizado" destaca por la pretensión de fomentar la estabilidad gubernamental y por la relevancia que se otorga a la figura del presidente del gobierno. El instrumento básico para lo primero es la configuración "constructiva" de la moción de censura, a la manera alemana. Para poder presentarse, la moción de censura habrá de incluir un candidato a la presidencia del gobierno y, para que triunfe, habrá de obtener la mayoría absoluta de los miembros del Congreso (artículo 113, CE). En consecuencia, no es suficiente, para derribar al gobierno, que haya una mayoría en la cámara contraria a su permanencia, ha de haber, al mismo tiempo, una mayoría absoluta que, censurando al gobierno, apoye a un nuevo presidente. Es innegable que esta fórmula fomenta la estabilidad gubernamental, pero también que facilita notablemente los gobiernos de minoría, habida cuenta, además, de que la investidura del presidente del gobierno sólo requiere de mayoría absoluta del Congreso en la primera votación, bastando en la segunda la mayoría simple (artículo 99.3, CE).

Sobre la posición preeminente del presidente del gobierno en la estructura del Ejecutivo, la Constitución es bastante clara. No se trata sólo de que aparezca el presidente como auténtico "director" del gobierno y no exactamente como un "primer ministro", lo que es patente ("el presidente dirige la acción del gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo", artículo 98.2, CE), sino de que esa función directora se encuentra muy reforzada en la medida en que es el presidente (y no el gobierno) el que recibe la primera confianza de la cámara: en el acto de investidura se elige un presidente y no un gobierno que, obviamente, aún no se ha formado. La cuestión de confianza la puede plantear el presidente (sobre "su programa o sobre una declaración de política general", artículo 112, CE), previa deliberación del Consejo de Ministros, claro está, pero sin que ello convierta en colegiada una decisión que sigue siendo personal. La moción de censura se presenta frente al gobierno, pero su triunfo no supone sólo el cese de éste sino además la elección automática de un nuevo presidente, esto es, el otorgamiento de una nueva confianza a otra persona (y no a otro gobierno). Y en fin, es el presidente, previa deliberación del Consejo de Ministros, pero

bierno, del estatuto de sus miembros, del presidente del gobierno, del gobierno "en funciones" y, en general, del régimen jurídico de los actos del gobierno.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

"bajo su exclusiva responsabilidad", quien puede proponer al rey la disolución de las cámaras (artículo 115.1, CE).

El gobierno responde solidariamente de su gestión ante el Congreso de los Diputados, pero los ministros responden, individualmente, de sus propios cometidos ante el presidente del gobierno (esa parece ser la interpretación correcta que se deriva del artículo 98.2, CE), que libremente propone al rey su nombramiento y cese (artículo 100, CE). En resumen, puede decirse que el gobierno lo es del presidente y no de la cámara o de la mayoría de la cámara. Esta preeminencia del presidente se refuerza aún más en la medida en que determinadas decisiones (aparte de las ya señaladas sobre la presentación de la cuestión de confianza y la disolución anticipada de las cámaras) le están atribuidas personalmente, esto es, como órgano separado, y sin intervención del Consejo de Ministros. Así la propuesta de convocatoria de referéndum (artículo 92.2, CE) o la facultad de interponer el recurso de inconstitucionalidad (artículo 162.1, inciso *a*, CE).

2. *La práctica política: parlamentarismo "presidencial" y parlamentarismo "presidencialista"*

La concepción clásica del parlamentarismo, según la cual el gobierno está subordinado al Parlamento, del que recibe su legitimación y al que ha de rendir cuentas permanentemente de su gestión, como si fuese una especie de comisión delegada del órgano que representa a la soberanía popular, no se corresponde hoy exactamente con la realidad. La organización de la democracia a través de los partidos políticos ha originado una notable alteración en aquel viejo esquema que, por lo demás, nunca llegó a funcionar como idealmente se había concebido. Hoy los partidos, y no los parlamentarios individuales, son, por lo general, los verdaderos protagonistas de la actividad de las cámaras. La disciplina de partido ha hecho que sea el gobierno el que dirija a su mayoría parlamentaria, invirtiéndose la relación de subordinación, hasta el punto de que ha podido decirse que en la actualidad es el Parlamento el comité legislativo del gobierno. Por todo ello, la posibilidad de que triunfe una moción parlamentaria de censura es bastante remota y, en consecuencia, la responsabilidad política del gobierno parece más una proclamación retórica que una regla efectiva.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Por otra parte, el sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas (que es el español por obra de la Ley Electoral) potencia la disciplina interna en el seno de los partidos y, por lo mismo, la cohesión de los grupos parlamentarios. Los reglamentos de las cámaras contribuyen a acentuar la dependencia de los parlamentarios respecto de sus correspondientes grupos, de tal manera que son los portavoces o presidentes de éstos los auténticos directores (o impulsores) de las actividades parlamentarias. La nueva forma de la responsabilidad política es la de una estructura jerárquica bien distinta a la "ideal" subordinación del gobierno al Parlamento. Esa estructura, ahora, en un buen número de países, pero muy especialmente en España, es la que descansa en la subordinación del parlamentario individual a su jefe de grupo, la de éste a su partido y la del partido a su líder. Como el líder del partido mayoritario suele ser a su vez el presidente del gobierno, éste ocupa la cúspide del poder; a él están subordinados el gobierno, el partido y el grupo parlamentario, esto es, a él está subordinada la voluntad del Ejecutivo y del Legislativo.

Esta situación no parece, en modo alguno, una perversión del sistema, sino su normal consecuencia si añadimos, además de los factores ya aludidos, la realidad de unas elecciones parlamentarias, como las españolas, que, por obra de una propaganda en la que predomina sobre todo la imagen, se manifiestan más como elecciones plebiscitarias que como elecciones representativas, es decir, como elecciones no tanto a diputados o senadores cuanto a presidente de gobierno. Los aspirantes a parlamentarios que componen las listas electorales quedan en muy segundo plano, puede decirse incluso que se difuminan, máxime cuando la relación de los aspirantes con la circunscripción en la que se presentan o no existe o juega muy escaso papel. Celebradas las elecciones y constituidas las nuevas cámaras, los parlamentarios continúan virtualmente en el anonimato: la suerte del gobierno, la leyes que se dicten y los presupuestos que se aprueben no van a depender ni de sus discursos ni de sus decisiones, sino de los jefes de sus respectivos grupos políticos, que serán los que actúen en los debates parlamentarios y los que les impartan instrucciones para votar de una u otra manera.

Ahora bien, la difuminación de los parlamentarios individuales no tendría por qué conducir, necesariamente, a la difuminación del Parlamento; sólo llevaría a un Parlamento oficialmente numeroso, pero vir-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

tualmente reducido: un Parlamento de jefes de grupo, es decir, un Parlamento de "portavoces". Ocurre, sin embargo, que la forma en que están organizados en nuestro país los debates parlamentarios contribuye a que incluso ese Parlamento reducido continúe difuminado. De un lado, el presidente del gobierno, que sí se somete (por fin, desde hace sólo varios años) habitualmente a las preguntas de los parlamentarios (en las llamadas "sesiones de control" en el Congreso de los Diputados), no interviene con asiduidad en los debates, reservándose, generalmente, para las grandes ocasiones. De otro, los debates se celebran con muy escasa vivacidad: los miembros del gobierno y los portavoces de los grupos ocupan, sucesivamente, la tarima de oradores y leen (muy pocas veces improvisan) sus discursos preparados. Por último, los problemas políticos importantes no siempre son tratados, de inmediato, en el Parlamento, con el consiguiente desprestigio de éste. A todo ello ha de añadirse la tendencia a "consensuar" las grandes decisiones (e incluso las que han de revestir forma de ley) con los llamados "protagonistas sociales", utilizándose a las cámaras como órganos de mera ratificación de lo ya acordado fuera de ellas.

Es cierto que el Parlamento español trabaja, y que es una imagen muy poco fidedigna de la actividad parlamentaria la que a veces se propaga con ocasión de una eventual sesión en que aparezcan vacíos la mayoría de los escaños. Se presentan infinidad de preguntas e interpelaciones, se preparan proposiciones de ley (aunque muchas no prosperen), se hacen y discuten enmiendas a los proyectos de ley presentados por el gobierno, hay un continuo laborar en ponencias y comisiones. En esas tareas desempeñan un gran papel los parlamentarios individuales. Pero ello trasciende muy poco a la opinión pública, que sólo recibe del Congreso y del Senado las imágenes que transmiten sus Plenos. Y no podrían ser de otra manera, ya que a los ciudadanos, más que las cuestiones técnicas, lo que les interesa son los auténticos problemas políticos, esto es, los que, por su propia naturaleza, debieran tratarse en el Pleno de la cámara.

La falta de protagonismo del Parlamento provoca un vacío en la vida democrática de un país que suele ser llenado por otras instituciones: especialmente por los medios de comunicación y por la judicatura. No se trata, en modo alguno, de que estos nuevos protagonistas vengan a invadir campos que no son suyos. Una sociedad democrática no puede exis-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

tir sin una prensa libre, se decía hace ya más de un siglo; hoy, podríamos añadir, ni sin una radio y una televisión libres. Un Estado de derecho no lo es tal sin control jurisdiccional. El problema surge cuando el control social y el control jurisdiccional del poder han de sustituir, casi enteramente, al control parlamentario. En ese caso los ciudadanos tienen muy poco que ganar y la democracia parlamentaria mucho que perder.

Podría pensarse, sin embargo, que esta práctica política de la forma parlamentaria de gobierno no tiene consecuencias negativas, necesariamente, sino que en realidad lo que supone es la transformación del sistema, que de parlamentario habría pasado a ser presidencial, produciéndose una especie de mutación constitucional mediante la cual, sin cambiar la letra de la Constitución y por obra de la práctica política, tendríamos en España una forma de gobierno más próxima a la de los Estados Unidos de América que a la del Reino Unido (que siempre ha sido el modelo de la monarquía parlamentaria).

Nuestro presidente del gobierno disfrutaría, igual que el norteamericano, de una legitimación democrática directa, pues al fin y al cabo nuestras elecciones, formalmente parlamentarias, son realmente presidencialistas. Que no responda, de *facto*, un presidente así (ni "su" gobierno, y aquí aparece otra analogía con el modelo norteamericano) ante el Parlamento es lo que ocurre en el modelo presidencial, y ello no significa que ese modelo no sea democrático: al fin y al cabo, el presidente responde ante el pueblo, que lo elige. Que el presidente comparezca poco ante el Parlamento también sería normal: en Estados Unidos sólo va a la cámara para pronunciar el discurso anual "sobre el estado de la Unión" (aquí, y otra vez surge la analogía, ya está importada la figura: el debate "sobre el estado de la nación"). Incluso los dos grandes partidos nacionales parecen haber importado instituciones del presidencialismo (poco coherentes con un sistema parlamentario). Así el actual presidente del gobierno (líder del Partido Popular) ha optado por la limitación de mandatos, asegurando que sólo estará un máximo de dos periodos (como el presidente de los Estados Unidos) en la presidencia del gobierno (algún presidente autonómico, del mismo partido, le ha seguido en la línea). De otra parte, el Partido Socialista adoptó en las últimas elecciones el sistema de "primarias" (como en los Estados Unidos) para la elección de su candidato a la presidencia del gobierno.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Ahora bien, un diagnóstico así sería sumamente engañoso. En primer lugar por los impedimentos "constitucionales" con que tropezaría, ya que sistema presidencial y monarquía son difíciles de conjuntar. Un presidente del gobierno elegido tendería, por la fuerza de las cosas, a desplazar excesivamente al jefe del Estado, que tiene unas funciones constitucionalmente establecidas y cuyo encaje, con un Ejecutivo de elección popular, podría resultar muy problemático. No en vano la jefatura del Estado hereditaria ha podido subsistir en el Estado democrático en la medida en que se ha residenciado en el Parlamento, y no en el Ejecutivo, la representación popular, esto es, en cuanto que la monarquía es "parlamentaria".

Pero, aparte de ello, el diagnóstico seguiría siendo engañoso en cuanto que tampoco se correspondería con la realidad, pues no es cierto que, pese a los obstáculos teóricos antes expuestos, la práctica haya conducido a un sistema presidencialista. Ese sistema se basa en la separación de poderes; la práctica política que se ha expuesto lleva a lo contrario: a la confusión entre Parlamento y gobierno, es decir, a la unidad del poder "político", del que estaría separado sólo el poder jurisdiccional. En un sistema presidencialista, los ciudadanos eligen al Parlamento, y en otra elección bien distinta al presidente, con la consecuencia de que, al recibir ambas instituciones, de manera independiente, la legitimación popular, la coincidencia partidista entre mayoría parlamentaria y presidente no tiene porqué darse, necesariamente; esa coincidencia, en cambio, es requisito del sistema parlamentario. Pero como la práctica política ha hecho que en este sistema no sea el gobierno el que esté sometido a la mayoría parlamentaria, sino ésta la que esté dirigida por aquél, se da la paradoja de que, en una estructura constitucional, como la presidencialista, no basada, por principio, en la relación de confianza entre Legislativo y Ejecutivo, puede haber (y lo hay, de hecho, al menos en el caso norteamericano) mayor control parlamentario del gobierno que en aquel otro sistema teóricamente sustentado en la confianza y el control. En España, el presidente compone libremente "su" gobierno; en los Estados Unidos de América, los secretarios de los departamentos (y otros altos cargos, entre ellos los embajadores) los designa el presidente, pero no libremente: tales nombramientos requieren de la aprobación, por mayoría de dos tercios, del Senado. Si la comparación la extendemos al control presupuestario y a la eficacia de las comisiones parlamentarias de investiga-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ción, la diferencia se acrecienta aún más en favor del sistema norteamericano y en detrimento del nuestro.

En resumen, nuestra práctica política del sistema parlamentario no parece que haya originado su mutación en un sistema presidencialista, sino más bien su transformación en un híbrido en el que se reúnen muchos de los inconveniente de aquellos dos sistemas y muy pocas de sus ventajas. El resultado es una mezcla de presidencialismo incompleto y de parlamentarismo distorsionado, es decir, una amalgama que produce el debilitamiento de la división de poderes y la correspondiente atonía de la democracia parlamentaria como forma de organización política. Porque una cosa es el parlamentarismo de presidente de gobierno (o incluso si se quiere, el parlamentarismo "presidencial") y otra bien distinta su aparente transformación, que creo patológica, en una parlamentarismo "presidencialista". Este problema merece ser tratado con alguna extensión.

3. *Parlamentarismo y presidencialismo, hoy*[12]

A. *Aproximación y distanciamiento entre parlamentarismo y presidencialismo*

Es muy frecuente, en la actualidad, la opinión de que se está produciendo, como consecuencia de la democracia de partidos, una gran aproximación entre el parlamentarismo y el presidencialismo. Es difícil negarlo, pero es preciso aclarar que tal aproximación, que lo es más desde el punto de vista politológico que jurídico, no es un fenómeno completamente generalizado y convive en algunos casos, paradójicamente, con

12 Véase Aragón, M., "Sistema parlamentario, sistema presidencialista y dinámica entre los poderes del Estado. Análisis comparado", *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 299-317.

Pido disculpas por las reiteradas autocitas en este trabajo, pero, al fin y al cabo, éste constituye, en cierta medida, un resumen de otros muchos más que he publicado sobre la forma de gobierno y el control parlamentario. Además de repetirse ideas que ya he expresado en otros trabajos es posible, incluso, que, en algunos lugares de este estudio se reiteren expresiones o, en casos aislados, determinados párrafos "literales" ya escritos por mí. Insisto en mi petición de disculpas al lector, pero ello era inevitable en un trabajo como éste, que es, en parte, como he dicho, resumen de otros anteriores y, en parte también (y esta es su novedad) puesta al día, con nuevas perspectivas y nuevos requerimientos, de antiguas y permanentes reflexiones que he venido formulando sobre el parlamentarismo y el control parlamentario.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

su opuesto, es decir, con un mayor distanciamiento entre uno y otro sistema, o en términos jurídicos, entre una y otra forma de gobierno. El problema no es nada simple y por ello conviene estudiarlo con algún detenimiento.

Lo primero que cabe observar es la coexistencia, al menos en Europa, de dos movimientos contradictorios en relación con el presidencialismo. De un lado, de apreciación y emulación y, de otro, de crítica y rechazo. El primero es más reciente, creo, y tiene que ver, como apunté más atrás, con la extensión del fenómeno personalista en la política (acrecentado por el impacto televisivo-electoral, el liderazgo en el interior de los partidos, la pérdida de sustancia de los Parlamentos y la peculiar forma de gobierno de la Unión Europea). El segundo es más antiguo y tiene que ver con la polémica parlamentarismo-antiparlamentarismo en el periodo de entreguerras, pero aunque ha pasado tanto tiempo aún perdura, conviviendo, como antes se dijo, con su opuesto y emergente.

B. *El rechazo europeo del presidencialismo*

No tiene sentido repetir aquí lo que aquella polémica, a que acaba de aludirse, entre parlamentarismo y presidencialismo significó en la teoría y en la práctica.[13] Me referiré sólo a la general identificación de la democracia con el parlamentarismo en el pensamiento democrático europeo anterior a la Segunda Guerra Mundial.

Tomado el parlamentarismo como forma de Estado, esto es, como sinónimo de la democracia parlamentaria, la identificación era correcta, por supuesto, y ese fue, además, el sentido más profundo de la polémica, de manera que bajo el enfrentamiento parlamentarismo-antiparlamentarismo se encontraba realmente el enfrentamiento democracia-antidemocracia. Efectivamente, los enemigos del parlamentarismo o bien propugnaban directamente la dictadura (personal, de clase o de partido) o bien, a veces (incluso sin desechar al mismo tiempo la pretensión anterior), apostaban por una forma de democracia "real" (frente a la "formal") en

13 Lo he tratado en otros trabajos, a los que me remito, especialmente en el "Estudio preliminar", en Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. IX-XXXVI; ahora también en *Estudios de derecho constitucional*, *cit.*, nota anterior, pp. 229-252; y en "Parlamentarismo y antiparlamentarismo en Europa: sus repercusiones en España", *Las Cortes de Castilla y León 1188-1988*, Cortes de Castilla y León, 1990, vol. II, pp. 387-405.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

la que la libertad de disociaba teóricamente (y se erradicaba prácticamente) de la propia democracia, lo que venía a suponer, en verdad, no "otro" tipo de democracia sino, sencillamente, su negación.

Sin embargo, tomado el parlamentarismo como forma de gobierno (como una especie, pues, del género democracia parlamentaria) la identificación sería incorrecta, puesto que el régimen presidencialista puede ser tan democrático como el parlamentario. Precisamente por esto último resulta llamativo que en la polémica europea de entreguerras los defensores del parlamentarismo frente a la antidemocracia realicen esa defensa, casi sin excepciones, desde la exclusiva óptica del régimen parlamentario desentendiéndose de la solución presidencialista. Aunque podría acudirse a sobrados ejemplos de autores extranjeros, sobre todo alemanes o franceses, no hace falta irnos fuera para encontrar una muestra bien significativa de esa actitud política e intelectual: "Nosotros [diría Manuel Azaña] somos republicanos y todos, o la mayor parte, profundamente parlamentarios; pero yo, personalmente (si me es permitido hablar así) no soy más que parlamentario dentro de la República y no concibo una República que no lo fuese".[14]

Las razones de esa exclusión del presidencialismo y, por lo mismo, de la reducción de la democracia parlamentaria a la forma parlamentaria de gobierno son muy variadas. De una parte, las pasadas experiencias de gobiernos personales fuertes ("cesarismo" en el primero y segundo Imperio francés, y las jefaturas del Estado basadas en el "principio monárquico" en Alemania, entre otros ejemplos) habían creado en Europa un recelo comprensible ante cualquier forma de "presidencialismo". De otra parte, ese mismo recelo se veía acentuado por las experiencias contemporáneas del fascismo, las apelaciones formuladas por las doctrinas "regeneracionistas" cuando no puramente autoritarias a la eficacia de la acción de gobierno mediante la ocupación del poder por un "cirujano de hierro", un "hombre fuerte" o un "caudillo", situado por encima del Parlamento, o el recuerdo de alguna reciente dictadura militar (como en España).

A todo ello se sumaba una concepción europea de la democracia basada en la unidad de la representación política, esto es, en el monopolio parlamentario de la legitimidad popular, que admitía muy difícilmente una dualidad de representación capaz de operar independientemente en

14 Azaña, Manuel, *Obras completas*, México, Oasis, 1966-1968, t. II, p. 704.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

el Legislativo y en el Ejecutivo; y junto a ese impedimento teórico se encontraba un obstáculo de naturaleza práctica: la escasa tradición europea de un sistema de "equilibrios" entre poderes del Estado y entre poderes "políticos" y poderes "sociales", que es consubstancial con la democracia norteamericana, como ya había señalado con sagacidad Tocqueville. No es de extrañar entonces la exclusión de la solución presidencialista en la III República francesa, en la República de Weimar o en la II República española, y la consiguiente identificación, por la teoría jurídica y política de la democracia, dominante en Europa de aquel tiempo, entre democracia y forma parlamentaria de gobierno.

La coherencia de esta postura quedaba demostrada justamente por la actitud que se adoptaba en el campo contrario: la apuesta en favor del presidencialismo realizada desde el frente antiparlamentario no se basaba en la propuesta de un presidencialismo democrático, sino antidemocrático, esto es, dictatorial, como el propugnado en Alemania como remedio a la crisis del sistema de Weimar y teorizado, principalmente, por Carl Schmitt. Para unos (los defensores del parlamentarismo) y para otros (los afectos al antiparlamentarismo) estaba claro que la solución presidencial resultaba en Europa (a diferencia de lo que ocurría en los Estados Unidos de América) una solución poco conciliable con la democracia.

Al margen de esta equiparación, podría decirse que coyuntural y bien comprensible, entre democracia parlamentaria y forma parlamentaria de gobierno, la otra, y sustancial, equiparación entre la democracia y la democracia parlamentaria (esto es, entre la democracia y el parlamentarismo como forma de Estado), a la que nos referíamos al comienzo de este epígrafe, queda perfectamente expuesta en la certera afirmación de Kelsen:[15]

> Aunque la democracia y el parlamentarismo no son términos idénticos, no cabe dudar en serio —puesto que la democracia directa no es posible en el Estado moderno— que el parlamentarismo es la única forma real en que puede plasmarse la idea de la democracia dentro de la realidad presente. Por ello, el fallo sobre el parlamentarismo es, a la vez, el fallo sobre la democracia.

15 *Esencia y valor de la democracia*, 1920, citado de la edición española, Barcelona, Ariel, 1977, p. 50.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Y así fue en el panorama europeo de aquellos años: donde triunfó el antiparlamentarismo, se instaló la dictadura (de derechas o de izquierdas); y donde se conservó (o restauró) la democracia ésta siguió observando su forma parlamentaria y, además, en el doble sentido: forma parlamentaria de Estado y forma parlamentaria de gobierno. Esta identificación europeo-occidental de la democracia con la forma parlamentaria de gobierno se prolongó en los años siguientes con la única excepción (al menos hasta los años setenta), relativa y que por ello tampoco se escapa totalmente de la regla general de la equiparación: el semipresidencialismo francés de la V República, que es, por supuesto, una democracia parlamentaria, pero que sólo posee algunos rasgos de la forma parlamentaria de gobierno. En los últimos decenios, en el panorama europeo, se sumaría también Portugal a esta solución semipresidencial.

C. *La emulación presidencialista en el parlamentarismo europeo*

Como antes se dijo, éste es un fenómeno reciente, que no tiene nada que ver con la tentación presidencialista-autoritaria (cuando no dictatorial) del periodo de entreguerras. Ahora no se trata de separarse de la democracia parlamentaria, sino de mantenerse en ella como forma de Estado, tampoco de abandonar la forma parlamentaria de gobierno instalando directamente un régimen presidencial, ni de extender el semipresidencialismo (que en otras latitudes se intenta, así en la última reforma constitucional argentina, pero que en Europa Occidental sigue reducido como experiencia a los casos francés y portugués, sin que las polémicas surgidas en Italia en los últimos años hayan originado nada en la práctica). El supuesto al que nos estamos refiriendo es, sencillamente, el que se produce cuando se mantienen formalmente las estructuras de la forma parlamentaria de gobierno (aunque en algunos países con las reformas derivadas del llamado "parlamentarismo racionalizado") pero se introduce una práctica política presidencialista, pasándose de un parlamentarismo de canciller o de primer ministro a lo que podría denominarse, como antes ya vimos, un parlamentarismo "presidencial".

Como consecuencia de una diversidad de factores (como más atrás ya se apuntó), entre los que se cuentan la excesiva burocratización de los partidos, el aumento de la dimensión personalista en la política, el papel fundamental que en ella desempeñan los medios de comunicación de

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

masas, el tipo de propaganda electoral que todo ello comporta, la multiplicación de las tareas del poder público (que siempre se traducen en un fortalecimiento del Poder Ejecutivo), e incluso la peculiar forma de gobierno de la Unión Europea (que otorga un protagonismo casi absoluto a los poderes ejecutivos nacionales), se ha ido generando en Europa una forma de gobierno que, sin transformación sustancial de las estructuras de la forma parlamentaria de gobierno, ha dejado en muy segundo plano a las cámaras y otorgado la primacía indiscutible no ya al gobierno, sino a la persona que lo dirige (canciller, primer ministro, presidente del consejo, presidente del gobierno, en sus distintas denominaciones).

Ahora bien, ante esa "presidencialización" del régimen parlamentario cabe formular determinadas observaciones.[16] La primera está referida exclusivamente a los países con monarquía parlamentaria y consiste (como también se apuntó más atrás) en poner de manifiesto la difícil compatibilidad entre el "presidencialismo" y la monarquía. Un primer ministro, o en el caso de España un presidente del gobierno, políticamente "separado" del Parlamento, apoyado en una legitimidad democrático-representativa propia (directa, originaria o, en fin, no derivada), convertido, pues, en el máximo "dirigente" del país, dejaría muy poco (por no decir ningún) espacio institucional al rey, que si bien en la monarquía parlamentaria no debe gozar de poder jurídico efectivo, sí que ha de tener preservado un ámbito de influencia para desplegar su necesaria función simbólica. En tal sentido, aunque aquella "separación" entre el presidente del gobierno y la cámara sea más de hecho que de derecho, no deja de ser perturbadora para la monarquía parlamentaria. Claro está que más perturbador aún, y enteramente criticable, sería el intento de fomentarla a través de normas jurídicas o de reglas políticas.

La segunda observación es de carácter más general y se refiere a la ambigua y deforme situación que se produce en esos supuestos de "presidencialización" del régimen parlamentario. Precisamente porque se trata de un "presidencialismo" encubierto, lo que suele suceder es que este híbrido (cuyos rasgos ya se enunciaron más atrás, pero que aquí los detallamos) reúne los defectos del presidencialismo y del parlamentaris-

16 Véase Aragón, M., *Gobierno y Cortes*, *cit.*, nota 9; Solozábal Echavarría, J. J., "El régimen parlamentario y sus enemigos (Reflexiones sobre el caso español)", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 93, monográfico sobre "Parlamento y política en la España contemporánea", julio-septiembre de 1996.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

mo sin alguna de sus virtudes.[17] Así, la conexión (y no separación) entre Ejecutivo y Legislativo, propia del parlamentarismo, queda sin el contrapeso (también consubstancial al régimen parlamentario) de una cámara capaz de servir de freno al gobierno; de otro lado, la legitimación popular directa del Ejecutivo y la autonomía política de su actuación, propias del presidencialismo, quedan sin el contrapeso (también consubstancial al régimen presidencial) de la separación entre Ejecutivo y Legislativo.

En resumen, el híbrido a que nos estamos refiriendo tiende a convertirse en una forma de gobierno, que ya no sería ni siquiera un parlamentarismo "presidencial" (casi inevitablemente la forma que hoy adopta el ya viejo parlamentarismo de "primer ministro" o de "canciller"), sino un parlamentarismo "presidencialista" (este último como perversión o exceso del primero) que descansaría casi exclusivamente en el control electoral, pero no en el que resulta del equilibrio institucional, perdiéndose (o debilitándose) así el sistema de frenos y contrapesos en que se basa el Estado constitucional. Con lo cual se daría la paradoja (a la que antes también aludimos) de que en ese tipo de régimen parlamentario el Legislativo pueda ser más débil y el Ejecutivo más fuerte que en el régimen presidencial. El riesgo que para la libertad de los ciudadanos supone un sistema en el que no habría más separación de poderes que la garantizada por la independencia judicial no hace falta subrayarlo. Por lo demás, y aun admitiendo que esa independencia se encuentre objetiva y no sólo subjetivamente preservada, en cuanto que los jueces deben aplicar las leyes emanadas del Parlamento, realmente la preservación de la libertad quedaría casi exclusivamente reducida al ejercicio de la función de control de constitucionalidad de los actos del poder. Parece razonable entender que el Estado democrático no puede sostenerse mucho tiempo si descansa exclusivamente en la distinción, por muy básica e importante que sea, entre el poder constituyente y el poder constituido.

17 Obviamente cuando hablamos de régimen parlamentario y de régimen presidencial nos referimos a sus modelos de correcto funcionamiento, no a sus desviaciones patológicas. Así, por no quedarnos sólo en modelos ideales, el régimen parlamentario puede estar bien representado por las monarquías parlamentarias europeas y el régimen presidencial por los Estados Unidos de América.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

4. *Parlamento y democracia*

A. *Democracia y control del poder*

Como la práctica ha demostrado y la razón reconoce, la libertad de los ciudadanos sólo puede garantizarse si el poder se encuentra limitado. De ahí que esa libertad sea incompatible con el poder absoluto, aunque éste se atribuya al pueblo. La democracia directa, que quizás pueda ser un complemento eficaz de la democracia representativa, no es capaz, sin embargo, de organizar, por sí sola, un sistema de gobierno respetuoso con la libertad, ya que ésta no es producto de la identidad, sino de la distinción. Por ello, el Estado constitucional, cuya base es la democracia representativa y cuya estructura descansa en la división del poder, ha sido la única forma histórica, hasta hoy, capaz de garantizar al mismo tiempo la libertad y la democracia (ambos términos, en realidad, se requieren mutuamente, puesto que la libertad de los ciudadanos sólo está asegurada si la soberanía pertenece al pueblo y éste es soberano únicamente si está compuesto por personas libres).

Siempre al dividir se distribuye, por eso la división del poder significa su distribución: una distribución de potestades y de competencias, esto es, de capacidad de actuar, que supone la asignación de medios, pero también de ámbitos para ejercitarlos. Si no hay distribución, obviamente no hay limitación. De ahí la ineficacia de una división que distribuyese con arreglo a criterios exclusivamente formales. Para que la distribución (y con ello la limitación) sea efectiva ha de articularse, además, a través de criterios materiales. Y así ocurre en el conjunto de divisiones que caracterizan al Estado constitucional.

En primer lugar, en la división más básica o primaria: la que distingue el poder constituyente del poder constituido. Distinción que da el ser a la Constitución misma y que se basa tanto en ingredientes formales (el modo de actuar del poder constituyente —aquí vale decir del poder de emanar la Constitución y de cambiarla— ha de tener unas formalidades diferentes al modo de actuar del poder constituido), como en ingredientes materiales (el poder constituido no puede hacer lo mismo que el poder constituyente, esto es, ha de ser un poder materialmente limitado). En segundo lugar, en la división del propio poder constituido, organizado por la Constitución en un entramado de órganos a los que están asignados formas y ámbitos distintos de actuación. Al margen de que el en-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

tendimiento clásico de la división de poderes haya sufrido transformaciones, lo cierto es que el esquema básico de tal división es la que distribuye en órganos diferentes las potestades de legislar, gobernar y juzgar, potestades que para estar respectivamente aseguradas (reservadas) han de incluir tanto elementos formales como materiales. De igual manera, ambos tipos de elementos deben darse en la división territorial del poder y, por lo mismo, en la correspondiente distribución territorial de competencias.

Poder dividido es, pues, poder limitado (formal y materialmente), pero las limitaciones sólo pueden ser efectivas si están garantizadas, esto es, si van acompañadas de los correspondientes instrumentos de control. No hay democracia sin limitación y no hay limitación sin control. De ahí que el control sea elemento imprescindible de la democracia, o hablando en términos jurídicos, en cuanto que el Estado constitucional no es otra cosa que la democracia juridificada, que el control sea elemento inseparable del concepto de Constitución.

No es preciso que me extienda más sobre este asunto, cuyo tratamiento detallado he hecho en otros lugares, a los que me remito.[18] Sólo pretendía enmarcar en estas reflexiones tan genéricas las consideraciones que a continuación se formulan, precisamente porque en la pérdida de poder de los Parlamentos, que actualmente se experimenta, al menos en algunos países europeos, lo que se pone en peligro es el control del poder, y por ello la propia democracia.

B. *Parlamento y partidos. Observaciones críticas*

Que en España el sistema parlamentario de gobierno está en crisis resulta evidente para cualquier observador imparcial de nuestra realidad política. Una crisis que se extiende, además, a otros países tributarios de la misma forma de gobierno, como por todos es sabido. La solución para superarla no parece, sin embargo, que resida en acentuar los rasgos presidenciales que la práctica ha venido imponiendo, sino en fortalecer los rasgos parlamentarios que esa práctica ha ido debilitando. Y para ello no hay más remedio que enfrentarse con el problema de fondo: el de la democracia de partidos.

18 En especial, en *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, y en *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1995.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

La importante función de los partidos está reconocida en la propia Constitución. Allí se dice (artículo 6o.) que los partidos políticos "expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política". La democracia de nuestro tiempo es una democracia de partidos y difícilmente podría ser de otra manera. Sin la libertad de asociación política, esto es, sin la existencia de partidos, no puede haber democracia auténtica, o lo que es igual, democracia pluralista. Sin unos partidos estables, es decir, socialmente arraigados y con el grado suficiente de cohesión o disciplina interna, no cabe esperar que la democracia sea una forma de organización política eficaz.

Ahora bien, la democracia de partidos no debe sustituir enteramente a la democracia de ciudadanos, puesto que si así ocurriera se estaría pervirtiendo la propia democracia, en la que, como su nombre indica, es el pueblo la única fuente del poder. Los partidos cumplen una función auxiliar: son instrumentos, valiosos, por supuesto, pero sólo instrumentos de la democracia; ésta no tiene por sujetos a los partidos, sino a los ciudadanos. Más aún, tampoco los partidos agotan los cauces de expresión del pluralismo social, que se manifiesta también a través de los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás formaciones colectivas que integran la diversidad de creencias e intereses que existen en una comunidad de hombres libres.

Quizá uno de los problemas del presente consista en la tendencia de los partidos a introducirse en el seno de instituciones sociales, para influenciarlas o dirigirlas. Es el fenómeno de la tan denostada "politización" (mejor sería decir "partidización") de las empresas económicas, sociales o culturales. Al margen de las críticas frívolas, cuando no simplemente antidemocráticas, que ese fenómeno a veces recibe, el problema donde radica es en el deterioro de la espontaneidad social que ello conlleva, así como en las disfuncionalidades (o lisamente, ineficacias) que produce el traslado al ámbito de las organizaciones sociales de un tipo de racionalidad que allí resulta impropio. Poner los medios para que los partidos limiten sus actividades al mundo de las instituciones públicas, fomentándose (y no difuminándose) la distinción entre lo político y lo social, parece hoy una tarea urgente si quiere fortalecerse la democracia, que no puede soportar por mucho tiempo, sin grave riesgo, la realidad de unos partidos sumidos en una fuerte crisis de legitimidad.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Por otra parte, la misma, y propia, función de los partidos en las instituciones públicas debe ser objeto de algunas reconsideraciones. De un lado, el importante papel que desempeñan (y que constitucionalmente tienen reconocido) obliga a extremar la obligación (también impuesta por la Constitución) de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos, postulado muy fácil de enunciar, pero muy difícil de llevar a la práctica. Pese a las dificultades y a la casi irresistible tendencia oligárquica que se da en el seno de cualquier partido, la pretensión no es imposible y, probablemente, la suerte de la democracia de partidos dependa, en no escasa medida, de la capacidad de éstos para dotarse de una razonable democracia interna. De otro lado, el papel institucional de los partidos debe ser concebido en sus justos términos: de la misma manera que los partidos no pueden sustituir al pueblo, tampoco pueden sustituir al Estado. Por ello, la tan utilizada expresión "Estado de partidos" es, cuanto menos, incorrecta, desde luego en un sistema democrático.

Los partidos son, en nuestro ordenamiento, asociaciones privadas, aunque ese mismo ordenamiento reconozca, como es obvio, la relevancia pública de sus actividades. Ni los partidos son órganos del Estado ni pueden manifestar, por sí mismos, la voluntad estatal. La diferenciación entre el Estado y los partidos no es sólo una exigencia del derecho impuesta por una lógica abstracta en el orden estructural, esto es, lo que se llama una "ficción jurídica", sino una exigencia que proviene de la misma realidad política. Aceptar que la estructura orgánica estatal tiene un carácter ficticio, bajo el que se esconde, en realidad, la desnuda voluntad de los partidos, y pensar que esa situación puede ser duradera a condición de que no se haga demasiado patente para la opinión que "el rey está desnudo", es no sólo una actitud cínica, sino, sobre todo, una actitud suicida. Una sociedad de hombres libres acaba, más tarde o más temprano, por dejar de obedecer los mandatos de la autoridad si ésta pierde su condición de representante de la voluntad de todos y si sus mandatos no están justificados por razones de interés general. El Estado constitucional democrático y de derecho, que, como muestra la experiencia, es la forma menos defectuosa de convivencia civilizada que el mundo ha sido capaz de construir, no puede, sin quebrantos quizá irreparables, convertirse en la mera fachada de un sistema oligárquico de

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

dominación. El futuro de la democracia depende mucho de que ello no se olvide.

Ahora bien, que el Estado no deba ser el disfraz de los partidos no significa, ni mucho menos, que no haya de tenerse muy en cuenta la función de los partidos en la vida de las organizaciones públicas. Pero, claro está, de aquellas organizaciones que responden a la lógica partidista, esto es, a la lógica de las mayorías y minorías producto de la representación. Esa lógica debe operar por ello, exclusivamente, en los ámbitos parlamentario y gubernamental, puesto que es allí donde se manifiesta, legítimamente, el pluralismo político, sin que deba trasladarse a otras instituciones del Estado, especialmente las de naturaleza jurisdiccional, cuya composición y funciones descansan únicamente en razones de independencia y profesionalidad.

Es curioso, y perturbador, que allí donde tiene toda su legitimidad la actuación de los partidos, que es en la vida parlamentaria, sea donde resulta más débil su papel en nuestra práctica actual. De ahí que cualquier intento serio de fortalecer el parlamentarismo deba incluir, necesariamente, medidas que tiendan a reforzar la importancia parlamentaria de los partidos.[19] No hay que dejarse engañar por las apariencias: nuestros partidos son muy eficaces para disciplinar la actividad parlamentaria, pero muy ineficaces para hacer de esa actividad el centro de interés de la política nacional. Unos partidos con muy bajo nivel de afiliación, financiados casi enteramente con dinero público y férreamente dominados por sus dirigentes, generan una clase política no ya burocratizada sino, por así decirlo, "funcionalizada". En esas condiciones, el Parlamento puede resultar muy bien organizado, eso sí, pero también quedar muy aislado de la sociedad. En las cámaras se refuerza la capacidad de decidir pero se debilita la capacidad de discutir que es, al fin y al cabo, la principal función parlamentaria. Por ello, vigorizar el papel de nuestras Cortes Generales no es algo que pueda conseguirse sólo modificando los reglamentos parlamentarios, exige además, y sobre todo, modificar el sistema electoral y el modo de organización y financiación de los partidos.

19 Sobre las transformaciones de la representación y organización parlamentaria como consecuencia de la conversión del Parlamento de "parlamentarios individuales" en el Parlamento "de partidos", véase Rubio Llorente, F., "Parlamentos y representación política", *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, 1985, vol. I, pp. 143-170, hoy también en *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

C. *La necesidad de "parlamentarizar" el régimen parlamentario*

Si aceptamos, como dijimos más atrás, y la práctica no ha hecho más que confirmar esta afirmación de Kelsen, que la democracia no puede ser más que parlamentaria, parece claro que su suerte está ligada, entonces, a la del propio Parlamento, que es, sin duda, la pieza capital del sistema. El Parlamento constituye (o debe constituir) la institución central de la democracia como forma de Estado, es decir, del Estado constitucional democrático, sea su forma de gobierno parlamentaria o presidencial. Y ello es así, en primer lugar, porque la representación política tiene allí (en una cámara de composición plural) su más fiel expresión; en segundo lugar porque el control político del Ejecutivo sólo en el Parlamento puede ejercerse de manera permanente u ordinaria y, en tercer y último lugar, porque únicamente a través de los debates parlamentarios pueden alcanzar suficiente legitimación democrática las decisiones del poder público (difíciles de predecir en el momento del voto popular y más difíciles aún de cubrir con el genérico y periódico mandato electoral).

En los Estados Unidos de América, ejemplo de país presidencialista, la fortaleza del Parlamento no la pone nadie en duda. Más aún, es razonable sostener que no puede haber un presidencialismo que funcione correctamente sin el contrapeso de un fuerte Parlamento. De ahí que hoy se esté planteando, en algunos países, por ejemplo iberoamericanos, después de la experiencia de presidencialismos problemáticos, la necesidad de "parlamentarizar" el sistema no sólo para vigorizar la democracia sino también para hacer funcionar correctamente al propio presidencialismo. Pues bien, algo muy parecido ocurre en el régimen parlamentario, que en muchos países ha experimentado un debilitamiento de las cámaras parlamentarias como consecuencia de los factores a que más atrás ya aludimos, es decir, como resultado del llamado "Estado de partidos". Sin partidos no hay democracia, ello es claro, y en ese sentido la democracia lo es "con partidos políticos", pero con igual claridad ha decirse que eso es una cosa y otra bien distinta que el Estado (y la totalidad de la vida pública) sea patrimonio de los partidos. La defensa de la democracia incluye, sin duda, la defensa de los partidos, pero no pueden dejar de ocultarse que un mal entendimiento del papel y el significado de és-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

tos ha generado consecuencias muy nocivas para la democracia parlamentaria. Una de esas consecuencias, entre las más graves, es precisamente la atonía del Parlamento.[20]

Si el régimen presidencial no puede funcionar correctamente sin un Parlamento fuerte, mucho menos lo puede hacer, obviamente, el régimen parlamentario. Por ello el fortalecimiento de las cámaras se presenta hoy como una de las necesidades primordiales de muchos países, entre ellos España, aquejados de esa atonía parlamentaria a que acabamos de referirnos. Aquí, para vigorizar la democracia y para hacer funcionar con mayor corrección al propio sistema de gobierno, en lugar de "presidencializar" el parlamentarismo (ya suficientemente "racionalizado" por diversas técnicas constitucionales y por la disciplina de partido) lo que se necesita es "parlamentarizarlo". Hoy, como antes recordábamos, los medios de comunicación de masas y los tribunales de justicia están ocupando, en detrimento del Parlamento, el lugar central de la vida política. Y no precisamente por un exceso de aquéllos, sino por un defecto de éste. Es preciso, pues, que la vigorización del Parlamento haga posible que sea la prensa la que habitualmente trate de lo que se dice en el Parlamento en lugar de que, como ahora ocurre, sea el Parlamento el que habitualmente trata de lo que se dice en la prensa.

El fortalecimiento del Parlamento pasa por la adopción de diversas medidas normativas, entre ellas las relacionadas con el sistema electoral, la organización de las elecciones, la organización (democratización) y financiación de los partidos y la organización y funcionamiento interno de las cámaras. También pasa por la adopción de determinadas reglas de conducta, que no normas jurídicas, por parte de los políticos encaminadas a la dignificación institucional de la vida pública. Ni unas ni otras pueden ser objeto de examen, por obvias razones de espacio, en este trabajo.[21] Sin embargo, cualesquiera medidas encaminadas a fortalecer el Parlamento alcanzarían poco resultado si no se tiene claro el tipo de Parlamento que se puede tener, o mejor dicho, el cometido que hoy el Parlamento puede realizar.

20 Véase Garrorena, A., *Representación política y Constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 57 y ss.

21 Véase, para un tratamiento general acerca de los problemas actuales de los Parlamentos, la colección de trabajos recogida en Garrorena, A. (dir.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, Tecnos, 1990.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Al Parlamento no puede pedírsele lo que el Parlamento, hoy, no puede dar. Por muchas razones, entre ellas, las relacionadas con la internacionalización (y en España supranacionalización) de la política, sería imposible (y pernicioso) gobernar desde el Parlamento. En la actualidad el gobierno de un país no puede dirigirse desde la cámara parlamentaria, de tal manera que el Ejecutivo no puede ser, de ningún modo, un comité delegado del Legislativo (lo que por otro lado, tampoco lo ha sido siempre en el pasado del "parlamentarismo clásico"). En el presente, complementariamente a la división de poderes o competencias jurídicas (legislar de un lado, reglamentar y ejecutar de otro), existe una división de funciones políticas entre Ejecutivo y Legislativo bastante clara: el gobierno dirige la política y el Parlamento la controla.

Es la función de control la que caracteriza (es decir, singulariza) al Parlamento. Función de control ligada a la consideración de la representación parlamentaria como representación plural, al entendimiento del Parlamento como institución y no sólo como órgano, en fin, a la concepción de la democracia como democracia pluralista. Ahora bien, si lo que puede y debe pedirse al Parlamento es que ejerza con la mayor plenitud posible la función de control, es preciso aclarar previamente lo que el propio control parlamentario significa, dada la diversidad de entendimientos que sobre ese término ha habido.

D. *El control parlamentario del gobierno. Problemas de perspectiva. Los "derechos" de control*

Controlar la acción del gobierno es una de las principales funciones del Parlamento en el Estado constitucional, precisamente porque ese tipo de Estado se basa no sólo en la división de los poderes, sino también en el equilibrio entre ellos, esto es, en la existencia de controles recíprocos, de frenos y contrapesos que impidan el ejercicio ilimitado e irresponsable de la autoridad. Por exigencias de principio, pues, el poder político, en el Estado constitucional, es un poder limitado; pero como no hay limitación sin control, poder limitado significa, necesariamente, poder controlado. De ahí que en el Estado constitucional haya una extensa red de controles de muy variada especie: jurisdiccionales, políticos y sociales. El control parlamentario es uno de esos controles: un control de carácter político cuyo agente es el Parlamento y cuyo objeto es la acción del gobierno y, por extensión, también la acción de cualesquiera otras

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

entidades públicas, excepto las incluidas en la esfera del poder jurisdiccional que, por principio, es un poder que debe gozar de total independencia respecto de los demás poderes del Estado.

Ahora bien, cabría decir que existen dos significados del control parlamentario. Uno, al que podría llamarse significado estricto, consistiría en entender que el control parlamentario lo es sobre órganos y no sobre normas, debiendo incluir, además y necesariamente, la capacidad de remover al titular del órgano controlado. En consecuencia, no se integrarían en la función de control parlamentario los actos de las cámaras que tienen por objeto aprobar o rechazar normas o proyectos de normas, así como tampoco las actividades parlamentarias de información y crítica, que aun teniendo por objeto la actuación política (y no las disposiciones normativas) de órganos públicos no permitan desembocar en la remoción de sus titulares. El control parlamentario estaría ligado así a la estricta relación de responsabilidad política del gobierno, esto es, a la verificación de la confianza que ha de existir entre el Parlamento y el Ejecutivo; sus instrumentos serían, entonces, la moción de censura y la votación de confianza.

Ni que decir tiene que este significado estricto del control parlamentario resulta muy escasamente operativo. En primer lugar porque sólo podría hablarse de la existencia de este tipo de control respecto de la forma parlamentaria de gobierno, pero no de la forma presidencial, pese a que en ésta, que es también una especie del género democracia parlamentaria, el Parlamento desempeña una función de contrapeso, de freno, de fiscalización, en suma, de la actividad gubernamental aunque las relaciones entre uno y otro órgano no se basen en el nexo de la confianza política. En segundo lugar porque dada la disciplina de partido y el papel que hoy desempeñan los partidos en el Parlamento, el control parlamentario así entendido sería casi inexistente: se trataría o bien del control de la mayoría sobre la propia mayoría o quizá, más exactamente (por la relación actual gobierno-mayoría parlamentaria) del control del gobierno sobre sí mismo; en definitiva, un autocontrol, es decir, lo contrario de un auténtico control, que presupone la distinción real entre controlante y controlado. Más aún, ese control, además de su escasa operatividad, sólo podría efectuarse, en el caso de ciertos Parlamentos bicamerales, en la cámara a la que corresponda la exigencia de la responsabilidad política, esto es, en el ejemplo español, en el Congreso de

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

los Diputados y no en el Senado, cámara que no podría realizar funciones de control parlamentario pese a que el artículo 66 de la CE atribuye esa función a las Cortes Generales (lo que quiere decir, sin duda alguna, a las dos cámaras que la componen).

Por todo lo que acaba de exponerse no es este significado, sino otro: el significado amplio de control parlamentario, el que parece más correcto. Por control parlamentario, en sentido amplio, se entiende toda la actividad de las cámaras destinada a fiscalizar la acción (normativa y no normativa) del gobierno (o de otros entes públicos), lleve o no aparejada la posibilidad de sanción o de exigencia de responsabilidad política inmediata.[22] Junto con el control que se realiza a través del voto popular, el control parlamentario constituye (o debe constituir) uno de los medios más específicos y más eficaces del control político. La defensa de su validez como instrumento de limitación del poder no radica, sin embargo, en pretender su reducción conceptual (que es lo que se hace cuando se sostiene el significado estricto de control antes aludido) dejándolo, prácticamente, sin sentido.

Es cierto que la derrota del gobierno es uno de los resultados que el control parlamentario puede alcanzar y que el hecho de que hoy, por la disciplina de partido, eso sea muy poco probable no lo convierte por ello en un resultado imposible. Pero también es cierto que muy escaso papel tendría esta función parlamentaria de control si se manifestase sólo a través de la remota posibilidad de que el gobierno perdiese la confianza de la cámara o si requiriese, para ser efectiva, de la fractura del partido o partidos que forman la mayoría gubernamental. Por otro lado, la derrota del gobierno, siendo uno (el más fuerte, sin duda) de los efectos del control parlamentario, ni es, ni mucho menos, el único ni el más común. De una parte, el control parlamentario existe en formas de gobierno (como la presidencial) en las que no es posible la exigencia de la responsabilidad política; allí, sin embargo, hay control parlamentario, ya que éste no es un instituto privativo de la forma parlamentaria de gobierno, sino de la democracia parlamentaria como forma de Estado. De otra parte, en los llamados regímenes parlamentarios, en los que la res-

22 Para mayor detalle, véase Aragón, M., *Gobierno y Cortes*, *cit.*, nota 9; *id.*, "Sobre el significado actual del Parlamento y del control parlamentario: información parlamentaria y función de control", *Estudios de derecho constitucional*, *cit.*, nota 12, pp. 275-297; *id.*, "Sistema parlamentario, sistema presidencialista y dinámica entre los poderes del Estado. Análisis comparado", *Estudios de derecho constitucional*, *cit.*

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

ponsabilidad política es posible en teoría, aunque improbable en la práctica, la fiscalización parlamentaria del gobierno se manifiesta por otras muchas vías, además de por la que pudiese conducir a su remoción.

Por todo ello, cabe decir que la fuerza del control parlamentario descansa, pues, más que en la sanción directa, en la indirecta; más que en la obstaculización inmediata, en la capacidad de crear o fomentar obstaculizaciones futuras; más que en derrocar al gobierno, en desgastarlo o en contribuir a su remoción por el cuerpo electoral. Esta labor de crítica, de fiscalización, constituye el significado propio del control parlamentario. Se ha dicho, a veces, que un significado así sería rechazable por demasiado amplio y general, en cuanto que emplea un sentido excesivamente elástico de control. Cabe sostener, por el contrario, que ahí se encuentra, justamente, la cualidad más importante (y más operativa) del control parlamentario, cuyos efectos pueden recorrer una amplia escala que va desde la prevención a la remoción, pasando por las diversas situaciones intermedias de fiscalización, corrección y obstaculización. Una de las notas del control político (y que lo diferencian del control jurisdiccional) es el carácter no necesariamente directo o inmediato de la sanción en todos los supuestos de resultado desfavorable para el objeto controlado. No siempre habrá sanción, pero siempre habrá, al menos, esperanza de sanción. De ahí que la eficacia del control político resida, además de en sus resultados intrínsecos, en la capacidad que tiene para poner en marcha otros controles políticos o sociales. Eso es lo que ocurre exactamente con el control parlamentario.

Entendido así, el control parlamentario no se circunscribe a unos determinados procedimientos, sino que puede operar a través de todas las funciones que desempeñan las cámaras. No sólo, pues, en las preguntas, interpelaciones, mociones, comisiones de investigación, control de normas legislativas del gobierno (instrumentos más característicos del control) se realiza la función fiscalizadora, sino también en el procedimiento legislativo (crítica al proyecto presentado, defensa de enmiendas, etcétera), en los actos de aprobación o autorización, de nombramiento o elección de personas y, en general, en la total actividad parlamentaria. En todos esos casos hay (o debe haber) debate y, en consecuencia, en todos hay (o puede haber) control parlamentario. Precisamente por ello, y al contrario de lo que a veces se dice con cierta ligereza (confundiéndose la posibilidad práctica de remoción del gobierno con la existencia y el

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

vigor del control parlamentario), hoy día en la actividad de control reside la misión primordial de las cámaras, por encima, pues, de la que había sido siempre su función más característica: hacer las leyes. En el presente, aprobar una ley (u otra decisión que adopte la cámara) es más bien una prolongación de la voluntad del gobierno que una manifestación de la voluntad independiente de los parlamentarios. Ello no significa caer en las fáciles críticas a la función legislativa parlamentaria, que ignoran, simplemente, que lo que ha cambiado es el concepto de ley, pero no su sentido y menos su legitimación, inseparables de la pública y plural discusión parlamentaria. Lo que quería decirse es que el control resulta imprescindible para la existencia misma del Parlamento, ya que éste sólo tiene razón de ser en la medida en que se presente como un poder distinto del poder Ejecutivo, es decir, en cuanto que sea capaz de actuar como cámara de crítica y no de resonancia de la política gubernamental.

Para comprender mejor el significado actual del control parlamentario (comprensión sin la cual difícilmente puede mejorarse, con realismo, su eficacia) conviene distinguir entre el control "por" el Parlamento y el control "en" el Parlamento.[23] No se trata de referirse a la simple distinción entre el agente y el *locus* del control, ya que ello ni siquiera sería una descripción correcta del fenómeno, puesto que ni toda la actividad de control se realiza "por" el Parlamento como órgano (es decir, por el Pleno e incluso por las comisiones) ni opera exclusivamente en el ámbito reducido de la cámara. Lo que quiere expresarse es algo más complejo: que el control se lleva a cabo no sólo mediante actos que expresan la voluntad de la cámara, sino también a través de las actividades de los parlamentarios o los grupos parlamentarios desarrolladas en la cámara, aunque no culminen en un acto de control adoptado por ésta. Y ello es así, cabe insistir una vez más, porque el resultado sancionatorio "inmediato" no es consubstancial al control parlamentario y porque la puesta en marcha de instrumentos de fiscalización gubernamental no tiene por objeto sólo el obtener una decisión "conminatoria" de la cámara, sino también, y cada vez más, el influir en la opinión pública de tal manera que en tales supuestos el Parlamento es el *locus* de donde parte el con-

23 Véase Aragón, M., "Sobre el significado actual del parlamento y del control parlamentario: información parlamentaria y función de control", *Estudios de derecho constitucional*, *cit.*, nota 12, pp. 275-298.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

trol, pero la sociedad es el *locus* al que se dirige, puesto que es allí donde pueden operar sus efectos.

De esta manera, el control parlamentario puede manifestarse a través de decisiones de la cámara (adoptadas en el procedimiento legislativo, o en actos de aprobación o autorización, o en mociones) que son siempre, inevitablemente, decisiones de la mayoría, porque así se forma la voluntad del Parlamento; pero también el control puede manifestarse a través de actuaciones de los parlamentarios o de los grupos parlamentarios (preguntas, interpelaciones, intervención en debates) que no expresan la voluntad de la cámara, pero cuya capacidad de fiscalización sobre el gobierno no cabe negar, bien porque pueden hacerlo rectificar, o debilitarlo en sus posiciones, bien porque pueden incidir en el control social o en el control político electoral. Y esa labor fiscalizadora del gobierno, realizada no por la mayoría, sino por la minoría, es, indudablemente, un modo de control parlamentario gracias a la publicidad y al debate que acompañan o deben acompañar (sin su existencia, como antes se dijo, no habría, sencillamente, Parlamento) a las actividades de la cámara. Aquí no hay, pues, control "por" el Parlamento (que sólo puede ejercitar la mayoría y que hoy, por razones conocidas a las que ya se aludió, es o puede ser relativamente ineficaz), pero sí control "en" el Parlamento (control que no realiza la mayoría, sino, exactamente, la oposición). La cámara puede ejercer, siempre, claro está, por mayoría, "competencias" de control.[24] Las minorías parlamentarias y los parlamentarios individuales pueden, y deben, ejercer "derechos" de control. Derechos que, además, en España, están jurisdiccionalmente garantizados a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que los ha incluido dentro del derecho general del artículo 23 (participación política) y más específicamente como una faceta de ese derecho: el de los parlamentarios a ejercer la funciones del cargo en plenitud.

Cuando en el presente se discute acerca de la necesidad, y las dificultades, del control parlamentario, suele decirse que el requisito de la independencia entre controlante y controlado no se da hoy en las relaciones entre el Parlamento y el gobierno debido a que aquél está dominado

24 Me remito, para mayor detalle sobre "competencias" de control y "derechos" de control, a Aragón, M., "Sistema parlamentario, sistema presidencialista y dinámica entre los poderes del Estado. Análisis comparado", *Estudios de derecho constitucional*, *cit.*, nota 12, pp. 310-314.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

por el partido o partidos que apoyan a éste, con la consecuencia de que el Parlamento no pueda controlar, verdaderamente, al gobierno; a lo sumo, lo que podría producirse es la simple autocrítica de los partidos gubernamentales. Sin embargo, si se repara con mayor profundidad en el fenómeno, puede advertirse que dicha situación no conduce, por sí misma, a la desaparición del control parlamentario, sino a una nueva comprensión de éste como instrumento, básicamente, de la oposición.

Esa es la razón por la que ciertos medios de control, como se ha dicho, debieran configurarse como derechos de las minorías que pueden ser ejercitados incluso contra la voluntad de la mayoría (peticiones de información, preguntas, interpelaciones, constitución de comisiones de investigación). Las minorías (y a veces los parlamentarios individuales) han de tener reconocido los derechos a debatir, criticar e investigar, aunque, como es obvio, la mayoría tenga al final la capacidad de decidir. Junto a la clásica contraposición gobierno-Parlamento, hoy la que resulta más relevante es la contraposición gobierno-oposición. La nueva contraposición no viene a sustituir enteramente a la vieja y clásica, ya que en la diferenciación entre Parlamento y gobierno y en la configuración jurídica de ambos como órganos distintos descansa la división de poderes, sin la cual no hay sistema constitucional digno de ese nombre, pero plantea determinadas exigencias, entre las que está la atribución de derechos de control a las minorías parlamentarias. Esos derechos, primordialmente, debieran ser al menos cuatro: derecho a la información, derecho al debate, derecho a la investigación y derecho al "tiempo" parlamentario (es decir, a la inclusión de asuntos en el orden del día de las sesiones de la cámara). El control "en" el Parlamento no sustituye al control "por" el Parlamento, pero hace del control una actividad de ordinario (mejor sería decir cotidiano) ejercicio en la cámara. Y esta distinción conceptual, respecto del control parlamentario, corre paralela a otra distinción que, sobre el significado actual del Parlamento, conviene hacer: la que diferencia entre el Parlamento como órgano y el Parlamento como institución. El Parlamento no es sólo un órgano del Estado que, como todo órgano colegiado, ejerce competencias y adopta sus decisiones por mayoría, sino que es también una institución cuya significación compleja no puede ser borrada por el artificio orgánico. Más aún, el Parlamento es la única institución del Estado donde está representada toda la sociedad y donde, en consecuencia, ha de expresarse y manifes-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

tarse frente a la opinión pública, a través del debate parlamentario, el pluralismo político democrático (es decir, la diversidad de voluntades presentes en la cámara y no sólo una de ellas, aunque sea mayoritaria). Por ello el control parlamentario no es eficaz sólo en cuanto permita la limitación del gobierno, sino también, y sobre todo, cuando permita el debate y la crítica gubernamental, con publicidad, en todas las actividades de la cámara. Esto es, en cuanto se enlace el control con la dimensión institucional-pluralista del Parlamento. La mayoría puede frenar el control "por" el Parlamento, pero no puede, de ninguna manera (a menos que se destruya el presupuesto básico de la democracia representativa), frenar el control "en" el Parlamento. La mayoría puede impedir el ejercicio de "competencias" de control, pero no el ejercicio de los "derechos" de control.

5. *La relación entre los poderes del Estado. Poderes políticos y poder jurisdiccional*

A. *Relaciones entre los jueces y el legislador*

Es cierto que la estructura de la división de poderes ha cambiado desde que se formuló en el siglo XVIII: el Estado constitucional del presente está organizado de manera mucho más compleja que en sus orígenes, claro está, además de que la "democracia de partidos" ha introducido modificaciones patentes en el sistema de la división del poder. Sin embargo, y como se dijo antes, pese a tales transformaciones lo que no puede admitirse es que la división de poderes haya desaparecido, ya que sin ella, sencillamente, no es posible el Estado constitucional. En la forma parlamentaria de gobierno, la relativización de la distinción entre Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, que es una de las características propias de dicho régimen, no puede llegar al extremo de hacerla desaparecer, convirtiendo la división en confusión. De ahí la necesidad, más atrás ya aludida, de revitalizar el Parlamento y el control parlamentario. Y de ahí también la necesidad (requisito para lo anterior) de "reformular" el papel de los partidos en el Estado constitucional democrático.

De todos modos, de la división y relaciones entre los poderes "políticos" Ejecutivo y Legislativo (con las diferencias, que se mantienen, pese a ciertas aproximaciones, entre las formas parlamentaria y presidencial de gobierno) ya se ha tratado más atrás. Ahora, en la última par-

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

te de este trabajo, lo que pretendemos es referirnos a otra división: la que existe entre los poderes políticos, de un lado, y el poder jurisdiccional, de otro. Ahí sí que ha de darse una separación neta entre ambos poderes (sea parlamentaria o presidencial la forma de gobierno), ya que en esa separación descansa la existencia misma del Estado constitucional en cuanto que éste es, sobre todo, Estado de derecho.

El problema más agudo que hoy esa separación plantea no es el de la independencia judicial, que se encuentra garantizada (salvo situaciones patológicas) en todos los Estados constitucional-democráticos, sino el del equilibrio entre los poderes, que tiende a desnivelarse una veces a través de la introducción del juego de los partidos en el gobierno de la administración de justicia (en España hemos tenido algunos ejemplos acerca de ello en el funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial) y otras veces a través de la judicialización de la política mediante el activismo judicial. Respecto de lo primero (la "politización" de la justicia), lo único que ahora podemos apuntar (por razones de espacio) es que probablemente el actual sistema español de designación de miembros del Consejo General del Poder Judicial no sea el más acertado, aunque, por otro lado, la elección parlamentaria de esos miembros no tiene por qué ser de peor condición (ni de inferior legitimidad, por supuesto) que la procedente de otros órganos del Estado. No es, pues, el elector, sino la forma de elegir la que quizá esté planteando entre nosotros problemas de desequilibrio entre el poder político y poder jurisdiccional. Por ello, la fórmula mixta que ahora se propone en el "pacto por la justicia", al que han llegado los dos grandes partidos nacionales (las cámaras elegirían de entre ternas propuestas por los jueces), me parece una solución bastante satisfactoria.

Mayor calado (desde luego teórico) tiene la otra fuente de desequilibrio institucional: la "judicialización" de la política. La consideración a todos los efectos de la Constitución como norma jurídica y la modificación del primitivo sistema kelseniano de justicia constitucional hacen que en varios países europeos, y entre ellos España, los jueces estén doblemente sometidos a la ley y a la Constitución, en cuanto que han de aplicar las dos conjuntamente. El establecimiento de la cuestión de inconstitucionalidad que, en principio, parecería que resuelve los problemas derivados de esa doble vinculación (que les impide inaplicar la ley pero que les obliga a no aplicarla si la consideran inconstitucional), no

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

puede ocultar, sin embargo, las muchas complejidades teóricas y prácticas que ese modelo de la doble vinculación encierra.

Complejidades que se derivan de las peculiaridades mismas de la interpretación constitucional, que es una tarea a realizar por todos los órganos jurisdiccionales (tanto de la jurisdicción constitucional propiamente dicha como de la jurisdicción ordinaria); de la difícil vinculación (por falta de instituciones precisas, que no por ausencia de precisión normativa, ya que el artículo 5o.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es muy claro al establecer dicha vinculación) de los jueces y tribunales ordinarios a la doctrina del Tribunal Constitucional no sólo cuando interpreta la Constitución, sino, sobre todo, cuando interpreta constitucionalmente la ley; y, en definitiva, de los problemas que origina un sistema como el nuestro, de vinculación de los jueces a la ley pero, al mismo tiempo, de aplicación por los jueces de un ordenamiento cuyos principios y valores, "constitucionalizados", han de ser integrados, a través de la práctica judicial, en la totalidad del sistema normativo infraconstitucional. No es este el lugar para extenderse en el tratamiento de tales problemas,[25] pero sí, al menos, de llamar la atención sobre su existencia.

B. *Relaciones entre los jueces y el gobierno*

La distinción entre poder político y poder jurisdiccional no puede estar referida únicamente, claro está, a las relaciones entre el Parlamento y los jueces, sino también a las que median entre los jueces y el gobierno. Es cierto que el Estado constitucional de derecho significa que todos los actos del poder han de estar sometidos a las normas y, en primer lugar, a la Constitución, lo que supone un sometimiento al control que ejercen órganos judiciales independientes. Por ello, el Estado de derecho es también, y necesariamente, Estado jurisdiccional de derecho. No hay inmunidades, pues, ni del legislador ni, claro está, de los gobernantes (ni tampoco, por supuesto, de los propios jueces). En consecuencia, el llamado, en terminología clásica, "Poder Ejecutivo" no puede estar exento del control judicial.

25 Sobre todo ello me remito a mi trabajo "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, septiembre de 1997, ahora también en *Estudios de derecho constitucional*, *cit.*, nota 12, pp. 163-190.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/qTKNj5

Ahora bien, por admitir todo ello, difícil de negar en el plano de la teoría,[26] no significa que se pase del "gobierno de las leyes" al "gobierno de los jueces", como a veces, con simpleza, se ha querido sostener por algunos. Tampoco, por supuesto, debe conducir a que se sustituya la "discrecionalidad" (que no arbitrariedad, claro está), constitucionalmente lícita, de ciertos actos del gobierno, por la "discrecionalidad", ilícita (en tales supuestos), de determinadas sentencias judiciales. El gobierno ha de ser controlado "jurídicamente", pero no "políticamente", por los jueces (aparte de que determinados actos y normas del gobierno no están sometidos al control de los jueces ordinarios sino del Tribunal Constitucional).

La defectuosa comprensión de esas relaciones entre gobierno y jueces está conduciendo, de manera casi inevitable, a la tan comentada "judicialización de la política", que acaba siendo también la "politización de la justicia". Ante esa situación los remedios no son fáciles de determinar, pero al menos sí cabe apuntar algunos, entre ellos el de la distinción, con todos sus efectos, entre controles políticos y controles judiciales, lo que significa que unos y otros no son sustituibles, de tal manera que ni la depuración de la responsabilidad política supone la desaparición de la responsabilidad jurídica ni, por el contrario, aquélla ha de quedar supeditada a la verificación de ésta.

En el fondo, como es bien sabido, el problema reside en que el Estado de derecho no puede suplir, con sus sólos instrumentos, al Estado democrático. Por ello, la acumulación en los juzgados de la mayor parte de la labor de control de la actividad de los gobiernos suele ser una consecuencia de la falta de agilidad o la falta de instrumentos del control político sobre dicha actividad, en especial, del control parlamentario. Sin que se produzca merma de los controles jurisdiccionales, puesto que el Estado lo es de derecho, es indispensable, al mismo tiempo, ya que el Estado lo es también (esa es su forma) de democracia parlamentaria, que se refuerce el control que las cámaras deben realizar. La división de poderes no consiste en el control de uno sobre los demás, sino en el control recíproco de todos ellos.

26 Véase, por todos, García de Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la administración*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1996.

DR © 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México