

Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes

Por PABLO LUCAS VERDU
Catedrático de Derecho Político
en la Universidad de Santiago

1) *La aparición de la justicia constitucional en el desarrollo del derecho constitucional occidental.* El desarrollo del derecho constitucional occidental está determinado ideológicamente por estas tres ideas: idea de la limitación del poder; idea de la garantía de los derechos y libertades fundamentales; idea de la supremacía y permanencia del instrumento jurídico fundamental. Estas tres ideas proceden del liberalismo cuya consolidación se realiza, paulatinamente, desde finales del siglo XVIII hasta la primera guerra mundial. Existen entre ellas íntimas conexiones no sólo por su común procedencia ideológica, sino porque les une un nexo conceptual indudable: en efecto, la limitación del poder tiene como finalidad asegurar las libertades individuales; no se conciben éstas sin aquella limitación y, además, la permanencia de la Constitución garantiza las libertades individuales y expresa, con claridad y sistema, los límites del poder político. En este sentido, a la idea limitadora del poder político corresponde el esquema de la división de poderes; a la idea garantizadora de los derechos y libertades fundamentales, la formulación de las declaraciones de derechos, y a la idea de la permanencia del instrumento fundamental, el sistema de rigidez constitucional. Parte de esto se dijo en el artículo 16 de la Declaración de 1789 cuando afirmaba: "Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de derechos, ni determinada la separación de poderes, no tiene Consti-

tución". Ahora bien, esta finalidad constitucional implica, a su vez, una garantía eficaz y una aplicación constante para que los derechos y libertades asegurados no sean letra muerta, para que la idea delimitadora implicada en la Constitución, se cumpla y para que, por último, el instrumento constitucional que fija los límites y derechos, se mantenga. Es menester un órgano calificado encargado de esta misión tan importante, porque de él dependerá, en el fondo, el mantenimiento y cumplimiento de la idea del derecho político o de la fórmula política contenida en la Constitución. El constitucionalismo liberal había previsto la necesidad de tal órgano conservador o "guardián" de la Constitución con su convicción, típicamente iusnaturalista, del "gobierno de las leyes y no de los hombres", ya atribuyendo esa tarea al propio legislativo, ya confiándolo a los jueces o a cuerpos especialmente configurados para realizarla. Aunque uno de los motivos que inspiró al liberalismo fué de carácter conservador, en la medida que se pretendía la permanencia y continuidad del orden fundamental querido por la burguesía, esta obsesión tenía que experimentar ciertas acomodaciones por dos razones. La primera porque no es posible conservar las instituciones políticas y el derecho que las regula, sin ajustarlas convenientemente cada vez que el ordenamiento básico lo requiere y porque, en segundo lugar, la idea delimitadora implica un equilibrio que ha de renovarse continuamente así como la permanencia de los instrumentos constitucionales se debe concebir no desde un punto de vista estático, sino dinámico.

El intento —en la línea de la dogmática— de garantizar la permanencia constitucional se manifiesta en la llamada rigidez constitucional, la cual ha de concebirse como indicamos en otro lugar (1), en sentido dinámico e integrador. El sistema de la rigidez constitucional implica un concepto determinado de Constitución y este mismo concepto desemboca, por un lado, en la necesidad del mantenimiento del orden fundamental y, por otro, más concretamente, en el examen de constitucionalidad de las leyes (2). Indudablemente, el derecho constitucional clásico elaboró un sistema conceptual coherente, sistemático, que se mantenía por sí solo merced a la perfecta concatenación de las tres ideas anteriormente señaladas. Este sistema conceptual, a pesar de las críticas que se le han hecho —esgrimidas todas ellas desde una perspectiva políticosocial posterior y distinta— nos

1434
 (1) PABLO LUCAS VERDU: *Naturaleza, contenido y consecuencias de la rigidez constitucional en los Estudios en honor del profesor PEREZ SERRANO*. Cfr. *Estudios de Derecho Político* que dice HANS SPANNER: *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*. Springer-Verlag. Wien, 1951, págs. 53-54.

1435
 (2) CARLOS RUIZ DEL CASTILLO: *Ma-*

nual de Derecho Político. Reus. Madrid, 1939, pág. 694. Sobre la consideración del control de constitucionalidad como medio que preserva al constitucionalismo Cfr. las atinadas observaciones de GOTTFRIED DIETZE: *Judicial Review in Europe* en *Michigan Law Review*, February, 1957, Vol. 55, n.º 4, págs. 563 y ss.

impresiona por su acabamiento y nitidez, y ello se debe a la completa autoconciencia de que las instituciones configuradas satisfacían las necesidades de una época porque realizaban la integración de la burguesía en la convivencia política. En este sentido, el constitucionalismo liberal construyó, racionalmente, un Estado, un modo de convivencia política por y para la burguesía en la medida que todo el orden jurídico fundamental descansaba sobre ella y su mantenimiento y continuidad a ella le servían. Así, pues, la justicia constitucional, en cuanto garantizadora de ese orden, y en cuanto realizadora, en los casos concretos del mismo, obedece a ese propósito.

Aunque la configuración del poder judicial aparece un tanto desdibujada en el esquema de la división de poderes elaborado por MONTESQUIEU, y lo mismo sucede en los desarrollos del constitucionalismo continental, no se manifiesta así en la tradición anglosajona del "Juez crea el derecho" y mucho menos en los Estados Unidos, donde pronto, merced a la interpretación del juez MARSHALL, aquél se atribuirá una función importantísima.

Nace así, con peculiar sentido, la justicia constitucional, en el cuadro de un Estado federal afianzándose, cada vez más, su poder en la medida no sólo que lo conserva, sino, también, que lo ensancha mediante la construcción amplia del texto constitucional y desarrolla, al mismo tiempo, la tarea de aplicarlo en los casos controvertidos mediante su acomodación a los cambios sociales sin necesidad de recurrir al procedimiento de reforma siempre más gravoso. Ciertamente, este sistema entraña algunos inconvenientes como se manifestaron en la misma Norteamérica, en el periodo de la depresión, cuando se planteó el conflicto entre el Ejecutivo y el Tribunal Supremo, acabándose, al parecer, con lo que se denominó *le gouvernement des juges*. Puede ocurrir, y de hecho ha ocurrido, que esta justicia no cumpla con las exigencias integradoras si se aferra a una concepción anacrónica de la Constitución e identifica su actitud preterizante con el significado del texto básico, de suerte que es incapaz de acomodar, con fortuna, los viejos preceptos a las nuevas necesidades. Existe la amenaza de que el poder judicial asuma funciones políticas que escapan a su estricta misión. Sin embargo, la necesidad de la justicia constitucional apareció clara y así influyó la solución norteamericana en el constitucionalismo hispano-americano y en algunos miembros de la Comunidad británica de naciones. Igualmente, su ejemplo adoctrinó a los constituyentes europeos de la primera postguerra, aunque sus soluciones no se ajustaron a este modelo.

2) *El concepto de la justicia constitucional.*—¿Qué entendemos por justicia constitucional? La pregunta es importante no sólo porque su contestación satisface una necesidad teórica, sino porque, además, su adecuada respuesta delimita las consecuencias políticas de la ins-

titudión. Advuértase que mediante la justicia constitucional se cumple, y se asegura, el orden fundamental en la medida que se aplican a casos concretos las normas constitucionales, se esclarece el ámbito de aplicación de tales normas, se garantiza el cumplimiento de la ley fundamental, que prevalece sobre la norma ordinaria, e incluso se va integrando el derecho constitucional. En este sentido, la justicia constitucional significa *la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo*. Pero es menester plantearse en términos estrictos en qué consiste la justicia constitucional.

ERNST FRIESENHANN (3) y JOSEF WINTRICH (4), han establecido, siguiendo a FRANZ W. JERUSALEM (5) un concepto de la misma congruente con el desarrollo presente del derecho constitucional.

Según FRIESENHANN, el rasgo distintivo de la actuación judicial consiste en que el juez aplica la ley al servicio de la realización del derecho objetivo y dice como *tercero* imparcial a las partes cuál es el derecho. Ante el juez disputan dos partes frente a las cuales aparece como tercero imparcial y desinteresado. Ciertamente, con la sentencia judicial se obliga a un mandato del Estado, al cumplimiento de la misma, pero este mandato no es la esencia de la actividad judicial y no representa una aplicación del derecho. Hay que distinguir, por lo tanto, la aplicación del derecho en el sentido de configuración de una cuestión de acuerdo con las normas generales que elaboran los órganos estatales, dentro de una relación jurídica en la cual es parte el Estado y en que el órgano que aplica el derecho obra para el Estado, del órgano estatal que aplica el derecho y que establece, como tercero imparcial, lo que es derecho *en concreto*. Esta última forma de aplicación del derecho es la justicia. La justicia, por consiguiente, presupone que dos partes disputan ante el juez y de aquí se deduce, como criterio material de la misma, la aplicación del derecho en la decisión de una controversia jurídica.

FRIESENHANN ha aportado un concepto de justicia como presupuesto de la justicia constitucional, según los datos del derecho constitucional alemán. Por otra parte, este autor no ha subrayado algunos matices propios de la justicia constitucional (decisión de cuestiones jurídicas abstractas, esclarecimiento objetivo del derecho dudoso sin que haya partes que discutan sobre ello). JOSE WIN-

(3) ERNST FRIESENHANN: *Ueber Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderen Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen*, en *Festschrift für Richard Thoma*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1950, págs. 26-27.

(4) JOSE WINTRICH: *Aufgaben, Wesen*

und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit en "Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung", en *Festschrift zum 75 Geburtstag von Hans Nawiasky*. Isar Verlag München, 1956, págs. 203 y ss.

(5) FRANZ W. JERUSALEM: *Die Staatsgerichtsbarkeit*. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1930.

TRICH ha perfilado, acertadamente, el concepto de justicia constitucional ampliando la noción establecida por FRIESENHANN.

Para WINTRICH, el problema radica en medir una cuestión según un patrón determinado, a saber, conforme a una norma jurídica. Para que una actividad pueda considerarse judicial se tienen que resaltar dos momentos: 1) que la medida se ajuste a un procedimiento especial y que el resultado de esa medida ha de establecerse mediante una sentencia con fuerza obligatoria; 2) esta sentencia tiene que haber sido decidida por una instancia neutral e independiente. En un ordenamiento constitucional, como el alemán, la justicia constitucional significa la fijación vinculativa del derecho que se discute, que está en peligro o sobre el cual se duda, a través de una instancia independiente y neutral —aunque también vinculada al derecho— que decide sólo según el punto de vista de la ley y del derecho.

La justicia constitucional no se agota en subsumir un hecho en una norma jurídica. Todo juez tiene también que examinar la validez de la norma que ha de aplicar. Una norma puede invalidarse sea porque lo ha sido por otra posterior del mismo rango, sea porque contradice a una norma de rango superior, o, finalmente, porque rebasa los límites de la autorización legislativa. Esto sólo puede comprobarse mediante la comparación de ambas normas. Corresponde, por consiguiente, al campo del conocimiento judicial deducir, de tal comparación, las correspondientes consecuencias jurídicas. Según WINTRICH, es indiferente puntualizar si en tales casos se trata de una actividad judicial, si la decisión se plantea incidentalmente o versa sobre la sustancia del asunto y, por último, si su efecto se refiere a las partes o *erga omnes*. La determinación que una ley es nula o que no contradice la Constitución, sólo tiene efectos declaratorios. La función del Tribunal constitucional se limita al control de constitucionalidad (6), carece, por tanto, del elemento característico de la legislación que es el establecimiento y formación libre del derecho objetivo. WINTRICH configura, por último, el concepto de justicia constitucional señalando sus límites (7).

Como se deduce de las posiciones de FRIESENHANN y WINTRICH, la jurisdicción constitucional, prescindiendo de las cuestiones relativas a la esencia de la función judicial, versa sobre materias de naturaleza estrictamente fundamental, lo cual no sólo delimita objetivamente su contenido, sino que además le caracteriza frente a otros tipos de jurisdicción (civil, penal, administrativa). En este sentido,

1379 (6) Sobre el objeto de la justicia constitucional en los Estados federales, Cfr. JERUSALEM, *ob. cit.*, pág. 51.

1376 (7) WINTRICH, *loc. cit.*, pág. 208-209. Cfr., además, el análisis que hace de la jurisprudencia constitucional alemana sobre esta

cuestión FEDERER: *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, ed. por G. LEIBHOLZ. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1954, pgs. 48 y ss.

a la vista de los datos que nos ofrece el presente derecho constitucional occidental, entran de lleno en su ámbito, entre otras materias, las siguientes: a) el examen o control de constitucionalidad de las leyes; b) los llamados, por la doctrina italiana, conflictos de atribución entre los poderes del Estado, *Verfassungsstreitigkeiten*, según los alemanes, que adquieren relieve particular en los Estados federales; c) la tutela de los derechos públicos subjetivos cuyo ámbito se ha incrementado recientemente (8). A estas cuestiones podría añadirse la interpretación constitucional, aunque está involucrada en los apartados anteriores en la medida que no es posible examinar la constitucionalidad de una norma, decidir un conflicto constitucional, ni garantizar un derecho básico, sin la previa interpretación de la norma constitucional; sin embargo, la interpretación constitucional adquiere singular relieve en los casos de integración del ordenamiento constitucional. También cobra importancia cuando es menester establecer, con claridad, el derecho fundamental, lo cual sucede frecuentemente, por ejemplo, en los Estados federales o cuando se trata de interpretar normas de compromiso. La Ley fundamental de Bonn señala, en el artículo 93, párrafo 1, n.º 1 y la ley sobre el Tribunal Constitucional federal en el párrafo 13, n.º 5, como misión de dicho Tribunal, la interpretación constitucional. Esta función es, pues, importante si se tiene en cuenta que el desarrollo del derecho constitucional ha previsto también el examen de inconstitucionalidad de los partidos políticos para cuya decisión de inconstitucionalidad se requiere una adecuada interpretación del texto constitucional que comprende la concordancia de la estructura interna, actividad y programa de los partidos políticos con dicho instrumento fundamental. La jurisdicción constitucional ha ensanchado su ámbito en la medida que abarca, a la sazón, contenidos no sólo técnicos (control de normas, tutela de derechos con las modalidades incorporadas por el derecho constitucional alemán como la *Popularklage* bávara), sino, además, materias que rozan aspectos de indudable cariz político (9).

La jurisdicción constitucional tiene por objeto decidir, de modo imparcial, con arreglo al derecho objetivo y mediante los procedimientos y órganos especiales establecidos, el cumplimiento, tutela y aplicación de las normas jurídicas constitucionales (escritas y consuetudinarias).

3) La función integradora de la justicia constitucional. — La

1341
 (8) Cfr. las observaciones que sobre cada uno de estos aspectos hace PAOLO BISCA-
 RETTI DI RUFFIA: *Diritto costituzionale*
 (*Lo Stato democratico moderno*), 2.ª ed.,
 vol. II. Jovene Napoli, 1950, págs. 34-35.

1342
 (9) Sobre los problemas que plantea la "ju-

dicialización" de los conflictos políticos Cfr.
 HANS SPANNER, *ob. cit.*, págs. 43 y ss.
 KARL LOEWENSTEIN: *Verfassungsrecht und*
Verfassungsrealität, en *Archiv des öffentlichen*
Rechts, vol. 77, cuad. 4. J. C. B. Mohr (Paul
 Siebeck) Tübingen, 1951/1952, págs. 422-423.

justicia constitucional es una parte del orden constitucional. El orden constitucional, como dijimos, adquiere conciencia de su validez y del esfuerzo por garantizarla, mediante la jurisdicción constitucional. Esta función es importante en la medida que a través de ella autorreflexiona sobre sus posibilidades jurídicas efectivas y sobre las consecuencias que dimanarían de ellas. Pero esta función técnico-jurídica, connatural a las Constituciones rígidas, no basta. Ciertamente, cumple una misión de seguridad jurídica, la correspondiente al ordenamiento fundamental en la etapa que MIRKINE GUETZEVICH (10) denominó de racionalización jurídica y que ahora, a la vista de los desarrollos del derecho constitucional occidental, llamaríamos etapa de judicialización de los conflictos políticos. Ahora bien, es menester subrayar las dimensiones adquiridas por esta institución en el momento actual, las cuales se sorprenden no tanto examinando sus perfiles jurídicos, el cuadro de sus competencias, los órganos que le configuran, la composición y carácter de los mismos, los efectos jurídicos que se deducen de sus decisiones, etc., todas ellas cuestiones profusamente estudiadas, sino más bien insistiendo sobre el carácter peculiar de su actividad.

Una vez establecidas las normas fundamentales por el poder constituyente, propenden a *estar ahí*, es decir, a presentarse como límites vinculatorios del legislador ordinario, como normas indicadoras de la estructura del Estado y de los derechos y libertades fundamentales; pero esto no basta. Puede que la estructura que configura tales normas y los derechos y libertades fijados en ellas, a pesar de *estar ahí*, hayan perdido sentido actual en las nuevas situaciones acaecidas y, realmente, ya no *están* en la nueva situación como entonces. Aunque la Constitución encierra la pretensión de ofrecer, continuada y permanentemente, la objetivación de un conjunto de decisiones políticas, sobre el modo de la existencia política de un pueblo, como dice SCHMITT, suele ocurrir que la sola objetivación no es suficiente para conseguir efectiva realización. Esto puede en gran parte lograrse mediante la acción integradora de la justicia constitucional.

La jurisdicción constitucional en cuanto parte del ordenamiento fundamental, tiene garantizada sus funciones, de manera que la justicia constitucional está objetivada por la misma Constitución y, en este sentido, como ésta misma, también propenderá a *estar ahí*, es decir, a petrificarse en el conjunto de conexiones normativas, dotadas de sentido, que componen la Constitución. Sin embargo, es, precisamente, mediante su actividad y funciones, sin que esto signifique que sea exclusivamente a través de ellas, cómo la misma Constitución se

1363
(10) B. MIRKINE GUETZEVICH: *Modernas tendencias del derecho constitucional*.

(Trad. Sabino Alvarez Gendín). Reus, Madrid, 1934.

va integrando y se ajusta a las transformaciones sociales. Esto aparece claro en el desarrollo, hasta nuestros días, del derecho constitucional norteamericano. Aunque la Constitución de 1787 se ha mantenido intacta, con unas cuantas enmiendas hasta la fecha, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha podido adaptar su texto a los cambios sociales. Es cierto que también en EE. UU. el Tribunal Supremo propendió, durante el *New Deal*, a convertirse en objetivación rígida, indiferente, a las transformaciones de la estructura social, intentó identificarse con una posición anticuada, expresión del individualismo liberal. Entonces, la postura del Tribunal Supremo tendió a formar un solo cuerpo con el instrumento constitucional en sentido no integrador, ajeno al desarrollo histórico alcanzado, que se manifestó en el *estar ahí*. No es esta la función de la justicia constitucional.

¡Naturalmente, no debe ejercer funciones estrictamente políticas, que corresponden a otros órganos establecidos por la Constitución, pero en la medida que acomoda las normas constitucionales a las nuevas realidades se esfuerza en actuar paralelamente a la marcha progresiva de actualización que realizan aquellos órganos. Sin duda, la interpretación que realiza la jurisdicción constitucional ha de ser vinculatoria en todo lo que se refiere a los aspectos jurídicos, pero el fondo político, la conveniencia u oportunidad de las normas fundamentales y ordinarias, de los actos jurídicos que las desarrollan, escapa a su competencia. Esto no quiere decir que los tribunales constitucionales realicen labor mecánica, sean simplemente *la bouche qui prononce les paroles de la loi*, porque la función de la jurisdicción constitucional, aun dentro de sus límites, es también creadora y no porque realice obra innovadora y generalizadora, propia de la función legislativa, sino porque intenta dinamizar el texto constitucional ajustándolo a la realidad social. En tanto que las otras funciones (legislativa, administrativa, judicial ordinaria) actualizan el derecho constitucional en el grado que les corresponde, es decir, jerárquicamente subordinado, la jurisdicción constitucional opera en el mismo nivel fundamental, de manera que, por esta razón, es cierto que mediante su operación el ordenamiento constitucional autorreflexiona sobre su validez y sobre las consecuencias de esta última.

Con el ánimo de precisar la función integradora de la justicia constitucional, JOSEF WINTRICH (11) centra su fin en la protección de la Constitución. Así, mediante las decisiones del Tribunal constitucional, por un lado se interpreta, desarrolla y protege el orden constitucional, y, por otro, se defienden los fundamentos que sostienen el orden fundamental democrático liberal. Como estas decisiones po-

1344 (11) WINTRICH, *loc. cit.*, págs. 199 y ss.

seen fuerza obligatoria, por eso, puede justificarse la posición de este Tribunal como *guardián de la Constitución*. La defensa de la Constitución la ejercen los Tribunales constitucionales mediante las siguientes funciones concretas:

- 1) Consiguiendo que la conexión de los múltiples actos y manifestaciones de voluntad de los otros órganos del Estado se realice de modo unitario conforme al plan fijado por la Constitución;
- 2) Vigilando que el poder del Estado no rebase los límites fijados por el orden constitucional;
- 3) Realizando la fórmula política y los valores jurídicos contenidos en la Constitución.

De esta manera se realizan los factores de integración que determinan el origen, existencia y desarrollo de la unidad política. En esto estriba la esencia de la justicia constitucional que le distingue de cualquier otra especie de justicia.

En el campo del derecho positivo es interesante subrayar que la acción del Tribunal Supremo de los EE. UU. se ha encaminado, después del conflicto con el Ejecutivo, en los días del *New Deal*, a hacer más efectivos los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, aunque la política de seguridad, consecuencia de la amenaza comunista y de una especial psicosis de temor, ensombreció también la práctica real de la libertad. En este sentido, varios estudios recientes (12) han señalado los peligros y abusos que ha suscitado la exigencia drástica de la lealtad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha desarrollado un importante cuerpo doctrinal que, indudablemente, ha frenado los actos legislativos restrictivos de la libertad (13). Esta doctrina expresa, en términos jurídicos, necesidades sentidas por la opinión pública, de manera que el Tribunal Supremo ha actualizado los preceptos constitucionales garantizadores de la libertad en una situación nueva. Es curioso observar cómo casi en el mismo momento en que el Tribunal Supremo renunciaba a controlar la política económica y social del Congreso comenzaba a actuar en otras amplias zonas. Parecería esto a una consideración maliciosa, una especie de compensación buscada por el Tribunal. Sin embargo, no está justificada la sospecha en la medida que la actitud de los jueces fué ponderada e incluso, en alguna ocasión, como en el caso de los ciudadanos de origen japonés, que fueron internados durante la guerra, dejaron pasar inafectadas las graves medidas adoptadas contra aquellos.

El mismo juez STONE, mantenedor de la doctrina de *self res-*

1345 (12) ALPHEUS THOMAS MASON: *Security through Freedom*. Cornell University Press. Ithaca, New York, 1955.

Liberties, en Supreme Court and Supreme Law ed. by EDMOND CAHN. Indiana University Press/Bloomington, 1954, págs. 118-119.

1346 (13) JOHN P. FRANK: *Review and basic*

traint en los casos de legislación económica y social, mantuvo la llamada doctrina de las *preferred freedoms* (14), la cual, aunque no fué participada por todos los jueces —pues la combatió enérgicamente el juez FRANKFURTER— es significativa por dos razones: *primero*, porque revela la intención de mantener el espíritu liberal, en el campo de los derechos individuales; *segundo* —y esto es más importante— porque indica cómo el Tribunal Supremo, después de su retirada ante el *New Deal*, se esfuerza en centrar su acción, pero sin renunciar a la función importante que ejerce en el sistema constitucional norteamericano. Es interesante comprobar, en todo el desarrollo del derecho constitucional de este país, la facilidad de acomodación —y de reacción— que tiene cada una de sus piezas. La postura adoptada por el Tribunal Supremo es, en este sentido, reveladora; corrobora las posibilidades inéditas que cada órgano de la Federación contiene para manifestarse en cada nueva situación.

La función integradora del Tribunal Supremo de los Estados Unidos aparece significativamente en su reciente condenación de las prácticas discriminatorias por motivos raciales. La Constitución norteamericana contiene prescripciones que garantizan la *equal protection of the laws*: así, por ejemplo, la cláusula garantizadora de la sección 1 de la enmienda 14 (1868) y la enmienda XV, sección 1, que prohíbe, tanto a la Federación como a los Estados miembros, denegar o coartar a los ciudadanos de los Estados Unidos el derecho al sufragio por motivo de raza, color, o previa condición de servidumbre. En virtud de la sección 2 de esta misma enmienda, el Congreso elaboró siete *Federal Civil Rights Acts*, entre las cuales figuran la llamada *Enforcement Act* de 31 de mayo de 1870 que estableció un organismo encargado de hacer cumplir las prescripciones sobre el derecho electoral; la ley de 20 de abril de 1871, llamada ley *Ku Klux Klan*, que sancionaba las prácticas limitadoras del derecho de sufragio de los ciudadanos americanos y la *Civil Rights Act* de 1 de marzo de 1857, que aseguraba a los negros la utilización de los medios de transportes, restaurantes y teatros en iguales condiciones que los blancos. Sin embargo, los Estados del Sur recurrieron a diversas prácticas entorpecedoras, de manera que fué menester la intervención del Tribunal Supremo que progresivamente —con alguna vacilación temporal (15)— sentó firmemente la igualdad de los ciudadanos americanos rechazando la discriminación racial.

El 17 de mayo de 1954, el Tribunal Supremo anunció su decisión sobre la constitucionalidad de la segregación racial en las escuelas

(14) MASON, *ob. cit.*, págs. 125-126.
 (15) Cfr. la detallada exposición que hace de la jurisprudencia del Tribunal sobre esta materia VICTOR C. ROSENBLUM: *Law as a*

Political Instrument. Doubleday & Company Inc. Garden City New York, 1955, págs. 38 y ss.

públicas que en este tiempo regía en 17 Estados y en el distrito de Columbia. Esta decisión afectaba a 8,2 millones de escolares blancos y a 2,53 millones de escolares de color (16). En virtud de ella el juez WARREN declaró, inconstitucional, expresando el criterio unánime del Tribunal, la segregación por violar la cláusula de *equal protection* de la enmienda 14 y rechazó, al mismo tiempo, la práctica *equal and separate* sancionada en la sentencia del caso PLESSY v. FERGUSON. (17) El 31 de mayo de 1955 el Tribunal Supremo corroboró unánimemente en otra sentencia (BROWN and al. v. BOARD OF EDUCATION OF TOPECA and al.) (18), la decisión de 17 de mayo de 1954. El Tribunal consideró anticonstitucionales todas las medidas, federales, estatales y municipales de carácter discriminatorio. Los Tribunales de distrito se encargarán de realizar la plena integración, en las escuelas, de los alumnos blancos y de color. Como, acertadamente, señala LOEWENSTEIN (19), esta decisión representa un paso enteramente nuevo en la medida que transmite a los tribunales federales funciones administrativas en un amplio sector que no corresponde estrictamente al ámbito de la actividad judicial. Ahora bien, la solución es práctica y se generalizó incluso en los Estados del Sur, donde precisamente es más agudo el problema. De esta manera el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha iniciado, vigorosamente, el camino de la igualdad de los ciudadanos norteamericanos sin distinción de raza. Su actuación corresponde al espíritu de una auténtica Constitución democrática y representa una ayuda considerable para la solución de un grave problema, dado el prestigio que el Tribunal tiene en este país. Claro está, que es menester que la acción judicial se vea respaldada por la opinión pública y por los órganos políticos (federales y estatales), sin embargo, es importante la acción integradora realizada en este campo por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en la medida que ha asentado con claridad y firmeza el fin de las medidas segregatorias.

Acaso nadie ha expresado mejor la función integradora —en un ámbito general— del Tribunal Supremo de los EE. UU. que el juez FELIX FRANKFURTER (20). Suyas son las siguientes palabras:

“El Tribunal Supremo es indispensable para el funcionamiento efectivo del gobierno federal. Si no existiera,

7349 (16) Cfr. la consideración que hace sobre esta famosa decisión KARL LOEWENSTEIN: *Staatspolitik und Verfassungsrecht in den Vereinigten Staaten 1933 bis 1954*, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1955, páginas 148 y ss.

(17) 163 U. S. 537, 1896.
 (18) 394 U. S. 294, 1955.
 (19) LOEWENSTEIN, *loc. cit.*, pág. 149.
 (20) FELIX FRANKFURTER: *Law and Politics*. Harcourt, Brace and Company. New York, 1939. págs. 52-53.

deberíamos establecerlo. No conozco otro método pacífico para realizar el ajuste necesario en una sociedad como la nuestra —para mantener el equilibrio entre el Estado y el poder federal, para resolver los eternos conflictos entre la libertad y la autoridad—, sino por medio de un tribunal que cuente con grandes tradiciones, libre de las ansiones y tentaciones de las luchas de partido, separado de los fugaces intereses del momento. Y como el Tribunal Supremo es también el órgano más importante de la prudencia política, debe tener un conocimiento periódico de los asuntos, imaginación para ver las relaciones orgánicas de la sociedad y, sobre todo, humildad para no imponer su propio juicio sobre los esfuerzos conscientes de aquellos que tienen el deber primordial de gobernar..." (21).

4) *El significado del examen de constitucionalidad de las leyes.*—Hemos visto la influencia que ejerce la idea de la limitación del poder en la aparición de la justicia constitucional. También subrayamos la conexión que existe entre la rigidez constitucional y el examen de constitucionalidad de las leyes. Por esta razón, señala MARCELLO CAETANO (22) que cuando la Constitución es rígida es posible organizar procesos jurídicos que tienden a contener los poderes constituídos dentro de los límites trazados por el poder constituyente en cuanto este último es superior a aquellos. Conviene, también, apuntar la relación que media entre el Estado de Derecho y el examen de constitucionalidad de las leyes como ha demostrado la doctrina. (LEGAZ Y LACAMBRA (23), PEREZ SERRANO (24). Esta conexión es clara, puesto que el Estado de Derecho implica la limitación jurídica del poder político, y como el examen de constitucionalidad se deduce de la rigidez constitucional, de esta manera se comprueba su relación con el Estado de Derecho.

El sistema de la rigidez constitucional supone la existencia de un conjunto de normas jurídicas fundamentales que se distinguen formalmente del restante ordenamiento jurídico en la medida que

(21) Acerca de la acción de los tribunales como parte del gobierno en EE. UU. Cfr. ROBERT K. CARR: *The Supreme Court and Judicial Review*. Rinehart & Co Inc. New York, 1942, págs. 21; 291-292. JACK W. PELTASON: *Federal Courts in the political process*. Doubleday & Co Inc. Garden City New York, 1955.

(22) MARCELLO CAETANO: *Ciência política e Direito constitucional*. Coimbra Editora, Limitada. 1955, pág. 292.

(23) LUIS LEGAZ Y LACAMBRA: *El Estado de Derecho en la actualidad*. Madrid, Reus, 1934, págs. 80 y ss.; *El Estado de derecho*, en *Revista de Administración pública*, n.º 6. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1951, págs. 24 y ss.

(24) NICOLAS PEREZ SERRANO: *La noble obra política de un Gran Juez (Juan Marshall)*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1955, págs. 33 y ss.

para reformarlas se exige un procedimiento especial y extraordinario. Por lo tanto, el sistema de rigidez constitucional implica la posición particular, en el ordenamiento jurídico, de las normas fundamentales cuya particularidad dimana del modo de su creación y modificación. A su vez, el control de constitucionalidad de las leyes implica la convicción de que es menester asegurar la permanencia e inalterabilidad de las normas fundamentales protegiéndolas de los posibles ataques de la legislación ordinaria. Ahora bien, esta limitación se explica porque se sostiene la superioridad del poder constituyente —de la Constitución— sobre los poderes constituidos, de manera que todos los actos que dimanen de estos últimos han de concordar con la forma y contenido de la Constitución. Según esto, la inconstitucionalidad puede ser de dos clases: cuando un acto jurídico (ley, decreto, ordenanza, etc.) contiene preceptos que contradicen el contenido constitucional tenemos la *inconstitucionalidad material* (concepto, como subraya CAETANO (25) que ha de distinguirse cuidadosamente del sentido material de Constitución). Si un acto jurídico, una ley, por ejemplo, ha sido elaborada sin ajustarse a los trámites establecidos por la Constitución, o sin adoptar la forma que para cada caso prescribe, tenemos entonces la *inconstitucionalidad formal*. Según CAETANO (26), a ésta puede añadirse el vicio de una ley que proviene de un órgano constitucionalmente incompetente para emanarla. Trátase entonces de la *inconstitucionalidad orgánica*.

Hay que recordar la importancia que tiene el examen de constitucionalidad en los Estados federales. Históricamente esta institución surge en la Unión americana y fué configurada, con férrea lógica, por el juez MARSHALL en su famosa decisión de *MARBU- RY v. MADISON*, aunque existían precedentes claros, como señala OLLERO (27), en la tradición anglosajona. En las Federaciones el control de constitucionalidad es un instrumento que garantiza el mantenimiento del reparto de competencias entre el Estado central y las colectividades miembros; por eso, el examen de constitucionalidad formal y de constitucionalidad orgánica es aquí cuestión primordial.

¿Qué significado tiene, actualmente, el control de constitucionalidad de las leyes?

Hay que tener siempre presente cómo esta institución al realizar los postulados del Estado de Derecho cumple una función esen-

(25) CAETANO, *ob. cit.*, pág. 293.

(26) CAETANO, *ibidem*.

(27) CARLOS OLLERO: *El nuevo Dere- cho constitucional. El control de constitucio-*

alidad de la postguerra en Archivo de Dere- cho público. Universidad de Granada, 1949, págs. 10 y ss.

cialmente delimitadora, aseguradora, protectora, misión que corresponde, perfectamente, al proceso de racionalización y de juridización de la vida política, como ha señalado LEGAZ Y LACAMBRA (28); pero esta misión, aunque parece circunscribirse a la etapa del Estado liberal de Derecho, se ha replanteado nuevamente. Por eso la cuestión debe aclararse en los siguientes términos: ¿Cuál es la función del control de constitucionalidad en el Estado social de Derecho?

Ciertamente, en la primera etapa formalista, se configuró la institución, luego, conforme se va percibiendo la crisis del Estado liberal de Derecho se intenta acomodarla, pero en realidad, como ha advertido el mismo LEGAZ Y LACAMBRA, son intentos desproporcionados porque no concuerdan con la estructura político social del tiempo. Actualmente, asistimos a un replanteamiento de dicha institución de acuerdo con las técnicas jurídicas utilizadas antes de la segunda guerra mundial pero realizadas en una situación distinta. No nos detenemos ahora en el análisis de estas técnicas jurídicas, cosa que ha realizado minuciosamente el profesor OLLERO (29), sino que nos interesa más aquí puntualizar el sentido de la institución en el Estado social de Derecho.

El examen de constitucionalidad de las leyes ha de caracterizarse, actualmente, porque los órganos encargados de declarar su inconstitucionalidad no deben interferir la política económica y social realizada por los otros poderes del Estado, sobre todo por el legislativo. En este sentido, la experiencia constitucional norteamericana de los años treinta es aleccionadora. El problema puede ser agudo cuando existan Constituciones viejas, promulgadas en la época individualista si los jueces se aferran al espíritu originario del texto fundamental, pero esto supondría adoptar una postura anacrónica en la medida que pretende establecer el inmovilismo social en una época caracterizada por cambios incesantes. Otra cosa sucede en los países con instrumentos constitucionales recientes, pródigos en declaraciones y programas sociales. En cierta medida, los posibles inconvenientes pueden obviarse donde se haya establecido una planificación económico-social con bases sólidas que ha trasladado —como he apuntado en otro lugar— las bases de apoyo de la política económica y social de los textos constitucionales a los planes, evidentemente con un sentido más realista. Pero donde esto no ocurre estaremos, probablemente, ante promesas constitucionales y no parece serio fundamentar jurídicamente la inconstitucionalidad de un acto jurídico por su falta de concordancia con una promesa o programa constitucional.

ABSA
 (28) LUIS LEGAZ Y LACAMBRA: *Introducción a la Teoría del Estado Nacional-sindicalista*. Bosch, Barcelona, 1940, págs. 95 y ss.

ABCL
 (29) CARLOS OLLERO: *El Derecho constitucional de la postguerra*. Bosch. Barcelona, 1949, págs. 130 y ss.

Por otro lado, el examen de constitucionalidad ha cobrado nuevos relieves, en el actual derecho constitucional occidental, al acentuar el examen de constitucionalidad de cuestiones materiales, señal de que se remonta, decididamente, el positivismo formalista a consecuencia de las nuevas exigencias del Estado social de Derecho, como veremos a continuación.

El significado del examen de constitucionalidad de las leyes parece ser éste: se ha pasado de la consideración estrictamente formal apoyada en los postulados teóricos de la rigidez constitucional, y de la supremacía de la Constitución, a una estimación del conjunto de valores que inspiran al orden constitucional democrático, a una postura de defensa de estos valores, a la tendencia a realizarlos y, en definitiva, a cumplir una misión integradora del Estado a través de esta institución típica de la justicia constitucional.

5): *Los problemas actuales del examen de constitucionalidad.*— Probablemente las tres cuestiones que mejor expresan la función del examen de constitucionalidad en la situación actual son, a mi juicio, éstas: el problema del control de la constitucionalidad de la reforma de la Constitución; la cuestión de la constitucionalidad de las normas constitucionales y la declaración de inconstitucionalidad de determinados partidos políticos. La vigencia actual de estos problemas obedece a motivos tanto históricos como propios de la función estricta del examen de constitucionalidad.

Entre los motivos de índole histórica tenemos el abandono, en la práctica, del control de constitucionalidad de las leyes, que realizan programas económicos y sociales, en la medida que los órganos encargados de expresar la declaración de inconstitucionalidad procuran no interferirlas, con lo cual demuestran su conciencia de la urgencia y necesidad de tales soluciones y se integran plenamente en la estructura del moderno Estado social de Derecho. Por otra parte, la declaración de inconstitucionalidad de algunos partidos refleja el convencimiento de la superación del agnosticismo, o relativismo liberal, respecto a los movimientos políticos cuyas ideologías y actuaciones chocan con los principios fundamentales —expresa o implícitamente— contenidos en la Constitución. Esto demuestra cómo los órganos encargados de velar por el mantenimiento de la Ley fundamental realizan una misión integradora que no se limita a los aspectos puramente formales o exteriores, sino que entran en el fondo de los asuntos, único modo —a la sazón— de realizar una misión a tono con las necesidades actuales. Sin embargo, la tutela de la estabilidad del derecho básico en los aspectos que se refieren a las garantías formales no se ha descuidado, puesto que la cuestión de la constitucionalidad de la reforma constitucional subraya el interés que tienen los órga-

nos tuteladores de que el derecho constitucional no sea alterado arbitrariamente con lo cual se quiere impedir que se destruyan las bases del Estado de derecho.

1) ¿En qué medida puede declararse inconstitucional una reforma de la Constitución? Esta cuestión plantea la eficacia de los límites, expresos y tácitos, que coartan la revisión constitucional (30) y tiene doble perspectiva: de tipo formal que se refiere a la violación o no cumplimiento en la reforma constitucional, de los requisitos exigidos por el procedimiento establecido en la Constitución para su revisión, y de carácter material que plantea la conexión o armonía de los contenidos de la Ley fundamental con los propios del precepto reformador.

JORGE RAUL POVIÑA (31) razona, acertadamente, la contestación afirmativa a esta cuestión. Han de cumplirse rigurosamente las normas constitucionales que regulan el proceso de creación normativa, esto es, que fijan los procedimientos, y a veces el contenido, de las reformas de la Constitución, de las leyes y de otras regulaciones jurídicas, "pues en caso contrario se produce un dislocamiento entre antecedentes y consecuentes en la dinámica jurídica". Por tanto, puede declararse la inconstitucionalidad por el órgano encargado del control, de la norma creada mediante el procedimiento de reforma de la Constitución, de manera diferente a lo estatuido por ella, y negársele su inclusión en el orden constitucional. Ahora bien, POVIÑA basa sus razonamientos en términos de derecho positivo estricto, de manera que rechaza como motivo suficiente para la declaración de inconstitucionalidad la discrepancia de la norma introducida por la reforma con los principios del derecho natural (32), con lo cual elude una cuestión de plena actualidad como es la recepción de contenidos iusnaturalistas por el derecho constitucional alemán. Por otra parte, POVIÑA solamente reconoce como límites de la reforma constitucional que justifican, en caso de no respetarlos, la declaración de inconstitucionalidad, los de carácter *expreso*. Estas limitaciones son, a juicio del profesor argentino, características del derecho positivo estricto, único para él relevante en este campo, porque sostiene que "la cuestión de constitucionalidad de una reforma por contradicción

(30) Sobre los límites de la Reforma constitucional, Cfr., aunque no toca la cuestión que aquí estudiamos, HANS HAUG: *Die Schranken der Verfassungsrevision*. Schulthess & Co. Zürich, 1947.

(31) JORGE RAUL POVIÑA: *El poder constituyente, los Jueces y la Constitución*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 13. Tucumán, 1956, págs 232 y ss.

(32) "Sin desconocer la existencia de ciertos principios fundamentales que la razón hu-

mana extrae de la ley eterna, comprendemos que es imposible crear causales de inconstitucionalidad no especificados claramente en el Derecho positivo. El Derecho Natural tiene su existencia y valor perfectamente delimitados, pero no puede intervenir activa y directamente en un problema tan positivo como es este de las limitaciones sustanciales a las facultades de revisión de una Constitución escrita" (POVIÑA, *loc. cit.*, pág. 230).

sustancial, sólo es posible suscitar en derecho constitucional positivo cuando la Constitución contiene una expresa prohibición al contenido de la reforma" (33).

Hemos aludido en un trabajo nuestro (34) a la función de los límites implícitos en el campo de la revisión constitucional. La existencia de tales límites ha sido estudiada recientemente por la doctrina (35) de manera que, con arreglo a ésta, parece oportuno sostener la existencia de límites a la revisión constitucional que se deducen del derecho constitucional consuetudinario y de la naturaleza del régimen político, o fórmula política, contenida en la Constitución. La violación de cualquiera de estas limitaciones ofrece, a nuestro juicio, base suficiente para fundamentar la declaración de inconstitucionalidad por el órgano competente.

El problema de la inconstitucionalidad de la reforma constitucional se planteó concretamente en Estados Unidos y en la República Argentina (36). La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos no mantuvo una línea uniforme respecto a la admisión de la inconstitucionalidad de la reforma de la Constitución. Durante el siglo XIX prevaleció, en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, el criterio de que la apreciación de la constitucionalidad de una enmienda constitucional era una cuestión política cuya decisión no correspondía a este órgano supremo de justicia. La jurisprudencia norteamericana afirmaba que una cuestión tenía carácter político en razón de alguno de estos motivos: ausencia de una norma jurídica aplicable al caso; si su decisión afecta al principio de la división de poderes; si su solución corresponde en principio al electorado (37).

En los EE. UU. se distingue según la impugnación de inconstitucionalidad, se refiera a la forma de procedimiento de adopción, *matters of procedure* o al contenido de la misma, *matters of substance*. Cuando comenzó a admitirse la impugnación de inconstitucionalidad de las enmiendas de la Constitución fué a principios del siglo

(33) POVINA, *loc. cit.*, pág. 233.

(34) PABLO LUCAS VERDÚ: *El problema de los cambios de la Constitución*, en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho político*. Universidad de Salamanca. N.º 4 (mayo-junio), 1955, págs. 41-42.

(35) PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA: *Sui limiti della revisione costituzionale*, en *Annali del Seminario Giuridico Università di Catania*. Vol. III (1948-1949) Napoli, 1949, págs. 122 y ss.

(36) Cfr. LESTER BERNHARDT ORFIELD: *The Amending of the federal Constitution*. The University of Michigan Press. Callaghan & Company Chicago, 1942, págs. 7 y siguientes. POVINA, *loc. cit.*, págs. 237

y ss. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA: *Tratado de la Ciencia del derecho constitucional comparado*. Alfa. Buenos Aires. 1953. Tomo II, págs. 143 y ss.

(37) Con razón subraya POVINA: "Pese a motivos tan terminantes, es necesario decir que los criterios seguidos son tan nebulosos y abstractos, que en el fondo debe verse el intento judicial de conservar la necesaria discrecionalidad para mantener la armonía con los demás Poderes del Estado o la regulación de las vinculaciones entre el Estado federal y los Estados particulares o de éstos entre sí, o, finalmente, de los Estados Unidos con los demás países del mundo" (*loc. cit.*, pág. 240).

actual, entonces se abrió camino la consideración de que tales casos son materias judiciales y no políticas como se mantuvo en el siglo pasado. Ahora bien, todos los casos decididos desde principios de siglo KNIGHT v. SHELDON (38) en 1905; ANDERSON v. MYERS (39) en 1910; HAWKE v. SMITH (40) en 1920, etc., se referían al problema que estudiamos desde el punto de vista del procedimiento observado en la adopción de la enmienda (*matters of procedure*). Fué en 1920 cuando el Tribunal Supremo decidió en los *National prohibition cases* (41) que no existía defecto sustancial en la Enmienda XVIII, aunque años más tarde la línea mantenida por el Tribunal Supremo fué más bien vacilante.

Parte de la doctrina norteamericana ha sostenido la posibilidad de que el poder judicial declarase la inconstitucionalidad de una enmienda a la Constitución cuyo contenido contradice sus principios fundamentales. A este tenor subraya LEGON (42) que "juega no deleznable papel en la elaboración de esa doctrina la idea persistente, de noble alcurnia filosófica, de un derecho superior intangible, que se impone al autor mismo de la Constitución, o sea el derecho natural". De esta manera la cuestión de la constitucionalidad de las reformas de la Constitución nos lleva al problema relacionado si existen normas constitucionales inconstitucionales.

2) ¿Pueden darse, realmente, normas constitucionales que, sin embargo, sean inconstitucionales? El problema no tiene sentido en términos de estricto derecho positivo, puesto que con arreglo a la inmanencia jurídica una norma constitucional no puede ser, a la vez, inconstitucional y viceversa. Desde la perspectiva del positivismo jurídico no puede comprenderse la posibilidad de la inconstitucionalidad de las normas constitucionales, puesto que las normas o son constitucionales o no lo son, y si son lo primero, parece absurdo plantearse la posibilidad de su inconstitucionalidad. Entiéndase bien que la cuestión de las normas constitucionales afectadas de vicio de inconstitucionalidad no inaugura una nueva especie de normas que se denominarían constitucionales-inconstitucionales, puesto que son constitucionales o no lo son: *tertium non datur* y esto no sólo en términos de derecho positivo, sino también desde la perspectiva superior estimativa —derecho natural— que contempla la posibilidad de que alguna norma constitucional pueda ser inconstitucional, ya que si se realiza este supuesto entonces una vez comprobada, y declarada, la inconstitucionalidad, esa norma deja de ser constitucional. Estare-

(38) C. C. ARK, 1905; 134, 423.

(39) C. C. Md. 1910; 182. 223.

(40) 253 U. S. 221 (1920).

(41) 253 C. S. 350.

(42) FAUSTINO J. LEGON: *Reorganización del sistema constitucional del Brasil*. Buenos Aires, 1935, pág. 105 (cit. por LINARES QUINTANA, *ob. cit.*, pág. 155).

mos ante un caso de antiusnaturalidad (*naturrechtswidrigkeit*) de la norma constitucional, de manera que la norma fundamental que choca con los principios del derecho natural deja de ser constitucional no en virtud de su discrepancia con preceptos positivos, porque parece difícil declarar —en términos de derecho positivo— la invalidez de una norma constitucional por un órgano constitucional, supuesto que desgarraría la necesaria unidad y coherencia del ordenamiento jurídico positivo planteando la revolución, sino que sólo cabe declarar su inconstitucionalidad, sólo es posible impugnar la constitucionalidad de una norma constitucional, si admitimos un ordenamiento superior al positivo, el derecho natural, recibido o no, por aquél. En resumen: la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales depende de un juicio estimativo que examina la concordancia, o no concordancia, de las normas fundamentales con los principios del derecho natural. Si no existe tal concordancia entonces la norma constitucional es inconstitucional, es decir, no es propiamente hablando constitucional, puesto que carece de las razones morales que legitiman su validez y corresponderá al órgano constitucional competente, declarar su invalidez conforme a los procedimientos establecidos. En el caso de que el ordenamiento jurídico positivo no reconozca su subordinación al derecho natural, plantéase un problema que tiene sólo sentido en el plano superior estimativo, pero a nadie se le oculta la gravedad de la situación, para los súbditos que reconocen y acatan la existencia del derecho natural, si comprueban la insolidaridad de su Constitución con aquellos principios superiores, pues entonces se considerarán desligados de su fidelidad a la Ley fundamental aunque no haya órgano que pueda, con arreglo al derecho positivo, declarar la inconstitucionalidad de tales normas.

Conviene insistir en las raíces iusnaturalistas del examen de constitucionalidad de las leyes. Efectivamente, es una cuestión que aparece implícita en las primeras manifestaciones sistemáticas del pensamiento iusnaturalista. Así, en la filosofía de la ley de SANTO TOMAS DE AQUINO, encuentra EVERS (43) bases suficientes que fundamenten desde un punto de vista estimativo, el examen de constitucionalidad de las leyes.

La filosofía de la ley del Doctor angélico está articulada de manera que sobre las leyes humanas aparecen la ley divina, mediante la cual se propone al hombre el fin eterno que se manifiesta por medio de la Revelación (44), la ley eterna, expresión inmediata de la razón

1376
(43) HANS - ULRICH EVERS: *Der Richter und das unsittliche Gesetz*. Walter de Gruyter & Co. Berlin, 1956, págs. 40-41.

1377
(44) *Summa Theologica*, II. I q. 91 art. 5 q. 57 2 ad 3.

divina que sólo pueden conocer Dios y los santos: "*Legem aeternam nullus potest cognoscere, secundum quod in se ipsa est, nisi solus Deus et beati, qui Deum per essentiam vident*" (45) y la ley natural que es, "*participatio legis aeternae in rationali creatura*" (46). Las leyes humanas que contradicen a la ley divina, o a la ley natural, no deben observarse: "*Alio modo leges possunt esse injustae per contrarietatem ad bonum divinum, et tales leges nullo modo licet observare*" (47) y, por último: "*Et ideo si scriptura legis continent aliquid contra jus naturale injusta est, nec habet vim obligandi. Et ideo nec tales scripturae leges dicuntur, sed potius legis corruptiones... Et ideo secundum eas non est judicandum*" (48).

Por lo tanto, conforme al pensamiento de SANTO TOMAS, podríamos decir que una ley constitucional que contradice a la ley divina, o a la ley natural, *non habet vim obligandi* y *secundum ea non est judicandum*. Desde la perspectiva iusnaturalista de SANTO TOMAS cabe declarar la inconstitucionalidad de las normas fundamentales que chocan con principios de la ley divina, de la ley eterna o de la ley natural, porque la fuerza obligatoria de las normas constitucionales descansa, en último extremo, en aquéllas y en su virtud se legitiman. Hay que subrayar que la base teórica del examen de inconstitucionalidad de las leyes radica en la admisión de normas fundamentales superiores a las prescripciones ordinarias, pero si se rechaza el dogma positivista que considera al ordenamiento jurídico completo, cerrado a cualquier apertura superior, y admitimos que éste no es completo, no puede encontrar en la immanencia solución a todo y se abre a estimaciones y fundamentaciones superiores, las del derecho natural, entonces se comprende que toda norma constitucional que contradiga un precepto superior del derecho natural es inválida y los órganos encargados deben declarar su inconstitucionalidad en la medida que no concuerda con las bases iusnaturalistas que animan al instrumento constitucional.

El planteamiento efectivo de la impugnación de normas constitucionales por contradecir principios de derecho natural se ha dado en Alemania a raíz de la segunda postguerra mundial produciendo el resurgimiento del iusnaturalismo (49), tanto en la doctrina como en la práctica, lo cual se percibe en la jurisprudencia de los tribunales alemanes.

En la ley fundamental de Bonn se ha operado una recepción de contenidos iusnaturalistas. Esto suscita la cuestión de la posibilidad

(45) *Ibidem* II. I q. 93, art. 2.

(46) *Ibidem* II. I q. 91, art. 2 y 4.

(47) *Ibidem* I. II q. 95, art. 4.

(48) *Ibidem* II. II q. 60, art. 5 ad 1.

(49) PABLO LUCAS VERDU: *Estado li-*

beral de derecho y Estado social de derecho. Universidad de Salamanca, 1955, págs. 70 y ss., y *El horizonte iusnaturalista del derecho constitucional occidental*, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 94 (julio-agosto). Madrid, 1957.

de normas contenidas en la misma Ley fundamental que no concuerden con los principios positivos que han recibido tales postulados superiores. La posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales es, por tanto, innegable en el sentido anteriormente propuesto. Por eso, la doctrina alemana ha estudiado este interesante problema examinando sus diversos aspectos. Así, OTTO BACHOF (50), considera los dos casos en que pueden darse normas constitucionales inconstitucionales: 1) ruptura de la Constitución escrita; 2) ruptura del derecho constitucional no escrito. Dentro del primer supuesto figuran, según el autor alemán, los siguientes casos: a) inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales; b) inconstitucionalidad de leyes reformadoras de la Constitución, supuesto al que aludimos anteriormente; c) inconstitucionalidad de normas constitucionales que contradicen a normas constitucionales de rango superior; d) inconstitucionalidad por no haberse producido la derogación de una norma constitucional de modo expreso; como se ve, este supuesto reafirma desde bases estimativas la necesidad de la seguridad jurídica; e) inconstitucionalidad por contradecir normas de derecho natural que han sido recibidas por la Constitución. En este punto la impugnación de inconstitucionalidad es en el fondo una impugnación de antiusnaturalidad de la norma constitucional (51).

Entre los casos de quebrantamiento del derecho constitucional no escrito (concebido en sentido genérico) caben —según BACHOF— los siguientes: a) inconstitucionalidad por contradecir los principios esenciales no escritos que establecen el sentido de la Constitución (*Verfassungssinn*) (52); b) inconstitucionalidad por violación del derecho constitucional consuetudinario; c) inconstitucionalidad por quebrantar el derecho natural que no ha sido recibido expresamente por la Constitución. Conviene indicar, respecto a este último supuesto, que el autor alemán subraya que los preceptos del derecho natural contenidos en la Ley fundamental solamente expresan una parte de aquél. La positivación del derecho natural realizada por la ley fundamental de Bonn, no implica que se haya agotado el contenido de aquél en los preceptos correspondientes del texto constitucional.

Indudablemente, BACHOF ha trazado un cuadro completo de la problemática en torno a la inconstitucionalidad de las normas constitucionales, ha contribuido a confirmar la superación del formalismo positivista en la medida que su investigación subraya los aspectos materiales del derecho constitucional, sobre todo en su conexión con

(50) OTTO BACHOF: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1951.

(51) BACHOF, *ob. cit.*, pág. 42.

(52) BACHOF, *ob. cit.*, pág. 43.

el control de constitucionalidad. Por eso sostiene, acertadamente, que el concepto material de Constitución implica la consideración del derecho natural (*der materielle Verfassungsbegriff eine Berücksichtigung der übergesetzlichen Rechts erfordert*) (53).

Otro autor alemán, GOTTFRIED DIETZE (54), ha estudiado, recientemente, el problema de la inconstitucionalidad de las normas constitucionales, refiriéndose a la jurisprudencia de los tribunales alemanes. El autor demuestra cómo en el período que media entre 1948 y 1951, los tribunales alemanes han llegado gradualmente a aceptar la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales cuya admisión se justifica por el reconocimiento del derecho natural.

El 1 de noviembre de 1950 el Tribunal administrativo de Würtemberg-Baden admitió, con ciertas cautelas, que la Constitución puede contener un derecho superior. Una norma constitucional puede chocar con el derecho suprapositivo que ha sido, en cierta medida, transformado en derecho positivo por el constituyente mediante el reconocimiento de derechos inalienables y, por consiguiente, aquél es parte del orden constitucional. El Tribunal se planteó la cuestión si en caso de conflicto con el derecho natural positivado podía considerarse inconstitucional a una norma constitucional. Aunque rehusó dar una respuesta concreta a este problema, sin embargo, lo dejó planteado contrastando con la actitud que mantuvo un año antes cuando rechazó totalmente la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales.

Decisiones semejantes adoptaron los Tribunales de Hesse (Tribunal de Estado) y de Lüneburg (Tribunal Superior administrativo) (55). Fué el Tribunal constitucional de Baviera quien adoptó una postura más clara en esta cuestión. Al principio actuó con ciertas reservas como los anteriores tribunales citados. En 1948 afirmó que "los derechos elementales existen y han de respetarse antes de que sean recibidos por el derecho positivo". En 1949, aplicó este principio al examinar la concordancia de ciertas prescripciones de la Constitución bávara con otras de sus normas. El caso planteado se refería a la constitucionalidad del artículo 57, párrafo 3 y al artículo 58, párrafo 1 de la ley n.º 45 (ley electoral) de 3 de octubre de 1946, que determinaba la exclusión de la legislatura bávara de los candidatos de un partido que obtuviesen menos del diez por ciento del voto total. El recurrente mantuvo que esta determinación era incompatible con los derechos fundamentales de la Constitución de Baviera y

(53) BACHOF, *ob. cit.*, pág. 34.

(54) GOTTFRIED DIETZE: *Unconstitutional constitutional norms? Constitutional development in postwar Germany*, en Virginia

Law Review. Vol. 42, enero, 1956. N.º 1. Cfr. también del mismo autor: *Judicial Review in Europe*, cit. en nota 2, pág. 562.

(55) DIETZE, *loc. cit.*, págs. 13 y 14.

con el artículo 118 de la misma que establece el principio de igualdad. La parte contraria sostuvo que tales preceptos no podían ser inconstitucionales porque reflejaban solamente la voluntad del constituyente, el cual en el artículo 14, párrafo 4 de la Constitución fijó la cláusula del diez por ciento. Una vez afirmado por el Tribunal que el principio de igualdad, tal como lo expresa el artículo 118, párrafo 1 de la Constitución de Baviera, vincula al legislador, determinó:

“El constituyente bávaro consideró los derechos básicos como derechos que existen antes que el derecho positivo y pueden, en cuanto derechos naturales, ser invocados por todos los hombres; son derechos que constituyen un límite y forman una barrera infranqueable para el poder del Estado... La primera frase del artículo 118, párrafo 1, reconoce... el principio de igualdad como derecho fundamental válido para todos los hombres... Síguese del carácter suprapositivo de la norma de igualdad, reconocida por el constituyente, que el artículo 14, párrafo 4 de la Constitución bávara no puede impedir el examen de la cuestión si la cláusula del diez por ciento es compatible con la provisión de la igualdad del artículo 118”.

Una vez admitido que era posible la inconstitucionalidad del artículo 14, párrafo 4, el Tribunal expuso las razones según las cuales en el caso ventilado la cláusula del diez por ciento no violaba el principio de igualdad.

En 1950, el mismo Tribunal examinó otro caso que versaba sobre la constitucionalidad del artículo 184 de la Constitución bávara que estatuye: “la validez de las leyes que han sido promulgadas contra el nacionalsocialismo y el militarismo o que intentan eliminar sus consecuencias, no queda afectada o restringida por esta Constitución”. Como tales leyes hacían discriminaciones contra ciertas personas, se recurrió diciendo que aquel precepto era inconstitucional porque no concordaba con los principios generales de la Constitución y los derechos fundamentales contenidos en ella. El Tribunal admitió la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales con los siguientes argumentos:

“El hecho de que una norma constitucional forme parte de la Constitución no implica necesariamente que por definición sea imposible una norma constitucional nula. Hay principios constitucionales fundamentales que son de naturaleza tan elemental y expresión de un derecho que precede a la Constitución, que el mismo constituyente está vinculado a ellos. Otras normas constitucionales que no

poseen este rango, pueden ser nulas porque no concuerdan con aquellos”.

“...si el artículo 184 significa que el legislador está permanente y absolutamente libre de las obligaciones que le han sido impuestas por la Constitución y la justicia; si dispuso que los individuos afectados podrían colocárseles permanentemente fuera del límite de la Constitución y del derecho, aquel artículo sería nulo porque choca con la misma idea de la justicia, con el principio del *Rechtsstaat*, con la norma de igualdad y los derechos fundamentales, que son reflejo inmediato de la persona humana”.

Estas afirmaciones fueron corroboradas por el mismo Tribunal en su decisión de 14 de marzo de 1951 (56). También el Tribunal constitucional federal (*Bundesverfassungsgerichts*) adoptó una postura semejante en su decisión de 18 de diciembre de 1953.

El caso se refería a la igualdad de sexos. Esta igualdad se fijó en el artículo 3, párrafo 2 de la Ley fundamental de Bonn (“Todos los hombres y mujeres tendrán iguales derechos”). Sin embargo, el artículo 117, párrafo 1, establece que “las leyes que no concuerden con el artículo 3, párrafo 2, permanecerán en vigor hasta que se ajusten a este precepto de la Ley fundamental, pero no más allá del 31 marzo 1953.” Ahora bien, pasada esa fecha, no se había todavía promulgado ley alguna que ajustase el derecho anterior a lo preceptuado por el artículo 3. Por lo tanto, se alegó que la cláusula “no más allá del 31 marzo 1953” del artículo 117 debía considerarse inválida. El Tribunal rechazó esta tesis y consideró válido el artículo 117, pero, sin embargo, admitió, en sus razonamientos, la posibilidad de normas constitucionales inválidas: “la posibilidad teórica de normas constitucionales inconstitucionales —decía el *Bundesverfassungsgericht*— llega a ser casi una imposibilidad práctica.” Ahora bien, como subraya agudamente el profesor DIETZE (57), “una posibilidad teórica es base suficiente para un veredicto judicial. Y así como los tribunales alemanes han progresado gra-

(56) “en su decisión del 10 de junio de 1950, el Tribunal sólo expresó su convicción que también el constituyente está obligado por lo que es justo, lo cual significa que tiene que observar los valores éticos y morales de la dignidad humana, de la justicia y de la libertad. Todo poder del Estado y, por lo tanto, también el poder constituyente está limitado por la idea del derecho desde el principio. Sólo si se infiere —como hace el positivismo jurídico extremo— de la premisa que dice que el constituyente es el único creador del derecho en el sentido de un

orden coactivo, que puede tener un contenido cualquiera, se puede reprochar al Tribunal constitucional por usurpar el poder constituyente, su decisión de 10 de junio de 1950.”

(57) DIETZE, *loc. cit.*, pág. 20. Cfr., además, JULIUS FEDERER: *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, en Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, ed. por G. Leibholz. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1954, págs. 22-23.

dualmente de la negación de la posibilidad de normas constitucionales inválidas al reconocimiento de esa posibilidad, pueden lentamente convertir la posibilidad teórica en realidad y declarar inválida una norma constitucional.”

La posibilidad teórica de normas fundamentales inválidas ensancha el ámbito del examen de inconstitucionalidad en la medida que los órganos encargados de dicho examen no sólo contrastan la concordancia de las leyes ordinarias con los preceptos constitucionales, sino que también controlan la constitucionalidad de los mismos preceptos fundamentales. ¿Cómo es posible que un órgano establecido por la Constitución examine los preceptos de la misma? Sólo si partimos de que hay preceptos en la Constitución que expresan principios suprapositivos, reflejos del derecho natural, cabe la posibilidad de que aquel órgano pueda ejercer tal función, de lo contrario realizaría un verdadero golpe de Estado. En este sentido, cuando JOHN MARSHALL, en el famoso caso de *MARBURY v. MADISON* (58) afirmaba, con límpido razonamiento, que si admitimos la supremacía de la Constitución, entonces cualquier ley contraria a la misma no es tal y llegaba gradualmente a mantener el derecho de los Tribunales de declarar la inconstitucionalidad de las leyes que contradicen la Constitución, también operaba un golpe de Estado, pero sólo en la medida que atribuía a los tribunales funciones que expresamente no estaban registradas en el instrumento constitucional; pero no actuaba ilegalmente si tenemos presente que tales atribuciones se deducían mediante una construcción extensiva de la misma ley suprema. MARSHALL ensanchó las facultades del Tribunal Supremo y le dignificó convirtiéndole en guardián de la Constitución.

Si admitimos que los preceptos constitucionales que expresan contenidos iusnaturalistas son superiores a las meras disposiciones de derecho positivo, en caso de conflicto entre ellas deben prevalecer los primeros, porque el derecho natural es suprapositivo y vincula al segundo; pero si esto es así, entonces existe la posibilidad práctica de normas constitucionales inválidas cuya declaración de invalidez corresponde a los órganos fijados para este menester por la Constitución. El mismo poder constituyente está limitado por el derecho natural; cuando un Tribunal invalida una norma constitucional que contradice el derecho natural, está actuando conforme al derecho suprapositivo y a tenor de la superioridad de rango que poseen los preceptos constitucionales que reflejan el derecho natural. Sólo una visión positivista estrecha puede considerar como golpe de Estado una actuación que se conforma a valores de justicia y

(58) 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

que por esto mismo dignifica la función de los Tribunales constitucionales cuya misión consiste, precisamente, en realizar la justicia en el ámbito constitucional, fundamento de la convivencia política (59).

La función del Tribunal constitucional como guardián de la Constitución se cumple, clara y eficazmente, también, en la acción desarrollada por el Tribunal constitucional federal de Alemania occidental cuando, con sus decisiones de 23 de octubre de 1952 y 17 de agosto de 1956, declaró anticonstitucionales y disolvió, en cada una de esas fechas, el Partido socialista del Reich (*Sozialistischen Reichspartei*) y el Partido comunista alemán (*Kommunistischen Partei Deutschlands*) (60).

Estas dos decisiones son significativas —dejando a un lado su alcance político— porque por primera vez en el derecho constitucional europeo se declara anticonstitucional, y se disuelven, dos partidos políticos cuyas respectivas concepciones políticas repugnan a los principios recogidos en la Ley fundamental de Bonn (artículos 21; 9, párrafo 2; 18).

La Constitución italiana contiene una disposición transitoria, la XII, que prohíbe la reorganización, bajo cualquier forma, del disuelto partido fascista, pero esta disposición ha quedado prácticamente en letra muerta si se considera la existencia y actividad del *Movimento Sociale Italiano*, que cuenta con representantes en la Cámara de diputados y en el Senado. De otro lado, aunque el artículo 49 señala como condición para el establecimiento de los partidos políticos, “*concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale*”, esta afirmación no ofrece base suficiente para el control de la vida interna de los partidos, como se deduce de la relación del diputado MERLIN (61) a la Asamblea Constituyente: “*La Commissione non ha voluto eccedere in questo riconoscimento,*

1342
 (59) Mantiene una posición contraria EVERS, *ob. cit.*, pág. 123. Según EVERS, como el poder judicial es una parte del poder del Estado y cada juez solamente representa una porción del poder judicial, siguese que ha de insertarse en el todo. En cuanto miembro particular del poder judicial no puede atribuírse funciones que corresponden al conjunto de órganos que integran el poder legislativo. Es función del legislador anular, en lo posible, las leyes inmorales. El asume la responsabilidad cuando emana una norma inmoral. Si se confía al juez la responsabilidad del contenido de una norma, entonces asume la última y superior responsabilidad y funciones que no puede cumplir. La justicia tiene su ámbito de actuación no sobre los poderes políticos, sino junto a ellos.

1343
 (60) Cfr. *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober, 1952 betreffend Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Sozialistischen Reichspartei. Herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts.* J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1952 y *Das Verbot der KPD. Urteil des Bundesverfassungsgerichts erster Serrat vom 17 August 1956.* Herausgegeben von Dr. GERD PFEIFFER und HANS-GEORG STRICKERT. Verlag C. F. Müller Karlsruhe, 1956.

(61) Cfr. VINCENZO CARULLO: *La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori.* Vol. I, U. P. E. B. del dott. Cesare Zuffi, Bologna, 1948, pág. 175.

1344

non ha voluto andare al di là di quelle che possono essere per il momento le concessione di fare, non ha voluto cioè entrare a controllare la vita interna dei partiti...". Por consiguiente, ha sido el constituyente alemán, probablemente recordando la experiencia weimariana, quien ha abierto el camino a la defensa de la Ley fundamental con arreglo a los procedimientos que permite la moderna justicia constitucional (62). Esto demuestra cómo la moderna democracia occidental ha superado la concepción agnóstica, o relativista, que siguió a la primera guerra europea. La democracia actual no tolera la llamada "libertad hasta el suicidio"; está dispuesta a mantener, con firmeza, sus postulados, los cuales posibilitan el desarrollo de la persona humana y la cooperación en la formación de la voluntad política de los distintos partidos políticos. Dentro del cuadro establecido por la Ley fundamental es posible la discrepancia, pero si ésta pretendiese rebasar tales límites, el mismo orden constitucional se protege mediante la movilización de la justicia constitucional.

Queda, pues, patente que la actividad judicial en el orden constitucional, es uno de los temas básicos desde los cuales se puede, no sólo apreciar el proceso de cambio del Estado tradicional, sino la experiencia que demuestra cómo se van creando los medios técnicos por el propio Estado para conseguir su transformación en *Estado social de Derecho*.

7346
(62) Cfr. Friedrich August Freiherr von der HEYDTE: *Freiheit der Parteien Voraussetzungen der Verfassungsmässigkeit*, en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Pra-*

xis der Grundrechte Herausgegeben von Franz, L. NEUMANN; HANS CARL NIPPERDEY, ULRICH SCHEUNER. Duncker & Humblot Berlin, 1954, págs. 486 y ss.