

TRANSFORMACIONES DE LA CONSTITUCIÓN EN EL SIGLO XX

Por JOSÉ ACOSTA SÁNCHEZ

SUMARIO:

I. TESIS.—II. LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ORIGINARIO. O CONSTITUCIÓN DE LOS EE.UU.: 1. *Conclusión puntual*.—III. LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL POR LAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES EUROPEAS.—IV. PRODUCCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL POR EL TRIBUNAL FEDERAL SUIZO.—V. LA JURISPRUDENCIA SUPREMA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN AUSTRIA: 1. *Estadio no creativo del Tribunal Constitucional austríaco*. 2. *Apertura del Tribunal Constitucional austríaco a la creación de Derecho Constitucional*.—VI. PRODUCCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN.—VII. ACTIVIDAD CREADORA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO: 1. *Acción creadora del Tribunal Constitucional italiano en el plano constitucional*.—VIII. PRODUCCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL POR EL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS: 1. *La creación del «bloc de constitutionalité»*. 2. *Potenciación del Consejo Constitucional desde 1971*. 3. *Aumento continuo de la Constitución*. 4. *Variedad de normas de referencia no escritas empleadas por el Consejo Constitucional*. 5. *La fuerza del contexto*. 6. *Deducciones comparativas y consecuencia última*.—IX. SINGULARIDAD DEL «BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD» ESPAÑOL EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL MATERIAL.—X. CONCLUSIONES.

I. TESIS

Si se analizan en conjunto los efectos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la Constitución de los EE.UU. y los de las jurisdicciones constitucionales en las constituciones nacionales europeas, se constata una honda transformación del Derecho Constitucional en nuestro siglo, acentuada en Europa por el Derecho de la Unión y la jurisprudencia supranacional de los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo.

Mi tesis es que se trata de una mutación de importancia semejante a la que tuvieron en la historia la aparición del Derecho escrito, el Derecho positivo y el Derecho constitucional mismo, y consiste en la creciente presencia de un Derecho Constitucional jurisprudencial y el decreciente papel del Derecho Constitucional

formal. El primero es material, por su modo de creación, ajena a las formas prescritas por la Constitución, pero nace del Derecho Constitucional formal, es su prolongación lógica.

Por tanto, no estamos ante una variante más de la «Constitución material» desplegada desde Jellinek a Giannini, pasando, fundamentalmente, por Kelsen, C. Schmitt, H. Heller, M. Hauriou, Gual y Mortati. Aquella fue una creación doctrinal, mientras que el Derecho Constitucional material del que hablamos es una creación de la realidad, fenómeno empírico, no pensado, parte de lo que Spadaro llama «Constitución real» (1) y de lo que los norteamericanos llaman «Constitución viviente». Además, y por paradoja, la «Constitución material» era «ideal» (2), y el Derecho Constitucional material que nos ocupa no puede ser más práctico. Como tercera diferencia, la idea de «Constitución material» se sitúa esencialmente en el terreno de la legitimidad política (3), mientras que el Derecho Constitucional material de hoy no sólo es ajeno a la preocupación por la legitimidad, sino que pone en cuestión la propia, en cuanto dissociada de la de su fuente. El motor del nuevo fenómeno no está en el pensamiento jurídico ni político, sino en las demandas de las complejas sociedades actuales, en el desarrollo de los derechos humanos y de los principios y valores, o sea, en la propia lógica interna del Estado constitucional actual, y más allá del positivismo. Por último, y de nuevo acudimos a la clarificación de Spadaro, «la Costituzione materiale è solo una parte —la più importante— della Costituzione formale, non un “altra” Costituzione» (4). Quiere ser una «superconstitución», esencia o «nucleo duro» de la Constitución positiva (así, la *Grundnorm* kelseniana, la «decisión política fundamental» schmittiana, la «constitución social» de Hauriou, encarnada en la gran Declaración de 1789, o la «superlegalità costituzionale» de Mortati), mientras que el Derecho Constitucional jurisprudencial está fuera de la Constitución formal vigente, es prolongación material de ella.

El fenómeno de un Derecho Constitucional material de origen jurisprudencial conecta con el problema planteado por el profesor Rubio Llorente acerca de la necesidad de «establecer un concepto material de “Constitución”... al que podamos recurrir para operar en la práctica», en particular, a la vista de lo ocurrido en España en el campo «de la distribución territorial de los poderes» (5).

(1) ANTONINO SPADARO: *Contributo per una teoria della Costituzione*, Giuffrè, Milán, 1994, pág. 34.

(2) *Ver idem*, pág. 33.

(3) *Idem*, pág. 32.

(4) *Idem*, pág. 28.

(5) LOUIS FAVOREU y FRANCISCO RUBIO LLORENTE: *El bloque de la constitucionalidad*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, págs. 190 a 192.

II. LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ORIGINARIO, O CONSTITUCIÓN DE LOS EE. UU.

El desarrollo del Derecho Constitucional de los Estados Unidos ha estado determinado por tres factores: *a)* la atrofia del *amending power*, regulado en el artículo 5 de la Constitución, cuya rigidez y premeditadas dificultades sólo han permitido 15 enmiendas en los últimos 130 años (algunas tan obvias como la abolición de la esclavitud y el derecho al voto de las personas de color y otras tan irrelevantes como las del consumo de alcohol); *b)* el dinamismo constitucional de los Estados miembros de la Unión, que ha suplido al artritismo de la Constitución federal y servido de amortiguador a las demandas y conflictos nacionales (6); y *c)* el papel crucial del Tribunal Supremo como productor incesante del Constitución material durante sus largos ciclos de activismo, en especial durante los dos últimos, bajo Warren (1953-1969) y Burger (1969-1986).

Ese tercer fenómeno ha provocado una metamorfosis del Derecho Constitucional estadounidense, formulada en 1988 en una obra de tan significativo título como *Haw the Constitution disappeared*, en los siguientes términos: «Desde los días de la sentencia *Brown v. Oficina de Educación de Topeka*, en 1954... el Tribunal Supremo se ha convertido en nuestra más importante institución. *El Derecho Constitucional es, prácticamente, el producto del ejercicio del poder de revisión judicial de las leyes.* Existe una opinión compartida por miembros del Tribunal Supremo y numerosos estudiosos sobre la *esencial irrelevancia de la Constitución para el Derecho Constitucional.* Es extraordinariamente difícil, de hecho imposible, justificar las controvertidas decisiones del Tribunal Supremo como resultados de una interpretación constitucional, recibiendo siempre el producto de ellas, sin embargo, el nombre de *constitutional law*, derivándose de todo ello la paradoja de... *un Derecho Constitucional sin Constitución*» (7). «Por sorprendente que pueda parecer en una era científica y secularizada como la nuestra —dice el mismo autor en otra obra—, *el poder de nuestros jueces descansa enteramente en un mito... consistente en creer que con sus extraordinarias decisiones no hacen otra cosa que ejecutar la Constitución... y que no crean nada, que sólo aplican el Derecho y están limitados por él, por reglas preestablecidas, puestas y legitimadas por la Constitución...* Con mucho, lo más importante a entender respecto al Derecho Constitucional es que no tiene nada que ver con la Constitución. En casi cada *constitutional case* atendido actualmente por el Tribunal Supremo, la Constitución es simplemente irrelevante para la decisión adoptada, excepto a la hora de proporcionar las habituales frases de *due*

(6) Cfr. PATRICK JUILLARD: «Le mythe de la stabilité constitutionnelle aux Etats-Unis», en *Pouvoirs*, núm. 29, 1984, págs. 17-18.

(7) LINO A. GRAGLIA: «Haw the Constitution disappeared», en STEVEN ANZOVIN, ed., *The U.S. Constitution and the Supreme Court*, H. W. Wilson, Nueva York, 1988, págs. 181, 182 y 184. Cursivas nuestras, J. A.

process o *equal protection*... Se puede demostrar fácilmente que la Constitución no es la fuente de las sentencias» (8).

Una opinión anterior a esa reconocía que si «la Constitución sobrevive en un mundo en continuo cambio es porque se desarrolla en un proceso en que *el poder judicial juega un extenso, si es que no exclusivo papel*» (9). Ese tipo de desarrollo ha transformado tanto, y en medio de tan graves contradicciones, al Derecho Constitucional norteamericano, que se suscitan propuestas incluso para sustituir la revisión judicial de las leyes por «una revisión provisional (*provisional review* en vez de *judicial review*), en aras de la democracia representativa» (10).

La reacción contra el activismo progresista del Tribunal Supremo llevó a la presidencia de éste a un juez conservador en 1986 (11) y a un movimiento que adopta la forma de *revival* de la teoría de la interpretación llamada *originalismo* (*original understanding*, o *framers intent*), opuesta al *liberalismo* y al discurso crítico dominante en los años sesenta y setenta (12). Su objetivo fundamental es reducir la acción del Tribunal Supremo en beneficio del Ejecutivo, argumentando «un escrupuloso respeto al derecho de las mayorías a gobernar, sólo a partir del cual es legítima la protección de los derechos individuales» (13). La *judicial restraint* que se reclama implica, «en lo esencial, *que un juez, no importa en qué tribunal se siente, nunca pueda crear nuevos derechos constitucionales*» (14). A la vez, el *originalismo* intenta reconstruir la obra de los *founding fathers*, con la pretensión de reconciliar la *judicial review* con el ideal democrático (15), y a través de su figura central, Robert Bork (16), integra la doctrina de Herbert Wechsler (1959) sobre «los *neutral principles* del Derecho Constitucional» (17), ya criticada tras su publicación (18).

(8) LINO A. GRAGLIA: «In Defence of Judicial Restraint», en S. C. HALPERN y CH. M. LAMB, eds. *Supreme Court Activism and Restraint*, Heath and Co., Massach., Toronto, 1982, págs. 137 y ss. (Cursivas nuestras, J. A.)

(9) W. MENDELSON: *The Supreme Court, Law and Discretion*, Bobbs Merrill, Nueva York, 1967, pág. 3.

(10) PAUL R. DUMOND: *The Supreme Court and Judicial Choice. The Role of Provisional Review in a Democracy*. Ann Arbor, University of Michigan Press, 1989, pág. 153.

(11) Sobre «la deriva conservadora del Tribunal Supremo», O. FRAYSSE: «L'evolution de la Court Supreme. Le grands arrêts de la Cour Rehnquist», *La Documentation française, Problèmes politiques*, núm. 695, 1993.

(12) Cfr., CHARLES FRIED: *Order and Law. Arguing the Reagan Revolution*, Simon & Schuster, Nueva York, 1991. También, HENRY P. MONAGHAN: «Stare Decisis and Constitutional Adjudication», en *Columbia Law Review*, 88, 1988, págs. 723-773.

(13) *Idem*, pág. 49.

(14) ROBERT BORK: *The Temptin of America*. Sinclair Stivenson, Londres, 1990, pág. 143.

(15) Cfr., BRUCE ACKERMAN: *We the People*, Teh Belknap Press of Havard University Press, Massach, Londres, 1991.

(16) «The original understanding», cit., pág. 50 y ss.

(17) WECHSLER: «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», en *Harvard Law Review*, 73, I, 1959.

(18) Una de las más incisivas fue la de ARTHUR S. MILLER y RONALD F. HOWELL: «The Mith of

Ya el *originalismo* anterior a la época Reagan recibió fuertes ataques. Se tachó a «*the intention of the framers* de noción que poco lugar puede tener en las decisiones judiciales de la segunda mitad del siglo xx, si es que alguna vez tuvo algún lugar» (19). En 1962, Bickel publicaba su crucial estudio sobre la materia y dedicaba al tema las siguientes palabras: «Los fundadores sabían y Marshall sabía que no otra cosa sino el desastre puede resultar para un gobierno bajo una constitución escrita si se acepta que la específica intención de los creadores de una provisión constitucional es averiguable y vincula para siempre y específicamente, sujeta sólo al complicado proceso de enmienda» (20). Otro autor, desde la convicción de que el desarrollo constitucional del siglo xx es imposible que esté ni siquiera implícito en el texto del xviii, propone hablar para un desarrollo constitucional adecuado de una *Constitución no escrita (Unwritten Constitution)* (21).

Ese debate va ligado al desarrollo del pensamiento jurídico progresista, *Progressive Legal Thought*, que «comenzó a tomar cuerpo como reacción a la decisión del Tribunal Supremo en *Lochner v. New York*, de 1905, reacción que representa la primera expresión histórica de la lucha contra la ortodoxia jurídica del siglo xix, cuyo cuestionamiento abría una profunda crisis en los fundamentos ideológicos de la sociedad americana» (22). La concepción crítica va sobre todo «a minar la pretensión del *Classical Legal Thought* de que el Derecho es una “ciencia” que puede ser separada de la política, y que el razonamiento jurídico podía ser tajantemente distanciado del razonamiento moral» (23). «En una nación que carece de una Iglesia que sirva de cemento social para legitimar el poder, *the rule of law* —el reino del Derecho—, se convirtió en la religión civil» (24).

En los años veinte, aparece la primera denominación para la nueva línea de pensamiento jurídico, *American Legal Realism*, que profundiza el ataque contra el pensamiento ortodoxo, nutre «la revolución constitucional de 1937, culminación de una revuelta generacional... y continua como fuerza intelectual durante la segunda postguerra» (25), en base a «la premisa básica de la pérdida de contacto del Derecho con la realidad, contra lo que la declaración de Holmes de que “la vida de la ley no está hecha de lógica, sino de experiencia”, había sido el grito de batalla, y la

Neutrality in Constitutional Adjudication», en *The University of Chicago Law Review*, vol. 27, 1960, págs. 661 a 695.

(19) ARTHUR S. MILLER y RONALD F. HOWELL, art. cit., pág. 269.

(20) ALEXANDER BICKEL: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2.ª edic., Yale University Press. New Haven y Londres, 1986, pág. 106.

(21) GREY: «Do We Have an Unwritten Constitution?», en *Stanford Law Review*, núm. 27, 1975; del mismo autor, «Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in America Revolutionary Thought», en *Stanford Law Review*, núm. 30, 1978.

(22) MORTON J. HORWITZ: *The Transformation of American Law (1870-1960)*, Oxford, Nueva York, 1992, p.3.

(23) *Idem*, págs. 5 y 6.

(24) S. LEVINSON: *The Constitution as American Civil Religion*, Princeton University Press, 1988, pág. 108.

(25) M. J. HORWITZ, pág. 7.

distinción de Pound entre la ley en los libros y la ley en acción la más famosa formulación académica» (26).

«La lección que los estudiosos han sacado del *Legal Realism* ha sido que los términos formales de la Constitución (y los precedentes interpretando tales términos) son insuficientes..., que la intención de los lejanos fundadores no puede ser aplicada para resolver problemas de una naturaleza que no tuvieron posibilidad alguna de imaginar» (27), amén de estar ellos mismos profundamente divididos en la mayoría de las cuestiones básicas que debatieron, cosa hoy probada, junto a que, «aparte de las notas de Madison, las fuentes *standard* para determinar su intención no son nada fidedignas; las propias notas de Madison están incompletas...; los primeros intérpretes, pues, al no contar con información auténtica de lo que habían dicho los delegados de Filadelfia, hicieron, en realidad, *interpreting fiction*» (28).

La confrontación entre *originalismo* y *realismo* ha generado terceras vías. Tal polémica ideológica «a derecha e izquierda clarifica poco y oscurece mucho», según J. Perry (29). Como ejemplo más relevante, J. Hart Ely (30), matiza su adhesión al originalismo y «puede ser situado alternativamente en la *approach* del derecho natural, por su idea de que la sustancia del proceso democrático siempre será la que derive de la visión del mejor orden político posible» (31). Paul Brest, para quien «el originalismo ha sido de una u otra forma el tema mayor en la tradicional constitucional americana», concluye propugnando un «originalismo moderado que con frecuencia produce los mismos resultados que el antioriginalismo» (32). Para Dworkin, en suma, la conclusión es que «*la teoría de la intención original no ha sido nunca prácticamente sostenida por el Tribunal Supremo*, lo que no ha impedido que juristas y políticos busquen argumentos a su favor» (33).

Básicamente ha ocurrido esto: a partir de la Enmienda XIV (1868), la mayor parte del Derecho Constitucional norteamericano gira en torno a la interpretación judicial de ella, a la que recrea, siendo banal sostener la sujeción de los intérpretes a la intención de los autores (34); los largos ciclos de activismo de uno y otro signo del Tribunal Supremo en este siglo han acabado de engendrar la extraordinaria masa de Derecho Constitucional judicial que hoy es la Constitución real de los EE. UU.

(26) *Idem*, págs. 187-188.

(27) MARK V. TUSHNET (ed.): *Constitutional Law*, Publishing Company, Dartmouth, 1992, págs. XI y XIV.

(28) HARRY H. WELLINGTON: *Interpreting the Constitution*, Yale University Press, Londres, 1990, págs. 49, 51, 52.

(29) M. J. PERRY: *The Constitution in the Courts*, Oxford Univ. Press, Nueva York, 1994, pág. 7.

(30) JOHN HART ELY: *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, 1980, págs. 1 y ss.

(31) MARK V. TUSHNET, cit., pág. XIV.

(32) PAUL BREST: «The misconceived quest for the original understanding», en *Boston University Law Review*, Vol. 60, 1980, págs. 204 y 237.

(33) RONALD DWORKIN: «Controverse constitutionnelle», en *Pouvoirs*, 59, 1991, pág. 13.

(34) Cfr., RAOUL BERGER: *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Harvard University Press, Mass., Londres, 1977, pág. 407.

Culminó así la formación de *un Derecho Constitucional informal, material y abierto, de naturaleza jurisprudencial*. En términos ya citados de Graglia, *Derecho Constitucional sin Constitución*, o, en fórmula de otro autor, «nueva constitución sin enmiendas» (35), que se inscribe «en el enorme acrecentamiento de la llamada *Constitución informal*, por oposición a la que fue enmendada por los procedimientos expresamente previstos» (36). La metamorfosis continúa. «El derecho constitucional americano, en general, y en particular la jurisprudencia sobre la Enmienda XIV, se encuentra en un estado de profunda transformación» (37), se afirmaba en 1990.

Ésos son los hechos. Otra cosa es «el ejercicio académico para justificar o desacreditar la intervención judicial...» (38). Los hechos se resumen «en la amplitud de manipulaciones de sentido a las que puede proceder el Tribunal Supremo» (39), en el campo abierto de la fabricación constitucional, el *Judge-Made Law* (40).

Por lo demás, se renuevan continuamente las posiciones antiformalistas. A finales de los ochenta, «una nueva concepción progresista de la interpretación constitucional comenzó a reemplazar al discurso crítico de las dos últimas décadas (41)..., argumentando que la interpretación constitucional debe ser en cierto sentido *open*, o “posibilista”: que la Constitución esté siempre abierta a múltiples interpretaciones, en las que se incluyan aquellas que sean capaces de promover causas y políticas progresistas» (42). Para L. Tribe, la figura más representativa de ese «constitucionalismo progresivo», «la Constitución es una estructura intencionalmente incompleta y deliberadamente indeterminada para la participativa evolución de los ideales políticos y las prácticas de gobierno. La más alta misión del Tribunal Supremo no es preservar la credibilidad judicial, sino en palabras de la propia Constitución, “formar una Unión más perfecta”» (43).

Una posición más reciente defiende «*the concept of traditionalist democracy*, nueva respuesta al problema de la reconciliación entre la democracia y la *judicial review*, desde la idea cardinal de que la normatividad de ciertos principios deriva de un consenso mucho más amplio que el voto de una mayoría temporal. Los derechos

(35) ARTHUR S. MILLER: *Toward Increased Judicial Activism. The Political Role of the Supreme Court*. Greenwood Press, Westport, 1982, págs. 175 a 191. Del mismo autor, *Democracy and the Supreme Court*, Westport, 1985, y «Judicial review», en *Enciclopedia of American Judicial System*, R. J. JANOSIK (ed.), vol. III, Nueva York, 1987, págs. 1154-1166.

(36) R. HODDER-WILLIAMS: *The Politics of the US Supreme Court*, Allen y Unwin, Londres, 1980, pág. 169.

(37) ROBIN WEST: «Progressive and Conservative constitutionalism», en *Michigan Law Review*, Vol. 88, febrero 1990, pág. 641.

(38) HARRY H. WELLINGTON: «Foreword» a A. M. BICKEL, *op. cit.*, pág. X.

(39) MARIE-FRANCE TOINET, art. cit., pág. 19.

(40) Cfr., CRISTOPHER WOLFE: *The Rise of Modern Judicial Review, From Constitutionalism to Judge-Made Law*, Inc., Publishers, Nueva York, 1986.

(41) Muy relevante para el enfoque de ese cambio sigue siendo la obra de MARK TUSHNET: *Red, White and Blue: A critical Analysis of Constitutional Law*, 2.ª edic., 1988.

(42) ROBIN WEST, art. cit., págs. 642, 643 y 648.

(43) L. TRIBE: *American Constitutional Law*, 2.ª edic., Minneola, 1988, pág. VIII.

humanos y los principios de derecho son el resultado de una elección de varias generaciones... y en consecuencia, la "producción constitucional" (*higher lawmaking*) no es obra de un designio consciente, sino de un desarrollo gradual» (44).

Ahora bien, todas esas líneas de constitucionalismo material y abierto conectan con otra anterior, ya clásica, desde la que «la Constitución es entendida por encima de todo como un proceso» (45), «corriente de la historia más que documento (Frankfurte)» (46), ante todo «experiencia» (47), o «*living organism*, que por ello ha resistido como ley fundamental de un pueblo en constante cambio (Brandeis)» (48). De lo cual deriva «una hermenéutica constitucional vitalista», cuyo órgano central es el Tribunal Supremo, «convertido desde el final de la Guerra de Secesión en matriz de la *Constitución viviente*» (49), o transformado en una *Continuous Convention*, en términos de W. Wilson en su *Congressional Government* de finales de siglo. Todo lo cual conduce a la conclusión, ya también clásica, de otro gran jurista norteamericano: «La Constitución es lo que los jueces dicen que es» (50).

¿Va a modificar cualitativamente el Derecho Constitucional material de que hablamos la «verdadera contrarrevolución» (51) que realiza el Tribunal Supremo bajo la presidencia de Rehnquist? Ciertamente, «todos los observadores están de acuerdo en que la Corte Rehnquist es netamente más conservadora que todas sus antecesoras desde 1940», que se encuentran estancados o en retroceso los derechos civiles y sociales, el derecho penal y las garantías procesales en general (52), y que el nuevo Tribunal se aparta de los precedentes establecidos en tales materias con «marcada inclinación» (53). Pero el hecho central a nuestro objeto es que el *el Tribunal Supremo conservador no deja, por serlo, de producir «Derecho Constitucional sin Constitución»*. Y ello aun cuando «la mayoría del Tribunal Rehnquist se vincula a la doctrina de la "reserva judicial", que implica una considerable deferencia

(44) P. B. CLITEUR: «Traditionalism, Democracy, and Judicial Review», aportación en *Constitutional Review. Verfassungsgerichtsbarkeit. Theoretical and Comparative Perspectives*, B. VAN ROERMUND (ed.), Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1993, págs. 71 y 74..

(45) HANS VORLANDER: «Continuität und Legitimität der Vefassung der Vereinigten Staaten von Amerika, 1787-1987», en *Jahrbuch des Offenliches Rechts der Gegenwart*, tomo 36, Tübingen, 1987, pág. 445.

(46) En *idem*, pág. 456.

(47) OLIVER W. HOLMES: *The Common Law*, Boston, 1881, pág. 1.

(48) Citado por ALEXANDER M. BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, 10.ª edic., Indianápolis, 1980, pág. 107.

(49) HANS VORLANDER, *op. cit.*, págs. 457, 477.

(50) CHARLES EVAN HUGHES: *The Supreme Court of the United States*, University of Columbia Press, 1929.

(51) ALEJANDRO M. GARRO: «Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte», en *REDC*, núm. 12, mayo-agosto 1992, págs. 90-91.

(52) OLIVIER FRAYSSÉ, art. cit., págs. 38 a 42.

(53) ALEJANDRO M. GARRO, art. cit., pág. 91.

hacia los poderes públicos responsables» (54). Porque, aun así, «la historia nos enseña que el Tribunal Supremo americano sabe evolucionar a presión de los acontecimientos» (55).

La crucial sentencia de 25 de junio de 1992 sobre el aborto demostró que ese tipo de evolución ha operado ya en el Tribunal Rehnquist, atenuando su «contrarrevolución», al ratificar la *Roe v. Wade* del Tribunal Burger (1973), que establecía la libertad constitucional de abortar como indisociable del derecho de la mujer a una vida privada, y *no tuvo nada que ver con la Constitución*, ya que, al contrario que otras sentencias, «como las que regularon los temas de la bandera y de la libertad de expresión, ésta no reposó en un razonamiento constitucional» (56). Lo que implica que tampoco la sentencia de 1992 *tiene nada que ver con la Constitución*, sino con el precedente fijado en 1973, al cual se aferraron los cinco miembros del Tribunal que decidieron la cuestión con una sorprendente «fidelidad», «marcando un punto de inflexión inesperado en la evolución de un Tribunal trastocado con seis nuevas nominaciones (conservadoras) entre 1972 y 1991» (57). La insólita sentencia vino a corroborar el carácter irreversible de las grandes transformaciones del Derecho Constitucional norteamericano. Un juez conservador, significativamente, argumentó «la necesidad de asegurar la continuidad y estabilidad en el derecho constitucional, llegando a dar a ese factor primacía sobre sus convicciones», y un Tribunal Supremo de mayoría conservadora consolidó una de las grandes creaciones constitucionales progresistas, en base, paradójicamente, «al tradicional principio conservador del *stare decisis*» (58). Caso antológico de las complejas vías por las que se consolida el «Derecho Constitucional sin Constitución».

1. Conclusión puntual

La metamorfosis del Derecho Constitucional estadounidense, o sustitución de su base formal —la Constitución de 1787 y sus Enmiendas— por otra material generada por una jurisprudencia de dos siglos, *ha cristalizado*. Ha operado y opera en esa cristalización el bloqueo de la reforma del texto de 1787, especialmente en su procedimiento de mayor legitimidad y potencialidades, el de la Convención constituyente (59), en virtud de las premeditadas dificultades que los constituyentes

(54) GUY SCOFFONI: «Le Congrès des Etats-Unis et la remise en cause des interprétations constitutionnelles de la Cour Suprême», en *Revue française de Droit constitutionnel*, 16, 1993, pág. 677.

(55) OLIVIER FRAYSSÉ, art. cit., pág. 42.

(56) J. D. GRANO: «Delimiting the Concept of Judicial Activism», en *Cooley Law Review*, 3, 1989, pp 442-443.

(57) ROGER PINTO: «La Court Suprême américaine et l'avortement», en *Revue du Droit Public*, 4, 1993, pág. 909.

(58) CHARLES FRIED: «Constitutional Doctrine», en *Harvard Law Review*, vol. 107: 1140, 1994, pág. 1143.

(59) Cfr., R. CAPLAN: *Amending the Constitution by National Convention*, Meyer Boswell Books, 1988.

introdujeron en su regulación (art. V de la Constitución) (60). Pues sólo por ese medio se podría restablecer el Derecho Constitucional formal, incorporando al texto de 1787, mediante sustanciales Enmiendas, lo esencial del Derecho Constitucional material creado desde 1954. Desde entonces, sólo han sido aprobadas cinco Enmiendas, cuatro cuestiones electorales, el acceso del Vicepresidente a la presidencia y el derecho al voto a los dieciocho años, y la última, en 1992, sobre materia de origen tan lejano que remonta a 1789 («the compensation for the services of the Senators and Representatives») (61).

III. LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL POR LAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES EUROPEAS

Los indicios de que el Derecho Constitucional sigue en Europa desde la segunda postguerra mundial la misma línea de transformación que en los Estados Unidos son inequívocos. Desde el comienzo de las nuevas construcciones constitucionales europeas está presente la idea americana de la «*living constitution*, necesitada de una permanente actualización por parte del Tribunal Constitucional» (62). Se preguntaba a comienzos de esta década: «¿Será pronto estudiado el derecho constitucional a través de la jurisprudencia, como ocurre en los Estados Unidos?» (63). Al día de hoy, la pregunta es superflua. Y también en este continente se presenta el «formidable problema» de «si “la revolución del control de constitucionalidad de las leyes”, que caracteriza a nuestro siglo, es legítima», habida cuenta «de que hoy sabemos muy bien que en la interpretación jurisdiccional hay un inevitable elemento de “law-making”, y que el control jurisdiccional de las leyes no puede ser apreciado a partir únicamente de los criterios formales de la hermenéutica jurídica» (64).

Por todo ello, se reconoce ya sin ambages que *una nueva definición del derecho constitucional se afirma progresivamente, ante todo deviniendo un derecho jurisprudencial* (65).

(60) He estudiado esa problemática en *Teoría del Estado y fuentes de la Constitución*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, 1989, págs. 579 a 590.

(61) Cfr., ROBERTO TONIATTI: «Il XXVII Emendamento della Costituzione federale degli Stati Uniti (1992): le origini e i problemi di una singolare revisione costituzionale», en *Cuaderni Costituzionali*, XIV, I, abril 1994.

(62) ALBRECHT WEBER: «La jurisdicción constitucional en Europa occidental: una comparación», en *REDC*, núm. 17, mayo-agosto 1986, pág. 82.

(63) LOUIS FAVOREU: «L'apport du Conseil constitutionnel au droit public», en *Pouvoirs*, 13, 1991, pág. 23.

(64) MAURO CAPPELLETTI: «Rapport Général», en *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développement récents*, eds. L. FAVOREU y J.-A. JOLOWICZ, Economica, París, 1986, págs. 291 y 296.

(65) LOUIS FAVOREU: «L'apport...», cit., pág. 23.

En suma, en Europa se ha desarrollado en menos de medio siglo el bisecular fenómeno norteamericano de la judicialización del Derecho supremo. Junto a las Constituciones, surge un Derecho Constitucional que es material por su modo de creación, forma de operar y teleología garantista; conjuntos de normas constitucionales, en definitiva, no emanadas de ninguna de las dos únicas fuentes formalmente legitimadas para crearlas, el poder constituyente y el poder de reforma constitucional. Como en los Estados Unidos, «esta evolución es un hecho político sin duda, pero también social» (66). Las jurisdicciones constitucionales «no han podido sustraerse... a la aparición de nuevas problemáticas surgidas a partir de evoluciones sociales muy complejas», para afrontar las cuales «las construcciones teóricas del positivismo jurídico aportan escasos instrumentos..., habiendo sido la teoría de la interpretación uno de los campos menos desarrollados por la Escuela de Viena, precisamente» (67).

En el orden científico, o desde la «técnica jurídica constituyente» (68), el reto es la definición de un nuevo Derecho Constitucional, dadas las limitaciones del concepto formal de Constitución para dar cuenta de la realidad. La realidad impone la construcción de un modelo explicativo del Derecho Constitucional real, capaz de abarcar los «formidables problemas» de su legitimidad y coherencia.

El orden de exposición que seguiremos en los seis casos a tratar como contribución al tema será el de aparición de las respectivas jurisdicciones constitucionales: las de Suiza (1848), Austria (1920), Alemania federal (1953), Italia (1956), Francia (1958), y España (1980).

IV. PRODUCCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL POR EL TRIBUNAL FEDERAL SUIZO

Habiendo sido el Derecho Constitucional suizo el primero en establecer en Europa un control de constitucionalidad de las leyes (69), aunque limitado a las de los Cantones (70), será también el primero que acoja el fenómeno americano de la ampliación de la Constitución por vía jurisprudencial, si bien en ello muy influido a la vez, a partir de los años cincuenta, por la expansión de los derechos humanos y

(66) LÉO HAMON: *Les juges de la loi*, Fayard, París, 1987, pág. 182.

(67) OTTO PFERSMANN: «Chroniques. Autriche», en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. V, 1989, Economica/PUAM, París, 1991, págs. 343-344.

(68) PAUL AMSELEK: «Les fondements ontologiques de la théorie juridique», en *Cahiers de philosophie politique et juridique*, núm. 9, Université de Caen, 1986, pág. 90.

(69) Cfr. ANDREAS AUER: *La jurisdiction constitutionnelle en Suisse*, Bale/Francfort-sur-le-Main, 1983.

(70) Fracasó en 1939 un intento de reforma constitucional, de iniciativa popular, «para autorizar al Tribunal federal la no aplicación de las leyes federales que juzgase contrarias a la Constitución»: JEAN-FRANÇOIS AUBERT: «Introduction historique», en *Commentaire de la Constitution Confédérale suisse de 28 mai 1874*, Ediciones Staempfli, Berna, 1987, tomo 1, pág. 52.

la Convención Europea sobre los mismos, así como por el Derecho Constitucional de la Alemania federal y su Tribunal Constitucional.

«En Suiza, la contribución del poder judicial a la determinación del contenido de la Constitución es muy marcada. Ello se debe, en primer lugar, a la estipulación expresa existente en la Constitución de que el Tribunal Federal debe atender toda demanda que se le plantee sobre derechos constitucionales violados. Paradójicamente, la Constitución no define con exactitud esos derechos. De lo cual resulta *la función del Tribunal Federal como agente generador de Constitución...*, decidiendo lo que debe ser protegido como derechos constitucionales. Importantes bases jurídicas para la protección de la libertad individual, la libertad de expresión, o el debido proceso legal, no se encuentran escritas en la Constitución. Al respecto, el Tribunal Federal no interpreta la Constitución, sino que más bien la desarrolla de acuerdo con la concepción que tiene de su propio papel como tribunal constitucional» (71).

Actuando con esos criterios, el Tribunal federal consagra *normas constitucionales no escritas* (72), así como descubre *libertades implícitas*, lo que prueba «el poder creador del juez constitucional» (73). «El procedimiento más audaz del Tribunal consiste en llegar a leer en la Constitución normas no escritas, por poco que se ajuste a ello una parte de la doctrina... actividad jurisdiccional que es creadora más que interpretativa... El mejor ejemplo es el artículo 4 de la Constitución: “Todos los suizos son iguales ante la ley”. El Tribunal federal ha montado literalmente una construcción jurisprudencial del mismo que ni la lectura más atenta de esa disposición y de las deliberaciones constituyentes de las que surgió permite en absoluto descubrir... Desarrollando esa construcción, inauguró una jurisdicción de recursos de los que el texto constitucional no contenía el menor indicio... Como indicó en una ocasión M. Hans Huber, a nadie se le ocurriría decir que el Tribunal federal ha dado una interpretación, “justa” o “falsa”, del artículo 4. Todo lo más, se podría ir a verificar si lo que ha dicho es conforme al espíritu de la Constitución... En cuanto a normas constitucionales no escritas, hay principios que el Tribunal federal injerta en la Constitución sin la menor referencia a un artículo de ella, ni siquiera al preámbulo o a las disposiciones transitorias. En concreto, el 11 de mayo de 1960 declaraba: “La garantía de la propiedad privada pertenece al *derecho constitucional no escrito*”. Y en mayo de 1961: “La libertad de expresión constituye un principio fundamental del derecho federal y cantonal, escrito o no, y una extensión de la protección garantizada a la libertad de prensa”. En fin, en mayo de 1963: “La libertad personal es un elemento indispensable en el ordenamiento jurídico de un Estado de derecho como es la Confederación, y según la concepción hoy dominante esa libertad pertenece,

(71) JÖRG P. MÜLLER, aportación a «Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehren», en *VVDStRL* 39, 1981, pág. 97.

(72) Cf. H. HUBER: *Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts*, R.S.J.B., 1955, págs. 95-116.

(73) Cf. M. ROSSELLINI: *Les libertés non-écrites. Contribution a l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, C. J. R. Payot, Lausanne, 1987. También, JÖRG PAUL MÜLLER: *Elements pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berna, 1983.

como la garantía de la propiedad, a las *normas no escritas del derecho constitucional federal*». Ante todo, hay que comprender que *elevando una norma a la dignidad de derecho constitucional no escrito el Tribunal no se limita a constatar que la norma es, materialmente y por su contenido, de naturaleza constitucional. Es que le da el valor de norma constitucional formal*» (74).

Hay nitidez «americana» en el paradigma suizo de *Derecho Constitucional jurisprudencial*, superpuesto al formal.

Una de las técnicas que sigue el Tribunal federal suizo es la de elevar a Derecho Constitucional federal el Derecho Constitucional cantonal (75). Junto al dinamismo cantonal, influye la doctrina, con intensidad desconocida en otros lugares. El Tribunal Federal crea el catálogo de derechos y libertades siempre sirviéndose del impulso que le llega del pensamiento jurídico, en ocasiones de concretos autores eminentes (76). «Se nota una evolución jurisprudencial muy semejante» (77) a la línea americana de no dar por agotadas las libertades y derechos civiles en los contenidos de las Enmiendas. Fue, fundamentalmente, la nueva era de la jurisprudencia estadounidense iniciada en 1954 la que impulsó a la doctrina suiza, desde la que fraguó la acción creadora del Tribunal Federal.

V. JURISPRUDENCIA SUPREMA Y DERECHO CONSTITUCIONAL EN AUSTRIA

1. *Estadio no creativo del Tribunal Constitucional austriaco*

Habiendo encarnado el Tribunal Constitucional austriaco la primera jurisdicción constitucional «digna de este nombre» (aunque no la primera, creada la de Checoslovaquia seis meses antes) fue, sin embargo, la que más tardó en perfeccionarse. En cuanto al control abstracto de constitucionalidad, hasta la reforma constitucional de 1975 (78) no se extiende a los parlamentarios y «a cualquier persona» la facultad de instarle, y en cuanto al control concreto, hasta la misma fecha no alcanzan esa facultad determinados tribunales (79). Por lo demás, ese tardío perfeccionamiento resulta bastante inútil a nivel parlamentario: casi no existen recursos de inconstitucionalidad provenientes del mismo. La causa: alrededor del 90 por 100 de las leyes

(74) JEAN-FRANÇOIS AUBERT: *Traité de Droit Constitutionnel suisse*, cit., vol. I, 1967, págs. 123 a 125.

(75) Cf. *idem*, pág. 126.

(76) Es el caso de Z. GIACOMETTI: *Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit*, R.D.S., 1955.

(77) J.-F. AUBERT: *Traité...*, cit., vol. II, pág. 631, nota 2.

(78) Cf. FELIX ERMACORA: «Verfassungsänderung 1975», en *J. Bl.*, 1976, págs. 79-86; del mismo autor, «Die Entwicklung österreichischen Verfassungsgerichtshof seit 1975», en *J.Oe. R.*, 1977, págs. 183 y ss.

(79) Cf. KARL KORINEK: «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich», en *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, C. STARCK y A. WEBER (eds.), tomo I, Baden-Baden, 1986, págs. 163-164.

son aprobadas por amplio consenso, lo que deja prácticamente en vía muerta al *control abstracto*. Las vías realmente operativas son el *control concreto*, aunque a iniciativa sólo de determinados tribunales, el *control de oficio*, o autoinstancia, y el *control de particulares*, mediante recursos individuales de inconstitucionalidad contra leyes y tratados, así como de legalidad contra reglamentos, si bien los mismos se encuentran en la práctica muy limitados, «de manera que son declarados inadmisibles con una gran frecuencia» (80). En todo caso, «la protección máxima de la Norma suprema a los derechos se encuentra en Austria en la confluencia de los intereses de los particulares y la sabiduría del juez constitucional» (81).

Más relevante a nuestro objeto es que el Derecho Constitucional austriaco, aun con «el más antiguo órgano de defensa y modelo de los restantes» (82), no estuvo hasta la década de los ochenta afectado por una jurisprudencia constitucional creadora, a causa de la tradicional vinculación de su Tribunal Constitucional al positivismo jurídico, del que Austria había sido cuna, y de la especial estructura del propio Derecho Constitucional austriaco.

El tradicional positivismo del Tribunal Constitucional de Austria se originó en la famosa participación de Kelsen en su génesis, hoy relativizada (83). Se habla, con hipérbole, de un «hiperpositivismo» de la jurisprudencia constitucional austriaca de puro corte kelseniano. En todo caso, es sabido el rechazo de Kelsen a que principios de contenidos y contornos imprecisos como los de «equidad, justicia, libertad, igualdad, o moralidad», pudieran servir de parámetros a un Tribunal Constitucional: «la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, *abtenerse de todo este tipo de fraseología...*» (84). Partía de una «teoría del derecho positivo purificada por la crítica y liberada de todos los prejuicios del derecho natural» (85). Según él, *al faltar una precisión del contenido de los valores constitucionales, ello*

(80) LUDWIG ADAMOVICH: «L'accès direct à la protection: techniques et résultats. Rapport autrichien», en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. VII, 1991, Economica/PUAM, París, 1993, pág. 105.

(81) SYLVIE PEYROU-PISTOLEU: *La Cour Constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Economica, París, 1993, pág. 360; ver, «Conclusión» en general, en págs. 357 a 360.

(82) LOUIS FAVOREU: *Les Cours constitutionnelles*, PUF, París, 1986, pág. 33.

(83) Cf. H. HALLER: «Hans Kelsen, Schöpfer der Verfassungsgerichtlichen Gesetzesprüfung?», en *Arbeitshefte Wirtschaftsuniversität Wien, Reihe Rechtswissenschaft*, núm. 4, 1977, págs. 62 a 92; GERALD STOURZH: «Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie», en *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Manzsche, Viena, 1982, págs. 7-29; GOERG SMICHTZ: *Die Vorentwürfe Hans Kelsen für die österreichische Bundesverfassung*, Manzsche, Viena, 1981; WALTER ANTONIOLLI: «Hans Kelsen Einfluss auf die österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Mélanges Kelsen*, Knoxville, 1964.

(84) HANS KELSEN: «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», 1928. Empleamos traducción JUAN RUIZ MANERO: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988, págs. 142-143; las cursivas son nuestras, J. A.

(85) HANS KELSEN: «Préface» a la obra de Charles Eisenmann: *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ, París, 1928, edición de Editorial Economica/PUAM, 1986, pág. X.

significa que tanto el legislador como los órganos de ejecución de la ley están autorizados para llenar discrecionalmente el espacio que les dejan la Constitución y la ley (86).

Ese positivismo contrario al Tribunal Constitucional como intérprete último de los principios y valores constitucionales —e inevitable creador de Derecho por esa vía (87)—, será el que asuma el Tribunal Constitucional austriaco y tanto tarde en rectificar. La gran ruptura que representó la segunda postguerra mundial para la hegemonía del positivismo en el área germana no afectó, sorprendentemente, a su línea. «El rechazo absoluto de la aplicación por un tribunal constitucional de normas de referencia transpositivas encuentra amplios ecos en la doctrina austriaca» (88). Para Nawiasky, por ejemplo, «tomar como referencia unos principios fundamentales transpositivos, tales como los de derecho natural, no puede ser competencia de los tribunales constitucionales, carentes para ello de una legitimidad suficiente» (89). Igualmente, Adamovich niega legitimidad a toda jurisprudencia «creadora de derecho» (90). Para Herbert Haller, al Tribunal Constitucional no le compete controlar la conformidad de la Constitución con un determinado sistema de valores (91). Hasta la década de los ochenta no hubo cambio de tendencia. Antes, sólo posiciones muy minoritarias «estiman que los tribunales constitucionales no solamente tienen la facultad, sino también el deber de recurrir al derecho transpositivo» (92).

A la excepcional persistencia del Tribunal Constitucional austríaco como jurisdicción no creadora contribuyó la singular complejidad de un Derecho Constitucional compuesto por cinco conjuntos normativos: 1) *el tronco*, formado la Ley Fundamental del Estado de 1867, integrada en el *corpus* constitucional de 1920, las reformas de éste de 1925 y 1929 y las dos Convenciones europeas incorporadas al orden constitucional interno; 2) *las Leyes Constitucionales*; 3) *las disposiciones constitucionales* insertadas en leyes ordinarias; 4) *las Constituciones de los Länder*; y 5) «*las sentencias del Tribunal Constitucional* dictadas en base al artículo 140 de la Constitución federal para el control de constitucionalidad de las leyes, y *los Rechtssatz del propio Tribunal Constitucional*, dictados en el cuadro del artículo

(86) *Idem*, pág. 142; cursiva nuestra, J. A.

(87) Para Kelsen, «sólo en una débil medida la función del Tribunal constitucional es creación de Derecho», *idem*, pág. 131. Sólo admitía al Tribunal como «legislador negativo», en tanto destructor de legislación.

(88) SYLVIA PEYROU-PISTOULEY, *op. cit.*, págs. 205-206.

(89) Cf. HANS SPANNER: *Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Manzsche Verlag, Viena, 1961, pág. 63.

(90) LUDWIG ADAMOVICH: «Probleme der verfassungsgerichtsbarkeit», en *JBI*, 1950, pág. 74.

(91) HERBERT HALLER: *Die Prüfung von Gesetzen*, Springer Verlag, Viena-Nueva York, 1979, pág. 134.

(92) Cf. HANS SPANNER: «Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», informe a la Jornadas de Juristas austriacos, Manz Verlag, Viena, 1961, pág. 63; en S. PEYROU-PISTOULEY, *cit.*, pág. 201.

138.2 de aquélla para la delimitación de competencias, legislativas o ejecutivas, entre la federación y un Land» (93).

Un sistema tan *formalizado*, dilatado y elástico deja poco lugar a la creación jurisprudencial. La dilatación es obra, sobre todo, de las *Leyes Constitucionales* y las *disposiciones constitucionales* en leyes ordinarias. La proliferación de ambas clases de normas produce «un crecimiento salvaje... un estado de estallido permanente del Derecho Constitucional austriaco» (94), en palabras de un presidente del Tribunal Constitucional. Treinta y una leyes Constitucionales fueron aprobadas sólo en los primeros treinta años de la nueva República. Tal abundancia se debe a la facilidad del procedimiento, sin parigual en ningún otro sistema: Las leyes constitucionales «pueden ser adoptadas por el Consejo Nacional en presencia de la mitad de sus miembros por una mayoría de dos tercios de los votos emitidos; tomando la hipótesis más baja de *quorum* necesario, una ley constitucional puede ser el fruto de apenas un tercio de los diputados, o sea, 61 sobre 183. De otra parte, la Constitución no prevé ningún procedimiento especial para la elaboración de las leyes constitucionales, que siguen pues el procedimiento legislativo ordinario» (95).

El legislador ordinario es así *productor continuo de Constitución*, fenómeno que se sitúa en las antípodas del sistema norteamericano, y en el envés del modelo *standard*, generándose una tensión permanente entre la jurisdicción constitucional y el poder legislativo. «Desde el momento en que el Tribunal Constitucional tiende a ampliar sus poderes en detrimento del legislador, la tendencia opuesta hace acto de presencia. Si el legislador dispone de mayorías suficientes, se ve en la gran tentación de remediar la censura infligida por el Tribunal aprobando una ley constitucional que recoja la ley ordinaria anulada, o previene el control del Tribunal incluyendo en una ley constitucional disposiciones que normalmente verían la luz como simples leyes federales. Se trata de una *técnica de inmunización* calificada por Funk como “abuso de las formas jurídicas”» (96). «El Tribunal constitucional ha puesto ya de manifiesto claramente que una acumulación de tales leyes constitucionales podría convertirse en una revisión total de la Constitución, que haría necesario un referéndum» (97).

Frente a esa cuestión, la doctrina se divide, y hay quienes ven en el problema *un campo de tensión entre la concepción formal y la material de Constitución* (98).

(93) *Idem*, pág. 170.

(94) L. ADAMOVIČ: «Rapport autrichien» de 1991, cit., pág. 110.

(95) *Idem*, pág. 181.

(96) OTTO PFERSMANN, at. cit., págs. 344-345.

(97) L. ADAMOVIČ: «Rapport autrichien», cit., pág. 109.

(98) B.-C. FUNK: «Formenmissbrauch und Verfassungsumgehung durch die Legislative. Ein Problem im Spannungsfeld von formalem und materialem Verfassungsverständnis», en *Festschrift für Klecatsky*, Viena, 1990.

2. Apertura del Tribunal Constitucional austríaco a la creación de Derecho Constitucional

Pese a que el positivismo militante del Tribunal Constitucional austríaco llega hasta finales de los setenta, lo cierto es que ya mucho antes efectuó una importante creación constitucional, con la sentencia de 16 de diciembre de 1952, que atendía a un recurso de inconstitucionalidad presentado por el gobierno del Länd de Vorarlberg contra las disposiciones de una Ley Constitucional federal que regulaba el tema de la ciudadanía. El recurso se basaba en el concepto constitucionalmente indeterminado del artículo 44.2 de la Constitución federal (originario de la Constitución suiza y presente en el art. 168 de la española): *Gesamtänderung*, traducido indistintamente como «reforma de conjunto» de la Constitución, «enmienda de conjunto», *reforma total*, o «revisión total». Según el precepto citado, toda «reforma total» de la Constitución de Austria debe ser sometida a aprobación popular mediante referéndum. Los recurrentes de 1952 argüían que la citada Ley Constitucional representaba una reforma total de la Constitución y era en consecuencia inconstitucional, en tanto no había sido aprobada por el pueblo. Para denegar la anulación a que se le instaba, el Tribunal Constitucional hubo de desentrañar el concepto, y crear lo que faltaba a la Constitución. «*Jugando entonces plenamente su papel de creador del derecho*, supliendo su jurisprudencia a la insuficiencia de la Constitución, decidió que era necesario entender por reforma constitucional total “una modificación tal que afecte a alguno de los principios directores de la Constitución federal”, reconociendo al efecto tres, “el principio democrático, el de Estado de derecho y el de Estado federal”..., a los que posteriormente, en sentencia de 1956, añadiría “el principio parlamentario”» (99).

No cabe duda que en esa materia y ocasión el Tribunal Constitucional austríaco realizó «una verdadera creación *ex nihilo*, necesariamente alejada del derecho positivo» (100).

Cabe registrar una segunda creación de norma constitucional en la transformación automática en Constitución de las disposiciones del Tribunal Constitucional llamadas *Rechtssatz*, dictadas sobre distribución de competencias territoriales. No estando prevista esa mutación en la Constitución, se desprende de algunas sentencias, entre ellas la de 19 de junio de 1963, que lo que hizo el juez constitucional fue colocarse en el plano del legislador constitucional, realizando explícitamente una «interpretación auténtica». Según la referida sentencia, el Tribunal interpreta que su disposición denominada *Rechtssatz* tiene «*el efecto de una interpretación auténtica de las prescripciones de la Constitución relativas a la competencia, con rango de ley constitucional federal*» (101).

(99) S. PEYROU-PISTOULEY, *op. cit.*, págs. 176 y 178. Ver, también J. AUBERT: *Traité...*, cit., págs. 141 y 144.

(100) S. PEYROU-PISTOULEY, *cit.*, pag.177.

(101) Reproducida en *idem*, pág. 170. Cursivas nuestras, J. A.

Si ha ocurrido otro tanto en la transformación en Constitución de otras sentencias sobre control de constitucionalidad de las leyes, quiebra con más amplitud la continuidad de la ortodoxia positivista del Tribunal en su estadio más tradicional.

En todo caso, la excepción austríaca terminó cuando nuevas problemáticas sociales se impusieron. «Hasta finales de los años setenta de este siglo, el mundo jurídico reprochaba a la jurisprudencia del Tribunal constitucional ser demasiado formal y no ofrecer una verdadera protección al ciudadano. A partir de esa fecha, se hace evidente un cambio de tendencia. Los mismos críticos que habían reprochado hasta entonces al Tribunal faltar a sus deberes sostienen ahora que traspasa los límites de su competencia... La mayor parte de la doctrina, sin embargo, es más bien favorable a la nueva tendencia. El nuevo estilo concierne a todos los derechos fundamentales, con algunos puntos fuertes.... Apoyándose en la barrera del contenido esencial en la “reserva de ley en los derechos fundamentales”, establecida en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana, el Tribunal constitucional austríaco había juzgado ya desde hacía años que, aun cuando ninguna disposición de derecho positivo exista al respecto, tal principio está igualmente vigente en el orden constitucional de Austria. Sin embargo, el propio Tribunal había mostrado durante largo tiempo reticencias a deducir las consecuencias apropiadas... Tal reserva está liquidada ahora» (102).

La sustitución del método formal-kelseniano (desarrollado por vez primera por Adolf Merkl en 1917) por otro que atiende a contenidos axiológicos y materiales también se debe a «la importante y creciente influencia de la Convención Europea de derechos del Hombre y la jurisprudencia correspondiente, que incitan al Tribunal constitucional austriaco a tener una percepción de las garantías constitucionales más material y atenta a su contenido» (103). Desarrollando esa tendencia, a comienzos de los noventa «prosigue una línea de jurisprudencia ofensiva», en la que destaca «el uso altamente diversificado del principio de igualdad» (104).

«Esta reciente jurisprudencia ha sido percibida como una verdadera ruptura. Para Manfred Matzka (105), se trata de un cambio del método jurídico de decisión: el Tribunal... critica ahora de manera más o menos explícita los valores adoptados por el legislador y expresa otros puntos de vista axiológicos, que se encontraría en dificultad de poder deducir del ordenamiento jurídico» (106). Heinz Mayer veía ya en 1979 a la nueva tendencia como «un rechazo de la normatividad en sí del derecho constitucional en provecho de un mayor margen de decisión del Tribunal Constitucional» (107).

(102) LUDWIG ADAMOVICH: «Rapport autrichien» para 1991, cit., págs. 106-107.

(103) «Cour constitutionnelle autrichienne», *A.I.J.C.*, vol. III, Economica/PUAM, París, 1989, pág. 69.

(104) OTTO PFERSMANN: «Chroniques. Autriche», 1991, *A.I.J.C.*, vol. VII, París, 1993, págs. 383-384.

(105) M. MATZKA: «Politik im Talar», en *Akzente*, cuaderno 11-12, 1989, págs. 16-19.

(106) OTTO PFERSMANN: «Chronique», 1989, edic. cit. de 1991, págs. 340-341.

(107) HEINZ MAYER: «Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes», en *Österreichische Juristen-Zeitung*, 23, 1980, pág. 345.

Los factores de fondo del cambio han sido, en suma, sociales y de contexto (108), impulsión, en definitiva, de un Derecho Constitucional material creciente.

VI. PRODUCCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

«La jurisprudencia elaborada por el Tribunal constitucional alemán demuestra que el juez constitucional no solamente reconoce la existencia de principios fundamentales transpositivos, sino que reivindica además competencia para controlar el derecho positivo al amparo de tales principios. El Tribunal de Karlsruhe consagra la existencia de un derecho transpositivo que vincula al legislador constitucional» (109). «Incluso no ha excluido la posibilidad de un control sobre disposiciones de la propia Constitución. Al efecto, en su sentencia de 23 de octubre de 1951 se adhirió a la tesis del Tribunal de Justicia del Estado de Baviera (1949), según la cual “la nulidad de una disposición constitucional no está excluida por el solo hecho de que sea un elemento de la Constitución. *Hay unos principios constitucionales que son totalmente fundamentales y enteramente expresión de un derecho preexistente a la Constitución que vincula al constituyente mismo*”. Así, una norma de la Constitución “puede ser nula si desconoce de manera absolutamente inaceptable los principios básicos sobre los que reposa el derecho justo y que son tantos como principios esenciales tiene la ley fundamental” (STC federal de 18-12-53). Es evidente que ello se inscribe en la corriente *iusnaturalista* de los años cincuenta, como reacción ante el positivismo» (110). «El derecho y la justicia no se encuentran ya a la libre disposición del legislador; la idea según la cual un legislador constitucional podría hacerlo todo según su buena voluntad significaría recaer en un positivismo jurídico carente de valores» (111). «La validez de una norma constitucional depende pues de su conformidad al “derecho justo”... Las prescripciones jurídicas de la Ley Fundamental no bastan de manera general para el control de constitucionalidad de la norma, a la luz, precisamente y sobre todo, del artículo 1.2 de aquélla, en el que se consagran unos derechos del hombre “inviolables e imprescriptibles, fundamento de toda comunidad, de la paz y de la justicia en el mundo”», en opinión de Geiger, al que se suman otros autores alemanes como Dürig y Nipperdey, así como el austriaco Marcic (112).

(108) Como ilustración de la constante recepción en la doctrina austriaca de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos, GEORG LUKASSER: «Europäische Menschenrechtskonvention und individueller Lebensstil», en *Österreichische Juristen-Zeitung*, núm. 17, 1994.

(109) S. PEYROU-PISTOULEY, *op. cit.*, págs. 201-202.

(110) JEAN-CLAUDE BÉGUIN: *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, París, 1982, págs. 63-64, incluyendo tres notas al pie.

(111) Citado por HERBERT HALLER: *Die Prüfung von Gesetzen*, Springer, Viena-Nueva York, 1979, pág. 134.

(112) Cf. HANS SPANNER, *op. cit.*, pág. 64.

La máxima expresión del Derecho transpositivo al que se vincula antes que a la propia Constitución el Tribunal Constitucional alemán figura en la primera línea del artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn: «la dignidad del hombre, intangible», «noción clave, honrada como *derecho fundamental*, base sobre la que reposan los diferentes derechos fundamentales, puesto que en el fondo todos ellos arraigan en esa dignidad, que les confiere su tenor específico» (113).

La trascendencia reconocida a los derechos fundamentales explica «las grandes posibilidades de acceso de los ciudadanos a la defensa de los mismos, representando tales posibilidades, precisamente, los contrafuertes de la potente posición del Tribunal Constitucional federal entre los poderes públicos» (114). Y es la defensa en última instancia de un Derecho transpositivo «lo que puede exigir al Tribunal constitucional federal lo contrario de una contención (*self-restraint*), es decir, una intervención resuelta» (115).

Se reconoció tempranamente que «la situación constitucional de Alemania se asemeja a la de los Estados Unidos. *Es derecho constitucional lo que el Tribunal Constitucional decide que es*» (116). El profesor Karpen recordaba en 1983 las palabras del norteamericano Frankfurter de 1930: *The Supreme Court is the Constitution* (117). «Entre los numerosos factores de desarrollo del derecho constitucional, el Tribunal Constitucional se convierte en factor único. La Constitución es de hecho interpretada por él de forma autónoma... atemperada únicamente por la toma en consideración de algunos principios muy generales y por su propia jurisprudencia... He desarrollado la idea —segua explicando Bleckmann en 1982— de que el Tribunal Constitucional federal, desligándose del consenso constitucional, tiende hacia la posición de un Tribunal *souverain*» (118). «Poseyendo el monopolio de la interpretación de la Ley fundamental, aparece como el titular de una especie de poder constituyente» (119). «¿Es el Tribunal Constitucional federal, utilizando las palabras de Woodrow Wilson, una especie de *constitutional convention in continuous session*?», se pregunta en 1983 (120). Años atrás, otro autor no había dudado al respecto: se da, afirmaba Stern en 1980, «un proceso continuo de construcción de la

(113) ARMIN DITMANN: «Rapport allemand», en *A.I.J.C.* vol. VII, 1991, PUAM, París, 1993, págs. 175-176.

(114) DIETRICH KATZENSTEIN: «L'accès direct à la protection. Rapport allemand», *idem*, pág. 93

(115) W. ZEIDLER: «Cour constitutionnelle fédérale allemande», en *A.I.J.C.*, vol. III, PUAM, 1989, pág. 55.

(116) ALBERT BLECKMANN: «L'Etat de droit dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne», en *Pouvoirs*, 22, 1982, págs. 17 y 23.

(117) Cfr., ULRICH KARPEN: «Application of the Basic Law», en *Main Principles of the German Basic Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1983, pág. 78.

(118) ALBERT BLECKMANN, *art. cit.*, págs. 17-18.

(119) MICHEL FROMONT: «République Fédérale d'Allemagne», en *Revue de Droit public*, 5, 1984, pag 1215.

(120) G. FOLKE SCHUPPERT: «The Constituent Power», en *Main Principles of the German Basic Law*, *cit.*, pág. 53.

constitución» (121). «Es indiscutible que el Tribunal constitucional federal dispone de atribuciones tan extensas y de técnicas lo suficientemente eficaces para presentarse con frecuencia como un legislador supremo» (122). «Recibía el epíteto de “superlegislador de Karlsruhe”» (123). «El juez constitucional alemán ha puesto de manifiesto una gran fuerza creadora en la interpretación de los textos que rigen su poder» (124). «La constitución reconocía implícitamente un muy extenso campo de creación de derecho al juez constitucional» (125).

En suma, con el despliegue de su imperial papel —ejecutor central del Estado de Derecho, definidor de las múltiples indeterminaciones de los derechos fundamentales, defensor creativo de éstos (126) y árbitro de la construcción federal—, con 78.000 casos decididos y 82 volúmenes de sentencias publicados ya a comienzos de 1992 (127), el Tribunal Constitucional alemán es la fábrica permanente de la Constitución, «segundo poder constituyente» (Fromont, *Documentation française*). Y desde tan proteica actividad provoca los mismos problemas de fondo que el paradigma norteamericano: la naturaleza y límites de la interpretación constitucional y la relación entre el desarrollo de la Constitución por vía de interpretación y el poder constituyente, cuestión entreverada en Europa y EE.UU. al tema de la legitimidad democrática de las jurisdicciones constitucionales (128). Como en Norteamérica, se encara aquí esa problemática concibiendo la construcción constitucional como un proceso [*Verfassung als öffentliche Prozess*, de Haberle (129), por ejemplo], se plantea la *judicial self-restraint* como remedio, se da una gran diversidad de posiciones y la realidad se abre paso a través de la incesante actuación del Tribunal Constitucional en línea *open*, hacia una *Constitución abierta* («*offene Verfassung*») (130),

(121) KLAUS STERN: «Diskussionsbeitrag», Rheinisch Akademie der Wissenschaft, G 243, 1980, pág. 38.

(122) MICHEL FROMONT: «Le juge constitutionnel», en *Pouvoirs*, 22, 1982, pág. 52.

(123) HANS JOACHIM FALLER: «Cuarenta años del Tribunal Constitucional federal alemán», en *REDC*, núm. 34, enero-abril 1992, pág. 132.

(124) MICHEL FROMONT: «Preface» a JEAN-CLAUDE BÉGIN: *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*. Economica, Paris, 1982, pág. VI.

(125) ALBERT BLECKMANN, art. cit., pág. 19.

(126) La RFA se situó en este orden «en la tendencia general marcada por los Estados Unidos de una “juridización” y “jurisdiccionalización” de los derechos del Hombre»: A. BLECKMANN, art. cit., pág. 24.

(127) ERNS BENDA: «The Position and Function of the *Bundesverfassungsgericht* in a Reunited Germany», en *Federalism-in-the-Making. Contemporary Canadian and Germany Constitutionalism*. E. McWHINNEY y otros (eds.): Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston y Londres, 1992, pág. 29.

(128) Cfr., GERD ROELLECKE: «Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge», en *Handbuch des Staatsrechts*. J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.), C. F. MÜLER, Heidelberg, II, 1987, págs. 673 y ss.

(129) PETER HABERLE: *Verfassung als öffentliche Prozess*. Duncker & Humblot, Berlín, 1978, en especial el trabajo «Zeit und Verfassung», págs. 59 a 93. Ver también del mismo autor, *Verfassungsin-terpretation und Verfassungsgebung*, Zeitschrift für Schweizerisches Rechts, Vol. 97, 1978.

(130) Cfr., STEIMBERG: «Verfassungspolitik und offene Verfassung», en *JZ*, 1980.

desde el presupuesto de que «el derecho constitucional debe ser constantemente redefinido» (131), «concretizado» (132).

Aun sin encontrarse el fenómeno tan acabado en Alemania como en los Estados Unidos, con una Constitución cercana y un poder de reforma constitucional muy fértil, la tendencia es la misma en ambos casos: construcción constante de una *Constitución jurisprudencial*, crecientemente distanciada del texto inicial y del sistema originario de legitimidad (sustentado en la serie soberanía popular —poder constituyente— poderes constituidos).

VII. ACTIVIDAD CREADORA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO

«El funcionamiento práctico de este sistema arroja una experiencia formada en su mayor parte por juicios incidentales, y, en menor medida, por juicios principales, juicios sobre conflictos entre poderes y de admisibilidad de referéndum» (133). Se distingue: *a*) el período de 1956 a 1963, en el que, esencialmente, el Tribunal Constitucional se dedica a «limpiar» la legislación del período fascista; *b*) una «edad de oro» (134), de 1964 a 1974, en que es ya requerido para controlar las leyes de la nueva democracia; *c*) la fase de *l'Emergenza* nacional, que «marcó profundamente su papel en la primera mitad de los ochenta» (135), en la que ostensiblemente sufrió «una pérdida de brillo» (136); y *d*) el período de revitalización, desde 1986, en el que recupera el prestigio y vuelve a gozar de autoridad indiscutida (137).

En la espesa tipología de las sentencias del TC italiano, las cuatro clases de ellas más complejas y polémicas —alternativas, aditivas, sustitutivas y de delegación o habilitación— reciben una diversidad de nombres y muy variadas valoraciones. En cuanto a lo primero, unos autores emplean la denominación global de *sentencias integrativas*, atendiendo a que son sentencias todas ellas que completan normas o

(131) GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, cit., págs. 53-54.

(132) Es la «Verfassungsinterpretation als Konkretisierung» de la que habla KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, 15 edic., 1985, 60 ff.

(133) A. PIZZORUSSO: «La Corte Costituzionale», en *Garanzie costituzionale*. Il Foro, 1983, págs. 87-89.

(134) La expresión es de A. PIZZORUSSO: «L'attività della Corte costituzionale nella sessione 1982-1983», en *Foro Ital.*, 1983, V, pág. 38.

(135) MASSIMO LUCIANI: «Commentaires sur le jurisprudence constitutionnelle», en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. III, 1987, Economica/PUAM, París, 1989, pág. 663.

(136) L. ELIA: «Giustizia costituzionale e diritto comparato», en *Cuaderni costituzionale*, 1984, pág. 16.

(137) J. CL. ESCARRAS: «La Cour constitutionnelle en 1986», en *A.I.J.C.*, Economica/PUAM, 1986, pág. 472.

les incorporan nuevos principios (138), otros hablan de *sentencias normativas* (139), *sentenze legge*, *sentencias interpretativas* (140), y *sentencias creativas* (141). «Sin embargo, la terminología más extendida parece ser la de “sentencias que manipulan la norma”, o *sentenze manipolative*”» (142).

«No cabe duda de que a través de esas definiciones hay una voluntad implícita de crítica al Tribunal Constitucional... Se ha resaltado el carácter anormal de las sentencias que manipulan la norma. Y se ha sostenido que el Tribunal, mediante tales decisiones, ha ido más allá de las atribuciones que le son conferidas en el artículo 136 de la Constitución: los jueces constitucionales se habrían arrogado, bajo la cobertura de las declaraciones de inconstitucionalidad, una verdadera función legislativa. Más aún, habrían asumido la posición de un superlegislador, dado el efecto *erga omnes* de sus sentencias» (143).

Se sigue argumentando en esa línea que la Constitución no faculta al Tribunal para ampliar el alcance normativo de los textos, sino sólo para reducirlos (C. Lavagna). Para Silvestri, «más que actuar como un órgano de mejoramiento constitucional de las leyes, el Tribunal constitucional debería limitarse a cortar por lo sano desde el momento en que considera a una norma inconstitucional» (144). O bien se considera que, al menos, el imperativo de las sentencias manipulativas debería reducirse a los jueces directamente afectados (Picardi).

Por la otra parte, para quienes relativizan o racionalizan la criticada obra creadora del Tribunal Constitucional, «el carácter constructivo de las sentencias que manipulan la norma es más aparente que real, al menos en la mayoría de los casos» (145), o bien, como sostuvo Crisafulli, «el Tribunal constitucional no crea libremente la norma (como lo hace el legislador), sino que se limita a concretarla para cubrir lagunas... Sería una legislación *a rime obligate*» (146), en todo caso. El Tribunal no construye la norma destinada a insertarse en el derecho positivo, sino que sólo

(138) Cf. N. PICARDI: «Le sentenze integrative della Corte costituzionale», en *Riv. Dir. Proc.*, 1975, pág. 37 y ss.; del mismo autor, «Sentenze integrative della Corte costituzionale e vincolo del giudice», en *Giur. Civ.*, 1979, I, pág. 1110 y ss.

(139) Cf. G. SILVESTRI: «Le sentenze normative della Corte costituzionale», en *Giur. Cost.*, 1984, I.

(140) Cf. C. MORTATI: «Efetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale», en *Giur. Cost.*, 1959, pág. 551. L. MONTESANO: «Sulle sentenze di incostituzionalità “interpretativa”», en *Giur. It.*, 1969, IV, pág. 97. C. BRANCA: «Sentence interpretative e agiografia», en *Pol. Dir.*, 1971, pág. 655.

(141) Cf. «Tribunal Constitucional italiano», informe a la VI Conferencia... cit., pág. 178.

(142) *Idem, idem*. Ver también, A. GUARINO: «La sentenze costituzionale “manipolative”», en *Dir. Giur.*, 1967, pág. 433; A. PIZZORUSSO: «A proposito delle sentenze “manipolative”», en *Foro It.*, 1971, I, pág. 2124. y «Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale», en *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982; G. U. RESCIGNO: «Reflessioni sulle sentenze manipolative...», en *Giur. Cost.*, 1989, I, pág. 654.

(143) Informe a la VII Conferencia..., cit., pág. 179.

(144) SILVESTRI: «Le sentenze normative della Corte costituzionale», en *Mélanges Crisafulli*, I, pág. 768.

(145) Informe a la VII Conferencia..., cit., pág. 179.

(146) V. CRISAFULLI: *Lezioni di Diritto Costituzionale*, II, cit., págs. 407, 408.

identifica a la que está implícita en el ordenamiento. De alguna forma, se arguye, se trata de una legislación vinculada a un Derecho previo (Pizzorusso).

Desde finales de los ochenta, la cuestión se ha pacificado, «las sentencias que “manipulan” la norma son aceptadas, en general, tanto por la doctrina como por los demás jueces, al igual que por parte de los parlamentarios» (147). Ese consenso general básico representa en opinión de algunos una superación del debate sobre la legitimidad (148). Ahora bien, una cosa son los problemas de legitimidad, límites, racionalización y cuantificación de la creación, y otra lo indiscutible, el que exista *un poteri creativi delle Corte costituzionale* italiana (149), en particular, y *un potere creativo delli Corti costituzionali* (150), en general. Existe una *funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, como mostraba el título de un importante artículo de Modugno en 1981 (151), aunque el autor matice que se trata de una *funzione parallela di indirizzo legislativo* y no utilice, en interpretación de Crisafulli, «el adjetivo “legislativa” *in senso forte*» (152). Lo mismo puede observarse respecto a quienes vieron en una fase del Tribunal Constitucional italiano una función de «supplenza» legislativa y en otra constataron una acentuada tendencia del mismo al *self-restraint* (153). A este último respecto, sin embargo, la autolimitación del Tribunal no es nunca una tendencia definitiva, o constante (154). «La única constante de la jurisprudencia del Tribunal constitucional italiano es la oscilación» (155).

La conclusión incuestionable, por encima de sutilezas, es que, a través de sus técnicas, *la jurisdicción constitucional crea Derecho, y que la acción creadora se desarrolla, en rigor, en dos planos distintos, el constitucional y el legal* (156).

(147) *Idem, idem*.

(148) Para las claves anteriores a esa superación del debate sobre la legitimidad del juez constitucional «creativo», ver, C. MEZZANOTTE, aportación en *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984.

(149) R. LANZILLO: «Poteri creativi delle Corte costituzionale nei giudizi incidentali sulla validità delle leggi», en *Riv. Dir. Civ.*, 1982, I, pág. 661.

(150) L. ELIA: «Il potere creativo delle Corti costituzionale», en AA.VV.: *La sentenze in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, pág. 217 y ss.

(151) En *Giur. Cost.*, 1981, I, 1646.

(152) V. CRISAFULLI: *Lezioni...*, II, cit., págs. 408, 409.

(153) G. ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*, Bolonia, ediciones de 1977 y 1988.

(154) En 1984, por ejemplo, se aprecia en una serie de sentencias del Tribunal Constitucional esa tendencia a la autolimitación, por el hecho de que se opuso entonces a determinadas demandas de jueces que en reenvío solicitaban «sentencias creativas»: cf. L. ELIA: *Giur. cost.*, 1985, pág. 392.

(155) LUCIANI, art. cit.

(156) Cf., FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», en *REDC*, núm. 22, enero-abril 1988, pág. 38.

1. Acción creadora del Tribunal Constitucional italiano en el plano constitucional

El punto de partida en esta materia se encuentra en la interpretación del artículo 2 de la Constitución —«La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, como individuo y en las formaciones sociales en que desarrolla su personalidad»—, el cual pertenece a las llamadas «nociones de contenido jurídico variable» (157), o al género de las «declaraciones de principio» o «cláusulas generales», «de las que se hace uso en los textos constitucionales de modo mucho más amplio y sistemático de lo que es habitual en la ley ordinaria» (158), y cuya interpretación y alcance se encuentran singularmente agravados en el control de constitucionalidad de las leyes (159).

Tales normas «presuponen que para determinar su contenido el juez constitucional pueda fundarse en criterios extrajurídicos... Precisamente, sobre este punto existe respecto al artículo 2 de la Constitución italiana una controversia entre dos tesis opuestas. Según una, dicho precepto no cumpliría más que una función de “recapitulación” de los derechos inscritos en la Constitución, en sus artículos 13 y siguientes. En base a eso, y según los estrictos postulados del positivismo jurídico, las virtualidades del artículo 2 no podrían ser explotadas por el Tribunal constitucional (160). Los únicos derechos fundamentales serían así sólo los expresamente previstos por el texto constitucional. Por el contrario, según la segunda tesis (161), *el artículo 2 es una “norma abierta” que asegura la protección de los derechos fundamentales no-inscritos en la norma suprema...* concepción de “lista abierta” que permite al juez constitucional ajustar estrechamente la actividad legislativa, *haciendo labor de segundo constituyente...* ya sea respecto a los “derechos naturales” olvidados por los redactores de la Constitución, sea respecto a las “situaciones de libertad” que emergen progresivamente en la conciencia jurídica y política y son materializadas en las convenciones internacionales, en las leyes ordinarias o en los valores comunmente admitidos por la sociedad» (162).

Ese debate ha sido eminentemente doctrinal. En la jurisprudencia constitucional la cuestión siempre estuvo clara, como reveló muy explícitamente en 1988 el presidente del Tribunal Constitucional, Francesco Saja: «Una mirada sobre la jurispru-

(157) CH. PERELMAN y R. VANDER ELST: *Les notions a contenu variable en droit*, Bruselas, 1984.

(158) A. PIZZORUSSO: «L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXXIX, 1989, pág. 9.

(159) Cf. A. PIZZORUSSO: «Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi», I Congreso de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica, Aix en Provence, septiembre de 1988.

(160) Cf. A. PACE: *Problematika delle libertà costituzionale*, Cedam, Padua, 1990, pág. 3.

(161) Cf. G. ZAGREBELSKY: «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux», en *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Economica/PUAM, París, 1982, pág. 303 y ss.

(162) MARIE-CLAIRE PONTIUREAU: «L'article 2 de la Constitution italienne et la concrétisation de droits non-écrits», en *A.I.J.C.* vol. V, Economica/PUAM, París, 1991, págs. 97, 98, 102. *Cursivas nuestras*, J. A.

dencia de más de treinta años del Tribunal —afirmó—, muestra que éste siempre puso mucho cuidado en *definir* y proteger los “derechos inviolables del hombre”, reconocidos y garantizados en el artículo 2 de la Constitución. Se trata de unos derechos que —añadía— en la asamblea constituyente fueron considerados como *preexistentes al orden constitucional mismo*, por tanto “inherentes a la naturaleza espiritual del hombre”, y que “*ni la mayoría, ni la unanimidad de los miembros de la sociedad*” pueden suprimir. El Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 252 de 1983, los definió como “un patrimonio inalienable de la persona humana”. Desde hace tiempo —según diciendo— hay controversias abiertas sobre la cuestión de saber si el artículo 2 de la Constitución hace referencia sólo a los derechos fundamentales garantizados por las restantes disposiciones constitucionales o, por el contrario, se funda en la existencia de una “lista abierta” de derechos, permitiendo así a la jurisprudencia constitucional individualizar otras posiciones subjetivas inviolables, haciendo uso de *instrumentos de interpretación histórico-evolutiva*. En el año transcurrido, el Tribunal se ha pronunciado en este segundo sentido, acentuando especialmente la protección de los derechos “de solidaridad”, recientemente puestos en evidencia por la doctrina extranjera» (163).

En la misma dirección, una parte de la doctrina italiana analiza «este retorno al Derecho natural en la Constitución de 1948 como expresión de la necesidad de valores absolutos después de los horrores de la segunda guerra mundial», y establece la conexión lógica entre ese punto de partida y *los nuevos valores e intereses emergentes en la sociedad italiana, cuya adopción por el Derecho constitucional representa la adaptación de éste a los imperativos de la evolución social* (164). Es la misma conclusión a la que llega el citado presidente del Tribunal Constitucional: «La sociedad se transforma a un ritmo rápido, a veces vertiginoso, que hace que las categorías culturales tradicionales puedan alejarse de la realidad. Es por esto que el deber de la jurisprudencia, y, en primer lugar, de la jurisprudencia constitucional, es el de estar atenta a las nuevas exigencias y convertirse en su intérprete» (165). «El método de interpretación histórico-evolutivo resaltado por el Presidente Saja concierne más —en efecto— al contexto social que al contexto jurídico. La historia de los derechos inviolables del hombre no está aún escrita. Sólo lo será al filo de las exigencias de la sociedad» (166).

«El “catálogo abierto” de derechos inviolables del artículo 2 y “los instrumentos de interpretación histórico-evolutiva” (167)» han hecho posible el «descubrimiento» por el Tribunal Constitucional de la siguiente «lista de derechos fundamentales

(163) FRANCESCO SAJA: «La justice constitutionnelle en 1987», Conferencia de prensa dada en 1988, en *A.I.J.C.*, vol. III, Económica/PUAM, París, 1989, pág. 633. Cursivas nuestras, J. A.

(164) Cf. A. BARBERA: Comentario al artículo 2 de la Constitución italiana, en *Commentario della Costituzione*, a cargo de G. BRANCA, edic. cit., T. 1, 1975, pág. 81 y ss.

(165) FRANCESCO SAJA, confer. cit., pág. 644.

(166) MARIE-CLAIRE PONTTHOREAU, cit., pág. 115.

(167) M. LUCIANI, art. cit., pág. 668.

no-escritos» (168): a contraer matrimonio sin discriminaciones (27/1969), a la integridad física (46/1971), a la dignidad, al honor a la respetabilidad, a la intimidad, al respeto de la vida privada y a la reputación (38/1973), a la rectificación de falsas noticias (225/1974), el derecho del embrión a nacer (27/1975), el derecho a la identidad sexual (161/1985), a la libertad sexual (561/1987), a la vivienda (404/1988), a la objeción de conciencia, a la libertad de información, a los signos característicos de la persona, el derecho de autor, los derechos del ateo no encuadrados en los artículos 19 y 21 de la Constitución, el derecho a no prestar juramento, al aborto, a la libre determinación de la voluntad, a la capacidad jurídica y a la personalidad jurídica de las asociaciones. Precisamente, «los derechos inviolables del hombre... en las formaciones sociales en que desarrolla su personalidad», son los menos explorados y de su potencialidad se dice que «podría imprimir una nueva importancia al catálogo de los derechos fundamentales» (169).

La creación de Constitución por el Tribunal Constitucional italiano se ha manifestado también en el reverso de los derechos y libertades. En sus sentencias 19/1962 y 15/1973, «a partir de imprecisas formulaciones creó una cláusula general limitativa de los derechos fundamentales, *el orden público constitucional*, noción no escrita en la Constitución como reacción a la política de orden público del fascismo. Se trataba para los constituyentes de una expresión demasiado elástica (170). En la sentencia de 1962, el Tribunal definió este concepto como “un bien inherente al sistema constitucional...”» (171). En sentencia 102/1975, el Tribunal rechazó el reconocimiento del derecho a la mendicidad creando otras cláusulas limitativas: «la protección del orden social» y «las exigencias de una vida tolerable en sociedad».

Otra área de creación abierta al Tribunal Constitucional emana de adoptar como normas de referencia normas constitucionales «programáticas». «Como la mayor parte de las constituciones contemporáneas, la italiana entra en la categoría de las “elásticas” y “largas”, en cuanto es rica en indicaciones y directrices con valor de programa, especialmente en el terreno de las relaciones económicas y sociales, y en la medida también en que prescribe el respeto de toda una serie de valores, nociones y criterios que no han sido del todo definidos a nivel constitucional. Desde su primera sentencia, el Tribunal constitucional descartó la tesis que le negaba la facultad de operar con los objetivos programáticos de la Constitución como normas de referencia. “La distinción entre las normas que tienen un valor prescriptivo y la que tienen valor de programa”, sentó en su sentencia núm. 1 de 1956, “no es decisiva en los juicios de constitucionalidad”, en tanto que la inconstitucionalidad de una ley puede también “resultar de que sea incompatible con una norma calificada de programáti-

(168) MARIE-CLAIRE PONTTHOREAU, art. cit., 117.

(169) N. ZANON: «Les droits fondamentaux des formations sociales», en *A.I.J.C.*, vol. VII, 1993, pág. 312.

(170) Cf. G. CORSO: «Ordine pubblico», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milán, 1980, pág. 1060.

(171) *Idem*, pág. 134.

ca". Desde ese momento, el Tribunal ha puesto de manifiesto su intención de hacer respetar la Constitución en su integridad, en toda la variedad de aspectos de su estructura y de su contenido, sin excepción de ninguna clase, debiendo para ello apreciar lo *razonable* o coherente de las opciones del legislador con los objetivos constitucionales. A veces, *el Tribunal no ha vacilado en tomar como parámetro de control a las normas constitucionales implícitas que ha extraído, por vía de interpretación, de la combinación de disposiciones contenidas en la Constitución escrita*» (172).

Finalmente, está el campo de la organización territorial del Estado, también propicio a la creación del Tribunal Constitucional, en el que toma como referencia, por ejemplo, «"los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado" en lo que concierne a materias que el artículo 117 de la Constitución atribuye a la autoridad legislativa regional» (173).

VIII. PRODUCCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL POR EL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS

1. *La creación del «bloc de constitutionnalité»*

En la vía de un Derecho Constitucional crecientemente construido por el órgano encargado del control de constitucionalidad de las leyes se inscribirá también Francia, más tardíamente que Suiza, Alemania Federal e Italia, pero de manera más espectacular.

«Es la Constitución de 1958 la que, por primera vez, instituye en Francia un órgano de control de constitucionalidad... La creación del Consejo Constitucional instauraba lo que no era más que la consecuencia de la distinción al fin hecha entre la soberanía nacional, valor supremo, y el poder subordinado del Parlamento» (174). El paso fundamental estaba así dado, pero de modo vacilante y sin consecuencias. «La Constitución de 1958, desposeyendo al Parlamento de soberanía y reduciendo la omnipotencia de la ley creaba las condiciones políticas para un control de constitucionalidad, incluso lo organizaba, pero con una timidez que testimoniaba el prestigio conservado por el dogma tradicional de la supremacía de la ley, y que dejaba planear una duda sobre la eficacia del sistema» (175).

(172) Informe sobre el Tribunal Constitucional italiano presentado a la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos, cit., pág. 170. Cursiva nuestra, J. A.

(173) *Idem*, pág. 171.

(174) LÉO HAMON: *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir: le Conseil Constitutionnel*, Fayard, París, 1987, págs. 141-142.

(175) JEAN RIVERO: *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, 2.ª edic., Economica, París, 1987, pág. 11.

En efecto, hasta 1965, «el Consejo Constitucional interpreta de modo muy restrictivo su competencia, considerandola “estrictamente delimitada por la Constitución”... Sólo a partir de ese año, ciertas decisiones reflejan un espíritu diferente» (176). Se considera, sin embargo, que aun antes de 1965 «el Consejo había dado ya una *interpretación extensiva del concepto de Constitución*. Desde el principio prácticamente, se constata, el juez constitucional ha englobado en el bloque de constitucionalidad leyes orgánicas, a las que fueron confrontadas en varias ocasiones leyes ordinarias, dando así un sentido muy amplio a la noción de Constitución» (177).

De manera incipiente, pues, pero inequívoca, el Consejo apunta desde sus inicios hacia la creación de *Derecho Constitucional* material. Lo extraordinario fue que el fenómeno se agigantó de golpe. Hubo una «brusca hinchazón del “bloque de constitucionalidad”» (178), con la crucial decisión de 16 de julio de 1971, *coup d'Etat*, para un autor (179), para otro (Rivero), hecho *véritablement historiqué*, que incorpora a la Constitución de 1958 la *Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789* (utilizada por vez primera en el control de una ley con la decisión del Consejo de 27 de diciembre de 1973), el *Preámbulo de la Constitución de 1946*, conteniendo una declaración de derechos económicos y sociales (aplicado por primera vez en el control de una ley en la decisión del Consejo de 15 de enero de 1975), y los *principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república, anteriores a 1946* (uno de ellos, el de la libertad de asociación, aplicado en la propia decisión de 16 de julio de 1971).

Una evidencia estalla entonces, rompiendo los esquemas del Derecho Público francés: la jurisprudencia crea Derecho, y Derecho Constitucional. «Durante decenios, el positivismo se ha revelado contra esta afirmación, la de que la jurisprudencia es fuente de derecho. No puede haber más fuentes de derecho, se sostenía, que las que están constitucionalmente determinadas y no habiendo otorgado la Constitución al juez poder para crear derecho, el juez no puede crearlo. Ahora bien, el juez constitucional demuestra el movimiento andando. Crea derecho, y el ejemplo más impactante se da en Francia con esa extraordinaria revolución operada con la decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971. ¡He aquí, de un solo golpe, la Declaración de 1789, el Preámbulo de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República formando parte de la Constitución, sin que el constituyente de 1958 lo hubiera querido así! *La Constitución francesa ha doblado su volumen por la sola voluntad del Consejo constitucional*» (180).

(176) FRANÇOIS LUCHAIRE: *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, París, 1980, pág. 28.

(177) LOUIS FAVOREU y LOIC PHILIP: *Les grands décisions du conseil constitutionnel*, 6.ª edic., Sirey, París, pág. 248. Cursivas nuestras, J. A.

(178) *Idem, idem*.

(179) ALAIN WERNER: «Conseil constitutionnel et appropriation du pouvoir constituant», en *Pouvoirs*, núm. 67, 1993, pág. 121.

(180) JEAN RIVERO, *op. cit.*, pág. 182 (cursivas J. A.)

El caso es «un claro ejemplo de *modificación tácita de la Constitución*, llevada a cabo mediante una interpretación de su texto totalmente distinta de la intención de los constituyentes» (181). «La decisión de 1971 es considerada veinte años después como un acontecimiento casi revolucionario» (182). «La fecha es histórica porque marca el punto de partida de la metamorfosis del Consejo Constitucional, que será consagrada por la reforma constitucional de 1974» (183). En efecto, «si aquella decisión extiende considerablemente los poderes del Consejo, tal extensión no alcanzará sus verdaderas dimensiones más que gracias a la Ley Constitucional de 29 de octubre de 1974, que permite a 60 diputados o a 60 senadores instar el control de constitucionalidad» (184).

2. *Potenciación del Consejo Constitucional desde 1971*

La consecuencia inmediata de la decisión de 1971 fue un primer incremento de poder y prestigio del Consejo Constitucional. La siguiente consecuencia fue prepararle para recoger los frutos de la reforma constitucional de 1974 (185). En efecto, «la extensión del derecho a instar la acción del Consejo a 60 diputados o 60 senadores produjo un considerable desarrollo de la jurisprudencia del Consejo Constitucional y el aumento de los poderes de éste» (186). «Desde el punto de vista cuantitativo, las cifras hablan: el número de decisiones rendidas por el Consejo en control sobre leyes ordinarias (art. 61 de la Constitución) se multiplicó por cinco durante los siete años siguientes a la reforma de 1974» (187). Mientras que en catorce años (1959 a 1974) el Consejo había producido nueve decisiones en ese campo, a continuación, y en la mitad de tiempo, rendirá 47, de las cuales 45 lo fueron a instancia parlamentaria, es decir, por la vía abierta a la oposición política por la reforma de 1974 (188). «Tales cifras no expresan solamente una diferencia cuantitativa, revelan un cambio

(181) ALESSANDRO PIZZORUSSO: «L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXXIX, 1989, pág. 8.

(182) FRANÇOIS LUCHAIRE: «La décision du 16 de Juillet 1971», en *Annuaire International de Justice constitutionnelle*, vol. VII, 1991, Economica/PUAM, París, 1993, pág. 77.

(183) PIERRE AVRIL y JEAN GICQUEL: *Le Conseil constitutionnel*, 2.ª edic., Montchretien, París, 1993, pág. 39.

(184) F. LUCHAIRE: «La décision...», cit., pág. 84.

(185) Cf. LOÏC PHILIP: «Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel», en *Revue Française de Science politique*, vol. 34, núms. 4-5, especial sobre «La Constitution de la cinquième République», agosto-octubre 1984, para origen y balance de la reforma de 1974 pág. 988 y ss.

(186) Palabras del diputado de PCF, Charles Lederman, en la sesión del Senado de 10 de junio de 1992.

(187) P. AVRIL y J. GICQUEL, *op. cit.*, págs. 59-60.

(188) En esos mismos siete años, el total de instancias al Consejo Constitucional para examinar la conformidad de leyes a la Constitución se elevó a 67, de las cuales 63 correspondían a diputados y senadores y sólo cuatro emanan del Primer ministro o del presidente de la Asamblea Nacional: LAURENT

de naturaleza del contencioso constitucional y del papel del Consejo» (189). A la altura de 1991, eran ya 178 las leyes ordinarias que pasaron por el control de constitucionalidad, además de 60 orgánicas (190), cifra la primera que habría quedado reducida a un número insignificante sin la decisiva reforma constitucional en beneficio de las minorías parlamentarias.

Desde 1974 a hoy, el poder del Consejo Constitucional ha continuado su ascenso. La reforma constitucional de 1992 para la ratificación del tratado de Maastricht permitió un nuevo «reforzamiento de su papel jurisdiccional» (191), gracias a la reforma del artículo 54 de la Constitución, por la cual se extendió a los parlamentarios (60 diputados o 60 senadores) el derecho de instar el control del Consejo sobre los tratados internacionales. Pero ya antes de esa reforma, indica un autor, «el Consejo Constitucional había sustituido al Constituyente decidiendo que en aplicación del artículo 61.2 de la Constitución, los parlamentarios podrían hacer controlar la constitucionalidad de un compromiso internacional defiriendo al Consejo la ley de autorización del mismo» (192).

Una nueva ampliación del campo de acción del Consejo y un nuevo grado de poder del mismo se producirían de tener lugar una nueva reforma constitucional que, completando la de 1974, estableciera la participación de los ciudadanos en el proceso de control de constitucionalidad de la ley, mediante la llamada «excepción de inconstitucionalidad» (193) (vía incidental judicial), abierta a todo ciudadano justiciable incurso en una acción contenciosa. Con lo cual, la juriscicción constitucional francesa se ofrecería como la más completa, con control *a priori* y *a posteriori*, y de oficio sobre las leyes orgánicas. Y sin lo cual, una importante laguna sitúa al ciudadano francés en condiciones de inferioridad respecto al de otros Estados de la Unión Europea, en lo que a la defensa de sus derechos y libertades se refiere. La laguna, además, expone a la soberanía francesa a «intervenciones intempestivas de los tribunales de justicia europeos» (194). La mayoría de la doctrina y de los más conocidos juristas parece estar a favor de que se cubra el vacío (195). Hasta el

HABIB: «Bilan de la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel de 1981 à 1986», en *Pouvoirs*, 13, 1986, pág. 198.

(189) P. AVRIL y J. GICQUEL, *op. cit.*, pág. 60.

(190) GERARD SACONNE: «Bilan statistique de l'activité du Conseil constitutionnel (au 1.º février 1991)», en *Pouvoirs*, 13, 1991, págs. 161 a 170. apéndice.

(191) CHRISTOPHER POLLMANN: «La révision de l'article 54 de la Constitution: nouvel avancée de la juridicité...», en *Revue de Droit Public*, 4, 1994, pág. 1111 y ss.

(192) BERNARD POUILLAIN: *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Economica-P.U.A.M., París, 1990, pág. 223.

(193) Sobre la impropiedad de la expresión, empleada en Italia y Francia por comodidad de lenguaje, ver, TH. RENOUX: «L'exception telle est la question», en *Revue française de Droit constitutionnel*, 4-1990, pág. 651 y ss.

(194) G. VEDEL: «Réforme de la Constitution: ni gadget, ni révolution», en *Le Monde*, 6 abril 1990.

(195) Cf. B. DU GRANRUT, art. cit., ; F. LUCHAIRE: «Le droit de se plaindre», en *Le Monde*, 10 de mayo 1990; del mismo autor, «Le control de la loi promulguée sur renvoi des juridictions: une reforme constitutionnelle différée», en *Revue du Droit public*, 1990, pág. 1625 y ss.; P. AVRIL y J. GICQUEL: «Fin

momento, sin embargo, dos proyectos, uno de 1990 y otro de 1993 han sido rechazados por el Parlamento (196). «¿El control de constitucionalidad de la ley por vía de excepción será algún día instituido en Francia? ¿Esta reforma por dos veces “diferida” está definitivamente enterrada? Pretenderlo sería correr un riesgo demasiado grande» (197), se ha dicho.

El ilustre constitucionalista Louis Favoreu, se muestra reticente, sin embargo, a ese avance y llama la atención sobre «sus riesgos», resaltando que «un control de constitucionalidad de las leyes *a posteriori*, completando o doblando el control *a priori*, produciría en Francia mucho más impacto que en otros países..., incrementaría demasiado la presión del control sobre las leyes votadas por el Parlamento nacional» (198). La cuestión capital no es para este autor ampliar por esa «arriesgada» vía el control de constitucionalidad, sino avanzar en *la constitucionalización del conjunto de las ramas del derecho que realiza la justicia constitucional* (199). En todo caso, propone «una etapa intermedia» antes de implantar la «excepción de inconstitucionalidad» a favor de los ciudadanos justiciables: «dar al Consejo de Estado y al Tribunal de Casación la facultad de reenviar al Consejo constitutionnel una cuestión de inconstitucionalidad planteada a propósito de una ley promulgada» (200).

3. Aumento continuo de la Constitución

Estamos ante «una Constitución en movimiento permanente» (201). «Más que escrita, la Constitución francesa se ha hecho más y más jurisprudencial desde 1971» (202). «El cambio producido en 1971 fue ante todo cuantitativo, en la medida en que el aumento de las disposiciones o principios que integran el bloque de constitucionalidad fue considerable. Pero es también y sobre todo cualitativo, pues, de una parte, indiscutiblemente, la inserción en el bloque de constitucionalidad de una serie de reglas y de principios afectando a los derechos y libertades modifica su naturaleza; y, de otra parte, *en adelante las posibilidades de extensión del bloque de*

d'une "anomalie"», en *Liberation*, abril 1990; D. MAUS, «Aller plus loin», en *Le Monde*, 23-24 julio 1989; J. ROBERT: «La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français. Bilan et réformes», en *Revue du Droit public*, 1990, pág. 1255 y ss.

(196) Cf. JACQUES VIGUIER: «La participation des citoyens au processus de contrôle de la constitutionnalité de la loi dans les projets français de 1990 et de 1993», en *Revue du Droit public*, 4, 1994, págs. 969 a 999.

(197) *Idem*, pág. 999.

(198) LOUIS FAVOREU: «"L'exception d'inconstitutionnalité" est-elle indispensable?», en *Annuaire International de Justice constitutionnelle*, vol. VIII, Economica/PUAM, París, 1994, pág. 14.

(199) *Idem. idem*. Cursiva por el propio autor.

(200) *Idem*, pág. 22.

(201) ALAIN WERNER, art. cit., pág. 130.

(202) MARIE-CLAIRE PONTTHOREAU: *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, París, 1994, pág. 140.

*constitucionalidad son prácticamente ilimitadas, habida cuenta la libellé de las Declaraciones de derechos y Preámbulos» (203). «El Consejo constitucional, usando de su poder de interpretación, recrea sin cesar la Constitución» (204). «La Constitución francesa se convierte así en un *espacio viviente*, un acto abierto a la creación continua de derechos y libertades... Cada año, o casi, el Consejo atribuye valor constitucional a un nuevo derecho o a una nueva libertad, generando una constitucionalización continua de derechos y libertades clásicas y de derechos económicos y sociales, así como una ampliación constante del principio constitucional más solicitado, el de igualdad» (205). Junto a éste, «el principio de la libertad individual se convierte en un principio nido (*gigogne*) que estalla en una multitud de derechos constitucionales» (206).*

De forma muy llamativa, en 1994 el Consejo procedió a *la consagración de un nuevo principio constitucional: la protección de la dignidad de la persona humana*, al efectuar el control de constitucionalidad de las llamadas leyes sobre la bioética: «No estando escrito ni en la Declaración de 1789, ni en el Preámbulo de 1946, ni en la Constitución de 1958, ni incluso en la Convención europea de Derechos del hombre, el principio de salvaguardia de la dignidad de la persona ha sido creado, es decir, traído por los jueces constitucionales. Si la creación jurisprudencial de principios constitucionales, que hace de la carta de derechos y libertades una obra nunca cerrada ni acabada, no es una verdadera novedad, por el contrario, el *modo de creación* en este caso representa sin duda un salto cualitativo en el trabajo de interpretación hasta ahora realizado por el Consejo» (207).

La evolución de la carta jurisprudencial de libertades y derechos fundamentales a cargo del Consejo Constitucional arrojó en 1995 la «consagración de dos nuevos principios, el respecto de la vida privada y la libertad de manifestación (decisiones ambas de 18 de enero), y la formulación de tres nuevos derechos constitucionales: el derecho a la libertad individual, a la independencia de los profesores de Universidad y a disponer de una vivienda digna» (208).

«La fecha de nacimiento de un principio constitucional no es nunca fácil de determinar... El juez constitucional raramente declara del golpe, sin prevenir, un

(203) LOUIS FAVOREU y LÓIC PHILIP, *op. cit.*, pág. 249. Las cursivas son nuestras, J. A.

(204) DOMINIQUE ROUSSEAU: «Une résurrection: la notion de Constitution», en *Revue du Droit Public*, 1, enero-febrero, 1990, pág. 16.

(205) *Idem: Droit du contentieux constitutionnel*, edic. cit., págs. 327, 334 y ss. Para el principio de igualdad ante la ley, CHARLES LEBEN: «Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi», en *Revue du Droit Public*, 2, 1982.

(206) *Idem*: «Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1992-1993», en *Revue du Droit Public*, 1, 1994, pág. 110; ver en las páginas precedentes y posteriores los nuevos derechos creados por el Consejo desde octubre del 92 a septiembre del 93.

(207) *Idem*: «Chronique de jurisprudence constitutionnel, 1993-1994», en *Revue du Droit Public*, 1, 1995, págs. 54-55.

(208) *Idem*: «Chronique de jurisprudence constitutionnelle, 1994-1995», en *Revue du Droit publique*, núm. 1, 1996, págs. 16 a 21.

principio; prefiere una gestación lenta, desarrollando su razonamiento interpretativo de decisión en decisión, operando por deslizamientos sucesivos, hasta el punto de dar lugar a discusiones doctrinales en cuanto a la decisión que *verdaderamente* ha constitucionalizado tal o cual principio. Así puede decirse del *derecho al recurso jurisdiccional*, principio cuya consagración parece finalmente acabada con la decisión de 9 de abril de 1996..., pero que ya estaba en una decisión de 1994 y en otra de 1989... La misma interrogante "existencial" vale para el *principio de seguridad jurídica*... respecto a decisiones de 1995 y 1996» (209).

«Con la *decisión de 19 de noviembre de 1997*, la carta constitucional se ha, quizá, enriquecido con un nuevo principio: la solidaridad territorial. Ya subyacente en varias decisiones, acaba de ser expresamente nombrado por el Consejo» (210).

4. *Variedad de normas de referencia no escritas empleadas por el Consejo Constitucional*

Sobre las normas de referencia no escritas empleadas por el Consejo Constitucional cabe hablar primero de los *principios generales del derecho*. «Es cierto que el Consejo los ha utilizado poco hasta el presente, pero lo que cuenta es que lo haya hecho (22 de mayo y 25 de julio de 1979, principios de la separación de poderes y de la continuidad de los servicios públicos, ambos de valor constitucional) y la potencialidad que representan» (211).

Dentro de los principios generales del derecho la doctrina distingue los llamados *principios de valor constitucional*, introducidos por el Consejo Constitucional «para designar de manera genérica todas las normas que, sin estar contenidas en el cuerpo mismo de la Constitución tienen un rango constitucional» (212). «A pesar de las dificultades —se sostiene, sin embargo— el proceso de creación de los principios generales de derecho se distingue del de los principios de valor constitucional, en el sentido en que los primeros no derivan necesariamente de una fuente escrita, a diferencia de los segundos que encuentran siempre su fundamento en un texto» (213).

Tal criterio de distinción, sin embargo, no es muy compartido: decisiones del Consejo Constitucional de 1979 y 1980, que consagran principios considerados de «valor constitucional» —los de separación de poderes, de libertad de circulación, de

(209) *Idem*: «Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1995-1996», *Revue du Droit Public*, 1, 1997, págs. 17 y 18.

(210) *Idem*: «Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1996-1997», *Revue du Droit Public*, núm. 1, 1998, pág. 44.

(211) M.-C. PONTTHOREAU, art. cit., 99, más nota 12.

(212) LOUIS FAVOREU: «Année chamière: le développement de la saisine parlementaire et la jurisprudence relative aux libertés et droits fondamentaux», en *Revue du Droit public*, 1978, pág. 840.

(213) M.-C. PONTTHOREAU: *Le reconnaissance des droits non-écrits...*, cit., pág. 131.

continuidad de la vida nacional, de protección de la salud y de la seguridad de personas y bienes— fueron muy criticados como «expresión del poder normativo del Consejo», y se le reprocha a éste, precisamente, el que «no se haya ocupado de conectar esos principios a ninguna disposición constitucional» (214). Por otra doctrina, en fin, se sostiene, quizá clarificadoramente, que, en realidad, «la existencia de principios generales en derecho constitucional positivo» es «telón de fondo de otras fuentes constitucionales no escritas empleadas como normas de referencia en la jurisprudencia del Consejo constitucional» (215), «creadas por el propio Consejo... inductivamente» (216). Y hay tres principales entre esas fuentes: los *principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*, los *principios particularmente necesarios a nuestro tiempo*, y los *objetivos de valor constitucional*.

La noción *principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República* aparece en el Preámbulo de la Constitución de 1946, y «levanta opciones interpretativas idénticas a las planteadas por el artículo 2 de la Constitución italiana, aunque la noción francesa ofrece menos posibilidades en tal sentido que la de “derechos inviolables del hombre”» (217). Analizando el enunciado, por el término *principios fundamentales* se entiende «unos principios esenciales planteados por el legislador republicano, tocante al ejercicio de derechos y libertades y que han recibido aplicación con una constancia suficiente en la legislación anterior a la Constitución de 1946» (218). En cuanto a la expresión *leyes de la República*, engloba a leyes de «las tres Repúblicas anteriores a 1946, y no sólo de una» (219). Por lo demás, el número de tales leyes es abierto. Tal indeterminación evidencia el alto grado de libertad de extracción de tales principios de que disfruta el Consejo Constitucional. Lo corrobora el que «raramente el Consejo concreta el contenido del “principio fundamental” en relación con su fuente de origen», y en ocasiones, incluso, como «en su decisión de 25 de julio de 1989, consagra un nuevo “principio fundamental” (la atribución de las autoridades judiciales en materia de protección de la propiedad inmobiliaria) sin citar la ley que lo funda», y hasta «puede suceder que el principio permanezca después que la ley que lo consagró haya sido abrogada, como ocurrió en la decisión de 22 de julio de 1980, en la que el Consejo eleva a principio constitucional la independencia de la jurisdicción administrativa» (220).

«En verdad, se está muy cerca de la creación *ex nihilo* cuando el juez constitucional francés consagra un *principio fundamental*, o el juez constitucional italiano

(214) *Idem*, págs. 126 a 129.

(215) BERTRAND FAURE: «Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique?», *Revue française de Droit constitutionnel*, núm. 21, 1995, pág. 51.

(216) JACQUES MEUNIER, *op. cit.*, págs. 148 y 150.

(217) MARIE-CLAIRE PONTHEAUX: *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française*, pág. 116.

(218) B. GENEVOIS: *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principios directores*, S.T.S., París, 1988, pág. 292.

(219) *Idem*, pág. 121.

(220) M.-C. PONTHEAUX: *La reconnaissance des droits non-écrits...*, cit., págs. 133, 137.

un derecho inviolable del hombre. Desde el punto de vista formal, hay una diferencia de grado, pero desde el punto de vista material el que el juez reconozca un derecho de manera autónoma, es decir, sin referencia textual, o que lo haga a partir de una disposición semejante al artículo 2 de la Constitución italiana o a una contenida en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, es lo mismo: son dos operaciones de idéntica naturaleza... La capacidad generativa de los “derechos inviolables del hombre” y de los “principios fundamentales” permite crear y justificar el reconocimiento de una *diversidad de derechos*... El texto en ambos casos no es ya una coerción o límite, sino una coartada, a menos que fuese utilizado siguiendo una regla de interpretación idéntica y constante. Por ello, sería necesario que el Consejo constitucional concretase las condiciones de existencia de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República» (221).

En relación con eso, «se podría sostener, según D. Turpin, que el Consejo constitucional viene a considerar los textos como “fuentes de inspiración” para consagrar el valor constitucional de tal o cual principio que él juzga fundamental para la protección de los derechos y libertades. Esa actitud pretoriana le permite no dejarse encerrar por los textos y resolver más fácilmente las contradicciones» (222).

Los dos últimos tipos de normas de referencia empleadas por el Consejo Constitucional e «inducidas» del Preámbulo de la Constitución de 1946, los *objetivos de valor constitucional* y los *principios particularmente necesarios a nuestro tiempo*, se distinguen de la primera, los *principios fundamentales*, «por el espíritu social» (223), nutriéndose, por una parte, del «realismo jurídico» norteamericano (224), que desde Holmes «invita a los jueces a sopesar las ventajas sociales de sus decisiones» (225), y por otra, de la «Constitución dirigente» europea, cuya crisis se debate actualmente (226).

En especial, los *objetivos de valor constitucional* son normas de referencia jurisprudencial de «naturaleza teleológica... fijan orientaciones y prioridades, fines a alcanzar», revelan «el desarrollo de una producción jurídica programadora, indisoluble de un “Estado propulsivo” comprometido en la protección económica y social..., son resultado de necesidades de orden social, responden a las aspiraciones esenciales de la sociedad» y, en su conjunto y fondo, *plantean en términos de exigencia constitucional una ética social bajo el control directivo del Consejo constitucional* (227).

(221) *Idem*, págs. 137 y 143.

(222) Cif., DOMINIQUE TURPIN: *Contentieux constitutionnel*, PUF, París, 1994, págs. 138 y 139; L. FAVOREU, «Le droit constitutionnel jurisprudentiel», en *Revue du Droit Public*, 1986, pág. 493.

(223) BERTRAND FAURE, art. cit., pág. 76.

(224) Cfr., F. MICHAUT: *L'école de la «sociological jurisprudence» et le mouvement réaliste américaine. Le rôle du juge et la théorie du droit*, Tesis, Universidad París X, 1985, pág. 67 y ss.

(225) Cfr., OLIVER W. HOLMES: «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, 1897.

(226) Cfr., JOSE JOAQUIM GOMES CANOTILHO: «¿Revisarla/o romper con la Constitución dirigente?», *REDC*, núm. 43, enero-abril 1995.

(227) BERTRAND FAURE, art. cit., págs. 47, 48, 59 y 77. Cursiva nuestra, J. A.

La denominación *objetivos de valor constitucional* parece surgir en la decisión del Consejo Constitucional de 27 de julio de 1982 sobre la protección de la libertad y el pluralismo en la ley sobre la comunicación audiovisual. Hoy engloba normas constitucionales jurisprudenciales que tienden a constituir un grupo específico, o nueva categoría jurídica. Mediante tales «objetivos», «el juez constitucional parece someter a sectores muy diferentes de la vida pública nacional a una doctrina, incluso a una ética necesaria: la pacificación social en las relaciones laborales, el pluralismo y la transparencia financiera de las empresas de medios de comunicación, la protección de la salud pública, la salvaguarda del orden público, la continuidad de los servicios públicos, la lucha contra el fraude fiscal, la posibilidad para toda persona de disponer de una vivienda digna» (228).

5. *La fuerza del contexto*

El contexto social se suele presentar como desencadenante principal de la interpretación creadora del Consejo Constitucional. La argumentación del juez constitucional se mueve en «una especie de necesidad», algo que esté «en la naturaleza de las cosas» (229), en la línea del realismo jurídico estadounidense y «sopesando las consecuencias sociales de sus decisiones», como aconsejaba Holmes. De manera bastante pareja al italiano, el juez constitucional francés «decanta su preferencia por una interpretación en función del estado de la sociedad y de sus evoluciones, a fin de hacer de la Constitución un texto viviente... Mientras el Tribunal de Karlsruhe intenta construir un sistema de valores constitucionales coherente y completo, el objetivo principal de las jurisdicciones constitucionales italiana y francesa es dar vida al texto constitucional» (230).

La fuerza del contexto y el *realismo* que genera surte sus efectos «en la política jurisprudencial sobre autoridad de la cosa juzgada» (231): «la Alta jurisdicción francesa, entendiendo en buena medida que no debe dejarse encerrar por sus apreciaciones pasadas, *toma en cuenta la evolución del contexto, político, económico y social de las normas que le son sometidas para control y hace evolucionar en consecuencia su jurisprudencia*» (232). «La Constitución está ahí para ser adaptada a la vida de nuestra sociedad», afirma un juez constitucional francés en una encuesta, añadiendo, «cada asunto, incluso si parece idéntico a otro precedente, debe ser examinado a la luz del contexto nacional en que se vive». Dicho juez «reproduce los

(228) *Idem*, pág. 47.

(229) JACQUES MEUNIER, *op. cit.*, pág. 156.

(230) M.-C. PONTTHOREAU: *La reconnaissance des droits non-écrits...*, cit., pág. 146.

(231) JEAN-CLAUDE ESCARRAS: «Le juge constitutionnel, le législateur et les juges ordinaires. Introduction», en *Annuaire international de justice constitutionnel*, vol. II, 1986, pág. 33.

(232) F. MODERNE: Informe en *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ-Montchrestien, París, 1988, pág. 30. *Cursiva en el original.*

análisis realistas acerca de la decisión jurisdiccional y, constatando la libertad que ésta deja al Consejo Constitucional postula hacer de ella el uso más adecuado a las necesidades sociales» (233).

Los *objetivos de valor constitucional* son los que mejor expresan la fuerza del contexto en la estrategia argumentativa del Consejo Constitucional, el cual tiene «la misma tendencia que el Tribunal Constitucional italiano a ocultar su poder creador» (234). Un paradigma de ello lo proporciona la decisión del Consejo de 9 de enero de 1995, en la que cualifica como «objetivo de valor constitucional la posibilidad para toda persona de disponer de una vivienda digna». «Entre 1990 —en que el Consejo ya sentó que “promover el alojamiento de personas desfavorecidas responde a una exigencia de interés nacional”— y 1995 —en que avanza en el esclarecimiento de un derecho en ese terreno con la citada decisión—, el número de excluidos, de pobres y sin techo aumenta, y, en el momento en que el Consejo se pronuncia, durante el invierno 1994-1995, la sociedad está movilizadada sobre la cuestión de la vivienda: asociaciones, intelectuales, pastores de iglesias apoyan la ocupación de inmuebles vacíos; unos alcaldes descubren la ordenanza de 1945 que autoriza las requisiciones de pisos; los candidatos a las elecciones presidenciales hacen del alojamiento social su prioridad... Ni sordos, ni ciegos, los miembros del Consejo Constitucional registran esa concordancia social haciendo de la obtención de una vivienda digna un nuevo objetivo constitucional. Ellos son los autores, puesto que tal objetivo no figura explícitamente en ningún texto constitucional..., testimoniándose así que el Consejo no es la jurisdicción de un derecho muerto» (235).

Nunca tan clara como ahí la existencia de «una especie de *habilitación implícita dada por el constituyente al intérprete para reemplazar su pensamiento en un nuevo contexto social*» (236).

6. Deducciones comparativas y consecuencia última

En línea con el pensamiento francés, cabe interpretar que lo que la decisión de 1971 elevó a norma suprema fue la *Constitución social* de Hauriou (237), que este tratadista había identificado con la gran Declaración de 1789 (238).

(233) JACQUES MEUNIER, *op. cit.*, pág. 129.

(234) M.-C. PONTTHOREAU: *La reconnaissance des droits non-écrits...*, cit., pág. 147.

(235) D. ROUSSEAU: «Chronique de jurisprudence constitutionnelle, 1994-1995», cit., págs. 21 a 23.

(236) YANN AGUILA: «Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle», en *Revue française de Droit constitutionnel*, núm. 21, 1995, pág. 27.

(237) Cf. P. AVRIL y J. GICQUEL, art. cit., pág. 129.

(238) M. HAURIOU: *Précis de Droit Constitutionnel*, 1929, reimpresión C.N.R.S., París, 1965, pág. 611 y ss.

En línea norteamericana, «con el Consejo Constitucional, la Constitución francesa se convierte en un texto viviente» (239). Y «con la jurisprudencia del Consejo constitucional, la Constitución deviene una creación continua... no escrita y acabada de una vez por todas, sino siempre prolongada... La novedad de esta jurisprudencia consiste en dotar de una posibilidad de prolongación natural a las Constituciones» (240). «En la solución francesa como en la americana, la autoridad encargada de estatuir sobre la constitucionalidad de las leyes labra la Constitución, y lo hace con una autoridad suficiente como para que *sus decisiones se integren en el corpus constitucional*» (241).

Naturalmente, la gran creación constitucional que fue la decisión de 1971 no expresó una *souveraineté absolue* del Consejo Constitucional, en tanto podía ser anulada por dos vías: mediante un referéndum del pueblo soberano, contra cuya voluntad directamente expresada ya se declaró incompetente el propio Consejo en 1962, o mediante una reforma de la Constitución, como ha enfatizado Vedel esgrimiendo el argumento clásico, resaltado por Eisenmann, de que lo que realmente hace el juez constitucional es censurar un procedimiento legislativo erróneo, el ordinario, cuando correspondía el de reforma constitucional. Pero, como también se dijo en el debate francés, y puede hacerse extensivo a cualquier acto de jurisprudencia constitucional creadora, «la reforma de la Constitución es una maquinaria extremadamente pesada, y en todo caso nunca se ha puesto en marcha para contrarrestar una decisión del Consejo Constitucional» (242).

La consecuencia última es la «desvalorización del texto constitucional». «La jurisprudencia del Consejo Constitucional produce una desvalorización del escrito constitucional, en el sentido en que éste no posee ya, por y en sí mismo, una significación imponiéndose como obligatoria a los actores constitucionales. Las disposiciones del texto quedan reducidas a la cualidad de simples términos que no toman sentido jurídico más que después del trabajo jurisdiccional de interpretación... Buscando una explicación a través del psicoanálisis, se tomaría el mito freudiano de la muerte del padre, y se diría que el Consejo "mata" el texto constitucional, lo devora a continuación para apropiárselo mejor, se pone en su lugar, y lo hace revivir mediante su voz, su acción jurisprudencial. *Desvalorización-revalorización: la resurrección contemporánea indiscutible del concepto de Constitución como acto jurisprudencial debía pasar sin duda por la difuminación del concepto de Constitución como acto escrito*» (243).

(239) DOMINIQUE ROUSSEAU: «Une résurrection: la notion de Constitution», en *Revue de Droit Public*, 1, enero-febrero 1990, pág. 15.

(240) LEO HAMOND: aportación al «Colloque des 21 et 23 Janvier 1988 au Sénat», en *Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ, París, 1988, pág. 441.

(241) DENIS LÉVY, en *idem*, pág. 452, cursiva nuestra, J. A.

(242) GEORGE MALEVILLE, en *idem*, pág. 446.

(243) DOMINIQUE ROUSSEAU: «Une résurrection: la notion de Constitution», cit., págs. 16-17.

La transformación del Derecho Constitucional francés alecciona así ejemplarmente acerca de las transformaciones de la naturaleza de la Constitución en la segunda mitad de este siglo.

IX. SINGULARIDAD DEL «BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD» ESPAÑOL
EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL MATERIAL

Como el de los demás Tribunales Constitucionales, el poder creador del Tribunal Constitucional español se desenvuelve en el terreno de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales, pero su campo más específico y fértil lo tiene en la organización territorial del Estado, o construcción del Estado autonómico.

«El tribunal constitucional español (y el resto de los tribunales europeos) parte de la naturaleza abstracta de los conceptos y valores constitucionales y admite plenamente su concretización a los supuestos de hecho actuales, incluso a los impensables para el constituyente. Es más, se admite como un principio básico el que en el momento constitutivo del Estado se dejarán expresamente los mandatos de forma ambigua... admitiéndose de plano el posible riesgo que ello implicaba de que la solución viniera dada por el Tribunal Constitucional, en la interpretación de los conceptos deliberadamente ambiguos. El caso prototípico de España es la decisión del aborto (finalmente desarrollada en STC 53/1985)... sobre la base de parámetros tan ambiguos como el “todos”, en vez del “todas las personas” a que se refiere el artículo 15 de la Constitución, para *reconocer el derecho a la vida* y sin que nadie haya objetado en lo más mínimo a *la creación por parte del Tribunal Constitucional... de un supuesto de objeción de conciencia que no aparece tampoco mencionado para nada en el artículo 16*, la objeción de conciencia del médico y del personal sanitario a la práctica del aborto (en la misma sentencia citada)» (244).

En cuanto a «la creación de principios superiores... véase, por ejemplo, la *creación del principio de unidad económica nacional* por la sentencia del Tribunal Constitucional español 1/1982, de 28 de enero» (245).

Pero el terreno de creación más propio del Tribunal Constitucional español es, como se ha dicho, el de la organización territorial del Estado, materia en sí constitucional dejada fuera en su mayor parte del texto de la Constitución, por aquel tipo de razones que, en palabras de Delpérée, «inducen al constituyente a dejar subsistir de forma deliberada ciertos enigmas» (246). Ciertamente, el Título VIII de la Constitución española es la parte de ésta que da más razón a la afirmación de F. Müller,

(244) ENRIQUE ALONSO GARCÍA: «La jurisprudencia constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, sept.-diciembre, 1988, págs. 183-184. Cursivas nuestras. J. A.

(245) *Idem*, pág. 186. Cursiva nuestra J. A.

(246) F. DELPÉRÉE: «La Constitution et son interprétation», en *L'interprétation en Droit. Approche pluridisciplinaire*, Publications des Facultés Saint-Louis, Bruselas, 1978, pág. 209.

en su *Juristische Methodik*, de que «el texto jurídico apenas si es la parte descubierta de un iceberg normativo».

El problema viene comprendido en la noción *bloque de la constitucionalidad*, cuyo enunciado es traducción de la expresión francesa *bloc de constitutionnalité*. En ambos casos, la expresión envuelve una creación de Derecho Constitucional ejecutada por el órgano de la jurisdicción constitucional. En cuanto al origen de la noción, en Francia es una creación de la doctrina y en España es el Tribunal Constitucional el que crea «el bloque de la constitucionalidad» a partir de su sentencia núm. 10 de 1982. En cuanto al contenido del *bloque*, en Francia son los derechos, libertades y principios y normas conexos, y en España la materia es el Estado autonómico. El *bloc* tiene una delimitación precisa inicial, cuando es creado en 1971, pero su expansión no tiene límites; el *bloque* es impreciso desde su mismo origen. El primero tiene su razón de ser en la evidente insuficiencia o carácter *lagunario* de la Constitución de 1958 en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, y el español la tiene, no en el artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como parece, sino en la necesidad objetiva de cubrir el vacío dejado por la Constitución a la hora de configurar la distribución territorial u organización vertical del poder en el Estado autonómico.

Tal construcción envuelve un problema: «“bloque de la constitucionalidad” o cualquier otra cosa... tanto en Francia como en España, es el (problema) de *la determinación de la constitucionalidad*. Sucede que lo que estamos poniendo en cuestión... es que, aparte de un concepto formal de “Constitución”, no hay ningún concepto material de “Constitución” al que podamos recurrir para poder operar en la práctica... De manera que de lo se trata es, pura y simplemente, de intentar establecer un concepto material de “Constitución” que no coincide exactamente, o sólo lo hace parcialmente, con el concepto puramente formal. En España, nos encontramos exactamente con el mismo problema, aunque en otro campo... el de la distribución territorial de los poderes» (247).

«El bloque de la constitucionalidad... es el núcleo esencial de la Constitución del Estado español como Estado compuesto... Este núcleo esencial... está contenido normalmente en la Constitución *tout court* del Estado, de manera que, también en este extremo, Constitución material y Constitución formal se identifican. *La peculiaridad de nuestro sistema nace de la ruptura de esta coincidencia, de haber sustraído a la Constitución formal una parte, la más importante, de las normas de delimitación competencial...* La heterogeneidad de las normas que lo integran (al bloque de la constitucionalidad español) impiden incluirlas en el concepto de Constitución, que, como concepto jurídico formal, sólo en parte las engloba, pero *su común naturaleza materialmente constitucional* hace imposible regatearles, al menos, el adjetivo, y es esta tensión entre materia y forma la que, naturalmente, ha

(247) LOUIS FAVOREU y FRANCISCO RUBIO LLORENTE: *El bloque de la constitucionalidad*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, págs. 190 a 192.

llevado a la adopción de una denominación que, separada de su significado original, se adaptaba milagrosamente a nuestras necesidades. Una vez adaptada es necesario, además, tomarla en serio... En su parte más importante el bloque de la constitucionalidad está formado por normas también formalmente constitucionales. Unas, recogidas en el Título VIII de la Constitución, son *normas primarias*; otras, las que forman el cuerpo central del bloque, esto es, las normas de delimitación competencial contenidas en los Estatutos de Autonomía, son *normas constitucionales secundarias*... se ha dicho ya (E. García de Enterría) que los Estatutos tienen un rango superior al resto de las leyes, orgánicas u ordinarias, y esta superioridad de rango es la que califica normalmente a las normas constitucionales secundarias (naturalmente sometidas a las normas constitucionales primarias). La calificación se impone, por lo demás, como incontrovertible... Formalmente, lo que caracteriza a la norma constitucional es su *indisponibilidad por el legislador ordinario*, y éste ni pudo por sí solo aprobar los Estatutos de Autonomía, ni puede hoy, dadas las previsiones en ellos contenidas acerca de su reforma, modificarlos o derogarlos (es claro, por ello, que la opción aceptada para la reforma de los Estatutos resultantes de los Pactos autonómicos es *una opción constituyente*)» (248).

Se sigue, por tanto, el reconocimiento de la *naturaleza material y formalmente constitucional de los Estatutos de Autonomía* (249), con rango de *normas constitucionales secundarias*, siendo las primarias y supremas las escritas en el texto constitucional. Así, «nuestra Constitución está integrada no sólo por la Carta solemnemente promulgada en 1978, que contiene, sin duda, las determinaciones esenciales y condiciona el contenido posible de los Estatutos de Autonomía, sino también por éstos, bajo ella» (250).

«*Junto a las normas constitucionales primarias y secundarias*, el bloque de la constitucionalidad comprende también una considerable variedad de *normas de rango subconstitucional*. Algunas previstas ya expresamente en la misma Constitución como normas de delimitación competencial, o de regulación en el ejercicio de competencias estatutarias concretas (así las leyes a las que se remiten los arts. 149.29, 152.1 y 157.3 de la Constitución); otras, posibles, en virtud de una expresa habilitación al legislador (especialmente en el art. 150); otras, por último, incluidas en el bloque por remisión de algunos Estatutos de Autonomía (por ejemplo, Estatuto de Radio y Televisión, al que se remiten los Estatutos de Cataluña, Galicia y Andalucía)» (251).

En suma, y cerrando con la metodología aquí seguida, el Estado español tiene una *Constitución territorial material* formada por los Estatutos de Autonomía, las

(248) FRANCISCO RUBIO LORENTE: «El bloque de constitucionalidad», en *REDC*, núm. 27, sept.-dic. 1989, págs. 24, 25.

(249) *Idem*, pág. 26. Cursiva nuestra, J. A.

(250) FRANCISCO RUBIO LORENTE: «Sobre la conveniencia de terminar la Constitución, antes de acometer su reforma», en *Claves*, 1993, pág. 11.

(251) FRANCISCO RUBIO LORENTE, art. en *REDC*, cit., pág. 29.

leyes derivadas de los artículos 149, 150, 152 y 157 de la Constitución, algunas otras a las que se remiten los Estatutos de Autonomía, y las normas sentadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que han sido indispensables para la delimitación vertical del poder, o reparto de competencias entre el Estado central y las Comunidades Autónomas.

Tal *constitución territorial material del Estado* traduce, por lo demás, la insatisfacción en España de una necesidad objetiva, la una Constitución federal: «es la Constitución federal la que hace directamente la delimitación de competencias y absorbe el contenido de nuestro “bloque de la constitucionalidad”, cuya correlato se buscaría en vano en la jurisdicción constitucional de los Estados federales (los Estatutos especiales italianos, la única estructura lejanamente semejante a la nuestra, son normas constitucionales)» (252).

En definitiva, el Derecho Constitucional español contiene un *Derecho Constitucional material* territorial, construido bajo la dirección y normas del Tribunal Constitucional. Se ha dado, bajo éste, una «*mutación constitucional*, ostensible, por ejemplo, en conceptos tales como los de bases y competencias exclusivas, cuyo significado actual nada tiene que ver con el... de los constituyentes... la tarea de interpretación del sistema (?) competencial ha tenido que hacerse alterando casi por completo el sentido originario de los preceptos constitucionales» (253).

X. CONCLUSIONES

La defensa de la Constitución lleva consigo un cambio en la naturaleza de ésta, por obra de las jurisdicciones constitucionales, tan indispensables para dicha defensa como inevitablemente creadoras de Derecho Constitucional.

La existencia de la Constitución implica su metamorfosis: la jurisdicción llamada a defenderla necesariamente la transforma.

El Derecho Constitucional jurisprudencial está determinado por complejos contextos sociales, económicos y políticos, incluso transnacionales, y reclama un nuevo *concepto de Constitución material*, sin nada que ver con ningún otro anterior del mismo nombre.

Se ha modificado cualitativamente el planteamiento kelseniano. No está ya en el centro de la jurisdicción constitucional el objetivo de «asegurar la regularidad de las funciones estatales», sino el servicio a funciones y fines garantistas y arbitrales, que desbordan el Derecho Constitucional formal y al método positivista de interpretación.

La complejidad estudiada se resume en dos procesos simultáneos: la *judicialización de la Constitución* y la *constitucionalización del Derecho*, tendentes ambos

(252) *Idem*, págs. 26, 27.

(253) JUAN A. SANTAMARÍA PASTOR: «La jurisdicción constitucional: un brillante balance en peligro», en *Tapia*, núm. 43, dic. 1988, pág. 42.

a la unificación jurídica en cada sistema. Fenómeno lento y que, lentamente también, se inscribe en otro global: «el rechazo a todos los totalitarismos, la existencia de tratados internacionales, el propio universalismo del concepto de Constitución conducen a sostener que existe un zócalo de libertades fundamentales comunes que une, más allá de sus particularidades, a todos los sistemas jurídicos» (254).

Esos procesos y la acción transformadora de la jurisdicción constitucional sobre la propia Constitución tienden a difuminar los contornos de la Constitución formal nacional.

(254) XAVIER ROQUES: «Système majoritaire et contrôle de la constitutionnalité», *Pouvoirs*, núm. 85, 1998, pág. 116.