

Derecho Constitucional y jurisdicciones constitucionales (Estudio comparado y caso español)

JOSÉ ACOSTA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Constitucional

SUMARIO

1. Tesis.
2. La transformación del Derecho Constitucional originario, o constitución de los EE.UU.
 - 2.1. Conclusión puntual.
3. La transformación del Derecho Constitucional por las jurisdicciones constitucionales europeas.
4. Producción de Derecho Constitucional por el Tribunal Federal Suizo.
5. La jurisprudencia suprema y el Derecho Constitucional en Austria.
 - 5.1. Estadio no creativo del Tribunal Constitucional austríaco.
 - 5.2. Apertura del Tribunal Constitucional austríaco a la creación de Derecho Constitucional.
6. Producción de Derecho Constitucional por el Tribunal Constitucional alemán.
7. Actividad creadora del Tribunal Constitucional italiano.
 - 7.1. Acción creadora del Tribunal Constitucional italiano en el plano constitucional.
8. Creación de Derecho Constitucional por el Consejo Constitucional francés.
 - 8.1. Notas metodológicas.
 - 8.2. Expansión material ilimitada del "bloque de constitucionalidad":
 - a) Despliegue de fuentes no escritas como normas de referencia jurisprudencial.
 - 8.3. Consecuencia última: desvalorización del texto constitucional.
9. Singularidad del "bloque de la constitucionalidad" español en la construcción de un derecho constitucional material.
10. El orden supranacional y el derecho constitucional material.
11. Conclusiones.

I. TESIS

Si se analizan conjuntamente los efectos producidos sobre la Constitución de los EE.UU. por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los de las jurisdicciones constitucionales europeas sobre las respectivas constituciones, el resultado es la constatación de una honda transformación general del Derecho Constitucional, remarcada en los Esta-

(1) Antonino Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, Giuffrè, Milán, 1994, pag. 34.

(2) Ver, *idem*, pag. 33.

(3) *Idem.*, pag. 32.

(4) *Idem.*, pag. 28.

(5) Louis Favoreu y Francisco Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, pags. 190 a 192.

(6) Cifr., Patrick Juillard, "Le mythe de la stabilité constitutionnelle aux Etats-Unis", en *Pouvoirs*, Num. 29, 1984, pags. 17-18.

dos de la Unión Europea por el Derecho de ésta y la jurisprudencia supranacional de sus tribunales.

Nuestra 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 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 pre-ocupación por la legitimidad, sino que pone en cuestión la propia, en cuanto disociada 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 grado de desarrollo de los derechos humanos y de los principios y valores de nuestra civilización, o sea, en la propia lógica interna del Estado constitucional actual. 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 "super-

constitución", esencia o "núcleo duro" de la Constitución positiva (así, la *Grundnorm* kelsiana, 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, como su prolongación material.

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⁾.

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 los negros 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 icnesante de la 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, que fue formulada en 1988 un 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 las reglas preestablecidas, puestas y legitimizadas 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 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 ex-

clusivo papel"⁽⁹⁾. Este 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 sienta, 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⁾.

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

(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. Subrayados nuestros, J.A.

(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, pag. 137 y ss. Subrayados nuestros, J.A.

(9) W. Mendelson, *The Supreme Court, Law and Discretion*, Bobbs Merrill, New York, 1967, pag. 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, pag. 153.

(11) Sobre "la deriva conservadora del Tribunal Supremo", O. Frayssé, "L'évolution de la Cour Supreme. Le grands arrêts de la Cour Rehnquist", *La Documentation française, Problèmes politiques*, n° 695, 1993.

(12) Cifr., 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*, pag. 49.

(14) Robert Bork, *The Temptin of America*, Sinclair Stevenson, Londres, 1990, pag. 143.

(15) Cifr., Bruce Ackerman, *We the People*, Teh Belknap Press of Harvard University Press, Massach., Londres, 1991.

(16) "The original understanding", *cit.*, pag. 50 y ss.

(17) Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", en *Harvard Law Review*, 73, 1, 1959.

(18) Una de las más incisivas fue la de Arthur S. Miller y Ronald F. Howell, "The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication", en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 27, 1960, pags. 661 a 695.

(19) Arthur S. Miller y Roland F. Howell, art. cit., pag. 269.

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

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

(22) Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law (1.870-1960)*, Oxford, Nueva York, 1992, p. 3.

(23) Idem., pags. 5 y 6.

(24) S. Levinson, *The Constitution as American Civil Religion*, Princeton University Press, 1988, pag. 108.

(25) M. J. Horwitz, pag. 7.

(26) Idem., pags. 187-188.

(27) Mark V. Tushnet (ed.), *Constitutional Law*, Publishing Company, Dartmouth, 1992, pags. XI y XIV.

(28) Harry H. Wellington, *Interpreting the Constitution*, Yale University Press, Londres, 1990, pags. 49, 51, 52.

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

(30) John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, 1980, pag. 1 y ss.

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 abrió 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 le 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 continúa con 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 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. Perry²⁹. Como ejemplo más relevante, J. Hart Ely³⁰, 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 tradición 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 han 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 aquella, a la que recrea, siendo banal sostener la sujeción de los intérpretes a la intención de

los autores⁽³¹⁾; 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.

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"⁽³²⁾, que se inscribe "en el enorme acrecentamiento de la llamada Constitución informal, por oposición a la que fue enmendada por los procedimientos expresamente previstos"⁽³³⁾. La metamorfosis continua. "El derecho constitucional americano, en general, y en particular la jurisprudencia sobre la Enmienda XIV, se encuentra en un estado de profunda transformación"⁽³⁴⁾, se afirmaba en 1990.

Esos son los hechos. Otra cosa es "el ejercicio académico para justificar o desacreditar la intervención judicial..."⁽³⁵⁾. Los hechos se resumen "en la amplitud de manipulaciones de sentido a las que pueden proceder el Tribunal Supremo"⁽³⁶⁾, en el campo abierto de la fabricación constitucional, el Judge-Made Law⁽³⁷⁾.

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"⁽³⁸⁾..., 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"⁽³⁹⁾. 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"⁽⁴⁰⁾.

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 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"⁽⁴¹⁾.

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"⁽⁴²⁾, "corriente de la historia más que documento (Frankfurte)"⁽⁴³⁾, ante todo "experiencia"⁽⁴⁴⁾, o "living organism", que por ello ha resistido como ley fundamental de un pueblo en constante cambio (Brandeis)⁽⁴⁵⁾. 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"⁽⁴⁶⁾, o transformado en una "Continuos 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"⁽⁴⁷⁾.

¿Va a modificar cualitativamente el Derecho Constitucional material de que hablamos la "verdadera contra-revolución"⁽⁴⁸⁾ que realiza el Tribunal 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

(31) Mark V. Tushnet, cit. pag. XIV.

(32) Paul Brest, "The misconceived quest for the original understanding", en *Boston University Law Review*, Vol. 60, 1980, pags. 204 y 237.

(33) Ronald Dworkin, "Controverse constitutionnelle", en *Pouvoirs*, 59, 1991, pag. 13.

(34) Cfr. Raoul Berger, *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Harvard University Press, Mass., Londres, 1977, pag. 407.

(35) Arthur S. Miller, *Toward Increased Judicial Activism. The Political Role of the Supreme Court*, Greenwood Press, Westport, 1982, pags. 175 a 191. Del mismo autor, *Democracy and the Supreme Court*, Westport, 1985, y "Judicial review", en *Encyclopedia of American Judicial System*, R. J. Janosik (ed.), Vol. III, Nueva York, 1987, pags. 1.154-1.166.

(36) R. Hodder-Williams, *The Politics of the US Supreme Court*, Allen y Unwin, Londres, 1980, pag. 169.

(37) Robin West, "Progressive and Conservative constitutionalism", en *Michigan Law Review*, Vol. 88, Febrero 1990, pag. 641.

(38) Harry H. Wellington, "Foreword" a A. M. Bickel, op. cit., pag. X.

(39) Marie-France Toinet, art. cit., pag. 19.

(40) Cfr., Christopher 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*, 2ª edic. 1988.

(42) Robin West, art. cit., págs. 642, 643 y 648.

(43) L. Tribe, *American Constitutional Law*, 2ª edic., Minnecola, 1988, pag. VIII.

(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 Vorländer, "Continuität und Legitimität der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, 1787-1987" en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tomo 36, Tubingen, 1987, pag. 445.

(46) En idem., pag. 456.

(47) Oliver W. Holmes, *The Common Law*, Boston, 1.881, pag. 1.

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

(49) Hans Vorländer, 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, Num. 12, Mayo-Agosto 1992, págs. 90-91.

(52) Olivier Frayssé, art. cit., págs. 38 a 42.

(53) Alejandro M. Garro, art. cit., pag. 91.

(54) Guy Scoffoni, "Le Congrès des Etats-Unis et la remise en cause des

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 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 hacia los poderes públicos responsables"⁽⁵⁴⁾. Porque, aún 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 "contra-revolución", al ratificar la *Roe v. Wade* del Tribunal Burger (1973), que establecía la libertad constitucional de abortar como indisoluble 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 irrepetible 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 constitu-

cionales 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".

2.1. Conclusión puntual

La metamorfosis del Derecho Constitucional estadounidense, o sustitución de su base formal -la Constitución y sus Enmiendas- por otra materia 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 introdujeron en su regulación (artículo 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, sobre cuestiones electorales, el acceso del Vicepresidente a la presidencia, el derecho al voto a los 18 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 está presente la idea americana de la "*living constitution*", necesitada de una

permanente actualización por parte del Tribunal Constitucional⁶². 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.

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; conjunto 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), más unas notas sobre las jurisdicciones supranacionales europeas.

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 leyes⁶⁹, aunque limitado a las de los Cantones⁷⁰, será también el primero que acosa 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 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 en 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

interprétations constitutionnelles de la Cour Suprême", en *Revue française de Droit constitutionnel*, 16, 1993, pag. 677.

(55) Olivier Frayssé, art. cit., pag. 42.

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

(57) Roger Pinto, "La Cour Suprême américaine et l'avortement", en *Revue de Droit Public*, 4, 1993, p. 909.

(58) Charles Fried, "Constitutional Doctrine", en *Harvard Law Review*, Vol. 107: 1.140, 1994, pag. 1.143.

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

(60) Hemos estudiado esa problemática en nuestra obra *Teoría del Estado y fuentes de la Constitución*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, 1989, pags. 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, 1 abril 1994.

(62) Albrecht Weber, "La jurisdicción constitucional en Europa occidental: una comparación", en *REDC*, Num. 17, Mayo-Agosto 1986, pag. 82.

(63) Louis Favoreu, "L'apport du Conseil constitutionnel au droit public", en *Pouvoirs*, 13, 1991, pag. 23.

(64) Mauro Cappelletti, "Rapport Général" en *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, efficacité et développement récents*, eds. L. Favoreu y J-A Jolowicz, Economía, París, 1986, pags. 291 y 296.

(65) Louis Favoreu, "L'apport...", cit., pag. 23.

(66) Léo Hamon, *Les juges de la loi*, Fayard, París, 1987, pag. 182.

(67) Otto Pfersmann, "Chroniques, Autriche", en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. V, 1989, *Económica/PUAM*, París, 1991, pags. 343-344.

(68) Paul Amselek, "Les fondements ontologiques de la théorie juridique", en *Cahiers de philosophie politique et juridique*, N° 9, Université de Caen, 1986, pag. 90.

(69) Cf. Andreas Auer, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bale/Fracfort-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 I, pag. 52.

(71) Jörg P. Müller, aportación a "Verflechtung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer", en *VVDStRL* 39, 1981, pag. 97.

(72) Cf. H. Huber, *Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts*, R.S.J.B., 1995, pags. 95-116.

(73) Cf. M. Rossellini, *Les libertés non-écrites. Contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, C.J.R. Payot, Lausanne, 1997. También Jörg Paul Müller, *Elements pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berna, 1983.

(74) Jean-François Aubert, *Traité de Droit Constitutionnel suisse*, cit., Vol. I, 1967, pags. 123 a 125.

(75) Cf. *Idem.*, pag. 126.

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 incluso la lectura más atenta de esa disposición y de las deliberaciones constituyentes de las que surgió impiden 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 art. 4. Todo lo más, se podría ir a verificar si es conforme al espíritu de la Constitución... En cuanto a normas constitucionales no escritas, hay principios que el Tribunal federal iniertó 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 ordena-

miento jurídico de un Estado de derecho como es la Confederación, y según la concepción hoy dominante esa libertad pertenece, 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 del 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 en su creación 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 derecho 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 agotadas las libertades y derecho 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

5.1. 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⁽⁷⁵⁾ 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 los tribunales⁽⁷⁶⁾. 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% de las leyes son aprobadas por unanimidad, 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 auto-instancia, y el control de particulares, mediante recursos individuales de inconstitucionalidad contra leyes y tratados, 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 se encuentra en Austria en la confluencia de los intereses de los particulares y de la sabiduría del juez constitucional"⁽⁸¹⁾.

Más relevante a nuestro objeto es que el Derecho Constitucional austríaco, 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, y de la especial estructura del propio Derecho Constitucional austríaco.

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 "hiper-positivismo" de la jurisprudencia constitucional austríaca 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 morali-

dad", pudieran servir de parámetros a un Tribunal Constitucional: "la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse 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 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 austríaco y tanto tarde en rectificar. La gran ruptura que representó la II 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 trans-positivas encuentra amplios ecos en la doctrina austríaca"⁽⁸⁸⁾. Para Nawiasky, "tomar como referencia unos principios fundamentales trans-positivos, tales como los de derecho natural, no puede ser competencia de los tribunales constitucionales, carentes para ello de una legitimidad suficiente"⁽⁸⁹⁾. Adamovich niega legitimidad a toda jurisprudencia "creadora de derecho"⁽⁹⁰⁾. Para Herbert Haller, el 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 un cambio de tendencia. Antes, sólo posiciones muy minoritarias "estiman que los tribunales constitucionales no sólo 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 estructura de un Derecho Constitucional compuesto por cinco conjuntos

(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, pag. 631, nota 2.

(78) Cf. Felix Ermacora, "Verfassungsänderung 1975", en *J. Bl.*, 1976, pags. 79-86; del mismo autor, "Die Entwicklung österreichischer Verfassungsgerichte seit 1975", en *J. Oe. R.*, 1977, pags. 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, pags. 163-164.

(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, pag. 105.

(81) Sylvie Peyrou-Pistoleu, *La Cour Constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Economía, París, 1993, pag. 360; ver, "Conclusión" en general, en pags. 357 a 360.

(82) Louis Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, PUF, París, 1986, pag. 33.

(83) Cf. H. Haller, "Hans Kelsen, Schöpfer der Verfassungsgerichtlichen Gesetzesprüfung?", en *Arbeitshefte Wirtschaftsuniversität Wien, Reihe Rechtswissenschaft*, N° 4, 1977, pags. 62 a 92; Gerald Stourzh, "Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie", en *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Manzsche, Viena, 1982, pags. 7-29; Goerg Smidt, *Die Vorentwürfe Hans Kelsen für 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; los subrayados son nuestros, J.A.

(85) Hans Kelsen, "Préface" a la obra de Charles Eisenmann, La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, LGDJ, Paris, 1928, edición de Editorial Económica/PUAM, 1986, pag. X.

(86) Idem, pág. 142; subrayado nuestro J.A.

(87) Para Kelsen, "sólo en una débil medida la función del Tribunal constitucional es creación de Derecho", idem, pag. 131. Sólo admita al Tribunal como "legislador negativo", en tanto destructor de legislación.

(88) Sylvia Peyroi-Pistoulley, op. cit., págs. 205-206.

(89) Cf. Hans Spanner, *Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Manzsche Verlag, Viena, 1961, pag. 63.

(90) Ludwig Adamovich, "Probleme der verfassungsgerichtsbarkeit", en JBI, 1950, pag. 74.

(91) Herbert Haller, *Die Prüfung von Gesetzen*, Springer Verlag, Viena-Nueva York, 1979, pag. 134.

(92) Cf. Hans Spanner, "Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit", informe a la Jornadas de Juristas austriacos, Manz Verlag, Viena, 1961, pag. 63; en S. Peyroi-Pistoulley, op. cit., pag. 201.

(93) Idem., pag. 170.

(94) L. Adamovich, "Rapport austriechien", de 1991, cit., pag. 110.

(95) Idem, pag. 181.

(96) Otto Pfersmann, at. cit., págs. 344-345.

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 art. 140 de la Constitución federal para el control de constitucionalidad de las leyes, y los "Rechtssatz" ("axiomas") del propio Tribunal Constitucional, dictados en el cuadro del artículo 138.2 de aquella 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 estallido permanente del Derecho Constitucional austriaco"⁹⁴, en palabras del 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 de aprobación, sin parigual en ningún otro sistema: "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 quórum necesario, una ley constitucional podría 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, generando una tensión permanente entre la jurisdicción constitucional y el poder legislativo. "Desde el momen-

to en que el Tribunal Constitucional tiene 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.

5.2. Apertura del Tribunal Constitucional austriaco a la creación de Derecho Constitucional

Pese a que el positivismo militante del Tribunal Constitucional austriaco 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 Land 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 artículo 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 instalaba, el Tribunal Constitucional hubo de desentrañar el contenido del concepto, y para ello, 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"⁽⁹⁷⁾.

No cabe duda que en esa materia y ocasión el Tribunal Constitucional austríaco realizó "una verdadera creación "ex nihilo", necesariamente alejada del derecho positivo"⁽⁹⁸⁾.

Cabe registrar una segunda creación de norma constitucional, aunque más ambigua, 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"⁽⁹⁹⁾.

Si ha ocurrido otro tanto en otros casos, 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 traspaasa 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 la 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"⁽¹⁰⁰⁾.

La sustitución del método formal-kelseniano (desarrollado por vez primera por Adolf Merkel 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 austríaco a tener una percepción de las garantías constitucionales más material y atenta a su contenido"⁽¹⁰¹⁾. 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"⁽¹⁰²⁾.

"Esta reciente jurisprudencia ha sido percibida como una verdadera ruptura. Para Manfred Matzka⁽¹⁰³⁾, se trata de un cambio del método jurídico de deci-

(97) L. Adamovich, "Rapport austriechien", cit., pag. 109.

(98) B.-C. Funk, "Formenmissbrauch und Verfassungsumgehung durch die Legislative. Ein Problem im Spannungsfeld von formalem und materiellem Verfassungsverständnis", en Festschrift für Klecatsky, Viena, 1990.

(99) S. Peyrou-Pistouleu, op. cit., pags. 176 y 178. Ver, también J.-Aubert, *Traité...*, cit., pags. 141 y 144.

(100) S. Peyrou-Pistouleu, cit., pag. 177.

(101) Reproducida en idem., pag. 170. Subrayados nuestros, J.A.

(102) Ludwig Adamovich, "Rapport austriechien", para 1991, cit., pags. 106-107.

(103) "Cour constitutionnelle austriechienne", A.I.J.C., Vol. III, Economica/PUAM, París, 1989, pag. 69.

(104) Otto Pfersmann, "Chroniques. Autriche", 1991, A.I.J.C., Vol. VII, París, 1993, pags. 383-384.

(105) M. Matzka, "Politik im Talar", en Akzente, Cuaderno 11-12, 1989, pags. 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, p. 345.

(108) Como ilustración de la constante recepción en la doctrina austríaca de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos, Georg. Lukasser, "Europäische Menschenrechtskonvention und individueller Lebensstil", en *Österreichische Juristen-Zeitung*, Num. 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, pag. 134.

(112) Cf. Hans Spanner, op. cit., pag. 64.

(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.*, pag. 93.

(115) W. Zeidler, "Cour constitutionnelle fédérale allemande", en *A.I.J.C.*, Vol. III, PUAM, 1989, pag. 55.

sión: el Tribunal... crítica ahora de manera más o menos explícita los valores adoptados por el legislador y, de otra parte, expresa otros puntos de vista axiológicos, que se encontraría en dificultad de poder deducir inmediatamente 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⁾".

Los factores de fondo del cambio han sido, en suma, sociales y de contexto⁽¹⁰⁸⁾.

VI. PRODUCCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

"La jurisprudencia elaborada por el Tribunal constitucional alemán demuestra que el juez constitucional no sólo 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 en consecuencia 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 sólo hecho de que sea un elemento de la Constitución. Hay unos principios constitucionales que son totalmente fundamentales y son enteramente expresión de un derecho pre-existente 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 tanto como principios esenciales la ley fundamen-

tal" (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 la actitud de un positivismo jurídico carente de valor⁽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 aquella, 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 austríaco Marcic⁽¹¹²⁾.

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 en 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 -según 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 "constitucional convention in continuous session?", se preguntaba 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 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 indeterminadas 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 protéica 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 aquellos, se encara esa problemática concibiendo la construcción constitucional como un proceso (*Verfassung als öffentliche Prozess*, de Habermas⁽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⁾, desde el presupuesto de que "el derecho constitucional debe ser constantemente redefinido"⁽¹³¹⁾, "concretizado"⁽¹³²⁾ por los jueces. 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 referen-

(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) Clfr., Ulrich Karpen, "Application of the Basic Law" en *Main Principles of the German Basic Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1983, pag. 78.

(118) Albert Bleckmann, art. cit., págs. 17-18.

(119) Michel Fromont, "République Fédérale d'Allemagne", en *Revue de Droit public*, 5, 1984, pag. 1.215.

(120) G. Folke Schuppert, "The Constituent Power", en *Main Principles of the German Basic Law*, cit., p. 53.

(121) Klaus Stern, "Diskussionsbeitrag", *Rheinisch Akademie der Wissenschaft*, G 243, 1980, p. 38.

(122) Michel Fromont, "Le juge constitutionnel", en *Pouvoirs*, 22, 1982, pag. 52.

(123) Hans Joachim Faller, "Cuarenta años del Tribunal Constitucional federal alemán", en *REDC*, Num. 34, Enero-Abril 1992, pag. 132.

(124) Michel Fromont, "Preface" a Jean-Claude Bégin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, París, 1982, pag. VI.

(125) Albert Bleckmann, art. cit., pag. 19.

(126) La RFA se situó en este orden "en la tendencia general marcada por los Estados Unidos de una "juridización" de los derechos del Hombre"; A. Bleckmann, art. cit., pag. 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. Mewhinney y otros (eds.), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston y Londres, 1992, pag. 29.

(128) Cifr., Gerd Roellecke, "Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgewebe", en *Handbuch des Staatsrechts*, J. Insensee y p. Kirchhof (eds), C.F. Müller, Heidelberg, II, 1987, pp. 673 y ss.

(129) Peter Haberle, *Verfassung als öffentliche Prozess*, Duncker & Humblot, Berlín, 1978m en especial el trabajo "Zeit und Verfassung", pags. 59 a 93. Ver también del mismo autor, *Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung*, Zeitschrift für Schweizerisches Rechts, Vol. 97, 1978.

(130) Cifr., Steinberg, "Verfassungspolitik und offene Verfassung", en *JZ*, 1980.

(131) Gunnar Folke Schuppert, cit., pags. 53-54.

(132) Es la "Verfassungsinterpretation als Konkretisierung" de la que habla Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 15 edic., 1985, 60 ff.

(133) A. Pizzorusso, "La Corte Costituzionale", en *Garanzie costituzionale*, II Foro, 1983, pags. 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, pag. 663.

(136) L. Elia, "Giustizia costituzionale e diritto comparato", en *Cuaderni costituzionale*, 1984, pag. 16.

dum⁽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 -alteración, 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 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, había 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 super-legislador, 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 el imperativo de las sentencias manipulativas debería reducirse a los jueces directamente afectados (Picardi).

Por 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 obbligate"⁽¹⁴⁶⁾, en todo caso. El Tribunal no construye la norma destinada a insertarse en el derecho positivo, sino que sólo 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 han 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, otras cosas son los problemas de legitimidad, límites, racionalización y cuantificación de la creación del Derecho por el Tribunal Constitucional italiano, y otra lo indiscutible del hecho y su trascendencia, el que exista "un poteri creativi delle Corte costituzionale"⁽¹⁴⁹⁾, en particular, y "un potere creativo della Corte costituzionale"⁽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

útil, 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 "suplenza" legislativa y en otra constataron una acentuada tendencia del mismo a *self-restraint*⁽¹⁵³⁾. A este último respecto, la autofunción 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 incontestable, 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⁾.

7.1. 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 italiana: "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 -sobre esto se focaliza la dificultad- el juez constitucional pueda fundarse en criterios extrajurídicos... Precisamente, sobre este punto existe respecto al artículo 2 de la Constitución italiana 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 se-

gún 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 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 lo más estrechamente posible 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 comúnmente admitidos por la sociedad"⁽¹⁶²⁾.

Este 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 jurisprudencia 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 sentencia nº 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 derechos fundamentales garantizados por las restantes disposiciones de la Constitución o, por el contrario, se funda en la existencia de una "lista abierta"

(137) J. Cl. Escarras, "La Cour constitutionnelle en 1986", en A.L.J.C., Economica/PUAM, 1986, pag. 472.

(138) Cf. N. Picardi, "Le sentenze integrative della Corte costituzionale", en Riv. Dir. Proc., 1975, pag. 37 y ss.; del mismo autor, "Sentenze integrative della Corte costituzionale e vincolo del giudice", en Gius. Civ., 1979, I, pag. 1.110 y ss.

(139) Cf. G. Silvestri, "Le sentenze normative della Corte costituzionale", en Giur. Cost., 1984, I.

(140) Cf. C. Mortati, "Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale", en Giur. Cost., 1959, pag. 551. L. Montesano, "Sulle sentenze di incostituzionalità "interpretativa"", en Giur. It., 1969, IV, pag. 97. C. Branca, "Sentenze interpretative e agiografia", en Pol. Dir., 1971, pag. 655.

(141) Cf. "Tribunal Constitucional italiano", informe a la VI Conferencia... cit., pag. 178.

(142) Idem. idem. Ver también, A. Guarino, "La sentenze costituzionale "manipolative", en Dir. Giur., 1967, pag. 433; A. Pizzorusso, "A proposito delle sentenze "manipolative" en Foro It., 1971, I, pag. 2.124, 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, pag. 654.

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

(144) Silvestri, "Le sentenze normative della Corte costituzionale", en Mélanges Crisafulli, I, pag. 768.

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

(146) V. Crisafulli, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, II, cit., pags. 407, 408.

(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 craviti delle Corte costituzionale nei giudizi incidentali sulla validità delle leggi", en *Riv. Dir. Civ.*, 1982, I, pag. 661.

(150) L. Elia, "Il potere creativo delle Corti costituzionale", en AA.VV., *La sentenze in Europa, Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, pag. 217 y ss.

(151) En *Giur. Cost.*, 1981, I, 1.646.

(152) V. Crisafulli, *Lezioni... II*, cit., pags. 408, 409.

(153) G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, ediciones de 1977 y 1988.

(154) En 1984, por ejemplo, se aprecia en una serie de sentencias del Tribunal Constitucional esa tendencia a la auto-limitación, 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, pag. 392.

(155) Luciani, art. cit.

(156) Francisco Rubio Llorente, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho", en REDC, Num. 22, Enero-Abril 1988, pag. 38. Subrayado nuestro, J.A.

(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'attu-

de 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 puesto 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 aun 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 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 la reputación (38/1973), a la rec-

tificación 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 a las 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 prescrito y la que tienen valor de programa", sentó en su sentencia nº 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 programática". 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. LA CREACIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL POR EL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS

En la vía de un Derecho Constitucional crecientemente creado por el órgano encargado del control de constitucionalidad de las leyes, Francia aporta el caso

más espectacular. "Desde el principio, prácticamente, el Consejo Constitucional dio una interpretación extensiva del concepto de Constitución, el juez constitucional englobó leyes orgánicas en el bloque de constitucionalidad, incluso las ordenanzas portadoras de ellas"⁽¹⁷⁴⁾. Pero el fenómeno se agigantó de golpe. Hubo "una brusca hinchazón del "bloque de constitucionalidad"⁽¹⁷⁵⁾. Ocurrió mediante la decisión del Consejo de 16 de julio de 1971, "véritablement historique" (comparada a la mítica sentencia del Tribunal Supremo americano de 1803⁽¹⁷⁶⁾), por su "triple y decisiva audacia" (Rivero): incorporó a la Constitución de 1958 la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (cuyo empleo inaugurará el 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 el 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, sirvió de base a la propia "histórica" decisión de 1971).

Una evidencia estalló entonces, rompiendo los esquemas del Derecho Público francés. "Durante decenios, el positivismo se ha revelado contra la afirmación 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, no puede crearlo. Ahora, 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, todo integrado en la Constitución, mientras que el constituyente de 1958 no lo había querido así! La Constitución francesa ha doblado su volumen por la sola voluntad del Consejo Constitucional"⁽¹⁷⁷⁾.

zione di essa attraverso la prassi", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXXIX, 1989, pag. 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, *Problematica delle libertà costituzionale*, Cedam, Padua, 1990, pag. 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, pag. 303 y ss.

(162) Marie-Claire Ponthoreau, "L'article 2 de la Constitution italienne et la concrétisation de droits nonécrits", en *A.I.J.C.*, Vol. V, Economica/PUAM, París, 1991, pags. 97, 98, 102. Subrayados nuestros, J.A.

(163) Francesco Saja, "La justice constitutionnelle en 1987", Conferencia de prensa dada en 1988, en *A.I.J.C.*, Vol. III, Economica/PUAM, París, 1989, pag. 633. Subrayados nuestros J.A.

(164) Cf. A. Barbera, Comentario al art. 2 de la Constitución italiana, en *Commentario della Costituzione*, a cargo de G. Branca, edic. cit., T. 1, 1975, pag. 81 y ss.

(165) Francesco Saja, confer. cit., pag. 644.

(166) Marie-Claire Ponthoreau, cit., pag. 115.

(167) M. Luciani, art. cit., pag. 668.

(168) Marie-Claire Ponthoreau, art. cit., 117.

(169) N. Zanon, "Les droits fondamentaux des formations sociales", en *A.I.J.C.*, Vol. VII, 1993, pag. 312.

(170) Cf. G. Corso, "Ordine pubblico", en Enciclopedia del diritto, Vol. XXX, Milán, 1980, pag. 1.060.

(171) Idem, pag. 134.

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

(173) Idem., pag. 171.

(174) L. Favoren y Loïc Philip, Les grands décisions du conseil constitutionnel, 6ª ed., París, 1991, p. 248.

(175) Idem. idem.

(176) Ver idem., pag. 251, negando la semejanza. La comparación se ha hecho también en otros estudios recientes, sin más fundamento que la fama de ambos casos.

(177) Jean Rivero, Le Conseil constitutionnel et les libertés, Economica, 2ª edición, París, 1987, pag. 182. Los subrayados son nuestros, J.A.

(178) François Luchaire, "La décision du 16 de Juillet 1971", en A.L.J.C., Vol. VII, 1991, París, 1993, p. 77.

(179) Pierre Avril y Jean Gicquel, Le Conseil constitutionnel, 2ª edic., Montchretien, París, 1993, pag. 39.

(180) F. Luchaire, "La décision...", cit., pag. 84.

(181) Alessandro Pizzorusso, "L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi", en *Revista trimestrale di diritto pubblico*, XXXIX, 1989, pag. 8.

(182) Cifr. Léon Noël, De gaule et le débuts de la V République, Plon, París, 1976, pag. 129. Gaston Palewski, Mémoires d'action, Plon, París, 1988, pag. 292.

(183) P. Avril y J. Gicquel, op. cit., pag. 135.

"La decisión de 16 de Julio de 1971 es considerada veinte años después como un acontecimiento quasi revolucionario"⁽¹⁷⁸⁾, "marcando el comienzo de la metamorfosis del Consejo"⁽¹⁷⁹⁾, la cual "tomará su verdadera dimensión con la ley constitucional de 29 de octubre de 1974"⁽¹⁸⁰⁾. En el 71 se dio así "un claro ejemplo de modificación de la Constitución, llevada a cabo mediante una interpretación de su texto totalmente distinta a la intención de los constituyentes"⁽¹⁸¹⁾. Por sus proporciones y radicalidad, fue una creación informal de Derecho supremo sin precedentes en Europa ni América.

En rigor, el Consejo Constitucional operó en 1971 bajo la regla de R. Smend, según la cual "el primer deber de todo órgano constitucional es defender su propia posición en el sistema constitucional". Desde 1965, en que se produce el primer relevo en su presidencia, el Consejo Constitucional no lo intentó con León Noël, "muy imbuido por la tradición de reserva de la jurisdicción administrativa de la que procedía y también demasiado deseoso de servir al General", y un segundo presidente, Palewski, "se esforzó, sin éxito, en convencer a De Gaulle de la necesidad de atribuir al Consejo una competencia general y no limitada", tal como venían reclamando sus miembros desde el principio⁽¹⁸²⁾. La ocasión para fortalecer su posición no le podía llegar al Consejo más que tras la retirada del fundador de la V República.

La "ambición institucional" se encontraba impulsada por las ambiciones personales: "habiendo ejercido responsabilidades en el gobierno, en el Parlamento, o en la alta Administración, los miembros del Consejo no estaban predispuestos a aceptar el papel poco gratificante de árbitros raramente solicitados"⁽¹⁸³⁾. Influyó también cierta lógica: una vez el gaullismo dominando el poder ejecutivo y con mayoría en el Parlamento, el diseño inicial del Consejo, que fue la defensa del primer poder frente al segundo, decae. Operó, además, obviamente, el mismo factor que en la expansión de las demás jurisdicciones constitucionales: la creciente potencia de los derechos fundamentales. Fue la de-

fensa de un derecho fundamental, el de asociación, la que desencadenó la "revolución" del 71. Hubo, finalmente, un factor político, Mayo del 68 y sus secuelas. Sin ello, no hubiera abandonado el poder De Gaulle, y no se habría aprobado la ley Marcellin, que provocó la reacción del Presidente del Senado, Alain Poher, instando al Consejo a examinar su constitucionalidad, tras que su proyecto hubiese sido rechazado tres veces en el Senado y aprobado hegemónicamente por la Asamblea Nacional. El clima de autoconfianza conservadora animaba a acabar con la "agitación izquierdista esporádica" y a una demostración de autoridad para la "mayoría silenciosa"⁽¹⁸⁴⁾. Ese desideratum del gobierno Chaban-Delmas se plasmó en la ley contra "una de las libertades considerada en la tradición republicana como un termómetro"⁽¹⁸⁵⁾, la de asociación.

Con el gran aumento de su poder y prestigio en 1971, el Consejo Constitucional estaba preparado para recoger los frutos del siguiente gran avance, la reforma constitucional de 1974⁽¹⁸⁶⁾: "la extensión del derecho a instar la acción del Consejo a 60 diputados o 60 senadores provocó, en efecto, un considerable desarrollo de la jurisprudencia constitucional y el aumento de los poderes de aquél"⁽¹⁸⁷⁾. Cifras hablan, el número de decisiones rendidas por el Consejo en control sobre leyes ordinarias (art. 61 de la Constitución) se multiplicó durante los siete años siguientes a la reforma de 1974, pasando de 9 a 47, de las cuales 45 lo fueron a instancia parlamentaria, por la vía abierta a la oposición por la reforma⁽¹⁸⁸⁾. Tales cifras no expresan solamente una diferencia cuantitativa, sino un cambio 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 del Consejo Constitucional (además de todas las orgánicas, 60)⁽¹⁹⁰⁾.

Ese paso decisivo de 1974 se dio de manera paradójica, sin embargo: fue promovido y aprobado por la derecha en el poder (septenato de Giscard d'Estaing, 1974-1981), a quien perjudicaba de inmediato, y combatido por la izquierda en

la oposición, a quien beneficiaba. La paradoja se desentraña en el análisis a medio plazo. Lo que hace en 1974 la derecha es "preparar sus líneas de resistencia ante la perspectiva de una victoria de la izquierda (estrategia que recuerda a la de los federalistas americanos, fortaleciendo el poder del Tribunal Supremo para resistir mejor a los republicano-demócratas de Jefferson, antes de la victoria de éste en 1800)"⁽¹⁹¹⁾. Lo que hace por su parte la izquierda es tratar de romper esa estrategia, que resultó muy efectiva contra el programa de nacionalizaciones propuesto tras el arrollador triunfo socialista de 1981⁽¹⁹²⁾. Las grandes decisiones del Consejo Constitucional en 1982⁽¹⁹³⁾ bajarían hábilmente el progresismo de la declaración de derechos sociales y económicos del Preámbulo de 1958 -que legitima las nacionalizaciones- con el precepto conservador de la gran Declaración de 1789, su artículo 17, que sacraliza el derecho de propiedad e impone una justa indemnización en las expropiaciones, por donde el Consejo desactivó económicamente el programa de la izquierda.

Este caso se expone como prototipo de un campo de interpretación constitucional creadora justificada por un "conflicto entre principios constitucionales". "No es raro, se afirma, que el juez del Consejo se encuentre en presencia de principios constitucionales contradictorios. Un ejemplo de ello bien conocido es el del derecho de propiedad, por un lado, protegido por la Declaración de 1789, y por otro lado el principio de las nacionalizaciones reconocido en el Preámbulo de 1946. Tal simulación confiere al intérprete un poder inmenso"⁽¹⁹⁴⁾. "El contenido liberal de la Declaración y los aspectos "socializantes" del Preámbulo, apunta otro autor, dan una gran libertad al Consejo constitucional, el cual, pudiendo elegir entre ambos textos su norma de referencia puede justificar y argumentar la solución que le convenga en cada momento"⁽¹⁹⁵⁾.

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"⁽¹⁹⁶⁾. Pero ya antes, "el Consejo 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"⁽¹⁹⁷⁾.

El Consejo alcanzaría un nuevo grado de poder de tener lugar una nueva reforma constitucional que, completando la de 1974, estableciera la participación de los ciudadanos en el control de constitucionalidad de la ley, mediante la "excepción de inconstitucionalidad"⁽¹⁹⁸⁾. La laguna es tan importante que expone a la soberanía francesa a "intervenciones inespuestas de los tribunales de justicia europeos"⁽¹⁹⁹⁾. Los más conocidos juristas parecen estar a favor de que se cubra⁽²⁰⁰⁾. Hasta el momento, sin embargo, dos proyectos, uno de 1990, ya mencionado, y otro de 1993, han sido rechazados por el Parlamento. "¿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 gran riesgo"⁽²⁰¹⁾.

8.1. Notas metodológicas

En términos del pensamiento francés, la crucial decisión de 1971 elevó a norma la "Constitución social" de Hauriou⁽²⁰²⁾, concepción material de una constitución francesa que este tratadista, había identificado con la gran Declaración de 1789⁽²⁰³⁾. En todo caso, "con el Consejo Constitucional la Constitución francesa se convierte en un texto viviente"⁽²⁰⁴⁾, "deviene una creación continua... no escrita y acabada de una vez por todas, sino siempre prolongada"⁽²⁰⁵⁾. "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"⁽²⁰⁶⁾.

(184) *Idem.*, pag. 39.

(185) Claude Emeri, art. cit., pag. 344.

(186) Cf. Loïc Philip, "Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel" en *Revue Française de Science politique*, Vol. 34, Nums. 4-5, agosto-octubre 1984, para origen y balance de la reforma de 1974 pag. 988 y ss.

(187) Palabras del diputado Charles Lederman, en la sesión del Senado de 10 de Junio de 1992.

(188) En mismo lapso, el total de instancias se elevó a 67, de las cuales 63 correspondían a diputados y senadores y sólo 4 al Primer ministro o al presidente de la Asamblea Nacional: Laurent Habib, "Bilan de la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel de 1981 à 1986", en *Pouvoirs*, 13, pag. 198.

(189) P. Avril y J. Gicquel, op. cit., pag. 60.

(190) Gerard Saconne, "Bilan statistique de l'activité du Conseil constitutionnel (au 1^{er} février 1991)", en *Pouvoirs*, 13, 1991, pags. 161 a 170, apéndice.

(191) P. Abril y J. Gicquel, op. cit., pag. 61.

(192) Cf. Louis Favoreu, "Le Conseil constitutionnel et l'alternance", en *Revue française de Science politique*, Nums 4-5, 1984, pag. 1.002 y ss.

(193) Cf. L. Favoreu y Loïc Philip, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, ed. cit., pag. 470 y ss.

(194) Yann Aguila, "Cinq questions sur le l'interprétation constitutionnelle", *Revue française de Droit constitutionnel*, 21, 1995, pag. 35. Subrayados nuestros, J.A..

(195) Jacques Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Publications de l'Université de Rouen n° 198, 1994, pag. 151.

(196) Christopher Pollmann "La révision de l'article 54 de la Constitution: nouvel avancée de la juridiction...", en *Revue de Droit Public*, 4, 1994 pag. 1.111 y ss.

(197) B. Poullain, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Economica, París, 1990, pag. 223.

(198) 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, p. 651 y ss.

(199) G. Vedel, "Réforme de la Constitution: ni gadget, ni révolution", en *Le Monde*, 6 abril 1990.

(200) Cf. B. du Granrut, art. cit.: F. Luchaire, "Le droit de se plaindre", en *Le Monde*, 10 de mayo de 1990, y "Le control de la loi promulguée sur renvoi des juridictions: une réforme constitutionnelle différée", en *Revue de Droit public*, 1990, pag. 1.625 y ss.; P. Avril y J. Giequel, "Fin 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", en *Revue de Droit public*, 1990, p. 1.255 y ss.

(201) Cf. Jacques Viguier, "La participation des citoyens au processus de contrôle de la constitutionnalité de certains des projets français de 1990 et de 1993", en *Revue de Droit public*, 4, 1994, pags. 969 a 999.

(202) Cf. P. Avril y J. Giequel, art. cit., pag. 129.

(203) M. Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, 1929, reimpresión C.N.R.S., París, 1965, pag. 611 y ss.

Naturalmente, la gran creación de Derecho Constitucional de 1971 no refleja una "souveraineté absolue" del Consejo Constitucional, en tanto podía ser anulada por dos vías, mediante referéndum del pueblo- cuya voluntad directamente expresada ya se declaró no legitimado para juzgar 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 único que hace el juez constitucional es censurar un procedimiento legislativo erróneo. Pero, como también se dijo en el debate francés, y puede sentarse como regla general, "la reforma de la Constitución es una maquinaria extremadamente pesada, y nunca se ha puesto en marcha para contrarrestar una decisión del Consejo Constitucional"⁽²⁰⁷⁾.

El debate francés al respecto es, pues, muy pertinente a nuestro objeto. Nos lleva a ver la realidad constitucional como un lecho de Procasto para la Constitución formal. En teoría, no se producen contradicciones ni desfases insuperables entre aquella y su jurisdicción, pues ésta sólo crea Derecho Constitucional temporalmente, hasta que su creación es integrada en el texto de la Constitución mediante una reforma de ésta, que restaura así la coherencia y plena legitimidad del edificio constitucional. Los jueces constitucionales harían de ese modo sólo de locomotora del proceso de actualización de la Constitución, activada por las fuerzas de los contextos, pero no sustituirán al legítimo poder que existe para modificarla, sólo se adelantarían a él. En la realidad, sin embargo, el cuerpo de la Constitución no logra prolongarse por sus propios medios para ocupar el lecho constitucional real, material, creado por la jurisprudencia constitucional. Y esa asimetría o inadaptación no es pacífica: acarrea tensiones entre materia y forma constitucionales, revela desajustes entre el corpus de la ley suprema y legítimas demandas constitucionales exteriores a él, plantea problemas de legitimidad de los operadores constitucionales reales, y levanta debates interminables sobre la naturaleza y límites de la interpretación constitucional. Todo ello

se da en un trabajoso proceso que proyecta la imagen de un forzado estiramiento de la Constitución escrita para que cubra el lecho de la Constitución real, cuya parte no escrita es obra de la jurisprudencia constitucional, sobre todo, actuando a impulsos de los contextos sociales, nacionales y supranacionales.

La ilustración que de ello ofrece el caso francés quizá sea la más contundente. "El cambio de 1971 fue ante todo cuantitativo, pero sería sobre todo cualitativo, pues, indiscutiblemente, la inserción en el bloque de constitucionalidad de una serie de reglas y principios sobre derechos y libertades modifica su naturaleza, y de otra parte, en adelante las posibilidades de extensión del bloque son prácticamente ilimitadas"⁽²⁰⁸⁾.

8.2. Expansión material ilimitada del bloque de constitucionalidad

Desde 1971, "el Consejo constitucional, usando de su poder de interpretación, re-crea sin cesar la Constitución"⁽²⁰⁹⁾. "La Constitución se convierte en un espacio abierto a la creación continua... 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 y de derechos económicos y sociales, así como una ampliación constante del principio constitucional más solicitado, el de igualdad"⁽²¹⁰⁾. Junto a él, "el de la libertad individual se convierte en otro principio nido que estalla en multitud de derechos constitucionales"⁽²¹¹⁾. 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 a la existencia 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 Consejo¹²¹².

Además de esa creación continua de derechos, libertades⁽²¹³⁾ y principios constitucionales, y aparte su dirección y participación en el proceso legislativo⁽²¹⁴⁾, el Consejo incorpora al "bloque de constitucionalidad" leyes y ordenanzas: "decidió que una ley de 1984 y una ordenanza de 1944 se convirtieran en inabrogables por el Parlamento, lo que vino a otorgarles ipso facto un carácter constitucional, del que ni la una ni la otra estaban revestidas"⁽²¹⁵⁾.

a) *Despliegue de fuentes no escritas como normas de referencia jurisprudencial*

El fenómeno de la expansión del Derecho Constitucional jurisprudencial ha llegado a tal complejidad en Francia que es preciso un esfuerzo sistemático para seguir hablando de él. A tal fin, distinguimos entre las áreas de creación abiertas al Consejo Constitucional de modo primordial -derechos, libertades y los principios constitucionales de igualdad y libertad- y otras áreas mucho más indefinidas e igual de expansivas, empezando por 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"⁽²¹⁶⁾.

El fenómeno es más complejo, sin embargo. En realidad, "la existencia de principios generales en derecho constitucional positivo" es "telón de fondo de fuentes constitucionales no escritas empleadas como normas de referencia en la jurisprudencia del Consejo constitucional"⁽²¹⁷⁾, "creadas por el propio Consejo"⁽²¹⁸⁾, "inductivamente". Hay tres esenciales: "principios fundamentales re-

conocidos por las leyes de la República", "principios particularmente necesarios a nuestro tiempo" y "objetivos de valor constitucional".

Las dos últimas fuentes, "inducidas" del Preámbulo de la Constitución de 1946, se distinguen de la primera "por el espíritu social"⁽²¹⁹⁾, nutriéndose, por una parte, del "realismo jurídico" norteamericano⁽²²⁰⁾, que desde Holmes "invita a los jueces a sopesar las ventajas sociales de sus decisiones"⁽²²¹⁾, y por otra, de la "Constitución dirigente" europea, o programática, paradójicamente cuando ese concepto se encuentra en crisis⁽²²²⁾. En efecto, en especial los "objetivos de valor constitucional" (la pacificación de las relaciones laborales, la protección de la salud pública, la lucha contra el fraude fiscal, la posibilidad para todos de viviendas dignas, etc.), son normas de referencia de "naturaleza teleológica... fijan orientaciones y prioridades, fines a alcanzar", revelan "el desarrollo de una producción jurídica programadora, indisoluble del intervencionismo de un "Estado propulsivo"⁽²²³⁾, comprometido en la protección económica y social... son resultado de necesidades de orden social, responden a las aspiraciones esenciales de la sociedad... plantean en términos de exigencia constitucional una ética social bajo el control directivo del Consejo constitucional"⁽²²⁴⁾.

En definitiva, en la construcción francesa de un Derecho Constitucional material-jurisprudencial priman los contextos sobre los textos, como también hemos visto en las restantes jurisdicciones constitucionales, si bien en este caso ocurre con especial acuidad. La argumentación jurídica de la interpretación constitucional se mueve así en "una especie de necesidad", sobre principios, valores y objetivos que están "en la naturaleza de las cosas"⁽²²⁵⁾, en virtud de los contextos nacionales y social y de su reconocimiento universal.

8.3. Consecuencia última: desvalorización del texto constitucional

"La jurisprudencia del Consejo constitucional produce una desvalorización

(204) Dominique Rousseau, "Une résurrection: la notion de Constitution", en *Revue de Droit Public*, I Enero-Febrero 1990, pag. 15.

(205) Leo Hamond, aportación al "Colloque des 21 et 23 Janvier 1988 au Sénat", en *Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat*. LGDJ, París, 1988, pag. 441.

(206) Denis Lévy, en *idem*, pag. 452, subrayado nuestro J.A.

(207) George Maleville, en *idem*, pag. 446.

(208) Louis Favoreu y Loïc Philip, *op. cit.*, pag. 249. Los subrayados son nuestros, J.A.

(209) Dominique Rousseau, "Une résurrection: la notion de Constitution", *cit.*, pag. 16.

(210) Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *edice*, *cit.*, pags. 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 de Droit Public*, 2, 1982.

(211) Dominique Rousseau, "Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1992-1993", en *Revue de Droit Public*, 1, 1994, pag. 110; ver en las páginas precedentes y posteriores los nuevos derechos creados por el Consejo desde Octubre del 92 a Septiembre del 93.

(212) Dominique Rousseau, "Chronique de jurisprudence constitutionnelle, 1993-1994", en *Revue de Droit Public*, 1, 1995, pags. 54-55.

(213) Cf. François Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, París, 1987.

(214) Cf. Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europa*, Montchrestien, París, 1992, p. 140 y ss.

(215) Léo Hamon, *Les juges de la loi*, cit., pag. 250.

(216) M.-C. Ponthoreau, op. cit., 99, más nota 12.

(217) Bertrand Faure, "Les objectifs de valeur constitutionnelles: une nouvelle catégorie juridique?", *Revue française de Droit constitutionnel*, 21, 1995, pag. 51.

(218) Jacques Meunier, op. cit., pags. 148 y 150.

(219) Bertrand Faure, art. cit., pag. 76.

(220) Cifr. F. Michaut, *L'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américaine. Le rôle du juge et la théorie du droit*, Tesis, Universidad Paris X, 1985, p. 67 y ss.

(221) Cifr., Oliver W. Holmes, "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, 1.897.

(222) Cifr., Jose Joaquim Gomes Canotilho, "Revisarla/ o romper con la Constitución dirigente?", *REDC*, Num. 43, Enero-Abril 1995.

(223) Cifr., Ch. A. Morand, director, *L'Etat propulsif*, Publisud.

(224) Bertrand Faure, art. cit., pags. 47, 48, 59 y 77. Subrayado nuestro, J.A.

(225) Jacques Meunier, op. cit., 156.

(226) Dominique Rousseau, "Une résurrection: la notion de Constitution", cit., pags. 16-17.

(227) En el terreno de los derechos fundamentales, el prototipo de creación constitucional es el reconocimiento del derecho a la vida por la STC 53/1985, más "la creación... de un supuesto de objeción de conciencia que no aparece tampoco mencionada para nada en el artículo 16 de la Constitución, la objeción de conciencia del médico y personal sanitario a la práctica del aborto" (Enrique

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 palabras que no toman sentido jurídico más que después del trabajo jurisdiccional de interpretación... 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... El papel del Consejo constitucional es decir el derecho... Y es precisamente este trabajo jurisdiccional el que hace de la Constitución un acto viviente, en creación o en formación continua, pues la elección de un sentido no es nunca definitiva, ya que la interpretación del texto retenida en un momento puede cambiar siempre²²⁶).

La transformación del Derecho Constitucional francés alecciona ejemplarmente sobre la emergencia de un Derecho Constitucional material por su modo de creación.

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

La creación de Derecho Constitucional por el Tribunal Constitucional español tiene su campo más específico y fértil, aunque no único²²⁷), en la organización territorial del Estado, materia dejada en su mayor parte fuera de la Constitución, no por el tipo de razones que "inducen al constituyente a dejar subsistir de forma deliberada ciertos enigmas"²²⁸), sino por la propia lógica de no poderse regular lo imprevisible. En todo caso, el Título VIII de la Constitución hace muy cierta la afirmación de F. Müller, en su *Juristische Methodik*, de que "el texto jurídico apenas si es la parte descubierta de un iceberg normativo".

El problema abarca la noción de "bloque de la constitucionalidad", traducción de la expresión francesa *bloc de constitutionnalité*. En ambos casos, la expresión envuelve creación de Derecho Constitucional por el órgano encargado del control de constitucionalidad. En cuanto a las diferencias, el *bloc* francés es una creación de la doctrina, mientras el bloque español lo fue de la jurisprudencia constitucional, por STC 10/1982; el primero está formado por derechos, libertades y principios fundamentales, según vimos, siendo en España la materia constitutiva del "bloque" los poderes territoriales; el grado de delimitación es muy alto en Francia-el *bloc* está integrado por "124 artículos más cinco principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República" (L. Favreau)- e indefinible en España; en cuanto al sentido último de ambos bloques, el francés respondió a la necesidad social y contextual de ampliar materialmente la Constitución y el español a unas decisiones del Tribunal Constitucional originadas, no en el artículo 28 de su Ley Orgánica, sino en la construcción del Estado autonómico y el gran vacío dejado por la Constitución al regularlo.

En esta materia se llega al fondo de la cuestión superando la cuestión accesorio de la terminología. "Se le puede llamar "bloque de la constitucionalidad" o cualquier otra cosa. El problema, tanto en Francia como en España, es el 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 (en Francia) 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"²²⁹).

"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 (de constitucionales), y es esta tensión entre materia y forma la que, naturalmente, ha llevado a la adopción de una denominación que, separada de su significado originario, 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 este ni pudo por sí sólo 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)⁽²³⁰⁾.

La conclusión capital es el reconocimiento de la "naturaleza material y formalmente constitucional de los Estatutos de Autonomía"⁽²³¹⁾, con rango de normas constitucionales secundarias, siendo las primarias y supremas las de la Constitución. 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"⁽²³²⁾.

"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 artículos 149.29, 152.1 y 157.3 de la Constitución); otras, posibles, en virtud de una expresa habilitación al legislador (especialmente en el artículo 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)"⁽²³³⁾.

El Derecho Constitucional material resultará así formado en España por: a) las creaciones del Tribunal Constitucional en el campo de los derechos fundamentales y principios constitucionales; b) las normas constitucionales secundarias, contenidas en los Estatutos de Autonomía; c) las normas materialmente constitucionales ("subconstitucionales") a las que se remiten los artículos citados del Título VIII de la Constitución y algunos Estatutos de Autonomía; y d) la jurisprudencia constitucional que interpreta el sistema competencial transformando necesariamente el sentido originario de los preceptos constitucionales.

Eso último ocurre en virtud de la naturaleza del Estado español, en tanto Estado compuesto no federal. En el Estado federal "es la Constitución la que hace di-

Alonso García, "La jurisprudencia constitucional", en RCEC, 1, Sept-Dic., 1988, pags. 183, 184). En cuanto a "la creación de principios superiores... vease, por ejemplo, la creación del principio de unidad económica nacional por la STC 1/1982" (idem., pag. 186).

(228) F. Delpérée, "La Constitution et son interprétation", en L'interprétation en Droit. Approche pluridisciplinaire, Publications des Facultés Saint-Louis, Bruselas, 1978, pag. 209.

(229) L. Favoreu y Francisco Rubio Llorente, El bloque de la constitucionalidad, edic., cit., pags. 190 a 192.

(230) Francisco Rubio Llorente, "El bloque de constitucionalidad", REDC, Num. 27, Sept-Dic, 1989, pgs. 24, 25.

(231) Idem., pag. 26. Subrayado nuestro J.A.

(232) Francisco Rubio Llorente, "Sobre la conveniencia de terminar la Constitución, antes de acometer su reforma", en Claves, 1993, pag. 11.

(233) Francisco Rubio Llorente, art. en REDC, cit., pag. 29.



(234) *Idem.*, pags. 26, 27.

(235) Santamaria Pastor, "La jurisdicción constitucional: un brillante balance en peligro", *Tapia*, 43, pag. 42.

(236) B. de Witte, "Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales", *Droits*, 14, 1991, pag. 87.

(237) M. Pescatore, "La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle", en *Kölnher Schriften zum Europarecht*, 1965, pag. 520.

(238) Koenraad Lenaerts, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, Bruselas, 1988, pags. 612 y 613. Subrayados nuestros, J.A.

(239) *Idem.*, pags. 709 y 710.

rectamente la delimitación de competencias y absorbe el contenido de nuestro "bloque de la constitucionalidad", cuyo correlato se buscaría en vano en la jurisdicción constitucional de los Estados federados (los Estatutos especiales italianos, la única estructura lejanamente semejante a la nuestra, son normas constitucionales)⁽²³⁴⁾. El Tribunal Constitucional español realiza así 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", y "la tarea de interpretación del sistema (?) competencial ha tenido que hacerse alterando casi por completo el sentido originario de los preceptos constitucionales"⁽²³⁵⁾.

X. EL ORDEN SUPRANACIONAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL MATERIAL

"La emergencia de un derecho público europeo es resultado, más que de la evolución convergente de los sistemas nacionales, de la acción de la Comisión, de la del Tribunal de Derechos de Estrasburgo y de la del de Justicia de Luxemburgo. Este último inspirándose en el derecho público nacional"⁽²³⁶⁾, y también en la lógica que desde hace más de dos siglos ha guiado al Tribunal Supremo de los EE.UU.

"Muy tempranamente en la historia del orden jurídico comunitario se expresaron ideas similares a las que informaron el orden americano, en particular por Pescatore, resaltando éste que el Tribunal de Justicia europeo actúa como jurisdicción federal y constitucional"⁽²³⁷⁾, en tanto la estructura institucional creada por los tratados comunitarios ha de ser reforzada frente a los Estados miembros, que continuarían defendiendo áspidamente su soberanía. En el cuadro de su misión general de "asegurar el respeto al derecho" en la interpretación y aplicación de la constitución comunitaria, el Tribunal de Justicia ha podido en consecuencia sen-

tirse autorizado para hacer un uso creativo de los *chefs de compétence* directas e indirectas mencionadas en el texto constitucional, a fin de salvaguardar la autonomía y la permanencia del sistema institucional de la Comunidad frente a los Estados miembros. En la óptica de Pescatore, el fundamento contextual de la delimitación del poder por el Tribunal de Justicia no justifica sólomente que éste haga un amplio uso de sus competencias jurisdiccionales, sino que extienda del mismo modo algunas de sus *chefs de compétence* más allá de su alcance o indirectamente previsto en los textos de los tratados. Ello reposaría exclusivamente en la convicción del Tribunal de que es necesario para promover la coherencia interna de las estructuras constitucionales de la Comunidad"⁽²³⁸⁾.

En base a ese desideratum, Lenaerts establece en su magno estudio: "Pese a las importantes diferencias entre la génesis del orden jurídico norteamericano y la del europeo, son comparables las funciones cumplidas por sus respectivas jurisdicciones supremas... La jurisprudencia de las tres jurisdicciones -Supremo norteamericano y tribunales europeo de Justicia y de derechos humanos- ha revelado una actualización dinámica de la constitución de los respectivos órdenes jurídicos"⁽²³⁹⁾.

De la influencia del modelo americano y del expansivo uso de sus competencias por parte del Tribunal de Justicia europeo, se derivan las anomalías que observa el profesor Rubio Llorente en la construcción europea. "Desde sus comienzos -dice-, y muy acusadamente desde 1964, el proceso de integración europea se viene haciendo según una doble vía, asimétrica o quizá divergente... En lo que toca a lo político... la Comunidad opera con arreglo a los modos clásicos de las organizaciones internacionales. Las decisiones se toman por unanimidad, o al menos sin disenso, de manera que no existe realmente poder alguno de la Comunidad superior al de los Estados, que siguen siendo soberanos... En los jurídicos, por el contrario, la relación entre el derecho comunitario y el derecho interno de los Estados miembros se produce según los es-

quemas propios del Estado federal. Las normas jurídicas comunitarias se aplican directamente en el interior de los Estados y prevalecen sobre las de éstos, incluso sobre la propia Constitución. Esta divergencia casi esquizofrénica... es resultado de una serie de decisiones concretas, tomadas todas ellas en Luxemburgo... obra tenaz del Tribunal de justicia que tiene allí su sede", y que razona "exclusivamente desde la lógica propia de los tratados fundacionales, que interpreta en el sentido más radicalmente supranacional... Animado de un activismo que no oculta..."⁽²⁴⁰⁾.

Estamos, pues, ante la gestación de una Constitución europea también por vía jurisprudencial. El examen comparado con los EE.UU es igualmente clarificador:

"Desde el fundamento contextual de la delimitación del poder por el juez... el fundamento esencial de esa delimitación no deriva tanto de indicaciones directas o indirectas en el texto de la constitución como de la necesidad estructural de cargar en última instancia un sólo órgano con la resolución de los conflictos entre las diferentes esferas de competencias que componen el sistema plural de los Estados Unidos o de la Comunidad europea. La complejidad de este sistema implica que la constitución debe ser interpretada permanentemente... Sólo la jurisdicción suprema en el orden jurídico federal americano o en el comunitario europeo tiene la autoridad suficiente para determinar el alcance del texto constitucional. Las sentencias dadas en esta óptica forman un corpus de derecho constitucional derivado, ya que, de una parte, comportan una actualización indispensable de la Constitución federal o de los tratados comunitarios, y de otra, no pueden surtir sus efectos más que si tienen el mismo valor normativo que el texto constitucional que interpretan y aplican. El juez se ve en consecuencia obligado a deducir del espíritu de la constitución los principios estructurales que han de regir las relaciones entre entidades de derecho público"⁽²⁴¹⁾.

XI. CONCLUSIONES

La conclusión cardinal es que la implantación de la Constitución normativa lleva consigo una metamorfosis del Derecho Constitucional, por vía de las jurisdicciones constitucionales, que son tan indispensables a aquella como inevitables creadoras de ésta. El alcance de la transformación se evidencia ya actualmente y la tendencia del fenómeno parece indiscutible: "en Europa, la jurisdicción constitucional es una institución destinada a permanecer y a extenderse... el esfuerzo por limitar el poder de los jueces (constitucionales) se sitúa sobre todo en el ámbito de la teoría de la interpretación más que en el de la teoría de la Constitución o de la democracia"⁽²⁴²⁾. "En la medida en que las funciones gubernamentales se amplían, el control de jurisdiccionales constitucionales ha de extenderse a nuevos campos jurídicos... siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos... Esas jurisdicciones defenderán cada vez más activamente la estructura de la Constitución, de la democracia y del Estado de Derecho"⁽²⁴³⁾, y prosigue su expansión a nuevos Estados⁽²⁴⁴⁾.

El nuevo Derecho Constitucional material está determinado por complejos contextos sociales, nacionales y supranacionales, 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 en el centro de la jurisdicción constitucional "asegurar la regularidad de las funciones estatales", sino el servicio a funciones y fines que desbordan el Derecho Constitucional formal y al método positivista de interpretación constitucional.

La acción del juez constitucional europeo (de los tribunales de Justicia y Derechos Humanos) marca la órbita superior de la transformación hacia un Derecho Constitucional material. A la creación de un Derecho Constitucional nacional jurisprudencial, acompaña la de un Derecho Constitucional europeo del mismo cuño.

(240) Francisco Rubio Llorente, "Europa ante los tribunales", *El País*, 18-12-93.

(241) Koenraad Lenaerts, *op. cit.*, págs. 610, 611. Los subrayados son nuestros, J.A.

(242) Francisco Rubio Llorente, "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", en REDC, Num. 35, Mayo-Agosto 1992, pag. 13.

(243) Alexander von Brünneck, "Le controle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales", en A.I.J.C., *Economica/PUAM*, París, 1990, págs. 45 y 48.

(244) Ha comenzado a debatirse su implantación en Holanda: ver, B. van Roermund, "Judicial review and the call for democracy", en *Constitutionele Toetsing, Theoretical and Comparative Perspectives*, B. van Roermund (ed.), Kluwer Law, Dordrecht, 1993, págs. 1 a 11.

(245) Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, cit., pag. 147.

Toda la complejidad estudiada se resume en dos procesos simultáneos: la judicialización de la Constitución y la constitucionalización del Derecho. Por una parte, la jurisprudencia agranda el Derecho Constitucional, por otra, cre-

cientemente "todas las materias de derecho, público y privado, forman el "ramaje" de la Constitución"²⁴⁵. Ambos procesos tienden a una unificación general y a diluir los límites de la Constitución formal.