

LA LEGITIMIDAD DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

José J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ

Universidad de Granada (España).

RESUMEN

Reconocida la función creadora del juez y especialmente la del juez constitucional, que puede poner en cuestión mediante sus decisiones la capacidad normativa del propio poder legislativo, hasta el extremo de llegar a anular la ley adoptada por éste, se plantean dos cuestiones. La primera consiste en establecer los antecedentes de por qué el poder judicial es poder. En la segunda se aborda de manera específica el poder de la justicia constitucional con la finalidad de adentrarse en el problema central de todo poder, el de su legitimidad, enfrentada, en este último caso de manera evidente, a la legitimidad democrática del legislador.

SUMMARY

Two questions are raised by the recognition of the creative function of the judge, specially the constitutional one, whose decisions put in question the normative capacity of the legislative power itself, even to the extent of annulling laws it has passed. The first consists in establishing the background to why judicial power is power. The second tackles the specific power of the constitutional judge with the aim of understanding the central problem of all power, that of its legitimacy confronting, patently in this case, the democratic legitimacy of the legislator.

1. INTRODUCCIÓN

El juez constitucional posee la capacidad de examinar y resolver la cuestión de “si una ley corresponde a las determinaciones constitucionales que directamente regulan la legislación, facultándole a anular la ley que considere ‘inconstitucional’”. Esa función se puede otorgar bien a todos los jueces, lo que sucede en el sistema de control difuso de constitucionalidad, bien a un Tribunal especial, lo que es propio del sistema de control concentrado de constitucionalidad. En el primero los jueces inaplicarían en el caso concreto la ley que estimen inconstitucional; en el sistema concentrado, el Tribunal anula totalmente la ley o precepto inconstitucionales. Sin embargo, a pesar de que la preocupación central de estas páginas sea la de la legitimidad del poder de la justicia constitucional, no podemos separarla radicalmente de la preocupación más general por el problema de la legitimidad del poder judicial. En el sistema del control difuso de constitucionalidad la razón es evidente, pero no lo es menos en el otro, pues la función del órgano que ejerce el

control concentrado de constitucionalidad es la propia de todo órgano que interprete y aplique el derecho, aunque su preocupación básica sea la Constitución.

En su *Teoría pura del derecho*, Kelsen caracteriza al juez como órgano aplicador del derecho y plantea la cuestión central al sostener que los “tribunales producen derecho”¹. Esta última afirmación se entiende bien cuando se pone en consonancia con la primera, que es lo que hace cuando sostiene que la “creación del derecho es siempre aplicación del mismo”². En consecuencia, el juez es el que aplica e interpreta el derecho en relación con una situación concreta, lo que conlleva que su función sea creadora desde el punto de vista normativo. La expresión más nítida de esta función es la del juez ordinario, civil y penal, y administrativo, aunque esto no puede hacernos olvidar la especificidad y profundidad de los problemas que derivan del trabajo de otros órganos aplicadores del derecho como son el juez constitucional y el juez internacional, que plantea problemas de gran complejidad, lo que exigiría, en mi opinión, una atención específica. Precisamente, este trabajo se ha centrado sobre la función creadora del juez constitucional, que adopta un tinte diverso respecto de la de los otros órganos aplicadores del derecho, en la medida en que la misma puede poner en cuestión la capacidad normativa del propio poder legislativo hasta el extremo de llegar a anular la ley adoptada por éste.

No obstante, hace falta reflexionar en todos los casos sobre esa facultad creadora del juez, así como sobre sus exigencias, entre las que hay resaltar sin ningún tipo de dudas la cuestión de la legitimidad, puesto que más allá de la regulación jurídica de las funciones judiciales, es necesario comprender de manera adecuada cómo cabe justificar esta capacidad de creación a fin de asentar firmemente los fundamentos del Estado de derecho, el imperio de la ley, la división de poderes y el reconocimiento de un conjunto de derechos individuales. Esto ha conducido a que en estas páginas la preocupación central deje de ser el juez. Ese lugar ha de ocuparlo, ahora, el poder judicial. En principio puede parecer que hablamos de lo mismo, ya que de hecho así sucede, aunque en el fondo no es así, pues el plantear la cuestión en términos de poder exige que los problemas de legitimidad que la labor judicial conlleva, se aborden de una manera más precisa, aunque también más abstracta, de lo que sucedería si siguiéramos hablando de sujetos individuales o tribunales que llevan a cabo cierta función dentro de los parámetros establecidos del Estado de derecho. Por eso, este texto se articula en torno a dos cuestiones. La primera consiste en establecer con claridad los antecedentes de por qué el poder judicial es poder, por qué el poder judicial se constituye, aunque al principio sea a regañadientes, como auténtico poder. La consecuencia inmediata a la que nos conduciría la adopción de este planteamiento sería la de reconocer que sus problemas

1. H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto J. VERNENGO, UNAM, México, 1979 (1960), p. 263.

2. H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, UNAM, México, 1995 (1944), p. 157.

no pueden resolverse con exclusividad en el ámbito de la Justicia, sino que hay que solucionarlos en un terreno que se sitúa más acá de ese ámbito, aunque no tanto como para confundirlo con la idea de servicio público, desde la que no sería fácil comprender las dificultades de tipo jurídico-político que el concepto de poder judicial entraña. En la segunda se aborda de manera específica la cuestión del poder de la justicia constitucional con la finalidad de adentrarse en el problema central de todo poder, el de su legitimidad. El poder de la justicia constitucional en tanto que poder con capacidad de cuestionar la misma legitimidad democrática requiere de una legitimación muy consistente, arraigada en los fundamentos más profundos sobre los que se asienta la propia democracia, si es que quiere ir más allá de la mera imposición por la manipulación de las conciencias o por la fuerza.

2. EL PODER JUDICIAL COMO PODER POLÍTICO: ANTECEDENTES

Todo poder lo es en la medida en que crea e impone lo creado sobre otro. El poder se constituye como tal frente a su opuesto, el no-poder, pero éste no es menos poder que el poder, aunque no sean de la misma naturaleza. Sólo existe el poder por el no-poder, como éste por aquél. Entre ambos se establece una relación dialéctica que, desde una perspectiva práctica, se traducirá en la tensión entre facticidad y validez, entre hecho y norma, entre ser y deber ser. Constatamos en los hechos el poder que se impone, incluso constatamos la fuerza con la que se impone, pero todo poder se sabe insuficiente pues requiere finalmente del poder de aquél sobre el que se impone. Este requerimiento exige que cualquier aproximación al problema del poder tiene que desbordar las cuestiones fácticas y adentrarse en las normativas. Sin embargo, mi preocupación es aquí más sencilla, pues se limita, sólo y exclusivamente, a alguno de los problemas que suscita un poder de carácter institucional como es el poder judicial. Para adentrarnos en ellos hace falta, en primer lugar, que adoptemos una perspectiva en cierto modo distinta, en la medida en que hay que delimitar el punto de vista anterior, práctico, desde las preocupaciones que acompañan la reflexión jurídico-política. Esto nos llevará, primero, a detenernos brevemente en torno al carácter del derecho moderno, para pasar después a considerar la naturaleza del poder judicial con la intención de determinar en qué sentido se puede considerar, aunque sea de manera muy superficial, al poder judicial como poder. Veremos en el siguiente epígrafe que es precisamente por medio de la justicia constitucional por la que se adquiere conciencia de ese poder. Finalmente nos detendremos en la cuestión de su validez, esto es, de su legitimidad, que excede la de su institucionalización a través de la legalidad.

No puede comprenderse el carácter institucional del poder judicial si no entendemos el contexto en el que el mismo se inscribe, que no es otro sino el de la complejidad del derecho moderno. Éste es un sistema que mira más allá de sí mismo, más allá de sus propiedades formales, la coerción y la positividad, en tanto que pretende ser legítimo. La “expectativa de legitimidad se entrelaza —dirá Habermas— con la facticidad de la producción legislativa y con la facticidad de la

imposición del derecho”³. De ahí que pueda afirmarse que el derecho vive en una tensión permanente entre la forma en como se produce, su creación formal o positividad, la manera en que se impone, la coacción estatal o efectividad, y su necesidad de justificación, su pretensión de validez. El problema consiste en saber cómo se articula el juego entre facticidad y validez, pues no siempre se ha dado la misma respuesta. Desde el iusnaturalismo más tradicional al positivismo más radical de índole democrática, se han producido muchas variantes, entre las que hoy día cabe destacar la que entiende el derecho de una manera más compleja que aquellas que lo comprendían fundamentalmente bien como una cuestión de justicia, en la que se disolvían con facilidad el resto de las cuestiones jurídico-políticas, bien como la forma jurídica, esto es, como conjunto de normas jurídicas entendidas como estructuras de deber ser o, mejor, como estructuras de deber ser que nos indican, bajo la amenaza del ejercicio de la fuerza, cómo debemos comportarnos. La forma jurídica queda reducida, desde esa perspectiva, a legalidad sustentada en la fuerza en tanto que la ley es tal en la medida en que se cumple de una manera generalizada. La legalidad mira, necesariamente, a la efectividad. De esta manera es como hay que entender la facticidad del derecho, como legalidad apoyada en la coacción con la finalidad de lograr su implantación. Por eso, por definir de esta manera el derecho, se lo ha identificado, algunas veces, con la fuerza, lo que no deja de ser verdad, aunque sólo de manera parcial.

El derecho se queda más acá y también va más allá de lo que nos muestran estas perspectivas, pues es verdad que conlleva fuerza, ya que por su necesidad de efectividad requiere de la misma, pero el derecho la excede, pues la fuerza no es su único ni principal componente. El derecho no puede quedar reducido, en principio, a simple legalidad ni entender que esa legalidad sea tal porque de manera generalizada se cumpla, es decir, sea efectiva. No podemos acercarnos a él sólo y exclusivamente desde el punto de vista de la positividad, desde las formalidades de la creación legislativa, ni de la efectividad de esa positividad, asentada sobre la imposición coactiva de los deberes jurídicos, pues el derecho por su complejidad ha de tener presente las cuestiones que provienen del modo en como se produce, así como las que proceden de su cumplimiento, esto es, de su efectividad, pero también ha de tener en cuenta que ambas cuestiones se entrecruzan con las que derivan propiamente de su pretensión de validez. Dicho con otras palabras, el derecho consiste en la legalidad y su efectividad bajo la amenaza de la fuerza, pero no sólo en esto, pues el derecho no puede despreocuparse de las cuestiones de justicia, en la medida en que ahí ha de beber. Por eso, el derecho es legalidad, pero también legitimidad, ya que no es posible la legalidad al margen de la legitimidad, la legalidad requiere legitimidad.

3. J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel JIMÉNEZ REDONDO, Trotta, Madrid, 1998 (1992 y 1994), pp. 645-646.

Sin embargo, antes de que entremos en los problemas que se deducen de lo anterior, es ineludible que abordemos la cuestión del poder judicial desde un punto de vista histórico⁴, pues es en la modernidad cuando se concibe por vez primera el poder judicial como poder, como un poder diferenciado de los otros poderes, el legislativo y el ejecutivo. El primer autor al que tenemos que referirnos cuando nos preguntamos por la naturaleza del poder judicial es Montesquieu, quien habla de que en cada Estado hay tres poderes, el poder legislativo o voluntad general del Estado, por medio del que se promulgan leyes o se derogan las existentes; el poder ejecutivo o realización de esa voluntad general, ocupado de las cuestiones de la guerra y la paz, así como de las relaciones exteriores y, por último, el poder judicial por medio del que se “castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares”, y añade que no hay libertad “si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”⁵.

Evidentemente, Montesquieu ha establecido la división de poderes, aunque no lo es tanto el que sea una división de poderes efectiva, en la medida en que su caracterización del poder judicial es deudora de una concepción del trabajo judicial, por la que se le niega lo que por definición se le concede. Él mismo lo reconoce cuando dice más adelante que “(d)e los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es en cierto modo nulo”⁶, lo que es coherente con su concepción acerca de la tarea de juzgar: los “jueces de la nación no son (...) más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”⁷. De ahí que exija que las sentencias sean fijas “hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley”⁸. En definitiva, Montesquieu defiende, por un lado, el poder judicial como poder, pero por otro, lo considera nulo al vaciarlo de contenido.

Esta concepción del trabajo del juez será la que presida, a partir de entonces, el sistema continental. Beccaria concebirá, siguiendo las huellas de Montesquieu, de la misma manera el trabajo judicial hasta el extremo de propugnar que su trabajo ha de consistir en el establecimiento de “un silogismo perfecto: la premisa mayor corresponde a la ley general, la menor a la acción conforme o no con la ley,

4. Vid., al respecto, Manuel ESCAMILLA CASTILLO, “¿Deben pensar los juristas?”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 3, 2000, pp. 397 y ss.

5. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, traducción de Mercedes BLÁZQUEZ y Pedro de VEGA, Tecnos, Madrid, 1987 (1735), p. 107.

6. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 110. Aunque esta afirmación habría que ponerla en consonancia con lo que había dicho en la p. 108 al considerar que el poder de juzgar “se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados”, mi intención no ha sido ésa, tal y como queda de manifiesto en el texto.

7. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 112.

8. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 109.

la conclusión a la libertad o la pena”⁹. La conclusión a la que conduce este planteamiento la había expuesto con anterioridad: “la autoridad de interpretar las leyes penales (no) puede residir en los jueces criminales por la misma razón de que no son legisladores”¹⁰. Cuando el juez no se limita a la “rigurosa y literal observancia de la ley penal”¹¹, “abre las puertas a la incertidumbre”¹², “por no haber consultado la constante y permanente voz de la ley, sino la errante inestabilidad de las interpretaciones”¹³. La ley ha de ser observada al pie de la letra, puesto que la interpretación por parte del juez no conducirá sino al desorden.

Esta manera de concebir el trabajo del juez no es propia únicamente de tal sistema, sino que lo es también del sistema de *common law*. Adam Smith lo cuenta muy bien en sus *Lecciones sobre Jurisprudencia*, cuando relata el origen de la palabra ‘Corte’. La ‘Corte’ era la corte del rey. Cuando el rey se desplazaba por su reino, su corte lo acompañaba. Los nobles y clases de servicio se ocupaban de resolver los problemas de la expedición. Entre otras funciones, además de asegurar la unidad de su reino, el rey y su corte resolvían las disputas que mantenían sus súbditos. Cuando se planteaba alguna reclamación ante el rey y su corte, se le decía al reclamante que acudiera a la parroquia y buscara en los archivos un caso similar al suyo, lo copiara y acudiera de nuevo ante la corte. De esta manera se consolidó un sistema asentado en la resolución de los nuevos casos de acuerdo con lo establecido en la resolución de los pasados. “Había observado —dice Adam Smith— otra cosa que asegura mucho la libertad de los súbditos en Inglaterra. Era el poco poder de los jueces para explicar, alterar, o extender o corregir el significado de las leyes; y la gran exactitud con la que deben ser observadas, según el significado literal de las palabras (...) se encontrarían poco dispuestos y estarían temerosos de traspasar en modo alguno el significado de la ley, o de alterarla de alguna manera; y, por consiguiente, se sacaban siempre copias de los mandamientos y órdenes de acuerdo con las que hacían justicia, y se llevaban archivos exactos de todos los procesos (...) En consecuencia, cuando alguien quería suscitar un pleito ante cualquiera de los tribunales de justicia, el método era que la persona iba a la *Court of Chancery* y contaba su caso a uno de los escribientes de la *Chancery*, quien miraba todos los escritos y mandamientos para ver si podía encontrar alguno que comprendiera su caso; porque, a no ser que coincidiera exactamente, no tendría valor. Si encontraba uno que coincidiera, se lo copiaba, cambiándole los nombres y circunstancias, pero sin alterar en absoluto la forma. Pero, si no había ningún mandamiento u orden en la *Chancery* que coincidiese con el caso, ya no se podía ir a ningún tribunal, ni obtener satisfacción (...) Se les ordenó que juzgaran siguiendo la letra de la ley, y habían de ser juzgados en sus procedimientos por sus

9. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, edición de Franco VENTURI, traducción de Joaquín JORDÁ CATALÁ, Bruguera, Barcelona, 1983 (1764, 1766), p. 58.

10. BECCARIA, *op. cit.*, p. 57.

11. BECCARIA, *op. cit.*, p. 59.

12. BECCARIA, *op. cit.*, p. 58.

13. BECCARIA, *op. cit.*, p. 59.

propios archivos, que se llevaban siempre con gran exactitud, y no se admitía alteración, explicación o enmienda de ningún tipo, y cualquier intento de esta clase sería castigado”¹⁴.

No obstante, no podemos olvidar que la propia historia del sistema de *common law* muestra que éste había evolucionado desde posiciones rígidas hacia otras más abiertas. De nuevo lo cuenta muy bien A. Smith al recordarnos que “en tiempos de Edward 1º y Edward 2º, y más aún en los de Edward 3º, se encontró que el comercio y las frecuentes relaciones de negocios hacían que se produjeran muchos casos a los que no podía aplicarse nada de lo archivado, ni tampoco ningún estatuto vigente, lo que resultaba muy perjudicial, no pudiendo seguir sin remedio. Por lo tanto, se pidió al *Chancellor* que, si el agravio denunciado no coincidía con ningún mandamiento en concreto, sino que quedaba comprendido bajo dos o más, obligara al escribiente a que redactara un mandamiento nuevo con esa forma (...) de este modo, fue como la *Court of Chancery* comenzó a decidir por equidad”¹⁵.

Parece, en principio, claro que de lo que cuentan especialmente dos de estos tres autores, Montesquieu y Beccaria, puede obtenerse una misma conclusión, el poder judicial es un poder nulo, presidido por seres inanimados e invisibles, con lo que habría que caracterizarlo simplemente como un poder formal, vacío, instrumental. Lo importante no es tanto la cuestión nominalista, como la caracterización que han realizado del trabajo judicial, que conduce a dudar de que el poder judicial pudiera definirse como auténtico poder. Ahora no es el momento de entrar en las explicaciones de por qué se produce esto, lo que estaría en consonancia con la preeminencia de la ley y, claro está, del poder legislativo, aunque no debemos perder de vista que una parte considerable de lo que sucederá después está relacionado con las dificultades que esa misma preeminencia arrastraba desde el principio, dificultades que se hacen evidentes en el momento en que nos acercamos a la interpretación de los textos legislativos.

A pesar de algunas incongruencias en el pensamiento de estos ilustrados, especialmente en el pensamiento de Montesquieu, sus ideas serán las que delimitarán el ámbito de reflexión del pensamiento jurídico-político del siglo XIX y buena parte del XX, durante los que se discutirá una y otra vez sobre la naturaleza del poder judicial. Quizá un paso importante hacia la caracterización del poder judicial como órgano aplicador del derecho y, por tanto, interpretador/creador, aunque esto sucederá sólo más tarde, se da con los benthamistas, entre quienes se defendió que las “funciones ejecutivas del gobierno consisten en dos partes, la administrativa y la judicial”¹⁶. De donde se obtiene que hay, en realidad, dos poderes, el legislativo

14. A. SMITH, *Lecciones sobre Jurisprudencia*, edición y traducción de Manuel ESCAMILLA CASTILLO y José J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Comares, Granada, 1995 (1762-3), pp. 318, 321 y 322.

15. A. SMITH, *op. cit.*, p. 324.

16. James MILL, *Ensayos sobre Derecho y Política*, traducción de Víctor MÉNDEZ BAIGES, Comares, Granada, 1997 (1819-1823), p. 55. En realidad no hace sino seguir las afirmaciones de Bentham, quien había considerado que la autoridad judicial forma, junto con la autoridad administrativa, el

y el ejecutivo, esto es, aquel que consiste en la creación de la ley y el que se refiere a su ejecución, a su aplicación, siendo irrelevante para lo que nos interesa que esa ejecución se realice en un ámbito, la administración, u otro, el judicial. Sin embargo y tal y como hemos apuntado al comienzo y veremos más adelante, no es posible concebir un poder al margen de su capacidad de creación. Lo llamativo es que la dimensión creativa parece haberse perdido, cuando algo ya se había apuntado, aunque tímidamente, por los primeros autores citados. En el fondo es un proceso similar al de la misma Ilustración, que parece haberse desarrollado sólo en un sentido, con lo que se ha perdido la complejidad y riqueza que se encontraba en sus planteamientos iniciales. Mill refleja muy bien esta situación, a la vez que la obsesión de Bentham por aclarar el papel que ha de jugar el legislativo con el fin de evitar que las decisiones que adopte el judicial puedan ser arbitrarias e inciertas. Por eso, “en la investigación acerca de los medios para proteger a los derechos, la *definición de los derechos* debe ocupar —dirá Mill— el primer puesto de la lista (...) Es en la medida en que los derechos puedan ser algo determinado como puede emplearse la función judicial y el aparato judicial con propósitos benéficos. Y está en proporción directa a la facilidad con la que los derechos puedan ser averiguados el alcance que los beneficios de la función judicial puede garantizar”¹⁷. Algo más adelante es aún si cabe más claro: “(c)uál es la extensión de un derecho, qué acontecimiento le da comienzo y qué acontecimiento le pone fin. Esto es todo lo que es necesario predeterminar sobre esta materia. Hacer eso es la obligación del legislativo. Una vez hecho esto, la investigación del juez es clara y simple”¹⁸. Así se ha perdido la ambivalencia sobre la caracterización del poder judicial que estaba, como veremos más adelante, en el origen de la Ilustración y se ha terminado por concebirlo como un órgano que aplica de manera mecánica, sólo y exclusivamente, un derecho que el legislador ha de formular de manera científica, esto es, por medio de leyes que sean claras y no se presten a equívocos.

En realidad se ha continuado en el espíritu de la Ilustración, al que se ha sido fiel en lo que puede considerarse como su logro más importante, consistente en frenar la arbitrariedad del poder sometándolo a la ley. Los ilustrados fueron revolucionarios frente a la situación anterior, en la que el hombre resultaba agraviado e indefenso al estar sometido a un poder ilimitado. De ahí que defendieran la necesidad de unas normas claras e independientes de la arbitrariedad del poder absoluto y, al mismo tiempo, capaces de someterlo. En la ley quedaría fijado con claridad y anticipación cómo debía comportarse uno. Ya no había que esperar a que se manifestara la voluntad del soberano, pues esa voluntad estaba expresada en la ley. La voluntad del soberano era la ley, a la que cualquier otro poder estaba sometido, por

poder ejecutivo, correspondiéndole “entre otras cosas, dar ejecución y efecto a las ordenanzas de la Autoridad Legislativa siempre que exista contestación litigiosa, tanto por razón de hecho como de derecho”, J. BENTHAM, *Código Constitucional* (1830), *Antología*, edición de Josep M. COLOMER, traducción de G. HERNÁNDEZ ORTEGA y M. VANCELLS, Ediciones Península, Barcelona, 1991, p. 202.

17. James MILL, *op. cit.*, p. 73. En el mismo sentido vid. *id.*, pp. 77 y 79.

18. James MILL, *op. cit.*, pp. 81-82.

lo que no había nada que pudiera encontrarse por encima de ella. Todo poder queda sometido a la ley, pues ésta es la expresión máxima del mismo, de la voluntad popular. De ahí la necesidad de lograr que la ley tuviera una legitimación perfecta. Las reflexiones de Rousseau¹⁹ sobre la voluntad general por medio de la que trata de resolver esos problemas, muestran muy bien lo que aquí se quiere decir, aunque ahora no sea el momento de detenerse en esas cuestiones.

No obstante, los problemas que derivan de un planteamiento formalista, preocupado por el aseguramiento de un orden a través de la ley, así como los que proceden de la misma legitimación de esas leyes, no pueden ocultar otras dificultades con las que nos podemos encontrar y que los acompañan. De alguna manera, en la misma argumentación de algunos de los autores señalados se muestran ciertos indicios de que las cosas no son tan sencillas como en principio podríamos suponer. El propio Montesquieu argumenta de manera paralela a lo dicho con anterioridad de forma que si bien no contradice por completo lo afirmado más arriba, sí que facilita que lo podamos poner entre interrogantes. En su obra, *El espíritu de las leyes*, ofrece argumentos que sirven para cimentar lo que estamos apuntando: 1) su insistencia en el mantenimiento de la división de poderes, lo que no se compadece bien con su caracterización del poder judicial como poder nulo, puesto que en tanto que nulo no sería tal; 2) su defensa de la diferenciación entre el nombramiento de los jueces, lo que corresponde al príncipe, y la labor de juzgar²⁰, lo que viene avalado por su lucha para impedir que ni el poder legislativo ni el ejecutivo se hagan con la función de juzgar, lo que tampoco se compagina demasiado bien con la consideración del poder de juzgar como algo que cae en manos de seres inanimados, cuando además reconoce que ya en Roma se les exigía a los jueces cierta capacidad a la hora de resolver las cuestiones de derecho²¹ y 3) su caracterización del trabajo judicial como un trabajo activo y no meramente pasivo e inanimado, lo que sucede cuando reconoce que en los casos en que una parte del cuerpo legislativo actúa como tribunal, le “corresponde moderar la ley a favor de la propia ley, fallando con menos rigor que ella”²², con lo que se abre una nueva perspectiva radicalmente distinta en relación con lo que un juez o tribunal pueden hacer y hacen en realidad.

19. J. J. ROUSSEAU, *Del Contrato social. Discursos*, edición y traducción de Mauro ARMIÑO, Alianza Editorial, Madrid, 1986 (1762). Vid., asimismo, J. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Democracia y derechos humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º. 35, 2001, pp. 189 y ss.

20. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 116.

21. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 123. “Los romanos se habían dado cuenta de que el carácter abstracto de las leyes —su ‘positivismo’— puede hacer injusto el derecho aplicado rígidamente. Y como el objeto de las leyes no consiste en obligar a los ciudadanos, sino en orientar a jueces y abogados en caso de litigio, los juristas introdujeron el principio de la *aequitas*, conocido ya por los griegos como *epieikeia*, para adecuar el Derecho a usos, costumbres, hábitos, situaciones; en fin, a las circunstancias del caso concreto, estableciendo la proporción equilibrada —justa— entre el derecho legislado y la realidad práctica”, en D. NEGRO PAVÓN, *La tradición liberal y el Estado*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1995, pp. 60-61.

22. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 112.

Por su parte, Beccaria se aproxima, aunque sólo parcialmente, a esta manera distinta de argumentar cuando afirma que el “soberano, que representa a la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros, pero no juzgar que alguno ha violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano, que afirma la violación del contrato, y otra por el acusado, que la niega. Es, pues, necesario, que un tercero juzgue de la verdad del hecho. De ahí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras afirmaciones o negaciones de unos hechos particulares”²³. Desde luego que aborda el problema con una visión algo diferente a la de Montesquieu, en tanto que éste se preocupa por la cuestión de derecho antes que de la de hecho, que es lo que hace Beccaria. Pero a pesar de eso, en el trasfondo de ambas argumentaciones hay una preocupación por la búsqueda de una posición imparcial desde la que puedan dirimirse nuestras diferencias, que es lo que algunos años después presidirá la reflexión sobre estas cuestiones.

3. EL PODER POLÍTICO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Estas ideas muestran de manera aún muy primaria algunas de las dificultades con las que puede enfrentarse la función de juzgar, aunque lo importante no sea tanto el tipo de problemas que exponen, como el hecho de que intuyan que existen otros que se encuentran más allá de la formulación jurídico-positiva. Aquí interesa referirse, especialmente, a la cuestión de la insuficiencia de las normas, en tanto que las mismas no se bastan a sí mismas, ya que requieren de su interpretación y, consecuentemente, de la decisión de elección de una entre las diversas alternativas que nos haya proporcionado esa interpretación, al mismo tiempo que el ejercicio de la libre discrecionalidad por parte del juez requiere de legitimidad para impedir que tal ejercicio se confunda con la simple arbitrariedad. Quizá en la resolución de estas dificultades habría de consistir, en términos filosófico-jurídicos, lo que podría denominarse ‘la segunda Ilustración’. La cuestión consiste en determinar el poder del poder judicial, es decir, si realmente el poder judicial tiene poder en la medida en que posee la capacidad de crear, que es lo que define a todo poder. Sólo si esa capacidad existe, se podrá considerar como un auténtico poder. Indudablemente, tal caracterización no está libre de problemas, fundamentalmente el de la legitimación de ese poder judicial, al ser insuficiente una consideración meramente legalista del mismo, ya que se lo caracteriza como poder en la medida en que excede la propia ley. No ha sido un problema ni fácil de resolver ni, y es lo que importa ahora, fácil de plantear. Quienes lo abordaron en términos razonables fueron excepción. Quizá el planteamiento más claro haya sido el de H. Heller, quien afirma:

23. BECCARIA, *op. cit.*, pp. 56-57.

“La Ciencia Política se ocupa por principio (...) únicamente de aquellas actividades políticas y formas institucionales de actividad que suponen un ejercicio autónomo de poder, que no aparece predeterminado de cabal manera mediante precisas reglas jurídicas normativas. La mera aplicación de las reglas jurídicas existentes, actividad política que nada nuevo engendra, que no supone una dirección creadora de los asuntos públicos, en el sentido de introducir una transformación esencial en la distribución del poder del Estado sobre la base de decisiones autónomas, esa actividad, pues, y la institución en que encarna pueden, en algún caso, ser políticas pero, normalmente, no forman parte del objeto de la Ciencia Política. Así pues, esta ciencia se ocupa, preferentemente, de los problemas que surjan en torno al Gobierno y a la Legislación, y no dedicará su atención, o sólo lo hará en muy especiales circunstancias, a los de la Jurisdicción y Administración. En los casos, sin embargo, en que los órganos judiciales y administrativos se hallen capacitados para alterar, en forma sustancial, la distribución del poder político mediante decisiones autónomas, como es el caso (...) de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos; o bien, cuando la actividad judicial o administrativa suponga una traba o un estímulo para el Gobierno o la Legislación, como en las dictaduras, en que se realiza la concentración de los poderes, en uno y otro caso tales formas de la actividad estatal se incluyen, inmediatamente, en el círculo de problemas pertenecientes a la Ciencia Política”²⁴.

Así pues, el poder judicial sólo es poder, y por tanto objeto de interés para la ciencia política, cuando es autónomo y, en consecuencia, puede alterar la distribución del poder. Un poder judicial mero aplicador mecánico de precisas reglas jurídicas no crearía, en opinión de Heller, nada nuevo, pues no tendría autonomía para encauzar en una dirección diferente la resolución de los asuntos públicos. Dicho de otra manera, el poder judicial sólo puede considerarse poder desde el punto de vista de la ciencia política cuando crea, cuando no está sometido absolutamente a los dictados de otro poder, sino que tiene capacidad de decisión, de discreción. La cuestión derivará, con posterioridad, en determinar cómo se ejerce y debe ejercerse esa capacidad. Pero antes de entrar en este asunto, lo que haremos con posterioridad en referencia a la justicia constitucional, conviene recordar que un siglo antes hubo un autor que captó perfectamente las dificultades a las que se refirió con posterioridad Heller. Me refiero a Tocqueville y su obra *La democracia en América*.

“El poder judicial en los Estados Unidos y su acción sobre la sociedad política”²⁵ es como denomina Tocqueville al capítulo VI de su obra. De esta manera, al preocuparse desde el principio por la acción del poder judicial sobre la misma sociedad política, nos sumerge de golpe en los problemas a que se refirió, un siglo después, Heller, cuando exigía del poder ‘una dirección creadora de los asuntos

24. H. HELLER, *Teoría del Estado*, edición de Gerhart NIEMEYER, traducción de Luis TOBÍO, Fondo de Cultura Económica, México, 1987 (1934), p. 38.

25. A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, edición y traducción de Eduardo NOLLA, Aguilar, Madrid, 1988 (1835 y 1840), pp. 100 y ss. Las citas corresponden al primer volumen.

públicos'. En ese texto se comienza con el reconocimiento de la "importancia política"²⁶ del poder judicial, que al establecerlo "como contrapeso y barrera al poder legislativo; lo han hecho un poder político de primer orden"²⁷. La razón se encuentra, según Tocqueville, en que cuando "en los Estados Unidos se invoca ante los tribunales una ley que el juez estima contraria a la Constitución, el magistrado puede rehusar aplicarla"²⁸, por lo que al poseer el "derecho a declarar inconstitucionales las leyes, el magistrado americano interviene continuamente en los asuntos políticos"²⁹. Por eso afirmará que "el juez es uno de los primeros poderes políticos"³⁰.

Estas ideas sobre el poder judicial hay que situarlas en conexión con sus reflexiones en torno a la democracia, especialmente, en relación con su preocupación respecto de los excesos democráticos y la necesidad de establecer límites a la misma. La preocupación es similar a la que tendrá Kelsen³¹ posteriormente, en el primer tercio del siglo XX, aunque las circunstancias en las que escribe han mostrado ya la realidad de esos excesos; las democracias soviética y fascista los expresan con claridad, pues son un exponente diáfano de lo que puede pasar cuando se saltan los frenos formales de la democracia liberal, lo que sucedió por medio de la institucionalización de los soviets y la reducción de la democracia a la democracia plebiscitaria. Kelsen trata de abordar y solucionar tales excesos con la defensa de una justicia constitucional, aunque de carácter concentrado, y la institucionalización de un conjunto de libertades público-subjetivas como contrapeso de las consecuencias negativas a las que podría conducir el principio de las mayorías. Por su parte, Tocqueville afirma que el freno más importante que se establece en los Estados Unidos frente a los excesos de la democracia lo constituyen los juristas en general, cuyo cuerpo "forma en ese país el más poderoso y, por así decir, el único contrapeso de la democracia"³², en tanto que los "hombres que han hecho un estudio especial de las leyes han adquirido en esos trabajos unos hábitos de orden, un cierto gusto por las formas, una especie de amor instintivo por el encadenamiento regular de las ideas que los hacen naturalmente muy opuestos al espíritu revolucionario y a las pasiones irreflexivas de la democracia"³³. Entre los juristas destaca a la magistratura, ya que considera que el "poder concedido a los tribunales america-

26. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 100.

27. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 101.

28. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, pp. 104-105, en las que sigue diciendo que "(e)se poder es el único que es particular al magistrado americano, pero de él dimana una gran influencia política".

29. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 263.

30. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 101.

31. H. KELSEN, *Esencia y valor de la Democracia*, traducción de Rafael LUENGO TAPIA y Luis LEGAZ Y LACAMBRA, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1977 (1929), Íd., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, edición y traducción de Roberto J. BRIE, supervisión técnica de Eugenio BULYGIN, Tecnos, Madrid, 1995 (1931).

32. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 263.

33. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 259.

nos de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes, encerrado en sus límites, forma todavía una de las barreras más poderosas que se hayan construido nunca contra la tiranía de las asambleas políticas”³⁴. De ahí que estime que la magistratura está “revestida de un gran poder político”³⁵, ya que los tribunales “son los órganos más visibles de los que se sirve el cuerpo de los juristas para actuar sobre la democracia”³⁶. El juez, a quien sus “conocimientos legales le habían ya asegurado una posición elevada entre sus semejantes”, tiene un poder político que lo sitúa “en un rango aparte” y le proporciona “los instintos de las clases privilegiadas”³⁷.

No obstante, el poder político del poder judicial se encuentra limitado por lo que se ha llamado sus características distintivas, así como por el alcance de sus decisiones. Tocqueville considera, en primer lugar, que el juez americano “no puede sentenciar más que cuando hay litigio”³⁸, es decir, que para actuar, el juez “debe siempre esperar a que se haya apelado a él”³⁹. Consecuentemente, el juez no es sino un árbitro que sólo puede actuar desde el litigio que se le presenta, por lo que sólo puede juzgar una ley cuando parte de un proceso y nunca al contrario. Desde sus presupuestos teóricos, la razón parece evidente, en tanto que el juez ha de partir de un litigio, que se le presenta y ha de resolver. Para solucionarlo ha de juzgar previamente la ley y no al revés. Reconoce que si el resultado de ese juicio sobre la ley fuera negativo, el juez extendería el círculo de sus atribuciones, pero no las sobrepasaría, lo que sí que sucedería si se pronunciara sobre una ley sin partir de un proceso. En segundo lugar, afirma que el juez americano “solamente se ocupa de un caso particular”⁴⁰, esto es, de un caso concreto y no de principios generales, aunque cuando “al resolver una cuestión particular, un juez destruye un principio general por la certidumbre en que está de que al herir de la misma manera a cada una de las consecuencias del mismo principio, el principio mismo se vuelve estéril, está dentro del ámbito natural de su acción. Pero si el juez ataca directamente el principio general y lo destruye sin tener a la vista un caso particular, se sale del círculo en el que todos los pueblos están de acuerdo en mantenerlo, se convierte en algo más importante, puede que más útil que un magistrado, pero

34. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 106.

35. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 258.

36. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 263.

37. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 263.

38. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 102. Vid., asimismo, p. 101 en la que había dicho: “Cuando en un proceso el juez ataca una ley relativa a ese proceso, extiende el círculo de sus atribuciones, pero no se sale de ellas, ya que, en cierta forma, ha necesitado juzgar la ley para llegar a juzgar el proceso. Cuando se pronuncia sobre una ley sin partir de un proceso, se sale por completo de su esfera y penetra en la del poder legislativo”.

39. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 102. “El poder judicial violentaría —dice Tocqueville— en cierto modo esa naturaleza pasiva si tomase por sí mismo la iniciativa y se erigiese en censor de las leyes”, *ibidem*, p. 101.

40. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 102.

deja de representar el poder judicial”⁴¹. También está limitado por el alcance de sus decisiones, ya que el magistrado americano “(n)o puede forzar al pueblo a hacer leyes”, por lo que sólo puede obligarle “a no ser infiel a sus propias leyes y a permanecer de acuerdo consigo mismo”⁴². No obstante, esa limitación de su poder no impide admitir la magnitud del mismo, lo que hace el propio Tocqueville cuando defiende que la desobediencia por parte de los tribunales de las leyes que consideran anticonstitucionales supone reconocer que “el poder constituyente estaría realmente en sus manos, porque sólo ellos tendrían derecho a interpretar una Constitución cuyos términos nadie podría cambiar”⁴³. Aunque ese poder no llegaría, en su opinión, hasta el extremo de que los jueces se hicieran dueños de la sociedad, “porque el pueblo puede siempre obligarles a la obediencia cambiando la Constitución”⁴⁴. Las consecuencias del establecimiento de un freno de esta naturaleza resultan evidentes, ya que los cambios constitucionales volverían a interpretarse por los mismos jueces. Parece que un planteamiento de estas características exigiría que se abordasen con mucho más cuidado los parámetros en los que se podría asentar la legitimidad de los jueces, lo que no hace Tocqueville y que es, lo que los justificaría en su trabajo limitador de los excesos del principio de las mayorías.

En definitiva, para Tocqueville el juez americano “está revestido de un inmenso poder político”, cuya causa se encuentra en que “los americanos han reconocido a los jueces el derecho a fundamentar sus decisiones sobre la *Constitución* más que en las leyes. En otros términos, le han permitido no aplicar las leyes que le parezcan anticonstitucionales”⁴⁵. El reconocimiento de esta práctica produjo un giro en el pensamiento jurídico-político. Los problemas centrales comienzan a desplazarse desde la preocupación por la ley y su legitimación, que era lo que constituía el objeto de mayor atención para Montesquieu, a la preocupación por el juego que pueda establecerse entre la ley y la Constitución, así como el papel relevante que en dicho juego puede alcanzar un poder, ahora sí, como el poder judicial, al que se lo había considerado nulo y que ahora no puede por menos que calificarse como central. Ésta constituye la razón de la preocupación por los límites de ese poder, así como por los intentos de su legitimación.

Sin embargo, éste no ha constituido el único modelo de justicia constitucional limitadora de los excesos democráticos. Kelsen apostó por un modelo distinto, defendió una justicia constitucional concentrada, es decir, un Tribunal Constitucional con capacidad de anular las leyes que vayan contra la Constitución, frente a una justicia constitucional difusa, propia del modelo descrito por Tocqueville. Como acabamos de ver, en el modelo de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el poder judicial ordinario es el encargado de ese control, aunque en este caso no se anule de manera general la ley, ya que esa anulación se limita a su

41. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 101.

42. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 263.

43. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 102.

44. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 104.

45. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 102.

inaplicación en el caso concreto; no obstante, las consecuencias de esa inaplicación podrían extenderse por el principio del *stare decisis*.

La diferencia entre ambos modelos se ha puesto en relación con la que existe entre el sistema continental, napoleónico, y el anglosajón, *common law*. Así se ha defendido que en el sistema continental el juez está sometido a la ley, por lo que si ha de juzgar según esa ley, no puede él mismo declarar su inconstitucionalidad. De ahí que se atribuya esa función a un órgano jurisdiccional -en consecuencia, también poder judicial, pues ese órgano está dotado de jurisdicción- distinto que está por encima de la ley ordinaria. Además, en este sistema no rige el precedente judicial, por lo que si se atribuyera el control de constitucionalidad de las leyes a un juez ordinario se pondría en peligro el principio de la seguridad jurídica. Sin embargo, estas razones no son muy claras, al menos si se tiene en cuenta lo que se dispone en el ordenamiento jurídico español. Con respecto a la primera, hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento, los jueces deben examinar la constitucionalidad de las leyes y en caso de que no aprecien la misma, tienen que plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad⁴⁶, por lo que si bien no deciden sobre esa constitucionalidad, sí que inducen a la toma de tal decisión. Y en relación con el principio del *stare decisis* se han producido críticas muy importantes que han puesto de relieve que suscita problemas similares a los del principio de legalidad⁴⁷. Además hay que añadir que en el ordenamiento jurídico español sí que rige el principio del precedente en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴⁸, por lo que los jueces estarían sometidos al principio de legalidad, pero también a la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional.

No son razones de este tipo las que preocuparon a Kelsen⁴⁹. Por el contrario, la defensa de su modelo está arraigada, como siempre, en cuestiones de hondo cariz político. A Kelsen le preocupó la propuesta de Schmitt⁵⁰, en la que éste defendió que el defensor de la Constitución debía ser el Presidente. Esta idea estaba en consonancia con su concepción de la democracia que poco tenía que ver con la establecida democracia burguesa. Por lo que a nosotros nos importa ahora, se ha de señalar que la democracia que defiende Schmitt es plenamente antiliberal, en la que lo que importa no es la libertad del individuo, sino la manifestación de la

46. Vid. Art. 163 de la *Constitución Española*, arts. 35 a 37 de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* y art. 5.2 y 3 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*.

47. Vid., especialmente, las críticas que A. ROSS hace sobre ese principio en *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. CARRIÓ, Eudeba, Buenos Aires, 1997 (1958), y que recoge H. L. A. HART en *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. CARRIÓ, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963 (1961).

48. Vid. Art. 40.2 de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* y art. 5.1 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*.

49. KELSEN, *¿Quién debe ser...?*, *op. cit.*

50. C. SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, traducción de M. SÁNCHEZ SARTO, Tecnos, Madrid, 1983 (1931).

voluntad del pueblo. Sólo el pueblo capaz de expresarla es el que podrá dotarse de una forma política, es decir, de un Estado, en el que las decisiones no se adoptan por medio de la suma y resta de votos, técnica bastarda e insuficiente para detectar qué sea la voluntad del pueblo. Ésta se manifiesta por medio de la opinión pública, cuya expresión más diáfana se encuentra en el procedimiento de la *acclamatio*, en la que surge el caudillo en plena identificación con su pueblo. Consecuentemente, si el caudillo es el que ha captado lo que el pueblo expresa, si en él se encuentra la máxima expresión de lo que el mismo pueblo quiere, esto es, de su propia forma política, es evidente que será, también, su máximo guardián. Sólo si nos situamos en unos parámetros teóricos distintos, podremos evitar las consecuencias a que conduce un planteamiento de estas características.

Es lo que hizo Kelsen al abordar las dificultades de tales ideas desde el trasfondo sobre el que esta polémica se asienta. Un trasfondo que remite a la tensión que arrastra desde Rousseau entre la voluntad general y la voluntad de todos. Desde planteamientos liberales, Kelsen considera como irresoluble la cuestión de la voluntad general, por lo que sólo es posible asentar el orden social sobre el juego entre mayoría y minoría, esto es, por medio del principio de las mayorías, lo que exige la construcción de toda una serie de límites para evitar que la mayoría arrase con la minoría. Ése es el sentido de la democracia formal, de la división de poderes y de los límites que han de imponerse al ejercicio de la voluntad de las mayorías por medio del reconocimiento e institucionalización de una serie de derechos público-subjetivos, los que hoy llamamos derechos fundamentales. Esto plantea problemas difíciles, entre los que resulta ineludible el de intentar articular esos derechos fundamentales constituidos como límites con la idea de que la soberanía radica en el pueblo, pues si desde fuera cupiera imponerle límites a la misma, entonces ya no se puede decir que en él radique la soberanía⁵¹.

Además, Kelsen defiende junto a todos esos límites una justicia constitucional concentrada⁵², consistente en transferir a un Tribunal independiente la función de garantía de la Constitución, por medio de la que se trata de asegurar la división de poderes. La razón se encuentra, para él, en que “precisamente en los casos más importantes de violación de la Constitución, Parlamento y Gobierno *son partes en causa*, (por lo que) se aconseja llamar para decidir sobre la controversia a una tercera instancia que esté *fuera de esa oposición* y que bajo ningún aspecto sea *partícipe del ejercicio del poder* que la Constitución distribuye en lo esencial entre Parlamento y Gobierno”⁵³. Pero que esa instancia no sea partícipe de ese poder, no

51. Vid., al respecto, José J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Democracia...”, *op. cit.*, donde se afirma que el pensamiento liberal-democrático se apoya sobre dos pilares —la democracia y la defensa de ciertos derechos humanos—, que se encuentran en tensión, lo que ha constituido el núcleo teórico de la reflexión jurídico-política a lo largo del siglo veinte.

52. Aunque KELSEN se pregunta si en la defensa de un modelo de justicia constitucional debe seguirse el ejemplo americano, no lo contesta. Vid. *¿Quién...?*, *op. cit.*, p. 17.

53. KELSEN, *¿Quién...?*, *op. cit.*, p. 54.

quiere decir que no tenga poder. Por el contrario, el Tribunal Constitucional posee el poder de anular las leyes que sean anticonstitucionales, por lo que es, según Kelsen, “un órgano con Poder Legislativo”⁵⁴, lo que lo lleva a defender que esa anulación de las leyes anticonstitucionales por medio de un Tribunal podría interpretarse como un reparto del poder legislativo que residiría, ahora, en dos órganos, el propio poder legislativo, un legislador positivo, y el Tribunal Constitucional, al que cabría caracterizar como legislador negativo⁵⁵.

La consecuencia inmediata de este planteamiento es la de poner de manifiesto las dificultades que entraña la creación de un órgano con capacidad para determinar si una ley es o no constitucional. Entre esas dificultades hay que subrayar la que radica en el ámbito de la legitimidad, puesto que mientras que el poder legislativo positivo está legitimado democráticamente, el negativo no lo está. Kelsen reconoce que la revisión judicial de la legislación “expresa una cierta desconfianza hacia los órganos legislativos y ejecutivos”⁵⁶, así como suscita una pugna entre los dos legisladores, el positivo y el negativo, que puede aminorarse “si se establece que los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser electos por el parlamento”⁵⁷, que es un argumento similar al que había utilizado con anterioridad cuando defendió “un Tribunal constitucional, elegido por el pueblo o sólo por el Parlamento”, que “representa algo totalmente distinto de una ‘aristocracia de la toga’”⁵⁸. De manera indirecta Kelsen nos ha situado en el centro del problema, la desconfianza ante los órganos elegidos directa o indirectamente por el pueblo, el poder legislativo y el ejecutivo, que conduce a la creación de un nuevo órgano que controle las posibles desviaciones del legislativo por medio de la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones que éste dicte. La creación de un órgano con ese poder de revisión judicial sirve para combatir los excesos del legislativo, pero conduce inevitablemente a la creación de un nuevo legislador y, consecuentemente, al enfrentamiento entre los dos legisladores, entre el poder legislativo y el Tribunal Constitucional. La manera de aliviar esa disputa entre ambos órganos es, según Kelsen, la de elegir los miembros del Tribunal de forma democrática, bien por el mismo pueblo, bien por el Parlamento, con lo que se evitarían las sospechas de aristocratismo.

Ahora bien, aunque Kelsen se haya dado cuenta de que el problema consiste en ser consciente de los excesos posibles de la democracia y, consiguientemente, en establecer los frenos adecuados a los mismos, no creo que lo haya resuelto de la manera adecuada, pues si bien diseña una justicia constitucional concentrada y

54. KELSEN, *¿Quién...?*, op. cit., pp. 37-38, n. 12.

55. KELSEN, *¿Quién...?*, op. cit., pp. 35 y ss., en las que establece la diferencia central con el sistema de control difuso de constitucionalidad, al caracterizar al Tribunal Constitucional como legislador negativo, en la medida en que no produce una norma individual, sino que anula una ley anti-constitucional, es decir, que “no genera sino destruye una norma general”, id., p. 36.

56. KELSEN, *Teoría General...*, op. cit., p. 333.

57. KELSEN, *Teoría General...*, op. cit., p. 318.

58. KELSEN, *¿Quién...?*, op. cit., p. 73.

reconoce el carácter político de la función del Tribunal Constitucional⁵⁹, no parece que en principio nos ofrezca soluciones convincentes a las implicaciones que tal carácter conlleva ni resuelva las disputas que el mismo suscita simplemente porque sus miembros los elija bien el Parlamento, bien el mismo pueblo. Es verdad que tal elección puede constituir un cierto freno en el sentido de evitar la institucionalización de lo que el propio Kelsen llamó ‘la aristocracia de la toga’, pero no basta para legitimar democráticamente unas decisiones que anulan las adoptadas por el Parlamento, que sí que posee una legitimidad de carácter democrático. No tendría mucho sentido admitir que la justificación para que una institución pueda corregir lo decidido por otra, se encuentre en que la segunda haya elegido a los miembros de la primera. Sería como vaciar la propia responsabilidad al dejarla limitada al nombramiento de los miembros que componen la nueva institución a la que esa responsabilidad se traslada. Sólo sería factible admitir que la propia institución se dote de un órgano que la advierta sobre sus desviaciones e incluso que tenga el poder para anularlas, aunque siempre habría de estar supeditado a ella, en tanto que ha sido nombrado por la misma. De ahí que cuando se trata de una institución plenamente independiente, un Tribunal Constitucional, su existencia “es algo que no se entiende sin más”⁶⁰. El problema plantea dificultades porque incide en el fundamento mismo sobre el que se asienta toda democracia, la voluntad popular. Hay que tener en cuenta que por medio de una institución como el Tribunal Constitucional puede ponerse en solfa la propia voluntad popular expresada mediante la elección de sus representantes, al anular las decisiones que éstos adopten.

Kelsen percibió con claridad que el problema giraba en torno a la disputa entre un legislador positivo y otro negativo, es decir, en torno a quien posee la legitimidad democrática y a quien en principio carece de ella. Esa disputa gira siempre en torno a los límites entre ambos poderes, en tanto que la “crítica de la jurisdicción y la jurisprudencia constitucional se efectúa —según Habermas— siempre en lo que respecta a la distribución de competencias entre el legislador democrático y la administración de justicia”⁶¹. Aunque el trasfondo de la misma se encuentra en la diferente calidad de autoridad que cada uno de ellos posee. Mientras que el primero, el legislativo, tiene una autoridad directa, el segundo, la justicia constitucional, la posee derivada, por lo que cuando interviene como legislador negativo, esto es, anulando leyes aprobadas por el primero, “no puede recurrir sino a razones que en el marco de una concepción procedimental de la Constitución justifiquen una apelación a la soberanía popular como origen de todas las facultades de crear derecho”⁶². Aparentemente, el mecanismo seguido para establecer la legitimación democrática de la justicia constitucional se parece al que Kelsen había utilizado para

59. Vid. KELSEN, *¿Quién...?*, *op. cit.*, p. 21.

60. HABERMAS, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 312.

61. HABERMAS, *op. cit.*, p. 312.

62. HABERMAS, *op. cit.*, p. 340.

63. KELSEN, *Teoría General...*, *op. cit.*, p. 346.

justificar la ficción de la representación política por medio de la que se mantenía la ilusión de que el legislador era el pueblo cuando, en realidad, su función se limitaba a “la creación del órgano legislativo”⁶³. Ésta era la razón por la que había que hablar de representación política y no jurídica entre el pueblo y el legislador. “La independencia jurídica del parlamento frente al cuerpo electoral sólo puede justificarse —había dicho Kelsen— mediante la opinión de que el poder legislativo se halla mejor organizado cuando el principio democrático de que el legislador debe ser el pueblo, no es llevado al extremo”⁶⁴. Kelsen defendió una democracia representativa sobre la base de que por medio del establecimiento de la división de funciones que suponía, el pueblo elige a sus representantes y éstos establecen el orden social, el poder legislativo se hallaría mejor organizado, lo que le llevó a reconocer que esa “independencia jurídica del parlamento frente al pueblo significa que el principio de la democracia es, en cierta medida, reemplazado por el de la división del trabajo”⁶⁵. Si así sucediera en el caso que nos ocupa, el de la justicia constitucional, utilizaríamos el principio de la división del trabajo para justificar la justicia constitucional, en la medida en que sólo un órgano de esas características tendría recursos suficientes, “la superior profesionalidad de sus discursos profesionales” y “la distancia de éste (el Tribunal Constitucional) respecto de la política”⁶⁶, como para llevar a cabo la función de revisión judicial. Pero la consecuencia de tal actitud consistiría, entonces, en que habríamos dado un nuevo paso que nos alejaría, aún más, del principio de la soberanía popular, esto es, del pueblo y, en consecuencia, de la posibilidad de alcanzar una legitimación democrática de una institución como es el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, si leemos con atención el texto de Habermas, podemos deducir que se ha alejado definitivamente de las preocupaciones de Kelsen. No se trata ya de una mera cuestión de división del trabajo, sino que el problema es muy diferente, puesto que consiste en resolver el problema de la legitimación democrática del Tribunal Constitucional. Hay que encontrar razones dentro de una determinada concepción, procedimental, de la Constitución, que son en las que se hallaría la justificación de su llamada a la soberanía popular, es decir, que sólo cabe que el Tribunal apele a esa soberanía, origen de toda facultad de crear derecho, por medio de razones en un contexto muy determinado, el de una concreta concepción constitucional. Así, mientras que el legislativo puede apelar directamente al pueblo, eso no lo puede hacer la justicia constitucional, que ha de hablar con él de forma mediada. Sólo cabe la justificación de la revisión judicial en la medida en que la misma se atiene a estos presupuestos: reconocimiento del principio de la soberanía popular como origen de la capacidad de creación del orden social y el establecimiento de una relación mediada a través de razones con ella. Aunque no sólo cabe

64. KELSEN, *Teoría General...*, *op. cit.*, p. 347.

65. KELSEN, *Teoría General...*, *op. cit.*, p. 347.

66. HABERMAS, *Facticidad...*, *op. cit.*, p. 339.

encontrar diferencias en relación con los textos de ambos autores, sino que también es diferente el contexto en el que ambos reflexionan. Ahora parece evidente que se ha asentado lo que en tiempos de Kelsen estaba en ciernes, puesto que se ha producido “un cierto desplazamiento del centro de gravedad desde los parlamentos a los tribunales constitucionales”⁶⁷, lo que se ha visto favorecido por el tránsito del modelo liberal de la sociedad al que representa el Estado social. Todo esto ha provocado de forma paralela una disminución de la importancia del Estado legislador de tipo parlamentario y un incremento de la presencia de lo que se ha llamado “Estado-jurisdicción del Tribunal Constitucional”⁶⁸.

Además hay que precisar que esa concepción procedimentalista entendería la Constitución “como interpretación y configuración de un sistema de derechos mediante el que se hace valer la conexión interna de autonomía pública y autonomía privada”⁶⁹, es decir, como una Constitución que ha de responder a la idea de asegurar “la compatibilidad de la libertad de cada uno con iguales libertades subjetivas de todos”⁷⁰, lo que quedó en cierto modo relegado con la implantación del paradigma liberal, aunque se haya recuperado de nuevo con la concepción del derecho propia del Estado social. Así pues, el Tribunal Constitucional tendría la obligación de proteger “ese sistema de los derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos (...) porque la función de los derechos fundamentales (...) ya no puede agotarse en proteger las intrusiones del aparato estatal a ciudadanos que de por sí gozasen de autonomía privada. Pues la autonomía privada viene también amenazada por posiciones de poder económico y social y por su parte depende del modo y manera como, y del grado en que, los sujetos pueden efectivamente ejercitar sus derechos de comunicación y participación de ciudadanos democráticos. De ahí que el Tribunal Constitucional haya de someter a examen los contenidos de las normas controvertidas en conexión sobre todo con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas. Tal *comprensión procedimentalista de la Constitución* da al problema de la legitimidad de la jurisdicción constitucional un giro en términos de teoría de la democracia”⁷¹.

67. HABERMAS, *Facticidad...*, *op. cit.*, p. 317.

68. HABERMAS, *Facticidad...*, *op. cit.*, p. 322, en la que se siguen las ideas de Böckenförde.

69. HABERMAS, *Facticidad...*, *op. cit.*, p. 354. Al entender de esta manera la Constitución justificará una jurisprudencia constitucional ofensiva que “no sólo no resultará perjudicial en los casos en que se trate de hacer valer el procedimiento democrático y la forma deliberativa de formación de la opinión y de la voluntad política, sino que incluso viene normativamente exigida”, p. 354.

70. HABERMAS, *Facticidad...*, *op. cit.*, p. 323.

71. HABERMAS, *Facticidad...*, *op. cit.*, pp. 336-337. De nuevo incidirá sobre esto, aunque de manera más precisa, en la p. 338, en la que dice que “el control abstracto de normas (ha) de referirse ante todo a las condiciones de la génesis democrática de las leyes, empezando por las estructuras de comunicación de un espacio de la opinión pública transido por el poder que ejercen los medios de comunicación de masas, siguiendo por las efectivas oportunidades de que puedan hacerse oír las voces desviantes y de que se pueda hacer un uso concreto y efectivo de los derechos de participación, en principio formalmente iguales, y concluyendo con la representación equilibrada de todos los gru-

Así pues, Habermas no se separa de la argumentación kelseniana al incidir, entre las diversas funciones que puede cumplir el Tribunal Constitucional, en la importancia que tiene la colisión que se puede dar entre lo que ha decidido el legislador legitimado democráticamente y la justicia constitucional, cuando ésta realiza un control abstracto de las normas aprobadas por el primero. Sólo lo hace al plantearse que tal función exigiría “una justificación bastante compleja”⁷², que no podría resolverse simplemente mediante la elección de los miembros del Tribunal Constitucional por el Parlamento o por el pueblo, aunque tal elección no deje de ser importante, especialmente como expresión del clima en el que se exponen y dilucidan todas estas cuestiones. Por eso es por lo que Habermas sostiene que el Tribunal Constitucional ha de ser “un defensor de la democracia deliberativa”⁷³ y que “ha de operar dentro del marco de sus competencias en el sentido de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una *política deliberativa*, que son las que fundan legitimidad”⁷⁴, con lo que desempeñaría un papel vigilante de las actuaciones del legislador, pero también del ejecutivo, que ya no podrían limitarse ni a “las rutinas del negocio parlamentario”⁷⁵ ni a la supeditación a los intereses sociales de las organizaciones sociales más fuertes, por lo que tendrían que procurar el acuerdo y transacción entre los diversos intereses en conflicto al margen de las cuestiones de principio. Por el contrario, este planteamiento exigiría del legislador y el ejecutivo que se atuvieran a unas mínimas exigencias de justicia, que están más allá de la posibilidad de que se mercadee con ellas, puesto que constituyen la fuente en la que ha de beber el orden social.

3. CONCLUSIONES

En definitiva, el planteamiento de Habermas respecto de la legitimidad del Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto, por un lado, cuestiones que ni siquiera un autor como Tocqueville había contemplado, en tanto que su preocupación central era de carácter instrumental, en la medida en que lo que le preocupaba era cómo limitar la expresión soberana del pueblo, y se ha ahondado, por otra

pos, constelaciones de intereses y orientaciones valorativas relevantes en cada caso, en el plano de los organismos parlamentarios y en el espectro de los temas, razones y problemas, de los valores e intereses, que pueden entrar en las deliberaciones parlamentarias y ser tenidos en cuenta en la fundamentación de las normas que se discuten y aprueban (...) El examen de la génesis de las normas habría de tener por objeto el comprobar si se ha respetado la división de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, pero no sólo en lo que respecta a la implementación de los programas legales por parte de la Administración, sino también en lo que respecta a la impermisible pasividad de un legislador que no hace uso de sus competencias y delega en la Administración”.

72. HABERMAS, *Facticidad...*, op. cit., p. 315.

73. HABERMAS, *Facticidad...*, op. cit., p. 349.

74. HABERMAS, *Facticidad...*, op. cit., p. 348 en la que sigue a Ely.

75. HABERMAS, *Facticidad...*, op. cit., p. 352.

parte, en las ideas de un autor como Kelsen, quien sí que percibe el problema de la justicia constitucional al definirla como legislación negativa y, por tanto, en tensión con el legislador legitimado democráticamente, aunque su propuesta de resolución de la cuestión de su legitimación fue, tal y como hemos visto, insuficiente. Esto es lo que ha llevado a Habermas a plantear tal problema de diferente manera. De ahí que defienda que el Tribunal Constitucional obtiene su legitimidad no tanto porque sus miembros sean elegidos por cierto método, lo que no deja de tener importancia, aunque sea desde un punto de vista estratégico, como por lo que ellos hacen. Esto es, la legitimación la obtendrían por sus decisiones o mejor dicho, antes que por sus decisiones, por la manera en que las alcanzaran, por la manera en que las fundamentaran. En este sentido, Habermas defenderá, como hemos visto, una interpretación procedimentalista de la Constitución a través de la que se legitimaría su actuación, a la vez que con ello se impediría que en su función interpretativa se le abriera la puerta al Tribunal Constitucional “para una ‘creación de derecho’ de inspiración política, que, conforme a la lógica de la división de poderes, habría de quedar reservada al legislador democrático”⁷⁶. Ésta es la razón por la que establece la diferencia entre un control de racionalidad sobre el modo de los procesos de fundamentación, que se admitiría en tanto que el Tribunal Constitucional se orienta en los mismos “por principios procedimentales”⁷⁷, y otro control diferente que se ocupa de razones sustanciales, lo que rechazaría, puesto que el Tribunal Constitucional “no puede atribuirse frente al legislador el papel de un crítico ideológico; pues está expuesto a la misma sospecha de ideología y no puede pretender estar ocupando un lugar neutral fuera del proceso político”⁷⁸. Por eso es por lo que para Habermas el Tribunal Constitucional “no necesita ir más allá del crédito o ‘cuenta corriente’ de legitimación de que dispone”⁷⁹, en tanto que sus decisiones se pre-ocupen del “carácter intrínsecamente racional de esas condiciones procedimentales que fundan para el proceso democrático en conjunto la presunción de posibilitar resultados racionales”⁸⁰.

76. HABERMAS, *Facticidad...*, *op. cit.*, p. 326.

77. HABERMAS, *Facticidad...*, *op. cit.*, p. 339, donde precisará que esos principios procedimentales “tienen un evidente contenido normativo. El concepto de procedimiento democrático se apoya él mismo en un principio de justicia en el sentido de igual respeto a todos (...) Pero de ello no se sigue en modo alguno que los principios que fundan la fuerza legitimadora que poseen la organización y el procedimiento de la formación democrática de la voluntad, no sean lo suficientemente informativos a causa de su naturaleza procedimental y necesiten ser complementados por una teoría sustancial de los derechos. Ni tampoco quedan eliminadas con ello otras razones, es decir, razones *de otro tipo*, a favor de una actitud escéptica en lo tocante a la actividad judicial en este aspecto”. Habermas incide más adelante en la misma cuestión al sostener que “el procedimiento democrático no puede extraer ya su fuerza legitimante (...) sino sólo de sí mismo”, *ibidem*, p. 360.

78. HABERMAS, *Facticidad...*, *op. cit.*, p. 351, en la que sigue a Sunstein.

79. HABERMAS, *Facticidad...*, *op. cit.*, p. 353.

80. HABERMAS, *Facticidad...*, *op. cit.*, p. 360, en la que seguirá diciendo que “la razón se encarna entonces tan sólo en las condiciones pragmático-formales de posibilitación de la política deliberativa y no necesita, por tanto, quedar enfrente de ésta, como una autoridad radicada allende la comunicación política”.

La propuesta de Habermas es impecable en tanto que la tomemos como aquella que indica lo que el Tribunal Constitucional debe hacer, es decir, en tanto que la entendamos como formulación de un programa que debe ser la 'guía' de la actuación del mismo, así como su 'trasgresión' constituirá la 'razón y justificación' de la crítica a sus decisiones⁸¹. Pero con ello no acaban los problemas, sino que comienzan otros de diferente talante. Entre ellos, nos encontramos con algunos, cuya formulación no es nada complicada, aunque sus repuestas sí que entrañan dificultades muy serias. Me refiero a los siguientes: ¿cómo sabemos que las decisiones del Tribunal Constitucional se ocupan del carácter racional de las condiciones procedimentales del proceso democrático?, es decir, ¿cómo sabemos que sus decisiones se atienen a lo establecido por su programa de actuación?, ¿por lo que nos diga el propio Tribunal?, ¿quién vigila al Tribunal Constitucional para que se atenga en sus decisiones a un control de racionalidad orientado por principios procedimentales y no por razones sustanciales? Estas cuestiones no son nada nuevas, más bien todo lo contrario, ya que nos recuerdan las que se hizo Platón en la *República* cuando se preguntó por quién vigilaba a los vigilantes. La respuesta no puede estar por razones evidentes en la creación de otro órgano que supervisase al primero, pues la cuestión se nos volvería a reproducir, por lo que parece más indicado que desanduviéramos el camino trazado para volver al punto de partida, esto es, al mismo pueblo. No creo que haya otra solución a las preguntas planteadas con anterioridad que la de asegurar una sociedad más democrática, capaz de llegar a discutir, aprobar o rechazar lo que la afecte. Sin embargo, esta propuesta no está libre de trabas pues en la medida en que se carguen, en demasía, las tintas sobre la misma sociedad, los peligros de los excesos o desvaríos democráticos reaparecerán. Quizá esto abra la puerta al replanteamiento del que posiblemente sea el concepto ilustrado por excelencia cuando se habla de cuestiones relacionadas con el poder, me refiero al concepto de equilibrio. Quizá haga falta replantear un nuevo equilibrio entre los diferentes poderes, una vez que hemos constatado la insuficiencia de la primera Ilustración, presidida por la preeminencia del poder legislativo, y comenzamos a sospechar de los excesos de la segunda, en la que la balanza se ha inclinado, peligrosamente, del platillo que ocupa la jurisdicción.

81. La argumentación que se ha seguido es un remedo de la relación que estableció Hart entre la regla y el juez. Vid., al respecto, HART, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 13.

III. DOCUMENTO

