

# EL CONTROL COMO ELEMENTO INSEPARABLE DEL CONCEPTO DE CONSTITUCION (\*)

MANUEL ARAGON

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA DEL CONTROL «CONSTITUCIONALMENTE ADECUADA».—II. CONSTITUCIÓN Y CONTROL DEL PODER: 1. *La teoría británica en el siglo XVIII: la «Constitución bien equilibrada».* 2. *La interpretación de Montesquieu.* 3. *La desaparición, o mitigación, del control en la democracia «rousseauiana» y algunas de sus consecuencias: la separación de poderes de la Constitución francesa de 1791 y el régimen de asamblea.* 4. *La influencia en el constitucionalismo norteamericano de la teoría del «equilibrio de poderes».* 5. *La situación en Europa: debilidad de los instrumentos de control en el siglo XIX y recuperación de la idea de la Constitución bien equilibrada en el XX.* 6. *El control como elemento clave en la Constitución del Estado de Derecho democrático y social.*—III. LA DISCUTIBLE CONTRAPOSICIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN COMO «NORMA ABIERTA» Y CONSTITUCIÓN COMO «SISTEMA MATERIAL DE VALORES».—IV. EL CONTROL COMO ELEMENTO DE CONEXIÓN ENTRE EL SENTIDO «INSTRUMENTAL» Y EL SENTIDO «FINALISTA» DE LA CONSTITUCIÓN.

## I. INTRODUCCION: SOBRE LA NECESIDAD DE UNA TEORIA DEL CONTROL «CONSTITUCIONALMENTE ADECUADA»

En un reciente y sugestivo trabajo, el profesor JACOBSON (1), al examinar la polémica desatada en el mundo académico norteamericano a raíz de las tesis de DWORKIN sobre la «fusión del derecho constitucional y la teoría

---

(\*) Primera parte de una obra dedicada a la «Teoría del control en el Estado constitucional». Lo que ahora se ofrece ha sido publicado en el *Libro-homenaje al profesor Murillo Ferrol*, C. E. C.-C. I. S., 1986.

(1) «Modern Jurisprudence and the Transvaluation of Liberal Constitutionalism», en *Journal of Politics*, vol. 47, núm. 2, mayo 1985, pp 405 y ss.

moral» (2), recuerda algo que a él le parece obvio, como a toda la doctrina anglosajona, pero que no lo ha sido tanto para el derecho público europeo continental, a saber: que al margen de cualquier tipo de adjetivaciones, hablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como un instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente, el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se «realice», en expresión, bien conocida, de HESSE; o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no pura entelequia o desnuda vaciedad. El control no forma parte únicamente de un concepto «político» de Constitución, como sostenía SCHMITT, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma (3).

Dado el papel capital que desempeña el control en el concepto de Constitución y, por lo mismo, en el significado del Estado constitucional, pocas dudas puede haber acerca de la pertinencia de una teoría del control, teoría tanto más necesaria en cuanto que ha sido poco cultivada por la doctrina (4). Por supuesto que al control suelen referirse casi todas las obras generales sobre Teoría de la Constitución o los manuales de Derecho Constitucional, así como, incidentalmente, los trabajos sobre control parlamentario o sobre control constitucional de las leyes, pero tales referencias, o bien se circunscriben a unas consideraciones sumarias sobre el significado político del control, o bien, si tratan de abordar su significado jurídico, se limitan a trasladar, en bloque, las categorías empleadas en el campo del Derecho Administrativo que, en este punto, como en muchos otros, difícilmente pueden adaptarse a problemas propios del Derecho Constitucional (5).

---

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

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

(4) Una de las pocas excepciones en el Derecho constitucional quizá sea el libro de S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Giuffrè, Milán, 1963, obra sugestiva, pero, en ciertos puntos, también muy contradictoria; del mismo autor, resumidamente, «Controlli costituzionali», en *Enciclopedia del Diritto*, X, Milán, 1972, pp. 319 y ss.

(5) Como ejemplo, casi paradigmático, de la incapacidad de construir, sobre las

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

Sin embargo, para articular, en esa perspectiva, una teoría del control en el Estado constitucional, resulta necesario, primero, comprobar la hipótesis de la que se parte: que el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución. Y es necesario comprobarlo no sólo porque en el Derecho público europeo continental se carezca de una tradición pacífica sobre ello, sino especialmente porque en esa tradición se han confundido, con exceso, limitación y control. Nadie, o casi nadie, entre los autores de prestigio, ha negado radicalmente, en los últimos ciento cincuenta años, que el concepto de Constitución sea por completo ajeno a la limitación del poder; ni siquiera la dogmática jurídica que desembocará en el positivismo jurídico, que desde GERBER hasta KELSEN, pasando por O. MAYER, tenía como piedra angular de

---

bases de los controles administrativos o de la Administración, una noción de control válida para el Derecho constitucional, puede citarse el trabajo de un administrativista tan eminente como M. S. GIANNINI, «Controllo: nozioni i problemi», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 4, 1974, pp. 1263 a 1283. La sensación de incapacidad se confirma con la lectura de las páginas que en su *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, de 1981, dedica a «la función de control» (pp. 47 y ss.).

(6) Acerca de ello me remito a mi trabajo (y a la bibliografía allí citada) «Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional», en el *Libro-homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*, I. E. A. L., Madrid, 1985, pp. 1 a 21.

(7) También me remito aquí a mi trabajo «Constitución y Estado de Derecho», en la obra colectiva *España: un presente para el futuro*, vol. II, Madrid, 1984, pp. 77 a 98.

su construcción teórica la erradicación de la arbitrariedad en la actuación estatal. Ocurre, sin embargo, que eso es una cosa y otra bien distinta es asentar la Constitución en la idea de control, supuesto que invalida, frontalmente, por ejemplo, la tesis positivista de la «autolimitación».

## II. CONSTITUCION Y CONTROL DEL PODER

### 1. *La teoría británica en el siglo XVIII: la «Constitución bien equilibrada»*

Aunque SCHMITT sostuviera, con excesiva rotundidad, que fueron las experiencias del señorío del parlamento en la primera revolución inglesa las que condujeron a los intentos teóricos y prácticos de distinguir y separar los diversos campos de la actuación del poder del Estado (8), lo cierto es que esos intentos son muy anteriores y se manifiestan por muy complejas vías. Es un lugar común admitir que desde la *Carta Magna Libertatum* los poderes reales, salvo en períodos excepcionales, no han decrecido jamás en Gran Bretaña; pero con la aceptación de esa idea general no basta: lo que cualificará al constitucionalismo británico no es sólo la limitación del poder, sino el modo de esa limitación. Y ese modo se articulará a través de una diversidad de teorías y soluciones prácticas que pueden resumirse, quizá, en dos vertientes, estrechamente interconectadas: la concepción de la ley como regla general, que obliga a todos y que no puede ser vulnerada en los actos de su aplicación, y la concepción plural del poder. Ya BRACON, a mediados del siglo XIII, en su *De legibus et consuetudinibus Angliae*, decía que el rey es frenado por el derecho y la «curia» (9).

GARCÍA-PELAYO explica muy bien que en ese tiempo Inglaterra se gobierna principalmente por el derecho no escrito, por la costumbre, si bien cuando ese derecho ha sido sancionado por la autoridad del rey con el *consilium et assensu magnatum et reipublicae*, se transforma en *leges*, las cuales no pueden

---

(8) *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, p. 212. Este puede ser un buen ejemplo de cómo la posición ideológica de un autor (el antiparlamentarismo, casi visceral, de SCHMITT) puede conducirlo a la tergiversación de la historia.

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

derogarse o reformarse *sine communi consensu eorum omnium quorum consilio et consensu fuerunt promulgatae* (10). La distinción entre *gubernaculum* (ámbito de poder no sometido a limitación) y *jurisdictio* (ámbito del poder sometido a la ley), distinción perfectamente admitida (aunque a veces fuese quebrantada) hasta el siglo xvii; la diferencia, vigorosamente defendida por FORTESCUE, a mediados del siglo xv, en su *Governance of England*, entre *dominium politicum* (el rey puede gobernar con plenitud de poder) y *dominium regale* (el rey no puede gobernar a su pueblo más que por las leyes a las que éste ha asentido), manifestando que Francia es una muestra de lo primero e Inglaterra de lo segundo, o más exactamente de la primacía de lo segundo, ya que, en realidad, dirá, en Inglaterra se da una suerte de mezcla de las dos formas de poder, pues la monarquía inglesa es una «monarquía mixta» en la que el «parlamento es representante del cuerpo de todo el reino»; la teoría de la supremacía del *common law*, del juez COKE, a principios del siglo xvii, y su conocida calificación del derecho como «*artificial reason and judgement of law*», que lo enfrentaron tanto con el rey como con el parlamento; la defensa, casi simultánea, por SELDEN y ELLIOT de la primacía del estatuto sobre la ordenanza; todo ello y algunos ejemplos más que no hace falta repetir, por suficientemente conocidos, evidencian una tradición teórica del *imperium* de la ley y de la concepción plural del poder mismo. Teoría que, además, no estaba desligada de la práctica, como demuestra la misma experiencia histórica del constitucionalismo británico. Ahora bien, mientras que el *rule of law*, cada vez más fortalecido, continuaría de modo casi invariable hasta nuestros días (11), el otro medio a través del cual se articula la limitación, el de la concepción plural del poder, experimentaría notables modificaciones. Hasta el siglo xvii adoptaría el modelo de la «forma mixta de gobierno», ya apuntado por FORTESCUE, que no hacía más que recoger la vieja idea de ARISTÓTELES, POLIBIO y SANTO TOMÁS. JOHN AYLMER, obispo de Londres, lo expresará muy bien en el siglo xvi: «El régimen de Inglaterra no es una mera monarquía, como algunos piensan por falta de examen, ni una mera oligarquía ni democracia, sino un régimen mezcla de todos éstos, en el cual cada uno de éstos tiene o debe tener autoridad. La imagen de eso, y no la imagen, sino la cosa misma, puede verse en la Casa del Parlamento, donde encontraréis estos tres estamentos: el rey o la reina, que representa al mo-

(10) *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1959, p. 254.

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

narca; los nobles, que son la aristocracia, y los burgueses y caballeros, la democracia» (12).

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

La «forma mixta», sin embargo, como institución de raíces medievales, se transformará poco a poco, en el siglo XVIII, con el cambio de la sociedad estamental a la sociedad burguesa, a la nación de «ciudadanos», en otro modelo: el de la «Constitución bien equilibrada», el del «*balance of powers*». Sin embargo, aunque la teorización del nuevo modelo no se producirá hasta el siglo XVIII, ya había sido intuido con anterioridad, como una variante o un complemento de la forma mixta, por JAMES HARRINGTON, en su *Oceana* (1656), escrita como respuesta al *Leviatán*, de HOBBS, y aunque la paternidad de la fórmula del equilibrio se atribuya, generalmente, a BOLINGBROKE, también aparece, al menos tácitamente, en HUME (13). Todo ello sin contar con que la aportación de LOCKE, aunque estuviese dirigida más a la división que al equilibrio del poder, influiría de todos modos, y muy notablemente, en la construcción teórica y en la práctica política de los *checks and balances*, en cuanto que los principios vertebrales del constitucionalismo de LOCKE (división de poderes, gobierno de la mayoría y proclamación de unos derechos individuales como límite material a la acción del poder) formarían parte del fondo común del que se nutriría, en el siguiente siglo, el «gobierno bien equilibrado». De todos modos, no debe exagerarse, en este punto, el peso de LOCKE, más preocupado, como en general todo el iusnaturalismo contractualista, por la legitimación del poder que por la organización equilibrada y controlada de su ejercicio (14).

(12) «Alegato frente al 'Monstruoso régimen de la mujer'», de JOHN KNOX: véase McILWAIN, *op. cit.*, p. 120. En términos similares, el «gobierno mixto» aparecerá, bien descrito, en las obras de sir THOMAS SMITH, *De Republica Angelorum*, 1583, y de RICHARD HOOKER, *Law of Ecclesiastical Polity*, 1593-1597.

(13) En su escrito «¿Puede ser la política una ciencia?» se cita del libro *Ensayos políticos*, 2.ª ed., C. E. C., Madrid, 1982, especialmente p. 408.

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

BOLINGBROKE, a través de escritos periodísticos muy poco sistemáticos, pero que tuvieron una gran relevancia en la Inglaterra de su tiempo, será el gran divulgador de la teoría del equilibrio de poderes (15). De los «frenos recíprocos», «controles recíprocos», «retenciones o reservas recíprocas», «*equilibrium of powers*», en suma, decía, resulta el gobierno libre o liberal. Controles que no son únicamente entre órganos, sino también de los ciudadanos sobre las instituciones públicas, como señala DE LOLME en su libro, de 1771, sobre la Constitución inglesa, cuando explica que el pueblo ejerce, mediante la opinión pública, un poder especial: el «poder de censura». Sin embargo, no parece acertada la interpretación, por ejemplo, de SCHMITT, que sostiene el origen «racionalista» y no «empirista» de esta teoría del equilibrio, conectándola inmediatamente con una concepción mecanicista del mundo físico y moral. Es cierto, como dice el mismo SCHMITT, que «la idea del equilibrio, de un contrapeso de fuerzas opuestas, domina el pensamiento europeo desde el siglo XVI; se manifiesta en la teoría del equilibrio internacional; del equilibrio entre importación y exportación en la balanza del comercio; en la teoría del equilibrio de afectos egoístas y altruistas en la filosofía moral; en el equilibrio de atracción y reacción en la teoría de la gravitación de NEWTON». Y es cierto que hay algún pasaje de BOLINGBROKE de acusado matiz racionalista, por ejemplo, cuando expresa que el Estado apoya su ordenación en la unión de sabiduría y poder: legislativo y ejecutivo, parlamento y monarca; con la consecuencia de que el parlamento da las leyes, que deben valer sin excepción, siendo la sabiduría del Estado, y prescribe al poder del rey las reglas de su obrar, de tal modo que «ni Dios ni el rey pueden quebrantar una ley». Pero estas frases y otras más, cargadas de retórica, de BOLINGBROKE, así como la idea mecánica del equilibrio, no pueden hacer olvidar que el modelo de los *cheks and balances* es sobre todo empírico y funcional, no causal, como el mismo BOLINGBROKE dejaría muy claro: el equilibrio tiene como finalidad la libertad. O como DE LOLME, más expresivamente, señalaba cuando decía que las diferentes partes de la Constitución inglesa, «equilibrándose recíprocamente y por sus recíprocas acciones y reacciones, producen la libertad». El equilibrio, en suma, no es consecuencia de las relaciones humanas «naturalmente libres», sino, por el contrario, requisito para que en esas relaciones humanas exista libertad. El sistema de frenos y contrapesos,

---

(15) Especialmente en «The Idea of a patriot King», de 1738, y en «Dissertation on parties», de 1733. Estos y otros escritos se publicaron como memorias en el semanario *The Craftsman*, en 1726-1736.

de controles mutuos, se presentará así, para BLACKSTONE, como un delicado artificio producido, poco a poco, por la historia de la teoría y de la práctica constitucional británica; la Constitución inglesa, dirá (en sus famosos *Commentaries on the Laws of England*), está calculada para mantener la libertad civil.

## 2. *La interpretación de Montesquieu*

La teoría del equilibrio como división interconectada de poderes, que se controlan mutuamente, era moneda corriente en la vida política y jurídica de mediados del siglo XVIII y hay que presumir, fundadamente, que MONTESQUIEU la conocía con exactitud. Como se ha dicho tantas veces, por los constitucionalistas anglosajones principalmente, la teoría del equilibrio implicaba que la fiscalización y el control son parte de la teoría de la división de poderes y no excepción a la misma (16). El control aparece, pues, como el instrumento indispensable para que el equilibrio (y con él la libertad) pueda ser realidad. Y ese papel capital, desempeñado por el control en la Constitución inglesa, lo había expuesto ya el propio BOLINGBROKE: «En el momento en que cada órgano del Estado entra en funcionamiento y afecta a la totalidad, su procedimiento es examinado y fiscalizado por los otros órganos» (17).

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

Existe un párrafo muy revelador, ya resaltado sagazmente por J. PÉREZ

(16) Véase G. MARSHALL, *Constitutional Theory*, 1980, pp. 136 y ss.

(17) De *Remarks on the History of England, Works*, 1980, vol. 2, pp. 413-414.

ROYO (18), aunque en otro sentido, y que expresa bien la escasa comprensión por MONTESQUIEU de lo que significa el control como instrumento para garantizar la libertad. Ese párrafo dice así: «Abolid en una monarquía las prerrogativas de los señores, del clero, de la nobleza y de las ciudades: tendréis en seguida un Estado popular o un Estado despótico», añadiendo después que los ingleses, que han obtenido la libertad suprimiendo los poderes intermedios, «tienen mucha razón en conservar dicha libertad, pues si la perdieran, serían uno de los pueblos más esclavos de la tierra». MONTESQUIEU, que advierte, tácitamente, que en Inglaterra ya no hay forma mixta de gobierno, y que conoce la diferencia sustancial entre ese modelo estamental y el de la división y equilibrio de poderes basado en una sociedad de ciudadanos, no repara, sin embargo, en que la libertad de los ingleses es posible, entre otros casos, precisamente por la existencia del equilibrio de poderes y de su instrumentación a través de una red de controles. Sabe que la Constitución británica no «tiene por objeto la gloria del Estado, sino la libertad política de los ciudadanos» (19), pero no reconoce explícitamente, o no subraya con la suficiente importancia, que es justamente en los controles donde reside la garantía de la libertad.

Por supuesto que MONTESQUIEU se plantea el problema de la necesidad de colaboración entre los poderes, pero lo hace de una forma relativamente simple: «Estos poderes deberían conducir a una situación de reposo o una inacción (por los frenos mutuos); pero, dado el movimiento necesario de las cosas, esos poderes se verán forzados a moverse, y se verán forzados a concertarse» (20). El gobierno bien equilibrado es más complejo y su funcionamiento está regido más por «artificios» jurídico-políticos que por «el movimiento necesario de las cosas». Sin restar importancia a la magnitud y sagacidad de su pensamiento, parece que el mismo MONTESQUIEU contribuiría, en parte, al destino que a veces ha sufrido su obra y que él vaticinaba al decir que «seré más leído que comprendido».

---

(18) *Introducción a la teoría del Estado*, Barcelona, 1980, p. 25.

(19) *L'Esprit des Lois*, edit. Gallimard, París, 1970, libro XI, caps. 5 y 7, pp. 167, 168, 182 y 183.

(20) *Ibidem*, p. 179.

3. *La desaparición, o mitigación, del control en la democracia «rousseauiana» y algunas de sus consecuencias: la separación de poderes de la Constitución francesa de 1791 y el régimen de asamblea*

Las ideas constitucionales del liberalismo francés en la segunda mitad del siglo XVIII estarán influidas por las teorías de LOCKE y MONTESQUIEU en mayor medida que por las ideas del «gobierno bien equilibrado». Ni siquiera la defensa por ese «vulgarizador de talento» que fue BURLAMAQUI de la *balance des pouvoirs* en sus *Principes du droit politique*, de 1751, tuvo, como se sabe, mayor trascendencia. Y ello quizá fuera debido, aparte de a la consideración de la Constitución británica como algo «tan peculiar que difícilmente era importable» (21), a la concepción rousseauiana de la democracia y de la ley. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano es un ejemplo, casi paradigmático, de todo ello. En primer lugar, en cuanto al concepto de Constitución, enunciado en términos bien conocidos como una ordenación del Estado que debe necesariamente basarse en la división de poderes y en la garantía de los derechos fundamentales. Y en segundo lugar, en cuanto al concepto de ley, entendida como expresión de la voluntad general. De estos postulados se derivarían notables consecuencias para el constitucionalismo democrático: la doble limitación material y funcional del poder, por un lado, y, por otro, la consideración del derecho como producto inmediato de la decisión del pueblo o de sus representantes. El Estado constitucional aparecerá, así, como una forma específica de Estado que responde a los principios de legitimación democrática del poder (soberanía nacional), de legitimación democrática de las decisiones generales del poder (ley como expresión de la voluntad general) y de limitación material (derechos fundamentales), funcional (división de poderes) y temporal (elecciones periódicas) de ese poder (21 bis).

No obstante, la desconfianza hacia los jueces, la consideración de la jurisdicción como una mera actividad de aplicación mecánica de la ley y la con-

---

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

(21 bis) La connivencia del principio democrático con el principio monárquico no alterará radicalmente los presupuestos de esta forma de Estado en las Constituciones de «monarquía republicana». Distinto será el caso de la monarquía constitucional en sentido estricto y, sobre todo, de la monarquía de riguroso «principio monárquico».

cepción cuasi sacral de la ley misma, como producto de la razón y no del concierto de intereses y como expresión de la voluntad soberana y no de un poder del Estado, traían como consecuencia una fuerte mitigación de los controles. Mitigación acentuada por la misma idea rousseauiana de la democracia, que negaba el pluralismo de poderes, el equilibrio entre ellos producto de frenos y controles, y sólo aceptaba, en puridad, la autolimitación, es decir, el dogma de la voluntad de la mayoría (22). En resumidas cuentas, se pregonaba la limitación, pero no se instrumentaban suficientemente sus garantías, situación que se perpetuaría por mucho tiempo en el Derecho público europeo continental. Frente al «liberalismo» de LOCKE, se ha dicho, el «estatalismo» de ROUSSEAU (23) ofrecerá al hombre muy escasas garantías frente a la acción del poder, y se podría añadir que ese «estatalismo», cuya paternidad es sin duda alguna hobbesiana, se prolongará, a través de la obra de Hegel, hasta la dogmática jurídica alemana de la segunda mitad del siglo XIX.

El resultado al que conduciría, de inmediato, la ausencia del equilibrio como elemento básico de la Constitución democrática será o bien al establecimiento de una división de poderes sin apenas controles (Constitución francesa de 1791 y del año III) o a una negación de la división misma del poder, es decir, a un régimen de asamblea (la dictadura jacobina implantada en agosto de 1792) o a un peculiar modelo (que nunca entró en vigor) mezcla de régimen de asamblea y democracia directa (el de la Constitución de 1793). En el primer caso, la separación rígida de los poderes y de las competencias (con la única excepción, quizá, del veto regio, en la Constitución de 1791, y aun en este caso bastante mitigado) impedía verdaderamente la existencia de controles interorgánicos (24). En el segundo caso (en sus dos variantes), no habiendo tampoco eficaces controles interorgánicos, ni siquie-

---

(22) Véase R. DERATHE, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, París, 1979, especialmente pp. 294 y ss. Siguen teniendo su originaria lucidez las páginas que en sus *Principes du droit public* (París, 1951-52) dedica RENÉ CAPITANT a ROUSSEAU; citamos de la edición *Ecrits constitutionnels*, París, 1982, pp. 80 y ss., especialmente, por lo que se refiere al tema que nos ocupa, pp. 118 a 126. Conviene, no obstante, señalar que el rechazo rousseauiano de los controles también tiene mucho que ver con la pervivencia de ideas estamentales (de gobierno mixto) en la noción de gobierno equilibrado.

(23) *Ibidem*, pp. 113 y ss.

(24) Véase M. TROPER, *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, París, 1973, pp. 19 a 101 y 188 a 198.

ra existiría tampoco la limitación como diferenciación funcional: el poder de la Asamblea era absoluto (que fuese temporalmente elegido no ponía trabas a su actividad, sino sólo a la duración de su mandato) en la etapa jacobina y sólo estaría matizado por mecanismos plebiscitarios (poco capaces para servir de freno) en el frustrado modelo de 1793.

#### 4. *La influencia en el constitucionalismo norteamericano de la teoría del «equilibrio de poderes»*

«La historia norteamericana —ha dicho KURLAND— ha dejado claro que el primer paso constitucional no fue la Carta Magna, sino la versión de COKE de esa Carta, especialmente si se combina con su concepción del *common law*, falsa en gran medida, pero realmente atractiva» (25). La relativa falsedad, que se refiere a la idea de *common law* como derecho natural, sólo lo fue respecto de Inglaterra, pues en los Estados Unidos, como el propio KURLAND tácitamente reconoce, tal idea sería uno de los pilares teóricos de la supremacía de la Constitución. Pero de todos modos, lo que interesa verdaderamente es destacar que el concepto de poder sometido a control será, desde los primeros momentos, la idea motriz del constitucionalismo norteamericano. Frente a ciertas interpretaciones, no por tradicionales menos incorrectas, la independencia de las trece colonias no instalaría un sistema de rígida separación de poderes, sino de «gobierno bien equilibrado», importando la teoría inglesa de *checks and balances* y adaptándola a las nuevas exigencias que se derivaban de la distribución territorial del poder y de la jefatura del Estado no monárquica.

Es cierto que la Constitución de Massachusetts, de 1780, en su artículo 30 normativiza, por vez primera en toda la historia constitucional (y aquí no hay más remedio que citar a JOHN ADAMS), la separación de poderes: «En el gobierno de esta comunidad el sector legislativo nunca ejercerá los poderes ejecutivo y judicial, o cualquiera de ellos; el ejecutivo nunca ejercerá los poderes legislativo y judicial, o cualquiera de ellos; el judicial nunca ejercerá los poderes legislativo y ejecutivo, o cualquiera de ellos: con el fin de que pueda ser un gobierno de leyes y no de hombres» (26). Pero también es

(25) *Magna Carta and Constitutionalism in the United States*, 1965.

(26) La última frase es muy vieja y reiterada en la teoría política desde ARISTÓTELES. La primera vez que aparece, en inglés, el término «*government by law, not by men*» es, probablemente, en la obra *Oceana*, de HARRINGTON.

cierto que ello se desmentía, inmediatamente, en el mismo texto de la Constitución, al conferirse al gobernador un veto sobre la legislación que sólo podía ser anulado por los dos tercios de la Asamblea, al ordenarse que un número de funcionarios del ejecutivo serían elegidos anualmente por votación de los parlamentarios y que los nombramientos del poder judicial deberían aprobarse por un Consejo que era un «híbrido curioso» de poderes ejecutivo, legislativo y judicial, elegido a su vez por los parlamentarios. Se trataba, pues, no de una separación de poderes, sino de una «mezcla de poderes enlazados y de competencias superpuestas».

La Constitución federal será fiel a la idea de frenos y contrapesos, a la interconexión de funciones, es decir, al sistema de «gobierno bien equilibrado», estableciendo un veto presidencial, así como la intervención del Senado en los nombramientos de altos funcionarios (incluidos los jueces del Tribunal Supremo) y en las decisiones sobre política exterior, entre otros casos; obligando, en suma, a la colaboración entre poderes y poniendo en marcha una serie efectiva de controles, reforzados, desde la famosa sentencia de MARSHALL de 1803, con el propio control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Por supuesto que no se organizaba un régimen parlamentario, sino que se inauguraba lo que después se llamaría régimen presidencialista, con la consiguiente independencia política del jefe del Estado resultado de la legitimidad popular de su mandato, pero la idea que servía de base al edificio constitucional era, indudablemente, la consideración del *balance of powers* y de los controles recíprocos como elemento fundamental del «Estado libre o constitucional» (HAMILTON) (26 bis).

«PUBLIUS», en *El Federalista*, lo proclamará con toda claridad: la división de poderes no es más que la garantía de la libertad (27); la división es, al mismo tiempo, interdependencia de poderes, de tal modo que se garantice que unos pueden controlar a los otros (28); la base sustentadora del Estado es el «equilibrio constitucional del sistema de gobierno» (29); además del con-

---

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

(27) Núm. 47, 1 de febrero de 1788.

(28) Núm. 48, 1 de febrero de 1788.

(29) Núm. 49, 5 de febrero de 1788.

trol del pueblo sobre el gobierno es preciso asegurar los controles de los distintos poderes entre sí (30); «han de organizarse y dividirse las autoridades de tal manera que cada una pueda constituir un control sobre la obra de la otra» (31); «el régimen republicano no sirve sólo para salvaguardar a la sociedad de la eventual tiranía de su gobierno, sino también para garantizar a una parte de la misma contra los eventuales abusos de la otra parte» (32).

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

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

El constitucionalismo europeo del siglo XIX no establecerá un sistema efectivo de control del poder. JELLINEK confesará, con claridad, que si bien es verdad que por obra de la teoría constitucional han penetrado en la organización del Estado algunos de esos obstáculos y contrapesos, ello ha sido de modo muy parcial, ya que «esta doctrina del equilibrio no ha advenido aún al derecho en los Estados europeos actuales» (33). Los dos ejemplos, modélicos, de tal situación, el de Francia y Alemania, se articulan de modo diferente, son producto de construcciones doctrinales distintas, pero llegan a resultados sustancialmente próximos: un amplio margen de inmunidad en la actuación del Estado.

---

(30) Núm. 51, 8 de febrero de 1788.

(31) *Ibidem*, ídem.

(32) *Ibidem*, ídem.

(33) *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1970.

Veamos en primer lugar el caso francés. Por lo que se refiere a los controles jurídicos, la gran debilidad de los mismos se apoya en dos pilares ya incoados en el período revolucionario, como antes se señaló: la separación de poderes y el concepto rousseauiano de ley, que conducirán a la inmunidad del ejecutivo y de la ley misma. En la doctrina francesa y en sus constituciones, a partir del Consulado, dirá JELLINEK (34), los *actes du gouvernement* se distinguen, incluso formalmente, de los *actes administratifs*, pues para aquéllos no hay responsabilidad jurídica. La ausencia de control jurídico de los actos no meramente administrativos del ejecutivo (y aun éstos tendrían un control en parte mitigado) está muy bien explicada en un párrafo, enormemente descarnado, de M. HAURIOU: «Se ha dicho con mucha precisión que Francia tiene dos Constituciones: la de 1875, para el poder legislativo, y la del año VIII, para el poder ejecutivo. Son efectivamente las leyes del año VIII, la Constitución de 22 frimario y la ley de pluvioso, las que han fundado, sobre base autoritaria y jerárquica, el poder del ejecutivo, haciendo de esta institución central del Estado la heredera de las tradiciones del poder minoritario de la monarquía. Ellas han constituido también una reserva y un capital de poder minoritario que nos ha permitido resistir ya setenta años de sufragio universal» (35). Dado lo explícito del texto, parece que sobran los comentarios. El mismo M. HAURIOU añadirá que, por otro lado, dadas la confusión entre el poder legislativo y la soberanía nacional y la concepción de la ley como «razón desprovista de pasión», en Francia no ha sido posible establecer garantías frente al legislador (36).

En lo que toca a los controles políticos, escasos bajo la Carta de 1814 y más desarrollados en el parlamentarismo dual orleanista [desarrollo al que, por cierto, CARRÉ (37) achaca los sucesivos cambios de régimen], éstos no podían suplir la ausencia de controles jurídicos. El «poder neutro» de CONSTANT, por otro lado, no pasó, en la práctica francesa, de su estadio de mera teorización. En la III República, prototipo para M. HAURIOU de «parlamentarismo asambleario», el control sobre el parlamento sería, obviamente, imposible, salvo que se acepte, lo que es difícil, la tesis, también sostenida por CARRÉ, de la efectividad del control popular cuando es éste el único control.

Dicha tesis, que no era nueva, ni mucho menos, pues la había defendido

(34) *Ibidem*, p. 468.

(35) *Principios de Derecho público y constitucional*, Madrid, 1927, p. 145.

(36) *Ibidem*, p. 156.

(37) *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*, tomo II, París, 1920, p. 12.

también JEFFERSON al oponerse, en lo que se ha llamado la segunda etapa de su vida, a la *judicial review*, pronunciándose únicamente a favor del «control por la opinión» (38), la desarrolla CARRÉ de la siguiente manera: el parlamento es el órgano supremo (39), y aunque «todopoderoso», su única limitación resulta de ser órgano electivo; limitación, sigue diciendo, que es eficaz, pues (y aquí cita a W. WILSON) una asamblea que puede ser elegida no es un gobierno absoluto, porque depende de los electores la permanencia de sus miembros; concluyendo con que ello da lugar a una nueva división de poderes muy distinta a la prevista por MONTESQUIEU: la asamblea por un lado y la opinión pública por otro, de tal modo que «el pueblo tiene en sus manos el contrapeso a sus propios representantes por medio de las elecciones periódicas» (40). Parece que sobra con oponer a esta tesis lo que ya dijo ROUSSEAU (aunque allí no resultaba fiel a la realidad) respecto de las libertades de los ingleses.

Respecto del caso alemán, la debilidad de los controles transcurriría, teóricamente, por otras vías: el principio monárquico y la teoría jurídica del Estado. El principio monárquico, ya inaugurado en la práctica por la Carta francesa de 1814 y extendido a los países alemanes por el Acta final del Con-

---

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

(39) Carácter que JELLINEK, de quien toma la expresión, atribuye, coherentemente con la situación alemana, al jefe del Estado.

(40) *Op. cit.*, tomo II, pp. 141 y 142.

greso de Viena de 1820, recibirá, como se sabe, su formulación jurídica, su categorización formal, por obra del Derecho público, en especial de la escuela de la apologética monárquica alemana inaugurada, como reacción frente a los acontecimientos de 1848, por F. J. STAHL (*Die Revolution und die Konstitutionelle Monarchie*) (41): el Rey «encarna» la soberanía del Estado y es la fuente de todo poder. GERBER, en su *Über öffentliche rechte*, de 1852, afirmará, en consecuencia, que el monarca es el titular de la soberanía y la representación parlamentaria sólo un órgano limitador de ella. Limitación, por lo demás, de escasa operatividad, como el mismo JELLINEK, al criticar esa teoría, pondría de manifiesto (42). Se trataba, en realidad, de un debilísimo control político y de un casi inexistente control jurídico. LABAND se iría apartando de este camino e iniciaría otra construcción, culminada por JELLINEK: la teoría jurídica del Estado entendida a la manera dogmática, es decir, depurándola de elementos filosóficos o políticos, mediante la cual se afirmaba al Estado como auténtico soberano y no al monarca (órgano de soberanía todavía en LABAND y órgano estatal supremo definitivamente en JELLINEK). Los principios básicos de esa teoría serán: la concepción de la libertad como una realidad sólo posible en el Estado (el influjo de HOBBS, ROUSSEAU y HEGEL es evidente); la consideración, pues, de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, que sólo existían por obra del Estado y en la extensión que el Estado quiera atribuirles (para LABAND, los habitantes del Estado, como objetos y no como sujetos de su poder, son estrictamente «súbditos»); la autolimitación, como único modo posible de limitación estatal, y, en fin, el Estado de Derecho como Estado legal, es decir, en la conocida frase de MAYER, como «Estado administrativo bien ordenado» (cuya virtud se cifra, pues, en la correcta ejecución de la ley, en el sometimiento de los actos a la norma general que los regula).

La idea de división y equilibrio entre poderes desaparece en esta construcción y, por lo mismo, el control no será elemento ni de la Constitución ni de su teoría. Ni el Estado ni su máxima expresión, la ley, tendrán límites externos que los frenen, pues la única limitación coherente con el sistema es la que resulta del sometimiento de la Administración a la ley (sometimiento no enteramente completo, por otro lado, en virtud de la doctrina de la distinción entre ley en sentido material y ley en sentido formal). El corolario de todo ello no será sólo el entendimiento de la Constitución como mera (y

(41) Primera edición en 1848, segunda en 1849.

(42) *Op. cit.*, pp. 354, 355 y 507.

cualquiera) ordenación fundamental del Estado, sino, sobre todo, la negación de la fuerza normativa de la propia Constitución. Una teoría así no podía conducir, desde luego, a otro resultado.

La revisión de ese estado de cosas se irá produciendo, poco a poco, en Europa como consecuencia de múltiples factores: la modificación (que no es sólo, como tantas veces se dice, culminación) de la dogmática jurídica positivista por el mismo KELSEN; la crítica a esa dogmática por TRIEPEL, SCHMITT, HELLER y SMEND, principalmente; la posición «realista» de DUGUIT, además de la defensa del «pluralismo» por LASKI. Como fondo de todo ello, de la misma manera que también fue el fondo de las teorías anteriores, estarían las transformaciones sociales y políticas experimentadas en la Europa de aquel tiempo, sin las cuales difícilmente podrían «comprenderse» estas modificaciones doctrinales.

DUGUIT denunciará la teoría de la autolimitación en estos términos: «*Une limitation qui peut être créée, modifiée ou supprimée au gré de celui quelle atteint, n'est point une limitation*» (43). SCHMITT criticará, desde su planteamiento «decisionista», al positivismo, postulando una teoría de la Constitución que no garantizaría, por otra parte, los controles, más bien al contrario, los rebajaría a un estadio inferior al sustentado por el propio positivismo. En cambio, tanto TRIEPEL como SMEND y HELLER, sin aceptar plenamente los principios del equilibrio y el control, introducirían unas ideas reforzadoras de las garantías políticas y jurídicas de la limitación del poder en cuanto que concebían a éste al servicio de la comunidad. La Constitución no será, para ellos, una auténtica norma jurídica, pero sí, al menos, una ordenación dotada de lo que se ha llamado una «estructura teleológica», es decir, de una conformación capaz de servir para la «vertebración», «integración» u «organización autónoma» de una comunidad de ciudadanos, o en otras palabras, de una comunidad de hombres libres. Estado y comunidad, pues, en relación dialéctica, y basadas ambas entidades, para LASKI, en el pluralismo (de poderes, de grupos y de ideas).

Al mismo tiempo, KELSEN, alterando sustancialmente el concepto positivista de ley (lo que no se suele, por lo general, reconocer), postulaba su control a través de un tribunal constitucional. La sumisión jurisdiccionalmente garantizada de la ley a la Constitución, piedra angular del «normativismo» kelseniano, si no destruía enteramente la tesis de la autolimitación del Esta-

---

(43) *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, tomo I, París, 1901, p. 107, y en el mismo sentido, *Traité de Droit constitutionnel*, tomo I, París, 1927, pp. 50 y ss.

do (pues KELSEN, fiel a su neopositivismo, no abjuraba de esa tesis), sí terminaba, en cambio, con la omnipotencia del legislador.

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

Pero también es cierto que en esos autores se encuentran ya, de una u otra forma, las semillas de la renovación constitucional europea en orden a potenciar la limitación y el control como elementos primordiales del Estado constitucional. A los que debe unirse, como antes se apuntó, LASKI, con su defensa del «pluralismo» frente a las teorías de la soberanía estatal (44), influido no sólo por GIERKE, como suele reconocerse, sino también por los estudios de MAITLAND y BARKER, que ven en GIERKE un autor que, a su modo, enlaza con viejas ideas inglesas sobre el carácter plural de la sociedad y del poder. Dos muestras más, por último, de estos cambios en la teoría cons-

---

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

titucional las facilitan las obras de M. HAURIUO, donde el «institucionalismo» originará, al mismo tiempo que una explicación pluralista del Estado y del Derecho, una concepción garantizadora de la Constitución: «El régimen constitucional tiene por fin establecer en el Estado un equilibrio fundamental que sea favorable a la libertad» (45); y de MIRKINE-GUETZEVICH, que, con su idea de «parlamentarismo-racionalizado», postulará la recuperación del equilibrio de poderes más que la supremacía de unos sobre otros, y con su entendimiento de la Constitución como ordenación orientada a un fin definirá al Derecho, y en especial al Derecho constitucional, como un instrumento para asegurar la libertad o, más exactamente, como «una técnica de la libertad» (46).

#### 6. *El control como elemento clave en la Constitución del Estado de Derecho democrático y social*

Aunque el cambio doctrinal se detecta ya perfectamente en el primer tercio de este siglo e incluso la misma práctica inicia en esa época un reforzamiento de los controles, especialmente con el establecimiento de los tribunales constitucionales austríaco y checo en 1920 y español (con la garantía aún más extensa que supone el recurso de amparo) en nuestra II República, será a partir de 1945, después de la trágica experiencia del fascismo (pero muy especialmente del nacional-socialismo alemán), cuando se producirá en Europa la recuperación plena de la vieja idea sustentadora de la Constitución bien equilibrada, es decir, de la Constitución como una norma que supone, en palabras de FRIEDRICH, el establecimiento y mantenimiento de restricciones regularizadas, efectivas, al poder (47), palabras escritas en 1941 para la segunda edición de su *Constitutional Government and Democracy*, edición completamente revisada que supone un formidable pero racional acto de fe (así se dice en ella expresamente) en el vigor del constitucionalismo, pese a la gravísima y sangrienta crisis por la que atravesaba entonces su supervivencia. Lo que afirmaba FRIEDRICH en el prefacio de aquella edición pasaría a ser, justamente pocos años después de acabada la guerra, la idea dominante, por fin, del mejor Derecho constitucional europeo: «El constitu-

---

(45) *Op. cit.*, p. 7.

(46) Tanto en su obra *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel* como en su introducción a *Les constitutions européennes*.

(47) *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, edición de México, 1946, p. 125.

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

Unas veces por recogerlo la Constitución expresamente (la de la República Federal Alemana o la nuestra de ahora, por ejemplo) y en todos los casos por construcción de la jurisprudencia o la doctrina, el sistema de «restricciones efectivas al poder» que se potencia a partir, pues, de la segunda posguerra mundial se organizará bajo la denominación de Estado de Derecho democrático y social. De entre sus rasgos, tan conocidos como debatidos, sólo interesa resaltar aquí, para el objeto de este trabajo, el menos discutido, precisamente, de todos ellos: el papel fundamental que en ese tipo de Estado desempeña el control. Control tanto más necesario en cuanto que en el Estado social se manifiesta, además de una gran extensión del poder, una corriente recíproca de socialización del Estado y estatalización de la sociedad que requiere, en mayor medida que en tiempos pasados, la efectividad de las limitaciones, y control, por lo demás, estrechamente conectado con la concepción de la democracia pluralista, de la manera muy bien expresada (pues en ella se concilian el doble carácter legitimador e instrumental del pluralismo democrático) por GARCÍA PELAYO: «El pluralismo político y organizacional, que como es sabido es un rasgo de la democracia de nuestro tiempo, constituye simultáneamente una garantía de eficacia en cuanto que multiplica el número de reguladores. En resumen, sólo el régimen democrático —a pesar de todas sus desviaciones y limitaciones— está en condiciones de servir a la vez a los valores políticos, económicos y funcionales de una sociedad desarrollada y sólo sobre el régimen democrático puede construirse un verdadero y eficaz Estado social. Lo demás no pasa de ser un *Polizeistaat*, un regreso al despotismo más o menos ilustrado acomodado a las exigencias del tiempo presente» (48).

Por todo ello, la vigencia de la Constitución dependerá de su capacidad de «realización», es decir, de su efectividad normativa, que, como ha señalado HESSE, requiere necesariamente «que la cooperación, la responsabilidad y

---

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

el control queden asegurados» (49). No es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrático de Derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles. De ahí que éstos se hayan ampliado y enriquecido en la teoría y en la práctica constitucional de nuestro tiempo, como garantías de una compleja división y limitación del poder, o, si se quiere, de un complicado sistema pluralista al que la Constitución, preservando y regulando su equilibrio, es capaz de dotar de unidad (50). La creación de tribunales constitucionales, la aplicación de la Constitución por los jueces, en suma, es sólo una faceta, aunque sea la más relevante, de este sistema. Junto al control de constitucionalidad de las leyes (51), de los reglamentos y de otros actos del poder público e incluso del poder social o de los particulares (*drittwirkung*), o a la resolución jurisdiccional de los conflictos de atribuciones o de competencias, la ampliación y eficacia de los controles se manifiesta en la completa sumisión de la Administración a la ley, con la desaparición de ámbitos exentos, en el establecimiento de nuevas instituciones de fiscalización (como la figura del *ombudsman*), en la extensión del control parlamentario a actividades o entidades de carácter administrativo, en la multiplicación, por vías formales, de otros medios de control del poder a cargo de asociaciones, sindicatos o grupos de interés e incluso en la creación (para determinados ámbitos: Consejo de Europa, Comunidades Europeas) de instrumentos supranacionales, políticos y jurídicos, de control.

---

(49) «Begriff und Eigenart der Verfassung», primer capítulo de los *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*; citamos de la edición española, traducción de P. CRUZ VILLALÓN, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 1983, página 20.

(50) *Ibidem*, pp. 8 a 16.

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

III. LA DISCUTIBLE CONTRAPOSICION ENTRE CONSTITUCION  
COMO «NORMA ABIERTA»  
Y CONSTITUCION COMO «SISTEMA MATERIAL DE VALORES»

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

La polémica sobre el concepto de Constitución tampoco debe confundirse con la polémica sobre la interpretación constitucional, pues aunque muy relacionadas, sus términos no coinciden con exactitud, de tal manera que la crítica a la jurisprudencia de valores (más bien a la jurisprudencia de valores sustantivos) que realizan EHMKE, HESSE (sobre todo en la primera etapa, en la que defiende la «tópica») o DENNINGER, por ejemplo, ni homogeneiza, sin más, a esos autores ni los sitúa en la línea de un entendimiento no teleológico de la Constitución. Y ello por algo muy simple: porque aunque estén, desde luego, conectados, no pueden asimilarse totalmente en el Derecho, pero menos aún en el Derecho constitucional, significado de la norma y medios

de interpretación; una cosa es la operación de interpretación constitucional y otra, perfecta e inevitablemente discernible, el concepto de la Constitución desde el que se parte.

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

En realidad, el debate enfrenta, en las últimas décadas, a FORSTHOFF con la casi totalidad de la doctrina constitucional alemana y (por supuesto) norteamericana. Frente a la generalidad de los autores que (unos a través de los valores, otros de los principios, otros del consenso, etc.) defienden un concepto de Constitución orientado a garantizar la libertad, FORSTHOFF, en un kelsenianismo de estricta observancia, concibe a ésta como mera «ordenación fundamental», desligada de cualquier referencia finalista. Es cierto que hoy la ciencia del Derecho no puede renunciar a las aportaciones fundamentales del positivismo e incluso que quizá es ciencia gracias justamente a ellas, pero también es cierto que con las solas armas del positivismo no puede construirse el Derecho constitucional. Es perfectamente concebible (aunque no se comparta) la idea de una teoría general del Derecho basada en su positividad, es decir, en el cumplimiento de las condiciones de «validez» de las normas, lo que obliga, al plantearse el problema de la «validez» de la Constitución, a recurrir o a la «norma hipotética fundamental» de KELSEN o a la «norma de reconocimiento» de HART. Con ello se puede construir, y de hecho se construye, una teoría general-universal del Derecho, pero no puede construirse una teoría general-universal de la Constitución, por la sencilla razón de que no puede trasladarse exactamente la noción de validez de la ley a la noción de validez de la Constitución, ya que en esta última la validez ha de incluir, inexorablemente, la legitimidad.

La seguridad jurídica (pues el positivismo, aunque reniegue de los fines del Derecho, postula, inequívocamente, este fin) puede sustentar, sin otras adiciones, a las normas de todo el ordenamiento (o, para el positivismo, de todo el sistema jurídico), pero no a la que lo encabeza y, a su vez, lo susten-

ta: a la Constitución. La norma constitucional sólo puede «comprenderse» jurídicamente uniendo su validez con su legitimidad, pues esa legitimidad es la que le confiere una «específica y enérgica» pretensión de validez. Legitimidad que, en la Constitución, no es otra que su finalidad de garantizar la libertad, porque sólo a través de esa finalidad puede afirmarse su auténtica condición de norma capaz de la limitación y no de la autolimitación del poder, capaz de diferenciar con efectos jurídicos, es decir, predeterminables, poder constituyente y poderes constituidos, lo que únicamente se concibe entendiendo a la Constitución, en palabras de K. STERN, como «expresión libre de la autodeterminación de la nación» (52). Democracia y libertad aparecen, pues, y no podía ser de otra manera, como elementos inseparables. Un concepto de Constitución cargado de «sentido» es el único que permite, por otro lado, que el Derecho constitucional sea un conocimiento crítico, además de exegetico, o sea, que pueda realizarse, desde el Derecho, la crítica al Derecho mismo (la crítica política es obvio que no requiere ser hecha desde el Derecho, sino desde fuera de él).

En consecuencia, y a diferencia de la teoría general del Derecho, que puede ser una teoría general-universal (aunque ello también tenga sus críticos) (53), la teoría de la Constitución sólo puede serlo «general-particularizada», es decir, general o común dentro de un tipo determinado de sistema: el del Estado constitucional entendido como Estado constitucional democrático-liberal. HESSE, como es bien conocido, sostendrá que la teoría de la Constitución en el Estado constitucional es justamente la teoría de la Constitución del Estado democrático de Derecho. De todos modos, sobre este tema volveremos más adelante al tratar de la otra polémica ya aludida. Entre nosotros, F. RUBIO LLORENTE ha expresado esta tesis con suma claridad: «Por Constitución entendemos... y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Cons-

(52) *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, p. 58.

(53) Así, por ejemplo, K. LARENZ, en la introducción a su *Metodología de la Ciencia del Derecho*, edición española, Ariel, Barcelona, 1980, sostiene que la ciencia del Derecho es una ciencia «comprensiva» y, por lo mismo, es incapaz de aprehender el «sentido» del Derecho en todo tiempo y lugar, sino sólo *hic et nunc*, es decir, en cada «forma» que el Derecho adopta.

titución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que JELLINEK aplica, con alguna inconsecuencia, a las Constituciones napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional» (54).

De ahí que resulte ligeramente extraño uno de los ejemplos últimos, y más notables, que entre nosotros ha tenido la desfasada polémica entre el «positivismo» y el «iusnaturalismo» constitucional, a través de la crítica de I. DE OTTO (55) a la obra *La Constitución como norma jurídica*, de E. GARCÍA DE ENTERRÍA. Dice I. DE OTTO: «García de Enterría rechaza de plano el concepto positivista de Constitución y parte de otro que podemos denominar 'valorativo', para no utilizar el término que designa su verdadero fondo: 'iusnaturalista'; y le reprochará después «fundir el concepto de Constitución con la libertad, los derechos individuales, la democracia y otras ideas, capitales políticamente, qué duda cabe, pero por completo inoperantes para elaborar una dogmática jurídico-constitucional». Se hace muy difícil aceptar que las ideas de GARCÍA DE ENTERRÍA, tomadas claramente de HABERLE, HESSE, STERN, BÖCKENFÖRDE, ELY o BACHOF, por ejemplo, puedan ser tachadas de «iusnaturalistas», dado que la mayoría de tales autores, manifiestamente, no lo son; como es difícil también comprender que se postule, con rotundidad, la existencia de una teoría de la Constitución de carácter universal. Como todo ello lo conoce perfectamente I. DE OTTO, hay que entender que ocurre más bien un malentendido, originado en una confusa utilización de los términos. Quizá él se alinea con HABERLE, o EHMKE, o DENNINGER, o el mismo ELY, en su crítica al «iusnaturalismo», pero esa crítica ni supone el triunfo del «positivismo» ni se hace ni puede hacerse desde él, aparte de que entonces tendría que criticar «parte» de las ideas de GARCÍA DE ENTERRÍA, y no su concepción en bloque. Realmente, el problema reside justamente aquí, en una confusión a la que el propio GARCÍA DE ENTERRÍA, sin proponérselo, por supuesto, parece alentar. Porque no conviene agrupar, como un algo homogéneo, teorías dispares, ni sostener, en consecuencia, «un» concepto de Constitución utilizando, «al mismo tiempo», teorías de BACHOF y de HABERLE, de SCHNEIDER y de EHMKE, de ELY y de DWORKIN, sin explicar por qué se homogeneiza lo heterogéneo o se entiende lo diverso como complementario. Es posible que sí, que dichas teorías no sean efectivamente

---

(54) «La Constitución como fuente del Derecho», en el libro colectivo *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, 1979, p. 61.

(55) En la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, enero-abril 1981, pp. 335 a 337.

opuestas, sino conciliables, como más adelante veremos, pero ello hay que decirlo y razonarlo. De lo contrario, o se provoca el retroceso a la esterilidad de la vieja y desfasada contraposición «neta» entre positivismo y iusnaturalismo, o se vierte en una obra, magnífica por todo lo demás, una apariencia de confusión que da lugar también a otra aparente confusión en críticos tan inteligentes.

Pasemos ya a la polémica entre Constitución «abierta» y Constitución como «sistema material de valores», polémica íntimamente ligada a la que contrapone «democracia procedimental» a «democracia sustantiva». Como antes se dijo, y como los términos mismos de la polémica evidencian, las dos posiciones enfrentadas se asientan en una idea común: su concepción de la Constitución democrática. A partir de ahí el resto son diferencias, aparentemente fuertes: para unos la democracia consiste en el reconocimiento y garantía del pluralismo político y, en consecuencia, la Constitución debe ser concebida como una norma «abierta» capaz de asegurar la libertad de todas las alternativas; para los otros, la democracia no puede identificarse sólo con el pluralismo, sino que descansa en una serie de valores (libertad, igualdad, participación, dignidad de la persona, etc.) sin los cuales la democracia resulta inconcebible e irrealizable y, por ello, la Constitución ha de ser una norma que exprese y garantice ese «sistema material de valores». Como quiera que la primera tesis se ha producido como reacción frente a la segunda, parece más conveniente detenernos primero en esta última.

Lo que se ha llamado el «nuevo iusnaturalismo» o la concepción «sustancial» de la democracia, florece, como se sabe, en Europa después de la segunda guerra mundial como reacción teórica frente al positivismo y como reacción práctica frente a las pasadas experiencias del nacional-socialismo y el fascismo. En el campo del Derecho constitucional ello no significará, por supuesto, la asunción pura y simple de los «derechos naturales» como fuente, aunque en el constitucionalismo norteamericano así fue hasta hace pocas décadas, y no hay más que repasar la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal para comprobarlo (56), sino la concepción de los derechos fundamentales como núcleo sustancial de la propia Constitución. El artículo 1, apartado 2, de la Ley Fundamental de Bonn es muy expresivo en este punto: «El pueblo alemán reconoce... los derechos inviolables e inalienables del hom-

(56) B. SCHWARTZ, *The Great Rights of Mankind. A History of the American Bill of Right*, Nueva York, 1977. Ha habido tesis en contra (aunque se trata de tesis muy poco defendibles, porque, simplemente, la mínima observación histórica las desmiente): HAINES, *The revival of natural law concepts*, Harv. Univ. Press, 1930.

bre como fundamento de la comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo»; y el Tribunal Constitucional señalaría que ese carácter, de inviolables y de fundamentales, de los derechos había que entenderlo referido a los positivizados por la Constitución (57). En otro texto constitucional, precisamente el nuestro de ahora, en su artículo 10, apartado 1, puede verse una declaración similar: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes ...son fundamento del orden político y de la paz social»; precepto cuya génesis está clara, aunque se aprecia una mayor intensidad en la «valoración» de los derechos que en la fórmula alemana, en cuanto que en España son «fundamento del orden político» y no sólo de la «comunidad humana».

Este «nuevo iusnaturalismo» constitucional se manifestará a través de la doctrina norteamericana de la *preferred position* de las libertades de la primera enmienda (58), que se convertiría en el núcleo fundamental de la jurisprudencia del Tribunal Warren (59) y de la tesis de la concepción «valorativa» de la Constitución, entre cuyos múltiples sostenedores habría que citar a TRIBE y PERRY (60), y a través de la doctrina alemana de la «más fuerte pretensión de validez» de los derechos fundamentales (al mayor valor de los *Grundrechte*), considerados por los autores (BACHOF, HOLLERBACH, DÜRIG, NIPPERDEY, ESSER, ZIPPELIUS, entre otros) y por la jurisprudencia constitucional (61) como «valores jurídicos supraordenados» que se imponen incluso al poder constituyente-constituido. H. P. SCHNEIDER lo dirá de manera bastante expresiva: «Los derechos fundamentales poseen, por tanto, además de su peso específico jurídico-individual, una significación que difícilmente puede

(57) Véase E. LINSMAYER, *Das Naturrecht in der Reschtsprechung der Nachkriegszeit*, 1963; L. SEN-RONG, *Der Wiederaufbau der Naturrechtslehre in Deutschland nach dem zweiten Weltkrieg*, 1977. Además, BVerf. GE 10,81, que fue tajante.

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

(59) Véase, por todos, A. COX, *The Warren court. Constitutional decision as an instrument of reform*, Cambridge, Mass., 1971. El Tribunal Burger retrocedería algo, pero no abjuraría de esta doctrina; véase, entre los trabajos más recientes, J. H. CHOPER, «Consequences of Supreme Court decisions upholding individual Constitutional Rights», en *Michigan Law Review*, vol. 83, núm. 1, octubre 1984.

(60) TRIBE, *op. cit.*; PERRY, *The Constitutions, the courts and human rights: an inquiry into the legitimacy fo constitutional policy making by the judiciary*, 1982.

(61) K. STERN, *op. cit.*, tomo I, pp. 16 y 17 y 93 y s.

sobrevalorarse para la totalidad jurídico-constitucional de la comunidad política. Son simultáneamente la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente» (62). Aunque a veces la definición como «orden de valores» alcance en la jurisprudencia constitucional alemana a toda la *Grundgesetz*, lo más corriente es que se circunscriba, en esa jurisprudencia, el «orden de valores» a los derechos fundamentales o, todo lo más, a éstos y a las «decisiones básicas» conformadoras de la forma de Estado (63). Esta teoría será recibida, al menos literalmente, por nuestra Constitución (arts. 1.1.º y 10.1.º) (63 bis).

Como reacción a lo que se ha llamado el «subjetivismo» y la «indeterminación» de los valores sustantivos (ROELLECKE, DENNINGER) o incluso la «democracia militante» (*Streitbare Demokratie* es el título precisamente de la obra de J. LAMEYER), se originará un movimiento teórico, sumamente crítico del anterior, y que propugna una concepción de la Constitución como orden «abierto», que no impone determinados valores, sino que permite la libre realización de cualquiera de ellos. Esta posición estará influida, notablemente, por las doctrinas «pluralistas» iniciadas a primeros de siglo por LASKI y BENTLEY, continuadas en la segunda posguerra por TRUMAN (64) y FRAENKEL (65), entre otros, y desarrolladas muy ampliamente por las teorías «neoncontractualistas», que en la filosofía jurídica y política, tienen en RAWLS (66) su mejor expresión. Democracia pluralista frente a democracia material, o si se quiere, democracia procedimental frente a democracia sustantiva, será lo propugnado por esta tesis, que en el campo del Derecho constitucional estará

---

(62) «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-febrero 1979, p. 73.

(63) «Decisiones constitucionales fundamentales» que «determinan la totalidad de la unidad política respecto a su especial existencia». Véase K. STERN, *op. cit.*, tomo I, pp. 93 y ss.; MAUNZ, DURING y HERZOG, *Grundgesetz. Kommentar*, art. 79, párrafo 29.

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

(64) *The Governmental Process*, Nueva York, 1951.

(65) Véase recopilación de sus escritos: *Deutschland und die westlichen Demokratien*, 1973.

(66) *A Theory of Justice*, Harv. Coll., Cambridge, Mass., 1971.

defendida principalmente por HABERLE y ELY. Aunque en ambos sus teorías se presentan como una lucha frente al «iusnaturalismo» (el título de uno de los trabajos de HABERLE es sumamente expresivo: *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*), el intento de hacer, pues, «una teoría de la Constitución, sin derecho natural» no los conducirá, exactamente, al rechazo de cualquier concepción «valorativa» de la Constitución, sino sólo al rechazo de los valores materiales, es decir, al rechazo de la Constitución como sistema «material» de valores. Ninguno de los dos autores adopta un positivismo de estricta observancia y, en ese sentido, no renuncian (porque creen imposible construir una teoría constitucional «comprensiva» o «adecuada» o «significativa» de otra manera) al entendimiento «valorativo» de la Constitución.

Se trata, pues, de abandonar los valores «materiales» y sustituirlos por los valores «procedimentales», únicos que garantizan (a juicio de estos autores) una verdadera libertad y, en consecuencia, una auténtica democracia. HABERLE (67), que adopta, como punto de partida, el concepto de «sociedad abierta» de POPPER, concibe a la Constitución como un sistema no de valores sustantivos, sino de cláusulas procedimentales que garantizan la alternativa política, es decir, que permiten el libre juego y el libre acceso, democrático, al poder de cualquier opción. La Constitución tiene como finalidad fijar las reglas procesales y no materiales de la democracia, asegurando que todas las opciones pueden desarrollarse en libertad y que a ninguna le está vedado, si adquiere mayoría, ejercer el gobierno. Como ha visto muy bien GARCÍA DE ENTERRÍA, para HABERLE «los derechos fundamentales no serían sino técnicas instrumentales o aperturas para mantener el sistema abierto más que valores sustantivos» (68). De manera casi idéntica en el fondo, aunque más apegado, como es obvio, a un tratamiento casi exclusivamente «jurisprudencial» del Derecho, J. H. ELY (69) critica igualmente los «valores fundamentales» y defiende los «valores procedimentales», en cuanto que los

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

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

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

primeros carecen de la objetividad que sólo pueden tener los segundos. La Constitución, dirá, no puede ser concebida, pues, como un sistema de valores «fundamentales» o «sustantivos», sino como una norma que, a través de sus cláusulas abiertas, establece los medios que garanticen que cualquier valor sustantivo que surja en la sociedad puede no sólo expresarse, sino llegar a gobernar si lo apoya la mayoría de la población.

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

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

tradición, de la filosofía moral, de la cultura jurídica o de las «realidades sociales típicas», que es la postura de HABERLE) como garantía de los derechos fundamentales (70) está reconociéndole, tácitamente, a dicho «contenido esencial» el carácter de norma «cerrada». Y decimos todo esto desde la teoría de la Constitución, pues otra cosa distinta sería desde la actividad de la interpretación, donde el problema de las cláusulas abiertas y cerradas o se pone en relación con el «interpretativismo» y el «no interpretativismo» o carece de sentido, de tal manera que cuando se piensa, como es el caso de DWORKIN (y parece que con toda razón) que la aplicación del Derecho requiere siempre de la interpretación, entonces ha de abandonarse la terminología «abierta-cerrada» para emplear otra: «concepciones y conceptos», «mayor o menor apertura», «principios y normas», etc.

No basta, pues, con admitir que las dos teorías (la Constitución como norma «abierta» y la Constitución como «sistema material de valores») se corrigen mutuamente, que en ambas hay parte de verdad y que la solución consiste en una mezcla (¿cómo establecer la proporción?) de las dos. Y no basta, en primer lugar, porque los argumentos jurídicos deben ser de cualidad y no de cantidad, y, en segundo lugar, porque esa sería una solución ecléctica, que, por ser sólo y exclusivamente práctica, no es de recibo, ni mucho menos, como solución teórica. En realidad, se trata de un falso enfrentamiento, como antes ya se apuntó, de la misma manera que también es falsa la contraposición entre «democracia sustantiva» y «democracia procedimental» o entre Estado formal (o «garantizador», mejor que «garantista») de Derecho y Estado «material» de Derecho. Entiéndase bien, no es que sea falsa la distinción como distinción de facetas o cualidades, sino que lo que resulta teóricamente falso es la contraposición como categorías opuestas. Cuando ELY afirma que «lo que ha distinguido a la Constitución norteamericana ha sido el sistema de gobierno y no una determinada ideología» (71), no puede negar que ese sistema de gobierno lo integran no sólo las normas organizativas del poder, sino también las libertades de los ciudadanos; justamente porque sin esas libertades se distorsionan las reglas del poder mismo. Cuando DWORKIN mantiene que «los derechos fundamentales sólo son derechos si triunfan frente al gobierno o la mayoría» (72) está diciendo una gran

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

(71) «Toward a representation reinforcing mode of Judicial Review», *Maryland Law Review*, 37, 1978, p. 485.

(72) *Los derechos en serio*, edición de Barcelona, 1984, pp. 285 y 289.

verdad, pero ello no le conduce a negar la regla de la mayoría como válida para gobernar, de la misma manera que cuando sostiene que «el Derecho constitucional no podrá hacer auténticos avances mientras no aísle el problema de los derechos en contra del Estado y no haga de él parte de su programa» (73), no niega que el Estado pueda imponer obligaciones e incluso, en beneficio de la igualdad, establecer restricciones que conduzcan a una «discriminación inversa» (74).

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

Desde la teoría constitucional «adecuada» al Estado constitucional democrático, no cabe separar (como ya pretendió, por cierto, C. SCHMITT) derecho y garantía, limitación y control, estructura y fines del poder, como si tuviesen entidad independiente. Es evidente que la sociedad de nuestro tiempo exige, como dice BARBERA (75), además de las «libertades negativas», «instituciones de libertad», «contrapoderes», y también lo es que «los derechos fundamentales no sólo son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino que simultáneamente son también (como dice H. P. SCHNEIDER) 'elementos del ordenamiento objetivo', esto es, normas jurídicas objetivas formando parte de un sistema axiológico que aspira a tener validez, como decisión jurídico-constitucional fundamental, para todos los sectores del Derecho» (76); o que «la libertad individual precisa (en palabras de HABERLE)

(73) *Ibidem*, p. 233.

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

(75) Comentario al artículo 2 de la Constitución italiana, en los *Comentarios* dirigidos por BRANCA, 1975.

(76) *Op. cit.*, p. 25.

de las relaciones existenciales institucionalmente garantizadas, de la faceta institucional de los derechos fundamentales» (77). Pero al mismo tiempo no puede sepultarse, bajo la consideración «institucional» de los derechos, la libertad individual. Sobre ello avisa, certeramente, ZAGREBELSKY cuando escribe: «Podemos extrañarnos de la facilidad con que la literatura jurídica da por superadas las nociones tradicionales y se muestra dispuesta sin demasiadas dificultades a desembarazarse de la doctrina de la libertad, en un momento en que una importante revisión del juicio tradicionalmente negativo a propósito de las conquistas de la revolución burguesa se impone incluso en medios ideológicos muy distantes» (78). «Importante revisión» que es, precisamente, lo que constituye la tesis central del «liberalismo progresista» (muy alejado de corrientes conservadoras) de DWORKIN cuando se manifiesta «frente al utilitarismo», en el que priman los fines colectivos sobre los individuales, y afirma que durante décadas el utilitarismo ha sido una doctrina progresista que ha facilitado y promovido la sociedad del bienestar, pero en los últimos tiempos se ha convertido en un serio obstáculo para el progreso moral. Ello le lleva a DWORKIN a sostener que los objetivos sociales sólo son legítimos si respetan los derechos de los individuos y que, en consecuencia, una verdadera teoría de los derechos debe dar prioridad a los derechos frente a los objetivos morales (79).

El riesgo de sacrificar el ejercicio individual de la libertad al significado objetivo de la institución que la recoge no se le oculta, por supuesto, a HABERLE, que intenta conjurarlo expresando que ambos aspectos son compatibles. Pero, indudablemente, el riesgo existe, que no es otro que el de la conversión de la libertad en privilegio, es decir, el de la vuelta, bien que por otros medios, a la «libertad de los antiguos». La respuesta adecuada a estos problemas no puede ser más que la denuncia de la falsedad teórica del supuesto enfrentamiento al que tantas veces se ha aludido, ya que no cabe escindir «derecho» de «garantía» o «libertad» de «democracia», como no cabe tampoco (en palabras de K. STERN) la escisión entre los «derechos fundamentales y la organización del Estado», pues «el ordenamiento del poder político y de la libertad individual forman, para la Constitución, una estructura inseparable» (80). Entre nosotros, esa inescindibilidad ya ha sido defendida,

---

(77) *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit., p. 98.

(78) «El Tribunal italiano», en *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, varios autores, Madrid, 1984, p. 464.

(79) *Los derechos...*, cit., pp. 31 a 34 y 276 a 279.

(80) *Das Staatsrecht...*, cit., prólogo y p. 58.

entre otros, por RUBIO LLORENTE, al afirmar que no cabe desligar derechos fundamentales de división de poderes (81), o por JIMÉNEZ CAMPO, al denunciar la ficción de la disociación entre parte «dogmática» y parte «orgánica» de la Constitución (82).

#### IV. EL CONTROL COMO ELEMENTO DE CONEXION ENTRE EL SENTIDO «INSTRUMENTAL» Y EL SENTIDO «FINALISTA» DE LA CONSTITUCION

El doble carácter, instrumental y legitimador, del Derecho se manifiesta aún con mayor intensidad, y claridad, en la norma suprema del ordenamiento: la Constitución, en cuanto que ésta comprende, de un lado, la fijación de los fines del poder y, de otro, la regulación de su estructura de manera congruente con los fines que se pretenden alcanzar. El único concepto de Constitución «constitucionalmente adecuado», es decir, el único capaz de dotar a la Constitución de fuerza «normativa», en cuanto que descansa en la limitación «del» Estado y no en su mera «autolimitación», es el que se articula, teóricamente, sobre el principio democrático (la soberanía del pueblo), principio que no es sólo de carácter político, sino también jurídico, pues las consecuencias que para el mundo del Derecho se derivan de concebir a la Constitución como expresión de la «autodeterminación» popular son extraordinariamente relevantes. Ese principio democrático es, justamente, como afirma STERN (83), el que distingue la «Constitución del Estado» (establecida desde abajo) de la simple «ordenación del Estado» (establecida desde arriba). Y no es baladí, ni mucho menos, esta diferenciación. No sólo porque únicamente la Constitución, así entendida, tiene capacidad para limitar el poder del Estado, sino además porque del principio democrático se desprenden determinadas exigencias en orden al contenido y a la interpretación de la Constitución misma.

No cabe concebir a un pueblo soberano si no es un pueblo libre y no

(81) *La Constitución como fuente del Derecho*, cit., pp. 57 a 62, y «La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución», en el *Libro homenaje a Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, 1975, pp. 920 y ss.

(82) Voz «Estado social y democrático de Derecho», en el *Diccionario del sistema político español*, Edit. Akal, Madrid, 1984, p. 280.

(83) *Das Staatsrecht...*, p. 58.

cabe concebir a un pueblo libre si la libertad no es disfrutada por todos los ciudadanos, es decir, si los ciudadanos no son iguales en su libertad. De ahí que la Constitución democrática (la democracia no es un fin de la Constitución, sino una condición de ella) establezca como fines la libertad y la igualdad. La justicia y el pluralismo político, considerados por nuestra Constitución como «valores superiores» (junto a los dos anteriores) del ordenamiento, no son fines en sí mismos, sino otra cosa. La justicia es una función del Estado y, al mismo tiempo, un requisito estructural de su condición de Estado de Derecho; el pluralismo no es un fin, sino una situación que se deriva del cumplimiento de los fines: el pluralismo político no se «fomenta», sino que se «posibilita» a través de la libertad y la igualdad (84).

El concepto de Constitución ha de ser necesariamente, pues, un concepto finalista (85), característica que acompaña, en general, al concepto, lato, de «ordenación». En ello, por lo demás, resulta muy difícil desmentir a HELLER, sea cual sea el punto de vista que se adopte. La orientación finalista del concepto de Constitución es aceptada, como vimos, por los dos sectores enfrentados en la polémica acerca de los valores sustantivos o procedimentales. Ambos sectores coinciden, además, en que la Constitución tiene un fin específico que la distingue de cualquier otra ordenación: la realización de la libertad. Ahora bien, parece muy difícil desligar libertad de igualdad (no en vano unidas ya en la Declaración de Derechos de 1789), y más aún cuando la libertad se adopta como fin de una Constitución basada en el principio democrático. En realidad, son esos dos valores los que integran el fin de la Constitución y su asociación (y su tensión) lo que caracteriza al Estado social y democrático como Estado constitucional de nuestro tiempo. La trascendencia de ese fin es múltiple: de un lado requiere su concreción en un catálogo de derechos (de libertad y de prestación), sin los cuales esos fines no se «realizarían», y de otro exige la adopción de una determinada organización del poder, sin la cual esos fines no se «garantizarían».

El concepto positivista de Constitución no es que niegue la existencia de

---

(84) Ese parece el sentido, además, que le otorga nuestro propio Tribunal Constitucional cuando en su Sentencia 4/1981 (fundamento jurídico 3) define al pluralismo no como un fin, sino como la situación o el modo de ser de un sistema.

(85) Tesis plenamente aceptada, desde el primer momento, por la jurisprudencia constitucional española: «La Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico» (Sentencia 9/1981, fundamento jurídico 3).

finés, sino que los considera como un elemento político que no debe ser tenido en cuenta por el jurista. Sin embargo, una afirmación así resulta contradictoria no sólo por la realidad, sino por la misma teoría, pues son tales fines los que proporcionan a la Constitución una «cualidad» jurídica que la diferencia de la ley (86), con la consecuencia de que la interpretación «constitucional» requiere de un método distinto que la interpretación «legal» (87); los que proporcionan también los argumentos jurídicos para comprender que la ley no es ejecución de la Constitución (como el reglamento es ejecución de la ley); los que exigen una determinada regulación (e interpretación) jurídica de la organización estatal. En resumen, son los fines los que prestan sentido a la consideración unitaria de los preceptos materiales y estructurales que la Constitución contiene.

Frente a las tesis de la «Constitución abierta», cabe alegar, con algún fundamento, la dificultad en distinguir entre dos clases de valores, «materiales» y «procedimentales o adjetivos» (88), dado que los valores o se conciben materialmente o es muy dudoso que posean su condición de «valor». Frente a las tesis de la Constitución como «sistema material de valores» cabe aducir que tal sistema, siendo, como no podía ser de otra forma, «material», tendría que reducirse (si se quiere ser coherente con los postulados de la tesis, que son bastante sólidos) a no integrar más que dos valores, la libertad y la igualdad, en cuya pretensión de realización consiste, justamente, el fin de la Constitución, pues lo demás son, en verdad, «principios» y «normas», pero no valores (aunque así se les designe en algún texto constitucional, como, por ejemplo, el nuestro) ni, por lo mismo, fines. Los principios y las normas sí pueden calificarse de materiales o estructurales (y estos últimos de organizativos o procedimentales). La condición de unos (principios o normas estructurales) es, precisamente, la de ser garantía de los otros (principios o normas materiales). De ahí que el control (el control entendido en sentido general, que es de lo que hasta ahora venimos tratando, y no circunscrito sólo al control de constitucionalidad), al dotar, con su existencia, de eficacia a las garantías, sea el elemento indispensable para asegurar la vigencia

---

(86) Claro en nuestra jurisprudencia constitucional, véase nota 85.

(87) Véase F. RUBIO LLORENTE, prólogo al libro de E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984.

(88) Esta fue, además, una de las críticas más serias que a ELY formuló inmediatamente L. A. TRIBE en «The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories», *The Yale Law Journal*, vol. 89 (1980).

de los principios y las normas materiales de la Constitución, es decir, para la «realización» de los valores propugnados como fines.

Se ha dicho (por ejemplo, entre otros, N. BOBBIO) que la participación es inescindible de la responsabilidad y del control; que la democracia pluralista sólo es posible cuando se articula sobre un sistema general de controles (SARTORI); que la democracia «concordada» o «proporcional» (89) no supone la aminoración del control, sino su potenciación; que el Estado social no puede concebirse sin control (GARCÍA PELAYO); que el Estado de Derecho no significa sólo que el Estado esté controlado por el Derecho, sino que también existe el derecho a controlar al Estado (KRÜGER). Sin los instrumentos de control, en suma, no es posible la existencia del Estado social y democrático de Derecho.

Ahora bien, para la teoría de la Constitución el control no debe considerarse como una categoría puramente instrumental. Sencillamente porque ello significaría incurrir en el viejo sofisma schmittiano que consiste en separar los medios de los fines para reificar los medios o instrumentalizar los fines de acuerdo con las conveniencias del poder o de los juristas a su servicio. O dicho con otras palabras, porque ello sería partir de un concepto de Constitución que contiene, en sí mismo, el principio de su propia destrucción. Para una teoría constitucional adecuada a la única Constitución «normativa» posible, que es la Constitución democrática, el control es el elemento que, al poner en conexión precisamente el doble carácter instrumental y legitimador de la Constitución (90), impide que ambos caracteres puedan dissociarse. El control pasa a ser así un elemento inseparable de la Constitución, del concepto mismo de Constitución. Cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su «realización»; ocurre, simplemente, que no hay Constitución.

---

(89) Sobre todo, G. LEHMBRUCH, *Proporzdemokratie*, 1967; R. MARCIC, *Die Koalitionsdemokratie*, 1966; K. EICHENBERGER, *Koncordanzdemokratie*, 1971.

(90) Del que también disfrutan, aunque con menor intensidad, todas las normas jurídicas; sobre ello, véase mi trabajo «La articulación jurídica de la transición», en *Revista de Occidente*, Madrid, noviembre 1983. Acerca de la revitalización de una visión instrumentalista del Derecho como consecuencia de la «jurisprudencia sociológica» y el «realismo jurídico», y de los riesgos a que puede conducir una visión exclusivamente «instrumental», HOROWITZ, «The emergence of an instrumental conception of american law», en *5 perspective american legal history*, 1971, p. 287.