

KELSEN Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Michel Troper *



ANTE la pregunta de «¿para qué sirve la teoría del Derecho?», los teóricos no dudan en responder que sirve para describir aquello que es común a todos los derechos positivos, es decir la forma jurídica y los conceptos necesarios en cualquier sistema jurídico para expresar el contenido de las normas. Una respuesta amable aunque tautológica, pues equivale a afirmar que la función de la teoría consiste en producir una teoría. Pero en la práctica es posible –y de hecho sucede a menudo– hacer un uso muy distinto de la teoría. Así, unas determinadas conclusiones se pueden utilizar como metáforas, como argumentos de autoridad o también como argumentos técnicos o consecuencialistas en un discurso cuyo objeto sea justificar o modificar un estado de cosas.

Las relaciones entre Kelsen y el Derecho constitucional ilustran perfectamente ese uso que, sin embargo, se opone de forma tan manifiesta al programa metodológico de la *Teoría Pura del Derecho*. Esto se debe a dos tipos de razones. La primera de estas razones está ligada a la ambigüedad de la

* Traducción de María Venegas Grau.

expresión «Derecho constitucional» que, en el lenguaje de los juristas, posee al menos cuatro significados:

- a) Un conjunto de normas, una parte del sistema jurídico
- b) La ciencia que describe ese conjunto de normas.
- c) El conjunto de razonamientos mediante los cuales se producen y se justifican las normas de Derecho constitucional.

d) El discurso real de los profesores de Derecho constitucional, lo que se denomina en Francia «la doctrina», que no se limita a describir las reglas o incluso las justificaciones formuladas por las autoridades, sino que también critica, propone y se encuentra a veces asociada a la producción de nuevas reglas.

La *Teoría Pura del Derecho* sólo trata directamente del Derecho constitucional en los dos primeros sentidos pero, en esos casos, su discurso no presenta ninguna especificidad. El conjunto de normas llamado «Derecho constitucional» sólo se diferencia por el lugar que estas ocupan en la jerarquía, y la ciencia del Derecho constitucional no es más que una parte de la ciencia del Derecho, distinta de las demás por su objeto, pero no por el método empleado.

La *Teoría Pura del Derecho*, en cambio, no trata del Derecho constitucional en el tercer sentido, salvo para decir que eso no es Derecho sino mera ideología que inspira el contenido de las normas.

Respecto a la doctrina, sólo cabe ignorarla o criticarla, ya que no responde a las exigencias metodológicas de la meta-ciencia kelseniana y, concretamente, al ideal de la *Wertfreiheit*.

Sin embargo, es un hecho que los productores de normas así como los miembros de la doctrina conocen e invocan la obra de Kelsen. En ese caso, por lo tanto, esta obra no funciona como metateoría sino como ideología, es decir en contra de su propio programa epistemológico. Ello es especialmente cierto en lo que respecta al control de constitucionalidad, cuya existencia y desarrollo se justifican mediante argumentos extraídos de la *Teoría Pura del Derecho* y, particularmente, de la estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico.

La segunda razón se debe al propio Kelsen. Es bien sabido que este autor dedicó gran parte de su vida y de sus trabajos al Derecho constitucional, en las diversas acepciones del término. No sólo escribió numerosos libros y artículos sobre estas cuestiones sino que fue uno de los principales autores de la Constitución de Austria. Kelsen es, particularmente, el padre del Tribunal

Constitucional así como de una forma de control de constitucionalidad que conoció un amplio desarrollo en Europa: el control centralizado, ejercido no ya por los Tribunales ordinarios sino por un Tribunal especializado¹. En consecuencia, la postura de Kelsen sobre la cuestión del control no es una mera descripción y, por eso mismo, su influencia no deriva sólo de su teoría general del Derecho sino de una tesis prescriptiva. Una tesis que, sin embargo, según la propia metateoría de Kelsen, no se debe formular.

A decir verdad, lo que aparece no es ya una sino dos tesis prescriptivas. La primera sostiene que se debe establecer un control de constitucionalidad; la segunda afirma que ese control debe estar garantizado por un Tribunal especializado. La influencia de Kelsen sobre el Derecho constitucional contemporáneo deriva de estas dos tesis. Y así, por ejemplo, Louis Favoreu invoca a Kelsen para postular que el término «Tribunal Constitucional» se utilice exclusivamente en referencia a los Tribunales europeos y no a la Corte Suprema americana, que no está especializada ni ostenta el monopolio del control de constitucionalidad². Aquí, sin embargo, me referiré únicamente a la primera tesis, que es más general y que contiene todos los elementos de un curioso enigma.

El enigma no consiste, evidentemente, en el hecho de que una teoría que afirma ser científica pueda haber servido de fundamento a una ideología. No sería la primera vez que tal cosa ocurriera.

Lo sorprendente, más bien, es constatar que el Derecho constitucional moderno (la doctrina) pueda apelar a Kelsen en relación al control de constitucionalidad, sin necesidad de realizar ninguna de las transformaciones que serían de esperar para pasar de un discurso descriptivo a un discurso prescriptivo, pues en la propia obra de Kelsen encuentra, ya formuladas, una serie de prescripciones. El enigma radica, por tanto, en la presencia, en el núcleo mismo de la teoría kelseniana, de prescripciones que se presentan como tales³ y de prescripciones que tienen, además, el siguiente contenido: «debe haber un control de constitucionalidad». En efecto, hay que conciliar la presencia de estos ele-

¹ La Constitución austríaca ha entrado de nuevo en vigor tras la segunda guerra mundial (ley de 1 de mayo de 1945). El sistema austríaco de control de constitucionalidad fue adoptado por la Constitución italiana de 1948, la ley fundamental de Bonn de 1949; y también en Chipre (1966), en Turquía (1961), en Yugoslavia (1963) y actualmente en varios países de la Europa del Este, cf. CAPPELLETTI, Mauro, 1990, *Le pouvoir des juges*, trad. René David, prólogo de Louis Favoreu, p. 199.

² FAVOREU, L., *Les cours constitutionnelles*, PUF, 1986.

³ En este sentido, el título "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?" (in *Die Justiz*, 1930-1931, Heft 11-12, BD VI, pp. 576-628 s.). Los fragmentos aquí citados están tomados de la versión italiana publicada en KELSEN, Hans, *La giustizia costituzionale*, a cura di A. La Pergola, Milan, Giuffrè, 1981.



mentos con dos hechos claramente establecidos. Por una parte, la Teoría Pura del Derecho se presenta como un programa metodológico para fundamentar una verdadera ciencia del Derecho, es decir una descripción pura de cualquier juicio de valor y de cualquier prescripción. Por otra parte, Kelsen es un importante teórico de la democracia, que define como un sistema de autonomía, es decir un sistema en el cual las normas superiores son producidas por aquellos que quedarán sometidos a estas normas, es decir por el pueblo, y en el cual todas las demás normas deben derivarse de las primeras. ¿Cómo comprender, entonces, que Kelsen pueda preconizar un sistema que parece radicalmente distinto de la democracia así definida puesto que, en ese sistema, las normas superiores son controladas y producidas parcialmente por jueces profesionales?

Antes de examinar estas cuestiones conviene, sin embargo, hacer una observación preliminar: el problema que se plantea no es histórico sino teórico. Se trata, en efecto, de calibrar la coherencia del sistema. Pero los elementos cuya coherencia se analiza no constituyen ni toda la obra de Kelsen ni (menos todavía) todas sus ideas. Hay que seleccionar necesariamente, entre esos trabajos, aquellos que van a ser objeto de este examen, apartando los referidos a cuestiones que no guardan relación con estos últimos o los que abordan cuestiones menores o técnicas, así como los escritos circunstanciales o aquellos cuya forma expresa mal la idea del autor. Hay que incluir, en cambio, aquellos escritos que no proceden de Kelsen pero de los que se puede afirmar, de forma fundada, que expresan su pensamiento. Por lo tanto, se deberán incluir en la doctrina kelseniana del control de constitucionalidad aquellos textos aprobados por Kelsen así como los que parecen derivar directamente de la Teoría Pura del Derecho ⁴. Cabe señalar que, en este tipo de opciones, es por otra parte inevitable una cierta subjetividad.

En consecuencia, es necesario confrontar la doctrina kelseniana del control de constitucionalidad con las teorías, reconstruidas racionalmente, de la pureza y de la democracia.

I. La pureza

La voluntad de pureza es uno de los aspectos centrales del positivismo jurídico. Significa que la ciencia del Derecho, al ser distinta de su objeto

⁴ Piénsese, por ejemplo, en Charles EISENMANN, cuya tesis fue prologada en 1928 por Hans Kelsen (*La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, reed. París, Economica, 1986).

(el Derecho), debe limitarse a describirlo, sin participar en su producción. Debe por tanto abstenerse de prescribir y abstenerse, en consecuencia, de formular juicios valor⁵. Kelsen formuló esta exigencia en varias ocasiones, no sólo en la Teoría Pura del Derecho sino incluso en el contexto específico del control de constitucionalidad, en el artículo que escribió en respuesta a Carl Schmitt, «*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*»⁶.

Sin embargo, junto a los trabajos relativos a la teoría del Derecho (es decir aquellos cuyo objeto es una descripción general del ordenamiento jurídico), que parecen respetar esa exigencia, Kelsen publicó también otros trabajos sobre cuestiones políticas. Pertenecen a esta categoría, por ejemplo, sus escritos sobre la democracia o sobre las relaciones internacionales, que contienen sugerencias o recomendaciones. Estos trabajos no tratan únicamente del Derecho tal y como es, sino también del Derecho tal y como debería ser. Del mismo modo, la teoría del control de constitucionalidad se incluye indiscutiblemente en esta categoría, ya que preconiza la creación de un Tribunal encargado de ejercer ese control.

Cómo no pensar entonces que ese compromiso se opone al ideal de pureza. Para responder a esta objeción, los kelsenianos podrían construir varias líneas de defensa:

a) Podrían sostener que la exigencia de pureza sólo se impone a la ciencia y, por lo tanto, a la ciencia del Derecho, pero que carece totalmente de sentido fuera de una actividad científica. Como científico, Kelsen se pliega a esa exigencia de pureza. Pero como ciudadano o como pensador político, Kelsen puede expresar de forma legítima juicios de valor y formular reco-

⁵ «La ciencia del Derecho puede y debe estar separada de la política, si es que puede, en definitiva, aspirar al estatuto de ciencia. Ello significa que el conocimiento del Derecho positivo, su descripción, el análisis de su estructura, la definición de los conceptos que lo conciben y su interpretación científica —elementos inherentes a la esencia de toda ciencia— deben ser estrictamente objetivos y, por consiguiente, no pueden estar influidos por los juicios de valor del teórico del Derecho, que revisten siempre un carácter subjetivo y emocional... La ciencia del Derecho no aborda la cuestión de saber si ese Derecho positivo es, en relación a los valores, es decir desde un punto de vista político, bueno o malo, justo o injusto. Por otra parte, todos los Derechos positivos pueden ser considerados justos desde un determinado punto de vista político y a la vez injustos desde otro punto de vista igualmente político. Pero ese no puede ser el caso de la ciencia del Derecho que, como toda ciencia verdadera, no valora su objeto ni lo justifica ni lo desapueba de forma emocional sino que, muy al contrario, lo explica racionalmente» (KELSEN, H., 1992, «Was ist die Reine Rechtslehre», in *Festschrift für Zaccharia Giacometti*, 1953, 143-161; trad. francesa de Philippe Coppens, «¿Qu'est-ce que la théorie pure du Droit?», in *Droit et Société*, núm. 22-1992, pp. 551 s.).

⁶ *Op. cit.*, cf. principalmente la conclusión. Sobre la polémica Schmitt-Kelsen, *vid.* HERRERA, C.-M., «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», in *Critica Jurídica*, UNAM núm. 13, 1993.

mentaciones. Es más: debe hacerlo, pues este tipo de juicios está ligado al compromiso político.

Esta defensa sería perfectamente admisible, a condición de separar claramente esas dos actitudes y siempre que no se pretendiera justificar una de ellas mediante la otra o formular juicios de valor y recomendaciones en nombre de la ciencia. Y sin embargo, eso es lo que hace Kelsen, por ejemplo cuando, justamente después de haber recordado el ideal de pureza, escribe:

«la ciencia del Derecho no es una ciencia para la ciencia. Mediante el conocimiento del Derecho, la ciencia del Derecho pretende ponerse al servicio de la práctica, de la creación del Derecho, tanto en el ámbito legislativo como en el ejecutivo, en el Parlamento, en la administración, en la Justicia»⁷.

Sí que se trata, por tanto, de fundamentar una serie de prescripciones sobre la base de la ciencia, es decir sobre indicaciones. En consecuencia, no sería aceptable la objeción que sostiene que son dos actividades distintas.

b) En segundo lugar, los kelsenianos podrían afirmar que la teoría política que desarrollan no es una verdadera doctrina, un conjunto de prescripciones, sino únicamente el análisis de un concepto. Esta parece ser, en lo esencial, la intención de Kelsen cuando se propone describir la relación entre el concepto de democracia y el de autonomía, y cuando aborda el examen de todos los conceptos comprendidos en el de autonomía⁸.

Sin embargo, este tipo de argumentación no es válido para el control de constitucionalidad pues nadie, ni siquiera Kelsen, puede afirmar que su concepto esté verdaderamente comprendido en otro concepto, aunque este sea el de jerarquía normativa. En efecto, todos los ordenamientos jurídicos están jerarquizados pero sólo algunos de los ordenamientos que tienen una constitución incluyen la institución del control de constitucionalidad.

c) En tercer lugar, se pueden presentar esas recomendaciones como simples principios técnicos. Por «principios técnicos» hay que entender enunciados cuya forma es prescriptiva pero que, en realidad, sólo indican un medio para lograr un determinado objetivo. Al enunciar la frase «para que el agua hierva, hay que calentarla a una temperatura de cien grados», no se está ordenando a nadie que caliente el agua. Se indica simplemente que, para obtener

⁷ Prólogo a EISENMANN, Ch., 1928, tesis cit., p. VII.

⁸ Cf. M. TROPER, Presentación de KELSEN, H., *La démocratie, sa nature, sa valeur*, su valor, trad. de Ch. Eisenmann, 2.ª ed. francesa, Paris, Economica, 1988.

un determinado resultado, es necesario y suficiente utilizar ese medio. Por lo tanto, este enunciado es susceptible de ser verdadero o falso y, en consecuencia, su significado es el de ser una proposición y no una norma. Kelsen adopta esta tercera estrategia y, por tanto, esta es la que se debe examinar.

A) Los principios técnicos

Sin ninguna duda, Kelsen pretende configurar como simples principios técnicos las recomendaciones que él formula. De este modo, la ciencia puede perfectamente enunciar esos principios sin renunciar a la exigencia de pureza, pues esta formulación no implica ninguna toma de postura sobre los fines y no implica, por lo tanto, ningún juicio de valor. «La ciencia del Derecho —escribe Kelsen— (no ha de designar fines sino únicamente) los medios específicamente jurídicos que se pueden utilizar para lograr los fines perseguidos por los creadores del Derecho, poniendo a su disposición los medios que estos podrán utilizar después»⁹.

Esta afirmación constituye, por lo tanto, el parámetro que permite juzgar si Kelsen se mantiene fiel al ideal de pureza cuando preconiza la instauración de un control de constitucionalidad. Indiscutiblemente, la enunciación de principios técnicos es conforme con la metodología positivista. Pero ¿se trata realmente de principios técnicos y no de prescripciones ordinarias? Por otra parte, ¿puede la ciencia del Derecho servir como fundamento a una tecnología? Para responder a estas preguntas, se partirá del hecho de que un enunciado con forma prescriptiva es un principio técnico si, y sólo si, reúne tres condiciones:

- a) que los fines estén claramente identificados,
- b) que la conducta prescrita sea realmente un medio que permita alcanzar ese fin,
- c) que no exista ningún otro medio (si no, la enunciación del pretendido principio técnico no será más que la expresión de una preferencia por la utilización de ese medio).

Es evidente que algunas de las recomendaciones de Kelsen no reúnen estos requisitos. Así, las relativas al procedimiento (la composición del Tribunal, las técnicas de incoación de la acción, el carácter irretroactivo de la

⁹ Prefacio a la tesis de EISENMANN, cit. Stanley PAULSON acepta esta interpretación de la teoría del control de constitucionalidad de Kelsen en términos de principios técnicos (PAULSON, S., 1990, «Kelsen as political theorist», en *Cahiers de philosophie juridique* (Caen), núm. 17, pp.79.

sentencia, la publicidad de las vistas e incluso la deliberación)¹⁰ se configuran como medios para lograr ciertos fines (la neutralidad del Tribunal o la seguridad jurídica), pero estos fines son vagos (están mal identificados) y, por otra parte, los medios invocados no son los únicos que permiten alcanzarlos. Ni siquiera se puede afirmar con certeza que permitan conseguir aquellos fines y, de hecho, ni siquiera el propio Kelsen lo afirma, de modo que la elección de esos medios expresa en realidad unos valores.

Pero lo que Kelsen presenta como principios técnicos derivados de la Teoría Pura del Derecho no son esas recomendaciones de adoptar tal o cual regla procesal en particular, sino la institución misma del control de constitucionalidad, pues este sería el único medio de garantizar la supremacía de la Constitución y, por tanto, la jerarquía normativa. De este modo, parece que la neutralidad de la teoría queda preservada. Al menos en apariencia, Kelsen no afirma que se deba garantizar la supremacía de la Constitución. Lo que sostiene es que, sin control de constitucionalidad, no hay supremacía.

Charles Eisenmann es el autor que expresa esta idea con mayor contundencia:

«Todos los argumentos hasta aquí desarrollados implican (esta idea), pues sólo ella convierte a las normas constitucionales en normas jurídicamente obligatorias, en verdaderas reglas de Derecho, al atribuirles una sanción. Sin esta idea, la Constitución no es más que un programa político, si acaso moralmente obligatorio, un compendio de buenos consejos para uso del legislador, pero consejos que el legislador es jurídicamente libre de tener o no en cuenta... La justicia constitucional convierte en normas verdaderamente jurídicas aquello que simplemente tenía la pretensión de serlo. La Constitución se convierte así, y sólo así, en la norma de Derecho suprema, principio de toda validez jurídica»¹¹.

La formulación de Kelsen no es muy distinta. A diferencia de Eisenmann, Kelsen no llega hasta el punto de afirmar que, en defecto del control de constitucionalidad, desaparecería «el principio de toda validez jurídica», es decir, en definitiva, que no habría ninguna norma jurídica válida. Sin

¹⁰ BARBERIS, Mauro, «Kelsen e la Giustizia costituzionale», in *Materiali*, a. XII, n. 1, Giugno 1982, p. 225.

¹¹ *Op. cit.*, p. 22

embargo, Kelsen escribe lo siguiente en un artículo publicado en la Revista de Derecho Público que tuvo una gran repercusión y que, durante muchos años, fue su único escrito difundido en Francia:

«Una Constitución que carece de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria... una Constitución en la cual los actos inconstitucionales y, en particular, las leyes inconstitucionales conservan la validez... equivale prácticamente, desde un punto de vista propiamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria»¹².

De hecho, hay que apuntar que este argumento no es muy original con respecto a cierta tradición positivista que vincula la positividad a la existencia de una sanción: de este modo, una norma desprovista de sanción no sería una norma jurídica¹³. Por lo tanto, Kelsen recoge sustancialmente, aunque bajo una forma ligeramente distinta, la argumentación del Chief Justice John Marshall, en la sentencia *Marbury v. Madison*.

Sin embargo, Kelsen añade a este argumento tradicional un segundo principio o justificación técnica, más original, derivado de la teoría de las disposiciones alternativas: toda norma vigente se considera válida; si es válida, el fundamento de su validez reside en una norma superior. Por lo tanto, si no existe un control de constitucionalidad, una ley contraria a la Constitución sigue siendo válida, y es en la Constitución misma donde reside el fundamento de su validez. Lo cual significa que la Constitución prescribe al legislador la adopción de una ley con un determinado contenido, pero también le permite adoptar una ley de contenido contrario. Si no existe ese control, la Constitución contiene, pues, dos normas contrarias¹⁴. Por lo tanto, para evitar esa incoherencia del sistema es necesario establecer un control de constitucionalidad.

Esta tesis en su conjunto es susceptible de recibir varias críticas.

¹² KELSEN, H., 1928, «La garantie juridictionnelle de la Constitution», in *RDP*, pp. 197 s.

¹³ Thomas G. GREY, «Constitutionalism: An analytic Framework», in *PENNOCK*, Roland & CHAPMAN, John, *Constitutionalism*, NY, NY UP, 1979, p. 189 s.

¹⁴ «La Constitución contiene a la vez una regulación directa y una regulación indirecta de la legislación; y el órgano legislativo puede escoger una de los dos. Es muy posible que ni el propio legislador constituyente ni tampoco el legislador ordinario tengan plena consciencia de la situación así creada. Pero aquel que describe objetivamente el estado del Derecho creado -consciente o inconscientemente- por una Constitución que no delega el control de la constitucionalidad de las leyes en un órgano distinto del legislador, llegará necesariamente a esa conclusión» (*Théorie Pure du Droit*, 2.^a ed, trad. ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 363).

B) Crítica

1. En primer lugar, la teoría según la cual una Constitución no sancionada no es obligatoria se enfrenta a un dilema:

O bien el carácter obligatorio no es más que la cualidad de estar sancionado, en cuyo caso la teoría no es más que una tautología: lo que está sancionado está sancionado y lo que no está sancionado no está sancionado.

O bien el carácter obligatorio es una cualidad propia de la Constitución; esta existe independientemente de la sanción y la sanción no es el signo que revela su existencia. En ese caso, la existencia del control de constitucionalidad significa claramente que la Constitución posee esa cualidad, y la ausencia de ese control implica que la Constitución carece de esa cualidad; pero, entonces, la teoría debe ser capaz de decir en qué consiste y de dónde proviene esa misteriosa cualidad.

Por otra parte, en la medida en que se presenta como una vicisitud de una definición llamada «positivista», caracterizada por la existencia de una sanción, la tesis se enfrenta a una crítica, formulada por Hart y recogida parcialmente por el propio Kelsen¹⁵. Es indudable que el ordenamiento jurídico regula las conductas humanas mediante la coerción, al prescribir una serie de sanciones para los supuestos en los que se produzcan determinadas conductas. Sin embargo, no todo mandato acompañado de la amenaza de una sanción es una norma jurídica. En efecto, la sumisión causada por el temor de la sanción no es un indicio suficiente de la existencia de una norma jurídica. La sanción sólo crea la coerción, no la obligación. En consecuencia, el establecimiento del control de constitucionalidad no permitiría afirmar que el legislador tiene desde ese momento una obligación de someterse a la Constitución. Sólo implicaría, para expresarlo con los términos de Hart, que el legislador está obligado a someterse a la Constitución. Por lo tanto, el control de constitucionalidad no convierte a la Constitución en obligatoria.

2. En segundo lugar, existe una contradicción entre la idea según la cual la Constitución no sancionada no es una norma, y la teoría kelseniana de la validez, tal y como se expone en la *Teoría Pura del Derecho*. Según esta teoría, una norma es válida si ha entrado en vigor de conformidad con el procedimiento prescrito por una norma superior. Se afirma de este modo que el fundamento de su validez reside en esa norma superior.

¹⁵ H. L. A. HART, *Concept of Law*, Oxford, 1961, chap. III; KELSEN, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, Vienne, 1979, Manzsche Verlag, p. 112.



En ese caso, la validez no es más que la pertenencia al ordenamiento jurídico.

Algunas veces se afirma que, en Kelsen, la validez se confunde con el carácter obligatorio¹⁶. Esta afirmación debe ser matizada. Es correcta si significa que una norma es obligatoria en relación con una norma superior porque ésta, al prescribir la creación de una norma inferior, está prescribiendo a la vez que se obedezca esa norma inferior. La Constitución, que habilita al Parlamento para votar las leyes, define al mismo tiempo qué actos deben ser considerados como leyes y aplicados como tales. Se debe obedecer a la ley porque se debe obedecer a la Constitución. Pero ello no significa en absoluto que la ley o la Constitución sean radicalmente obligatorias. Este tipo de obligación absoluta de obediencia sólo podría emanar de una norma moral¹⁷. De lo que se deriva que, si la ley puede considerarse obligatoria en relación a la Constitución, esta última, en cambio, nunca puede ser obligatoria, ni de forma absoluta ni de forma relativa, pues no existe ninguna norma superior a ella.

En estas condiciones, el control de constitucionalidad no es en absoluto necesario. La ley es válida, obligatoria en relación a la Constitución, a partir del momento en que puede ser identificada como ley al haber sido realizada, según el procedimiento previsto, por el órgano habilitado por la Constitución. Toda ley vigente encuentra, por tanto, el fundamento de su validez en la Constitución, aunque su contenido sea aparentemente contrario a esta, que es suprema, sin ser por ello obligatoria. Incluso en defecto de todo control de constitucionalidad, la Constitución sigue siendo el fundamento de validez de la ley.

3. En tercer lugar, la tesis de la necesidad técnica del control es incompatible con la teoría kelseniana de la anulación. Es bien sabido que, para Kelsen, no hay normas nulas; sólo hay normas anulables. En otras palabras, no se puede afirmar que el contenido de una ley sea contrario a la Constitución mientras el Tribunal no haya establecido esa contradicción anulando la ley. A menos que lo afirme un Tribunal competente, sostener que una ley vigente es contraria a la Constitución es una simple opinión subjetiva, y nada más.

¹⁶ ROSS, A., «Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law», en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV, 1961.

¹⁷ *Théorie Pure du Droit*, op. cit., p.144. «... (la mitificación consistente en presentar la voluntad de algunos hombres dirigida a que otros se comporten de un modo determinado como una norma obligatoria) existe ciertamente cuando se afirma que el Sollen jurídico establece un valor moralmente absoluto. Al contrario, no puede producirse ninguna mitificación ideológica cuando al Sollen que aparece en las proposiciones de Derecho que describen el Derecho se le atribuye única y exclusivamente la significación de una conexión funcional específica».

En consecuencia, a falta de control, no se debe decir que una ley contraria a la Constitución es sin embargo válida. Habrá que decir, según las propias premisas de Kelsen, que todas las leyes deben ser consideradas conformes, sea cual sea su contenido. A partir del momento en que cualquier ley no anulada es necesariamente válida en virtud de la Constitución, el control de constitucionalidad ya no aparece como algo necesario para garantizar la jerarquía de las normas.

Tanto la teoría de la validez como la teoría afín de la anulación permiten, pues, afirmar que la jerarquía queda preservada, incluso a falta de un control de constitucionalidad.

Lo cual permite renunciar fácilmente al pretendido principio técnico en virtud del cual la supremacía de la Constitución exige establecer ese control. En consecuencia, si Kelsen quiso conservar esta tesis fue por razones puramente ideológicas.

Así y todo, Kelsen la conservó bajo una forma distinta, en los años cincuenta. En lugar de sostener que, a falta de control, la Constitución no es obligatoria, Kelsen afirma lo siguiente, mediante la teoría de la disposición alternativa: en defecto de una justicia constitucional, la Constitución es realmente el fundamento de validez de la ley, pero esa misma Constitución prescribe al legislador una determinada conducta y le autoriza, al mismo tiempo, a adoptar la conducta contraria.

4. Sin embargo, esta tesis de la disposición alternativa no se sostiene.

a) Toda la tesis se basa en la idea de que existe una ley vigente, aunque su contenido sea contrario a la Constitución. Sin embargo, Kelsen no establece mediante qué procedimiento ni, sobre todo, quién puede determinar que una ley vigente es contraria a la Constitución. Tal y como se ha recordado a propósito de la teoría de la anulación, sólo una autoridad habilitada por el ordenamiento jurídico puede formular este tipo de constatación. Pero si el ordenamiento jurídico no establece ningún control de constitucionalidad, la afirmación según la cual una ley vigente es contraria a la Constitución, no expresa más que la opinión subjetiva de los observadores externos.

b) Kelsen se ve obligado a ampliar la teoría de las disposiciones alternativas al supuesto en el que existe un control de constitucionalidad. En efecto, incluso cuando se ha establecido este tipo de control, pueden pasar varios años antes de que la ley sea anulada por causa de inconstitucionalidad. Ello significa que, entre el momento de su entrada en vigor y el de su anulación, la ley era contraria a la Constitución pero seguía siendo válida, sin embargo.

«Las leyes llamadas “inconstitucionales” son en realidad leyes “constitucionales” –léase: conformes a la Constitución– pero anulables mediante un procedimiento particular»¹⁸.

En otras palabras, la Constitución prescribe, según Kelsen, la elaboración de una determinada ley pero también autoriza una ley contraria. No obstante, si el Tribunal anula esa ley, lo hace porque la ley viola la Constitución, lo cual significa que ésta, contrariamente a lo afirmado por la teoría de la disposición alternativa, no autorizaba una ley cuyo contenido fuera contrario a aquel que estaba prescrito.

Para sortear este obstáculo, Kelsen se ve obligado a trazar una curiosa construcción así como a reformular la teoría de la disposición alternativa: «aunque no pueda excluir radicalmente la segunda vía, la Constitución otorga preferencia a la primera»¹⁹. No se comprende bien, sin embargo, qué significado puede tener esa «preferencia».

O bien el término «preferencia» se toma en su sentido psicológico y significa que a un comportamiento dado se le adjudica un valor mayor que a otro, pero como una Constitución no puede ser sujeto de un estado mental, ese mayor valor se debería traducir necesariamente en que una ley conforme a lo prescrito es válida y una ley no conforme no es válida (sin embargo, Kelsen afirma que ambas son válidas).

O bien hay que entender que la «preferencia» no incide en absoluto en la validez de las conductas y, en ese caso, la teoría de la preferencia es absolutamente idéntica a la teoría de la disposición alternativa.

O bien, finalmente, la preferencia significa que la ley contraria a la Constitución es válida, pero sólo hasta su anulación, mientras que la ley conforme es válida, sin que un Tribunal pueda anularla. De este modo, la Constitución que disponga que el legislador no ha de elaborar una ley cuyo contenido sea P, deberá entenderse así: «una ley cuyo contenido sea P es válida, a menos que un Tribunal, al constatar que la ley tiene el contenido P, la anule», lo cual es manifiestamente absurdo. Pero además, como un Tribunal sólo puede anular una norma si es contraria a otra norma superior, es difícil comprender cómo podría entonces el Tribunal constitucional anular una ley, alegando que es válida por ser su contenido conforme con la prescripción constitucional.

¹⁸ *Théorie Pure du Droit*, p. 364

¹⁹ *Théorie Pure du Droit*, p. 364. Una fórmula idéntica aparecía ya en *General Theory of Law and State*, New York, NY, Russell & Russell, (1945) 1961.

Surge así la alternativa siguiente. Una de dos:

Si el ordenamiento jurídico está realmente jerarquizado (es decir, si la Teoría Pura del Derecho es una descripción correcta), entonces no resulta en absoluto necesario presentar esa jerarquía como un objetivo ni inventar un principio técnico que permita alcanzarlo.

Pero si la supremacía de la Constitución, y por tanto la existencia de la Stufenbau, depende de la aplicación de un principio técnico, ello implica que la teoría general que pretende describir todos los Derechos positivos existentes y que asegura que, en ese caso, todos los ordenamientos jurídicos están jerarquizados, esa teoría general es pura y simplemente falsa.

II. La cuestión de la democracia

¿Cómo puede Kelsen, partidario de la democracia, ser al mismo tiempo partidario del control de constitucionalidad? La cuestión se planteó especialmente en Francia, donde se rechazó durante mucho tiempo ese control en nombre de la democracia, pero también surgió en otros países, e incluso en Estados Unidos. En efecto, puesto que en las democracias representativas la ley es la expresión de la voluntad general, cualquier control que se ejerza sobre la ley puede aparecer como un control sobre la voluntad general, es decir sobre la voluntad del pueblo que, de este modo, ya no sería soberano.

Kelsen ha de afirmar, por tanto, que el control de constitucionalidad es, como mínimo, compatible con la democracia e incluso necesario para esta. Y de hecho lo consigue con relativa facilidad, pero las exigencias de la argumentación le obligan a recurrir a unas construcciones que, en cambio, generan unas dificultades insuperables.

A) La afirmación de la compatibilidad de la democracia con el control de constitucionalidad

Para sostener que el control de constitucionalidad es compatible con la democracia, Kelsen sigue un procedimiento negativo, eliminando las principales objeciones que se podrían hacer en nombre de una serie de doctrinas habitualmente asociadas a la democracia.

La objeción principal deriva de la soberanía del Parlamento. Pero no es difícil replicar que el Parlamento no es soberano sino que recibe su competencia de la Constitución y, por lo tanto, está sometido a ella, del mismo modo

que los Tribunal es están sometidos a la ley, y afirmar que, en esas condiciones, es legítimo que el Parlamento esté controlado.

Se suele formular una segunda objeción sencilla invocando la separación de poderes: desde esa perspectiva, el control de constitucionalidad supone una injerencia del poder judicial en el ámbito del poder legislativo. Aquí, la contestación de Kelsen resulta un poco más sorprendente pues afirma que el Tribunal constitucional no es realmente el poder judicial ni un elemento de ese poder.

«Este tipo de argumentación se revela muy problemático si consideramos que el órgano al cual queda confiada la anulación de las leyes inconstitucionales no ejerce verdaderamente una función jurisdiccional aunque, en virtud de la independencia de sus miembros, se organice como un Tribunal »²⁰.

No hay que basarse, por tanto, en el nombre de «Tribunal » ni en el procedimiento, sino que es necesario adoptar una definición material del órgano, fundada en el alcance de las normas emitidas: la función jurisdiccional consiste en la producción de normas individuales. Ahora bien, el Tribunal puede anular una ley, es decir una norma general. Como la anulación de una norma general equivale a la producción de una norma general, Kelsen se ve abocado a afirmar que el control de constitucionalidad no se inscribe en la función jurisdiccional sino en la legislativa y debe ser interpretado «como un reparto del poder legislativo entre dos órganos»²¹. De este modo no se vulnera la separación de poderes ya que el Tribunal, participe del ejercicio de la función legislativa y no ya de la judicial, es un órgano legislativo. Pero esta defensa resulta muy poco satisfactoria.

B) Crítica

1. En primer lugar, Kelsen no justifica en absoluto su elección de una definición material de las funciones ni su preferencia por una definición material derivada del alcance general o individual de la resolución. Conviene subrayar que, si se pretende reservar el término «jurisdiccional» para las decisiones individuales, en ese caso no será jurisdiccional ninguna sentencia que anule una norma general, como tampoco será jurisdiccional, sino administrativa, la sentencia en virtud de la cual un Tribunal administrativo anule un acto administrativo reglamentario.

²⁰ RDP, *op. cit.*, p. 224-225.

²¹ *Eod. loc.*



De hecho, la cuestión no consiste en saber si el acto realizado por el juez tiene naturaleza jurisdiccional o legislativa, sino en determinar si el Tribunal es o no un órgano judicial. Es perfectamente posible, sin embargo, que un acto de naturaleza legislativa o administrativa sea realizado por un órgano judicial y, a la inversa, un acto jurisdiccional puede ser realizado por un órgano legislativo. Para que ello no fuera así, sería necesario postular no sólo una definición material de las funciones sino también una definición puramente material de los órganos, de forma que se denominara siempre «órgano legislativo» a aquel órgano que desarrollara actos legislativos y «órgano jurisdiccional» a aquel que realizara exclusivamente actos jurisdiccionales. Esto es justamente lo que hace Kelsen, pero con este tipo de razonamiento jamás se puede vulnerar la separación de poderes.

Lo que sucede, fundamentalmente, es que Kelsen no contesta a la crítica basada en la separación de poderes sino que, muy al contrario, sin querer, la refuerza. Esta crítica consiste precisamente en afirmar no ya, como finge creer Kelsen, que un órgano jurisdiccional se opone a un órgano legislativo, sino que resulta inadmisibles que un juez ejerza la función legislativa, aunque sólo sea parcialmente. Kelsen tiene razón al contestar que el Tribunal no ejerce en ese caso una función jurisdiccional, pero no está respondiendo al argumento esgrimido. En una democracia (definida por Kelsen como un sistema de autonomía), la función legislativa debe ser ejercida por las personas elegidas, es decir por el Parlamento, y no por los jueces.

Ello conduce a Kelsen a elaborar una serie de teorías para demostrar que, aunque el juez constitucional desempeñe una función legislativa, la justicia constitucional no se opone a la democracia y el poder legislativo no queda sustraído al Parlamento.

Es posible identificar tres de esas teorías que le sirven a Kelsen de último asidero y que, por otra parte, se encuentran estrechamente vinculadas entre sí: la teoría del legislador negativo, la teoría del guardagujas y la teoría de la competencia necesaria del Tribunal.

a) El legislador negativo

Kelsen admite que el juez constitucional es un legislador (precisamente por ello desea que los miembros de ese Tribunal sean elegidos, al menos en parte, por el Parlamento), pero afirma que sólo es un legislador negativo.

«La sentencia del Tribunal constitucional que anulaba una ley tenía el mismo carácter que una ley que derogaba otra ley. Se trataba de un acto negativo de legislación. En la medida en que la



Constitución otorgaba al Tribunal constitucional una función legislativa, es decir una función reservada, en principio, al Parlamento, la Constitución austríaca de 1920 preveía que los miembros del Tribunal constitucional fueran elegidos por el Parlamento y no nombrados por el gobierno, como los demás jueces»²².

La teoría del legislador negativo consiste en afirmar que existe una profunda diferencia entre hacer leyes y anularlas²³. Aunque Kelsen no justifica esta afirmación, se puede considerar que se basa en dos ideas distintas. La primera consiste en que hay una diferencia entre hacer una ley y oponerse a una ley ya realizada. Uno piensa inmediatamente en la distinción de Montesquieu entre la facultad de disponer y la facultad de impedir, al menos tal y como suele ser interpretada habitualmente: en la Constitución inglesa, la facultad de disponer permite a las asambleas parlamentarias adoptar leyes; la facultad de impedir permite al rey vetar esas leyes.

Por otra parte, se afirma que hay una gran diferencia entre promulgar una ley mediante un acto de la voluntad y crear un acto legislativo (según la tesis expuesta, esto último no es la expresión de una voluntad). La única semejanza radica en las consecuencias del acto. Tanto el Parlamento como el Tribunal son legisladores pues su acción tiene por efecto la entrada en vigor de una ley. Pero el Parlamento expresa su voluntad de que se produzca una determinada conducta y el Tribunal, en cambio, no expresa una voluntad en relación al contenido que se debe dar a la ley, sino que se limita a constatar la existencia de una contradicción objetiva entre la Constitución y la norma legislativa anulada. Para Kelsen, si ser legislador es producir normas generales, el Tribunal es legislador. Si ser legislador consiste en expresar la voluntad de que una norma general entre en vigor, entonces el Tribunal no es legislador.

Evidentemente, nada de esto es muy satisfactorio. Respecto a la primera cuestión, el propio Kelsen parece haber percibido que no hay diferencias entre la legislación negativa y la legislación positiva. En efecto, Kelsen justifica el nombramiento de los miembros del Tribunal por el Parlamento, basándose en la existencia de un verdadero poder político del Tribunal.

Y añade incluso que, cuando el Tribunal austríaco anula una ley, «las normas jurídicas modificadas o derogadas por la mencionada ley vuelven a

²² «*Le contrôle de constitutionnalité des lois: une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine*», trad. francesa de Louis Favoreu, in *RFDC*, 1990, p. 17 s., publicado en 1942 in *The Journal of Politics*, vol. 4, pp. 183-200.

²³ *BDP*, op. cit. *Aj. Le contrôle de constitutionnalité des lois*, op. cit.

entrar en vigor», de modo que, en ese caso, el Tribunal no realiza únicamente un acto negativo sino un acto positivo de legislación²⁴.

En la práctica, los Tribunales no se limitan a anular una ley o a oponerse a su entrada en vigor sino que indican a menudo, en los fundamentos de sus sentencias, qué contenido debería tener la ley para ser considerada, en adelante, conforme a la Constitución.

De la teoría del acto jurídico de Eisenmann se deriva, de hecho, que no existe ninguna diferencia entre hacer e impedir. Para este jurista, en efecto, se debe considerar autor o co-autor de un acto jurídico a cualquier autoridad cuyo consentimiento sea necesario para que el acto entre en vigor o siga vigente. Si aquel que dispone de la facultad de impedir puede oponerse discrecional e indefinidamente a una ley cuyo contenido desapruueba, en ese caso su poder no se distingue en absoluto de la facultad de disponer, ya que puede rechazar (o anular) cualquier ley que no presente las características positivas que ese órgano le habría dado si hubiera podido hacerlo por sí solo.

Pero, ¿expresa el Tribunal una voluntad? Para afirmar lo contrario, hay que admitir que la conformidad o la no-conformidad de una ley con la Constitución son datos objetivos, y que la jurisprudencia del Tribunal no es más que una función de la facultad de conocer, de modo que la competencia del juez es una competencia necesaria, no discrecional.

En consecuencia, la validez de la teoría del legislador negativo depende totalmente de si el Tribunal, al dictar una anulación, está ejerciendo o no un poder discrecional. Así, la pertinencia del primer argumento de Kelsen depende de la pertinencia del tercero. Lo mismo sucede con la teoría del guardagujas.

b) El guardagujas

Esta terminología no es original de Kelsen, sino que la toma del decano Vedel. Pero Kelsen y Eisenmann la formulan con una gran claridad. Según esta teoría, el Tribunal no se pronuncia realmente sobre el contenido de la ley, sino únicamente sobre el procedimiento. En efecto, al anular una ley, el Tribunal se limita a indicar al Parlamento qué procedimiento es el adecuado, señalando que este no es el procedimiento legislativo ordinario sino el procedimiento de revisión constitucional. El juez constitucional es, por lo tanto, comparable al guardagujas que se limita a encarrilar los trenes sobre una u otra vía.

²⁴ *Ibid.*

Lejos de ser una institución antidemocrática, el Tribunal aparece entonces como un elemento esencial del sistema democrático. En efecto, las leyes constitucionales sólo se pueden adoptar al término de un largo y complejo procedimiento y exigen generalmente unas mayorías más amplias que las requeridas para las leyes ordinarias. De este modo, la mayoría política existente en un momento dado sólo podrá reunir esa mayoría exigida a condición de obtener el apoyo de la minoría. Así, el Tribunal no sólo aparece como protector de la minoría sino que se puede llegar a afirmar que, si la democracia se define como «autonomía», un sistema en el cual las leyes se adoptan mediante este procedimiento es más democrático que otro, pues será mayor la proporción de ciudadanos sometidos a unas normas que ellos mismos han consentido.

Este argumento presenta dos puntos débiles importantes:

En primer lugar, el argumento se basa en el presupuesto de que una decisión adoptada por una amplia mayoría es más democrática que otra adoptada por una pequeña mayoría. La democracia ideal sería, pues, un sistema en el cual todas las decisiones fueran adoptadas por unanimidad. De este modo, el principio de la mayoría no sería más que un mal menor: ante la imposibilidad de obtener el consentimiento unánime de los ciudadanos, habría que contentarse con una mayoría simple para las decisiones menos importantes; sin embargo, para las más graves, se seguiría exigiendo una mayoría más amplia, a falta de unanimidad.

No obstante, esta concepción del principio de las mayorías es discutible, y el propio Kelsen le opondría un argumento convincente: el sistema de la unanimidad no es la democracia. Este sistema representa incluso lo contrario de la autonomía, ya que permite a un único individuo oponerse a una ley deseada por todos los demás. Se trata por tanto de un sistema de heteronomía. Del mismo modo, la regla que exige una mayoría cualificada hace posible que una minoría impida la adopción de una decisión deseada por la mayoría. El único sistema democrático, aquel que garantiza la autonomía del mayor número de individuos, es el sistema de la mayoría simple.

El segundo punto débil de la teoría del guardagujas reside en otro de sus presupuestos: que siempre es posible seguir la vía indicada por el Tribunal. Para rebatirlo, basta señalar que algunas revisiones constitucionales son, pura y simplemente, imposibles. Ello puede deberse a razones de hecho, por ejemplo si la Constitución exige que un revisión que afecta a un determinado grupo o a una determinada autoridad pública obtenga el consentimiento de aquel grupo o de esta autoridad, o si se impone un cierto plazo entre la iniciativa y

la votación de la ley constitucional. Así, la Constitución francesa de 1958 no puede ser revisada sin el consentimiento del Senado, de modo que no podrá prosperar ninguna reforma tendente a limitar los poderes del Senado. Del mismo modo, es poco probable que se pueda proponer la revisión de disposiciones relativas a los Derechos fundamentales, si una ley ha sido anulada por vulnerar esos Derechos. Pero los límites también pueden ser jurídicos, como sucede cuando la Constitución prohíbe cualquier revisión relativa a determinadas materias. En muchos países, por ejemplo, está prohibido vulnerar la forma republicana del régimen. Pero también cabe, como de hecho ha sucedido en Italia, en Alemania o en India, que el propio Tribunal se declare competente para examinar la conformidad de las leyes constitucionales con ciertos principios supraconstitucionales que el Tribunal considera intangibles, como por ejemplo los relativos al alcance de las facultades del juez constitucional²⁵.

Finalmente, la teoría del guardagujas se basa sobre el presupuesto de que el Tribunal se limita a constatar la conformidad o no conformidad de las leyes con la Constitución. Desde ese punto de vista, la conformidad o la no conformidad serían rasgos objetivos, de modo que el Tribunal no desarrollaría ningún facultad de apreciación. Lo cual presupone, como sucedía con la tesis precedente del legislador negativo, que el Tribunal sólo tiene una competencia necesaria, no discrecional.

c) *La competencia necesaria*

Esta es la idea que presenta mayores dificultades. El propio Kelsen las advirtió, de hecho, y ello explica que su teoría del control de constitucionalidad presente numerosas variantes y contradicciones, y ocupe un lugar muy marginal en su obra posterior a la segunda guerra mundial.

En primer lugar, son patentes las dificultades que se le presentan a Kelsen a la hora de determinar si el control tiene un carácter político. Kelsen oscila entre dos posturas. Unas veces recuerda que no existe una diferencia de naturaleza entre la creación y la aplicación del Derecho. Por lo tanto, no cabe distinguir dos funciones de creación opuestas: una política y otra (como la función jurisdiccional) apolítica. En realidad, afirma Kelsen, la función jurisdiccional también es una función de creación del Derecho y, en consecuencia,

²⁵ La Corte suprema de India anuló en dos ocasiones unas enmiendas a la Constitución; en 1976, una enmienda que había validado una elección (Smt. Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain); en 1980 (Minerva Mills v. Union of India), una enmienda que suprimía todas las limitaciones al poder de revisar la Constitución, de modo que se hubiera podido modificar la estructura fundamental de la Constitución. Cf. HIDAYATULLAH, M., *Constitutional Law of India*, Liverpool, Lucas Publications, 1986.

es una función política. De hecho, así es como justifica la elección de los miembros del Tribunal por el Parlamento, «teniendo en cuenta la fuerza respectiva de los partidos»²⁶.

En otras ocasiones, sin embargo, Kelsen justifica que se confíe a un Tribunal la función de guardián de la Constitución alegando que el Tribunal se limita a ejercer un control de constitucionalidad²⁷ y será, por lo tanto, más neutral que un jefe de Estado. Y es precisamente para evitar cualquier influencia política sobre la jurisprudencia de la jurisdicción constitucional por lo que conviene elegir a sus miembros entre eminentes juristas²⁸. Ello presupone, evidentemente, que estos se limitarán a desarrollar una función propiamente técnica, sin tener que realizar opciones políticas, ya que su actividad consistirá principalmente en aplicar y no en crear. Kelsen no vacila en aclarar este presupuesto, que de hecho contradice directamente la tesis sobre el carácter legislativo y no jurisdiccional del Tribunal, así como la tesis precedente del carácter político de la jurisdicción.

«La libre creación que caracteriza a la legislación se encuentra aquí prácticamente ausente... La jurisdicción constitucional está absolutamente determinada por la Constitución. Y justamente esto es lo que hace semejante la función del Tribunal constitucional a la de cualquier otro Tribunal en general. Esta función consiste principalmente en aplicar el Derecho y, sólo en una pequeña medida, en crearlo; se trata, por lo tanto, de una función verdaderamente jurisdiccional»²⁹.

Del mismo modo, para preservar el carácter neutral y apolítico del Tribunal, sería conveniente limitar el margen de poder discrecional del que dispone. Por esa razón,

las «normas constitucionales que un Tribunal haya de aplicar, principalmente aquellas que determinen el contenido de leyes futuras —como por ejemplo las disposiciones sobre los Derechos fundamentales— no deben ser formuladas en términos demasiados generales y no deben contener términos vagos como “libertad”,

²⁶ RDP, *op. cit.*

²⁷ *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, núm. 10

²⁸ RDP, *op. cit.*

²⁹ Citado por Pasquale PASQUINO, in *Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle? Carl Schitt et Hans Kelsen*, in M. Troper & L. Jaume (ed.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, LGDJ, 1994, pp. 143s.

“igualdad”, “justicia”, etc. Si no, se corre el riesgo de que se produzca una desviación de poder –no prevista por la Constitución y políticamente inoportuna– desde el Parlamento hacia un órgano externo, que podría ser la expresión de unas fuerzas políticas profundamente distintas de aquellas que están representadas en el Parlamento»³⁰.

La postura vacilante de Kelsen respecto al carácter político del control de constitucionalidad se explica en parte porque emplea el término «político» en tres sentidos diferentes: *lato sensu*, una decisión puede ser política en razón de su objeto (resolución de conflictos de intereses) y, entonces, todas las decisiones, incluidas aquellas que emanan de un Tribunal, son políticas; *stricto sensu*, una decisión es política si expresa la elección de unos valores; *strictissimo sensu*, una decisión es política si está dictada por motivos partidistas. Por lo tanto, las decisiones de un Parlamento o de un Presidente son siempre políticas. Respecto a las decisiones emanadas de un Tribunal constitucional, siempre son, necesariamente, políticas *lato sensu*. Ahora bien, evidentemente, Kelsen jamás afirma que nunca lo sean en otro sentido, y se ve obligado a adoptar, en este ámbito, un punto de vista puramente prescriptivo, pero tampoco logra expresar muy claramente lo que desea.

Sin duda, Kelsen está haciendo alusión a una influencia partidista cuando escribe que hay que evitar a todo costa «que los miembros del Tribunal se dejen influir por consideraciones políticas»³¹ y que, por lo tanto, es «casi preferible aceptar, antes que una influencia oculta y por ello incontrolable de los partidos políticos», que al menos parte de los miembros del Tribunal sean designados por los partidos representados en el Parlamento. Cabe subrayar que Kelsen no se pronuncia sobre la eficacia de esta medida, ni explica las razones que le permiten esperar que una influencia abierta no sea incontrolable.

Pero, aun admitiendo que se pueda inventar algún procedimiento para nombrar a los miembros del Tribunal constitucional que los deje al margen de cualquier influencia partidista, el problema esencial permanece. Se trata de saber si, desde el punto de vista de la teoría democrática, es posible y deseable evitar que ese Tribunal adopte decisiones políticas *stricto sensu*, es decir decisiones que expresen opciones axiológicas de sus miembros. Respecto a lo que es deseable, Kelsen se limita a decir que un Tribunal que controlara el conte-

³⁰ Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, núm. 6, y, en el mismo sentido, RDP, p. 239

³¹ RDP.

nido de las leyes basándose en principios vagos, del tipo de justicia, equidad, igualdad, tendría un poder «insoportable» y que una Constitución debería «abstenerse de ese tipo de fraseología»³².

En ese caso, se puede considerar que Kelsen demuestra una lamentable ingenuidad o una excesiva prudencia. En primer lugar, al formular unas prescripciones dirigidas al constituyente futuro, está omitiendo el hecho de que existen constituciones vigentes que contienen disposiciones vagas. ¿Se deriva de ello un poder «insoportable» del Tribunal? Por otra parte, no sólo los principios expresados en las constituciones pueden servir para controlar el contenido de las leyes. También pueden desempeñar esa misma función aquellos principios que los Tribunales constitucionales consideran implícitos. Por lo tanto, aunque la Constitución se abstenga de ese tipo de fraseología, cabe la posibilidad de que el Tribunal invoque esos principios para ejercer el mismo poder³³.

En tercer lugar, y principalmente, todas las disposiciones (y no sólo aquellas que son vagas) otorgan un poder considerable, desde el momento en que el Tribunal tiene la facultad de interpretarlas libremente.

Ahora bien, hoy se admite (incluso por Kelsen, en la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*) que, cuando la interpretación es auténtica, es decir cuando emana de una autoridad habilitada por el Ordenamiento jurídico para dar una interpretación, aquella se impone sea cual sea su contenido, y entonces sólo expresa la voluntad del intérprete. Es el caso de la interpretación de la Constitución realizada por un juez constitucional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso³⁴. El juez puede entonces fácilmente interpretar cualquier disposición de la Constitución, o la Constitución en su conjunto, de tal forma que esta le otorgue competencia para examinar la conformidad de las leyes con unos principios no formulados, incluso.

Eso es precisamente lo que hizo la Corte Suprema americana en 1803 o el Consejo Constitucional francés cuando, en 1971, decidió examinar la conformidad de las leyes con el preámbulo de la Constitución. La Constitución de 1958 disponía que el Consejo Constitucional se pronunciara sobre la «conformidad de las leyes con la Constitución». El Consejo consideró que el término «Constitución» designaba no sólo el texto de la Constitución propiamente sino también el preámbulo. Ahora bien, el preámbulo hace referencia a los «princi-

³² RDP.

³³ En Francia, los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República».

³⁴ *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 453 s.; cf. TROPER, M, «Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique», in *Revue Internationale de Philosophie*, 1981, p. 518-529.

pios fundamentales reconocidos por las leyes de la República» y el Consejo constitucional es el único que puede elaborar la lista de esos principios así como determinar su contenido. De este modo, justamente a través de una interpretación de la Constitución, el Consejo pudo ampliar considerablemente su propia competencia hasta un punto que sin duda Kelsen hubiera considerado «insoportable».

Esta teoría de la interpretación tiene, por lo tanto, unas consecuencias muy importantes. Demuestra que el juez constitucional no dispone únicamente de una competencia necesaria sino que cuenta con un poder considerable. Este poder es un poder legislativo no sólo por sus efectos (pues anula una norma general) sino también porque permite al juez constitucional expresar si quiere que la ley se mantenga o no en vigor. El hecho de que esa voluntad se exprese al término de un procedimiento distinto y se vea sometida a unas limitaciones distintas de las que recaen sobre el Parlamento no modifica en absoluto el hecho esencial de que la voluntad del Tribunal, así como la del Parlamento, es un requisito necesario para que una ley entre o se mantenga en vigor.

De hecho, es necesario añadir que, en realidad, el poder del Tribunal es aún mayor: si interpretar consiste realmente en determinar, mediante un acto de la voluntad, el significado de un texto y si interpretar es determinar la norma expresada por un texto (pues una norma no es más que un significado que el ordenamiento jurídico atribuye a un acto humano), en ese caso, el propio juez constitucional, al interpretar la Constitución, está determinando la norma constitucional. El juez constitucional ejerce, por tanto, un poder constituyente.

Charles Eisenmann ya había intuido esta consecuencia cuando, en 1928, escribía lo siguiente, a propósito de la facultad del Tribunal austríaco para decidir sobre el reparto de competencias entre la Confederación y las Provincias:

«El Tribunal dispone aquí de una libertad de apreciación inmensa, tiene un poder casi discrecional: la justicia constitucional revela, de forma más patente que cualquier otra, el poder creador –más o menos amplio, de hecho– de la jurisprudencia; en realidad, lo que hace el Tribunal es completar, determinar la Constitución, más que aplicarla – al menos en el sentido que se le da usualmente a ese término: no enuncia el Derecho sino que lo hace»³⁵.

³⁵ *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, op. cit., p. 216



En realidad, el Tribunal dispone de ese poder de forma general, y no sólo en el ejercicio de alguna de sus competencias, y ello es así, tal y como lo demuestra el ejemplo francés, independientemente de cómo esté redactada la Constitución.

De hecho, se puede avanzar la hipótesis de que es en ese momento, al llegar a esta concepción de la interpretación, probablemente bajo la influencia de los realistas americanos, cuando Kelsen se ve obligado a renunciar a afirmar que el juez constitucional no ejerce ningún poder discrecional.

Pero, si aparece claramente que el juez constitucional dispone de ese tipo de poder y que ese poder es político, ¿es necesario concluir por ello que el control de constitucionalidad es radicalmente incompatible con la democracia? Ciertamente, si por democracia se entiende un sistema en el cual las normas generales, principalmente las leyes, son producidas por el pueblo o por las personas que este elige. En ese caso, sólo existe una forma de conciliar el control de constitucionalidad con la democracia: considerar que el Tribunal «representa» al pueblo, aunque sus miembros no hayan sido elegidos. Pero es evidente que una solución de este tipo le habría parecido absolutamente inaceptable a Kelsen, que siempre rechazó justificar el parlamentarismo mediante la ficción de la representación.

