

Notas sobre la Justicia constitucional desde la Filosofía del Derecho

Gregorio Peces-Barba
Rector de la Universidad Carlos III

- I. a) El fenómeno jurídico que supone la justicia constitucional debe ser tratado desde las dos perspectivas de análisis necesarias y complementarias para un análisis radical, es decir, desde las raíces de la Filosofía del Derecho; la perspectiva histórica y la perspectiva racional.
 - b) Todo el esfuerzo de la cultura jurídica y de su pensamiento a lo largo del mundo moderno ha sido limitar y disminuir el voluntarismo en el origen del Derecho y sustituirlo por la razón. Es de nuevo presente la vieja polémica medieval entre voluntarismo e intelectualismo. La relación Derecho-poder, que expresa bien el fenómeno jurídico de la modernidad, donde el soberano crea el Derecho, a través de la acción recíproca del Derecho sobre el poder, genera esa dialéctica de racionalización del voluntarismo. Hay que situar el papel de la justicia constitucional en ese proceso.
 - c) Pero ese esfuerzo de racionalidad se ha planteado en la historia y desde tres sucesivas liberaciones: la liberación intelectual, la liberación política y la liberación económica. Por eso, el proceso de racionalización debe contrastarse con las distintas etapas históricas en que se produce.
- II. a) El núcleo de la cuestión es que el poder crea el Derecho y que el mundo moderno va progresivamente abandonando la idea del mundo dirigido por una racionalidad natural creada por Dios, y de un hombre ligado por lazos religiosos a Dios, y a la única Iglesia verdadera, la Igle-

sia Católica, y lo sustituye por una idea secular del poder y de un hombre centro del mundo y centrado en el mundo.

- b) El poder sin los límites hacia arriba, hacia Dios y la religión y la Iglesia que los representa, tiene que construirnos límites hacia abajo, en el ámbito mundanal y societario, para impedir que el poder crezca indefinidamente. El tema moderno de la cultura política y jurídica es el de los límites del poder.
- c) Desde el tránsito a la modernidad, hasta el siglo XVII, se irá construyendo esa filosofía de los límites del poder que se continúa hasta la actualidad, y que se plantea en dos dimensiones: una objetiva, vinculada a la organización de las instituciones, de las autoridades y de los órganos que constituyen ese poder, y otra subjetiva, que arranca desde la idea de dignidad humana y que se va desarrollando en las sucesivas generaciones de los derechos humanos.
- d) Esta construcción, primero intelectual, formará los contenidos de la ética pública, de la idea de justicia, que se convertirá en ética política, lo que en esos siglos y después en el siglo XIX supondrá la idea de democracia liberal, y que pasará a los sistemas jurídicos de esos regímenes democráticos.
- e) En esta etapa histórica aparecerá el Estado como forma del poder político moderno, que pretenderá el monopolio en el uso de la fuerza, frente al pluralismo de poderes medieval, la poliarquía. El concepto de soberanía que construye BODINO en los *Seis libros de la República*, como poder absoluto y perpetuo de una república, la *summum potestas, in cives ac subditos legibusque soluta* será la consagración jurídica de la relación Derecho-poder, porque la primera competencia del soberano será hacer las leyes. A partir de ese signo del voluntarismo político y jurídico, y desde el valor primario de la seguridad, se inicia el movimiento de la limitación del poder, es decir, de su legitimación por medio del Derecho.
- f) Una clase social ascendente y dinámica, la burguesía, que va conquistando el poder económico, irá sustituyendo en el poder a la nobleza e impulsará los cambios y la limitación del poder de la monarquía absoluta.

- III. a) Los límites del poder empiezan con las ideas de tolerancia y de libertad de conciencia, frente a las tesis de las Iglesias de imposición de la fe por la fuerza y con el apoyo del Estado (principio *cuius regio eius religio*).
- b) El segundo paso histórico es la sustitución de las legitimidades histórica y carismática por la legitimidad racional para explicar el origen del poder. Será fundamentalmente a través de las teorías contractualistas cómo se fundarán las teorías del consentimiento que favorecen la participación de los ciudadanos en la justificación del poder. Frente a las monarquías de origen divino el poder se basará en el consentimiento y aparecerá en el horizonte el principio de las mayorías. Es la legitimidad de origen.

- c) Pero la racionalización no pasa solamente por el origen del poder, sino por su ejercicio. Desde estas perspectivas aparecerán dos instituciones fundamentales en la democracia liberal: la primera de ellas será la idea de separación de poderes, que tiene su antecedente en las teorías de los regímenes mixtos, y que formulará en el siglo XVII LOCKE y en el siglo XVIII principalmente MONTESQUIEU. Se convertirá en una idea común en el siglo de las luces, especialmente en la Ilustración Liberal, como se desprende de las voces correspondientes del gran monumento divulgativo de la ideología de su tiempo que es la *Enciclopedia*.
- d) Al mismo tiempo, se construirá la segunda, que es la idea del imperio de la ley. Es el paso de la idea de que el Rey hace la ley a la idea de que la ley hace al Rey. Es un paso más de la racionalización del voluntarismo del poder, desde la creación de una idea de la ley que someterá al poder o al poder dividido, a sus reglas. Es el auge de la nomofilia, el amor a las leyes que impulsarán MONTESQUIEU, FILANGIERI y todos los ilustrados, como VOLTAIRE en su poema sobre la ley natural. Por su forma curiosa, vale la pena recordar algunos de sus versos:

*«Le marchand, l'ouvrier, le prêtre, le soldat
Son tous également les membres de l'État...
et les civiles lois, par un autre lieu
Ont confondu le prêtre avec le citoyen...
La loi dans tout l'État doit être universelle
les moertels quels qu'il soient sont egaux devant elle.*

Es no sólo el gobierno, por medio de las leyes, sino el gobierno bajo las leyes, que ROUSSEAU identificará en *El Contrato Social* con el gobierno republicano y que el propio VOLTAIRE señalará en *Ideas Republicanas* después de la aparición de la obra de ROUSSEAU: «... El gobierno civil es la voluntad de todos ejecutada por uno o varios en virtud de las Leyes...», «... Los magistrados no son los amos del pueblo, son las leyes las que mandan...» (XIII y XXIV).

- e) La soberanía será ya soberanía nacional y después soberanía popular, y ROUSSEAU, en el intento más gigantesco de racionalización del voluntarismo, construirá el concepto de voluntad general.

Paralelamente se consolidarán otros dos conceptos que serán decisivos para la comprensión y el sentido de la justicia constitucional: son la Constitución y el Parlamento, precisamente los dos términos en cuyo ámbito actuará la justicia constitucional.

La idea de Constitución en el sentido moderno aparecerá en el siglo XVIII aunque tiene precedentes medievales ya en los siglos XVI y XVII. Es innovadora en relación con el concepto de «Leyes fundamentales» y supone la existencia de un texto escrito de carácter sistemático que aparece como norma suprema, que se muestra en este proceso de limitación y de racionalización del poder como un elemento tan decisivo que

su existencia es la que permitirá la construcción teórica de la justicia constitucional. Tiene tres funciones: una función de seguridad, una de justicia y una de legitimidad. Las dos primeras estarán presentes en esa construcción de la justicia constitucional. La función de seguridad limitará el poder absoluto de los monarcas, y establece el nuevo poder limitado a través del imperio de la ley y de la separación de poderes, crea certeza con procedimientos iguales para todos, garantiza la publicidad, establece la organización de las instituciones y la competencia y los procedimientos para la creación de otras normas y para su propia reforma. La función de justicia señala los valores y los principios supremos, como la libertad, la igualdad y la fraternidad, y los derechos fundamentales que de ellos derivan. Cuando aparezca la idea de justicia constitucional en el Continente será fundamentalmente para verificar el respeto a las reglas de juego (competencia formal) y a los valores, principios y derechos (competencia material) por parte de las leyes.

La idea de Parlamento, también con antecedentes medievales, y superando el carácter estamental, con el principio un hombre un voto, será la sede de la representación de la soberanía con las funciones de hacer las leyes de controlar al ejecutivo. Alcanzará su plena virtualidad entre los siglos XIX y XX, cuando se extienda y generalice el derecho a la participación política a través del sufragio universal masculino y femenino.

El Parlamento es la sede de producción de las leyes, y en los sistemas con influencia rousseauniana, al considerarlas expresión de la voluntad general, se retrasará el paso de control de las leyes en relación con la Constitución hasta el siglo XX, con la obra de KELSEN «La garantie jurisdictionelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)» de 1928, que se publicará en francés, en la *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, precisamente porque era la cultura jurídica francesa, muy influyente entonces, la más resistente ante la idea de la garantía jurisdiccional de la Constitución.

En cambio, en la cultura jurídica americana, y desde la existencia de un Estado federal, aparecerá la justicia constitucional con más normalidad desde la sentencia *Marbury v. Madison*, y en el ámbito de la jurisdicción ordinaria y difusa, porque no existía esa idea de ley como máxima expresión de la racionalidad, ni existía el mismo grado de desconfianza ante los jueces que venían del antiguo régimen, de la monarquía absoluta.

- f) Otras dos ideas serán decisivas para la construcción científica de la justicia constitucional. Son los conceptos de sistema y de jerarquía normativa.

La idea de sistema, aplicable a la comprensión del Derecho, aparece en el siglo XVIII en los iusnaturalistas racionalistas como BARBEYRAC, BURLAMAQUI, WOLFF o VATTEL, en FILANGIERI, en ilustrados de otras tendencias como HELVETIUS y D'HOLBACH, MORELLY o VOLTAIRE o ROUSSEAU. Es expresión de esa idea que dice CASSIRER impregna de racionalidad a todo el siglo de las luces. Así, el sistema será

la forma en que aparece en el siglo XVIII esta manera de entender la filosofía y la razón. Tanto desde el deductivismo cartesiano que arranca en el XVII, como en el inductivismo de origen newtoniano, el sistema será una consecuencia necesaria de esas formas de pensar, y desde ellas se extenderá a los campos sociales, políticos, morales y jurídicos. Primero será el sistema racional y más tarde el sistema positivo.

ROUSSEAU vinculará al sistema de legislación con las ideas de libertad y de igualdad, y KANT lo entenderá como un sistema de leyes jurídicas derivadas de la razón, lo que en el siglo XX se llamará ordenamiento. El filósofo de Königsberg lo dirá explícitamente en la *Metafísica de las Costumbres*: «Éste es por lo tanto un sistema de leyes para un pueblo». FICHTE, los federalistas americanos, HAMILTON, MADISON y JAY, tendrán la misma perspectiva, y naturalmente aparecerá también en la *Enciclopedia*. Y ese sistema racional se plasmará en los siglos siguientes en los dos grandes movimientos sistemáticos del Derecho: el constitucionalismo y la codificación.

La idea de jerarquía normativa será consecuencia directa de la idea de sistema jurídico, y aparece también a partir de los iusnaturalistas racionalistas y supone la superioridad de las leyes constitucionales, de la Constitución.

En KANT, al definir al Derecho público, se encuentra la integración de la idea de sistema con la de jerarquía normativa.

«El conjunto de leyes que necesitan ser universalmente promulgadas para producir un estado jurídico es el Derecho Público... un sistema de leyes para un pueblo, es decir, para un conjunto de hombres o para un conjunto de pueblos que... necesitan un estado jurídico bajo una voluntad que los unifique, bajo una constitución para participar de aquello que es el Derecho...».

SIEYÈS, uno de los primeros formuladores teóricos de la justicia constitucional, en su trabajo *Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano*, de julio de 1789, sostendrá la idea de Constitución, de Poder constituyente que, a diferencia de las leyes, no se encuentra sometido a una Constitución previa.

En «Límites de la Soberanía», un trabajo inédito de 1794 dirá:

«La Constitución, en efecto, es una Ley Fundamental anterior a toda Ley, aprobada por la mayoría y obedecerla y someterse a ella debe formar parte del compromiso primordial de todo miembro del Estado. Así pues, cada asociado ha de acatar la Constitución, tras lo cual tendrá lugar la acción de la simple mayoría que aprueba las leyes, que ya no será en lo sucesivo independiente de todo freno, ni despótica ni desorganizada, sino por el contrario, sometida a reglas fundamentales y constantes».

Aquí están ya los elementos necesarios, desde la separación de poderes, desde el *rule of law*, desde la idea de sistema, de jerarquía normativa y de Constitución para dar el paso siguiente desde una teoría racional, que es garantizar esa supremacía de la Constitución a través de tribunales que pudieran juzgar la adecuación de las leyes.

- IV. Desde el punto de vista subjetivo de los límites del poder, con el reconocimiento de unos contenidos materiales de la Constitución, valores, principios y derechos, se potencia también desde otras perspectivas la necesidad de la justicia constitucional. Quizá sea ésta la dimensión que más actuaciones produce de los tribunales, tanto en la jurisdicción difusa como en la concentrada, porque es precisamente la inclusión en las Constituciones de esos valores, principios y derechos lo que realmente limita la competencia del legislativo ordinario. El respeto a la Constitución formal, a las reglas y a los procedimientos parece que puede producir menor infracciones y, de hecho, la acción del control de constitucionalidad es más amplio, casi exclusivo en estos supuestos. Es cierto, en este aspecto, el análisis de Carl SCHMITT en *Legalidad y Legitimidad*, de que esa presencia de lo que él llama el legislador extraordinario *ratione materiae* supone el final del Estado parlamentario representativo y el principio del Estado jurisdiccional. Sin compartir las finalidades últimas de ese tipo de planteamiento, lo cierto es que esos contenidos materiales de las Constituciones facilitarán la justificación de la justicia constitucional. En aquellos casos en que, además, se atribuye a los tribunales constitucionales, o cuando la jurisdicción ordinaria es competente para resolver recursos de amparo en protección de derechos fundamentales, esos contenidos constitucionales aparecen, con mayor claridad, como causa eficiente de la existencia de la justicia constitucional.
- V. Para otra ocasión quedaría analizar, desde la Filosofía del Derecho, no la justificación de la justicia constitucional, sino sus consecuencias tras su definitiva implantación y consolidación. Su influencia sobre el sistema de fuentes, su potenciación del judicialismo, su influencia sobre el deterioro de la ley, su acción en las teorías que pretenden distinguir al Estado constitucional del Estado de Derecho, etc.