

CONSTITUCIÓN Y CONTROL DEL PODER  
INTRODUCCIÓN A UNA TEORÍA  
CONSTITUCIONAL DEL CONTROL

I. Introducción: sobre la necesidad de una teoría del control “constitucionalmente adecuada” . . . . .	81
II. El control como elemento inseparable del concepto de Constitución . . . . .	83
1. Constitución y control del poder: evolución histórica . . . . .	83
A. La teoría británica en el siglo XVIII: la “Constitución bien equilibrada” . . . . .	83
B. La interpretación de Montesquieu . . . . .	87
C. 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 . . . . .	89
D. La influencia en el constitucionalismo norteamericano de la teoría del “equilibrio de poderes” . . . . .	92
E. 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 . . . . .	94
F. El control como elemento clave en la constitución del Estado de derecho democrático y social . . . . .	100
2. La discutible contraposición entre Constitución como “norma abierta” y Constitución como “sistema material de valores” . . . . .	103
3. El control como elemento de conexión entre el sentido “instrumental” y el sentido “finalista” de la Constitución . . . . .	116
III. Los problemas conceptuales del control: controles sociales, políticos y jurídicos . . . . .	120
1. El control y su sentido unívoco . . . . .	120

2. La imposibilidad de un concepto único de control . . .	123
A. Heterogeneidad de medios o instrumentos de control .	124
B. La imprecisión del término “controles constitucionales” para abarcar las diversas modalidades de control .	125
C. La invalidez de otros intentos de unificación conceptual . . . . .	127
3. Solución que se defiende: la pluralidad conceptual del control; limitación y control en el Estado constitucional; controles sociales, políticos y jurídicos; control y garantía	129
IV. El control jurisdiccional como paradigma del control jurídico . . . . .	136
1. Las diferencias entre el control jurídico y el control político . . . . .	136
2. Agentes y objetos del control jurisdiccional . . . . .	137
3. El carácter predeterminado del parámetro en el control jurisdiccional. La Constitución como norma y la Constitución como conjunto normativo. La distinción “sustancial” entre Constitución y ley . . . . .	141
4. El carácter indisponible del parámetro en el control jurisdiccional y los criterios de valoración. El problema de la interpretación del derecho y, en especial, de la interpretación constitucional . . . . .	145
A. La discusión sobre los criterios clásicos de interpretación . . . . .	147
B. La polémica sobre la interpretación valorativa . . .	151
C. Interpretación de la Constitución e interpretación de la ley. La discusión actual sobre la interpretación constitucional . . . . .	154
D. La tesis que se defiende. Teoría de la Constitución e interpretación constitucional . . . . .	159
5. El resultado del control jurisdiccional . . . . .	167
6. El carácter necesario del control jurisdiccional . . . . .	170
V. Características del control político. Sus diferencias con el control jurídico y el control social . . . . .	172

1. La subjetividad en el control . . . . .	172
A. Agentes del control . . . . .	173
B. Objetos del control . . . . .	175
C. La disponibilidad del parámetro de control. Los cri- terios de valoración . . . . .	177
D. El resultado del control . . . . .	179
2. La voluntariedad en el control . . . . .	181
VI. A modo de ejemplo: el control parlamentario como control político . . . . .	182
1. Crítica a las tesis que consideran el control parlamentario como control jurídico . . . . .	183
2. El significado del control parlamentario . . . . .	187
3. Los instrumentos de control y la imposibilidad de deslin- dar procedimentalmente una específica función parlamen- taria de control . . . . .	189
4. La doble condición del control parlamentario: control “por” el Parlamento y control “en” el Parlamento. La oposición y el control . . . . .	191
5. A propósito de algunos medios de control parlamentario (preguntas, interpelaciones, mociones, comisiones de in- vestigación) . . . . .	194
6. Control parlamentario y democracia de partidos . . . . .	200
A. Partidos y Parlamento. Consideraciones críticas . . . . .	201
B. Democracia “con” partidos frente al Estado “de” partidos . . . . .	204
VII. El papel del derecho en las diversas clases de control . . . . .	208

CONSTITUCIÓN Y CONTROL DEL PODER  
INTRODUCCIÓN A UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL  
DEL CONTROL

## I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA DEL CONTROL “CONSTITUCIONALMENTE ADECUADA”

En un sugestivo trabajo, el profesor Jacobsohn,<sup>1</sup> al examinar la polémica desatada en el mundo académico norteamericano a raíz de la tesis de Dworkin sobre la “fusión del derecho constitucional y la teoría moral”,<sup>2</sup> 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 mero programa puramente retórico. 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.<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup> Por supuesto que al control suelen referirse casi todas

1 “Modern Jurisprudence and the Transvaluation of Liberal Constitutionalism”, *Journal of Politics*, vol. 47, núm. 2, mayo de 1985, pp. 405 y ss.

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

las obras generales sobre teoría de la Constitución o los manuales de derecho constitucional, así como, incidentalmente, los trabajos sobre el 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.<sup>5</sup>

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,<sup>6</sup> o el Estado de derecho como Estado constitucional.<sup>7</sup> De ahí que sólo en el Estado constitucional así concebida la teoría del control

Galeotti, S., *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milán, 1963, obra sugestiva, pero, en ciertos puntos, también muy contradictoria; del mismo autor, resumidamente, “Controlli costituzionali”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1972, X, pp. 319 y ss.

5 Como ejemplo, casi paradigmático, de la incapacidad de construir, sobre las 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 Giannini, M. S., “Controllo: nozioni e problemi”, *Rivista Trimestale di Diritto Pubblico*, núm. 4, 1974, pp. 1263-1284. La sensación de incapacidad se confirma con la lectura de las páginas que en sus *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”, *Libro-homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*, Madrid, IEAL, 1985, pp. 1-21.

7 También me remito aquí a mi trabajo “Constitución y Estado de derecho”, *España: un presente para el futuro*, Madrid, 1984, vol. II.

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 de 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 desembocara en el positivismo jurídico, que desde Gerber hasta Kelsen tenía como piedra angular de 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. EL CONTROL COMO ELEMENTO INSEPARABLE DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

### 1. *Constitución y control del poder: evolución histórica*

#### A. *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,<sup>8</sup> lo cierto es que esos intentos son muy anteriores y se manifiestan por muy complejas vías. Es común admitir que desde la Carta Magna *Libertatum*

<sup>8</sup> Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, p. 213. Este puede ser un buen ejemplo de cómo la posición ideológica de un autor (el antiparlamentarismo, casi visceral, de Schmitt) puede conducirle a la tergiversación de la historia.

los poderes reales, salvo en periodos 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 Bracton, a mediados del siglo XIII, en su *De legibus et consuetudinibus Angliae*, decía que el rey es frenado por el derecho y la “curia”.<sup>9</sup>

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 asensu magnatum et reipublicae*, se transforma en *leges*, las cuales no pueden derogarse o reformarse *sine communi consensu eorum omnium quorum concilio et consensu fuerunt promulgatae*.<sup>10</sup> 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 primicia 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

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

10 García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1959, p. 254.



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,<sup>11</sup> 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 la 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 representan al monarca; los nobles, que son la aristocracia, y los burgueses y caballeros, la democracia.<sup>12</sup>

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 inesquivable 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 “ciudadana-

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

12 “Alegato frente al monstruoso régimen de la mujer”, de John Knox; véase McIlwain, *op. cit.*, nota 9, p. 120. En términos similares, el “gobierno mixto” aparecerá, bien descrito, en las obras de Smith, Thomas sir, *De Republica Anglorum*, 1583, y de Hooker, Richard, *Law of Ecclesiastical Polity*, 1593-1597.

nos”, 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 XVII, 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 Hobbes, y aunque la paternidad de la fórmula del equilibrio se atribuya, generalmente, a Bolingbroke, también aparece, al menos tácticamente, en Hume.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup> 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 ejercita, 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

13 En su escrito “¿Puede ser la política una ciencia?”, se cita del libro *Ensayos políticos*, 2a. ed., Madrid, CEC, 1982, especialmente p. 408.

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

15 Especialmente en *The Idea of a Patriot King*, 1738, y en *Dissertation on Parties*, 1733. Estos y otros escritos se publicaron como memoria en el seminario The Craftsmann, 1726-1736.

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.<sup>16</sup>

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 *checks and balances* es ante todo empírico y funcional, no casual, 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, 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 *Commentaris on the Law of England*), está calculada para mantener la libertad civil.

### B. *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 ju-

16 Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., nota 8, p. 213.

rídica 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.<sup>17</sup> 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:<sup>18</sup> “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”.

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 Royo,<sup>19</sup> 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

17 Véase Marshall, G., *Constitutional Theory*, 1980, pp. 136 y ss.

18 *En Remarks on the History of England, Works*, 1980, vol. 2, pp. 413 y 414.

19 *Introducción a la teoría del Estado*, Barcelona, 1980, p. 25.

suprimiendo los poderes intermedios, “tienen mucha razón en conservar dicha libertad, pues si la perdieran sería 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 este 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 otras cosas, precisamente por la existencia del equilibrio de poderes y de su implementación 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”,<sup>20</sup> 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 a 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”.<sup>21</sup> 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”.

*C. 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

<sup>20</sup> Montesquieu, *L'esprit des lois*, París, Gallimard, 1970, libro XI, caps. 5 y 7, pp. 167, 168, 182 y 183.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 179.

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 la consideración de la Constitución británica como algo “tan peculiar que difícilmente era importable”,<sup>22</sup> a la concepción rousseauniana 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 el 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.<sup>23</sup>

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

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

23 La conveniencia 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”.

ría.<sup>24</sup> En resumidas cuentas, se pregonaba la limitación, pero no se implementaban 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<sup>25</sup> 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 del 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.<sup>26</sup> En el segundo caso (en sus dos variantes), no habiendo tampoco eficaces controles interorgánicos, ni siquiera 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.

24 Véase Derathe, R., *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, 1951-1952) dedica René Capitant a Rousseau; citamos de la edición *Écrits Constitutionnels*, París, 1982, pp. 80 y ss., especialmente, por lo que se refiere al tema que nos ocupa, pp. 118-123. 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.

25 *Ibidem*, pp. 113 y ss.

26 Véase Troper, M., *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, París, 1973, pp. 19-101 y 188-198.

#### D. *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”.<sup>27</sup> La relativa falsedad, que se refiere a la idea de *common law* como derecho natural, sólo lo fue respecto de Inglaterra, pues en 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 de 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.<sup>28</sup>

Pero también es 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

<sup>27</sup> *Magna Carta and Constitutionalism in the United States*, 1965.

<sup>28</sup> 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.



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).<sup>29</sup>

Publius, en *El Federalista*, lo proclamará con toda claridad: la división de poderes no es más que la garantía de la libertad;<sup>30</sup> la división es, al mismo tiempo, interdependencia de poderes, de tal modo que se garantice que unos pueden controlar a los otros;<sup>31</sup> la base sustentadora del Estado es el “equilibrio constitucional del sistema de gobierno”;<sup>32</sup> además del control del pueblo sobre el gobierno es preciso asegurar los con-

29 No puede dejar de aludirse a la conexión de esta idea del control con los nuevos requerimientos que plantea una 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 twelfth, culture and leisure*) un peso que excede del que correspondía al puro número.

30 Núm. 47, 1o. de febrero de 1788.

31 Núm. 48, 1o. de febrero de 1788.

32 Núm. 49, 5 de febrero de 1788.

troles de los distintos poderes entre sí;<sup>33</sup> “han de organizarse y dividirse las autoridades de tal manera que cada una pueda constituir un control sobre la obra de la otra”;<sup>34</sup> “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”.<sup>35</sup>

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.

*E. 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 XX no establecerá un sistema efectivo de control del poder. Jellinek confesará, con claridad, que si bien es verdad que por la 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”.<sup>36</sup> 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.

33 Núm. 51, 8 de febrero de 1788.

34 *Idem*.

35 *Idem*.

36 Jellinek, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1970, p. 466.

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 periodo revolucionario, como antes se señaló: la separación de poderes y el concepto rousseauiano de ley, que conducirán la inmunidad del Ejecutivo y de la ley misma. En la doctrina francesa y en sus Constituciones, a partir del Consulado, dirá Jellinek,<sup>37</sup> los *actes du gouvernements* 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 de 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.<sup>38</sup>

Dado lo explícito del texto, parece que sobran los comentarios. El mismo M. Hauriou añadirá que, por otro lado, dada 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.<sup>39</sup>

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<sup>40</sup> 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,

37 *Ibidem*, p. 468.

38 Hauriou, *Principios de derecho privado y constitucional*, Madrid, 1927, p. 145.

39 *Ibidem*, p. 156.

40 *Contribution à la théorie générale de L'État*, París, 1920, t. II, p. 12.

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 también Jefferson al oponerse, en lo que se ha llamado la segunda etapa de su vida, a la *judicial review*, pronunciándose únicamente en favor del “control por la opinión”,<sup>41</sup> la desarrolla Carré de la siguiente manera: el Parlamento es el órgano supremo,<sup>42</sup> 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 el otro, de tal modo que “el pueblo tiene en sus manos el contrapeso a sus propios representantes por medio de las elecciones periódicas”.<sup>43</sup> 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

41 Se trata de una famosa polémica entre Jefferson, por un lado, y los jueces Marshall y Story, por otro. Merece la pena extender 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 del 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 tras 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 basante 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 de 1941.

42 Carácter que Jellinek, de quien toma la expresión, atribuye, coherentemente con la situación alemana, al jefe de Estado.

43 Carré, *op. cit.*, nota 40, t. II, pp. 141 y 142.

del Estado. El principio monárquico, ya inaugurado en la práctica por la Carta francesa de 1814 y extendido en los países alemanes por el Acta final del Congreso 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*):<sup>44</sup> el rey “encarna” la soberanía del Estado y es la fuente de todo poder. Gerber, en su *Über öffentliche rechte*, 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.<sup>45</sup> 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 Hobbes, 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 cohe-

44 Primera edición en 1848, segunda en 1849.

45 Jellinek, *op. cit.*, nota 36, pp. 354, 355 y 507.

rente 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 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 este 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 crée, modifiée ou supprimée au gre de celui quelle atteint, n’est point une limitation”.<sup>46</sup> 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,

46 Duguit, *L’État, le droit objectif et la loi positive*, París, 1901, t. I, p. 107, y en el mismo sentido, *Traité de droit constitutionnel*, París, 1927, t. I, pp. 50 y ss.

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 Estado (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 verfassungsgesetz*, 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 exigirle 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 los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de 1911, hasta la segunda edición de Viena, de 1960, de la *Reine Rechtslehre*.

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,<sup>47</sup> 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 constitucional las facilitan las obras de M. Hauriou, donde el “institucionismo” 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”;<sup>48</sup> y de Mirkin-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”.<sup>49</sup>

#### F. *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 del siglo XX e incluso la misma práctica inicia en esa época un reforzamiento de los controles, especialmente con el establecimiento de los tribunales constitucionales austriaco 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 estable-

47 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*, 1933 (traducida en España en 1934), como en su *The State in Theory and Practice*, 1934 (traducida en España en 1936).

48 Hauriou, *op. cit.*, nota 38, p. 7.

49 Tanto en su obra *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel* (edic. española, *Las modernas tendencias del derecho constitucional*, Madrid, 1932) como en la generalidad de sus escritos, incluida su introducción a *Les Constitutions européennes*, de 1951.



cimiento y mantenimiento de restricciones regularizadas, efectivas, al poder,<sup>50</sup> 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 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 del derecho constitucional europeo:

El constitucionalismo 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 española 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 ga-

50 *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México, 1946, p. 125.

rantía 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.<sup>51</sup>

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 el control queden asegurados”.<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> 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,<sup>54</sup> de los re-

51 *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 Mishra, R., *The Welfare State in Crisis*, Brighton, 1984.

52 “‘Begriff’ un Eigenart der Verfassung”, primer capítulo de los *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*; citamos de la edición española, *Escritos de derecho constitucional*, traducción de P. Cruz Villalón, Madrid, 1983, p. 20.

53 *Ibidem*, pp. 8-16.

54 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.

glamentos 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.

## 2. *La discutible contraposición entre Constitución como “norma abierta” y Constitución 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 Häberle 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 Häberle 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 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 periodo 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 los valores procedimentales, detenerse un poco en aquel otro debate entre “positivismo” y “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, etcétera) defienden un concepto de Constitución orientado a garantizar la libertad, Forsthoff, en un kelsenianismo de estricta observancia, concibe a aquélla 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 sustenta: 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”.<sup>55</sup> 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 exegético, 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

55 Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1977, t. I, p. 58.

críticos),<sup>56</sup> 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 Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las Constituciones napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional.<sup>57</sup>

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<sup>58</sup> 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

56 Así, por ejemplo K. Larenz, en la introducción a su *Metodología de la ciencia del derecho*, edición española, 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.

57 Rubio Llorente, “La Constitución como fuente del derecho”, *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Madrid, IEF, 1979, vol. I, p. 61.

58 *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, enero-abril de 1981, pp. 335-337.

por completo inoperables para elaborar una dogmática jurídico-constitucional”. Se hace muy difícil aceptar que las ideas de García de Enterría, tomadas claramente de Häberle, 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, originando en una confusa utilización de los términos. Quizá él se alinea con Häberle, 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 Häberle, 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 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 la 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, etcétera.) 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,<sup>59</sup> sino la concepción de los derechos fundamentales como núcleo sustancial de la propia Constitución. El artículo 1o., apartado 2, de la Ley Fundamental de Bonn es muy expresivo en este punto: “El pueblo alemán reconoce... los derechos inviolables e inalienables del hombre 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.<sup>60</sup> En otro texto constitucional, precisamente el español 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 de 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”.

<sup>59</sup> Schwartz, B., *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*, Harvard University Press, 1930.

<sup>60</sup> Véase Linsmayer, E., *Das Naturrecht in der Rechtsprechung der Nachkriegszeit*, 1963; Sean-Rong, L., *Der Wiederaufbau der Naturrechtslehre in Deutschland nach dem zweiten Weltkrieg*, 1977. Además, BVerf. GE 10,81, que fue tajante.



Este “nuevo iusnaturalismo” constitucional se manifestará a través de la doctrina norteamericana de la *preferred position* de las libertades de la primera enmienda,<sup>61</sup> que se convertiría en el núcleo fundamental de la jurisprudencia del Tribunal Warren<sup>62</sup> y de la tesis de la concepción “valorativa” de la Constitución, entre cuyos múltiples sostenedores habría que citar a Tribe y Perry,<sup>63</sup> 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<sup>64</sup> como “valores jurídicos supraordenados” que se imponen incluso al poder constituyente-constituido. H. P. Schneider<sup>65</sup> lo dirá de manera bastante expresiva:

Los derechos fundamentales poseen, por tanto, además de su peso específico jurídico-individual, una significación que difícilmente puede 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.

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 del Estado.<sup>66</sup> Esta teoría será

61 A partir de la famosa sentencia del T. S., V. S. V. *Carolene Products*. 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.

62 Véase, por todos, Cox, A., *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, Choper, J. H., “Consequences of Supreme Court Decisions Upholding Individual Constitutional Rights”, *Michigan Law Review*, vol. 83, núm. 1, octubre de 1984.

63 Tribe, *op. cit.*, nota 61; Perry, *The Constitutions, the Courts and Human Rights: an Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policy Making by the Judiciary*, 1982.

64 Stern, K., *op. cit.*, nota 55, t. I, pp. 16, 17, 93 y ss.

65 “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-febrero de 1979, p. 73.

66 “Decisiones constitucionales fundamentales” que “determinan la totalidad de la

recibida, al menos literalmente, por la Constitución española (artículos 1o.1 y 10.1).<sup>67</sup>

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 principios del siglo XX por Laski y Bentley, continuadas en la segunda posguerra por Truman<sup>68</sup> y Fraenkel,<sup>69</sup> entre otros, y desarrolladas muy ampliamente por las teorías “neocontractualistas”, que en la filosofía jurídica y política tienen en Rawls<sup>70</sup> 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 defendida principalmente por Häberle y Ely. Aunque en ambos sus teorías se presentan como una lucha frente al “iusnaturalismo” (el título de uno de los trabajos de Häberle 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

unidad política respecto a su especial existencia”. Véase, al respecto, Stern, K., *op. cit.*, nota 55, t. I, pp. 93 y ss.; Maunz, Düring y Herzog, *Grundgesetz. Kommentar*, artículo 79, párrafo 29.

67 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.

68 *The Governmental Process*, Nueva York, 1951.

69 Véase la recopilación de sus escritos: *Deutschland und die westlichen Demokratien*, 1973.

70 *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard College, 1971.

(porque creen imposible construir una teoría constitucional “compreensiva” 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. Häberle,<sup>71</sup> quien 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 Häberle “los derechos fundamentales no serían sino técnicas instrumentales o aperturas para mantener el sistema abierto más que valores sustantivos”.<sup>72</sup> De manera casi idéntica en el fondo, aunque más apegado, como es obvio, a un tratamiento casi exclusivamente “jurisprudencial” del derecho, J. H. Ely<sup>73</sup> critica igualmente los “valores materiales” y defiende los “valores procedimentales”, en cuanto que los primeros carecen de la objetividad que sólo pueden tener los segundos. La Constitución, dirá, no puede ser concebida, pues, como un sistema de valores “materiales” 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.

71 *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 Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*.

72 “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, enero-abril de 1981, p. 117.

73 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 University Press, 1980.

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 (Häberle, sobre todo) a los derechos fundamentales (como “garantías” de la libertad); defensores de la 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” (es decir, caracterizada por un significado unívoco) puede funcionar como cláusula permanente de “apertura” del sistema constitucional; el mismo Häberle, 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 pos-

tura de Häberle) como garantía de los derechos fundamentales<sup>74</sup> 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”, etcétera.

No basta, pues, 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 calidad, y, en segundo lugar, porque esa sería una solución ecléctica, que, por ser sólo y exclusivamente práctica, no es de recibo, ni muchos 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”,<sup>75</sup> 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”<sup>76</sup> está diciendo una

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

75 Ely, “Toward a Representation Reinforcing Mode of Judicial Review”, *Maryland Law Review*, núm. 37, 1978, p. 485.

76 Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, pp. 285 y 289.

gran 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”,<sup>77</sup> no niega que el Estado puede imponer obligaciones e, incluso, en beneficio de la igualdad, establecer restricciones que conduzcan a una “discriminación inversa”.<sup>78</sup>

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 asuntos 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 de poder, como si tuviesen identidad independiente. Es evidente que la sociedad de nuestro tiempo exige, como dice Barbera,<sup>79</sup> 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 de ordenamiento objetivo”, esto es, normas jurídicas objetivas formando parte de un sistema axiológico que aspira a tener validez, como decisión jurídico-constitucional

77 *Ibidem*, p. 233.

78 *Ibidem*, pp. 327-348 (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 University Press, 1982, p. 135).

79 Comentario al artículo 2o. de la Constitución italiana, en los *Comentarios*, dirigidos por Branca, 1975.

fundamental, para todos los sectores del derecho”;<sup>80</sup> o que “la libertad individual precisa (en palabras de Häberle) de las relaciones existenciales institucionalmente garantizadas, de la faceta institucional de los derechos fundamentales”.<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup>

“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.<sup>83</sup>

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 Häberle, 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,

80 Schneider, *op. cit.*, nota 65, p. 25.

81 Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie...*, *cit.*, nota 74, p. 98.

82 “El Tribunal italiano”, en varios autores, *Tribunales constitucionales europeas y derechos fundamentales*, Madrid, 1984, p. 464.

83 Dworkin, *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 76, pp. 31-34 y 276-279.

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”.<sup>84</sup> Entre nosotros, esa inescindibilidad ya ha sido defendida, entre otros, por Rubio Llorente, al afirmar que no cabe desligar derechos fundamentales de división de poderes,<sup>85</sup> o por Jiménez Campo, al denunciar la ficción de la disociación entre parte “dogmática” y parte “orgánica” de la Constitución.<sup>86</sup>

### 3. *El control como elemento de conexión entre el sentido “instrumental” y el sentido “finalista” de la Constitución*

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 pretende 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,<sup>87</sup> 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 única-

84 Stern, K., *op. cit.*, nota 55, especialmente prólogo y p. 58.

85 “La Constitución como fuente del derecho”, *op. cit.*, nota 57, pp. 57-62, y “La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución”, *Libro-homenaje a Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, 1975, pp. 920 y ss.

86 Jiménez Campo, “Estado social y democrático de derecho”, *Diccionario del sistema político español*, Madrid, Akal, 1984, p. 280.

87 Stern, K., *op. cit.*, nota 55, p. 58.



mente 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 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 la Constitución española 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.<sup>88</sup>

El concepto de Constitución ha de ser necesariamente, pues, un concepto finalista,<sup>89</sup> característica que acompaña, en general, al concepto, lato, de “ordenación”. En ello, por lo demás, resulta muy difícil disentir 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 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 aso-

88 Ese parece el sentido, además, que le otorga el propio Tribunal Constitucional español 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.

89 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).

ciación (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 fines, sino que los considera como un elemento político que no debe ser tenido en cuenta por el jurista. Sin embargo, una afirmación así resulta contradicha 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,<sup>90</sup> con la consecuencia de que la interpretación “constitucional” requiere de un método distinto que la interpretación “legal”;<sup>91</sup> 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 adjetivos”,<sup>92</sup> 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”, pero no valores (aunque así se les designe en algún texto constitucional, como, por ejemplo, el español) ni, por lo mismo, fines últimos. Los principios (y las reglas) sí pueden calificarse

90 Claro en la jurisprudencia constitucional española, véase nota 85.

91 Véase Rubio Llorente, F., “Prólogo”, en Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984.

92 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 materiales o estructurales (y estos últimos de organizativos o procedimentales). La condición de unos (principios o reglas estructurales) es, precisamente, la de ser garantía de los otros (principios o reglas 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 de los principios y las reglas 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”<sup>93</sup> no supone la aminoración del control, sino su potencialización; 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 implementar 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,<sup>94</sup>

93 Sobre todo, Lehmruch, G., *Proprozdemokratie*, 1967; Marcic, R., *Die Koalitionsdemokratie*, 1966; Eichenberger, K., *Koncordanzdemokratie*, 1971.

94 Del que también disfrutaban, aunque con menor intensidad, todas las normas jurídicas; sobre ello, véase mi trabajo “La articulación jurídica de la transición”, *Revista de Occidente*, Madrid, noviembre de 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”, véase Horowitz, “The Emergence of an Instrumental Conception of American Law”, *5 Perspective American Legal History*, 1971, p. 287.

impide que ambos caracteres puedan disociarse. 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.

### III. LOS PROBLEMAS CONCEPTUALES DEL CONTROL: CONTROLES SOCIALES, POLÍTICOS Y JURÍDICOS

#### 1. *El control y su sentido unívoco*

La conocida afirmación de Ihering de que “primero se tiene que haber perdido completamente la fe en la teoría para poder servirse de ella sin peligro”, aunque contiene una cierta dosis de exageración<sup>95</sup> no deja de encerrar un gran fondo de verdad, en cuanto que alerta, al menos, sobre dos riesgos que acechan a la teoría: el alejamiento de la realidad y el dogmatismo conceptual. La teoría no debe prescindir de su “adecuación” a la realidad, porque ello es lo que le permite explicarla y también criticarla, como no debe tampoco prescindir del “sentido” por un afán de obtener la pureza del “concepto”. El fanatismo teórico se presenta, pues, como el pero enemigo de la teoría, dado que puede conducirla a perder lo que constituye, propiamente, la condición de su validez: el ser un vehículo de conocimiento de la realidad para convertirla en una teoría fantasmagórica, es decir, en una teoría que sólo permite conocer... a la propia teoría. Ahora bien, si la huida de un excesivo dogmatismo conceptual conduce a sostener que para un fenómeno complejo puedan existir no uno sino varios conceptos teóricamente válidos, la irrenunciable coherencia sistemática sin la cual la teoría es imposible obliga a atribuir a ese fenómeno un único sentido teórico relevante.

Pues bien, para la teoría de la Constitución el fenómeno del control (como después veremos) escapa al corsé de una única definición conceptual, pero ello no significa que posea una pluralidad de sentidos. Por

<sup>95</sup> Debido, quizá, a su mordacidad crítica contra la “jurisprudencia de conceptos” a la que iba dirigida. Probablemente Ihering, que en su juventud había compartido y defendido las mismas tesis de Puchta, incurría, ahora, cuando escribe la frase (t. IV. del *Espíritu del derecho romano*, 1864), y se burla de aquellas doctrinas, oponiéndoles una nueva jurisprudencia “pragmática”, en el radicalismo propio del converso.

el contrario, es justamente la existencia de un sentido “constitucionalmente” unívoco del control lo que le permite ser, como ya se ha expuesto más atrás, elemento inseparable de un concepto unívoco de Constitución. Unidad de sentido que se deriva, pues, de la teoría de la Constitución, pero también de la misma teoría del control: considerada la íntima relación que existe entre Constitución y control, parece evidente que la teoría de aquélla ha de incluir a la teoría de éste y que, a su vez, cualquier intento de teorización del control ha de dotar a éste de un sentido unívoco que sea capaz de englobar coherentemente las variadas formas que el control adopta en el Estado constitucional. Tal sentido no es otro que el de considerar al control como el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder.

El control sobre los poderes públicos es algo que ya se encuentra, aunque con otros nombres, en las formas políticas más antiguas, que reaparece, después de un cierto declive, en la organización medieval y que se expande con el Estado moderno.<sup>96</sup> La noción de control es muy vieja; tanto, puede decirse, como la noción misma de organización. El nombre, en cambio, con el que se le designa es relativamente más joven, ya que arranca de hace sólo seis o siete siglos. La palabra “control” proviene del término latino-fiscal medieval *contra rotulum*, y de ahí pasó al francés *contre-rôle* (*contrôle*), que significa, literalmente, “contra-libro”, es decir, “libro-registro”, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros. El término se generalizó, poco a poco, hasta ampliar su significado al de “fiscalizar”, “someter”, “dominar”, etcétera. Aunque suele decirse que en el idioma inglés “control” se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a “comprobación”, lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés significa “mando”, “gobierno”, “dirección”, pero también “freno” y “comprobación”; en francés, “registro”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “dominio” y “revisión”; en alemán (*kontrolle*), “comprobación”, “registro”, “vigilancia”, pero también “intervención”, “dominio” y “revisión”; en italiano (*controllo*), “revisión”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “freno” y “mando”. El *Diccionario* de la Real Academia Española otorga a la palabra los

96 Giannini, M. S., “Controllo...”, *op. cit.*, nota 5.

siguientes significados: “inspección”, “fiscalización”, “intervención”, “dominio”, “mando”, “preponderancia”.

Si del análisis puramente lingüístico pasamos al examen de la utilización que de la palabra se hace en las normas jurídicas, la pluralidad de significados no desaparece, en cuanto que en los ordenamientos suele encontrarse el término “control” referido, como reconoce Galeotti,<sup>97</sup> a fenómenos muy diversos (control parlamentario, judicial, administrativo, etcétera); la propia Constitución española, por ejemplo, emplea las expresiones “control parlamentario” (de la acción del gobierno, de la suspensión individual de derechos, de los medios de comunicación social dependientes del Estado, de determinadas normas legislativas de las Comunidades Autónomas), “control de la actividad de las Comunidades Autónomas” (por el gobierno, por el Tribunal Constitucional, por la jurisdicción contencioso-administrativa, por el Tribunal de Cuentas), “control por los tribunales” (de la potestad reglamentaria y de la actividad de la administración), “control judicial” (de la validez de las actas y credenciales de los miembros del Congreso y del Senado), “control” (distinto del judicial) sobre la legislación delegada, “control del Estado” (sobre el ejercicio de las facultades a que se refiere el artículo 150.2), “control... de... los centros” (docentes sostenidos por la administración con fondos públicos). Sin perjuicio de que ciertas actividades de control no estén así enunciadas literalmente (por ejemplo, el control de constitucionalidad de las leyes) parece, pues, que la multiplicidad de significados es patente en nuestro propio texto constitucional y que se ampliaría, sin duda, si el examen se extiende a lo que disponen las leyes y los reglamentos.

Sin embargo, esta variedad de significaciones, que puede obligar a la elaboración de una pluralidad de conceptos de control (como veremos después) no impide aprehender a éste en un único sentido. Bajo las diversas formas (parlamentaria, judicial, social, etcétera) del control del poder y bajo las diversas facetas (freno, vigilancia, revisión, inspección, etcétera) que tal control puede revestir, late una idea común: hacer efectivo el principio de la limitación del poder. Todos los medios de control en el Estado constitucional están orientados en un solo sentido, y todos responden, objetivamente, a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos. Ese es, justamente, el sentido que, en gene-

97 *Introduzione alla teoria...*, cit., nota 4, pp. 4 y 5.

ral, atribuye Ely<sup>98</sup> al control, como manifestación de la capacidad de fiscalización de los gobernantes por los gobernados a fin de garantizar que gobiernen la mayoría y se evite, al mismo tiempo, la tiranía de esa mayoría. En resumidas cuentas, lo que se garantiza así, en último extremo, es la vigencia de la soberanía nacional (al impedirse el absolutismo del poder) porque, como decía muy bien Muñoz Torrero en nuestras Cortes de Cádiz: “El derecho a traer a examen las acciones del gobierno es un derecho imprescindible que ninguna nación puede ceder sin dejar de ser nación”.<sup>99</sup>

## 2. *La imposibilidad de un concepto único de control*

Si bien la unidad del fin permite atribuir un sentido unívoco al control y considerarle, por ello válidamente, como elemento inseparable del concepto de Constitución,<sup>100</sup> la pluralidad de medios a través de los cuales ese control se articula, la diversidad de objetos sobre los que puede recaer y el muy distinto carácter de los instrumentos e institutos en que se manifiesta impiden sostener un concepto único de control. No se trata de que existan clases de control, que ello es obvio y no repugnaría, por sí solo, a la unidad conceptual, sino de que, por imperativos analíticos, la heterogeneidad de los medios de control es tan acusada que obliga a la pluralidad conceptual. Para el derecho constitucional no hay, pues, uno sino, como veremos, diversos conceptos de control. En todos ellos el control aparece dotado de un único sentido, desde luego, pero integrado por muy variados elementos. La categoría del control se presenta, en sus diversas manifestaciones prácticas, a través de modalidades tan distintas que cualquier intento de englobarlas en un solo concepto que las pudiese abarcar sería una empresa condenada, teóricamente, al fracaso, o en todo caso, operativamente, a la esterilidad.

98 *Democracy and Distrust...*, *cit.*, nota 73, pp. 105-117.

99 Citado por Sánchez Agesta, “Introducción”, en Argüelles, A. de, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, 1981, p. 49.

100 Es claro que no podría entenderse como elemento inseparable de un concepto aquel que tuviese una multiplicidad de sentidos, ya que ello conduciría a la nulidad del concepto mismo, pues no habría un concepto “preciso”, sino completamente “impreciso”, es decir, habría tantos conceptos como sentidos pudiesen atribuirse al elemento en cuestión.

### A. *Heterogeneidad de medios o instrumentos de control*

Efectivamente, el control del poder se manifiesta, en el Estado constitucional, a través de una multiplicidad de formas que poseen caracteres muy diferenciados. Tal diversidad se encuentra, por un lado, en los objetos mismos susceptibles de control: las normas jurídicas (incluida la ley en los países con jurisdicción constitucional), los actos del gobierno y de la administración, del Poder Legislativo y del Judicial (en los países, como el nuestro, donde existe un control de constitucionalidad que los incluye), la mera “actividad” o “comportamiento” del gobierno (responsabilidad política), y la lista podría, sin duda, ampliarse. De otro lado, muchos son los agentes que pueden ejercer el control: tribunales de justicia, cámaras parlamentarias y sus comisiones, parlamentarios individuales, grupos parlamentarios, órganos de gobierno en sentido propio e incluso órganos de la administración, órganos específicos, no exactamente administrativos, de fiscalización o inspección (de la actividad financiera del Estado o, en general, de todas las administraciones públicas), grupos de interés institucionalizados, opinión pública, cuerpo electoral, etcétera. Y, finalmente, también son muy variadas las modalidades que el control puede adoptar: control previo y posterior, de legalidad, de constitucionalidad, de oportunidad, de eficacia e incluso de absoluta libertad en la apreciación (característica, entre otras, del control genuinamente político).

Ante una heterogeneidad así no es de extrañar que los intentos de dotar al control de un tratamiento conceptual unitario adolezcan de graves deficiencias, de tal manera que o son construcciones de suma debilidad teórica, al tratar de homogeneizar lo que de ninguna manera lo es, o son construcciones en las que el pretendido rigor les lleva a excluir del concepto de control figuras que obviamente lo son, con olvido de que el arbitrio del teorizante (como ha dicho muy bien Galeotti)<sup>101</sup> debe encontrar su límite en los datos que facilita la propia realidad. Parece conveniente pasar revista a algunas de esas construcciones.

101 Galeotti, *Introduzione alla teoria...*, cit., nota 4, p. 34.



### B. *La imprecisión del término “controles constitucionales” para abarcar las diversas modalidades de control*

El intento más serio, a mi juicio, de dotar de unidad conceptual a los controles desde el punto de vista de la teoría constitucional, o más exactamente a los controles relevantes para el derecho constitucional, es el realizado por Galeotti en su libro ya varias veces citado *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*. Pero la seriedad del intento no significa su acierto, pues, como veremos, ofrece bastantes flancos a la crítica.

Galeotti arranca de una previa delimitación: “Por control constitucional puede entenderse, en una primera y generalísima aproximación, toda manifestación del control jurídico que se presenta en el ámbito de las relaciones del derecho constitucional”.<sup>102</sup> Ahora bien, esta consideración de los controles constitucionales como controles jurídicos le lleva a excluir del concepto figuras que no poseen tal carácter jurídico, tales como el control realizado por la opinión pública, por la prensa, por los grupos de presión<sup>103</sup> que, pese a la exclusión operada por Galeotti, poseen ciertamente relevancia sobre la vida constitucional. De otra parte, y aunque afirma correctamente que los controles políticos son aquellos en los que el control se realiza con plena libertad de valoración,<sup>104</sup> y que tales controles, por no ser jurídicos, están excluidos del concepto que defiende, se ve obligado, contradictoriamente, a considerar a algunos de ellos como controles constitucionales. Ese es el caso de los controles parlamentarios. El razonamiento que sigue es el siguiente: llevado por su deseo de unificación conceptual, pero al mismo tiempo consciente de que el arbitrio del teórico no puede, de ninguna manera, mutilar la realidad, manifiesta su convicción de que

...tendrá mayor título de validez aquel concepto de control que sea lógicamente capaz de abarcar, en la extensión más amplia compatible con su lógica interna, los fenómenos que tradicionalmente, según la convención más consolidada del lenguaje, de la doctrina y de los operadores jurídicos, vienen siendo considerados como control.<sup>105</sup>

102 *Ibidem*, p. 1.

103 *Ibidem*, p. 2.

104 *Ibidem*, pp. 18 y 19.

105 *Ibidem*, p. 34.

Pero ello le conduce, necesariamente, a admitir en su concepto el control parlamentario, pues

...con base en tal criterio (el que acaba de exponerse) no debería consentirse, por ejemplo, una noción de control que comportase la exclusión del campo de los controles, de la figura del control parlamentario sobre el gobierno y sobre sus actos (una noción así no tendría *ictu oculi* validez en el campo del derecho constitucional, donde los controles políticos son parte conspicua de este sector).<sup>106</sup>

La contradicción es palmaria: primero afirma que los controles constitucionales, como controles jurídicos, excluyen a los controles políticos, y después acepta que éstos se incluyan en el propio concepto que antes los niega. Galeotti es consciente de esa contradicción y para intentar salvarla acude a la idea de que el carácter de jurídico también se le puede atribuir al control parlamentario en cuanto que dicho control no se realiza con criterios de valoración totalmente libres, sino atendiendo “a valores expresos o institucionalmente tutelados”.<sup>107</sup> Lo que le conduce a sostener que en el control jurídico “no es esencial la predeterminación de cánones de conformación anteriores e inmodificables”<sup>108</sup> sino que basta la existencia de algún parámetro, aunque sea muy flexible y escasamente normativo, de control, porque tal existencia ya es suficiente para excluir la absoluta libertad de valoración,<sup>109</sup> basta, llega a decir, que haya (o se pretenda que haya) una adecuación a “principios”, “intereses”, o, más generalmente, “valores”.<sup>110</sup> La laxitud de parámetro (realmente, en muchos casos, su pura inexistencia) así considerado no se le escapa a Galeotti, que, finalmente, vencido por la imposibilidad de atribuir carácter jurídico a lo que difícilmente lo puede tener, concluye con que son controles constitucionales los regulados por el derecho constitucional.<sup>111</sup>

La definición final, en la que curiosamente se vuelve al punto de partida, no sólo es tautológica, y en ese sentido escasamente explicativa,

106 *Ibidem*, pp. 34 y 35.

107 *Ibidem*, pp. 37 y 71.

108 *Ibidem*, p. 74.

109 *Ibidem*, pp. 39 y 75.

110 *Ibidem*, p. 39.

111 *Ibidem*, p. 121.

sino que liquida el problema del carácter jurídico del control por confusión entre concepto teórico y simple regulación normativa. Es jurídico, viene a admitir, lo regulado por el derecho y, en consecuencia, es control constitucional el regulado por el derecho constitucional. Sobre este modo de razonar, que ha afectado bastante a algunos de nuestros juristas, ya me pronunciaré más adelante;<sup>112</sup> ahora sólo es necesario constatar que el concepto de Galeotti ni resuelve el problema ni podía por lo demás resolverlo, ya que los controles relevantes para el derecho constitucional, o los controles del poder en la teoría constitucional, no pueden ser abordados, conceptualmente, bajo la denominación de “controles constitucionales”, ya que tal denominación no calificaría, ni distinguiría, por sí misma, a la diversidad de esos controles. ¿Qué puede significar “controles constitucionales”? ¿Que están previstos en la Constitución? Entonces ni los abarcaría a todos (puede haber controles creados por la ley pero de gran relevancia para el derecho constitucional) ni definiría su carácter (en la Constitución pueden estar previstos controles de carácter totalmente heterogéneo). ¿Que se ejercen sobre órganos constitucionales? Entonces no comprendería (y el concepto estaría fuertemente mutilado) los ejercitados sobre otros órganos, no constitucionales, del Estado, sobre la administración, sobre los órganos de las entidades territoriales autónomas, etcétera, que son extraordinariamente relevantes para el derecho constitucional. ¿Que se ejercen por los órganos constitucionales? Entonces no estarían incluidos los controles sociales ni los jurisdiccionales, excepto los realizados por el Tribunal Constitucional, ni los llevados a cabo por órganos del Estado que no son órganos constitucionales, ni el que ejercita el cuerpo electoral. No hacen falta más ejemplos para excluir un entendimiento así.

El esfuerzo de Galeotti, extraordinariamente útil para dilucidar algunos de los problemas correctos del control (y sobre este autor volveremos más adelante) no resuelve, en cambio, el problema general de su conceptualización.

### *C. La invalidez de otros intentos de unificación conceptual*

Se trata, en estos casos, de construcciones (a veces meras improvisaciones) de mucha menor entidad que la emprendida por Galeotti. Así,

112 En la última parte de este libro, al tratar del “control parlamentario como control político”.

puede citarse la tesis de M. S. Giannini<sup>113</sup> que, fuertemente mediatizado por una visión administrativa de los controles, los identifica con la estricta potestad de limitación, y ello le conduce a sostener que el control jurisdiccional no es control, sino resolución judicial de controversia,<sup>114</sup> y que el control de constitucionalidad de las leyes “sólo puede decirse que es control en sentido impropio”.<sup>115</sup> No hace falta, porque los defectos están a la vista, extenderse mucho en explicar las razones que invalidan esta tesis desde el punto de vista del derecho constitucional: basta señalar que deja reducido el control a las formas menos eficaces del mismo y excluye las que poseen mayor relevancia. Aparte de que confundir control con limitación es, teóricamente, rechazable, como un poco más adelante veremos.

Otra tesis es la de Chimenti,<sup>116</sup> que limita el control a la mera actividad de contraste o comprobación, eliminando totalmente el llamado “efecto conminatorio”; tesis que no hace más que recoger las ideas de Zanobini<sup>117</sup> sobre el control, aceptadas por algún sector de la doctrina administrativa italiana (especialmente Ferrari y Forti) y recogidas, aunque incidentalmente, después, por Rescigno.<sup>118</sup> Esta idea del control que entre nosotros ha sido acogida por García Morillo,<sup>119</sup> además de eliminar de la categoría en cuestión una de sus facetas más interesantes, parte de un cuestionable entendimiento de la distinción entre control jurídico y control político. En resumen, incurre en casi todos los defectos de la tesis de Galeotti y en ninguna o casi ninguna de sus inteligentes virtudes. De todos modos, sobre este asunto también volveremos más adelante.

Quizá puede citarse también la tesis, parcialmente asumida por el mismo Galeotti (aunque no coincidente, en realidad, con su concepción global de los controles constitucionales),<sup>120</sup> de que sólo hay control cuando, como resultado de él (del juicio negativo), hay sanción. Esta te-

113 “Controllo...”, *op. cit.*, nota 5.

114 *Ibidem*, pp. 1271-1273.

115 *Ibidem*, p. 1273.

116 *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milán, Giuffrè Editore, 1974.

117 *L'amministrazione locale*, Padua, CEDAM, 1932.

118 *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 1980, p. 386.

119 *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985, pp. 48-54.

120 Galeotti, *Introduzione alla teoria...*, *cit.*, nota 4, pp. 49 y 50, y también en *id.*, “Controlli costituzionali”, *op. cit.*, nota 4, pp. 319 y ss.

sis (acogida entre nosotros por Santaolalla López)<sup>121</sup> resolvería, en sí misma, poco, ya que equipararía figuras completamente heterogéneas de control (el realizado por el cuerpo electoral, el llevado a cabo por los tribunales y el que se verifica a través de la responsabilidad política del gobierno, por ejemplo) y desconocería que el “momento conminatorio” ni siempre es imprescindible en el control ni siempre que existe acompañada, directa e inmediatamente, a éste. Sobre algunos de estos problemas trataremos más adelante.

Por último, y aunque no pretende expresamente elaborar un concepto único de control como categoría de derecho constitucional, y la utilización del término “controles constitucionales” que en ella se hace es a los meros efectos descriptivos, puede mencionarse también aquí la contribución de Loewenstein<sup>122</sup> sobre los controles y su clasificación en horizontales (intra e interorgánicos) y verticales. Pero, como decíamos, esta contribución, interesante para la clasificación de las modalidades de control, no resuelve el problema de su conceptualización.

### 3. *Solución que se defiende: la pluralidad conceptual del control; limitación y control en el Estado constitucional; controles sociales, políticos y jurídicos; control y garantía*

Parece, pues, que el problema conceptual del control quizá podría resolverse, válidamente, considerando que, desde el punto de vista del derecho constitucional, como antes ya hemos repetido, no existe uno sino varios conceptos de control. Dicho en otras palabras: la teoría constitucional del control ha de abarcar a éste a través de una pluralidad conceptual que permita distinguir las diversas modalidades que adopta el control, evitando confusiones que puedan no sólo desvirtuar teóricamente la categoría, sino incluso lastrar su operatividad práctica.

Para ello ha de arrancarse de la distinción entre limitación y control,<sup>123</sup> que es donde está, verdaderamente, la raíz del problema. A la luz

121 *Derecho parlamentario español*, Madrid, Editora Nacional, 1984, p. 199.

122 *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1970, pp. 232 y ss.

123 Sobre este asunto ya me preocupé en otro trabajo, “La reserva reglamentaria en el proyecto constitucional y su incidencia en las relaciones Parlamento-gobierno”, en Ramírez, M. (ed.), *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, Labor, 1978, pp. 297-315, en el que se explica la distinción aludida y las diferencias entre controles sociales, políticos y jurídicos. En este trabajo está, realmente,

de esta distinción cobran sentido las diferenciaciones conceptuales de las modalidades de control constitucionalmente relevantes, como intentará explicarse. Y también la diferenciación entre control y garantía.

El delicado equilibrio de poderes que caracteriza al Estado constitucional no se apoya sólo en la compleja red de limitaciones que presta singularidad a esta forma política (y al concepto mismo de la Constitución en que se asienta), sino también en la existencia de múltiples controles a través de los cuales las limitaciones se articulan. Limitación y control se presentan, pues, como dos términos fuertemente implicados, en cuanto que el segundo viene a garantizar, precisamente, la vigencia del primero.

Poder limitado es, en consecuencia, poder controlado, pues limitación sin control significa, sencillamente, un contrasentido, es decir, una limitación inefectiva o irrealizable. La distinción más inmediata y comprensiva que cabe hacer dentro de la multiplicidad de limitaciones del poder es la que diferencia a las limitaciones no institucionalizadas de las limitaciones institucionalizadas. Y esa distinción se corresponde también con la clasificación más genérica que puede hacerse de los tipos de control. Las limitaciones no institucionalizadas tienen su correspondencia en un tipo de controles, también no institucionalizados, pero que no dejan por ello de ser efectivos. Se trata de unos controles generales y difusos, entre los que se encuentran tanto las que Jellinek denominaba “garantías sociales”<sup>124</sup> como otros instrumentos de control que se manifiestan a través del juego de la opinión pública e incluso por medios no públicos de presión. Son los que deben denominarse “controles sociales”, no institucionalizados, como antes se decía, y por ello, generales y difusos, como también se ha señalado.

Del mismo modo, las limitaciones institucionalizadas están vigiladas por controles también institucionalizados. Y estos controles pueden clasificarse en “políticos” y “jurídicos”, siendo propio de los primeros su carácter subjetivo y su ejercicio voluntario, por el órgano, autoridad o sujeto de poder que en cada caso se encuentra en situación de supremacía o jerarquía, mientras que lo peculiar de los segundos (los controles

el inicio de mis preocupaciones sobre el problema y allí también, incoadas, las tesis que ahora desarrollo.

<sup>124</sup> Jellinek, *op. cit.*, nota 36, pp. 592 y 593.

jurídicos) es su carácter objetivado,<sup>125</sup> es decir, basado en razones jurídicas, y su ejercicio, necesario,<sup>126</sup> no por el órgano que en cada momento aparezca gozando de superioridad, sino por un órgano independiente e imparcial, dotado de singular competencia técnica para resolver cuestiones de derecho.

Limitación y control son términos interrelacionados, pero no idénticos ni siempre coincidentes. En el control social su propio carácter difuso y su condición genérica originan que unas veces el agente que limita sea a su vez el que controla, y otras que el agente del control garantice limitaciones producidas por terceros e incluso limitaciones establecidas en abstracto. En el control político quien limita es, a su vez, quien controla (aunque puede ocurrir que, a veces, la eficacia de su control no esté tanto en dicho control efectuado por él como en la posibilidad de que ese control pueda poner en marcha controles ejercitados por otros); y así, las limitaciones supraorgánicas, interorgánicas e intraorgánicas se corresponden con controles también supra, inter e intraorgánicos. Ejemplo de los primeros sería el ejercitado a través de las elecciones;<sup>127</sup> de

125 La distinción de Jellinek (*ibidem*, pp. 592 y 593) entre “garantías sociales, políticas y jurídicas” está muy próxima a la que aquí se realiza respecto de los controles, aunque no se corresponda exactamente. De todos modos, la idea que alienta en aquella distinción sigue siendo perfectamente válida. En ese sentido, el carácter objetivado de los controles jurídicos coincide con la afirmación de Jellinek: “Las garantías jurídicas se distinguen de las sociales y políticas en que sus efectos son susceptibles de un cálculo seguro” (p. 593).

126 El control jurídico es un control necesario en cuanto que el órgano que lo ejerce necesariamente ha de resolver siempre que libremente se solicite su intervención, y en cuanto que también tal control necesariamente ha de existir si se quiere evitar la consolidación de las normas minuscuamperfectas, lo que no impide que, *de facto*, puedan darse ese tipo de normas, pese a la existencia del control, en la medida en que no se inste su procedimiento. Pero ello, que repugna a la teoría, no puede ser, en modo alguno, resuelto por el derecho.

127 El control de los ciudadanos sobre los órganos del Estado a través de las elecciones es dudoso que deba ser encuadrado, como hace Loewenstein (*op. cit.*, nota 122, pp. 326-349) en los controles interórganos. En primer lugar, porque la cualidad del órgano del electorado no es cuestión absolutamente clara (desde luego, subjetivamente no tiene una estructura orgánica), y en segundo lugar porque, aunque formalmente ese control lo ejercite el cuerpo electoral, materialmente quien lo ejerce es el pueblo, en quien radica la soberanía. Su superioridad sobre los órganos del Estado, que resulta completamente clara cuando se trata de elecciones o votaciones constituyentes, no decae aunque se trate de elecciones “constituidas”, ya que la superioridad se manifiesta no sólo en crear, modificar o extinguir órganos, sino también en nombrar, mantener o revocar a las personas que los ocupan.

los segundos, la responsabilidad del gobierno ante el Parlamento, y de los terceros, la dependencia de cada ministro respecto del presidente del gobierno.

Pero en el control jurídico, precisamente por ser control objetivado, la limitación no resulta, como en el control político, de un choque de voluntades, sino de una norma abstracta, y el órgano de control no es un órgano limitante, sino actualizador de una limitación preestablecida, ajeno, en principio, a toda relación de supremacía o jerarquía con el órgano limitado. Cuando el órgano jurisdiccional declara la nulidad de una ley por inconstitucional, o de un decreto o de una resolución administrativa por ilegal, no está actuando en situación de supremacía sobre el Parlamento, el gobierno o la autoridad administrativa, no está limitando el poder, sino asegurando que los límites del poder se cumplen, es decir, no está limitando, pero sí controlando. Y ni siquiera, exactamente, está controlando a otros órganos, sino a las actividades de esos órganos. Sobre esto hay una excelente frase de Schmitt, cuando decía que “la justicia está ligada a la ley, e incluso cuando decide sobre la validez de una ley se mantiene dentro de la pura normatividad. Frena, pero no manda”.<sup>128</sup>

Mediante el control jurídico, que es siempre un control interorgánico, ya se conciba al juez como órgano del Estado, ya se le considere como órgano del derecho,<sup>129</sup> se fiscalizan, pues, limitaciones aparente y formalmente abstractas. Bajo ellas se esconden, sin embargo, inevitablemente, relaciones de poder entre voluntades concretas, aunque no necesariamente actuales; relaciones que, en todos los casos, pueden ser definidas como supraorgánicas, interorgánicas e intraorgánicas. Al fin y al cabo, al asegurar la vigencia del principio de jerarquía normativa, los tribunales no hacen más que garantizar la cadena de subordinaciones que da sentido a ese principio. La superioridad de la Constitución sobre la ley, de ésta sobre el decreto y de éste sobre la orden ministerial, no significa más que la objetivación jurídica de unas limitaciones políticas:

<sup>128</sup> Schmitt, *op. cit.*, nota 8, p. 226.

<sup>129</sup> Esta idea del juez como órgano del derecho y no del Estado, defendida desde hace tiempo por García de Enterría (“Verso un concetto di diritto amministrativo como diritto statutario”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960), es bastante sugerente y podría parecer incluso oportuna para construir el control jurídico como un control de los órganos del derecho sobre los órganos del Estado. Sin embargo, esa idea tropieza con serios inconvenientes teóricos y prácticos, y parece muy difícil desmontar la vieja y sólida doctrina de la personalidad jurídica del Estado para sustraer de tal personalidad una parte orgánica que le es sustancial.



la del poder constituido por el poder constituyente, la del gobierno por el Parlamento y la de un ministro por el Consejo de Ministros.

Una última cuestión queda por tratar en esta aproximación general al problema del control, y es la de distinguir entre control y garantía. Jellinek mezcla ambas figuras, como se sabe, al referirse a las “garantías del derecho público”, pero creo imprescindible separarlas para entender recatemente el significado del control. Es cierto, por lo demás, que el control funciona como garantía de la limitación, pero también es cierto que el término “garantía”, bajo la denominación expresa de “garantías constitucionales”, ha sido largo y heterogéneamente estudiado por la doctrina. Más aún, la corriente, muy extendida en la doctrina italiana, que se adhiere a la clásica concepción de Jellinek ya aludida, entiende la garantía constitucional como un instrumento encaminado a asegurar la “regularidad” de la Constitución (Romano, Salvi, Galeotti, De Fina, Ferrari, Lavagna, entre otros). En palabras de Galeotti, la garantía constitucional “alude a todos los mecanismos institucionales objetivamente ordenados a asegurar el respeto de la Constitución”,<sup>130</sup> o “a la tutela de regularidad constitucional”.<sup>131</sup> Para todos estos autores el término “garantía” es más amplio que el de “control”, y para todos, menos para Galeotti, el primero siempre englobaba al segundo, que forma sólo una parte de aquél. Galeotti se separa, pues, de esa amplia corriente doctrinal, ya que concibe al control inmerso en la garantía sólo cuando se trata del control de constitucionalidad, pero no en los demás casos. Para él, el término “garantía” es más amplio que el de “control”, porque puede incluir elementos de sanción penal o disciplinaria ajenos a lo que, realmente, constituye el momento “conminatorio” del control y, a su vez, el término “garantía constitucional” es menos amplio que el de “control” porque la garantía constitucional tutela valores “positivados” en el texto de la Constitución, mientras que el control tutela no sólo conjuntos normativos, sino también intereses, programas, ideas, e incluso simple voluntad de la mayoría. La cuestión dista mucho de ser pacífica, como se ve. Por influencia de algún sector de la doctrina italiana, García Morillo, en nuestro país, diferencia control de garantía, afirmando que el primero se refiere sólo a la función de mera comprobación, y la segunda a la san-

130 Galeotti, *Introduzione alla teoria...*, cit., nota 4, p. 124.

131 *Ibidem*, p. 126. Véase también, del mismo autor, “Garanzia costituzionale”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1969, t. XVIII.

ción, revocación, etcétera, que como consecuencia del control puede producirse.<sup>132</sup>

Este breve recorrido doctrinal acerca de las relaciones control-garantía ya nos muestra suficientemente la ambigüedad en que el problema se encuentra. Y ello sin contar con otra acepción del término “garantías constitucionales”, que las equipara a “derechos fundamentales”, acepción hoy casi en desuso y que, de todos modos, no afecta directamente al problema aquí planteado. Creo que una vía útil para aclarar la cuestión puede ser de distinguir, primero, la noción general de “garantía” de la noción específica de “garantía constitucional”, para tratar después de diferenciar a ambas del control. Las garantías son los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las obligaciones (desde el punto de vista subjetivo) o de normas o principios (desde el punto de vista objetivo). Las “garantías constitucionales” son, en consecuencia, los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de la Constitución. Conviene no confundirlas con las “garantías institucionales” que son sólo un grupo reducido de aquéllas.<sup>133</sup> En definitiva, las “garantías constitucionales” son un tipo de garantías no “subjetivas” sino “objetivas”, y que aseguran el no cumplimiento de cualesquiera normas o principios, sino sólo de las normas y principios constitucionales.

Ahora bien, ¿qué relación hay entre garantías y control? Hay que decir, en principio, que el control es una garantía, pero que el control no es todas las garantías. Unas veces el control opera como única garantía, otras hace efectivas garantías preexistentes y otras pone en marcha garantías subsiguientes que a su vez se hacen efectivas a través de un también subsiguiente control. Y ello porque el término “garantía” es más amplio que el control, aunque a veces pueda confundirse con él. La ausencia de una delimitación clara entre ambas categorías, que se arrastra desde Jellinek, ha sido, a mi juicio, el semillero de las ambigüedades que sobre esta cuestión se manifiestan. Las limitaciones del poder se en-

132 García Morillo, *El control parlamentario...*, cit., nota 119, pp. 76 y ss.

133 Este término, acuñado doctrinalmente por Schmitt, como se sabe, fue primeramente acogido por la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana para ser recibido después en otros países. Nuestro Tribunal Constitucional está haciendo uso de esa categoría en su jurisprudencia. Sobre el término, véase, por todos, la obra de Schmidt-Jortzing, E., *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1979. En España está muy tratada la cuestión por Parejo, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1981.

cuentran garantizadas a través de diversos instrumentos (reservas de ley, cláusulas de rigidez constitucional, contenido esencial de los derechos fundamentales, garantías institucionales, declaración de ámbitos inmunes a la acción del poder, procedimientos de control, etcétera) pero, de entre ellos, sólo los instrumentos de control aseguran la efectividad de esas garantías. En resumen, las limitaciones del poder descansan en garantías que exceden el ámbito de las estrictas “garantías constitucionales” y, a su vez, la efectividad de esas garantías sólo se asegura mediante los instrumentos de control. Quizá puedan servir varios ejemplos para ilustrar lo que se viene diciendo. Comenzando por el derecho privado, la fianza, el aval o la hipoteca son, claramente, garantías de las obligaciones, pero su efectividad sólo descansa, en última instancia, en la intervención del órgano judicial, que es, en definitiva, la más firme garantía. Trasladando la cuestión al ámbito del derecho público, la reserva de ley es también otra garantía del cumplimiento del principio constitucional de división de poderes, pero su efectividad se logra, finalmente, cuando, al no respetarse, un tribunal anula el reglamento que vulnera esa reserva. Y si vamos al ámbito de las relaciones puramente políticas, parece claro que, en un régimen parlamentario, la exigencia de que el gobierno haya de gozar de la confianza del Parlamento es una garantía del principio de la supremacía de las cámaras, pero sólo la exigencia de la responsabilidad mediante una moción de censura permite convertir en efectiva esa garantía.

A veces, como decíamos, no hay garantía intermedia entre limitación y control (por ejemplo, en el supuesto de la distribución de competencias entre órganos, o en el de la declaración de derechos cuando no se garantiza su contenido esencial, o en el de la temporalidad de las elecciones, entre otros muchos casos) y aquí el control aparece como única garantía. Otras veces el control aparece, en cambio, como garantía reforzada. Lo importante es que el control es, siempre, la garantía verdaderamente efectiva.

#### IV. EL CONTROL JURISDICCIONAL COMO PARADIGMA DEL CONTROL JURÍDICO

##### *1. Las diferencias entre el control jurídico y el control político*

Una vez examinada, con carácter general, la distinción entre los tres tipos de control: “social”, “político” y “jurídico”, parece conveniente extenderse en las diferencias que cualifican a los dos últimos, puesto que ahí reside, sin duda, el problema más interesante.

La primera diferencia, antes ya apuntada, consiste en el carácter “objetivado” del control jurídico, frente al carácter “subjetivo” del control político. Ese carácter objetivado significa que el parámetro o canon de control es un conjunto normativo, preexistente y no disponible para el órgano que ejerce el control jurídico. En cambio, el carácter “subjetivo” del control político significa todo lo contrario: que no existe canon fijo y predeterminado de valoración, ya que ésta descansa en la libre apreciación realizada por el órgano controlante, es decir, que el parámetro es de composición eventual y plenamente disponible.

La segunda diferencia, consecuencia de la anterior, es que el juicio o la valoración del objeto sometido a control está basado, en el primer caso, en razones jurídicas (sometidas a reglas de verificación) y, en el segundo, en razones políticas (de oportunidad).

La tercera diferencia consiste en el carácter “necesario” del control jurídico frente al “voluntario” del control político. “Necesario” el primero no sólo en cuanto que el órgano controlante ha de ejercer el control cuando para ello es solicitado, sino también en que si el resultado del control es negativo para el objeto controlado el órgano que ejerce el control ha de emitir, necesariamente, la correspondiente sanción, es decir, la consecuencia jurídica de la constatación (anulación o inaplicación del acto o la norma controlada). Mientras que el carácter “voluntario” del control político significa que el órgano o el sujeto controlante es libre para ejercer o no el control y que, de ejercerse, el resultado negativo de la valoración no implica, necesariamente, la emisión de una sanción.<sup>134</sup>

<sup>134</sup> Salvo que el ordenamiento lo prevea. El resultado del control se manifiesta entonces mediante un acto jurídico, pero ello no elimina, en esos casos, el carácter político del procedimiento del control.

La última diferencia relevante que queda por destacar es la que se refiere al carácter de los órganos que ejercen uno u otro tipo de control. El control jurídico es realizado por órganos imparciales, independientes, dotados de especial conocimiento técnico para entender de cuestiones de derecho: en esencia, los órganos judiciales; mientras que el control político está a cargo precisamente de sujetos u órganos políticos.

No puede decirse lo mismo, en cambio, respecto de los “objetos” del control, ya que las decisiones “políticas” pueden ser, muchas veces, sometidas a control jurídico y, sobre todo, las normas jurídicas pueden ser sometidas, en ciertos casos, al control político (por ejemplo, los decretos-leyes en los que la intervención parlamentaria tiene, aparte de otras características, el significado de un control).

De todos modos, la cuestión es ciertamente compleja y requiere de un estudio más detallado, que ceñiremos en esta ocasión<sup>135</sup> al control jurisdiccional, como ejemplo genuino del control jurídico.

## 2. Agentes y objetos del control jurisdiccional

El carácter objetivado del control jurídico implica que los órganos que lo ejercen sean órganos no limitadores sino verificadores de limitaciones preestablecidas, órganos, como antes se decía, que “no mandan sino que frenan”, que se encuentran ajenos a la relación de supra o subordinación respecto de los órganos controlados y que, por aplicar cánones jurídicos, estén integrados por peritos en derecho. Esas condiciones se dan, esencialmente, en los órganos judiciales, de ahí que sea el control jurisdiccional el control jurídico por excelencia, lo que no quiere decir que, por ese único hecho, ya se da tal control, ya que lo que califica verdaderamente al mismo es su “modo” de realización, más que el órgano que lo realiza. Es jurídico porque jurídico es su parámetro y jurídico el razonamiento a través del cual el control se ejerce. La condición “jurisdiccional” del órgano es una consecuencia del tipo de control y no al revés.

Ahora bien, es una consecuencia inesquivable, ya que es la garantía de la objetividad del control. De ahí que los “controles administrativos”, aunque en muchos casos sean realizados atendiendo a razones de derecho, no pueden ser considerados, en sentido estricto, como puros

135 El control político se examinará en la última parte de este libro.

controles jurídicos, puesto que las relaciones de supra o subordinación en que se encuentran los órganos de control respecto de los órganos controlados no garantizan, en modo alguno, y de manera segura, la objetividad, imparcialidad o independencia de sus decisiones.

El control jurídico no tiene por objeto a las personas, ni siquiera, exactamente, a los órganos, sino a los actos de esos órganos o autoridades. Y no a los actos “políticos” (en sentido estricto, es decir, ajenos a las predeterminaciones del derecho y de conformación legítimamente libre, regidos por razones de pura oportunidad), sino a los actos “jurídicamente relevantes”. Actos en sentido propio y, por supuesto, todo tipo de normas. De tal manera que no hay ámbito jurídico inmune a este tipo de control,<sup>136</sup> sobre todo en los países, como el nuestro, en los que existe una jurisdicción constitucional por la que quedan sometidos a control no sólo las leyes, sino incluso las propias reformas de la Constitución.<sup>137</sup>

Dicho esto, debe precisarse que el carácter “objetivado” del control jurídico supone que no son las personas físicas, ni siquiera las “conductas” de esas personas titulares de órganos u oficios públicos, los sometidos a control, sino los actos, es decir, los productos objetivados de la voluntad de tales órganos u oficios. De tal manera que, cuando lo que se juzga por los tribunales es una cuestión disciplinaria administrativa o una cuestión de naturaleza penal que afecte a cualquier persona que desempeña un empleo o cargo público, no se está realizando, propiamente, un control del poder, sino ejercitándose, en realidad, otra función muy distinta: juzgándose un delito o una falta administrativa, cuya imputación y resultados afectan a la persona del funcionario, pero no al órgano de poder del que es titular.<sup>138</sup>

136 Excepción hecha del ámbito incluido en la irresponsabilidad del monarca.

137 Cuestión que me parece clara, y no porque se asimile la reforma de la Constitución a la ley [a los efectos del artículo 161.1, inciso *a* de la Constitución, y del artículo 27.2, inciso *b*, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], pues a mi juicio ni la Constitución ni sus reformas pueden considerarse, correctamente, como leyes, porque así lo exigen los principios de nuestra Constitución y de nuestro sistema de jurisdicción constitucional. La posible laguna, a esos efectos, de la Ley Orgánica, la podría colmar el Tribunal Constitucional acudiendo a tales principios (de entre los que destacan los establecidos en el artículo 9o.1 de la Constitución y en el artículo 1o.1 de la propia Ley Orgánica).

138 Esta cuestión está perfectamente clara en el trabajo de Galeotti, *Introduzione alla teoria...*, *cit.*, nota 4, pp. 72-74.

Uno de los problemas más atractivos que plantea el objeto del control jurídico es el de la admisión o no, en esta figura, de los controles previos. Por supuesto que en los controles administrativos ello está perfectamente admitido, pero ya se ha dicho que tales controles no poseen, estrictamente, la pura condición de “jurídicos”. Se trata, pues, de los controles previos realizados por órganos jurisdiccionales. Ante todo cabe decir que el carácter “jurisdiccional” de un control así es bastante dudoso,<sup>139</sup> aunque ello no afectaría, por sí solo, al carácter “jurídico” del control, ya que podría ser concebible la existencia de un control “jurídico”, realizado por un órgano judicial, y que, sin embargo, no reuniese las condiciones que permitan calificar a la actividad, que a través de tal control se realice, como actividad “jurisdiccional”.

Ese es el caso, justamente, del control constitucional preventivo. Tal figura aparece, como se sabe, en ciertas modalidades de control de constitucionalidad: el llamado “recurso previo” ante el Tribunal Constitucional que existía hasta hace muy poco tiempo en España; el control de las leyes (siempre previo) por el Consejo Constitucional en Francia; la “opinión judicial consultiva” sobre la constitucionalidad de las leyes en Canadá; los casos de control previo de las leyes regionales por el Tribunal Constitucional de Italia; el control preventivo ejercido por el Tribunal Constitucional en Portugal, o, en fin (y no se agotan con ellos todos los casos), el control constitucional previo en Venezuela, Panamá y Guatemala.

Dejando al margen el caso francés, por lo controvertido del carácter judicial o no de ese sistema de control (controversia que no ha cedido del todo pese a las últimas reformas del sistema y a la última doctrina del Consejo), parece indudable que, en los demás casos, el control previo lo ejerce un órgano que, generalmente, es admitido como órgano de carácter judicial, es decir, como tribunal en sentido estricto. Ahora bien, tal carácter del órgano no significa, sin más, que el control preventivo que realiza sea un control “jurisdiccional”. Por el contrario, existen razones de peso para negar<sup>140</sup> el carácter jurisdiccional de la actividad que a través de ese control realiza el Tribunal. Es cierto que se dan los principios

139 Opinión que ya he manifestado criticando el control previo de constitucionalidad (véase Rubio Llorente, F. y Aragón Reyes, M. M., “La jurisdicción constitucional”, en Predieri, A. y García de Enterría, E. (eds.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 839 y 840).

140 Como en el caso español hemos negado (*idem*).

de “impulso de parte”, “contradicción”, “razonamiento jurídico” de la decisión y “efectos vinculantes” de la misma, pero ni el objeto ni los resultados del control son los propios de la actividad jurisdiccional. El control previo tiene por objeto leyes aún no perfectas o proyectos de ley (según los distintos sistemas), es decir, actos, por supuesto, “relevantes para el derecho” (no puede decirse que no lo sea la aprobación parlamentaria del texto definitivo de una ley, por ejemplo), pero no actos (empleamos aquí el término acto en sentido general) ya integrados en el ordenamiento, porque aún no han nacido como normas. De ahí que no se haya producido, de ninguna manera, cuando se impulsa y se realiza el control, infracción alguna del ordenamiento, es decir, vulneración del canon o parámetro de control que es, justamente, lo único que haría válida la intervención judicial como intervención jurisdiccional. En consecuencia, la resolución del tribunal (aunque se llame, impropriamente, “sentencia”) no puede anular o inaplicar, no puede restablecer el orden infringido o vulnerado, sino sólo exponer una opinión, vinculante, sí, para el legislador o para el órgano que habría de promulgar la ley, pero nada más. Pese a la presencia de los demás requisitos “jurisdiccionales” que antes se señalaron, la imposible alegación de infracción jurídica (requisito esencial) y la necesaria ausencia, en la resolución estimatoria, de potestad reparadora de infracciones cometidas, hacen que la actividad judicial ejercitada en el recurso previo no sea, propiamente, una actividad jurisdiccional, sino exactamente consultiva (judicial consultiva, como se denomina con rigor en Canadá).

Sin embargo, tal carácter no significa que deje de ser una actividad “materialmente jurídica”. El control que a través de ella se ejerce es “jurídico”, pues, aunque no sea “jurisdiccional”. El control previo realizado por órganos judiciales sobre la constitucionalidad de las leyes (de proyectos de ley o de leyes no perfectas, habría siempre que añadir) reúne todos los requisitos de control jurídico, en cuanto a órgano imparcial, parámetro normativo, razonamiento jurídico y efecto sancionatorio (en caso de control con resultado negativo para el objeto controlado). Es indiferente que el objeto haya entrado o no a formar parte del ordenamiento, lo que importa es que es un objeto “jurídicamente relevante” (y lo es un proyecto de ley o más propiamente el texto definitivo de una ley), es decir, un objeto que adopta “forma” (aunque aún no “vigencia” jurídica) y que es expresión de un acto (la aprobación de este texto) que



no carece, de ningún modo, de importancia para el derecho (el derecho constitucional y, desde luego, el derecho parlamentario). El carácter de control “jurídico” es muy difícil, en consecuencia, que se le pueda negar. Cuestión bien distinta es la de su posible incongruencia, como control previo de la constitucionalidad de las leyes, en un sistema de justicia constitucional, como el español, en el que, además, el procedimiento de emanación legislativa no puede separarse de las exigencias que, para él, comporta la monarquía parlamentaria como forma de gobierno. Pero tal incongruencia,<sup>141</sup> que parece clara (y en ese sentido acertada su reciente desaparición), no elimina la caracterización de tal control previo como control jurídico. Sería un ejemplo de control judicial, pero no exactamente “jurisdiccional”, mientras que las demás formas de control judicial (los controles “posteriores”) serían siempre, además de “judiciales”, “jurisdiccionales”.

3. *El carácter predeterminado del parámetro en el control jurisdiccional. La Constitución como norma y la Constitución como conjunto normativo. La distinción “sustancial” entre Constitución y ley*

Una de las características del control jurídico, y por ello del control jurisdiccional, como se señaló más atrás al exponer las notas generales del concepto, es que el parámetro lo constituyen normas abstractas, predeterminadas, que le vienen impuestas al órgano controlante y que éste se limita a aplicar en cada caso. Dicho en otras palabras, el parámetro está formado por normas jurídicas, o más exactamente, por el derecho en su expresión objetiva: el ordenamiento jurídico (que incluye no sólo normas, sino también “principios” jurídicos). El carácter objetivado del control se corresponde, pues, con el carácter objetivado del parámetro.

Sin embargo, tal “objetivación” (indisociable de la “abstracción” y “generalidad” del derecho) no significa la homogeneización total de los distintos elementos que pueden componer el parámetro. Es bien sabida la diferencia entre “normas” y “principios” y su distinto papel en el ordenamiento, así como la capacidad de la costumbre (que no deja de ser

141 Destacado, desde el primer momento de la implantación en España del recurso previo, por Rubio Llorente, F. y Aragón Reyes, M. M., “La jurisdicción constitucional”, *op. cit.*, nota 139.

una norma, aunque no esté escrita) para operar, bajo determinados supuestos, como fuente, o, en fin, el papel de la jurisprudencia (como fuente directa, indirecta, interpretativa, complementaria, etcétera, según el *status* de que goza en los diferentes sistemas jurídicos). De todos modos, no es a estas diferencias a las que ahora quiero referirme (la jurisprudencia será objeto de consideración en el siguiente apartado), sino a la que se manifiesta entre unas normas y otras, especialmente, entre la Constitución y la ley. La condición normativa (o si se quiere para mayor exactitud: jurídico-normativa) de la Constitución, es hoy una cuestión aceptada por la doctrina más sólida (prefiero hablar de “condición” y no de “naturaleza” porque ésta nos llevaría, inevitablemente, por otros derroteros, aparte de que entonces la cuestión no sería tan pacífica ni de respuesta tan clara). Entre nosotros, García de Enterría,<sup>142</sup> en un esfuerzo admirable, por lo inteligente y fecundo, ha sido uno de los máximos difusores de esa idea, si bien expresándola en términos que, de no mediar ulteriores distinciones, pueden inducir quizá a confusión, y ello porque la condición jurídica de la Constitución no se corresponde con la identificación entre Constitución y norma. La Constitución no es exactamente “una norma jurídica”, ya que, por un lado, es algo más que una norma y, por otro, en lo que tiene de “norma”, es profundamente distinta de las demás normas del ordenamiento.

Más que una norma, la Constitución es un cuerpo normativo (un conjunto de prescripciones, o de normas preceptivas o de preceptos que enuncian normas y también principios jurídicos, aunque éstos se encuentren “normativizados”). Rubio Llorente ya había advertido de ello en 1979<sup>143</sup> y lo ha repetido recientemente.<sup>144</sup> Hesse (y en el mismo o parecido sentido Höllerbach, al que cita) designa, correctamente, a la Constitución como “orden jurídico”<sup>145</sup> más que, escuetamente, como norma. De todos modos, la principal cuestión no reside ahí (la diferencia entre “norma” y “conjunto normativo” es importante, pero afecta poco a lo que aquí nos interesa), sino en las características “singulares” de la norma constitucional.

142 “La Constitución como norma jurídica”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.

143 Rubio Llorente, “La Constitución como fuente del derecho”, *op. cit.*, nota 57, vol. I, p. 61.

144 “Prólogo”, en Alonso García, E., *op. cit.*, nota 91, pp. XIX y ss.

145 Hesse, *Escritos del derecho constitucional*, Madrid, ECE, 1983, p. 16.

A. Nieto, en su brillante trabajo “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”,<sup>146</sup> se adentra resueltamente en el problema:

La tesis de que la Constitución es una norma —dirá— es importante, desde luego; pero con tal afirmación nos quedamos a la mitad del camino, ya que todavía resulta necesario precisar las peculiaridades de su naturaleza y efectos. La Constitución es algo más que una norma jurídica ordinaria o, si se quiere, es una norma muy peculiar (y con ello no me estoy refiriendo sólo al tema de su jerarquía formal).<sup>147</sup>

En el complejo normativo que forman los diversos preceptos de la Constitución hay normas “completas” y normas “incompletas”, normas de aplicación inmediata y de aplicación diferida, normas de definición de valores, normas inevitables de reenvío a otras normas del ordenamiento, y, por supuesto, principios expresos, o no expresos, pero que cabe inferir. Y ello porque “la Constitución es algo más que la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico (la cúspide de la simplista pirámide kelseniana): es el centro del ordenamiento jurídico por donde pasan todos los hilos del derecho”.<sup>148</sup>

El fin de “ordenar al Estado como unidad”<sup>149</sup> conduce, irremediablemente, a una “abstracción y generalidad intrínsecas”<sup>150</sup> de las normas constitucionales, y la concepción “valorativa” de la Constitución, pero al mismo tiempo, la garantía del pluralismo (sin el cual, como ya he dicho más atrás, no cabe hablar, a mi juicio, correctamente, de Constitución)<sup>151</sup> exigen un grado de “apertura” de las normas constitucionales enteramente distinto del que cualifica a las normas legales (o reglamentarias). Rubio Llorente lo ha expresado con suma claridad:

<sup>146</sup> *Revista de Administración Pública*, vol. I, núms. 100-102, enero-diciembre de 1983.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 395. Más adelante reconocerá que, en realidad, más que una norma homogénea la Constitución es un compuesto de normas heterogéneas (p. 407).

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 399.

<sup>149</sup> Hesse, *Escritos...*, *cit.*, nota 145, pp. 8 y 9.

<sup>150</sup> Rubio Llorente. “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisprudencia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, enero-abril de 1982, p. 56.

<sup>151</sup> Véase Aragón Reyes, M. M., “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, enero-febrero de 1987.

...los preceptos materiales de la Constitución, a diferencia de los preceptos legales, no pretenden disciplinar conductas o habilitar para concretar actuaciones de ejecución, sino garantizar el respeto a determinados valores, o asegurar a los ciudadanos unos derechos que tanto si actúan simplemente como límites frente a la ley (derechos de libertad), como si requieren de ésta para su ejercicio (derechos de participación y de prestación o, en general, derechos de configuración legal), pero sobre todo en este segundo caso, han de ser necesariamente definidos en términos que hagan posibles diversas políticas, esto es, diversas interpretaciones. Con ello llegamos al meollo de la cuestión: la incorporación al texto constitucional de preceptos sustantivos (incorporación inexcusable en nuestro tiempo) ha de ser compatible con el pluralismo político, pues el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y esta libre actuación requiere en muchos casos (aunque no, claro, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas.<sup>152</sup>

La amplitud de la materia regulada por la Constitución y, en consecuencia, con ello el carácter sintético de muchos de sus preceptos, el significado valorativo de algunas de sus normas materiales, pero al mismo tiempo el correspondiente grado de apertura que permita la pluralidad de sus realizaciones, diferencian netamente a la Constitución de las demás normas. La ley no es, en tal sentido, ejecución de la Constitución como el reglamento es ejecución de la ley. Dicho esto, ¿puede sostenerse que cuando el parámetro de control es la Constitución no estamos en presencia de un parámetro “objetivado” (por su carácter axiológico y abierto) y, por lo mismo, que en tales casos no habría control “jurídico” en el sentido que hasta ahora hemos venido manteniendo?

La primera respuesta que cabría dar a esa pregunta es que la ley, si bien en menor grado, también contiene cláusulas “valorativas” y “abiertas” y, una de dos, o se niega el carácter de objetivado también al parámetro legal o, si no se le niega, hay que admitir ese carácter en el parámetro constitucional (ya que en la mera diferencia cuantitativa no puede hacerse descansar una distinción de “cualidad”). Sin embargo, salta a la vista que esta respuesta sería incorrecta en los sistemas, como el nuestro, en que existe una jurisdicción constitucional, ya que tal existencia introduce una variación neta (y que no es de cantidad) entre la Constitu-

152 Rubio Llorente, F., “Prólogo”, en Alonso García, E., *op. cit.*, nota 91, p. XXI.

ción y la ley a efectos de la debatida “objetivación”. La posible “apertura” de la ley se encuentra siempre “objetivada” por la Constitución. No se trata de que la ley sea libremente disponible como parámetro porque el legislador, modificándola, puede hacer prevalecer en cualquier momento su voluntad sobre la interpretación “legal” del juez. Y no se trata de ello porque tal modificación (por exigencias de la irretroactividad) no sería aplicable a controles “ya efectuados”. En tal sentido, la ley siempre es indisponible para el juez, que es lo que el control jurisdiccional requiere. La cuestión es otra: a diferencia de la ley, cuya débil “objetivación” en algún caso siempre resultaría subsanada (es decir, a estos efectos, “conformada”) por la Constitución, la “apertura” de la norma constitucional no vendría concretada por ninguna otra norma superior (que no existe), sino sólo y exclusivamente por su intérprete. El problema de la “objetivación” o no del parámetro sólo cabe plantearlo, correctamente, respecto de la Constitución y no respecto de la ley. Y la solución a ese problema, como se ha venido trasluciendo en todo lo que hasta ahora ya se ha dicho, no puede venir sólo de su consideración como problema “normativo” sino, especialmente, de su consideración como problema “interpretativo”. Si la Constitución se “concreta” a través de la interpretación, el parámetro constitucional será “objetivado” en la medida en que esa “concreción” lo sea, es decir, en la medida en que quepa sostener que existen criterios objetivos de interpretación.

En resumidas cuentas, ahí radica hoy uno de los principales problemas del derecho constitucional. El carácter jurídico o político de la Constitución, la condición jurídica o política del control de constitucionalidad, tienen su piedra de toque en la teoría de la interpretación; en ese campo puede decidirse si la “realización” constitucional está o no sometida a cánones de predeterminación.

4. *El carácter indisponible del parámetro en el control jurisdiccional y los criterios de valoración.*  
*El problema de la interpretación del derecho*  
*y, en especial, de la interpretación constitucional*

Sobre esta cuestión existen, aparte de otros muchos problemas, dos esenciales, perfectamente distinguibles, aunque también inevitablemente ligados. Ahora bien, la conexión no debe significar confusión, porque uno y otro tienen su propia entidad, aunque operen casi siempre enlazados.

dos. Me refiero a los criterios de interpretación y al papel de la jurisprudencia en el sistema de fuentes. Una cosa es el modo de interpretación del derecho y otra la creación o no del derecho por los jueces. Es cierto que una concepción “mecánica” de la interpretación (o en sentido lato de la “aplicación”) de la ley no dejaría resquicios a la creación judicial del derecho. Pero inmediatamente habría que añadir que ello sería cierto quizá en el sistema llamado “europeo”, pero no en el de *common law*, puesto que en éste el “mecanismo” (también defendido por algunos, y no habría más que citar a la escuela “analítica” que se proclamaba heredera de Austin e incluso de Blackstone, aunque se tratase de una herencia casi a beneficio de inventario) no se refiere exactamente a la aplicación de la ley, como es obvio, sino del derecho. De todos modos, en uno y otro sistema la llamada aplicación e interpretación “mecánica” no deja de ser una concepción casi enteramente irreal. En la vida del derecho es difícil encontrar ejemplos de funcionamiento de un modo así de resolver los conflictos de los que ha de entender un tribunal, como sagazmente (e irónicamente) ha hecho notar, entre otros, Dworkin.<sup>153</sup>

Es cierto, por otro lado, que la creación judicial del derecho no tiene por qué ir siempre unida a la libertad de interpretación, entre otras razones, porque colmar una laguna normativa, por ejemplo, no significa, necesariamente, eludir reglas predeterminadas por el ordenamiento para resolver objetivamente el caso. Y ello es lo que permite, justamente, salvar la objeción, en tales casos, de una aplicación retroactiva del derecho. Son problemas, pues, el de los criterios de interpretación y el del papel de la jurisprudencia, conceptualmente distintos, pero no hay duda de que están enlazados en la práctica. Enlace manifiesto en la aplicación de derecho, en general, pero más aún en la aplicación del derecho constitucional.

El carácter indisponible del parámetro, en el control jurisdiccional, se corresponde, en consecuencia, con el carácter objetivado del canon de valoración y con la existencia de criterios predeterminables de composi-

<sup>153</sup> *Los derechos en serio, cit.*, nota 76, p. 63: “Llaman ‘jurisprudencia mecánica’ a la teoría de que existen tales normas y cadenas (normas y cadenas que permiten extraer, mecánicamente, por derivación inmediata la solución del caso querida por ley) y tienen razón al ridiculizar a quienes la practican. Pero lo que se les hace más difícil es encontrar, para ridiculizarla, gente que la practique. Hasta el momento no han tenido mucha suerte en lo tocante a enjaular jurisprudencias mecánicas para exhibirlos (todos los especímenes capturados —incluso Blackstone y Joseph Beale— han tenido que ser dejados en libertad tras una cuidadosa lectura de sus textos)”.

ción de ese canon, de tal manera que su aplicación por los jueces no se convierta en un acto de decisión libre, sino de decisión sometida a reglas conocidas y generalmente aceptadas. El hecho de que la jurisprudencia sea fuente del derecho no significa, por sí solo, la negación del carácter indisponible del parámetro de control, siempre que la actividad creadora esté sujeta a unos principios jurídicos materiales que le vienen dados (y en tal sentido son objetivos) y a un modo de interpretar y razonar (principios formales) que tampoco están a su libre disposición. Y esa es la gran cuestión a la que debe dar respuesta la interpretación jurídica.

### *A. La discusión sobre los criterios clásicos de interpretación*

Abordar los problemas de la interpretación del derecho exige, inevitablemente, volver, aunque sea de manera casi sumarisíma, a la vieja discusión acerca de los llamados criterios clásicos (como fueron formulados por Savigny), y ello es así no por satisfacer vanos tributos a la erudición, sino porque allí se encuentran, aunque con otros nombres, las raíces de la polémica contemporánea sobre la interpretación jurídica.

Ya en sus lecciones del curso de 1802,<sup>154</sup> Savigny expondría que la interpretación ha de contar con tres elementos: el lógico-sistemático, el gramatical y el histórico; fórmula que se repetiría, casi sin variación, no sólo en su célebre (por más conocido) escrito de 1814, *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho*, sino, sobre todo, en su obra cumbre *Sistema del derecho romano actual*, de 1840. La fórmula no varía, pero sí, en cambio, el objeto al que habría de aplicarse, pues, en las lecciones del curso de 1802, la ley era la fuente originaria de todo derecho y, en los escritos posteriores, la impronta del “historicismo” conduce a Savigny a destronar a la ley de ese lugar primordial y a poner en su lugar la “convicción jurídica común de la sociedad”, o, en palabras que harían fortuna, “el espíritu del pueblo”. Esta transformación del objetivo alterará no los criterios de interpretación, pero sí la operación que a través de esos criterios debe efectuarse para conocer, en cada caso, cuál es la respuesta jurídica adecuada, dado

<sup>154</sup> El conocimiento de estas lecciones (o “escritos juveniles”, como también se les ha llamado) procede, como se sabe, de los apuntes tomados por Jakob Grimm, que fueron editados, en 1951, por Wesenberg.

que interpretar el derecho no se reduce a “reconstruir la idea expresada en la ley, en cuanto es cognoscible a partir de esa ley” (como afirmaba Savigny en sus *lecciones juveniles*),<sup>155</sup> sino que requiere indagar la significación del “instituto jurídico” al que la relación jurídica o la misma norma legal pertenece (tal como sostendrá el Savigny de la madurez).

Esta idea del “instituto jurídico”, que tanta importancia tendrá mucho más tarde para M. Hauriou y S. Romano (puesto que encierra el germen tanto de la “institución” como del “ordenamiento”) lo que viene a significar es que el derecho no puede reducirse al conjunto de normas escritas, y que el sentido del derecho, en consecuencia, no cabe extraerse sólo de lo previsto en ellas. Es claro que Savigny no puede ser considerado un “finalista” para la teoría de la interpretación, pero es claro también que debe ser tenido por “principalista”, sin duda alguna. Se trata de un “principalismo” genético y no teleológico: los principios que dan sentido a los “institutos jurídicos” no serán, para él, objetivos que el derecho pretende, sino supuestos de los que el derecho parte.

Savigny, además de su contribución, fundamental, a lo que se llamaría “escuela histórica del derecho”, aportó a la teoría de la interpretación no sólo la canonización de unos determinados criterios, sino también la consideración del derecho como un sistema que poseía un mundo conceptual que permitía desentrañar, de manera rigurosa, el significado concreto de las prescripciones jurídicas. Idea que sería recogida (y por supuesto modificada en parte) por la denominada “jurisprudencia de conceptos”, escuela creada por Puchta y que intentará concebir el derecho como un sistema lógico (eliminando los ingredientes “orgánicos” que a ese sistema le atribuía Savigny) formado por una “pirámide de conceptos jurídicos”. Ihering en su primer periodo (el que se manifiesta en los comienzos de su *Espíritu del derecho romano*), y en el mismo Windscheid (aunque impregnado de un cierto “psicologismo”) seguirán esta corriente que, a través del análisis conceptual, pretende obtener el sentido “auténtico” del derecho, la “voluntad exacta” (que en ellos no es equiparable a la mera “intención”) del legislador. Aún no se ha dado el paso a la llamada “interpretación objetiva” de la norma, pero ya se están adoptando tesis que conducirán a ella, pues averiguar la voluntad

155 La cita de las lecciones la tomamos de Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Ariel, 1980, p. 32.



del legislador no es, para estos autores, conocer lo que el legislador “intencionadamente” quiso, sino lo que “racionalmente” tenía que querer.

El salto a la interpretación “objetiva”, dentro de la corriente de la “jurisprudencia de conceptos”, lo daría Binding, que propugnará, frente a la interpretación filológica-histórica, la lógica-sistemática, de tal manera que lo decisivo, para él, no sería lo que el legislador quiso, sino lo que la ley “quiere”: la voluntad de la norma se impone, pues, a la voluntad del legislador. Ahora bien, ello conducía, necesariamente, a enlazar el mundo de los conceptos con el mundo de los fines, ya que, sin ellos, se haría imposible la “reelaboración” de la ley por el intérprete para adecuarla a las necesidades de cada momento de manera que pudiese “decir” lo que el legislador no pensó (e incluso no quiso) que dijera. La *voluntas legem* requería, pues, utilizar también otro criterio de interpretación: el teleológico. Binding mencionaría, como medio de interpretación, el sentido literal, el lógico-genético (“momento explicativo”), el sistemático (“momento de la conexión con otras normas jurídicas”) y el finalista (“momento del fin”). Y este último elemento del fin no sólo se referiría al de la norma, sino también al del “instituto jurídico” al que la norma se adscribe.

Aquí tenemos ya planteada, con toda su riqueza y con todos sus problemas, una de las tesis que más importancia tendrá en el presente: la de la interpretación objetiva de la norma y, en especial, de la norma constitucional. Pero volvamos a la discusión que, hasta ahora, transcurre en el siglo XIX (y que va a extenderse hasta las primeras décadas del siglo XX) y en la que tuvo un importante papel el positivismo jurídico, con su pretensión de hacer del derecho una verdadera ciencia, elevándola al mismo rango de las ciencias naturales y, para ello, constituyéndola a partir de “hechos indubitados”. Tanto la “teoría psicológica del derecho” (Bierling, pero también Ihering en su segunda etapa marcada por la aparición en 1864 del tomo IV de su *Espíritu del derecho romano*, en la que postula una “jurisprudencia pragmática”; Heck, ya en los comienzos del siglo XX, representante genuino de la “jurisprudencia de intereses”, y Ehrlich, en los mismos años, defendiendo el voluntarismo y encabezando el movimiento del “derecho libre”) como la “teoría sociológica del derecho” (el mismo Ehrlich en un momento posterior, y, entre otros, Jerusalem) o la imponente “teoría pura del derecho” (Kelsen) serían todas corrientes positivistas, negadoras de cualquier influencia del derecho

natural y defensoras de que el derecho habría de orientarse en datos observables, experimentables, es decir, “positivos” (ya proviniesen de la voluntad, de las relaciones sociales o de la propia norma jurídica).

Ahora bien, esta mera relación ya evidencia, por sí misma, que no cabe unificar a todo el positivismo en una sola corriente (como a veces, incomprensiblemente, se ha hecho) en lo que se refiere a la teoría de la interpretación. Bierling subrayará que lo decisivo es averiguar la voluntad del legislador (se opone a las teorías “objetivas” y es un claro precursor del actual “originalismo” en la interpretación constitucional); Heck, siguiendo en parte al Ihering de la madurez, sostendrá que lo correcto en la interpretación es resolver los casos del derecho utilizando como criterio principal el de la satisfacción de los intereses protegidos por el propio derecho (frente a la jurisprudencia de conceptos, lo importante aquí, no sería, pues, la subsunción de los supuestos de hecho en la lógica de los conceptos jurídicos, sino la construcción de la lógica jurídica a partir de los intereses sociales, y frente al “subjetivismo”, el sentido de la ley no cabe encontrarlo en la intención del legislador, sino en el descubrimiento de los intereses sociales que originaron la ley y de los intereses sociales en presencia en el caso concreto de aplicación); la “doctrina del derecho libre” (Burlon, Isay y, sobre todo, como se dijo, Ehrlich en su primera etapa) mantendrá que la ley es incapaz de dar respuesta, por sí misma, a los casos a los que se aplica y, en tal sentido, no crea, inmediatamente, derecho, pues bajo el mismo precepto legal se esconden siempre multitud de interpretaciones posibles: es el juez, en consecuencia, quien asume esa tarea creadora a través de la sentencia, respecto de la cual tiene bastante libertad para su conformación (aunque se predique la necesidad de que esa sentencia venga siempre a establecer el “derecho recto”, en clara alusión a Stammler); posteriormente, el Ehrlich de la “sociología del derecho” postularía que el criterio prevalente en la interpretación habrá de ser el de encontrar, para la norma, el sentido del instituto jurídico al que pertenece (y ello sólo se consigue teniendo en cuenta las “fuerzas propulsoras sociales” de ese instituto); Kelsen rechazará cualquier intento de interpretación basado en la voluntad o en los intereses sociales o, en general, en nociones materiales relativas al contenido de la norma, y sostendrá que el intérprete debe atenerse sólo a encontrar el significado de esa norma que se deriva de la estructura lógica en la que se inserta, es decir, a través de la consideración del sis-

tema jurídico como un sistema lógico, cerrado, completo y capaz, por sí mismo, de dar respuesta (al margen de la moral o la sociología) a todos los casos (la interpretación que prevalece, pues, es la literal y la lógico-sistemática, ya que, para Kelsen, la “histórica” y la “teleológica” son completamente rechazables).

La reacción frente al positivismo se producirá en la primera mitad del siglo XX a partir de la influencia del neokantismo de Stammler, con su idea del “derecho recto”, de la aceptación de la teoría de los valores en Rickert y Radbruch, de la entrada en liza del método dialéctico y del llamado “idealismo objetivo” (aquí no hay más remedio que citar a E. Kaufmann y a su *Crítica de la filosofía del derecho neokantiana*, de 1921), de la defensa de Hegel frente a Kant (también aquí será obligado considerar el “neohegelianismo” de Julius Binder) e incluso de la teoría fenomenológica del derecho (con la aceptación de las principales tesis de Husserl y Hartmann por Welzel y Reinach). Lo que, por encima de tan evidentes divergencias teóricas, unifica a todas estas corrientes críticas del positivismo, es la idea de que el derecho no puede desprenderse de elementos valorativos (lo contrario sería sólo, como decía el título del célebre artículo de W. Schönfeld, *El sueño del derecho positivo*); en resumidas cuentas, y por lo que a la interpretación se refiere, el criterio teleológico se considerará imprescindible para obtener el significado de la norma.

Después de más de un siglo de discusiones de la interpretación (discusiones enlazadas, necesariamente, a las que giran acerca del carácter “objetivado” del derecho), la polémica se contrae, sustancialmente, a los que parecen ser sus términos más correctos: el problema de los valores.

### B. *La polémica sobre la interpretación valorativa*

Aunque conectada en principio a postulados que se derivaban de la “jurisprudencia de intereses”,<sup>156</sup> la llamada “jurisprudencia de valoración” se desenvuelve muy pronto como un movimiento perfectamente desligado de los anteriores, aunque asumiendo (tanto de las doctrinas positivistas como de sus críticas) determinados aspectos que considera, sencillamente, incorporados a la cultura jurídica universal y sin los cua-

156 Reinhardt-Koning, *Richter und Rechtsfindung*, 1975, pp. 17 y ss.

les difícilmente puede hablarse de una ciencia del derecho, ciencia que necesita de una dogmática conceptual (por exigencia de rigor, y aquí la deuda con Kelsen resulta impagable) y, al mismo tiempo, ciencia que sólo negándose a sí misma y convirtiéndose en utopía (o en ciencia-ficción) puede desentenderse de los elementos valorativos siempre presentes en el derecho.

Coing<sup>157</sup> afirmará con rotundidad el dato inesquivable de la valoración: la unión entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica se produce a través de ella, de tal manera que el elemento valorativo es tenido siempre en cuenta no sólo por el legislador, sino también por el juez y por los juristas cuando emiten un dictamen. Siempre hay un juicio de valor que puede estar determinado (sigue diciendo Coing) por puros intereses del que decide, por consideraciones de oportunidad o de justicia. Desconocerlo sería desconocer la realidad, pero la ciencia del derecho, para conquistar la necesaria objetividad, lejos de negar lo evidente lo que debe es aceptar el dato de la valoración, pero reducirlo, operativamente, a los valores que la misma norma proporciona, a través de métodos racionales, de tal manera que se evite en la medida de lo posible que la aplicación e interpretación del derecho sean meras decisiones políticas. Dicho en otras palabras distintas a las empleadas por Coing, de lo que se trata es de desterrar en la valoración las razones de oportunidad, para que sólo operen razones jurídicas.

Ahora bien, ocurre que ahí está verdaderamente el núcleo del problema, pues a veces la norma no “positiviza” el valor, y a veces, aunque lo haga, no predetermina (ni podría completamente predeterminarlo) su exacto contenido. Zippelius se plantea, con claridad, esta cuestión al preguntarse “¿hasta qué punto puede hallarse una pauta objetiva también para las propias cuestiones de valoración, y dónde residen los límites, tratándose de cuestiones de valoración, en orden a una posible orientación a normas objetivas?”.<sup>158</sup> Las decisiones valorativas “¿conducen inexorablemente a un subjetivismo, o existen valores objetivos y un orden objetivo de valores, que son parte de un mundo espiritual que nos es común? ¿De qué modo y hasta qué punto es cognoscible por nosotros un tal orden de valores?”.<sup>159</sup> La respuesta a estas preguntas la facilita el

157 *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1969, pp. 269 y ss.

158 Zippelius, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, 1962, p. 4.

159 *Ibidem*, p. 62.

mismo Zippelius: la pauta objetiva estaría en “la moral jurídica dominante” (el “*ethos* jurídico vigente”, expresión claramente influenciada por las ideas de N. Hartmann). Pero esa respuesta entronca directamente con el “orden constitucional de valores”, cuestión de la que trataremos después, aunque ya cabe, al menos, señalar algo de suma importancia: la interpretación valorativa conduce, necesariamente, a trasladar los grandes problemas de la interpretación jurídica al campo de la interpretación constitucional.

En una línea de pensamiento algo distinta, Esser postula la necesidad de tener en cuenta principios o “pautas” (le parecen preferibles al término “valores”) que ni siquiera tienen por qué estar previstos en la ley (son eficaces para el derecho independientemente de la ley) que habrán de ser tenidos en cuenta por el juez para resolver los casos. “Sólo la casuística —dirá— nos comunica lo que es el derecho”.<sup>160</sup> “Principios jurídicos” *estándares* (modelos o ideas de valor, tal como se entienden en el mundo lingüístico y jurídico anglo americano), serán, pues, criterios de interpretación (y de creación, también para Esser) del derecho. Pero ello no le conduce (así lo ha entendido, entre otros Wieacker) a defender la vuelta al “movimiento de derecho libre”, porque las bases extralegales de valoración hay que buscarlas, en primer lugar, en las valoraciones constitucionales. Nuevamente, pues, el problema se ve abocado a la interpretación constitucional.

Quizá no conduzcan inevitablemente a ese camino los intentos de A. Kaufmann, que acude, como pauta extralegal, a “la naturaleza de las cosas”, pero ello es debido, justamente, a que su planteamiento se aleja de la “jurisprudencia de valoración” para adentrarse por otros derroteros (los de un pensamiento tipológico que ve en la aplicación e interpretación del derecho sólo la respuesta “adecuada” al caso, viniendo el método, después, únicamente a fundamentarlas). Algo relativamente parecido es lo que ocurre con la “tópica” jurídica representada, entre otros, por T. Viehweg,<sup>161</sup> que no es sólo una “jurisprudencia de casos”, sino también una teoría de la interpretación basada en “pautas de valora-

<sup>160</sup> Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1964, p. 151.

<sup>161</sup> Su libro *Topik und Jurisprudenz*, 1953, fue traducido al castellano por L. Díez-Picazo (aunque en lugar de “Tópica y jurisprudencia” la versión española más correcta del título quizá hubiera sido la de “Tópica y ciencia del derecho”), con introducción de E. García de Enterría, Madrid, Taurus, 1963.

ción” (*topoi*) difícilmente objetivables. Probablemente la escasa capacidad sistemática que se deriva de esta teoría (y su difícil aceptación si se tiene una concepción valorativa de la interpretación) la hacen poco apropiada, sobre todo, para la interpretación constitucional, y ello explica (aparte de otras razones) que Hesse, después de haberla defendido durante algunos años, la haya abandonado, casi completamente, con posterioridad.

Muy distinto a los dos casos anteriores y más cercano a posturas abiertamente “valorativas” es el método de la “argumentación jurídico-racional”, de Kriele,<sup>162</sup> que permite, en los casos en que la respuesta al problema de aplicación no se derive inmediatamente de la ley (por su ambigüedad o sus lagunas), obtener dicha respuesta de manera objetiva, esto es, a través de un tipo de argumentación contrastable (jurídico-racional). Sin embargo, pese al esfuerzo, de ninguna manera baldío, en defender los criterios de racionalidad como criterios objetivos (en oposición a los subjetivos, voluntaristas, etcétera, que predicaba la “jurisprudencia libre”) se le hace extraordinariamente difícil sustraer dichos criterios a cualquier consideración de valor (dado, entre otras razones, que la elaboración de la hipotética “propuesta normativa” ha de tener en cuenta la predicción de las consecuencias esperables que habría de tener su realización). Kriele se opone al subjetivismo judicial y no apela al resultado “recto” de la interpretación, sino al resultado “racional”, pero, inevitablemente, su contribución, de gran importancia para la interpretación jurídica y más para la interpretación constitucional, hay que situarla, con peculiaridades propias, desde luego, dentro de las corrientes “valorativas”. La *Teoría de la obtención del derecho* es, en nuestro tiempo, un libro fundamental, precisamente porque evidencia el constante empleo de la valoración que se trasluce en tan considerable esfuerzo por huir de ella.

### *C. Interpretación de la Constitución e interpretación de la ley. La discusión actual sobre la interpretación constitucional*

Cuando K. Larenz, en el epílogo de la cuarta edición, de 1978, de su *Metodología de la ciencia del derecho*, se plantea la duda acerca de si

<sup>162</sup> Especialmente *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2a. ed., 1967, sustancialmente modificada en 1976.

los criterios con arreglo a los cuales el Tribunal Constitucional resuelve pueden ser equiparables a los del juez ordinario, y para disipar esa duda manifiesta (no sin grandes precauciones) que en ciertos casos sí, pero en otros (en las resoluciones de gran alcance político para la comunidad) no, está planteando una cuestión absolutamente capital para la teoría de la interpretación en nuestro tiempo. Tiene razón Larenz cuando dice que en tales casos de gran alcance los medios tradicionales de interpretación no son suficientes, pues al

Tribunal Constitucional incumbe una responsabilidad política respecto al mantenimiento del orden jurídico-estatal y su capacidad funcional. No puede proceder según la máxima: *fiat iustitia, pereat res publica*. Ningún juez constitucional procederá así prácticamente. Aquí la consideración de las consecuencias es, por tanto, totalmente irrenunciable, y en este punto tiene razón Kriele.<sup>163</sup>

Sin embargo, estando Larenz en lo cierto por lo que se refiere al método, se confunde respecto al sujeto del problema (lo que no le ocurre a Kriele): la cuestión es así no porque se trate del Tribunal Constitucional, sino porque se trata de la Constitución (y cuando lo que ha de interpretarse es la norma constitucional es indiferente que el órgano que la interpreta sea dicho tribunal especial o un tribunal ordinario).

Es decir, lo que resulta “peculiar” es la interpretación de la Constitución, no el que la efectúe un determinado tribunal, ya que las singularidades jurídicas no pueden descansar en la existencia o no de recursos y en su voluntaria interposición o no por las partes. Además de que el carácter “peculiar” de su interpretación no obedece, en la Constitución, sólo a la importancia política de los problemas que, a su amparo, pueden suscitarse, sino también, y sobre todo, a la propia condición específica de la norma constitucional.

La gran cuestión reside en que, por un lado, los criterios de interpretación de la ley no pueden trasladarse exactamente a la interpretación de la Constitución (ya lo había dicho hace tiempo Smend), y, por otro (y no es una paradoja), en que una Constitución democrática es inevitablemente una Constitución que contiene cláusulas materiales de valor y, en consecuencia, la interpretación valorativa de la ley (y del derecho en su

163 Larenz, *op. cit.*, nota 155, pp. 504 y 505.

totalidad) sólo a través de la interpretación constitucional puede encontrar su tratamiento adecuado. Hoy, pues, los grandes problemas de la interpretación han de plantearse e intentar resolverse en el campo de la interpretación constitucional.

Frente a esa tesis, en los últimos años bastante compartida,<sup>164</sup> se destaca la crítica, durísima, de Forsthoff en defensa de un método de interpretación basado sólo en reglas lógico-formales y equiparando, en consecuencia, interpretación constitucional a interpretación legal.<sup>165</sup> La interpretación que se realiza con métodos propios de las ciencias del espíritu (dirá Forsthoff), que reducen el orden jurídico a un orden (siempre subjetivo) de valores, produce inseguridad jurídica e incluso inseguridad para los principios en que descansa la comunidad política. Tal método es extralegal y extrajurídico. La jurisprudencia, de esa manera, se anula a sí misma, puesto que su certeza, su carácter objetivo, se basa en “que la interpretación de la ley es la subsunción correcta del caso en la norma en el sentido de la conclusión silogística”. Al método que llama de las “ciencias del espíritu” contraponen Forsthoff las reglas tradicionales de la interpretación tal como fueron expuestas por Savigny. De lo contrario el derecho, y en especial el derecho constitucional, entrará en una situación de disolución: mientras que, según el Estado de derecho, el juez está debajo de la Constitución, si ese juez la interpreta de acuerdo con los valores se convierte en todo lo contrario: “en el señor de la Constitución”.

Parece claro que la concepción de Forsthoff sobre el Estado de derecho tiene que ver más con el Estado del derecho del siglo XIX que con el de hoy (que es un Estado de derecho vinculado a determinados valores materiales). Por otra parte, A. Hollerbach, en su respuesta a esta tesis de Forsthoff,<sup>166</sup> deja en claro que hoy, necesariamente, la interpreta-

164 En la reunión de profesores alemanes de derecho público, celebrada en 1961, sobre los “Principios de la interpretación de la Constitución” (los trabajos fueron publicados en 1963), éstos se muestran de acuerdo en la singularidad de la interpretación constitucional que, entre otras cosas, viene derivada de la necesaria apelación a principios, pautas y valores.

165 Forsthoff, *Zur Problematic des Verfassungslegung*, 1961; *id.*, “El Estado de derecho introvertido”, *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, pp. 213 y ss., publicado también en Dreier, K. y Schwegmann, F. (dirs.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976, en el que, por cierto, de todos los trabajos que integra, sólo el de Forsthoff defiende las “reglas tradicionales de interpretación”.

166 En el mismo libro *Probleme der Verfassungsinterpretation*.



ción ha de ser “comprensión” (en el sentido de las ciencias del espíritu) porque no puede ser de otra manera, ya que el ordenamiento jurídico se remite a valores, pero ello no significa, por sí mismo, que tal método conduzca, de manera inevitable, a la arbitrariedad, ya que es posible (e imprescindible) realizar una interpretación que, siendo valorativa, sea objetivable.

Cabe sostener que Forsthoff no lleva enteramente razón, pero hay que reconocer que el problema que denuncia es bastante grave. Larenz, razonablemente, dice al respecto:

El temor de Forsthoff a una amenazante disolución de la Constitución jurídico-estatal por un método científico-espiritual de interpretación de la Constitución, es injustificado. Que el peligro ciertamente amenaza de hecho, que de ese modo es malentendido el método “científico-espiritual” de la interpretación y que tampoco se ofrece ningún otro método de interpretación, sigue no obstante siendo verdad.<sup>167</sup>

Rubio Llorente, entre nosotros, también se ha planteado, con rigor, el mismo problema:

Sin duda tiene razón Forsthoff al afirmar que la Constitución sólo puede cumplir la función que de ella se espera al darle forma de ley si esta forma es tomada en serio... pero los males que con alguna razón señala, ni tienen su origen en la tendencia, que él considera aberrante, de los tribunales alemanes (y especialmente del Tribunal Constitucional federal) a interpretar los preceptos constitucionales con un método inspirado en Smend y que es el propio de las ciencias del espíritu, ni pueden remediarse aplicando a la Constitución las reglas de interpretación establecidas por Savigny hace ya casi dos siglos. La tendencia que podríamos llamar “axiologizante” de toda jurisdicción constitucional nada tiene que ver con la influencia de Smend... es simplemente una consecuencia necesaria de la estructura propia de los preceptos materiales de Constitución, cuya construcción requiere la apelación frecuente a conceptos de valor.<sup>168</sup>

La incapacidad de los métodos tradicionales está clara, pero los peligros de subjetivización (y de arbitrariedad e incluso “politización” de la justicia) también. De ahí que, sin renunciar enteramente a una herme-

167 Larenz, *op. cit.*, nota 155, p. 503.

168 Rubio Llorente, F., “Prólogo”, en Alonso García, E., *op. cit.*, nota 91, p. XXII.

néutica valorativa, F. Müller haya reclamado el “derecho fundamental a la igualdad del método” (derivado del principio constitucional de igualdad).<sup>169</sup> Y de ahí también que en el mundo jurídico norteamericano, donde el problema de la interpretación “valorativa” ha sido ampliamente debatido (no hay más que citar la célebre polémica de Devlin con Hart y Dworkin, o los nombres de Perry, Wechsler, Bickel, Fuller, etcétera)<sup>170</sup> se pretenda poner coto a los peligros de la “jurisprudencia política” a través de un pragmático uso (ya propugnado desde hace tiempo por Brandeis y Frankfurter) del *self-restraint*.

Sin embargo, la cuestión reside, a mi juicio, en que, pese a los riesgos señalados, hoy no es posible (es muy difícil no estar de acuerdo con Hollerbach) una interpretación constitucional que rechace la valoración. De tal manera que resultan inviables (por teóricamente inválidos) los actuales intentos (dispersos y minoritarios, por cierto) del “no interpretativismo” o del “desconstruccionismo” visibles, sobre todo, en el mundo jurídico norteamericano. Estos últimos, agrupados en torno al *Critical Legal Studies Movement*, y que asumen el “pos-estructuralismo” francés de Derrida son, me parece que justamente, tachados por Fiss<sup>171</sup> de nuevos nihilistas y por Dworkin<sup>172</sup> de ser, en realidad, movimientos conservadores (una nueva versión de la “escuela del derecho libre”) que, pese a presentarse como desideologizados, no lo son, o al menos no lo son sus resultados. Quizá la crítica de Dworkin, que también creo acertada, sea más política que jurídica. Pero él mismo ofrece la pauta por seguir

169 Müller, *Juristische Methodick und politisches System, Elemente einer Verfassungstheorie II*, 1976, p. 66.

170 No tiene sentido extenderse aquí, puesto que ese problema y, en general, los demás relativos a la interpretación constitucional en Norteamérica están excelente y ampliamente tratados en el libro de Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución* (cit., nota 91), libro que está dedicado, primordialmente, a la doctrina norteamericana. Véase también Bayón, J. C., “La interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 4, 1985.

171 *Stanford Law Review*, 1982, aunque también hay que decir que las tesis de la “deconstruction” han recibido el apoyo de Unger (*Haw. Law Review*, 1983).

172 En su trabajo, significativamente titulado “El derecho como interpretación”, *The Politics of Interpretation*, 1983 (antes en *Texas Law Review*, 1982). Sobre las últimas discusiones acerca de la interpretación en Norteamérica nos remitimos al excelente número monográfico de la *Southern California Law Review*, vol. 58, núm. 2, 1985. La significación política de esas discusiones está bien estudiada por Jacobsohn, G. J., “Modern Jurisprudence and the Transvaluation of Liberal Constitutionalism”, *op. cit.*, nota 1.

para la crítica jurídica al movimiento “desconstruccionista”: frente a la “desconstrucción” del derecho hay que defender su “reconstrucción”.

### *D. La tesis que se defiende. Teoría de la Constitución e interpretación constitucional*

Es muy difícil, y muy arriesgado, tomar partido en una cuestión hoy tan disputada como la interpretación constitucional, pero creo que es un deber intelectual hacerlo, es decir, tener y exponer un criterio sobre el asunto. Ni vale el eclecticismo (pues las tesis son tan dispares que no admiten *tertium genus*) ni la mera descripción del problema. Con todos sus riesgos, con todas sus dificultades, debe adoptarse una postura si es que se quiere sustentar una opinión (que es el empeño, modesto, pero firme, del presente trabajo).

La primera cuestión a la que hay que enfrentarse es la del “objetivismo”. No cabe sostener, al mismo tiempo, el subjetivismo y el objetivismo en la interpretación.<sup>173</sup> Frente a las viejas teorías europeas de la voluntad del legislador, o las modernas norteamericanas del “originalismo” y el “textualismo” (que mantienen la necesidad de anclar la interpretación en la voluntad originaria del constituyente, en la autoridad del texto, “tal como fue elaborado”, en la tradición, etcétera),<sup>174</sup> parece que es más co-

<sup>173</sup> Pues es el caso que, con cierta gracia, describe Larenz (*op. cit.*, nota 155, p. 313) acerca de un famosísimo manual: “Así, en el Tratado de Enneccerus-Nipperdey, se dice primero que la meta de la interpretación es la ‘aclaración del sentido decisivo de una norma jurídica’. Según esto, el Tratado parece ser partidario de la teoría objetiva. Pero, acto seguido, añade que la teoría subjetiva... es decisiva en orden a la interpretación. Si, con esto, el Tratado adopta claramente el punto de vista de la teoría subjetiva, ésta vuelve a ser abandonada cuando, al final, se dice que nosotros nada en absoluto habríamos tenido que preguntar respecto a qué pensó este o aquel colaborador de la elaboración de la ley... Cómo haya de compaginarse esta afirmación con la teoría subjetiva, a la que el Tratado quiere atenerse, sigue siendo enigmático para el lector. La solución del enigma podría verse en que el primer autor, Enneccerus, fue de hecho un decidido partidario de la teoría subjetiva; en cambio, el posterior reelaborador, Nipperdey, que se inclinaba por la teoría objetiva, receló, sin embargo, de manifestar claramente su ruptura con la concepción de su predecesor. En consecuencia, intentó coordinar ambas concepciones, lo que, sin embargo, como lo muestran los lugares citados, apenas se consiguió”.

<sup>174</sup> Perry, M. J., “The Authority of Text, Tradition, and Reason: A Theory of Constitutional ‘Interpretation’”, *Southern California Law Review*, vol. 58, núm. 2, 1985. Una buena crítica en el mismo número de esta revista, Simon, L., “The Authority of the Constitution and Its Meaning: A Preface to a Theory of Constitutional Interpretation”; Tushnet, M. V., “A Note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory”

recta la teoría del objetivismo, es decir, la de interpretar la forma de acuerdo con la *ratio legem* y no la *ratio legislatoris*. Esta es, por lo demás, la tesis sostenida por la doctrina más autorizada, sin ningún género de dudas, y la única que se compagina con la necesaria estabilidad (perpetuación) de la Constitución y con el contenido abierto de muchas de sus cláusulas.

La segunda cuestión que hay que abordar se refiere a la interpretación “valorativa”, y parece que el problema no ofrece grandes dudas: se hace, teóricamente, bastante difícil suscribir la tesis de Forsthoff (por señalar el ejemplo más nítido) si se tiene en cuenta la específica condición normativa (con cláusulas materiales) de las Constituciones del presente, y especialmente de las Constituciones auténticas (las democráticas). Una teoría de la Constitución “constitucionalmente adecuada” (Böckenforde) exige una teoría de la interpretación constitucional “principalista” o “valorativa”, necesariamente (Hollerbach), lo que es, por lo demás, admitido de manera casi general por la doctrina (no sólo por los decididos partidarios de los métodos “comprensivos”, Smend, Maunz, Zippelius, etcétera, sino por los defensores de la “concretización”, Müller, Hesse, o de la relativa aceptación de la tópica o del consenso, Ehmke, Scheuner, o de los valores adjetivos, Häberle, Ely,<sup>175</sup> o incluso por los que se consideran herederos más inmediatos de Kelsen, como Hart y Bobbio, cuyo positivismo no elimina totalmente la apelación a “principios” y “fines” en la interpretación, y, desde luego, por Tribe, Perry, Devlin y Dwor-kin).

El verdadero problema se plantea a continuación, y no se refiere al “qué” (respecto de lo cual no ha sido muy difícil, hasta el momento, adoptar una postura), sino al “cómo”. Partiendo de que la interpretación tiene que ser valorativa, ¿cómo se interpreta para que la aplicación del derecho sea una operación objetiva y no enteramente discrecional, es decir, para que sea una decisión jurídica y no una decisión política? Por-

(aunque aquí se tratan también cuestiones relativas al “no interpretativismo” y no sólo al “originalismo”). Algunas sugerencias, más llamativas que interesantes, sobre estas cuestiones, en West, R., “Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory”, *New York University Law Review*, vol. 60, núm. 2, mayo de 1985.

<sup>175</sup> Una contraposición nítida entre Constitución como “norma abierta” y Constitución como “sistema material de valores” me parece bastante discutible. Sobre ello, y su íntima relación con lo que aquí se plantea, me he pronunciado en mi trabajo “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *cit.*, nota 151.

que esa es la principal acusación, y la más seria, que a la interpretación (y muy especialmente a la “valorativa”) se hace, y ahí descansan las razones esgrimidas por Forsthoff, o en Estados Unidos por Wright, Miller y Howell, Rostow, y, en particular, por politólogos como Shapiro,<sup>176</sup> que consideran un mito la neutralidad u objetividad de la interpretación jurídica.

Kelsen resolvió el problema, como se sabe, desterrando la valoración (en realidad recluyéndola en la conciencia del juez). Frente a la “jurisprudencia tradicional”, que sostenía que la ley, aplicada al caso concreto, sólo puede proporcionar una única resolución recta querida por la ley, Kelsen<sup>177</sup> afirmaría que ello es un error, pues el derecho positivo puede ofrecer varias soluciones posibles a un mismo caso, y de ese derecho (si no se le requiere desvirtuar con razones morales) no se desprende ninguna indicación para que se prefiera una u otra solución. La autoridad que aplica el derecho elige, por consideraciones políticas (cuando quien interpreta es el legislador, al hacer la ley) o por razones que sólo pertenecen a la conciencia del juez (cuando se interpreta la ley dictando una sentencia), una interpretación entre las diversas interpretaciones igualmente posibles desde el punto de vista jurídico-científico. Lo importante es que la interpretación sea siempre efectuada por métodos jurídicos.

Hart, que es consciente de algunos de los defectos de esa tesis, y de la transformación que el ordenamiento ha sufrido desde que originariamente la tesis se elaboró, acepta la existencia de principios jurídicos, y no sólo de normas, y admite incluso, que pueden darse casos en que ni siquiera existan principios de los que extraer una respuesta jurídica “coherente”. En esos casos difíciles, dirá Hart, no hay más remedio que reconocer que el juez tiene discrecionalidad para decidir (es decir, que no está sometido a reglas), y ello significa adoptar una interpretación que no es jurídica, en sentido estricto.<sup>178</sup> Dworkin le reprochará<sup>179</sup> que admita entonces no sólo al juez como “creador” del derecho, sino como apli-

176 “The Supreme Court and Constitutional Adjudication of Politics and Neutral Principles”, *31 Geo-Wash. Law Review*, 587, 1963.

177 *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., 1960, pp. 149 y ss.

178 Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, pp. 155 y ss., especialmente p. 200.

179 Dworkin, *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 76, (la referencia es constante en todo el libro).

gador con efectos retroactivos del derecho por él creado. Hart, a su vez, podría criticar a Dworkin que intente fundamentar en la moral los casos a los que el derecho no da respuesta: “La decisión judicial, especialmente en temas de importancia constitucional, implica la elección entre valores y no meramente la implicación de un solo principio moral; por tanto, es una locura pensar que donde el sentido del derecho es dudoso, la moralidad siempre puede dar la respuesta”.<sup>180</sup> Hart continuará diciendo que ello, además, es más cierto aún en las Constituciones de los países civilizados, que son Constituciones pluralistas en sistemas políticos y sociales también pluralistas; Constituciones, pues, de compromiso entre ideologías políticas distintas y donde, por tanto, el conflicto entre principios es posible y muy frecuente en razón, precisamente, de ese pluralismo. Dworkin comprende el problema, pero siempre sostiene que dejar la solución del caso a la entera libertad del juez es una mala solución. En esos casos “difíciles” el juez debe dar el triunfo al principio que tenga mayor fuerza de convicción.<sup>181</sup>

Y aquí, justamente, está el nudo de la cuestión. Ante el problema del relativismo valorativo (en el que tacha a Hart de dejar la cuestión irresuelta) y contestando a Raz,<sup>182</sup> Dworkin afirmará que la “regla de reconocimiento” no debe obtenerse por el respaldo social, sino por el propio respaldo del derecho: los positivistas creen “que la práctica social constituye una norma que el juicio normativo acepta; en realidad, la práctica social ayuda a justificar una norma que el juicio normativo enuncia”.<sup>183</sup> La función del juez no es creadora, pues, en sentido estricto, sino garantizadora: “dice” el derecho, pero no lo crea, libremente, *ex novo*. Cuando en la solución del caso no tenga norma aplicable, ha de acudir a los principios jurídicos, pero tales principios ha de extraerlos del propio derecho y no de las reglas sociales o de las ideas políticas, y esa extracción es posible en la medida en que no se separe la teoría del derecho

180 Hart, *op. cit.*, nota 178, p. 200.

181 Dworkin, *Los derechos en serio, cit.*, nota 76, p. 153.

182 “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, núm. 81, 1972.

183 Dworkin, *Los derechos en serio, cit.*, nota 76, p. 116. Por cierto que la crítica historicista que le hace Perry (“Interpretativism, Freedom of Expression, and the Equal Protection”, *42 Ohio st. Law Journal*, 261, 298, 1981) no es convincente, pese a lo que opina E. Alonso (*La interpretación de la Constitución, cit.*, nota 91, p. 103), pues Dworkin no basa su tesis en presupuestos históricos, sino lógicos (como Rawls su teoría del contrato).

de la aplicación del mismo.<sup>184</sup> En resumidas cuentas, Dworkin postula una ciencia del derecho prescriptiva y descriptiva al mismo tiempo, y es dentro de esa ciencia del derecho donde hay que dar respuesta al problema de la valoración. La distinción entre “principios” y “directrices” y entre “principios” y “normas” o entre “conceptos constitucionales” y “concepciones constitucionales” está dirigida, en Dworkin, a articular una teoría de la interpretación jurídica que, precisamente por ser jurídica, no salga de los límites de la teoría del derecho (a la que no es ajena la filosofía moral, pero sin que ésta venga a suplantar las categorías jurídicas).

Esta larga digresión sobre Dworkin, y sobre su polémica con Hart, me parecía necesaria porque ahí está enunciando lo que a mi juicio es el camino más fértil para enfrentarse con los problemas de la interpretación constitucional: la objetivación de la interpretación valorativa a través de la teoría de la Constitución. I. de Otto, cuando destaca, muy bien, las deficiencias de la interpretación “valorativa” o “principalista”, dice, acertadamente, que

...estas deficiencias no pueden ser suplidas por otro método de interpretación, sino ante todo por una “teoría de la Constitución” que sirva como criterio de la interpretación, que proporcione puntos de vista orientadores y estructuras dogmáticas. Mientras falte tal construcción teórica los diversos métodos de interpretación seguirán siendo otros tantos elementos de indeterminación de la norma. En palabras de Böckenforde, esta teoría de la Constitución tiene que representar en el terreno del derecho constitucional el “todo histórico-dogmático” del que hablaba Savigny.<sup>185</sup>

Interpretar es “concretizar”, para lo que es preciso “comprender” (Hesse), es decir, comprender la norma dentro de un sistema no sólo normativo, sino también de categorías teóricas que le dan significado, que le prestan coherencia. No es posible concretizar, no es posible interpretar la norma constitucional (norma abierta, en muchas ocasiones, y que expresa, también en otras, valores sustantivos) sin una previa teoría de la Constitución (Hesse, Dworkin). El intérprete, necesariamente, ha

184 *Ibidem*, pp. 128 y ss.

185 “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. III, p. 1499.

de contar con el bagaje teórico que le facilite la tarea de extraer del precepto jurídico su significado “constitucionalmente adecuado” o de convertir en principios jurídicos los valores enunciados por la norma o de establecer las conexiones pertinentes entre unos y otros principios que concurren en el caso concreto de aplicación. Y esa teoría de la Constitución, tan relevante para la interpretación, no puede ser otra que la que descansa en un concepto de Constitución auténtica, esto es, de Constitución democrática, concepto que no puede ser invalidado por el fácil expediente de tacharlo de “político”.<sup>186</sup> En el marco de esa teoría encuentra su “objetivación” la tarea interpretadora, justamente porque ahí se encuentran las categorías “contrastables” para su ejercicio y los límites jurídicos que impiden la libertad política de “valoración”. Hoy, se ha dicho con fortuna, la interpretación es una de las cuestiones fundamentales del derecho constitucional. Hoy, podría añadirse también, la teoría de la Constitución es, a su vez, la base “firme” de ese derecho y, en consecuencia, el conocimiento o saber imprescindible para abordar con seriedad y rigor sus problemas, y entre ellos el fundamental de la interpretación constitucional. Los peligros del “activismo judicial”<sup>187</sup> sólo por este camino pueden conjurarse. Bien es cierto que en el constitucionalismo europeo, por razones obvias, tales peligros son menores que en el norteamericano, y bien es cierto también que, en el caso del juez ordinario, en países donde existe tribunal constitucional, la capacidad “creadora” de ese juez es bastante limitada. A este respecto merece la pena transcribir unos párrafos, bastante sensatos, de A. Calsamiglia:

En muchas ocasiones se ha afirmado que el Tribunal Constitucional está subordinado a la Constitución. Los positivistas y realistas (por lo menos algunos de entre ellos) han considerado que esa afirmación no era más que una mentira piadosa, que servía para ocultar el poder político del

186 Sobre la crítica a un concepto (y a una teoría) “general-universal” de Constitución y la defensa jurídica de un concepto (y de una teoría) “general-particularizada” de Constitución, véase *supra*, pp. 13, 14, 44 y 46.

187 Ya estuviesen amparados en el “sociologismo”, el “derecho libre”, o “el uso alternativo del derecho”, en Europa, o en el “realismo jurídico” norteamericano (Llewellyn, Frank, entre otros). Véase, sobre todo ello, Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milán, Giuffrè, 1962; Rumble, *American Legal Realism*, Cornell Ithaca, New York University Press, 1968; Volpe, *L'ingiustizia delle leggi*, Milán, Giuffrè, 1977; Twining, “Talk about Realism”, *New York University Law Review*, vol. 60, núm. 3, junio de 1985.



juez. Probablemente las tesis de Dworkin puedan contribuir a comprender lo que el hombre de la calle ya sabe: que los jueces no tienen un gran poder político. Los jueces y tribunales no tienen libertad para *inventarse* derechos e interpretaciones. A la doctrina de los tribunales se le exige coherencia y adhesión y, en realidad, la función creadora de derecho de los jueces es bastante limitada.<sup>188</sup>

En la judicatura puede que no haya espacio, como se ha dicho en frase célebre, para convertir al *iudex* en un príncipe, pero sí lo hay, especialmente en la judicatura constitucional, para intentar destronar al legislador. Una teoría de la interpretación que descansa en una teoría constitucionalmente “adecuada” debe evitar esa ilegítima usurpación, que no sería sólo contraria al orden constitucional, sino también en la seguridad jurídica.<sup>189</sup> Y esa teoría constitucional habrá de asegurar, del mismo modo, que los valores constitucionales se interpreten de acuerdo con categorías jurídicas y no políticas. Aquí reside, a fin de cuentas, el mandato axiológico (o deontológico, si se quiere) enunciado por Calamandrei en el título de su conocido libro: *La certeza del derecho y la responsabilidad de la doctrina*. P. Badura da la siguiente respuesta a la pregunta de qué significa la vinculación del juez a la ley y al derecho (vinculación, además, constitucionalmente exigida):

La vinculación del juez a la ley significa poner en vigor la función de la ley jurídico-constitucionalmente prevista con los medios de argumentación y fundamentación jurídicas al tratar de hallar una resolución justa, y así respetar también la misión y responsabilidad, no sustituibles jurídico-judicialmente, del legislativo.<sup>190</sup>

Interpretación “constitucional” de la ley, argumentación y fundamentación jurídicas, resolución justa y no sustitución del legislador. He ahí las cuatro condiciones para la correcta interpretación de la ley, y también para la correcta interpretación de la Constitución, modificando, en este caso, sólo la primera: el lugar de la interpretación “constitucional”

<sup>188</sup> Calsamiglia, “Prólogo”, en Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., nota 76, pp. 19 y 20.

<sup>189</sup> Véase Rubio Llorente, F., “Prólogo”, en Alonso, García, E., *op. cit.*, nota 91, pp. XXIII-XXV.

<sup>190</sup> Badura, P., “Grezen und Möglichkeiten der Richterrechts”, *Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsverbandes*, 1973, t. X.

de la ley, la interpretación “constitucionalmente adecuada” de la Constitución. Y concretando que la resolución “justa” ha de entenderse como resolución “justa, pero jurídicamente correcta”. Es cierto que el Tribunal Constitucional debe sopesar las consecuencias político-constitucionales de sus resoluciones, pero ello no tiene por qué conducirlo, necesariamente (en el límite, claro está), a una solución política (como opina Lerche), ya que la teoría ofrece medios (la “ponderación imparcial”, “el interés más fundamental”, Kriele; el “principio de mayor convicción”, Dworkin; los criterios de “racionalidad-razonabilidad”, Bice; etcétera) para que esa resolución se adopte de manera que no quiebren la certeza y la previsibilidad, es decir, de manera jurídica. Bachof ya lo había expuesto con suma claridad: “Las consecuencias políticas de una decisión judicial no pueden ser ignoradas en absoluto a la hora de tomar una decisión, pero la búsqueda de las ‘medidas correctoras’ de esas consecuencias no deben salirse de las fuentes que el propio ordenamiento ofrece”.<sup>191</sup>

En cuanto al tipo de argumentación o razonamiento por emplear para adoptar las resoluciones judiciales, es decir, para interpretar (ya que son excepcionales los casos en que pudiera aplicarse el viejo brocardo de *in claris non fit interpretatio*), y al margen de la aplicación de las modernas teorías de la hermenéutica (concebida a la manera de Gadamer y postulada por Betti y P. Ricoeur) para entender la interpretación como “comprensión” del texto (con la consiguiente entrada de la lingüística en el proceso de “pre-comprensión”, como reconoce Habermas, y su enlace, necesario, con la filosofía analítica de Wittgenstein), aplicable a los textos jurídicos,<sup>192</sup> las diferencias entre el razonamiento jurídico y el razonamiento político están basante estudiadas y ofrecen reglas que permiten distinguir con suficiente rigor uno y otro tipo de argumentación. Kriele, con su doctrina de la “argumentación jurídico-racional”, a la que

191 Bachof, “Der Vergassungsrichter Zwischen Recht und Politik”, en Häberle (comp.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, pp. 285 y ss.

192 Véase el excelente libro de Brigham, J., *Constitutional Language. An Interpretation of Judicial Decision*, Londres, Greenwood Press, 1978. Podría extenderse incluso el campo a otras experiencias también modernas, como el empleo de modelos matemáticos en la argumentación jurídica (véase la colección de trabajos dirigida por A. Podlech, *Rechnen und Entscheiden*, 1977).

ya se ha aludido anteriormente, Alexy,<sup>193</sup> Clemens,<sup>194</sup> Fritjof Haft<sup>195</sup> y G. Struck,<sup>196</sup> con sus teorías sobre la argumentación y la retórica jurídica, o entre nosotros F. Sainz Moreno,<sup>197</sup> y más recientemente I. de Otto, en un buen trabajo, al que me remito,<sup>198</sup> orientan hacia criterios válidos para que el razonamiento judicial, si se atiene a ellos, pueda ser considerado como razonamiento objetivo.<sup>199</sup>

La actividad judicial en la interpretación del derecho y, en particular, la interpretación constitucional, no supone (o no tiene por qué suponer) por todo lo que se ha dicho, la negación del carácter objetivado del parámetro en el control jurisdiccional.

### 5. El resultado del control jurisdiccional

El resultado del control (sea cual sea la clase de éste, social, político o jurídico) forma parte inescindible de la propia idea de control, ya que de lo contrario se eliminaría totalmente el elemento teleológico, que es esencial a dicha idea porque presta su más auténtica significación a la figura.<sup>200</sup> Ahora bien, ese resultado puede ser positivo o negativo para el objeto controlado, y el resultado negativo llevar aparejada a veces la sanción inmediata y a veces no (porque ésta se demora en el tiempo o porque operen mecanismos indirectos, e incluso difusos, de sanción). Ello significa que, siendo el resultado un elemento indispensable del control no puede, en cambio, hacerse gravitar exclusivamente esta figura

<sup>193</sup> *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978. Es un sofisma, dirá Alexy, estimar que los juicios de valor conducen inevitablemente a que en la sentencia se formulen las convicciones morales del juez. Él estima que es posible formular las reglas de un discurso jurídico racional, pero se opone a que ello pueda ser alcanzado a través de las teorías de la argumentación de la ética analítica (Rawls) de la filosofía del lenguaje (Wittgenstein), de la teoría consensual de la verdad de Habermas, o de la teoría general de la argumentación de Perelman. La tesis de Alexy sigue, más bien, la línea de argumentación jurídico-racional marcada por Kriele.

<sup>194</sup> *Strukturen juristischer Argumentation*, 1977.

<sup>195</sup> *Juristische Rethorik*, 1978.

<sup>196</sup> *Zur Theorie der juristischen Argumentation*, 1977.

<sup>197</sup> *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, pp. 172 y ss.

<sup>198</sup> “La posición del Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, nota 185.

<sup>199</sup> Idea sostenida también ya en 1951 por Carbone, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, entre otros autores italianos, y por Chierchia, 1978, *L'interpretazione sistematica della Costituzione*.

<sup>200</sup> De la misma opinión, Galeotti, *Introduzione alla teoria...*, *cit.*, nota 4, p. 36.

(el control) en la existencia de la sanción, es decir, en el llamado momento “conminatorio”, pues eso conduciría a sostener que sólo hay control cuando el resultado es negativo para el objeto controlado, tesis cuyo solo enunciado ya la hace abiertamente rechazable por no comprensiva de la totalidad del fenómeno del control.<sup>201</sup>

Cuestión distinta es la de si al resultado negativo ha de acompañar inexorablemente la sanción y si ésta ha de ser inmediata, esto es, formar parte del mismo resultado. Aquí el problema es más complejo, pues, como ya se ha dicho, la sanción opera de muy diferentes maneras en las diversas clases de control. La evidencia de que esto es así conduce, juntamente (junto a otras razones ya expuestas con anterioridad), a sostener que, pese a tener la figura del control un único sentido, no puede haber uno sino varios conceptos de control. Lo que caracteriza al control jurisdiccional, desde el punto de vista del resultado (y lo diferencia netamente, también en ese punto, del control político o del control social), es que el resultado negativo lleva, inexorablemente, aparejada la sanción. Y ello es así por el carácter objetivado de este control.

Aquí el órgano controlante no limita sino que asegura la vigencia de limitaciones fijadas de manera objetiva (“normativizada”) por el derecho. Al aplicar no su voluntad, sino la voluntad de la norma, en el ejercicio del control, está obligado, necesariamente, a sancionar la contradicción entre el objeto controlado y el parámetro jurídico al que ha de adecuarse. El órgano judicial (sometido constitucionalmente a la ley y al derecho) no tiene más remedio que sancionar la infracción jurídica que considere cometida. Y esa obligación del órgano jurisdiccional, mediante la cual se preserva la vigencia del derecho (y las reglas de competencia, jerarquía, etcétera, que dotan de coherencia al ordenamiento) es absolutamente esencial para que exista la seguridad jurídica. De ahí que no se trate de la obligación moral o política, sino estrictamente de una verdadera obligación jurídica. Comprobada la infracción, el órgano judicial ha de invalidar el acto o la norma<sup>202</sup> objeto de control. La capacidad de control incluye aquí la capacidad (y obligación) de impedir.

201 En el mismo sentido, Galeotti, *ibidem*, p. 50.

202 O expulsarla del ordenamiento por derogación o inaplicación, según los casos y la distribución de competencias entre órganos jurisdiccionales. De todos modos, lo importante es que todo ello significa invalidación, en general o para el caso, del objeto controlado y, en ese sentido, sanción.

Dicho esto hay que añadir que el control jurisdiccional, al ser un control sobre la “actividad” (actos o normas) y no sobre la “organización”, no comprende dentro de sí otras figuras, destinadas a la exigencia de responsabilidad ante los tribunales de órganos o de los funcionarios (responsabilidad civil, penal, disciplinaria), mediante las cuales se administra justicia, por supuesto, pero no se ejerce, en sentido propio, una función de control del poder. El tipo de sanción que tales figuras llevan aparejada no debe confundirse con la sanción (a la actividad, abstraída de la persona física o jurídica de donde proviene) que es característica del resultado negativo en el control jurisdiccional.<sup>203</sup>

Al no ejercitarse, mediante el control jurisdiccional, una facultad “activa” (innovadora), sino “pasiva” (depuradora), cabría sostener<sup>204</sup> que el órgano controlante, que puede convalidar (resultado positivo) el objeto del control, no puede, en cambio, enmendarlo. La ubicación del control jurídico en los *checks* (frenos) y no en los *balances* (contrapesos) suministraría, incluso, un sugestivo marco teórico a esa afirmación. Sin embargo, la cuestión es algo más compleja y no permite enunciarla en términos simples y rotundos.<sup>205</sup> Sería inexacto afirmar, sin las necesarias matizaciones, que el órgano judicial, al realizar el control, no ejercita, de ninguna manera, facultades “innovadoras”. Y no me refiero a la posible innovación del parámetro, que esa es cuestión diferente y fue tratada en el epígrafe anterior (allí expuse mi opinión sobre la interpretación del canon de comprobación), sino exactamente a la innovación del objeto controlado cuando ese objeto es una norma, es decir, a los problemas derivados de las llamadas “sentencias interpretativas”. El tribunal (ordinario y constitucional) puede no invalidar la norma controlada, pero darle una interpretación distinta a la que esa norma había tenido hasta entonces (es decir, a la que había “operado” en el ordenamiento). No puede negarse que se produce, en tal caso, una innovación del sentido de la norma con claros efectos jurídicos. No se innova la letra del texto, pero se innova su significado.

En consecuencia, aquella primera afirmación tan radical hay que matizarla. Lo que le está vedado al órgano judicial, o si se quiere, lo que

203 También en el mismo sentido, Galeotti, *Introduzione alla teoria...*, cit., nota 4, pp. 73 y 74. Es obvio que la figura de la sanción penal o disciplinaria es algo bien distinto de lo que se entiende por sanción en el control.

204 Así lo hace Galeotti, *ibidem*, p. 12.

205 Problema que, extrañadamente, dada su sagacidad, se le escapa a Galeotti.

está vedado al control jurisdiccional, es enmendar el objeto en el sentido restrictivo de “enmienda formal” o “literal”, no en el sentido amplio que incluye “enmienda de significado”. Dicho en otras palabras, la literalidad del texto de la norma es el límite infranqueable a la facultad “innovatoria” del órgano judicial.

## 6. *El carácter necesario del control jurisdiccional*

Cuando se examinó, más atrás, el concepto de control jurisdiccional, ya se expresó que una de sus características peculiares es ser un control “necesario”, en el sentido de que necesariamente ha de producirse cuando el órgano judicial es requerido para ello y en el sentido también de que necesariamente ha de existir si se quieren evitar las normas “minuscuamperfectas” en el ordenamiento. De todos modos, estas afirmaciones requieren una explicación más detallada y alguna adición posterior.

En primer lugar, la producción “necesaria” del control significa, de un lado, que el órgano que lo ejerce ha de “conocer” (por supuesto, siempre que tenga jurisdicción y competencia) necesariamente del asunto para el que es instado; de otro, que ha de emitir, necesariamente, su “juicio” sobre tal asunto, y, finalmente, que ha de dictar la sanción (la declaración invalidatoria), de modo necesario, cuando tal juicio sea jurídicamente negativo para el objeto controlado, es decir, cuando estime que se ha producido una contradicción (irresoluble por vía interpretativa) entre dicho objeto y el parámetro de control. En segundo lugar, el carácter necesario de control no se ve alterado por la constancia de que, en la práctica, puedan existir (en la medida en que no inste el control sobre ellos), normas “minuscuamperfectas”. Admitir lo contrario sería confundir el “ser” con el “deber ser” y olvidar que el control jurisdiccional no lo ejerce el órgano judicial por propio impulso, sino a instancia de parte. El control jurisdiccional es sólo (el derecho no puede llegar más allá) instrumento imprescindible (necesario) que el Estado “ofrece” para que situaciones así “puedan” ser corregidas.

Pero hay que añadir otras razones que avalan el carácter necesario del control jurisdiccional y que no son internas al control mismo, sino que se refieren a la relación entre control y Constitución, esto es, a la función de garantía que desempeña el control en el Estado constitucional. Es cierto que la “más fuerte” garantía de la Constitución reside en los controles sociales, pero tal garantía no deja, por ello, de ser en cierta

manera “imperfecta”, es decir, de actuar “no institucionalizadamente”, tanto de modo ordinario (cotidiano) como extraordinario (*ultima ratio*, rebelión o derecho de resistencia). Jellinek decía que esas garantías que “limitan más eficazmente cuando hay arbitrio en las concepciones jurídicas más abstractas, y determinan, aún más que la voluntad consciente, la vida real de las instituciones políticas y la historia de los Estados”.<sup>206</sup> De todas maneras, sigue diciendo Jellinek, las garantías sociales, que pueden ser capaces de asegurar el derecho, son, en cambio, incapaces de garantizarlo “jurídicamente”, es decir, son una imperfecta garantía, pese a que en “ellas ha encontrado un límite la arbitrariedad de aquellos gobernantes que se han considerado exentos de toda obediencia a las leyes humanas”.<sup>207</sup>

Pese a su fortaleza, pues el carácter no institucionalizado que es el propio, como ya se ha dicho, hace de las garantías sociales, imprescindibles (pero no predeterminables), unas garantías imperfectas, “no regulares”, necesitadas, ineludiblemente, del acompañamiento de otras garantías. El control social no basta, por sí solo, para asegurar el mantenimiento de la Constitución. La limitación “efectiva” del poder requiere de controles “institucionalizados”, “regulares”. Ahora bien, el control político, siendo “regular”, no deja de ser libre, es decir, basado en razones de oportunidad, y ello, que no le resta eficacia, por supuesto, no le dota de completa “seguridad”.<sup>208</sup> Pero es que, además, la garantía del cumplimiento por el poder del resultado negativo para el mismo que por el control político pudiera hipotéticamente producirse (gobiernos censurados o elecciones perdidas, por ejemplo) sólo se aseguraría de modo “regular” u “ordinario” (de modo no regular o extraordinario quedaría a la tutela del control social) a través de los controles jurídicos, que aparecen, en tales casos, como las únicas soluciones de “derecho” que el Estado

206 Jellinek, *op. cit.*, nota 36, pp. 591 y 592.

207 *Ibidem*, p. 592.

208 Jellinek decía muy bien que “las garantías políticas tienen de común con las sociales no ofrecer una completa seguridad”, y añadía que “la historia ha demostrado que la arbitrariedad y la corrupción parlamentarias pueden producir la destrucción del derecho en no menor grado que la omnipotencia del príncipe y la burocracia” (*ibidem*, p. 593) (La traducción de F. de los Ríos dice “menor grado”, pero la versión correcta al castellano debería decir “no menor grado”). Aunque las transformaciones democráticas experimentadas por el Estado constitucional, desde que escribió Jellinek, han dotado de mayor eficacia a las garantías políticas, no desaparece el peligro que aquél ya apuntaba.

ofrece para evitar que se recurra a la desnuda “fuerza”. Y sin llegar a ese extremo, basta señalar que gran parte de los controles políticos están al servicio de la mayoría y la garantía de la Constitución reside, entre otras cosas, en ampararla frente a posibles vulneraciones de la misma mayoría.

En definitiva, el control jurídico (menos “fuerte” que el social y el político) se presenta como el más “regular” (por ser un control normativizado) y, a la postre, el más seguro. La Constitución no podría sobrevivir sin los controles sociales y políticos, sin duda alguna, pero sencillamente, la Constitución no podría “ser” sin el control jurídico que es, por esencia, el control jurisdiccional. Esa es la base en que descansa el Estado constitucional de derecho, y eso es lo que conduce a que, en realidad, todo Estado de derecho verdadero sea un Estado “jurisdiccional” de derecho (lo que no significa, no tiene por qué significar, un “gobierno de los jueces”, que esa es otra cuestión, aunque a veces, incorrectamente, se las confunda). Trasladar los problemas de derecho al “tribunal de la opinión” o a los “tribunales populares”, es decir, establecer la resolución espontánea o institucionalizada pero puramente política, de los problemas jurídicos, no supone sólo la destrucción del derecho, sino, por supuesto, la negación misma del genuino sentido de la Constitución.<sup>209</sup> En esas condiciones, simplemente, no puede haber Constitución; puede haber otras cosas (declaraciones de intención, programas, idearios políticos o menos catecismos religiosos o morales), pero no, de ninguna manera, normas constitucionales. El control jurisdiccional aparece, pues, como algo absolutamente necesario para el concepto y la existencia misma de la Constitución.

## V. CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL POLÍTICO. SUS DIFERENCIAS CON EL CONTROL JURÍDICO Y EL CONTROL SOCIAL

### 1. *La subjetividad en el control*

Como ya se señaló más atrás, a diferencia del carácter objetivado del control jurídico, la condición subjetiva es la propia del control político

<sup>209</sup> Que está ligado, y no hace falta extenderse sobre ello, a la existencia de la jurisdicción como función estatal. Lo que no significa que deba existir, necesariamente, una específica “jurisdicción constitucional”, que ello es asunto distinto.



(la limitación es la consecuencia del choque entre dos voluntades, quien limita es, a su vez, quien controla, y el control se realiza, pues, por medio de criterios basados en la oportunidad). Y tal condición determinará una serie de peculiaridades en lo que se refiere al agente, al objeto, al canon de valoración y al resultado de control, como se intentará explicar a continuación.

### A. *Agentes del control*

Son siempre órganos, autoridades o sujetos de poder, es decir, cualificados por su condición “política”, pero nunca órganos jurisdiccionales. Precisamente porque el control político se basa en la capacidad de una voluntad para fiscalizar e incluso imponerse a otra voluntad, la relación que ha de darse entre los agentes y los objetos del control no estará basada en la independencia (pues entonces no podría existir tal capacidad de fiscalización e incluso imposición), sino en la superioridad y el sometimiento, en sentido lato, que abarca tanto al principio de supremacía como al de jerarquía. Un control subjetivo (y en ese sentido no “neutral” o “imparcial”) como es el control político, sólo puede fundamentarse, pues, en la existencia de dicha relación.

El sujeto del poder o el órgano (o las autoridades que lo integran) que ejercen el control han de ostentar, necesariamente, una situación de supremacía o jerarquía sobre el órgano (directa o indirectamente) controlado. La actuación del uno puede limitar la actuación del otro, no porque posea una “especial condición” (control jurídico), sino porque tenga un “mayor peso” (control político). En tal sentido, lo que aquí se manifiestan son *balances* y no *checks*. El agente de control, en las relaciones intraorgánicas, habrá de estar siempre situado en posición de jerarquía, pero en las inter y supraorgánicas podrá estarlo en la de jerarquía o en la de supremacía, para la última de las cuales no es obstáculo la condición “autónoma” de que pueda gozar en ciertos casos el órgano sometido a control. De ahí que, si la supremacía es clara en el control político realizado por el cuerpo electoral, o en el llevado a cabo por el Parlamento sobre el gobierno o la administración, también lo es en el control que pueden efectuar el Parlamento o el gobierno sobre las entidades locales o las Comunidades Autónomas (alta inspección, determinados controles,

constitucionalmente lícitos, de oportunidad, medidas de intervención, etcétera).<sup>210</sup>

El control político es un control institucionalizado, y por ello, a diferencia de lo que ocurre en el control social (que es un control no institucionalizado), los agentes que lo realizan han de tener reconocida por el ordenamiento dicha competencia, es decir, poseer una potestad jurídicamente establecida. Ha de tratarse, pues, de una atribución “regular”, “normativizada”, cuyo modo de ejercicio esté previsto por el derecho. Tal regulación jurídica no convierte, por sí misma, el control político en control jurídico, ni mucho menos. Pero sobre esta cuestión volveremos, con alguna extensión, más adelante. El reconocimiento jurídico de la competencia (o, si se quiere emplear otra palabra, de la “función”, aunque ese término no sea, en verdad, muy recomendable para la ciencia del derecho) lo que significa, sencillamente, es que estamos en presencia de un control “institucionalizado”, característica que es también propia del control jurídico, y ahí acaban las similitudes entre ambos tipos de control.

Los agentes del control social (ciudadanos, grupos de muy diversa índole, medios de información, etcétera) al ejercerlo lo realizan “no institucionalmente” (lo que no quiere decir, ni mucho menos, “ilícitamente”; al contrario, en un Estado constitucional de derecho, todos los medios de control social del poder, a excepción de los delictivos, deben ser considerados lícitos). Tales agentes del control social tienen, claro está, “derecho” a efectuarlo (no habría, de lo contrario, libertades públicas), pero ese derecho no supone una competencia “formalizada”, sino sólo una mera y libre facultad. Que la finalidad del control social sea una finalidad política (lo que es obvio, ya que se trata de controlar al poder) no convierte tampoco a dicho control en control político. El control es social porque se efectúa de manera no institucionalizada, esto es, porque sus agentes no han de someterse, para realizarlo, a un procedimiento reglado y específico de control.

Esta diferencia (institucionalización-no institucionalización) es la que resulta sustantiva. Y la que es aplicable no sólo a los medios, sino también a los sujetos mismos del control. No puede decirse que el control

210 Cuestión doctrinariamente pacífica y sobre la que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado con claridad y reiteración (“superioridad” de los órganos generales del Estado sobre los de las entidades territoriales autónomas que lo componen).

político sólo puedan realizarlo agentes “políticos”, y el control social agentes “sociales”. Una afirmación así no sería correcta, en la primera parte por imprecisa y en la segunda por falsa. Sólo ejercen el control político los agentes políticos “institucionalizados”, y no todos los agentes políticos. Así, no son los partidos, sino el Parlamento (y en su seno los parlamentarios y los grupos parlamentarios) los que ejercen el control político del gobierno, por ejemplo. De otro lado, no sólo los agentes sociales, sino también agentes políticos (e incluso agentes políticos-institucionalizados) pueden ejercer el control social. Ese es el caso del control sobre el gobierno (o sobre el poder, en general) que realizan los partidos por vías extraparlamentarias o del que efectúa un órgano del Estado, por ejemplo, cuando fiscaliza al gobierno (o a otros órganos) por vías no institucionalizadas de control (presiones, declaraciones, manifestaciones, etcétera).

En resumen, los agentes del control político se caracterizan por su condición institucionalizada, condición de la que disfrutan el pueblo (y que ejercita su control a través del cuerpo electoral), al que la Constitución, inequívocamente, le otorga la condición de sujeto dotado de potestad;<sup>211</sup> los órganos del Estado, y los elementos o fracciones que lo componen.

### B. *Objetos del control*

Aunque suele ser común afirmar que el control jurídico se efectúa sobre actos (o sobre actividad) y el control político sobre órganos (u organización), ello sólo puede admitirse de manera muy general y vaga, esto es, de modo aproximado, pero no conceptualmente preciso. Ya me he referido más atrás<sup>212</sup> a las matizaciones que habían de hacerse al término “actos” (o actividad) en lo que toca al objeto del control jurídico. Ahora hay que realizar un esfuerzo similar de concreción por lo que respecta al término genérico “órganos” (u organización) al tratar del objeto del control jurídico. El control político no tiene como finalidad la de contro-

211 Ni el pueblo ni el cuerpo electoral deben ser considerados como órganos del Estado, en sentido estricto, lo que no quiere decir que carezcan de capacidad (es decir, que sean sujetos de poder) a efectos jurídico-públicos (creo, frente a Kelsen, que la soberanía popular es un concepto jurídicamente defendible e incluso, más aún, inevitable para la construcción jurídica de la forma democrática del Estado).

212 Véanse epígrafes III y IV.

lar las producciones jurídicamente objetivadas del poder (que es la finalidad del control jurídico), sino la de controlar a los órganos del poder mismo, pero ese control se puede realizar directamente sobre el órgano e indirectamente a través de la actividad que ese órgano despliega. De tal manera que el objeto inmediato del control político puede ser un acto político concreto, o una actuación política general, e incluso una norma (como ahora veremos); pero al controlar ese objeto lo que en realidad se está controlando, a través de esa mediación, es al órgano de que emana o al que es imputable. Por ejemplo, cuando el Congreso de los Diputados controla un decreto-ley, está controlando, en realidad, al gobierno que lo produce; a diferencia de lo que ocurre con el control jurídico, que nunca puede ser entendido como control sobre el órgano: cuando el Tribunal Constitucional (o un tribunal ordinario) controla una ley, o un decreto-ley o un decreto, no está controlando al Parlamento o al gobierno, sino simplemente al derecho, desligado de cualquier significación o personalización orgánica.

Sin perder de vista, pues, la finalidad última del control político (control sobre órganos), su objeto inmediato puede residir tanto en la actividad general de un órgano (la política del gobierno, por ejemplo) como una actuación específica (la actividad sectorial del gobierno, o de otro órgano sometido a control), o en un acto político concreto, e, incluso, como antes se decía, en una norma. Aquí, en este último punto, difiero de lo que podría llamarse (pese a lo poco que el tema se ha tratado por los especialistas) doctrina general, que, a mi juicio, erróneamente, opina que el control sobre normas es siempre propio del control jurídico y no del control político.<sup>213</sup> Cuando el control de la norma lo realiza un órgano político y con criterios políticos de valoración, dicho control no puede, de ninguna manera, ser conceptualizado como jurídico, sino como político. Y ello me parece bastante claro.<sup>214</sup>

El control político puede ser sucesivo o previo, de tal manera que su objeto lo constituirán, a veces, actividades ya realizadas, pero a veces, también proyectos de actuación. Ahora bien, a diferencia del control jurídico de carácter preventivo, que ha de recaer sobre actos ya objetiva-

213 Por todos, Galeotti, *Introduzione alla teoria...*, cit., nota 4.

214 Y admitido, sin excepción, por la mejor doctrina cuando se trata del control de constitucionalidad de las leyes. No se me dan entonces las razones por las que los mismos autores que aceptan eso se contradigan cuando tratan del control en general.

dos, esto es, que hayan adquirido su definitivo contenido aunque le falten todavía requisitos formales para su perfección (y por ello el control es previo), el control político preventivo no exige tal “objetivación” para los actos (o conductas) sobre los que se ejercita, ya que éstos pueden ser proyectos que no tengan fijado aún su contenido, e incluso dicho control cabe sobre meros propósitos o simples intenciones (explícita o implícitamente formuladas).

### *C. La disponibilidad del parámetro de control. Los criterios de valoración*

Aquí se encuentra, como ya se dijo más atrás, la diferencia sustancial entre el control político y el control jurídico. Sin que se releguen las otras características (respecto de los órganos o de los objetos del control) que distinguen a ambos, me parece que al canon de control y los criterios de valoración (los que sirven para comprobar la adecuación del objeto controlado al canon o parámetro de control) son los puntos donde más radicalmente se separan el control jurídico y el control político y que obligan, necesariamente, a comprenderlos mediante dos conceptos (y no uno) de control.

Una de las notas que singulariza al control jurídico es que su parámetro está formado por normas de derecho que resultan indisponibles para el agente que realiza el control. Esto es, parámetro jurídicamente objetivado, y, en consecuencia, indisponible y preexistente.<sup>215</sup> El carácter “subjetivo” del control político supone, exactamente, todo lo contrario: parámetro no objetivado, disponible y no necesariamente preexistente. Toca ahora examinar esa cuestión con cierto detalle.

En primer lugar, habría que decir que sólo en sentido muy amplio cabe hablar, propiamente, en este tipo de control, de canon o parámetro, pues su carácter subjetivo le otorga una tal variación, indeterminación y libertad, que difícilmente puede asimilarse dicho parámetro a la noción de regla, modelo o norma. Quien limita es aquí quien controla, decíamos anteriormente, y también de que se trata, en este control, del choque entre dos voluntades. Efectivamente, la valoración de la conducta del órgano controlado se hace atendiendo a su adecuación, no a reglas

215 Sobre el carácter “objetivado” del control jurisdiccional y sus relaciones con la interpretación jurídica, véase el epígrafe IV.

fijas, sino, en el fondo, a la libre voluntad del agente controlante. Basta con que la actuación del poder no le parezca “oportuna” al agente del control; no goce, simplemente, de su “confianza”. Que para formular esa inoportunidad o desconfianza se acuda también, en el razonamiento o en la motivación con que se le presenta, a presuntos incumplimientos de reglas o programas, es algo enteramente secundario y que no afecta a la cuestión primordial: la valoración se efectúa con absoluta libertad de criterio.

Ello es claro cuando, expresamente, la regulación jurídica del procedimiento de control ya reconoce la libertad de conformación del parámetro, es decir, el carácter puramente político o de oportunidad del canon de comprobación (así ocurre, por ejemplo, en la moción de censura, la cuestión de confianza, las interpelaciones, etcétera, y, por supuesto, en el control que se realiza a través de las elecciones). Pero también es claro incluso en los casos en que el ordenamiento alude a un canon normativo (como, por ejemplo, en el control parlamentario de los decretos-leyes). En este último supuesto (los decretos-leyes o cualesquiera otros casos en los que el agente de control haya de juzgar no sólo la oportunidad política de la actividad sometida a su fiscalización, sino también la adecuación constitucional o legal de la misma) sigue habiendo libertad de valoración y sigue habiendo, pues, parámetro enteramente disponible. Veamos este supuesto.

Cuando un órgano político acude a la Constitución, o a otra norma, para juzgar una determinada conducta o un acto, está interpretando la regla, por supuesto, pero interpretándola políticamente y no jurídicamente. A diferencia de la judicial, su interpretación es enteramente libre, sustentada no en motivos de derecho, sino de oportunidad, esto es, se trata de una valoración efectuada con razones políticas y no con método jurídico. Que existan órganos técnicos auxiliares que emitan dictámenes jurídicos previos no elimina el carácter político de la decisión de control (ni tales dictámenes son vinculantes ni son las únicas razones que el agente controlante ha de tener en cuenta para adoptar su postura). Que el titular físico del órgano o parte de sus miembros (en el caso de los órganos pluripersonales) sean, coyunturalmente, juristas (por azar, que no por necesidad, es decir, por exigencias del derecho) tampoco implica que jurídica haya de ser la valoración.

El ejemplo del control parlamentario de los decretos-leyes (podrían ponerse muchos más, pero éste es suficientemente indicativo) ilustra bien cuanto acaba de decirse. El Congreso de los Diputados puede rechazar el decreto-ley por considerarlo, simplemente, inoportuno o políticamente no adecuado. En tal caso, el canon es plenamente subjetivo. Pero también puede rechazarlo por estimar que excede de los límites constitucionalmente establecidos. Pues bien, aunque en el debate sobre la presunta inconstitucionalidad se esgriman sesudas razones jurídicas por los parlamentarios, ni tales razones son indispensables ni la decisión final que se adopte ha de estar, necesariamente, basada en ellas. Pero incluso aunque la decisión en aquellas razones se basara (porque así se “quisiera” presentar), tal decisión no se toma por la fuerza del derecho, sino de los votos, no es la decisión de un órgano jurídico, sino político; es una decisión enteramente libre y no “objetivamente” vinculada (es decir, no sometida a las reglas contrastables que presiden la interpretación-aplicación de las normas). El agente de control, en esos casos, interpreta la Constitución de la manera que le parece “oportuna” (de la misma manera que también la interpreta el legislador al hacer la ley), y no como el órgano judicial, que ha de interpretarla de la única manera que se considera “válida”.

En resumidas cuentas, en el control político, aun en los supuestos en que el ordenamiento se refiere a un canon normativo de comprobación, la libertad de valoración de ese canon, las razones de oportunidad que la presiden, la libertad de decisión (política) mediante la cual el control se manifiesta, hacen que el parámetro sea enteramente disponible para el agente del control. Se trata siempre, pues, de una decisión política basada en razones políticas. Esa es la condición sustancial del control que estamos examinando.

#### D. *El resultado del control*

De todo control puede decirse, con carácter general, que el resultado forma parte del control mismo, en cuanto que éste no se contrae a la mera actividad de comprobación (salvo que se olvide la dimensión teleológica, esencial en cualquier clase de control). Ello resulta aún más evidente en el control político, que por el mero hecho de ponerse en marcha ya está implicando un resultado (sin esperar siquiera que se produzca la decisión final): el demostrar que se realiza una fiscalización del

poder, esto es, que las actividades públicas están sometidas a una crítica y valoración también pública e institucionalizada. Esto, por sí mismo, ya opera como una efectiva limitación.

Ahora bien, si examinamos la decisión final en la que el control se manifiesta, si ella es positiva para el objeto controlado ahí se acaba (como en cualquier control) el procedimiento, sin que quepa hablar, sin embargo (porque la actividad fiscalizada se considere “conforme”), de un resultado nulo (o una carencia de resultado) del control. El control, como dije antes, produce un resultado por el mero hecho de ponerse en marcha. De todos modos, es la otra posibilidad: el resultado negativo, el que nos interesa especialmente. ¿Qué ocurre, en el control político, cuando la decisión final es desaprobatoria, o disconforme con el objeto controlado? Aquí reside, también, una de las grandes diferencias entre el control jurídico y el control político. En el primero, la disconformidad ha de producir, inexorablemente, la sanción (por el carácter “objetivado” del control). En el segundo no. Su carácter “subjetivo” excluye que, necesariamente, el juicio negativo lleve aparejada, de manera automática, la anulación del acto o la remoción del titular o titulares del órgano. Ello no es obstáculo para que, a veces, tal decisión pueda tener efectos jurídicos vinculantes, es decir, características sancionatorias en sentido estricto cuando el ordenamiento así lo establezca. Pero la regla aquí se invierte: el control político no posee efectos sancionatorios *per se*; es decir, de manera inexorable (en casos de resultado negativo, se entiende). Sólo los posee de manera excepcional y tasada, es decir, en los casos en que lo prevé el propio ordenamiento y sólo en ellos.

Así nos encontramos con que, para determinados supuestos (elecciones, moción de censura, cuestión de confianza, control sobre los decretos-leyes, etcétera) el derecho establece el carácter sancionador de la decisión cuando ésta resulta negativa para el objeto controlado. En otros supuestos ni siquiera el derecho califica esos efectos (mociones parlamentarias, proposiciones no de ley, etcétera) que han de tenerse, pues, por no vinculantes, jurídicamente. La carencia de efectos vinculantes, la ausencia de sanción, en sentido estricto, no significa, ni mucho menos, que en esos casos desaparezcan los efectos políticos del control, sino que operan, o tienen capacidad de operar, de manera indirecta (erosionando al órgano, o a la mayoría política que lo sustenta, incitando a la crítica que realiza la opinión pública, alertando al cuerpo electoral, etcétera).



Los resultados del control político a veces son inmediatos y a veces sirven para poner en marcha controles políticos posteriores o para activar controles sociales. En tal sentido es en el que puede decirse que si el control político no incluye muchas veces la sanción, incluye siempre, sin embargo, la capacidad potencial de poner en marcha sanciones indirectas o posteriores. Se trata, pues, de un control cuya efectividad descansa más que en la sanción inmediata y presente (posibilidad bastante relativizada por el principio de la mayoría) en la esperanza de sanciones mediatas o futuras que el ejercicio del control podría desencadenar.

## *2. La voluntariedad en el control*

No me refiero ahora a la libertad de los criterios de valoración, al hecho de que el control político sea más un control efectuado por la voluntad (política) que por las normas (jurídicas). Esa cuestión ya ha sido comentada al tratar del carácter subjetivo del control. En este momento lo que quiero destacar es el carácter “voluntario” de su ejercicio (en oposición al carácter “necesario” que se da en el control jurídico).<sup>216</sup> La voluntariedad, aquí, tiene dos significados, que se refieren, uno, a la puesta en marcha del control, y otro, a la realización del control mismo. En lo que toca al primero, el control político puede ser instado por agente distinto al que ha de efectuarlo (convocatoria de elecciones, cuestión de confianza, etcétera), pero también iniciado por la propia voluntad del órgano controlante (circunstancia que nunca puede darse en el control jurídico). El agente de control es así, en esas situaciones, el mismo que decide no sólo “qué” controla, sino también “cuándo” controla. Hay, en tales casos, pues, un extraordinario elemento de voluntariedad. En lo que se refiere al segundo significado, es decir, al relativo a la práctica misma del control, el factor voluntario se manifiesta en que, instado el control (por propio impulso del órgano controlante o a instancia de otro) éste no tiene por qué, necesariamente, llevarse a cabo en todos los supuestos ni por qué ejercitarse obligatoriamente por todos los titulares con derecho a ejercerlo. Efectivamente, a diferencia de lo que ocurre en el control jurídico (el órgano judicial tiene, necesariamente, que resolver) en el control político no puede obligarse al agente controlante a que

<sup>216</sup> Sobre el sentido que el término “necesario” posee en el control jurídico, véase el epígrafe IV.

adopte, en todas las ocasiones, una decisión final una vez puesto en marcha el procedimiento. Puede existir una obligación política, si se quiere, pero no una auténtica obligación jurídica. Aquí siempre cabe el silencio. Silencio del titular del órgano, si es unipersonal, o silencio del órgano por no convocatoria de sus miembros, o no inclusión en el orden del día, o falta de quórum para tomar acuerdo, si es colegiado. Y, por supuesto, siempre cabe también la abstención (el no emitir juicio, aunque el control se realice) por parte de los integrantes de un agente colectivo de control (desde la abstención de los parlamentarios hasta la abstención electoral).

Tales caracteres de voluntariedad en el control político están relacionados, como no podía ser de otra manera, con la condición subjetiva de ese control. Ello no implica pérdida de eficacia para el control político; simplemente que (por no ser jurídico) es un control de oportunidad y no de necesidad.

## VI. A MODO DE EJEMPLO: EL CONTROL PARLAMENTARIO COMO CONTROL POLÍTICO

He elegido este ejemplo para poner a prueba la teoría, precisamente porque me parece que podría ser uno de los mejores, dada la confusión, a veces, y la polémica, casi siempre, que sobre el control parlamentario suelen darse. Cualquiera de los demás institutos de control (ya sea éste jurídico o político) hubiera servido también; pero, sin duda, tales casos plantearían menos problemas en cuanto que son más fáciles de calificar. Es preferible, en rigor, aunque sea más arduo, someter la teoría a una especie de “prueba de fuego”, es decir, a un supuesto de verificación casi paradigmático como caso-límite, y ese es, me parece, el del control parlamentario, donde derecho y política aparentan confundirse en tantas ocasiones y donde la doctrina se divide sobre cuáles sean sus características peculiares. Creo que la teoría que, hasta aquí, se ha venido sosteniendo puede ayudar a la clarificación conceptual (y a la operatividad práctica) de este instituto y demostrar con ello, al mismo tiempo, que es una teoría que posee validez.

## 1. *Crítica a las tesis que consideran el control parlamentario como control jurídico*

Estas tesis, que proceden de un sector de la doctrina italiana (Chimenti, Ferrari y Galeotti) han sido acogidas en España por algunos de los autores que se han dedicado, de manera más especializada, al estudio del control parlamentario.<sup>217</sup> Sin perjuicio del valor estimable de dichas contribuciones, me parece que ese sector de la doctrina italiana (y por su influencia parte de la doctrina española), en sus intentos de dotar de naturaleza jurídica al control parlamentario parte de un supuesto común y, a mi juicio, bastante discutible: considerar que un instituto es jurídico, simplemente porque esté regulado por el derecho. Este supuesto está implícito en unos<sup>218</sup> y sumamente explícito en otros, como lo muestra García Morillo que, apoyándose en Ferrari, dice lo siguiente: “No parece tener fundamento, por consiguiente, negar naturaleza jurídica a fenómenos que encuentran su origen en normas jurídicas, se desarrollan conforme a lo que ellas disponen y surten, asimismo, efectos jurídicos”.<sup>219</sup>

Como ya se ha apuntado más atrás y se estudiará con extensión más adelante (en la última parte de este trabajo), la idea de que la regulación por el derecho de cualquier actividad convierte a ésta en una actividad “naturalmente” jurídica, no la comparto, en modo alguno. El derecho presta atención a casi todas las actividades humanas, y dentro de las políticas casi ninguna se escapa a esa creciente “normativización”, que es uno de los caracteres del Estado de nuestro tiempo. Pero ello no conduce a que tales actividades dejen de ser “políticas” para convertirse en “jurídicas”. El llamado (en expresión poco feliz) proceso de “juridificación” de la política, lo que significa es, exactamente, proceso de regulación

217 Santaolalla, *Derecho parlamentario español*, cit., nota 121; id., *El Parlamento y sus instrumento de información*, Madrid, 1982. García Morillo, *El control parlamentario...*, cit., nota 119 (las tesis que en esta obra se defienden son las mismas que aparecen también, de manera más resumida, en otro libro del propio autor y de Montero, J. R., *El control parlamentario del gobierno*, Madrid, 1984; citaremos siempre, el primero de los dos trabajos que, además, es posterior en el tiempo).

218 La regulación del control por la Constitución y los reglamentos parlamentarios obligaría, pues, a considerarle como control jurídico; esa parece ser la base del razonamiento que subyace en las afirmaciones de la mayor parte de estos autores sobre la necesidad de encontrar un concepto jurídico de control, de entender jurídicamente el control, de considerarlo jurídicamente, etcétera.

219 García Morillo, *El control parlamentario...*, cit., nota 119.

jurídica de los fenómenos políticos, pero no proceso de supresión del carácter político de tales fenómenos. De lo contrario, podría confundirse lo político con la ausencia de reglas, o lo político con lo no institucionalizado, cosa que, sin duda alguna, no sería correcto.

Aquel principio del que parten lleva a los defensores de esta tesis sobre el control parlamentario a incurrir en lo que a mi juicio es otro aserto también sumamente discutible (e inmediatamente enlazado): el único modo en que el jurista puede estudiar el control parlamentario, vendrán a decir, es concibiéndolo como control jurídico y no como control político.<sup>220</sup> Aquí hay, al parecer, un cierto mal entendido, pues quizás se confunden, como antes se apuntó, las normas con los fenómenos que regulan, así como el tipo de saber que sobre las unas y los otros puede aplicarse. El jurista estudia los objetos “formalmente” jurídicos y no sólo los que, además, lo son “materialmente”. La delimitación del campo de su saber está en la “forma” y en el “método”, no en la “materia”. Lo que al juristas le está vedado es estudiar “políticamente” el control parlamentario, no estudiarlo “jurídicamente”; pero estudiarlo jurídicamente no es dotar de naturaleza jurídica al objeto, sino dotar de carácter jurídico a su estudio. En resumidas cuentas, lo que el jurista puede (y debe) es estudiar la regulación jurídica del control político parlamentario, que ni deja de ser “político” porque el derecho lo regule ni ha de convertirse en “jurídico” para que el jurista lo estudie, de la misma manera, por ejemplo, que la representación política no deja de ser “política” porque existan normas electorales ni ha de ser concebida como representación “jurídica” (lo que sería un dislate, claro está) para que pueda ser estudiada y tratada en el campo del derecho constitucional.

A partir de las bases comunes ya aludidas (la regulación jurídica del control parlamentario convierte a éste en un control jurídico y, además, sólo concebido así puede ser estudiado por el jurista) las conclusiones a las que llegan algunos de estos autores son, no obstante, radicalmente diferentes. Veamos. Unos sostendrán que como el control jurídico comprende siempre la sanción (cuando el resultado es negativo para el objeto controlado) no son medios de control parlamentario las preguntas, interpelaciones y mociones que no vinculan jurídicamente con efectos sancionatorios al gobierno. Sólo la moción de censura, la cuestión de

220 Véase Santaolalla, *Derecho parlamentario...*, cit., nota 121, pp. 198 y 199; García Morillo, *op. cit.*, nota anterior, pp. 34-39 y 63.

confianza, el control sobre los decretos-leyes y el ejercitado a través de autorizaciones preceptivas (tratados internacionales, aplicación de créditos, etcétera) son institutos de control parlamentario, puesto que en ellos el resultado negativo lleva aparejada, automáticamente, la sanción.<sup>221</sup> Otros opinarían que si el control jurídico incluye la sanción, entonces quedaría extraordinariamente reducida la eficacia del control parlamentario, dado que en él impera el principio de la mayoría y ello hace extraordinariamente difícil que el gobierno sea derrotado. En consecuencia, y como no se abdicar, en esta postura, de considerar el control parlamentario como control jurídico, la solución que se encuentra para salvar el reproche de la ineficacia es acogerse a una distinta definición de control jurídico,<sup>222</sup> mediante la cual se disocia totalmente el control de la sanción. Una cosa es el control, se dirá, y otra su garantía: el control es la mera constatación de la adecuación de una conducta a un parámetro. Y nada más. Puede haber sanción o no haberla. Si no hay sanción, el control no tiene garantía, pero no deja de ser control jurídico.<sup>223</sup>

En consecuencia, seguirá argumentándose, como la sanción no forma parte del control, sino que constituye algo enteramente distinto, sólo es control parlamentario la simple actividad de comprobación, y puede ejercitarse a través de preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación, así como también es control parlamentario el de las potestades normativas del gobierno (sobre los decretos-leyes y sobre los decretos legislativos). Las mociones, y dentro de ellas, la de censura, se refieren a la responsabilidad política (que es sanción) y no al control: no forman parte, pues, del control parlamentario.<sup>224</sup>

Expuestas ya estas tesis sobre el control parlamentario, parece conveniente entrar con cierto detalle en su crítica. Estoy de acuerdo con los que sostienen (Santaolalla, por ejemplo) que el control jurídico no es la mera constatación o el mero examen, sino que de él forma parte (inseparable) la reparación o sanción. Sobre esto no es preciso extenderme, porque más atrás he dejado expuesto que esa es, justamente, en mi criterio, una de las características sustanciales del control jurídico. En con-

221 Esa es, en España, la postura de Santaolalla, *ibidem*, pp. 199 y ss.

222 Esa es la tesis que García Morillo extrae más de Chimenti (*Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*) que Galeotti, pues la postura de éste, sobre la cuestión, es algo distinta.

223 García Morillo, *El control parlamentario...*, *cit.*, nota 119, pp. 43-54.

224 *Ibidem*, pp. 76-96.

secuencia, no comparto las pautas contrarias (por ejemplo, en España, García Morillo) que limitan el control jurídico a la mera constatación: creo que sin el “momento conminatorio” no puede concebirse el control (y menos el control jurídico) como ya también he dicho más atrás. Realmente la tesis de que el control jurídico no incluye la sanción me parece difícil de aceptar y más aún cuando se traslada al control parlamentario. Dado que ese control suele ser objeto de frecuentes críticas, tachándose de ineficaz porque el principio de la mayoría y la disciplina de los partidos hacen improbable la derrota parlamentaria del gobierno, parece como si se dijese: refutemos esas críticas y demostremos que el instituto goza de buena salud por el sencillo expediente de eliminar del concepto de control la posibilidad siquiera de tal derrota. Y así se da la curiosa paradoja de que desaparece del control parlamentario, lo que constituye, precisamente, su máximo instrumento: la remoción del gobierno. La teoría del control parlamentario ha de tener en cuenta, por supuesto, la dificultad práctica que muchas veces existe para la utilización de dicho instrumento, pero eso es una cosa y otra amputar, simplemente, del control su resultado; con ello, no éste sino todos los instrumentos de control se quedan huérfanos de significación.

Por otro lado, estas tesis vienen a sostener que el juicio del Parlamento o de los parlamentarios sobre el gobierno o sobre sus actos es un juicio de naturaleza jurídica. Es decir, que se trata de un control jurídico no sólo porque está previsto por el derecho (a esta postura ya hemos dedicado una atención crítica) o porque lleva aparejada la sanción (según unos) o porque, precisamente, no la lleva aparejada (según otros), cuestiones que también ya se han tratado, sino, además, porque es “jurídica” la valoración que en el control se hace. Para sostener tal afirmación acuden al argumento<sup>225</sup> de que el parámetro de control es fijo y predeterminado, porque lo componen “la Constitución, los reglamentos de las cámaras y las leyes” (que son normas jurídicas) o los “valores constitucionales y el programa de gobierno” (que son cánones fijos y establecidos).

225 Bastante común entre los autores italianos a los que me estoy refiriendo. Entre nosotros, Santaolalla, más cautamente, sólo me da a entender (*Derecho parlamentario...*, cit., nota 121, p. 199), García Morillo lo afirma expresamente (*op. cit.*, nota anterior, pp. 60-63 y 84-90).

Un argumento así me parece cuestionable, pues ni el programa del gobierno ni los valores constitucionales “políticamente” apreciados son parámetros jurídicos, ni la interpretación que el Parlamento haga de las normas de derecho cuando las utilice como canon de adecuación otorga a tal valoración un carácter objetivado, ni, por último, esos son los únicos elementos que componen el parámetro en el control parlamentario. Tal parámetro es, por principio, de composición libre, y su base principal radica en la pura y simple voluntad del agente de control. No creo acertado, pues, aunque se busque apoyo en la discutible teoría de Manzella de la función de garantía constitucional del Parlamento, sostener que el control parlamentario consiste en la comprobación de la adecuación de la actividad del Ejecutivo a los parámetros establecidos por el ordenamiento constitucional y por las propias cámaras.<sup>226</sup> En el control parlamentario no hay parámetro normativo, objetivado, indisponible, no hay razonamiento jurídico necesario. Son los principios de libertad y oportunidad los que rigen tanto la composición del parámetro como la formulación del juicio valorativo o de adecuación.

Estamos en presencia de un control político y no de un control jurídico, y sólo entendidos así alcanzan coherencia, a mi juicio, los caracteres que el control parlamentario tiene, así como el papel y significación que posee en nuestro tiempo.

## 2. *El significado del control parlamentario*

Junto con el control que se realiza a través de los votos populares, el control parlamentario constituye uno de los medios más específicos y más eficaces del control político. La defensa de su validez como instrumento de limitación del poder no radica, sin embargo, en pretender su conversión conceptual, intentando presentar como “jurídico” un control que, indudablemente, no lo es (por todo lo que antes se ha explicado), o en desligar de manera radical el control de la sanción, dejándolo, simplemente, sin sentido (que es lo que sucede si se elimina el elemento finalista). La derrota del gobierno es uno de los resultados que el control parlamentario puede alcanzar, y el hecho de que hoy, por la disciplina de partido, eso sea algo poco probable, no lo convierte, por ello, en un resultado imposible. De todos modos, tal derrota, siendo uno (quizá el

226 García Morillo, *op. cit.*, nota anterior, p. 298.

más fuerte) de los efectos del control parlamentario, no es, ni mucho menos, el único ni el más común. De una parte, el control parlamentario existe en formas de gobierno (como los presidencialistas) en las que no es posible la exigencia de la responsabilidad política. Allí, sin embargo, hay control parlamentario, ya que éste no es un instituto privativo de las formas parlamentarias de gobierno, sino de la democracia parlamentaria de nuestro tiempo, y de otra parte, en los llamados regímenes parlamentarios, en los que la responsabilidad es posible, aunque circunstancialmente sea improbable, la fiscalización parlamentaria del gobierno se manifiesta por muchas otras vías, además de por la que pudiera conducir a su remoción.

Así, Rescigno<sup>227</sup> dirá que, además de la responsabilidad política concreta, inmediata, hay, sin duda alguna, una “responsabilidad política difusa”, una responsabilidad de debilitamiento político del gobierno producido por las reacciones políticas y sociales que se derivan de los actos de control de las cámaras. Manzella<sup>228</sup> reconoce que, hoy, la disciplina de partido hace que la revocación parlamentaria del gobierno sea casi una hipótesis de escuela, “pero sería erróneo extraer de estas observaciones la conclusión de la inexistencia de una actividad parlamentaria de vigilancia y de crítica, que comporta la posibilidad de contraposición dialéctica entre las cámaras y el gobierno”, y sigue diciendo, “se observa, al contrario, que esta posibilidad de contraposición está ampliamente presente en el actual sistema parlamentario”, de tal forma que “la función del control parlamentario sobre el gobierno encuentra ahora una nueva manera de configurarse en este esquema doble: examen crítico de la actividad del gobierno con potenciales efectos indirectos de remoción; examen crítico abocado a rectificaciones o modificaciones parciales de las directrices políticas del gobierno”.<sup>229</sup>

La fuerza del control parlamentario descansa, pues, más que en la sanción directa, en la indirecta; más que en la obstaculización inmediata, en la capacidad de crear o fomentar obstaculizaciones futuras; más que en derrocar al gobierno, en desgastarle o en contribuir a su remoción por el cuerpo electoral. Esta labor de crítica, de fiscalización, constituye el signi-

227 *La responsabilità politica*, Milán, Giuffrè, 1967, pp. 113 y ss.

228 Tanto en su conocido libro *Il Parlamento*, Bolonia, 1977, como en su artículo “Le funzioni del parlamento in Italia”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 1, 1974, pp. 375-408.

229 “Le funzioni...”, *op. cit.*, nota anterior, pp. 393 y 394.



ficado propio del control parlamentario. Se ha dicho, por algunos autores, que un significado así sería rechazable por demasiado amplio y general, en cuanto que emplea un sentido excesivamente elástico de control. Yo creo, por el contrario, que ahí se encuentra, justamente, la cualidad (y la operatividad) del control parlamentario, cuyos efectos pueden recorrer una amplia escala que va desde la prevención a la remoción, pasando por las diversas situaciones intermedias de fiscalización, corrección u obstaculización. Así lo entendía la doctrina clásica (Taylor, Mortati, Duguit, Ameller) y así lo sigue entendiendo un buen sector de la contemporánea (Friesenhahn, Böckenförde, Sternberger, Schneider, Manzella, etcétera). En España, el sentido amplio del control parlamentario es el aceptado, entre otros, por Sánchez Agesta<sup>230</sup> y Rubio Llorente.<sup>231</sup>

Una de las notas del control político, como antes se vio, es el carácter no necesariamente directo o inmediato de la sanción en todos los supuestos. No siempre habrá sanción, pero siempre habrá, al menos, esperanza de sanción. De ahí que la eficacia del control político resida, además de en sus resultados intrínsecos, en la capacidad que tiene para poner en marcha otros controles, políticos y sociales. Eso es lo que ocurre, exactamente, con el control parlamentario.

### 3. *Los instrumentos de control y la imposibilidad de deslindar procedimentalmente una específica función parlamentaria de control*

Cabe sostener, y me parece que con bastante fundamento, que la llamada “función de control” no se circunscribe a procedimientos determinados, sino que se desarrolla en todas las actuaciones parlamentarias. Esa es la tesis de los autores que un poco más atrás acaban de citarse, y ese es el punto de partida, por ejemplo, del excelente estudio de E. Busch, *Parlamentarische Kontrolle*.<sup>232</sup> Realmente, la cuestión es más

230 No sólo en su artículo, “Gobierno y responsabilidad”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 113-114, septiembre-diciembre de 1960, pp. 35-63, sino también en su *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 2a. ed., Madrid, Editora Nacional, 1981, pp. 330 y ss. Véase también, Torres del Moral, *Principios del derecho constitucional español*, Madrid, Átomo Ediciones, 1986, vol. II, pp. 220-260, que mantiene una idea del control parlamentario próxima, en algunos aspectos, a la que aquí sostenemos.

231 Véase su excelente trabajo, “El control parlamentario”, *Revista Parlamentaria de Habla Hispana*, Madrid, núm. 1, 1985, pp. 83 y ss.

232 Decker's Verlag G. Schenk, 1983.

general, y la afirmación es válida para todas las funciones parlamentarias, a excepción de la función legislativa (incluyendo en ella la legislación presupuestaria). Sólo el modo de hacer la ley ha de atenerse a un procedimiento específico y exclusivo. Sólo aquí, pues, la función en sentido material se corresponde con la función en sentido formal o procedimental. Las demás funciones del Parlamento se realizan a través de la completa actividad de la cámara y no están circunscritas (y, en consecuencia, limitado su ejercicio) a unos procedimientos exclusivos.

De esa manera, la llamada “función de dirección política”, por ejemplo, está presente tanto en el nombramiento o elección parlamentaria de cargos públicos como en la investidura gubernamental, en las mociones, etcétera, y, desde luego, en el propio procedimiento legislativo. ¿Puede decirse que aprobar una ley no es llevar a cabo una de las máximas expresiones de la dirección política? Se trata, en realidad, de algo que no puede negarse: la polivalencia funcional de los procedimientos parlamentarios. Sólo cabe hablar, como antes se decía, de una única función incapaz de operar fuera de sus procedimientos propios: la función legislativa, y ello es consecuencia absolutamente necesaria del carácter “formalizado” que ha de presidir el modo de emanación del derecho. El resto de las funciones parlamentarias son capaces de operar a través de todas las actividades, de todos los procedimientos. Es cierto que existen algunos de ellos que son más “característicos” de una determinada función que de otra, pero nada más, de tal manera que a lo único que se puede llegar es a hablar de procedimientos “característicos”, “más usuales”, etcétera, pero nunca (a excepción de la función legislativa, como se ha dicho) de procedimientos exclusivos o propios.

El control parlamentario es, entre todas las funciones parlamentarias, el más significativo a este respecto, el más general, el que es capaz de estar presente en todos los procedimientos de la cámara. Al contrario de lo que, a veces, con cierta ligereza, se dice (confundiendo la posibilidad práctica de remoción del gobierno con la existencia y el vigor del control parlamentario), hoy día en la actividad de control reside la misión primordial de las cámaras, ya que la formación de la ley es, en el presente, más bien una prolongación de la voluntad de los gobiernos que una manifestación de voluntad independiente de los parlamentarios. Ello no significa caer en las fáciles críticas de la función legislativa, que ignoran, simplemente, que lo que ha cambiado es el concepto de ley, pero

no su sentido, y menos su legitimación. Lo que quería decir es que el control resulta imprescindible para la existencia misma del Parlamento, ya que éste lo es (es decir, es un órgano distinto del gobierno) en cuanto que es capaz de actuar como cámara de crítica y no de resonancia de la política gubernamental. De ahí que la función de control penetre la total actividad de la cámara.<sup>233</sup>

No sólo en las preguntas, interpelaciones, mociones, comisiones de investigación y control de normas legislativas del gobierno (instrumentos “más característicos” de control) se realiza la función fiscalizadora, sino también en el procedimiento legislativo (defensa de enmiendas, etcétera) en los actos de aprobación o autorización, de nombramientos o elección de personas, etcétera. En todos esos casos hay (o puede haber) control, y todos esos instrumentos, si no características, son, desde luego, instrumentos a través de los cuales opera el control parlamentario.

#### 4. *La doble condición del control parlamentario: control “por” el Parlamento y control “en” el Parlamento. La oposición y el control*

No me refiero con esta distinción simplemente al agente y al *locus* del control, ya que ello ni sería en verdad una distinción, sino una reiteración (el control realizado por el Parlamento en el Parlamento), ni sería una descripción correcta del fenómeno, puesto que ni toda la actividad de control se realiza “por” el Parlamento como órgano (es decir, por el Pleno e incluso por las comisiones) ni opera exclusivamente en el ámbito reducido de la cámara. Lo que quiero expresar es algo más complejo, a saber: que el control se lleva a cabo no sólo mediante actos que expresan la voluntad de la cámara, sino también a través de las actividades de los parlamentarios o los grupos parlamentarios desarrolladas en la cámara, aunque no culminen en un acto de voluntad de la cámara misma. Y ello es así, insisto una vez más, porque el resultado sancionatorio “inmediato” no es consubstancial al control parlamentario, y porque la puesta en marcha de instrumentos de fiscalización gubernamental no tiene por objeto sólo el obtener una decisión “conminatoria” de la cámara,

233 Véase el trabajo citado de Rubio Llorente en el que, en términos parecidos, aunque se acude a una inteligente distinción entre el Parlamento como órgano y el Parlamento como institución, se adopta una posición similar a la que defiendo.

sino también (y cada vez más) el influir en la opinión pública de tal manera que en tales supuestos el Parlamento es el *locus* de donde parte el control, pero la sociedad es el *locus* al que se dirige, puesto que es allí donde pueden operar sus efectos.

De esa manera, el control parlamentario puede manifestarse a través de decisiones de la cámara (adoptadas en el procedimiento legislativo, o en actos de aprobación o autorización, o en mociones) que son siempre, inevitablemente, decisiones de la mayoría, porque así se forma la voluntad del Parlamento; pero también el control puede manifestarse a través de actuaciones de los parlamentarios o de los grupos (preguntas, interpellaciones, intervención en debates) que no expresan la voluntad de la cámara, pero cuya capacidad de fiscalización sobre el gobierno no cabe negar, bien porque pueden debilitarlo o hacerlo rectificar, bien porque pueden incidir en el control social o en el control político electoral. Y esta labor fiscalizadora del gobierno, realizada no por la mayoría sino por la minoría, es, indudablemente, un modo de control parlamentario gracias a la publicidad y al debate que acompañan o deben acompañar (sin su existencia no habría, sencillamente, Parlamento) a los trabajos de la cámara. Aquí no hay, pues, control “por” el Parlamento (que sólo puede ejercitar la mayoría y que hoy, por razones conocidas, a las que antes se aludió y no hace falta repetir, es o puede ser relativamente ineficaz), pero sí control “en” el Parlamento; control que no realiza la mayoría, sino, exactamente, la oposición.

Stein,<sup>234</sup> al plantearse la necesidad y las dificultades del control parlamentario, manifestará, con agudeza, que el requisito de la independencia entre controlante y controlado no se da hoy en las relaciones del Parlamento con el gobierno, debido a que aquél está dominado por los partidos mayoritarios que sostienen a éste. De ahí, dice, que el Parlamento no pueda “controlar en sentido propio al gobierno. A lo sumo, sería una autocrítica de los partidos gubernamentales”. Sin embargo, sigue exponiendo Stein, el control parlamentario no desaparece por ello, sino que

<sup>234</sup> *Derecho político*, Madrid, 1973, pp. 71-77. De entre los autores que cita, véanse también, especialmente, Leibholz, “Die Kontrollfunktion des Parlaments”, *Macht und Ohnmacht der Parlamente*, 1965, pp. 57-80; Grube, *Die Stellung der Opposition im Strukturwandel des Parlamentarismus, Dissertatum Köln*, 1965, pp. 47-64; y Ellwein-Görlitz-Schröder, *Parlament und Verwaltung*, parte I: *Gesetzgebung und politische Kontrolle*, 1967.

opera en la medida en que se encomiende no a los propios titulares del poder, sino

...a personas que no participen en el ejercicio del poder. Para ello existe la oposición. Precisamente, el hecho de que aspire a conseguir el poder, permite suponer que tratará cuidadosamente de descubrir cualquier falta en aquellos a los cuales quiere desplazar. Esta es la razón por la que la mayoría de los medios de control, tanto en la Ley Fundamental como en el Reglamento de *Bundestag*, se configuran como derechos de las minorías que pueden ser ejercitados incluso contra la voluntad de los partidos gubernamentales.

Stein denomina, en consecuencia, como “derechos de corrección” los ejercitados por el Parlamento en Pleno (voto de censura, aprobación del presupuesto), y como “derechos de control” los que puede ejercitar la oposición (preguntas, petición de información, interpelaciones, comisiones de investigación).

La exposición de Stein es aguda, como antes dije, pero no la comparo enteramente. Estoy de acuerdo en el papel crucial de la oposición en el control parlamentario y, por lo mismo, en considerar instrumentos de control los que pueden ser utilizados (preguntas, interpelaciones, etcétera) por las minorías, e incluso, en desear que sus posibilidades de ejercicio se incrementen. No estoy de acuerdo, en cambio, en suprimir el calificativo de medios de control a los que operan a través de la voluntad de la mayoría (que son muchos más de los que él enumera). El hecho de que en la práctica (por la correlación gobierno-mayoría) pierdan eficacia no los priva de su carácter de control, porque control es tanto “corregir” como “oponerse” y, además de ello, control es también la capacidad fiscalizadora que, a través del debate, puede originarse por el enlace, hoy indiscutible, entre el Parlamento y la opinión pública, posibilidad (y realidad) que el mismo Stein reconoce<sup>235</sup> como una dimensión del control parlamentario.

De todos modos, y al margen de esa pequeña discrepancia, lo que, en general, se trasluce de la exposición de Stein es algo que hoy parece indudable: la necesidad de tener en cuenta que, junto a la clásica contraposición gobierno-Parlamento, hoy no puede olvidarse la nueva contrapo-

235 Stein, *op. cit.*, nota anterior, p. 73.

sición gobierno-oposición. No porque venga a sustituirla enteramente, como opinan algunos, ya que el régimen parlamentario no podría funcionar si se hace desaparecer la diferenciación entre Parlamento y gobierno, así como la configuración jurídica de ambos como órganos distintos (aunque, por supuesto, relacionados), sino porque en la atribución de derechos de control a las minorías parlamentarias radica una de las exigencias de nuestro tiempo. El control “en” el Parlamento no sustituye al control “por” el Parlamento, pero hace del control una actividad de cotidiano ejercicio por las cámaras. A eso justamente es a lo que se refiere Stern<sup>236</sup> cuando afirma que la atribución de derechos a la oposición es una de las exigencias que comporta el régimen parlamentario, siguiendo en ello a Herzog y Schneider, entre otros.

##### 5. *A propósito de algunos medios de control parlamentario (preguntas, interpelaciones, mociones, comisiones de investigación)*

Aunque, como ya se dijo, el control puede ejercitarse a través de todas las actividades parlamentarias, merece la pena detenerse, aunque sea de modo somero, en este conjunto de medios que no son los únicos, pero sí los más característicos de ese control. En ello se aprecia, por un lado, la doble condición de control “en el Parlamento” y de control “por el Parlamento”, que es propia de la categoría y, por otro, el grado diferente que el efecto “conminatorio” puede alcanzar según el medio de control que se utilice.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a las preguntas, sin perjuicio de su consideración como procedimiento para obtener información por los parlamentarios,<sup>237</sup> su capacidad potencial como medios de control es innegable. Calificar a las preguntas únicamente de instrumentos de información<sup>238</sup> es olvidar el sentido fiscalizador que les es propio y que cons-

236 Stern, *op. cit.*, nota 55, vol. 1, §. 23.

237 La cámara, como órgano, posee otros instrumentos, genuinos, para obtener información del gobierno o de las demás autoridades u órganos del Estado. En nuestro ordenamiento tales medios son los previstos en el artículo 109 de la Constitución.

238 Como hace Santaolalla, *Derecho parlamentario...*, *cit.*, nota 121, p. 374 y, especialmente, *El Parlamento y sus instrumentos de información...*, *cit.*, pp. 37-43. En la doctrina italiana ni Miseli, en su clásica obra de 1908 *Il diritto d'interpellanza*, Milán; ni Fenucci, en nuestros días, *I limiti dell'inchiesta parlamentare*, Nápoles, 1968, autores a los que acude Santaolalla, sostienen que la pregunta sea sólo instrumento de información, por el contrario, enlazan en ella información y control.

tituye, sin duda, su auténtica finalidad. Por ello, algunos autores las consideran como instrumentos de dirección política, así Buccisano,<sup>239</sup> otros como una función autónoma, así Chimenti,<sup>240</sup> otros como instrumentos de gobierno de la mayoría, así Pace,<sup>241</sup> y, en fin, otros como medios de fiscalización, así Amato<sup>242</sup> o Manzella,<sup>243</sup> sosteniendo que su función sobrepasa a la de mera información. Todos los citados, a excepción de Pace, con quien discrepo totalmente,<sup>244</sup> afirman, con mayor o menor énfasis, que la pregunta es un medio de contrastar, influir, fiscalizar..., es decir, hay que concluir (aunque no todos ellos lo reconozcan expresamente), de controlar, que es, por lo demás, la tesis clásica, que me parece difícil de desmontar, de Duguit, Bartelemy-Duez, Miceli, Ameller, Leibholz, y la más aceptada en Alemania, desde Stein a Busch. En Inglaterra, la dirección doctrinal dominante puede quedar fielmente reflejada en la conocida frase de Taylor de que las preguntas constituyen uno de los medios más efectivos de control del Ejecutivo jamás inventados.<sup>245</sup>

Primero como preguntas orales (así nacieron en el Parlamento británico en el siglo XVIII), después con el añadido de las preguntas escritas, el instrumento resulta capital en el control, concebido como control “en el Parlamento”, ya que supone un campo abierto a las iniciativas individuales de los parlamentarios. Su efectividad descansa no sólo en la actividad fiscalizadora que a su través puede desarrollarse (de vital importancia para las minorías), sino también en la trascendencia que ello puede tener para la opinión pública, poniendo en marcha posteriores controles sociales o acentuando el control político-electoral, esto es, lo que antes ya he denominado como “esperanza de sanción”. Esperanza que aumenta y fiscalización que se intensifica especialmente a través de las preguntas urgentes, cuyo mejor modelo de inmediatez y flexibilidad lo sigue constituyendo el establecimiento en el Parlamento británico.

239 *Le interrogazioni e le interpellanze parlamentari*, Milán, 1969.

240 *Il controllo parlamentare...*, cit., nota 116.

241 *Il potere de 'inchiesta delle Assemblée Legislative*, Milán, 1973.

242 *L'ispezione politica del Parlamento*, Milán, 1968.

243 *Il Parlamento*, cit., nota 228.

244 Su concepción del control sólo como control por la mayoría ni se adecua a la teoría ni se corresponde con la práctica de la democracia parlamentaria. Una buena crítica a ello en Recchia, *L'informazione delle Asemblee Legislative. Le inchieste*, Nápoles, 1979.

245 Taylor, *The Housse of Commons at Work*, Baltimore, 1963, pp. 110 y ss.

En cuanto a las interpelaciones, cuya diferencia material respecto de las preguntas es menor (pese a la distinción cuestión concreta-cuestiones de política general) que su diferencia procedimental (debate y no sólo réplica y dúplica, además de que podrán dar origen a la presentación de una moción), lo dicho acerca de las preguntas es extensivo a lo que puede sostenerse en lo que toca a su calificación como medio de control, no sólo a disposición de los parlamentarios individuales, sino también, aquí, de los grupos parlamentarios. Capacidad de control que se agudiza por la mayor oportunidad de contraste gobierno-oposición que la existencia de debate presta a las interpelaciones.

Si las preguntas e interpelaciones son medios de control “en el Parlamento”, podría decirse que las mociones lo son de control “por el Parlamento”, en cuanto que se trata de resoluciones (que pueden llamarse indistintamente mociones, proposiciones no de ley, resoluciones o acuerdos) de una cámara mediante las cuales ésta fija su postura sobre determinado asunto. La cámara expresa su voluntad como órgano y, al hacerlo, si es crítica, negativa o conminatoria respecto de una actuación gubernamental o de un proyecto o indicación de futuro para esa actuación, cabría afirmar que de esa manera ejerce el control. Y como quiera que la voluntad de la cámara la forma la mayoría, también cabría afirmar que se trata, en resumidas cuentas, de un débil instrumento de control parlamentario, en la medida en que no puede ser ejercitado por la oposición. Sin embargo, tales conclusiones serían extremadamente simples y no enteramente correctas. Una cosa es el control que puede realizarse mediante la aprobación de la moción, que es, sin duda, un control “por el Parlamento”, y otra el que puede efectuarse mediante la presentación y discusión (con posibilidad de introducción de enmiendas) de la moción, que es un control “en el Parlamento”. Que en la fase de iniciación y discusión (y no sólo en la de votación) se producen efectos de control no puede negarse, si se acepta que ese control también se da en interpelaciones y preguntas. A diferencia de ese tipo de control, que opera o puede operar de modo abstracto, indirecto o mediato, el control que se articula a través de la aprobación de la moción es directo, inmediato, pero no siempre jurídicamente vinculante para el gobierno. Veamos esta cuestión un poco más detenidamente.

En las mociones (a diferencia de lo que ocurre en el ejercicio de la actividad legislativa, en las autorizaciones o en las elecciones de perso-



nas que realizan las cámaras) el principio general es que la voluntad del Parlamento no vincula jurídicamente al gobierno. De tal manera que sólo existe tal vinculación, como resultado de una moción, cuando excepcional y expresamente la norma así lo dispone (norma que no puede ser otra que la Constitución, y no la ley o el reglamento parlamentario, pues de otro modo la excepción carecería de sentido, aparte de que existen razones claras de reserva constitucional). En resumen, salvo la moción de censura (y en algunas Constituciones, como la de Dinamarca de 1953; Suecia de 1974, en la segunda posguerra; o la de Weimar de 1917; Austria de 1920; Irlanda de 1922, en la primera posguerra, también en los casos de “reprobación individual” de un ministro) todas las demás mociones carecen de fuerza jurídica para obligar al gobierno.<sup>246</sup>

Ahora bien, esa carencia de efectos jurídicos vinculante no priva a las mociones, o, más exactamente, a las aprobadas en sentido crítico para el gobierno, de su carácter de instrumentos de control, en cuanto que supone una “conminación” política (aunque no jurídica), y un instrumento de presión gubernamental indirecta a través de la opinión pública.<sup>247</sup>

El hecho de que una moción así sea de improbable aprobación (por la identidad gobierno-mayoría) no significa que, por ello, deje de ser instrumento de control (no cabe nunca descartar su utilización en gobiernos de coalición o de minoría, o en casos de descomposición o crisis de un partido gobernante). Pero, sobre todo, la fácil crítica a su inoperancia no viene más que a consolidar la noción de control parlamentario que en

<sup>246</sup> Menciones, directas o indirectas a la responsabilidad individual de los ministros también, hay en otras Constituciones (Grecia, Italia, República Federal Alemana, por ejemplo), pero la doctrina se divide, en tales casos, sobre los efectos de la llamada “reprobación individual”. En Italia se distingue, como se sabe, entre el voto *di dissenso* y el voto *di sfiducia*, y la doctrina más relevante niega el efecto jurídico vinculante de ese tipo de moción. Lo mismo ocurre en la República Federal Alemana (los argumentos de Maunz en ese sentido son de bastante peso). Parecida polémica se ha dado en España, aunque aquí esté más claro, a mi juicio, que la mención a la “responsabilidad personal” del artículo 98.2 se refiere a la que pueda tenerse ante el presidente del gobierno o los tribunales de justicia. De todos modos, lo que es común (y plenamente acertado) en la doctrina es la procedencia parlamentaria de ese tipo de moción. Sus efectos “conminatorios” políticos para el presidente del gobierno y su trascendencia para la opinión pública son evidentes, y claras, también sus capacidades, en consecuencia, de operar como un control. Que la sanción política no se corresponda con la sanción jurídica no resulta impropio, sino normal en el control parlamentario, como control político y no jurídico, que es justamente la tesis que aquí se viene sosteniendo.

<sup>247</sup> Véase la nota anterior.

este trabajo se defiende: en las mociones, el control más eficaz no es el que se efectúa mediante la aprobación (control por el Parlamento) sino mediante la discusión (control en el Parlamento).

De ahí que en la moción de censura, cuyos resultados sí son vinculantes, la eficacia no se mida por la obtención de la caída del gobierno (difícil por lo que ya se ha dicho), sino por el desgaste que la discusión le puede producir. En ese sentido, la capacidad de control que a través de ella puede desplegarse no depende tanto de que la censura sea o no “constructiva” como de que el debate se implemente de modo que permita a la oposición realizar de la mejor manera su crítica al gobierno.<sup>248</sup> Dado que el Parlamento, como órgano, al ejercer el control mediante un acto de voluntad no puede más que reflejar el criterio de la mayoría, parece claro (y a ello se ha referido Stein, aunque con una terminología que, como dije más atrás, no comparto enteramente) que el control que se realiza mediante decisiones de la cámara está destinado (en el parlamentarismo de nuestro tiempo) más bien a la autolimitación de la voluntad gobernante que a la limitación externa de la misma. En otras palabras, el control que tiene en sus manos la oposición opera no a través de la votación sino de la discusión. La moción de censura puede tener poca eficacia como control “por el Parlamento”, pero no pierde, por ello, su capacidad fiscalizadora como control “en el Parlamento”.

Estas reflexiones conducen, inevitablemente, a plantearse un problema de orden superior: el de la transformación contemporánea del régimen parlamentario. No es este trabajo el lugar indicado para ello, pero al menos, cabe apuntar que esa transformación conduce, por lo que toca al control, a modificar radicalmente algunas viejas teorías. El Parlamento es órgano de decisión, pero también cámara de representación. Es un poder del Estado (un órgano constitucional), pero también una representación (la única) de todos los ciudadanos, es decir, la expresión representativa de toda la comunidad y, en tal sentido, el reflejo de su plu-

248 Ahí reside uno de los graves efectos de la regulación actual de nuestra moción de censura: que aparece como figura estelar en el centro del debate no tanto el presidente del gobierno censurado como el candidato a presidente que se supone. Se hace más hincapié en el debate sobre el programa que éste presenta que en la crítica a la labor del gobierno que se censura. Aunque, en principio, ello pueda parecer que potencia a la oposición, en realidad, no es así, porque se prima más la “investidura” (que es lo improbable) que la “censura” (que es lo posible, es decir, que es lo que puede hacerse, aunque no se logre la derrota del gobierno).

ralismo. Si como órgano sólo puede, al adoptar decisiones, emitir una sola voluntad (la de la mayoría), como cámara de representación popular ha de actuar de manera que en ella se hagan valer no una opinión, sino las opiniones plurales de los grupos que la integran.<sup>249</sup> La mayoría impone la decisión, pero no puede impedir la opinión, no puede (o no debe) sustraer ningún asunto al debate de la cámara. La mayoría puede frenar el control “por el Parlamento”, pero no puede de ninguna manera (a menos que destruya el presupuesto básico de la democracia representativa) frenar el control “en el Parlamento”, control que no opera a través de la votación, pero sí de la discusión. En el carácter deliberante de la cámara y no sólo en el carácter decisorio de la misma radica hoy la mejor efectividad del control parlamentario.

Esto último nos lleva, de inmediato, a considerar el significado de las comisiones de investigación o encuesta. Su calificación como instrumentos de control me parece evidente en cuanto que recibir información es para el Parlamento un medio y no un fin; lo principal, lo sustantivo, es el control que a través de esas comisiones se realiza y lo auxiliar, accesorio o adjetivo, obtener la información suficiente para ello. Ahora bien, lo más importante, a efectos del control, no es la decisión final que la cámara adopte a resultas de lo actuado por este tipo de comisiones, habida cuenta de que la decisión la impondrá la mayoría, sino el hecho mismo de la investigación, esto es, la actividad fiscalizadora (comprobadora, desveladora, expresada no sólo en la información recogida sino en la discusión y debate sobre la misma) que la comisión realiza. De ahí que la eficacia de control descansa en la posibilidad de que la comisión se constituya, es decir, en que la puesta en marcha del instrumento no quede en manos de la mayoría (como es el caso de nuestro ordenamiento y de otros muchos), sino de la minoría. Así lo pedía Mortati, por ejemplo (aunque sin éxito), cuando se elaboró la Constitución italiana, y así está recogido en la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 44 otorga el derecho a exigir la creación de una comisión de investigación integrada por la cuarta parte de los miembros del *Bundestag*. Incluso este número le parece excesivo a algunos autores alemanes (Schneider, en afirmaciones recientes), que defienden la idea de que la constitución de esas comisiones debiera ser obligatoria siempre que la pidiese cualquier

249 Véase, en el mismo sentido, Rubio Llorente, “El control parlamentario”, *op. cit.*, nota 231.

grupo parlamentario, aunque contase con un número de miembros inferior a la cuarta parte de la cámara.

Preguntas, interpelaciones, mociones y comisiones de investigación como instrumentos de control parlamentario (que, como dije antes, no son los únicos, aparte de que el control puede realizarse a través de toda la actividad parlamentaria) muestran que sólo si se concibe a éste como control político, netamente diferenciado del control jurídico, alcanza verdadero sentido, se comprenden sus características, se valoran rectamente sus afectos, se defiende mejor su conexión con los derechos de las minorías (e incluso de los parlamentarios individualmente considerados) y se potenciará su operatividad. La debilidad contemporánea del control “por” el Parlamento puede (y debe) estar compensada por la pujanza del control “en” el Parlamento. Que ello ponga de manifiesto la resurrección, cada vez más clara, de la vieja idea del “gobierno bien equilibrado” y, en consecuencia, la disminución de las diferencias entre el régimen presidencial y el régimen parlamentario en las democracias (por definición todas ellas parlamentarias) de nuestro tiempo es algo que, por un lado, ya se ha apuntado por autores solventes y, por otro, que se impone como consecuencia de la misma “tozudez de los hechos” a la que no puede permanecer ajena, de ningún modo, la teoría.

## 6. *Control parlamentario y democracia de partidos*

Hasta aquí se ha venido tratando del control parlamentario atendiendo a su significado y a los instrumentos y procedimientos mediante los cuales más específicamente se realiza, reiterándose, además, la principal de sus características, esto es, lo que podría llamarse la “polivalencia funcional” del control: su capacidad para operar a través de todas las actividades de las cámaras gracias al debate con publicidad que debe acompañarlas. Sin embargo, ese tratamiento quedaría ciertamente incompleto si no se hiciera referencia a las transformaciones que se han producido en la vida parlamentaria como consecuencia del papel que los partidos desempeñan en el seno de las cámaras. Es cierto, como más atrás se señaló, que este trabajo no es el lugar para extenderse sobre la significación actual de los Parlamentos, pero al menos es necesario, aunque sea brevemente, aludir al problema de las disfuncionalidades que, respecto del control parlamentario, puede originar (de hecho ya lo está haciendo) una excesiva disciplina de partido. Si el control “en” el Parlamento ha

de ser realizado por los parlamentarios individuales y no sólo por los grupos parlamentarios, es evidente que la operatividad de ese control descansa, en gran medida, en la capacidad y libertad de los miembros de la cámara para intervenir en la vida parlamentaria. Por otra parte, si las minorías (la oposición) ha de jugar un papel fundamental en tal control, es preciso que haya suficiente flexibilidad dentro de los grupos parlamentarios para que la disciplina interna no corte en exceso las iniciativas individuales. En definitiva, potenciar el control parlamentario obliga a examinar críticamente el funcionamiento actual de las cámaras como consecuencia de la conversión de éstas en lo que se ha venido llamando el “Parlamento de partidos”.

### *A. Partidos y Parlamento. Consideraciones críticas*

Carece de sentido enjuiciar el funcionamiento actual de los Parlamentos a partir del modelo ideal del parlamentarismo clásico, que partía del supuesto de unas cámaras formadas por individuos enteramente libres a la hora de debatir y de votar y que concebía al Ejecutivo como una especie de comité del Parlamento que podía revocarlo en cualquier momento. Es muy dudoso que ese modelo haya existido incluso en el pasado (aun en los casos que más se le aproximan, como fueron el de la III República francesa o el de la Alemania de Weimar), puesto que los intereses, la ideología, las “amistades políticas”, etcétera, han operado siempre en las cámaras imponiendo cierta disciplina a los parlamentarios.

De todos modos, lo que no es dudoso es que en el presente tal modelo es absolutamente irreal, no sólo por la introducción en las Constituciones (en algunas de ellas) de reglas destinadas a favorecer la estabilidad de los gobiernos (lo que se ha llamado el “parlamentarismo racionalizado”), sino, sobre todo, por la radical transformación operada en el sistema de relaciones Parlamento-gobierno merced a la “democracia de partidos”. Hoy los agentes principales de la actividad de las cámaras no son los parlamentarios individuales, sino los partidos políticos. La disciplina de partido y su proyección parlamentaria, la disciplina de grupo, hace muy difícil la remoción del gobierno por la cámara. Las votaciones parlamentarias están predeterminadas y, en consecuencia, la vieja idea (en que se sustentaba el parlamentarismo clásico) de la subordinación política del gobierno al Parlamento está, en el presente, muy

alejada de la realidad. Hasta tal punto que se ha dicho que hoy, en verdad, el Parlamento es el comité legislativo del gobierno.

Que todo ello, en sus líneas fundamentales, es así, no cabe negarlo, pero, al mismo tiempo, tampoco es conveniente volver a caer en el error de construir un nuevo modelo del parlamentarismo del presente, radicalmente opuesto al antiguo y clásico, y que viniese a retratar no el funcionamiento normal de la forma parlamentaria de gobierno, sino su patología. Patología que en el pasado pudo ser el “parlamentarismo de asamblea” y hoy el “parlamentarismo del Estado de partidos”. El exceso de rigidez y disciplina que los partidos han introducido en las cámaras hasta el punto de que éstas hayan perdido su función central en el sistema, el extremo alejamiento entre los representados y sus representantes, la atonía de la vida parlamentaria, sustituida por el protagonismo de los jueces y de los medios de comunicación, la absoluta prevalencia, en fin, de un poder del Estado (el gobierno) sobre otro (el Parlamento), no es el fiel retrato del parlamentarismo de nuestro tiempo, sino la imagen de un tipo de parlamentarismo enfermizo que sólo se ha producido en algunos países (especialmente del sur de Europa) y que, por ello, más que al parlamentarismo lo que muestra es a su caricatura.

Es cierto que hoy, gracias a la disciplina de partido, los Parlamentos están razonablemente organizados y los gobiernos disfrutan de una estabilidad también razonable. Ello es conveniente y además viene exigido por los mismos ciudadanos, que desean gobiernos eficaces, aparte de ser congruente con los principios constitucionales en que el sistema descansa y que imponen la necesidad de que la mayoría pueda llevar a cabo su programa electoral. Ahora bien, ello no tiene por qué conducir necesariamente a la práctica desaparición del control parlamentario, a la pérdida del protagonismo de las cámaras y la virtual erradicación de la división de poderes. La forma parlamentaria de gobierno, creación de la historia constitucional británica, descansa en un sistema de equilibrios, de frenos y contrapesos que resultan incompatibles con la radical hegemonía de un poder sobre otro. Su correcto funcionamiento ni ha sido una excepción en el pasado ni lo es en el presente: ahí están los ejemplos de las seculares monarquías parlamentarias europeas para demostrarlo. Allí, la transformación de los Parlamentos de individuos en Parlamentos de partidos no ha conducido a la perversión del sistema, esto es, a la conversión del Parlamento en una institución sin relieve político

propio, totalmente sometida a la voluntad del gobierno. Por otra parte, y un buen ejemplo de ello nos ofrece en la actualidad Alemania, la atribución de verdaderos derechos de control a los parlamentarios individuales y a las minorías parlamentarias pone de manifiesto que si bien el control “por” el Parlamento ha perdido eficacia, el control “en” el Parlamento, en cambio, ha potenciado su capacidad de actuación.

Sin embargo, en otros países se está ante el riesgo de incurrir en aquella situación patológica a que antes me refería, y no por obra, precisamente, de las normas constitucionales reguladoras de la forma de gobierno (que, salvo excepciones, no impiden por sí solas un funcionamiento equilibrado de los poderes), sino de las normas infraconstitucionales y de la práctica política, que, de una parte, han acentuado, en exceso, las tendencias oligárquicas de los partidos y, de otra, han disminuido, también en exceso, la función parlamentaria de control. Nos encontramos con partidos extraordinariamente burocratizados, que dejan muy escasa libertad de actuación a sus miembros; con sistemas electorales (como los de listas cerradas y bloqueadas) que potencian la dominación de partidos por sus dirigentes; con fórmulas de financiación pública de los partidos que separa a éstos, netamente, de la sociedad. Por otra parte, los reglamentos de las cámaras contribuyen a acentuar la dependencia de los parlamentarios respecto de sus correspondientes grupos, de tal manera que son los portavoces o presidentes de éstos los auténticos directores (o impulsores) de las actividades parlamentarias. En el seno de las relaciones Parlamento-gobierno se introduce, pues, una férrea estructura jerárquica que descansa en la subordinación del parlamentario individual a su jefe de grupo, en la de éste a su partido y en la del partido a su líder. Como el líder del partido mayoritario dirige (oficial u oficiosamente) el gobierno, se encuentra ocupando la cúspide del poder: a él están subordinados el gobierno, el partido y el grupo parlamentario, esto es, a él está subordinada la voluntad del Ejecutivo y del Legislativo.

Esta situación se afianza si a los factores ya aludidos se añade la realidad de unas elecciones, como son generalmente las de ahora, que por obra de una propaganda en la que predomina sobre todo la imagen se manifiestan más como elecciones plebiscitarias que como elecciones representativas. Los aspirantes a parlamentarios que componen las listas electorales quedan en muy segundo plano, puedo decir incluso que se difuminan, máxime cuando la relación de los candidatos con la circuns-

cripción en la que se presentan o no existe o juega muy escaso papel. Celebradas las elecciones y constituidas las nuevas cámaras, los parlamentarios continúan virtualmente en el anonimato: la suerte del gobierno, las leyes que se dicten, los presupuestos que se aprueben, no van a depender ni de sus discursos ni de sus decisiones, sino de los jefes de sus respectivos grupos políticos, que serán los que actúen en los principales debates parlamentarios y los que les impartan instrucciones para votar de una u otra manera. A todo ello ha de sumarse la tendencia a “consensuar” las grandes decisiones (incluidas las que han de revestir forma de ley) con los llamados “protagonistas sociales” utilizándose muchas veces a las cámaras como órganos de mera ratificación de lo ya acordado fuera de ellas.

La falta de protagonismo del Parlamento provoca un vacío en la vida democrática de un país que suele ser llenado por otras instituciones: especialmente por los medios de comunicación y por la judicatura. No se trata, en modo alguno, de que estos nuevos protagonistas vengan a invadir campos que no son suyos. Una sociedad democrática no puede existir sin una prensa libre, se decía hace ya más de un siglo; hoy podríamos añadir ni sin un radio y una televisión libres. Un Estado de derecho no lo es tal sin control jurisdiccional. El problema surge cuando el control social y el control jurisdiccional del poder han de sustituir, casi enteramente, el control parlamentario. En ese caso los ciudadanos tienen muy poco que ganar y la democracia mucho que perder.

### *B. Democracia “con” partidos frente al Estado “de” partidos*

Entendido el control parlamentario de la manera que más atrás se vino exponiendo, no caben dudas de que para dotarlo de mayor efectividad ha de eliminarse cualquier restricción a la plena capacidad del Parlamento para debatir e investigar. Nada que afecte al interés público debe hurtarse a la información y discusión parlamentarias. Y en tal sentido, los instrumentos de control (de control “en” el Parlamento) han de configurarse, según ya se dijo, como auténticos derechos de las minorías y de los parlamentarios individuales, susceptibles de ser ejercitados (y garantizados jurisdiccionalmente) frente a la voluntad de la mayoría.

Sin embargo, tales medidas no serían suficientes por sí solas, ya que los problemas actuales de los Parlamentos (y por lo mismo, del control parlamentario) no residen sólo en defectos atribuibles a la mera organi-



zación de las cámaras o a sus formas de procedimiento, sino, sobre todo, en algo más profundo, como acabamos de señalar: en los defectos del llamado “Estado de partidos”. La importante función de los partidos está reconocida, incluso, en las Constituciones más modernas. La democracia de nuestro tiempo es una democracia de partidos, y difícilmente podría ser de otra manera. Sin la libertad de asociación política, esto es, sin la existencia de los partidos, no puede haber democracia auténtica, o, lo que es igual, democracia pluralista. Sin unos partidos estables, es decir, socialmente arraigados y con el grado suficiente de cohesión o disciplina interna, no cabe esperar que la democracia sea una forma de organización política eficaz.

Ahora bien, la democracia de partidos no debe sustituir enteramente a la democracia de ciudadanos, puesto que si así ocurriese se estaría pervertiendo la propia democracia, en la que, como su nombre indica, es el pueblo la única fuente del poder.<sup>250</sup> Los partidos cumplen una función auxiliar: son instrumentos, valiosos, por supuesto, pero sólo instrumentos de la democracia; ésta no tiene por sujetos a los partidos, sino a los ciudadanos. Más aún, tampoco los partidos agotan los cauces de expresión del pluralismo político, que también puede (y debe) expresarse por medio de grupos de opinión no partidistas (movimientos políticos independientes, agrupaciones de electores, etcétera); como tampoco agotan los cauces de expresión del pluralismo social, que se manifiesta a través de los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás formaciones colectivas que integran la diversidad de creencias e intereses que existen en una comunidad de hombres libres.

Quizá uno de los problemas políticos más serios del presente consista en la tendencia de los partidos a introducirse en el seno de las organizaciones sociales, para influenciarlas o dirigir las. Es el fenómeno de la tan denostada “politización” (mejor sería decir “partidización”) de las empresas económicas, sociales o culturales. Al margen de las críticas frívolas, cuando no simplemente antidemocráticas, que ese fenómeno a veces recibe, el problema donde radica es en el deterioro de la espontaneidad social que ello conlleva, así como en las disfuncionalidades (o lisamente, ineficacias) que produce el traslado al ámbito de las organizaciones sociales de un tipo de racionalidad que allí resulta impropio. Poner los medios para que los partidos limiten sus actividades al mundo de las

250 Véase mi libro *Constitución y democracia*, 2a. ed., Madrid, 1991.

instituciones públicas, fomentándose (y no difuminándose) la distinción entre lo político y lo social, parece hoy una tarea urgente si quiere fortalecerse la democracia que no puede soportar por mucho tiempo, sin grave riesgo, la confusión entre lo público y lo privado.

Por otra parte, la misma y propia función de los partidos en las instituciones públicas debe ser objeto de algunas reconsideraciones. De un lado, el importante papel que los partidos desempeñan (y que constitucionalmente tienen reconocido) exige al mismo tiempo que se extreme la obligación (también impuesta por las Constituciones) de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos, postulado muy fácil de enunciar, pero muy difícil de llevar a la práctica. Pese a las dificultades y a la casi irresistible tendencia oligárquica que se da en el seno de cualquier partido, la pretensión no es imposible y, probablemente, la salida de la crisis de legitimidad que hoy afecta a los partidos dependa, en no escasa medida, de la capacidad de éstos de dotarse de una razonable democracia interna. De otro lado, el papel institucional de los partidos debe ser concebido en sus justos términos: de la misma manera que los partidos no pueden sustituir al pueblo, tampoco pueden sustituir al Estado. Por ello, la tan utilizada expresión “Estado de partidos” es, cuanto menos, incorrecta en un sistema democrático.

Los partidos son, en los ordenamientos constitucionales democráticos, asociaciones privadas, aunque esos mismos ordenamientos reconozcan, como es obvio, la relevancia pública de sus actividades. Ni los partidos son órganos del Estado ni pueden manifestar, por sí mismos, la voluntad estatal. La diferenciación entre el Estado y los partidos ni es una apariencia formalizada, es decir, una “ficción jurídica”, ni es sólo un postulado del derecho impuesto por una lógica abstracta, sino una exigencia que proviene de la misma realidad política. Aceptar que la estructura orgánica estatal tiene un carácter ficticio, bajo el que se esconde, en realidad, la desnuda voluntad de los partidos, y pensar que esa situación puede ser duradera a condición de que no se haga demasiado patente que “el rey está desnudo”, es no sólo una actitud cínica, sino, sobre todo, una actitud suicida. Una sociedad de hombres libres acaba, más tarde o más temprano, por dejar de obedecer los mandatos de la autoridad si ésta pierde su condición de representante de la voluntad de todos y si estos mandatos no están justificados por razones de interés general.

Ahora bien, que el Estado no deba ser el disfraz de los partidos no significa, ni mucho menos, que no haya de tenerse muy en cuenta la función de los partidos en la vida de las organizaciones públicas. Pero, claro está, de aquellas organizaciones públicas que respondan a la lógica partidista, esto es, a la lógica de las mayorías y las minorías producto de la representación. Esa lógica debe operar, por ello, exclusivamente, en el ámbito parlamentario-gubernamental, puesto que es allí donde se manifiesta, legítimamente, el pluralismo político, sin que deba trasladarse a otras instituciones del Estado, especialmente las de naturaleza jurisdiccional, cuya composición y funciones descansan únicamente en razones de independencia y profesionalidad.

Es curioso, y perturbador, que allí donde tiene toda su legitimidad la actuación de los partidos, que es en la vida parlamentaria, sea donde resulta más débil su papel en la práctica política actual de muchos países. De ahí que cualquier intento serio de fortalecer la función del Parlamento deba incluir, necesariamente, medidas que tiendan a reforzar la importancia parlamentaria de los partidos. No hay que dejarse engañar por las apariencias: hoy, generalmente, los partidos son muy eficaces para disciplinar la actividad parlamentaria, pero muy ineficaces para hacer de esa actividad el centro de intereses de la política nacional (ahora los sindicatos, las organizaciones empresariales y la prensa exigen mayor protagonismo político que las cámaras).

Unos partidos con muy bajo nivel de afiliación, financiados casi enteramente con dinero público y férreamente dominados por sus dirigentes genera una clase política no ya burocratizada, sino, por así decirlo, “funcionalizada”. En esas condiciones, el Parlamento puede resultar muy bien organizado, eso sí, pero también quedar muy aislado de la sociedad. Con ese tipo de partidos se refuerza en las cámaras la previsibilidad en el decidir, pero se debilita enormemente la capacidad de discutir, que es, al fin y al cabo, la principal función parlamentaria. Por ello vigorizar el control parlamentario (cuyo ejercicio constituye, o debe constituir, la misión primordial del Parlamento) no es algo que pueda conseguirse sólo modificando los reglamentos de las cámaras para atribuir derechos de control a los parlamentarios individuales y a las minorías parlamentarias, exige además, y sobre todo, modificar el sistema electoral y las normas reguladoras del funcionamiento y financiación de los partidos. Unos partidos más respetuosos del pluralismo interno, me-

nos encorsetados por un exceso de disciplina, más abiertos a la sociedad (sin confundirse con ella como tampoco sin confundirse con el Estado), ofrecerán, sin duda, mayor capacidad de actuación parlamentaria a sus miembros y, en consecuencia, podrán dotar a las cámaras de la suficiente vivacidad para que el control parlamentario adquiera la plenitud que toda democracia constitucional exige.

## VII. EL PAPEL DEL DERECHO EN LAS DIVERSAS CLASES DE CONTROL

En varias ocasiones, a lo largo de este trabajo, me he referido a la confusa y, a mi juicio muchas veces inexacta, calificación que de lo jurídico y lo político se hace por algunos autores a propósito del control. Considerar jurídico un control porque el derecho prevea su realización o entender que sólo es político cuando la norma lo ignora; sostener que el derecho como saber únicamente puede estudiar los fenómenos de control si los concibe como fenómenos “materialmente” jurídicos o afirmar que el control basado en razones de oportunidad no es político sino jurídico, porque sus resultados sean vinculantes; defender, en fin, que el control parlamentario es control jurídico y no político porque a través de él se lleva a cabo una actividad de comprobación son expresiones, todas, de la confusión que he aludido: confusión entre juicio y procedimiento, entre sanción y resultado, entre norma y categoría, entre objetos del derecho y conceptos jurídicos. La cuestión excede, como se ve, del campo estricto del control, pues trae su causa de un planteamiento más general; al fin y al cabo, esas confusiones que sobre el control se detectan no vienen más que a reflejar unas confusiones de mayor calibre, relativas al concepto mismo del derecho, al significado del derecho constitucional y a los papeles que desempeñan lo político en el derecho y lo jurídico en los fenómenos políticos.

Cuando K. Doehring expone que el derecho constitucional no juridifica exactamente lo político sino que lo canaliza,<sup>251</sup> está apuntando a la raíz del problema. Efectivamente, la regulación por el derecho de cualquier actividad no la muda por ello de condición, no la “juridifica”

<sup>251</sup> Doehring, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., 1980, p. 21.

(convirtiendo en actividad materialmente jurídica lo que es actividad económica, cultural, social o política): simplemente la normativiza, y no siempre en su totalidad, sino en cuanto a los rasgos de esa actividad que el derecho estima relevantes. El jurista, al estudiar esas actividades (como objetos que son del derecho) no estudia su condición característica, sino la regulación que el derecho les otorga. De esta manera, ni dejan de ser fenómenos políticos, por ejemplo, aunque el derecho los prevea, ni es necesario (ni sería correcto) mudarlos de condición y convertirlos en fenómenos jurídicos para que el jurista los pueda hacer objeto de su saber.

Hay realidades, en cambio, materialmente jurídicas, no sólo porque estén previstas por el derecho, sino porque su condición característica, es decir, lo que les presta un sentido propio, lo es. Esas realidades son las normas y los principios que componen el ordenamiento, así como las sentencias que en cada caso lo concretan y, en consecuencia, actividades materialmente jurídicas también lo son las operaciones dedicadas a interpretarlas y aplicarlas según las reglas que el propio derecho proporciona, es decir, de manera objetivada. La misma ley nos facilita un buen ejemplo de todo lo que acaba de decirse. La crea un órgano político (el Parlamento), mediante una decisión (basada en la libertad y la oportunidad) también política, interpretando políticamente la Constitución, y el hecho de que el procedimiento para su emanación esté reglado (en cuanto al modo) no elimina la radical “politicidad” de la voluntad que decide sobre la oportunidad y el contenido de esa emanación. La actividad de hacer leyes es, en suma, una actividad política, como no podría ser de otro modo. Su estudio, en cambio, puede hacerse desde la ciencia política (examinándola, con técnicas adecuadas, como proceso de toma de decisiones, por ejemplo) o desde la ciencia del derecho (examinando la regularidad jurídica del procedimiento legislativo). Emanada la ley, producto de una decisión política, ese producto se objetiva y pasa a ser una realidad jurídica: la norma, capaz de generar actividades, realidades o fenómenos (su interpretación y aplicación por los jueces, las sentencias) también materialmente jurídicos, que pueden ser estudiados, con métodos distintos, tanto por el jurista como por el politólogo. Pero de la misma manera que la sentencia no dejará de ser fenómeno jurídico porque el politólogo lo haga objeto de su saber, la decisión de emanar una ley no dejará de ser un fenómeno político aunque el jurista lo estudie.

Hoy, todo o casi todo está regulado (con mayor o menor amplitud, y esa es también una decisión política) por el derecho. Sería más correcto decir, entonces, que la mayor parte de la actividad social está “normativizada”, en lugar de acudir a la confusa palabra “juridificada”, que al no distinguir entre objeto del derecho y derecho en sí, a tantas tergiversaciones puede dar lugar. Debe distinguirse, pues, lo jurídico como perspectiva y como método, de lo jurídico como condición de determinados fenómenos. De la misma manera que deben distinguirse los efectos jurídicos de una actividad de la actividad en sí misma considerada. El jurista, respecto de muchas realidades, no estudia su contenido material, su significado propio (o sus múltiples significados), sino sólo su regulación jurídica.

El error de creer que porque una actividad se regule jurídicamente se muda por ello su significado y no sólo su modo de ejercicio es muy viejo y se enraiza en la ambigüedad y confusión que siempre ha acompañado al término “naturaleza”, término que no ha traído más que problemas al mundo de las ciencias jurídicas sociales. Y así, se ha mantenido que todo tiene una naturaleza jurídica (con lo cual cada cosa tendría múltiples naturalezas), y se habla de la naturaleza jurídica de los partidos, del *nasciturus*, en fin, de cualquier relación social, económica, cultural, política, etcétera, e incluso de actividades fisiológicas o fenómenos vitales e incluso involuntarios, como, por ejemplo, la misma muerte cuando la muerte es “natural”. Todo o casi todo está regulado por el derecho y tiene o puede tener efectos jurídicos (muy claros, desde luego, el hecho de morir). ¿Quiere decir ello que la naturaleza de un partido es ser una asociación jurídica y no política, o la de un *nasciturus* el ser una expectativa de derecho y no de un feto o la de la muerte ser un hecho jurídico y no vital o fisiológico? Hubiera sido preferible utilizar, en lugar de naturaleza, significado, tratamiento, consideración, perspectiva, términos más propios del carácter formal y abstracto del derecho.

Esta confusión, como antes decía, se refleja en algunos estudios sobre el control. Así, Galeotti dirá que el control político es el que no está formalizado, el que no tiene regulado por el derecho su procedimiento,<sup>252</sup> concepción, inadmisibles por todo lo que antes se ha dicho, que equipara lo político a lo no institucionalizado o no formalizado y que llevaría al absurdo de considerar que las actividades políticas dejan de ser

lo porque las normas se refieran a ellas, con lo cual en el Estado de nuestro tiempo muy pocas actividades o entidades serían políticas: todas habrían pasado a ser simplemente jurídicas. Como puede verse, la confusión entre regulación y condición es sumamente notable. La equiparación absoluta, en consecuencia, entre concepto, objeto y método a lo que esta confusión lleva no puede ser más rotunda: un control previsto por el derecho, vendrá a decirse, no puede ser estudiado rigurosamente más que desde el punto de vista jurídico, el tratamiento jurídico del control no puede conducir más que a considerar el control como control jurídico, y, en consecuencia, el concepto jurídico del control parlamentario obliga a entender a éste como control jurídico. El error (y la tautología) en que incurren estas tesis son tan claros que no precisan de mayor consideración. Parece obvio que ni se “despolitiza” legislando ni se conceptualiza simplemente nombrando.

¿Cuál es el papel del derecho en el control, o más exactamente, en las diversas clases de control? Distinguiremos, como hasta ahora, entre control jurídico, político y social. En el control jurídico puede decirse que el derecho lo es todo: constituye el canon de valoración, impone un determinado tipo de razonamiento, caracteriza el agente de control, regula el procedimiento, y exige, de manera inexorable, la sanción cuando el resultado es adverso. Como control objetivo, la medida de su eficacia reside, justamente, en su escrupulosa juridicidad. Su expresión más alta es la justicia constitucional, pero no, desde luego, su expresión única,<sup>253</sup> en cuanto que a su través lo que se pone de manifiesto es el conjunto de garantías jurídicas que caracterizan al Estado de derecho. El papel del derecho, como realidad y como saber, es el de velar por el carácter estrictamente jurídico de todos los elementos y este tipo de control, que es, por lo demás, como antes se dijo, el único camino para potenciar su eficacia.

En el control político, el derecho, sin serlo todo, tiene reservado un papel importante. No caracteriza el canon de valoración ni los agentes de control ni muchas veces el propio resultado, pero regula su procedimiento, es decir, formaliza, institucionaliza jurídicamente los instrumen-

253 El control jurídico como la mejor garantía, que el derecho facilita, de las limitaciones del poder es consubstancial a la democracia constitucional, y no sólo unas de sus formas de gobierno o la existencia de *judicial review*. Véase el excelente libro de Schwatz B. y Wade, H. W. R., *Legal Control of Government (Administrative Law in Britain and the United States)*, Oxford, Clarendon Press-Oxford University Press, 1972.

tos a través de los cuales el control se efectúa. No es un control jurídico, pero es un control que tiene normativizada su tramitación y, en ese sentido, garantizado su ejercicio por el propio derecho. Las normas electorales o las que regulan los procedimientos parlamentarios no imponen a los agentes de control los criterios para valorar los objetos controlados, que en esto son aquéllos enteramente libres (porque se trata de un control político), pero imponen (y garantizan) el modo de utilización de los instrumentos de control. El papel del derecho es el de regular, aquí, el procedimiento, e incluso la forma externa de la voluntad controladora, pero no su contenido interno. El papel del jurista es estudiar (y criticar, también, por supuesto) dicha regulación, en la medida en que aquí la garantía del control está directamente relacionada con la facilidad de su ejercicio, es decir, con la extensión y regularidad de la capacidad de instar y proceder al control. En otras palabras, en el Estado constitucional democrático el control político, sin dejar de ser político, ha de ser concebido y garantizado como derecho.

En el control social,<sup>254</sup> el derecho juega un papel aún menos “extenso”, pero no sin importancia. El derecho ni siquiera regula los instrumentos, los medios de control, ya que se trata de un control “no institucionalizado”. No existen, propiamente, procedimientos “normativizados” del control social; este control opera de manera difusa. Ahora bien, el derecho posibilita su ejercicio, más aún, lo garantiza, no por la vía de establecer tramitaciones específicas, sino por la de consagrar los “derechos” que hacen posible el control. En ese sentido el control social es objeto del derecho y objeto del estudio por los juristas, bien que siempre de manera indirecta, es decir, a través de los derechos fundamentales, que son, exactamente, el presupuesto de su ejercicio: sólo en una sociedad de hombres libres puede haber control social del poder.

La teoría del control en el Estado constitucional se presenta, así, como elemento inseparable de la teoría de la Constitución. Y esa teoría, que es una teoría jurídica, no convierte, por ello, en “jurídicos” a todos los controles, sino que lo que tiende es a hacerlos efectivos. De un lado,

254 No hace falta aclarar que se trata, con este término, de aludir al control del poder por la misma sociedad, es decir, el control social del poder. Significado completamente distinto al que pueda tener el término a otros efectos (por ejemplo, el que le da Ross, como título a su conocida obra de 1901, a partir del enfoque de Durkheim, que sería adaptado por la sociología norteamericana hasta los años treinta; o el que le atribuye Parsons, como control de la desviación).



exigiendo la politización de los controles jurídicos, y de otro, potenciando, a través del derecho, la utilización de los controles políticos y sociales: postulando de los primeros (los políticos) su condición de derechos no sólo de las mayorías, sino, primordialmente, de las minorías,<sup>255</sup> y de los segundos (los sociales) su condición de resultado de una situación constitucional de consagración y garantía de las libertades. De este modo, las tres clases de control son objeto de estudio del derecho constitucional como saber y objeto de las normas del derecho constitucional como sector del ordenamiento.

255 La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado este principio con gran claridad, especialmente en la sentencia 32/1985: la inclusión del pluralismo político como valor jurídico fundamental (F. J. 2) significa que “las decisiones de la mayoría no pueden ignorar... los derechos de las minorías” (F. J. 2), sin que ello signifique desconocer que “pertenece a la esencia de la democracia representativa la distinción entre mayoría y minoría (que es simple proyección de las preferencias manifestadas por la voluntad popular) y la ocupación por la primera de los puestos de dirección política” (F. J. 3); pero en lo que se refiere a las actividades de deliberación (y control) la minoría debe estar garantizada, pues se trata de “una proporcionalidad constitucionalmente exigible” (F. J. 3).