

DEL ESTADO DE DERECHO LEGAL AL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL.

Discurso de recepción como Académico honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Santiago Muñoz Machado

Buenos Aires 16 de julio de 2025

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, don Alberto Bianchi, señor académico y colega don Juan Carlos Cassagne, señoras y señores académicos, autoridades, señoras y señores.

Hace ya casi tres de lustros que esta académica me acogió como académico correspondiente y hoy me recibe como académico de honor. Hay ocasiones en la vida de un profesional en las que conviene refugiarse en la frase "no encuentro palabras" para expresar la dificultad de responder con justicia al homenaje que se recibe. Esta es una de ellas de modo eminente. Diré, sin embargo, por mi condición de jurista, llevo una vida entera cultivando una ciencia de las palabras, y por el cargo de Director de la Real Academia Española soy el responsable último de un Diccionario de prestigio, formado por 94.000 palabras y 194 000 acepciones. De modo que tengo muchas palabras con las que empezar mi exposición.

El reconocimiento de los colegas es la mayor de las bendiciones que puede esperar un profesional y los elogios que tan generosamente ha desplegado para describir mi vida de estudio y trabajo, un compañero tan admirado y querido como Juan Carlos Cassagne, suponen una satisfacción inmensa e inolvidable. Siento una inclinación muy fuerte por el estudio de las instituciones americanas, que mi obra denota, y por seguir puntualmente los trabajos de los intelectuales de esta tierra, y esta inclinación multiplica mi satisfacción porque ustedes me reciban hoy en una Academia de tanto prestigio. Tengo muchas palabras, como he dicho, pero elijo de todas las de nuestra lengua, la más hermosa para expresar mi sentimiento: gracias, infinitas y emocionadas gracias.

El asunto de que voy a hablarles me ha sido sugerido por mi padrino en esta ceremonia, que conoce bien mi propia bibliografía, está siempre atento a los temas de vanguardia y sabe de mi irresistible afición a tratar de explicar asuntos complejos; si es posible con palabras llanas. Lo hemos titulado, de

común acuerdo, “Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional” y ha de versar, lógicamente, sobre la fabulosa historia de la mutación del reino de la ley en reino de la Constitución, los problemas que ha suscitado para el Estado de Derecho la etapa de dominio absoluto del legislador y los que plantea ahora la subordinación del sistema jurídico entero a una Constitución normativa.

Se trata, obvio será que lo diga, de la metamorfosis más importante de los Estados y su Derecho en los dos últimos siglos.

Los creadores intelectuales del gran edificio dogmático del Derecho Público fueron un grupo de autores alemanes y franceses que concluyeron sus obras en los años finales del siglo XIX y primeros del siglo XX. En Francia son los que contribuyen a alumbrar la que, con buenas razones, M. J. Redor ha denominado la «edad de oro» de la doctrina publicística francesa, que sitúa entre los años 1879 y 1914. En 1887 se conoce la primera edición del *Traité de Laferrière*; M. Hauriou publica su *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* en 1892; dos años más tarde se crea la *Revue de Droit Public* que, poco a poco, desplazará a la *Revue General d'Administration*. Los nombres y la obra impresionante de Barthélémy, Berthelemy, Duguit y Jèze se sumarán después a esa nómina de creadores que puede darse, en lo principal, por cerrada con la aparición de la formidable *Contribution à la théorie general de l'État* que, aunque publica en 1920, Carré tiene ya redactada en 1914.

La doctrina alemana había empezado, en verdad, bastante antes a construir de modo sistemático una explicación de la organización del Estado y de las relaciones con los ciudadanos. Concluirán estos esfuerzos en la formulación del concepto de Estado de Derecho y la explicación técnica de los diversos significados de esta institución.

La primera vez que aparece la expresión Estado de Derecho en Alemania, según explica E. W. Böckenförde, es usada por C. Ch. Welcher en 1813. Luego la retoma Ch. F. Von Aretin en su *Staatsrecht der Konstitutionellen monarchie* de 1824. Robert Von Mohl la utiliza en su *Das Staatsrecht des Königreich Wüttemberg*, de 1829. La conversión del concepto en pieza esencial de la publicística alemana deberá mucho a las contribuciones de O. Bahr (1864), de R. Von Gneist (1879) y R. Von Mohl (sobre todo por su posterior *Die Polizeiwissenschaft nach der Grundsätzen des Rechtsstaates*, 1842-1843, acompañado enseguida por el de F. J. Stahl *Die Philosophie des Recht*, 3.^a ed., 1856), son los que ocupan la cabecera de la lista de creadores teóricos del Estado de Derecho. Las consecuencias de estas ideas y su exposición en un orden sistemático que involucrará a todas las instituciones, será el trabajo de otra generación de oro de la publicística europea, a cuyo frente están Gerber, Ihering, Laband y Jellinek.

La sumisión de los poderes públicos al Derecho no servirá solo para preservar la esfera de acción libre de los ciudadanos, sino para establecer toda una ética nueva del Estado, una nueva ideología también, que desplazará definitivamente al Estado omnipotente del absolutismo en el cual todas las acciones del poder se justifican por sí mismas. Surgirá entonces, en cambio, el culto al Derecho, como una fuerza capaz de ordenar las relaciones del Estado con la sociedad y encauzar correctamente los objetivos de los poderes públicos. Ya no más, como en el absolutismo, *rex facit legem*, sino que *lex facit regem*. En el Estado de Derecho no hay sitio para el gobierno de los hombres sino que es «el reino de las normas» (Leisner), el *government by laws*, de que hablarán los ideólogos de la Revolución norteamericana. Nada parecido, en efecto, al Estado de policía de la última Ilustración, que Carré de Malberg caracterizó como «aquel en el que la autoridad administrativa puede, de forma discrecional y con una libertad de decisión más o menos completa, aplicar a los ciudadanos todas las medidas que considere necesarias para hacer frente a las circunstancias y atender en cada momento los fines que ella se proponga».

La misma fórmula de sometimiento general a las leyes como característica del Estado de Derecho es lo que, en línea de continuidad con Stahl, utiliza R. Von Gneist en su obra. Pero con el matiz de que el Estado de Derecho implica un «gobierno según las leyes»; es decir, que estas no son solo su fundamento, sino el marco y el límite de la acción del ejecutivo, que ha de desenvolverse con gran capacidad de autoorganización pero sometido finalmente a una jurisdicción administrativa. En este último aspecto del control jurisdiccional pondrán, en fin, mucho más énfasis las obras de Otto Bahr y de Otto Von Gierke.

Con este contenido, la concepción del Estado de Derecho se expandió exitosa por toda Europa gracias, sobre todo, a las aportaciones de la doctrina francesa.

Hay referencias a la misma en los manuales de L. Duguit y de A. Esmein. Pero, como ha recordado J. Chevallier, será Carré de Malberg, atento al pensamiento alemán, el autor decisivo entre los franceses. Estuvo muy influido por la obra de P. Laband, a quien sucedería en la cátedra de Derecho Público de la Universidad de Estrasburgo después de la Primera Guerra Mundial.

La explicación del alcance con que los poderes del Estado se someten al Derecho es semejante en la doctrina alemana y en la francesa, aunque esta, naturalmente, se esfuerce por adaptarla a su propia tradición constitucional. Más diferentes son, sin embargo, las exposiciones sobre los fundamentos de dicha sumisión. La doctrina alemana, usando criterios que están explícitos en Hobbes (el Estado, como consecuencia del pacto del que nace, no está

limitado por ninguna clase de Derecho, pero su poder absoluto debe dirigirse, de modo no arbitrario, a asegurar a los súbditos seguridad y protección), o en Spinoza (si el Estado no observa sus leyes y se desvía de la razón compromete su propia existencia), encontrará en la filosofía del Derecho de Hegel una explicación con la que se conformará y que servirá para desarrollar técnicamente la justificación de dicha sumisión del Estado al Derecho. El Estado, según Hegel, no puede ser sometido a límites externos. Su limitación por el Derecho tiene que ser, por tanto, consecuencia de una decisión propia por la que el Estado acepte someterse a aquel. Se trata de que el Estado, que crea el Derecho, también asume atenerse a sus reglas. Es esta una operación de autolimitación. Los juristas constructores de la dogmática del Estado de Derecho seguirán en Alemania esa idea mayoritariamente. También influyó la teoría de la autolimitación en la doctrina francesa, pero con importantes matices y reticencias. Michaud, Duguit, Hauriou, Jèze o Berthelemy, se oponen a la idea de un Estado omnipotente del que emanan todas las reglas del Derecho. Todos ellos sitúan ese momento creativo en un principio anterior o superior, sea Dios, la naturaleza, el hombre, la sociedad... Y ello, aun en un período en que toda referencia al Derecho natural estaba completamente desacreditada.

Concluiré ahora la exposición sobre la construcción doctrinal del Estado de Derecho con una aclaración fundamental en la que los autores que vengo citando coinciden: el Estado de Derecho que se desarrolla en Europa a partir de la Revolución de 1789 es un Estado de Derecho legal. La ley es el centro, la norma superior e irresistible. Sus reglas sirven para definir y delimitar los derechos de los ciudadanos. La dominación de la ley afecta a todos los poderes del Estado que han de someterse a sus dictados. Y, por contraste, la ley no tiene freno alguno. Ni las Declaraciones de Derechos ni la Constitución son preservadas por ningún tribunal frente a los abusos, los excesos o las contradicciones con sus postulados en los que la ley puede incurrir. No existe, en definitiva, ningún sistema de control de la constitucionalidad de las leyes; en ellas queda depositada la soberanía y concentrada la creación del Derecho.

También es consecuencia de la indeterminación del ámbito material de la ley el hecho de que ni siquiera la Constitución pueda oponerse a sus determinaciones. No solo no se establece, ni en Francia ni en España, un sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad de las leyes, sino que la mayor parte de las Constituciones aprobadas desde las Cartas Constitucionales francesas de 1814 y 1830 (en España la fórmula la siguen el Estatuto de 1834 y las Constituciones de 1837, 1845 y 1876), no incorporan ningún procedimiento específico para su reforma, con lo que se quedan al paio

y sin posibilidad jurídica de resistir las modificaciones que la legislación ulterior pueda decidir. Ello no obsta a que se generalice durante todo el siglo XIX la idea, que expresan autores tan significativos como Tocqueville, de que «la Constitución es intangible». Pero esta «inmutabilidad de la Constitución» se funda más en la observación de una práctica hasta entonces seguida, que en razones jurídicas de cualquier clase. La equiparación jurídica real entre la ley y la Constitución permite que, durante el siglo XIX, la Constitución pueda ser condicionada y modificada por el legislador ordinario. Dos opiniones de la máxima autoridad avalan esta conclusión. Por un lado, refiriéndose al constitucionalismo alemán, dijo Laband que «la afirmación de que las leyes ordinarias deben estar siempre en armonía con la Constitución y no resultar incompatibles con ella constituye simplemente un postulado de práctica legislativa, pero no es un axioma jurídico». Sigue esta aseveración a su rotunda convicción de que «no existe en el Estado voluntad superior alguna a la del soberano». Utilizando otros argumentos, a la misma conclusión llega en Francia Carré de Malberg, analizando la Constitución de la III República. Simplemente aprecia que si el Parlamento francés se enfrentara a una declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad, podría superarla muy fácilmente. En su criterio «las mayorías parlamentarias que han adoptado la ley paralizada por una sentencia de la autoridad judicial, a fin de hacer prevalecer su voluntad, no tendrían más que confirmar en la Asamblea Nacional el fallo o medida que inicialmente habían tomado por simple vía legislativa...».

La ley, según queda configurada desde el primer constitucionalismo decimonónico, es insusceptible de control alguno, injusticiable. Las decisiones del legislador son también irresistibles y, en ningún caso, generan responsabilidad por los efectos o consecuencias que producen en los bienes y derechos de los ciudadanos.

Continuaba Carré de Malberg señalando que «El sistema representativo que la Constitución ha erigido partiendo del principio de la soberanía nacional, se sustancia, en definitiva, en un sistema de soberanía parlamentaria». El parlamento era doblemente soberano: lo era, en primer lugar, frente a todas las autoridades, en la medida en que configuraba, frente a ellas, al pueblo con su poder derivado de la voluntad general; y lo era, también, frente al propio cuerpo de los ciudadanos, porque, como había dicho Siéyès, aquel no podía expresar su voluntad general más que por medio de la asamblea de diputados. El gobierno representativo, dirá B. Constant, algunos años después del invento de

la idea (en su famosa conferencia de 1819, “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes”) es el resultado y el producto de «notre hereuse Révolution». Constant, que gozó de la amistad del abad Siéyès y recibió de él una influencia clara (que ha demostrado P. Pasquino), cifró las características esenciales de las libertades de los modernos en relación con las de los antiguos, precisamente en el «derecho a no estar sometido nada más que a las leyes», hechas precisamente por un gobierno que por oposición al popular es llamado «representativo». La ley expresión de la voluntad popular se convierte en el centro del sistema constitucional.

Queda establecido el reino de la ley (un Decreto de la Asamblea de 9-15 de abril de 1791 dispuso que en el dorso de las monedas debía figurar la expresión «Règne de la loi»). La repercusión más inmediata y sustancial de todo ello es que la ley queda convertida en el instrumento fundamental para ordenar la actuación de los demás poderes, pero también de los derechos de los ciudadanos, que la ley se encarga de delimitar y articular para hacer posible su efectivo disfrute y desarrollo en la sociedad. El principio general que debe ordenar las relaciones entre la ley y los derechos está en el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano: «la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene como límites sólo los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Esos límites sólo pueden ser determinados por la ley».

S. Rials ha denominado, usando una expresión certera, «legicentrismo» a dicha fórmula constitucional que encarga a la ley la efectividad de los derechos y hasta la implantación social de las instituciones y garantías que son imprescindibles para su desenvolvimiento. Y lo hace, además, como en el caso de Francia, con insistencia, con una confianza extrema en la virtud de conformación de la nueva sociedad que solo la ley tiene.

El dominio de la ley llega al extremo de la prohibición de que los jueces puedan interpretarla. Se les obliga, utilizando un desideratum que viene de Montesquieu, a ser la boca que pronuncie las palabras de la ley. La interpretación añade a la norma, según convienen los revolucionarios, reglas o principios nuevos, hasta el extremo de que el intérprete se sitúa por encima del legislador. A esta finalidad prohibitiva de la interpretación sirve la institución del référé législatif.

El Reino de la ley aparece en el primer constitucionalismo, que es el revolucionario que estableció la separación de poderes y la garantía de los derechos como señas de identidad. La confianza en la ley milita al lado de la absoluta reprobación de los excesos en que la Justicia había incurrido (por lo pronto en Francia, pero también en toda Europa). No cabe en los contornos de ese primer constitucionalismo revolucionario atribuir a los jueces el poder de controlar las leyes o, simplemente, los reglamentos de la Administración.

Tenían tanta desconfianza en los tribunales como perfecta conciencia de su poder. Barrère, por ejemplo, tenía una opinión clara de los jueces a los que considera «hombres inútiles para la sociedad», hábiles solo para «exasperar a las familias, afilar las pasiones y excitar el interés personal». El ambiente no era, en verdad, nada propicio para confiar a los jueces un poder que les permitiera enjuiciar las decisiones de la Asamblea. Nadie lo intentó, salvo Siéyès, en el discurso que pronuncia el 18 de thermidor del año III, al presentar su proyecto de «Jury constitutionnaire». Se trataba de un tribunal que define como un «depositaire conservateur de l'acte Constitutionnel». Era un proyecto utópico y el abate era el primero en saberlo. No prosperó porque habría servido para atentar contra la soberanía de la ley, lo que era por completo impensable.

La consecuencia de esta configuración de la ley, como centro del sistema jurídico, es que las constituciones pudieron ser desconocidas por el legislador, al acometer cualquier regulación. El texto de la Constitución no era normativo, sino programático. Sus mandatos valían, en el mejor de los casos para establecer la parte organizativa del Estado y para fijar orientaciones en materia de derechos. Nada más. Por esta razón las cláusulas de reforma constitucional podían ser desatendidas de hecho. El legislador puede actuar sin limitaciones fijadas por ninguna norma superior.

Es importante recordarlo para subrayar lo largo que ha sido el proceso de reducción del dominio del legislador sobre la totalidad del Derecho del Estado. Se incluía en tal dominio, como ya he dicho, la Constitución misma, que no era oponible a la ley; los derechos de los ciudadanos, que se definían o delimitaban por el legislador, sin contestación posible; las potestades de la Administración, que se habilitaban exclusivamente desde la ley o en base a una ley; y la justicia, cuya función era aplicar la ley. Una de las consecuencias más visibles de tal descomunal depósito de poder en manos del legislador fue que la ley pudiera disponer sobre cualquier materia, con independencia de su relevancia; que pudiera hacerlo, igualmente, mediante regulaciones generales

o particulares; podían materialmente sus decisiones ser de carácter administrativo o constituir verdaderas resoluciones judiciales. Todo quedaba a disposición del legislador, incluido, como resulta de lo dicho, el equilibrio entre los poderes. A él tocaba decidir la esfera de autonomía o de libre disposición que quedaba a la Administración o a la Justicia, dependiendo de la densidad normativa que las leyes reguladoras de cada materia tuvieran y el grado en que condicionarán la actuación ulterior de aquellos otros poderes del Estado.

El quicio sobre el que gira la transformación del Estado de Derecho legal en Estado constitucional de Derecho está construido técnicamente con materiales perfectamente definidos: la reducción de la omnipotencia de la ley, sometiendo sus determinaciones a la Constitución y reponiendo a esta en la cumbre jerárquica del ordenamiento general. La verificación de que las leyes no contradicen las previsiones constitucionales se encomienda, bien, de modo difuso, a todos los jueces y tribunales, bien, de forma concentrada, a un tribunal especializado.

Esta variación implica poner la Constitución en el vértice del ordenamiento. El cambio es tan sustancial que requirió revisar categorías dogmáticas completas. No me saldré de mi especialidad del Derecho Administrativo para explicarlo, pero me parece muy expresivo lo ocurrido en esta rama.

El golpe de gracia definitivo a la idea de legalidad legicentrista lo impuso directamente la Constitución. El salto cualitativo consistió en transformar el régimen de la legalidad en lo que he denominado la constitucionalización de la legalidad. Marca esta constitucionalización la línea que separa al Estado legal y el Estado constitucional de Derecho. No hace todavía muchos años que G. Vedel pudo afirmar que «hace treinta años se podía escribir un libro de Derecho Administrativo, sin una palabra de Derecho Constitucional». En España, por razones políticas que nos dejaron cuarenta años sin Constitución, dicha afirmación es aún más cierta. Pero lo que G. Vedel (que siempre insistió en la necesaria fundamentación constitucional del Derecho Administrativo, frente el criterio de Ch. Eisenmann, con quien polemizó en este punto) quería expresar es la nula impregnación de las categorías, técnicas e instituciones jurídico-administrativas, por las construcciones, principios y valores jurídicos constitucionales. La constitucionalidad en el Estado de Derecho de la III y IV República, no era más, como también subrayó Vedel, «que la aplicación de un aspecto particular de la idea de legalidad». Todo ello porque la ley era el centro de todo el sistema jurídico y ni siquiera se percibía la posibilidad de que la

Constitución tuviera regla alguna oponible a la libre configuración legal de todo el universo del Derecho.

Cuando la Constitución resucitó —en Francia de la mano de la Corte Constitucional—, se produjo un cambio de referencia que ha llevado al Derecho a girar alrededor de un nuevo eje. La constitucionalidad es ahora el referente. A este formidable cambio de perspectivas le ha denominado L. Favoreu «la constitucionalización del Derecho», de modo muy exacto y expresivo.

Es curioso recordar que este paso trascendental a favor de controlar la constitucionalidad de las normas por los tribunales, ha ocurrido en la historia del constitucionalismo por dos senderos muy diferentes: el primero ha sido la autoatribución por los jueces del poder de controlar la constitucionalidad de las leyes, sin que mediara una encomienda constitucional de que lo hicieran. La segunda vía ha sido el encargo directo de la Constitución.

La primera vía, la asunción del control sin que mediara encomienda constitucional expresa, fue la que germinó tanto en EEUU como en Europa.

En el constitucionalismo norteamericano es bien conocida la posición del Tribunal Supremo a partir de la temprana sentencia *Marbury v. Madison* de 1803, sobre el sometimiento de las leyes al imperio de la Constitución. La Constitución nada establecía sobre esa potestad de control, pero el Tribunal Supremo entendió que estaba implícita en el sistema y la proclamó, aunque no se atrevió a volver a utilizarla hasta cincuenta años después. La influencia de un luminoso artículo de Hamilton en *El Federalista* ayudó a tomar estas primeras decisiones.

En Europa la atribución a los tribunales de la función de control de la constitucionalidad de las leyes, se demoró siglo y medio contado desde los orígenes del constitucionalismo.

Dejando a un lado el ejemplo, poco significativo, de las fórmulas de control de las leyes establecidas en la Constitución Federal Suiza de 1874, que fueron las primeras, el esfuerzo por el sometimiento de la ley a la Constitución llegó en Europa de la mano de los tribunales alemanes.

A falta de una regulación específica del contenido y alcance del poder de los tribunales para controlar la constitucionalidad de las leyes, serán ellos mismos los que asumirán la iniciativa de dicho control. La evolución arranca de la Constitución de 1871. No había en ella ninguna mención al control judicial de las leyes. Tampoco en el sentido de prohibirlo. Pero el Tribunal del Reich, en una importante Sentencia de 17 de febrero de 1883, rechazó la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes. Esta opinión coincidió con la de la doctrina de Derecho Público de la época, encabezada por Jellinek, Laband y Anschütz. Pero esta unanimidad se refería siempre a las leyes del Reich. Respecto de las leyes de los Estados miembros se aceptaba el control, por la

necesidad de hacer operativo el principio de primacía del derecho del Reich sobre el de los Estados, consagrado ya en el artículo 2 de la Constitución de 1871. Si no hay un control judicial de las leyes territoriales, no habría forma de que se respetara dicho principio. De aquí que fuera posible el control de la legislación de los Estados, incluidas las Constituciones mismas.

Esta situación es la que se mantendrá hasta la aprobación de la Constitución de Weimar en 1919. Tampoco esta se ocupó de modo directo del control de la constitucionalidad, salvo lo que resultaba de la aplicación del principio de primacía del Derecho federal, que recogía su artículo 13.1. A falta de mayores especificaciones, la doctrina y los propios tribunales sostendrán, con una fuerte convicción, que el control de la constitucionalidad es una facultad básica de la Justicia. Algunos autores como Hugo Preuss estimaban que si no se mencionaba la cuestión habría que entender que la Constitución había admitido un control de constitucionalidad difuso, es decir, encomendado a todos los órganos jurisdiccionales.

Una Sala del Reichsfinanzhof de 23 de marzo de 1921 declaró esta competencia, posición que fue seguida por otros tribunales. Aunque con la oposición de algunos autores tan significativos como W. Jellinek, la postura indicada fue la que se consolidó sobre todo gracias a la importantísima Sentencia del Reichsgericht, de 5 de noviembre de 1925, por la que el Tribunal se declaró competente para asumir el control de la constitucionalidad de las leyes. Durante el año anterior, había habido diferentes documentos colectivos de los jueces o manifestaciones de algunos relevantes cargos de la judicatura, en el sentido de que les correspondía la función de controlar la constitucionalidad de las leyes. Pero es la Sentencia citada de 1925 la que zanja la polémica al establecer lo siguiente: «La Constitución del Reich ha incorporado en su artículo 102 el principio contenido en el artículo primero de la Ley de Organización de los Tribunales según la cual los jueces son independientes y se hallan sometidos solamente a la Ley. Esta última precisión no excluye el que el juez pueda no reconocer la validez de una Ley del Reich o de alguno de sus preceptos cuando se halle en contradicción con otros preceptos que el juez debe observar. Pues los preceptos de la Constitución del Reich solo pueden ser derogados por una ley de reforma de la Constitución correctamente aprobada.

Pese a que el criterio de la jurisprudencia era bien claro y conocido, el debate doctrinal continuó durante todo el período de la República de Weimar, con defensores del control de constitucionalidad y detractores de gran prestigio. La posición más generalizada entre la doctrina de la época era la de no admitir una diferencia de rango entre la Constitución y la ley. La Constitución no está jerárquicamente supraordenada a la ley sino más bien, como diría Anschütz, está a disposición del legislador. Se deberá fundamentalmente a H. Triepel el

esfuerzo de construir la doctrina de la supremacía de la Constitución basada también en una diferencia de rango entre las normas.

Sin duda fue H. Kelsen la figura más relevante en esta polémica y la más influyente en lo que concierne a las opciones finalmente asumidas por la Constitución. De 1914 es su estudio sobre la posición constitucional de las leyes del Reich y de los Länder. Constata la inexistencia de un control judicial de las leyes en la Constitución austríaca, problema que comparte con otras muchas de la época que de iure no habían superado el absolutismo legislativo.

El debate sobre el sistema de control de constitucionalidad a establecer se produce en los años inmediatos a la aprobación de la Constitución de 1920. La opción austríaca será atribuir la función de control de las leyes, de un modo concentrado y monopolístico a un órgano especializado: el Tribunal Constitucional.

El modelo austriaco kelseniano prosperó en Europa, a partir del nuevo constitucionalismo que se establece en Italia y Alemania, después de la Segunda Guerra Mundial, y ya al final del siglo en España. Las constituciones aprobadas entonces representan una nueva generación que suprime la autonomía de la ley respecto de la constitución y la pariordeñación de rango. Convierte a la Constitución en la norma superior del ordenamiento, protege su reforma fijando procedimientos especiales para llevarla a cabo y encomienda a un Tribunal Constitucional el examen y, en su caso, anulación, de las leyes que sean contrarias a la Ley Fundamental.

La justicia constitucional es, se dice, concentrada porque solo corresponde al Tribunal Constitucional. No a los Tribunales ordinarios. Sin embargo, también estos están obligados a analizar, al aplicar las leyes, las posibles contradicciones de sus preceptos con la Constitución. No pueden inaplicarlos, según la doctrina generalizada, y menos aún anularlos declarándolos inconstitucionales. Pero sí pueden remitir sus dudas, antes de fallar el asunto concreto de que estén conociendo, al Tribunal Constitucional, para que él resuelva.

En todo el nuevo constitucionalismo de segunda generación, a diferencia del constitucionalismo revolucionario de finales del siglo XVIII y primeros del XIX, el control de la constitucionalidad de las leyes como refuerzo de la garantía de la separación de poderes y la garantía de los derechos, se convierte en el elemento más caracterizador. Se asignan a los Tribunales constitucionales otras responsabilidades, pero las referidas son las principales.

La justicia constitucional concentrada fue consecuencia de uno de los restos de la desconfianza histórica en los jueces ordinarios. Cuando se empezó a desarrollar el nuevo constitucionalismo, ya había tenido lugar la gran polémica desatada en EEUU, a propósito del control por el Tribunal Supremo de medidas adoptadas en el marco del New Deal de Roosevelt, sobre el llamado por Lambert *Le gouvernement des juges*. No se consideraba posible atribuir, por el peligro político que ello comportaba, la asignación a los jueces funciones de control de la ley, más allá de la indicada de plantear cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Este apartamiento de los jueces ordinarios ha planteado algunos problemas operativos importantes, que no han podido resolverse con facilidad. Por ejemplo, la posibilidad de que los jueces puedan dejar inaplicadas normas siguiendo al hacerlo interpretaciones establecidas por el Tribunal Constitucional en sus sentencias. El Tribunal Constitucional no se ha limitado en Europa a actuar de legislador negativo, como propugnó Kelsen, limitándose a anular las normas contrarias a la Constitución, sino que es más frecuente que dicte sentencias interpretativas que le permiten ser deferente con el legislador y salvar la validez de la ley. Pero el precio de esta manera de actuar es que los jueces ordinarios también se valen de las valoraciones del máximo intérprete de la Constitución para decidir sobre si el caso está o no suficientemente debatido y aplicar la ley o someterla a revisión.

Estas restricciones al reconocimiento a los jueces ordinarios de la función de inaplicación de las leyes, se está transformando en toda Europa en el marco del que yo mismo he llamado constitucionalismo de tercera generación, o constitucionalismo cosmopolita. Añade al neoconstitucionalismo de la postguerra, el hecho de que todos los Estados están sometidos ahora al Derecho de los Tratados que rigen la Unión Europea. Estos Tratados, en conjunto, forman lo que se ha dado en identificar, impropriamente, Constitución Europea.

No me interesa ahora detenerme en explicar las diferencias entre esos Tratados y una Constitución verdadera, pero es importante saber que el Derecho de la Unión tiene dos características que lo definen y que han sido aplicadas sin vacilación por el Tribunal de Justicia de la Unión: el efecto directo, que determina que las normas europeas tienen efecto inmediato y obligan; y, por otra parte, la primacía total sobre las normas de Derecho interno, sea cual sea su rango, incluso si se trata de la propia Constitución (Sentencias Van Gend en Loos de 5 de febrero de 1963; Sentencia Costa/ Enel de 15 de julio de 1964; y Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978).

El Tribunal de Justicia comunitario no solo mantiene esa doctrina sin titubeos, sino que tiene dicho que la decisión de inaplicar cualquier norma interna, con independencia de su rango, cuando contradice o, simplemente,

hace difícil la aplicación de otra europea, corresponde a cualquier juez o tribunal ordinario. Si le plantea alguna duda puede consultar al propio Tribunal de la Unión a través de las llamadas cuestiones prejudiciales, pero está exento de hacerlo si cree que la interpretación es clara o está aclarada por la jurisprudencia comunitaria.

He aquí, pues, que los jueces europeos inaplican las leyes, frente al tabú originario que determinó a los constituyentes contra la atribución a los jueces ordinarios de esa función.

Esta variación, que se entiende en el marco de constituciones cosmopolitas como las europeas, que son multitextuales y se componen, además de por su texto originario, de normas integradas en los Tratados que regulan la Unión y otros acuerdos y convenios internacionales, han abierto un camino al control difuso de la legislación, aunque el parámetro de evaluación sea el Derecho europeo.

Termino: la Francia revolucionaria de las postrimerías del siglo XVIII, se rebeló contra la omnipresencia y el poder desmesurado de los jueces al final del Antiguo Régimen. Un fenómeno parecido se había extendido por otros países europeos. La Revolución y el constitucionalismo inmediato impusieron una severa corrección de estas tendencias. Pero se rehabilitó el poder de los jueces cuando les fue permitido controlar las leyes.

Vivimos de nuevo una época en la que el poder que el Estado de Derecho constitucional ha depositado en los jueces como impone puedan juzgar las decisiones de los poderes públicos. Pero, como en la primera época constitucional, tan función se está poniendo en entredicho en muchos sistemas democráticos de los dos hemisferios.

Las manifestaciones contrarias al poder de los jueces en el gobierno Trump en EEUU están ilustradas en la prensa de cada día. Las políticas de sometimiento mediante designaciones directas por el Ejecutivo de jueces de las más elevadas instancias se está generalizando peligrosamente en muchos países. La reforma de los procedimientos de selección de jueces ha llevado a extravagancias tan notables como la que ha empezado a ejecutarse en México al instaurar un sistema de elección política para jueces y magistrados de todas las instancias, que terminará por poner en manos del partido dominante los resultados de la elección.

Muchos países de todo el mundo democrático están al borde de perder una pieza esencial del Estado constitucional de Derecho que, frente al Estado

legal, pone la Constitución por encima de las decisiones de todos los poderes del Estado y atribuye la garantía de su observancia a los tribunales.

Si triunfaran esas reformas quedarían los ciudadanos de nuevo en manos de gobernantes que no estarán sometido al Derecho sino que recuperarán el poder de crearlo de acuerdo con su libre albedrío.

Confiemos en que la historia de dos siglos de esfuerzos para establecer las mejores garantías de los derechos de los ciudadanos no lo permita.

Muchas gracias por su atención.

