La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)

Hans Kelsen

Nota preliminar

Para todos aquellos interesados en el tema de la Constitución y su defensa, es de suma importancia el famoso texto de Hans Kelsen sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución. Fue originalmente presentado a la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público que se llevó a cabo en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928, momento en el cual su autor, aparte de magistrado del Tribunal Constitucional austriaco, era profesor de Derecho Público de la Universidad de Viena. El texto alemán no tuvo mayor repercusión más allá de la propia comunidad académica germánica, y solo se publicó en Berlín al año siguiente, con el resto de las ponencias presentadas a dicho evento. Sin embargo, consciente de la importancia de su planteo, Kelsen la envió a París a su discípulo Charles Eisenmann para que la tradujese al francés y la divulgase en el mundo académico francés, seguro que de esta manera tendría una mayor repercusión. El texto francés, como se sabe de la comparación efectuada por los estudiosos, es prácticamente igual al alemán, con la ventaja para el primero de que tiene algunos añadidos y además una mejor distribución de sus párrafos con los correspondientes títulos, que lo han hecho, por tal circunstancia, el preferido para su estudio. En la práctica, la versión francesa debida a Eisenmann —por lo demás bastante ceñida y en consecuencia de no fácil lectura— fue publicada el mismo año de 1928 en la prestigiosa *Revue du Droit Public et de la Science Politique*. Como si no fuese suficiente, incorporado al recién fundado "Institut International de Droit Public", Kelsen viajó a París y participó en la sesión del Instituto de fecha 20 de octubre de 1928, con la presencia de Mirkine Guetzévicht, Gastón Jéze (presidente del Instituto), Gascón y Marín, León Duguit, Berthélemy, entre otros. De las actas publicadas se desprende que Kelsen usó para su exposición la versión francesa debida a Eisenmann —con lo cual dio a entender a las claras que la aprobaba— y tuvo un animado debate sobre el tema, en un medio no muy convencido de sus tesis. El *Annuaire* del Instituto, recogiendo sus actividades del año anterior, fue publicado en 1929, dando cuenta de la sesión y de la versión íntegra de la ponencia presentada por Kelsen en francés. Es decir, fue publicado el mismo texto dos veces en versión francesa, los años 1928 y 1929. Esto explica porqué ha sido esta versión la que ha predominado en el uso de la comunidad jurídica occidental, con la excepción por cierto, de la comunidad alemana, que por lo demás no ignoraba este hecho.

Y fue así que durante años solo se tenía conocimiento del importante planteo kelseniano a través de la famosa *Revue* y en menor grado del *Annuaire* que por cierto tenían

amplia circulación. Pero en 1975, con motivo de mi primer viaje a México para asistir al luego denominado Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, conocí a Rolando Tamayo y Salmorán, quien habiendo hecho sus estudios doctorales en París, había tenido el acierto de traducir al castellano el texto kelseniano que finalmente publicó en el *Anuario Jurídico* que por entonces editaba el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y correspondiente a su primer número publicado en 1974. Esta sería, pues, la primera vez que se tradujo a otro idioma. Y desde entonces llenó el vacío que existía de este importante texto, gozando de la reproducción fotostática y del uso de nuestros colegas latinoamericanos.

En mi caso personal, en los cursos que por entonces tenía a mi cargo, en especial en la Universidad Católica de Lima, lo hice de obligada lectura y yo mismo fui un lector atento y concienzudo del texto durante varios años. Pero pasadas las primeras impresiones advertí que tenía algunos pasajes no muy claros, debido a una traducción quizá algo apresurada y sobre todo provenientes de los entonces llamados errores de imprenta, fruto del uso del linotipo, que era en aquellos días lo habitual en el mundo editorial. Y quizá también del descuido del corrector de pruebas. Y advertí adicionalmente algunas omisiones, que si bien no desmerecían el texto, reclamaban una nueva y paciente revisión. Estaba pues ante una traducción muy solvente, pero necesitada de algunos ajustes.

Fue así que contando con una fotocopia del texto francés que tenía en mi archivo desde años atrás, hice un cotejo lo más minucioso que pude y con la aprobación del propio traductor, Rolando Tamayo y Salmorán, así como del director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de entonces, Jorge Madrazo, lo publiqué nuevamente en Lima, en una versión más cuidada y sobre todo más fiel al original. Y lo fue en la revista estudiantil *Ius et Veritas* correspondiente a 1994 (número 9). Y desde entonces ha circulado grandemente.

Pero pasados los años, he creído necesario confrontar nuevamente la versión castellana con su original francés, y además tomar en cuenta a otras traducciones a lenguas romances que fueron apareciendo mientras tanto. Así como comentarios de amigos y colegas que me han hecho algunas observaciones, en especial Francisco Fernández Segado, quien me llamó la atención sobre algunos puntos que se nos habían escapados a ambos (a Tamayo y a mi) y más recientemente a Luis García-Corrochano Moyano, quien con toda paciencia hizo un cotejo minucioso de la traducción con el original francés y me hizo observaciones muy acertadas que en gran parte aquí se recogen. Luis Sáenz Dávalos leyó igualmente el texto y me hizo útiles sugerencias. Y esta versión, revisada y mejorada, es la que publico aquí, y que espero que siga prestando los mismos servicios que la versión anterior. Soy conciente de que no existe traducción inmejorable, pero creo que la realizada por Tamayo hace tantos años, ahora cuidadosamente revisada y corregida, presenta algo que no desmerece los esfuerzos realizados. Aun más, he tratado de mantener la fidelidad al texto, que fue el objetivo primigenio del traductor original, sin concesiones literarias para mejorar su presentación, como por lo demás es una tentación que de continuo se presenta en este tipo de tareas. Las fichas de los textos a las que aquí me refiero son las siguientes:

i) "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)" en *Anuario Jurídico*, núm. 1, México 1974, editado por la UNAM, pp. 471-515. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. De este texto existen separatas con el mismo título.

Con posterioridad, se ha publicado como folleto bajo el sello de la UNAM, México 2001,107 pp. Es la reproducción textual de la versión publicada en 1974, pero con errores y omisiones que antes no existían y que son fruto del descuido de esta edición. Al parecer, no se consultó aquí al traductor.

ii) "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)" en *Ius et Veritas,* núm. 9, Lima, junio de 1994, pp.17-43. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. Revisión de Domingo García Belaunde.

Esta versión se ha publicado en folleto en Bolivia y tiene los siguientes datos:

Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional),* Academia Boliviana de Estudios Constitucionales-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Capítulo boliviano. Grupo Editorial Kipus, Cochabamba 2006, 78 pp.

iii) «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)» en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, avril-mai-juin 1928, tomo 45, año XXXV, pp. 197-257. Es el que he usado en esta oportunidad para el correspondiente cotejo.

De esta versión se hizo una separata que circuló ampliamente y cuya ficha es la siguiente:

La garantie juridictionelle de la Constitution (La Justice constitutionelle) par Hans Kelsen, Professeur de Droit Public à l´Université de Vienne. Extrait de la Revue du Droit Public et de la Science politique en France et á l´Etranger, avril-mai-juin 1928, Paris, Marcel Giard, 1928, 61 pp.

iv) Con el mismo título se publicó en el *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, P.U.F., Paris, 1929, pp. 52-143 que incluye además el acta de la sesión del 20 de octubre de 1928 del Instituto en la cual se debatió el texto de Kelsen con la presencia de éste.

v) "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit" (Esencia y desarrollo de la jurisdicción estatal) en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, W. de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1929, pp. 30-88. Es la version alemana originaria,que ha sido reproducida en ese idioma varias veces.

vi) "La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)" en Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffré editore, Milano 1981, pp. 143-206, traducción de Carmelo Geraci.

vii) "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)" en Hans Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid 1988, pp. 109-155; traducción de Juan Ruiz Manero.

viii) "A garantia jurisdiccional da Constituiçâo" en Hans Kelsen, *Jurisdiçâo constitucional*, Editora Martins Fontes, Sâo Paulo 2003, pp. 121-186, traducción de María Ermantina Galvão.

Todas las traducciones existentes han sido realizadas desde la versión francesa de 1928 debida a Ch.Eisenmann.

Lima, julio de 2008

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

SUMARIO: Preámbulo. I. El problema jurídico de la regularidad. II. La noción de Constitución. III. Las garantías de la regularidad. IV. Las garantías de la constitucionalidad: 1. La jurisdicción constitucional. 2. El objeto del control jurisdiccional de constitucionalidad. 3. El criterio del control jurisdiccional de constitucionalidad. 4. El resultado del control jurisdiccional de constitucionalidad. 5. El procedimiento del control jurisdiccional de constitucionalidad. V. La significación jurídica y política de la justicia constitucional.

Preámbulo

El presente estudio trata el problema de la garantía jurisdiccional de la Constitución, denominada generalmente justicia constitucional, desde un doble punto de vista. Se expone, en primer lugar —cuestión teórica— la naturaleza jurídica de esta garantía fundándose, en última instancia, en el sistema sobre el cual el autor ha dado ya una explicación de conjunto en su "Teoría General del Estado" (*Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925).[1]

El estudio busca luego —cuestión práctica— los mejores medios para realizarla: el autor se apoya en este aspecto en las experiencias que ha tenido después de varios años en su calidad de magistrado y ponente permanente del Tribunal Constitucional de Austria. En efecto, la Constitución austriaca, votada en 1920 sobre la base de un Proyecto elaborado por el autor a petición del Gobierno austriaco, ha dado a la institución de la justicia constitucional un desarrollo más completo que ninguna Constitución anterior.

I. El problema jurídico de la regularidad

1. La garantía jurisdiccional de la Constitución —la justicia constitucional— es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas funciones tienen en sí mismas un carácter jurídico: constituyen actos jurídicos. Son actos de creación de Derecho, esto es, de normas jurídicas o actos de ejecución del Derecho creado, es decir, de normas jurídicas vigentes. En consecuencia, tradicionalmente se distinguen las funciones estatales en legislación y ejecución, distinción en que se opone la creación o producción

[1] Traducida al castellano por Luis Legaz Lacambra; *cfr.* Hans Kelsen, *Teoría General del Estado,* Barcelona, Labor, 1934; con reimpresiones en México y en España.

del Derecho a la aplicación del Derecho, considerada esta última como una simple reproducción.

El problema de la regularidad de la ejecución, de su conformidad a la ley, y por consiguiente, el problema de las garantías de esta regularidad, son temas muy frecuentemente abordados. Por el contrario, la cuestión de la regularidad de la legislación, es decir, de la creación del Derecho y la idea de garantías de esta regularidad atraviesa ciertas dificultades teóricas.

¿Qué no existe una petición de principio cuando se pretende regular la creación del Derecho conforme a un patrón que no ha sido creado sino mediante el objeto que se piensa regular? Y la paradoja que reside en la idea de una conformidad del Derecho al Derecho es tanto más grande que —en la concepción tradicional— se identifica, sin más, legislación y creación del Derecho y de ahí ley y Derecho. De suerte que las funciones reunidas bajo el nombre de ejecución: la justicia y, más especialmente la administración, parecen por así decirlo, que son funciones exteriores al Derecho, y que hablando estrictamente del Derecho, no crean sino solamente aplican el Derecho, que reproducen un Derecho cuya creación estaría acabada antes de ellas. Si se admite que la ley es todo el Derecho, regularidad equivale a legalidad. No resulta entonces evidente que se pueda extender más la noción de regularidad.

Pero esta concepción de la relación entre legislación y ejecución es inexacta. Estas dos funciones no se oponen de modo absoluto como la creación a la aplicación del Derecho, sino de manera puramente relativa. En efecto, observando más de cerca, cada una de ellas se presenta a la vez como un acto de creación y de aplicación del Derecho. Legislación y ejecución, no son dos funciones estatales coordinadas, sino dos etapas jerarquizadas del proceso de creación del Derecho, y dos etapas intermedias. Este proceso no se limita a la sola legislación sino, comenzando en la esfera del orden jurídico internacional, superior a todos los órdenes estatales, sigue con la Constitución para llegar, en fin, a través de las etapas sucesivas de la ley, del reglamento, de la sentencia y del acto administrativo, a los actos de ejecución material (*Vollstreckungsakte*) de estos últimos.

En esta enumeración en que no consideramos más que las fases intra-estatales, sólo se pretende indicar, esquemáticamente, las etapas principales de este proceso, en el curso del cual el Derecho regula su propia creación y el Estado se crea y se vuelve a crear, sin cesar, mediante el Derecho. Constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia, acto de ejecución, son simplemente los estadios típicos de la formación de la voluntad colectiva en el Estado moderno.

Ciertamente, la realidad puede diferir de este tipo ideal. Entre otras modificaciones posibles al curso típico del procedimiento de creación del Derecho, ocurre por ejemplo, que no es necesario que el reglamento, es decir, una norma general que emana de las autoridades administrativas, se inserte entre la ley y el acto individual; incluso, puede suceder que el reglamento intervenga inmediatamente con base a la Constitución y no únicamente en ejecución de una ley. Sin embargo, aquí nos situaremos, en principio, en la hipótesis típica indicada.

Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la le-

gislación es, frente a la Constitución, aplicación del Derecho. Por el contrario, frente al reglamento y frente a los otros actos subordinados a la ley, la legislación es creación del Derecho. Asimismo, el reglamento es aplicación del Derecho frente a la ley, y creación del Derecho frente a la sentencia y frente al acto administrativo que lo aplican. Éstos, a su vez, son aplicación del Derecho si se mira hacia lo alto y creación del Derecho si se mira hacia abajo, esto es, hacia los actos a través de los cuales la sentencia y el acto administrativo son ejecutados (*Vollstreckt*).

El Derecho, en el camino que recorre desde la Constitución hasta los actos de ejecución material (*Vollstreckungsakte*), no deja de concretarse. De manera que si la Constitución, la ley y el reglamento son normas jurídicas generales, la sentencia y el acto administrativo constituyen normas jurídicas individuales.

La libertad del legislador, quien no está subordinado más que a la Constitución, se encuentra sometida a límites relativamente débiles. Su poder de creación continúa siendo relativamente grande. Sin embargo, a cada grado en que se desciende, la relación entre libertad y limitación se modifica en favor del segundo término: la parte de la aplicación aumenta, la de la libre creación disminuye.

2. Cada grado del ordenamiento jurídico constituye a la vez una producción de Derecho, frente al grado inferior y una reproducción del Derecho, ante el grado superior.

La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que cada grado es aplicación o reproducción del Derecho. La regularidad no es, entonces, sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del ordenamiento jurídico. No es únicamente en la relación entre los actos de ejecución material (*Vollstreckungsakte*) y las normas individuales —decisión administrativa y sentencia— o, en la relación entre estos actos de ejecución (*Vollziehungsakte*) y las normas generales legales y reglamentarias, en donde se puede postular la regularidad y las garantías propias para asegurarla, sino también en las relaciones entre el reglamento y la ley, y entre la ley y la Constitución. Las garantías de la legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales.

Garantías de la Constitución significa, entonces, garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes.

3. Que la aspiración a las garantías de la Constitución se manifieste vivamente y que la cuestión sea científicamente discutida todavía en la actualidad —o más exactamente sólo en la actualidad— se debe, a la vez, a razones teóricas y a razones políticas. De una parte, no hace mucho tiempo que apareció en la doctrina la idea de la estructura jerárquica del Derecho o, lo que es lo mismo, de la naturaleza jurídica de la totalidad de las funciones estatales y sus relaciones recíprocas. Por otra parte, si el Derecho de los Estados modernos, que presenta cantidad de instituciones destinadas a asegurar la legalidad de la ejecución, no toma, por el contrario, sino medidas muy restringidas para asegurar la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de los reglamentos, esto obedece a motivos políticos. Y estos motivos no dejan de tener influen-

cia en la formación de la doctrina, la cual debería ser la primera en proporcionar explicaciones sobre la posibilidad y la necesidad de semejantes garantías.

Así sucede en particular en las democracias parlamentarias de Europa surgidas de monarquías constitucionales. La teoría jurídica de la monarquía constitucional tiene todavía en la actualidad —pese a que esta forma de Estado tiende a pasar a un segundo plano— una gran influencia. Sea de modo consciente —ahí donde se quiere organizar la República sobre el modelo de la monarquía, con un fuerte poder presidencial—, o de manera inconsciente, la doctrina del constitucionalismo determina en una gran medida la Teoría del Estado.

La monarquía constitucional, que surge de la monarquía absoluta, tiene, como consecuencia, una doctrina que, en varios sentidos, se encuentra guiada por el deseo de hacer creer que la disminución del poder que ha sufrido el monarca —antes absoluto— es pequeña e insignificante, tratando incluso de disimularla completamente.

Es cierto que en la monarquía absoluta, la distinción entre el grado que ocupa la Constitución y el grado que ocupan las leves es teóricamente posible; sin embargo esta distinción no juega prácticamente papel alguno. La Constitución consiste en un solo principio: toda expresión del monarca es una norma jurídica obligatoria. No existe pues, una forma constitucional particular, es decir, normas jurídicas que sometan a reglas diferentes la confección de leyes y la revisión de la Constitución. Así, el problema de la constitucionalidad de las leyes no tiene sentido.

La transición a la monarquía constitucional guarda, precisamente en este aspecto, una modificación decisiva que se manifiesta de manera muy característica, en la expresión "monarquía constitucional". La creciente importancia que adquiere en adelante la noción de Constitución, la existencia de una norma —que es precisamente la Constitución— según la cual las leyes no pueden ser hechas sino de una cierta manera —con la colaboración de la representación nacional—; el hecho de que esta norma no pueda ser modificada tan simplemente como las otras normas generales —las leyes—, es decir, la existencia, al lado de la forma legal ordinaria, de una forma especial más complicada: la forma constitucional —mayoría calificada, votación múltiple, asamblea constituyente especial—, son hechos que explican el desplazamiento del poder decisorio en la monarquía constitucional. Podría, pues, pensarse que la monarquía constitucional debería ser un campo propicio para la afirmación enérgica del problema de la constitucionalidad de las leyes, por tanto, de las garantías de la Constitución. Sin embargo, es exactamente lo contrario lo que ha tenido lugar.

En efecto, la doctrina constitucional ha encubierto el nuevo estado de cosas que resulta peligroso para el poder del monarca. En oposición con la realidad constitucional, la doctrina constitucional presenta al monarca como el único factor, o al menos, el verdadero, de la legislación, declarando que la ley es la expresión de su sola voluntad y que la función del Parlamento se reduce a una adhesión más o menos necesaria, secundaria y no esencial. De ahí su famosa tesis del "principio monárquico" que no se deduce de la Constitución sino que, por así decirlo, se encuentra inserto desde fuera para interpretar la Constitución en un sentido político determinado, o más exactamente, para deformar el Derecho positivo con la ayuda de una ideología que le es

extraña. De ahí también la famosa distinción entre la obligatoriedad de la ley, que emana solo del monarca, y el contenido de la ley, convenido entre el monarca y la representación nacional. Este método da por resultado que no se considere una imperfección técnica de la Constitución, sino como su sentido profundo, que una ley deba ser considerada válida con tal que haya sido publicada en el *Diario Oficial* (*Bulletin des lois)* con la firma del monarca, sin considerar el hecho de si las prescripciones relativas a su adopción por el Parlamento hayan sido respetadas o no.

En esta forma se reduce prácticamente a la nada —al menos teóricamente— el progreso capital que va de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional, y en particular, con respecto al problema de la constitucionalidad de las leyes y de sus garantías. La inconstitucionalidad de una ley firmada por el monarca y *a fortiori* su anulación, en absoluto no pueden, en este contexto, aparecer a la conciencia jurídica como cuestiones de interés práctico. Además, la doctrina constitucional —apoyándose menos en el texto de la Constitución que sobre la ideología a la que hemos hecho referencia— reivindica para el monarca no solamente la sanción de los textos legales, sino, además, con ella y en ella, la exclusiva promulgación de las leyes. Firmando el texto votado por el Parlamento, el monarca debe certificar la constitucionalidad de la confección de la ley. Existiría así, según esta doctrina, una cierta garantía, al menos respecto a una parte del procedimiento legislativo, pero es justamente la instancia que debería ser controlada la que posee la función de control.

Sin duda, el refrendo ministerial vincula una responsabilidad al acto del monarca, pero la responsabilidad ministerial está desprovista de interés práctico en la monarquía constitucional, en la medida en que se encuentra dirigida contra los actos del monarca y no funciona cuando se trata de vicios en el procedimiento legislativo que incumbe al Parlamento, puesto que es el mismo Parlamento el que la pone en práctica.

En la actualidad la teoría —todavía muy admitida y difundida con la ayuda de los más diversos argumentos—, de que es necesario retirarle a los órganos de aplicación del Derecho todo examen de la constitucionalidad de las leyes; de que se debe conceder a los tribunales, cuando mucho, el control de la regularidad de la publicación; de que la constitucionalidad en la confección de las leyes se encuentra suficientemente garantizada por el poder de promulgación del jefe del Estado; y la consagración por el Derecho positivo de estas opiniones políticas, incluso en las Constituciones de las repúblicas actuales, se deben en última instancia, a la doctrina de la monarquía constitucional, cuyas ideas han influido, más o menos conscientemente, en la organización de las democracias modernas.

II. La noción de Constitución

4. La cuestión de la garantía y el tipo de garantía de la Constitución, es decir, la regularidad de los grados del orden jurídico inmediatamente subordinados a la Constitución, presupone, para ser resuelto, una noción clara de la Constitución. Únicamente la teoría de la estructura jerárquica (*Stufenbau*) del ordenamiento jurídico, ya

apuntada, está en condiciones de proporcionarla. Inclusive, no es exagerado afirmar que solo ella permite conocer el sentido inmanente de esta noción fundamental de "Constitución" en el cual pensaba ya la Teoría del Estado de la antigüedad, porque esta noción implica la idea de una jerarquía de las formas jurídicas.

A través de las múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el ordenamiento estatal y la esencia de la comunidad constituida por este ordenamiento. Como quiera que se defina, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico que se pretende conocer. Lo que se entiende ante todo y siempre por Constitución —y la noción coincide en este sentido con la forma de Estado— es que ella constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales: tribunales, autoridades administrativas. Esta regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación forma la Constitución en sentido propio, originario y estricto del término. La Constitución es pues la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas, y la forma como estos órganos habrán de proceder. Es decir, la Constitución es, en suma, el asiento fundamental del ordenamiento estatal.

De esta noción se deriva la idea de asegurar a la Constitución la mayor estabilidad posible, de diferenciar las normas constitucionales de las normas legales, sometiendo la revisión de aquéllas a un procedimiento especial que contiene condiciones más difíciles de reunir. Así aparece la distinción de la forma constitucional y de la forma legal ordinaria. Limitativamente, solo la Constitución, en sentido estricto y propio del término, se encuentra revestida de esta forma especial o —como se dice habitualmente, si no es que felizmente— la Constitución en sentido material coincide con la Constitución en sentido formal.

Si el Derecho positivo conoce una forma constitucional especial, distinta a la forma legal, nada se opone a que esa forma sea empleada también para ciertas normas que no entran en la Constitución en sentido estricto, principalmente para las normas que regulan, no la creación, sino el contenido de las leyes. De ahí resulta la noción de Constitución en sentido amplio. Es este sentido amplio el que está en juego cuando las Constituciones modernas contienen, no solamente normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, sino además un catálogo de derechos fundamentales de los individuos, o libertades individuales. Es por ello —es el sentido primordial, si no exclusivo de esta práctica—, que la Constitución señala principios, direcciones y límites, para el contenido de las leyes futuras.

Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, —bajo la forma habitual de una garantía en beneficio de los sujetos, de un derecho subjetivo a la igualdad, a la

libertad, a la propiedad, etc.— la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino además, que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. Así, la Constitución no es solo una regla de procedimiento, sino además, una regla de fondo. Por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad del procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución, es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala.

Es por ello que se distingue frecuentemente la inconstitucionalidad formal de la inconstitucionalidad material de las leyes. Sin embargo, esta distinción no es admisible sino con la reserva de que dicha inconstitucionalidad material no es, en última instancia, más que una inconstitucionalidad formal en el sentido de que una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución, dejaría de ser inconstitucional sí fuera votada como ley constitucional. No se trata, pues, sino de saber si es la forma legal o la forma constitucional la que debe ser observada. Si el Derecho positivo no diferencia estas dos formas, el establecimiento de principios, de direcciones, de límites al contenido de las leyes, no tiene ningún sentido jurídico, y no es más que una apariencia querida por razones políticas, como lo son, por otro lado, las libertades garantizadas constitucionalmente, en el caso frecuente en que la Constitución autoriza a la legislación ordinaria a limitarlas.

5. Si las disposiciones constitucionales relativas al procedimiento y al contenido de las leyes, no pueden ser precisadas más que por las leyes, entonces las garantías de la Constitución no constituyen sino los procedimientos contra las leyes inconstitucionales. Sin embargo desde que la noción de Constitución es extendida —a través de la idea de forma constitucional— a otros objetos distintos del procedimiento legislativo y de la determinación de principios del contenido de las leyes, se hace posible que la Constitución se concrete, no sólo en leyes sino en formas jurídicas distintas, en especial, en reglamentos e incluso en actos jurídicos individuales. El contenido de la Constitución puede, en efecto, hacer inútil una ley, como sucede cuando una ley es formulada de tal manera que no hay necesidad de un reglamento para que pueda ser aplicada mediante actos administrativos o jurisdiccionales individuales.

La Constitución puede disponer, por ejemplo, que en condiciones perfectamente determinadas, las normas generales podrán ser dadas, no por el voto del Parlamento, sino por actos del Ejecutivo. Estas normas generales son los Reglamentos de Necesidad que de este modo se encuentran en el mismo nivel que las leyes y tienen la misma fuerza que ellas, las reemplazan y las modifican, y están inmediatamente subordinadas a la Constitución —a diferencia de los simples reglamentos complementarios—. Por tanto, estos reglamentos pueden ser, como las leyes, inmediatamente inconstitucionales y contra ellos así como contra las leyes inconstitucionales, deben dirigirse las garantías de la Constitución.

Nada se opone, tampoco, a que las normas sean puestas en la forma constitucional y que no solamente contengan principios, direcciones y límites al contenido de las

leyes futuras y no puedan, consecuentemente ser concretadas por medio de leyes sino que, por el contrario, regulen una materia en forma tan completa que sean inmediatamente aplicables a los casos concretos a través de actos jurisdiccionales e, incluso, administrativos. Esto sucede cuando la Constitución —en ese sentido amplio— determina la manera como son designados ciertos órganos ejecutivos supremos: jefe de Estado, ministros, Cortes Supremas, etc., de tal modo que estos órganos pueden ser creados sin la intervención de una regla de detalle —ley o reglamento— que complete la Constitución, sino que basta con aplicar inmediatamente la propia Constitución.

Esta materia aparece efectivamente incluida en la noción corriente de Constitución (se entiende tradicionalmente por Constitución —en sentido material— no solamente las reglas relativas a los órganos y a lo procedimientos de la legislación, sino también las reglas que tratan de los órganos ejecutivos supremos y además, la determinación de las relaciones fundamentales entre el Estado y sus súbditos) —por lo que se designa simplemente el catálogo de derechos fundamentales, esto es, si se quiere expresar de una manera jurídicamente correcta, ciertos principios sobre el contenido de las leyes. La práctica de los Estados modernos corresponde a esta noción y sus Constituciones presentan, en general, estas tres partes.

Si tal es el caso, entonces no son solamente las normas generales —leyes o reglamentos— las que se encuentran inmediatamente subordinadas a la Constitución sino, además, ciertos actos individuales que pueden, por tanto, ser inmediatamente inconstitucionales. El número de actos individuales que se encuentran subordinados a la Constitución de modo inmediato puede, naturalmente, ser aumentado a voluntad; es suficiente con revestir con la forma constitucional, en razón de cualesquiera motivos políticos, las norma jurídicas directamente aplicables a los casos concretos, por ejemplo, votar las leyes sobre las asociaciones o la Iglesias como leyes constitucionales.

Aunque una garantía de la regularidad de los actos de ejecución de esas leyes tenga, en la forma, el carácter de una garantía de la Constitución, es evidente que aquí, por el hecho de que la noción de Constitución ha sido llevada más allá de su dominio originario y, por así decir, natural —el que resulta de la teoría de la estructura jerárquica del Derecho— la garantía específica de la Constitución, de la cual se va a proceder a estudiar la organización técnica —la justicia constitucional— no se presenta, puesto que el carácter individual del acto inconstitucional daría lugar a un evidente concurso de la justicia constitucional con la justicia administrativa, sistema de medidas destinadas a garantizar la legalidad de la ejecución, y particularmente, de la administración.

6. Todos los casos hasta aquí considerados han sido, exclusivamente, actos inmediatamente subordinados a la Constitución y, en consecuencia, de inconstitucionalidad inmediata. De estos actos se distinguen claramente aquellos que no se encuentran inmediatamente subordinados a la Constitución y que por lo tanto no pueden ser sino mediatamente inconstitucionales.

Cuando la Constitución impone expresamente el principio de la legalidad de la ejecución (*Vollziehung*) en general y de los reglamentos en especial, esta legalidad sig-

nifica al mismo tiempo —de manera indirecta— constitucionalidad y viceversa. Señalemos aquí, en particular, puesto que se trata de normas generales, al reglamento complementario, en que el interés de asegurar su legalidad puede ser incluido, por razones que se examinarán más adelante, entre las funciones de la justicia constitucional.

Por otro lado es necesario subrayar que la inconstitucionalidad directa no siempre puede distinguirse netamente de la inconstitucionalidad indirecta, porque entre estos dos tipos pueden insertarse ciertas normas mixtas o intermedias. Así sucede, por ejemplo, cuando la Constitución autoriza inmediatamente, directamente, a todas las autoridades administrativas o a algunas de ellas, a dictar reglamentos dentro de los límites de su competencia y a asegurar la ejecución de las leyes que deben aplicar. Estas autoridades obtienen su poder reglamentario inmediatamente de la propia Constitución. Pero aquello que deben ordenar, es decir, el contenido de sus reglamentos, está determinado por las leyes que se encuentran entre éstos y la Constitución. Los reglamentos complementarios se distinguen con toda claridad, en virtud del grado de proximidad a la Constitución, del otro tipo de reglamento a los cuales se ha hecho precedentemente alusión, esos que derogan las leyes o las reemplazan, que están inmediatamente subordinados a la Constitución y no pueden ser, por tanto ilegales, sino únicamente inconstitucionales.

Otro caso similar se presenta cuando la Constitución señala principios relativos al contenido de las leyes, verbigracia, en un catálogo de derechos fundamentales. Los actos administrativos hechos en aplicación de estas leyes pueden ser inconstitucionales, en un sentido distinto del que tiene todo acto administrativo ilegal. Así, por ejemplo, si la Constitución dispone que la expropiación no puede tener lugar sino mediante plena y completa indemnización y si, en un caso concreto, se procede a una expropiación sobre la base de una ley perfectamente constitucional —que señala también el principio de plena indemnización— pero en contradicción con sus disposiciones —esto es, sin indemnización—, entonces el acto administrativo no es ¡legal, pero es indirectamente inconstitucional en el sentido habitual, pues no va únicamente contra la ley y contra el principio constitucional general de la legalidad de la ejecución, sino, además, contra un principio especial expresamente señalado por la Constitución —a saber, que toda expropiación debe ser acompañada de una plena y entera indemnización— excediendo, así, el límite específico que la Constitución impone a la legislación. Con base en esto se comprende que contra los actos ilegales de esta naturaleza se pone en movimiento una institución que sirve a la garantía de la Constitución.

El principio constitucional de la legalidad de la ejecución no solo significa que todo acto de ejecución debe ser conforme a la ley sino también y esencialmente, que no puede haber actos de ejecución más que sobre la base de una ley, es decir, autorizado por una ley. Por consiguiente, si una autoridad estatal —tribunal o agente administrativo— realiza este acto no es, propiamente hablando, ilegal en ausencia de una ley que permita apreciar su legalidad, sino "sin ley", y como tal, inmediatamente inconstitucional.

Poco importa que este acto "sin ley" no se refiera a ninguna ley o que la mención de una ley sea puramente ficticia, como sería el caso, por ejemplo, en que la adminis-

tración expropiara un inmueble urbano invocando una ley que autoriza la expropiación de inmuebles rurales en virtud de una reforma agraria. Por muy claro que este caso se distinga del anteriormente examinado de una expropiación ilegal por no estar acompañada de indemnización, no hay que encubrir el hecho que, en general, el límite entre actos "sin ley" y por tanto inmediatamente inconstitucionales, y los actos ilegales, afectados de una inconstitucionalidad simplemente mediata, no es perfectamente nítido.

7. Al lado de las leyes, de ciertos reglamentos y actos individuales de ejecución que presentan los caracteres anteriormente indicados, es necesario considerar, como otra forma jurídica inmediatamente subordinada a la Constitución, los tratados internacionales. Las Constituciones contienen, en general, prescripciones sobre su conclusión, autorizando al jefe del Estado a celebrarlos, acordando al Parlamento el derecho de aprobarlos, exigiendo para su validez interna su transformación en leyes, etc. Los principios constitucionales sobre el contenido de las leyes valen igualmente para los tratados internacionales, o al menos, podrían valer para ello, pues es concebible que el Derecho positivo los exceptuara de estas disposiciones.

Los tratados internacionales deben ser interpretados de modo que tengan con la Constitución exactamente la misma relación que la Constitución guarda con las leyes. Ellos pueden, así, ser inmediatamente inconstitucionales, ya sea formalmente, en razón de su confección, ya sea materialmente, en razón de su contenido. Poco importa, por último, que el tratado tenga un carácter general o individual.

No obstante lo anterior, el lugar de un tratado internacional en el edificio del ordenamiento jurídico no se deja determinar perfectamente de manera unívoca. No se le puede interpretar como una norma inmediatamente subordinada a la Constitución y determinada por ella más que suponiendo que la Constitución es el nivel supremo del ordenamiento jurídico, es decir, interpretando esta relación desde el punto de vista de la primacía del Derecho interno.

Si uno se eleva por encima de este punto de vista y parte de la idea de la superioridad del Derecho Internacional sobre los diferentes órdenes estatales, esto es, si uno se coloca aceptando la primacía del ordenamiento jurídico internacional, entonces el tratado internacional aparece como un orden jurídico superior a los Estados contratantes, creado de conformidad a una norma del Derecho de Gentes, por un órgano propio de la comunidad internacional formado por los representantes de estos Estados. En cuanto a la determinación de los miembros de este órgano (jefes de Estado, ministros de relaciones exteriores, Parlamentos, etc.) el Derecho Internacional delega este poder en los diferentes órdenes estatales o en su Constitución.

Desde este punto de vista, el tratado tiene frente a la ley, e incluso frente a la Constitución, una cierta preeminencia, puesto que él puede derogar una ley ordinaria o constitucional en tanto que lo contrario es imposible. Según las reglas del Derecho Internacional, un tratado no puede perder su fuerza obligatoria sino en virtud de otro tratado, o de otros hechos determinados por él, pero no por un acto unilateral de una de las partes contratantes, especialmente, una ley. Si una ley, incluso una ley consti-

tucional, contradice un tratado, ella es irregular, esto es, contraria al Derecho Internacional; va inmediatamente contra el tratado, y mediatamente contra el principio *pacta sunt servanda*.

Naturalmente otros actos estatales además de las leyes pueden ser contrarios al Derecho Internacional ya sea que violen, mediata o inmediatamente, el principio del respeto a las convenciones o a otras reglas del Derecho Internacional general. Si, por ejemplo, se admitiera la existencia de una norma de Derecho Internacional según la cual los extranjeros no podrían ser expropiados más que mediante plena y completa indemnización, entonces toda ley constitucional, toda ley ordinaria, todo acto administrativo estatal, toda sentencia que decidiera la expropiación sin indemnización a un extranjero, serían contrarios al Derecho Internacional. Debemos subrayar, por otro lado, que el Derecho Internacional no declara por sí mismo la nulidad de los actos estatales que le son contrarios. No se ha elaborado todavía un procedimiento mediante el cual estos actos irregulares pudieran ser anulados por un tribunal internacional. Así pues, estos actos se conservan válidos si es que no son anulados a través de un procedimiento estatal. El Derecho Internacional no tiene, en última instancia, más sanción que la guerra, sanción que no hace desaparecer el acto que es contrario a sus normas. Esto último no impide que el Derecho Internacional, si se supone su primacía, pueda constituir una medida de la regularidad de todas las normas estatales, comprendiendo a la más alta entre ellas, la Constitución.

III. Las garantías de la regularidad

8. Habiendo suficientemente explicado la noción de Constitución y, por tanto, la naturaleza de la constitucionalidad y de la inconstitucionalidad, se puede ahora abordar la cuestión de las garantías necesarias para la protección de la Constitución.

Estas garantías constituyen los medios generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado con relación a la regularidad de los actos estatales en general. Las garantías son preventivas o represivas, personales u objetivas.

A) Las garantías preventivas tienden a prevenir la realización de actos irregulares. Las garantías represivas reaccionan contra el acto irregular una vez realizado, tienden a impedir la reincidencia en el futuro, a reparar el daño que se ha causado, a hacerlo desaparecer y eventualmente, a reemplazarlo por un acto regular.

Los dos elementos pueden naturalmente, estar unidos en una sola y misma medida de garantía.

Entre las posibles garantías puramente preventivas debe ser considerada, ante todo, la organización en forma de tribunal de la autoridad que crea el Derecho, es decir, garantizando la independencia del órgano —por ejemplo, por medio de la inamovilidad—, independencia que consiste en que no se puede ser jurídicamente obligado, en el ejercicio de sus funciones, por ninguna norma individual (orden) de otro órgano y, en especial, de un órgano superior o perteneciente a otro grupo de autoridades. No está ligado, por consecuencia, más que a las normas generales, esencial-

mente a las leyes y a los reglamentos legales. El poder acordado al tribunal de controlar las leyes y los reglamentos es otra cuestión.

La idea todavía muy aceptada de que solo la regularidad de la jurisdicción puede ser garantizada de esta manera —organizada en forma de tribunal—, reposa en la errónea hipótesis que sostiene que entre la jurisdicción y la administración existe, desde el punto de vista jurídico, es decir, de la teoría o de la técnica jurídica, una diferencia de esencia. Ahora bien, precisamente desde el punto de vista de su relación con las normas de niveles superiores —relación decisiva para el postulado de la regularidad del ejercicio de la función— no se puede percibir ninguna diferencia entre administración y jurisdicción, ni tampoco entre ejecución y legislación. La distinción entre jurisdicción y administración reside exclusivamente en la forma de organización de los tribunales. Prueba de esto es la institución de la jurisdicción administrativa, que consiste en que los actos administrativos, es decir, los actos que son normalmente llevados a cabo por autoridades administrativas, son realizados por tribunales, o en que la regularidad de los actos de las autoridades administrativas se encuentra encomendada a un tribunal, y tales actos pueden ser, en consecuencia, anulados en caso de que sean reconocidos como irregulares y, eventualmente, ser incluso reformados, es decir, remplazados por un acto regular.

La oposición tradicional entre jurisdicción y administración, el dualismo del aparato de autoridades estatales de ejecución, fundado sobre esta distinción, no puede explicarse más que históricamente, distinción que se encuentra llamada a desaparecer, si los síntomas no son erróneos, pues ya se manifiesta una tendencia a la unificación de este aparato. No es pues sino históricamente que puede explicarse por qué se ve en la independencia de un órgano, en relación con los órdenes de otro, una garantía en el ejercicio regular de sus funciones.

La organización en forma de tribunal del órgano de creación del Derecho es, no solo la garantía preventiva más característica de la regularidad de los actos sino, incluso, la primera del grupo de garantías que llamamos personales. Las otras son la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria, así como la responsabilidad civil del órgano que ha realizado un acto irregular.

B) Las garantías objetivas, que tienen al mismo tiempo un carácter represivo acentuado, son la nulidad o anulabilidad del acto irregular.

La nulidad significa que un acto que pretende ser acto jurídico y, en especial un acto estatal, no es tal objetivamente porque es irregular, es decir, no responde a las condiciones que prescribe una norma jurídica de grado superior. Al acto nulo le falta de antemano el carácter de jurídico, de manera que no es necesario para retirarle su cualidad usurpada de acto jurídico, otro acto jurídico. Por el contrario, si un nuevo acto fuera necesario se estará en presencia no de una nulidad, sino de una anulabilidad.

Tanto las autoridades públicas como los particulares, tienen el derecho de examinar, en todas las circunstancias, la regularidad del acto nulo, de declararlo irregular y tratarlo, en consecuencia, como inválido y no obligatorio. Es solo porque el Derecho positivo limita este poder de examinar todo acto que pretende tener carácter de acto

jurídico y de decidir sobre su regularidad —reservándolo a condiciones precisas y a ciertas instancias determinadas—, que un acto alcanzado de un vicio jurídico cualquiera puede no ser considerado *a priori* como nulo sino solamente como anulable. A falta de semejante limitación, todo acto jurídico tocado de un vicio deberá ser considerado nulo, esto es, como si no fuera un acto jurídico.

De hecho, los derechos positivos contienen restricciones muy grandes al poder de tratar como nulo los actos irregulares, poder que, en principio, pertenece por derecho a todos. Habitualmente los actos de los particulares y los actos de las autoridades son tratados de manera diferente. En general se constata una cierta tendencia a tratar los actos de las autoridades públicas, aun los irregulares, como válidos y obligatorios hasta que otro acto de autoridad los haga desaparecer. La cuestión de la regularidad o de la irregularidad de los actos de las autoridades no debe ser decidido, sin más, por el particular o por el órgano estatal al que se dirigen dichos actos con la orden de ser obedecidos, sino por la autoridad misma que ha realizado el acto cuya regularidad es discutida o por otra autoridad cuya decisión es provocada mediante un determinado procedimiento.

Este principio aceptado, en una menor o mayor medida, por los diferentes Derechos y que puede calificarse como el principio de la autolegitimación (*Selbstlegitimation*) de los actos de las autoridades públicas, comporta ciertos límites. El Derecho positivo no puede siempre decidir que todo acto que se presenta como acto de una autoridad pública deba, sin distinción, ser considerado como tal hasta que sea anulado por su irregularidad por un acto de otra autoridad. Sería evidentemente absurdo, por ejemplo, exigir un semejante procedimiento para la anulación de un acto establecido por un individuo que no tiene de ninguna manera la calidad de autoridad pública. Pero por otro lado, tampoco es posible considerar *a priori* como nulo todo acto realizado por una autoridad incompetente o compuesta en forma irregular o, todavía, mediante un procedimiento irregular.

El problema de la nulidad absoluta, tan difícil teórica y técnicamente, no interesa sin embargo, a la cuestión de las garantías de la Constitución sino en tanto que es necesario afirmar que la nulidad —que nunca puede ser excluida del Derecho positivo— es tomada en consideración para los actos inmediatamente subordinados a la Constitución y que, consiguientemente, la nulidad de estos actos es, también, en cierto sentido, una garantía de la Constitución.

Ni los particulares ni las autoridades públicas deben considerar como ley a todo acto que se intitule así. Entre ellos puede haber, indiscutiblemente, actos que no tienen de leyes más que la apariencia. Pero no puede definirse por una fórmula teórica general el límite que separa el acto nulo *a priori* que es una pseudo ley, de un acto legislativo viciado, pero válido, es decir, de una ley inconstitucional.

Solo el Derecho positivo podría encargarse de esta tarea. Sin embargo, generalmente no lo hace, o al menos, no conscientemente ni de manera precisa. Muy frecuentemente el Derecho positivo deja el cuidado de responder a esta cuestión a la autoridad llamada a decidir cuando un individuo —particular u órgano estatal— rehúsa obedecer el acto considerado, invocando que se trata de una pseudo ley. Pero

con ello, el acto en cuestión ha salido de la esfera de la nulidad absoluta para entrar en la de la simple anulabilidad; puesto que en la decisión de la autoridad en que se estima que un acto —al que se ha desobedecido— no era un acto jurídico, no puede verse sino su anulación con cierto efecto retroactivo.

Lo mismo ocurre cuando el Derecho positivo establece un mínimo de condiciones que deben ser reunidas para que el acto jurídico no sea nulo *a priori;* por ejemplo, cuando la Constitución decide que todo lo que se encuentra publicado bajo el título de ley en el Diario Oficial (*Bulletin des lois)* debe valer como ley cualquiera que puedan ser sus otras irregularidades, mientras no haya sido anulada por una instancia calificada para hacerlo. Pues es siempre, al fin de cuentas, una autoridad pública quien debe declarar de manera auténtica si las condiciones mínimas son o no llenadas, sin lo cual cada quien podría dispensarse de obedecer las leyes alegando simplemente que no son tales.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, la situación en que se encuentra aquél a quien se dirige un acto con la pretensión de ser obedecido es, sin excepción, la siguiente: él puede, si considera el acto nulo, desobedecerlo, pero obrando siempre por su cuenta y riesgo; es decir, el destinatario corre el peligro de que, enjuiciado por desobediencia, la autoridad que conozca del caso no considere el acto como nulo o declare que cumple con las condiciones mínimas impuestas por el Derecho positivo para su validez, haciendo reserva de su anulabilidad ulterior.

En caso contrario, la decisión de la autoridad significa la casación del acto, decisión que opera con efecto retroactivo hasta el momento en que fue realizado el acto. Esta interpretación se impone porque la decisión es el resultado de un procedimiento que tiene por objeto la nulidad del acto —que es, en principio, simplemente afirmada por el interesado— y que, por tanto, la nulidad no puede ser considerada, de ninguna manera, como adquirida antes de la terminación del procedimiento, pudiendo éste conducir a una decisión en que se la niegue; porque la decisión debe necesariamente tener un carácter constitutivo, incluso si, conforme a su texto, se declara que el acto era nulo.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide sobre el susodicho acto nulo, no existe más que anulabilidad, y en este sentido es que puede presentarse la nulidad como un caso límite de la anulabilidad, una anulación con efecto retroactivo.

La anulabilidad del acto irregular significa la posiblidad de hacerlo desaparecer con sus consecuencias jurídicas. La anulación contiene, a decir verdad, diversos grados, en cuanto a su alcance así como en cuanto a su efecto en el tiempo.

Desde el primero de estos puntos de vista, la anulación puede —es una primera solución— limitarse a un caso concreto. Cuando se trata de un acto individual esto se sobreentiende, pero no sucede así cuando se trata de una norma general. La anulación de una norma general se mantiene limitada al caso concreto cuando las autoridades —tribunales o autoridades administrativas— que deberían aplicar la norma pueden o deben rehusar a aplicarla a un caso concreto cuando la consideran irregular, pudiendo resolver, en consecuencia como si la norma no estuviera en vigor; pero,

por lo demás, esta norma se mantiene en vigor y debe ser aplicada en otros casos por otras autoridades, cuando éstas no tienen el poder de decidir sobre el particular o teniéndolo, la consideran regular.

La autoridad llamada a aplicar la norma general, que puede retirarle su validez para un caso concreto cuando ha reconocido su irregularidad, tiene el poder de anularla —puesto que hacer desaparecer la validez de una norma y anularla son una sola y misma cosa—, pero la anulación es simplemente parcial, limitada al caso concreto. Tal es la situación de los tribunales —no de las autoridades administrativas— frente a los reglamentos según numerosas Constituciones modernas. Pero frente a las leyes, por regla general, están lejos de poseer tan amplios poderes de control. Lo más frecuente es que los tribunales no puedan examinar la regularidad de las leyes, es decir, la constitucionalidad de las leyes en todos los aspectos, sino únicamente verificar la regularidad de la publicación de la ley, no pudiendo, por tanto, rehusar su aplicación en un caso concreto más que a consecuencia de una irregularidad cometida en su publicación.

Las imperfecciones y la insuficiencia de una anulación limitada a ese caso concreto son evidentes. Sobre todo la falta de unidad de las soluciones y la inseguridad jurídica que conllevan y que desagradablemente se hacen sentir cuando un tribunal se abstiene de aplicar un reglamento o, incluso, una ley por irregulares, mientras que otro tribunal hace lo contrario, prohibiéndose a las autoridades administrativas, cuando son llamadas a intervenir, a rehusar su aplicación. La centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales, se justifica ciertamente en todos los aspectos. Pero si se resuelve en confiar este control a una autoridad única, entonces es posible abandonar la limitación de la anulación para el caso concreto en favor del sistema de la anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma hubiera tenido que ser aplicada. Se entiende que un poder tan considerable no puede ser confiado sino a una instancia central suprema.

En cuanto a su alcance en el tiempo, la anulación puede limitarse al futuro o por el contrario extenderse igualmente al pasado, es decir, con o sin efecto retroactivo. Naturalmente que esta diferencia no tiene sentido más que para los actos que tienen consecuencias jurídicas duraderas, esto es, se refieren, pues, ante todo, a la anulación de normas generales. El ideal de la seguridad jurídica exige que en general, no se atribuya efecto alguno a la anulación de una norma general irregular más que *pro futuro*, es decir, a partir de la anulación. Inclusive, es necesario pensar en la posibilidad de no permitir la entrada en vigor de la anulación sino hasta la expiración de un cierto plazo. Así como puede haber razones válidas para hacer preceder la entrada en vigor de una norma general —ley o reglamento, por ejemplo— de una *vacatio legis*; asimismo podría haberlas para no dejar sin vigencia una norma general anulada sino hasta la expiración de un cierto plazo a partir de la sentencia de anulación.

Sin embargo, ciertas circunstancias pueden hacer necesaria una anulación retroactiva. No hay que pensar únicamente en el caso extremo, precedentemente considerado, de una retroactividad ilimitada, en donde la anulación del acto equivale a su nulidad cuando el acto irregular debe ser reconocido —según la aplicación soberana

de la autoridad competente para anularla o en virtud de la exigencia del Derecho positivo de un número de condiciones para su validez— como si fuera pura y simplemente un pseudo acto jurídico. Es necesario pensar en un efecto retroactivo excepcional, limitado a ciertos tipos de actos o a una cierta categoría de casos.

Para la organización técnica de la anulación de un acto, es igualmente de gran importancia saber si la anulación podrá ser declarada por el mismo órgano que ha realizado el acto o si la anulación será confiada a otro. Son, sobre todo, consideraciones de prestigio las que conducen a la adopción del primero de los procedimientos. Se quiere evitar que se menoscabe la autoridad del órgano que ha creado la norma irregular y que es considerado como órgano supremo, o que al menos actúa bajo el control y la responsabilidad de un órgano supremo —particularmente si se trata de una norma general— al autorizar a otro órgano a anular sus actos, colocándose así por encima de aquél, cuando es justamente aquél el que debía ser considerado como supremo.

No es solamente la "soberanía" del órgano que ha realizado el acto irregular sino, además, el dogma de la separación de poderes lo que se trae a discusión para evitar que la anulación de los actos de una autoridad sea hecha por otra autoridad. Así sucede, por ejemplo, cuando se trata de actos de autoridades administrativas supremas en que la instancia facultada a anularlos, en un caso dado, debiera, entonces, encontrarse fuera de la organización administrativa y tener, tanto por su función como por su organización, el carácter de autoridad jurisdiccional independiente, es decir, de tribunal.

Tomando en cuenta el carácter más que problemático de la distinción entre jurisdicción y administración, la invocación de la separación de poderes tiene en este caso tan poco valor como la de la "soberanía" del órgano. Los dos argumentos juegan, por otro lado, un papel particular en la cuestión de las garantías de la Constitución. Bajo el pretexto de que la soberanía del órgano que hace un acto irregular o de que la separación de poderes debe ser respetada, se abandona, en ocasiones, la anulación del acto irregular a la discreción de este mismo órgano, no concediendo a los interesados más que el derecho de hacer una demanda de anulación desprovista de fuerza obligatoria, simples "quejas", o bien existe un procedimiento regular que debe conducir a la abrogación del acto irregular por su autor. Sin embargo la demanda que da comienzo al procedimiento no obliga a la autoridad más que a iniciarlo pero no a resolverlo de cierto modo; es decir, con la anulación del acto impugnado. Esta anulación queda pues en el poder discrecional, aunque legalmente vinculado, del mismo órgano que ha realizado el acto irregular y al cual no controla ningún órgano superior. Por otro lado, sería necesario considerar un tercer sistema que constituya una transición del segundo tipo ya indicado: la cuestión de la regularidad del acto es decidida por otra autoridad, pero su anulación es reservada al órgano que la realiza. Este órgano, sin embargo puede estar obligado jurídicamente por la decisión del otro órgano a anular el acto reconocido irregular, y la ejecución de esta obligación puede, incluso, estar sujeta a un plazo. Pero aun esta variante no ofrece una garantía suficiente, por lo que es inútil desarrollarla al detalle.

Esta garantía no existe sino cuando la anulación del acto irregular es pronuncia-

do inmediatamente por un órgano completamente diferente e independiente de aquél que ha realizado el acto irregular. Si se atiende a la división tradicional de las funciones estatales en legislación, jurisdicción y administración así como a la tradicional división del aparato estatal en tres grupos de órganos —un aparato legislativo, un aparato jurisdiccional y un aparato administrativo—, entonces se debe distinguir entre el caso en que la anulación de un acto irregular se mantiene al interior del mismo aparato de autoridades —por ejemplo cuando los actos administrativos o las sentencias irregulares son anulados por un nuevo acto administrativo o por una nueva sentencia, es decir, por un acto de una autoridad que pertenece al mismo grupo de órganos, autoridad administrativa superior en un caso, autoridad judicial superior en el otro— y el caso en que la autoridad que anula pertenece a otro grupo de órganos. El recurso jerárquico pertenece al primer tipo; la justicia administrativa es un ejemplo del segundo. Es un rasgo característico de los sistemas jurídicos modernos que la regularidad de los actos jurisdiccionales se encuentre garantizada, casi sin excepción, por medios del primer tipo. En efecto, en la sola independencia de los tribunales se ve una garantía suficiente de la regularidad de sus actos.

La anulación del acto irregular plantea la cuestión de su reemplazo por un acto regular. Al respecto es necesario distinguir dos posibilidades técnicas: la autoridad competente puede tener también el poder de sustituir el acto anulado por un acto regular, es decir, tiene el poder no solo de anular sino además el de reformar. Pero la confección del acto regular puede igualmente dejarse a la autoridad cuyo acto irregular ha sido anulado. Si la autoridad se encuentra ligada a la solución de Derecho que la instancia de anulación ha formulado en su fallo, por ejemplo bajo la forma de motivos, su independencia sufre una restricción, lo que tratándose de la anulación de un juicio no es de pasar por alto para la apreciación de la independencia de los jueces como garantía específica de la regularidad de la ejecución.

IV. Las garantías de la constitucionalidad

Entre las medidas técnicas anteriormente indicadas, que tienen por objeto garantizar la regularidad de las funciones estatales, la anulación del acto inconstitucional es la que representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución. Sin embargo, esto no significa que no pueda pensarse en otros medios de asegurar la regularidad de los actos que le están subordinados.

Ciertamente que la garantía preventiva personal —la organización del órgano que actúa como tribunal— está, de antemano fuera de consideración. La legislación, de la que aquí se trata principalmente, no puede ser confiada a un tribunal; no tanto a causa de la diversidad de las funciones legislativa y jurisdiccional sino, realmente, en razón de que la organización del órgano legislativo está esencialmente dominada por otros puntos de vista distintos al de la constitucionalidad de su funcionamiento. Es la gran antítesis de la democracia y de la autocracia la que aquí decide.

Por el contrario, las garantías represivas —la responsabilidad constitucional y la responsabilidad civil de los órganos que realizan actos irregulares—, son perfecta-

mente posibles. Ciertamente que en lo que toca a la legislación, no se trata de la responsabilidad del Parlamento como tal, o de sus miembros: el órgano colegiado no es —por diferentes razones— un sujeto apropiado de responsabilidad penal o civil. Sin embargo, los individuos asociados a la legislación —jefe de Estado, ministros— pueden estar sujetos a responsabilidad por la inconstitucionalidad de las leyes, sobre todo cuando la Constitución dispone que éstos asumen por la promulgación o por su refrendo la responsabilidad de la constitucionalidad del procedimiento legislativo. De hecho, la institución de la responsabilidad ministerial, característica de las Constituciones modernas, sirve también para asegurar la constitucionalidad de las leyes; y se sobreentiende que esta responsabilidad personal del órgano puede ser empleada igualmente para garantizar la legalidad de los reglamentos y, también, en particular, de la regularidad de los actos individuales inmediatamente subordinados a la Constitución.

Sobre este último punto, se puede pensar también especialmente en la responsabilidad pecuniaria por los daños causados por los actos irregulares. Pero, como quiera que sea, la responsabilidad ministerial —la historia constitucional lo prueba— no es en sí misma un medio muy eficaz; igualmente, las otras garantías personales son también insuficientes puesto que no atacan la fuerza obligatoria del acto irregular y, en particular, la de la ley inconstitucional. Es, incluso, difícil tomando en cuenta este estado de cosas, que la Constitución se encuentre garantizada; ella no lo está verdaderamente sino cuando la anulación de los actos inconstitucionales es posible.

1. La jurisdicción constitucional

9. No existe hipótesis de garantía de la regularidad en la que se pueda estar tentado de confiar la anulación de los actos irregulares al propio órgano que los ha realizado, que la de la garantía de la Constitución. Y, ciertamente, en ningún caso este procedimiento estaría más contraindicado; puesto que la única forma en la que se podría ver, en una cierta medida, una garantía eficaz de la constitucionalidad —declaración de la irregularidad por un tercer órgano y obligación del órgano autor del acto irregular de anularlo— es aquí impracticable, porque el Parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de manera eficaz. Sería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional. El órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador del Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho vinculado a la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien que en una medida relativamente reducida.

No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales —esto es, a una jurisdicción o Tribunal Constitucional—.

A este sistema se dirigen, habitualmente, ciertas objeciones. La primera es, natu-

ralmente, que tal institución sería incompatible con la soberanía del Parlamento. Pero —abstracción hecha de que no puede hablarse de la soberanía de un órgano estatal particular, pues la soberanía pertenece a todo el ordenamiento estatal— este argumento se desploma solo por el hecho de que debe reconocerse que la Constitución regula, en definitiva, el procedimiento legislativo exactamente de la misma manera en que las leyes regulan el procedimiento de los tribunales y el de las autoridades administrativas; que la legislación se encuentra subordinada a la Constitución absolutamente, de la misma forma en que la jurisdicción y la administración lo están a la legislación, y, por tanto, que el postulado de la constitucionalidad de las leyes es, teórica como técnicamente, idéntica, por completo, al postulado de la legalidad de la jurisdicción y de la administración.

Si, contrariamente a estos puntos de vista, se continúa afirmando la incompatibilidad de la justicia constitucional con la soberanía del legislador, es simplemente para disimular el deseo del poder político, expresado en el órgano legislativo, de no dejarse limitar —en contradicción patente con el Derecho positivo— por las normas de la Constitución. Pero, si por razones de oportunidad se aprueba esta tendencia, no existe argumento jurídico que la pueda autorizar.

No sucede así con la segunda objeción que se deriva del principio de separación de poderes. Cierto que la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto al órgano legislativo constituye una invasión al "poder legislativo", como se dice habitualmente. Pero el carácter problemático de esta argumentación se ve más claramente si se considera que el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aun cuando tenga —por la independencia de sus miembros— la organización de tribunal. Por más que se las pueda distinguir, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales.[2]

Ahora bien, anular una ley equivale a crear una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo. Se podría, por tanto, interpretar la anulación de las leyes por un tribunal ya sea, como una distribución del Poder Legislativo entre dos órganos, o bien, como una invasión del Poder Legislativo. Ahora bien, en este caso, no se habla, generalmente, de una violación al principio de la separación de los poderes, como sucede cuando en las Constituciones de las monarquías constitucionales, la legislación se encuentra confiada, en principio, al Parlamento conjuntamente con el monarca, aunque en ciertas hipótesis excepcionales el monarca tiene, conjuntamente con sus ministros, el derecho de dictar ordenanzas que derogan a las leyes. Nos llevaría muy lejos examinar aquí los motivos políticos

---

[2] Se puede pasar por alto el hecho de que aún esta distinción no es una distinción de principios, pues el legislador —especialmente el Parlamento— puede aprobar también normas individuales.

que dieron origen a toda esta doctrina de la separación de poderes, aunque ésta sea la única manera de hacer aparecer el verdadero sentido de este principio: la función de equilibrio de las fuerzas políticas en la monarquía constitucional.

Si se quiere mantener este principio en la República democrática, de entre sus diferentes significaciones, sólo puede ser tomada en cuenta, razonablemente, aquella que, en lugar de una separación de poderes, indica una división de los mismos, es decir, indica un reparto del poder entre diferentes órganos, no tanto para aislarlos recíprocamente, sino para permitir un control recíproco de los unos sobre los otros. Y ello, no únicamente para impedirles la concentración de un poder excesivo en las manos de un solo órgano —concentración que sería peligrosa para la democracia— sino además, para garantizar la regularidad del funcionamiento de los diferentes órganos. Pero, entonces, la institución de la justicia constitucional no está de ninguna manera en contradicción con el principio de la separación, sino, por el contrario, es una afirmación de éste.

La cuestión de saber sí el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal se encuentra, por tanto, fuera de discusión. Su independencia frente al Parlamento como frente al Gobierno es un postulado evidente; puesto que son, precisamente, el Parlamento y el Gobierno, los que deben estar, en tanto que órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional.

Habría lugar, cuando más, a examinar si el hecho de considerar la anulación de las leyes como una función legislativa no acarrearía ciertas consecuencias particulares, relativas a la composición y al nombramiento de esta instancia. Pero, en realidad, no ocurre así ya que todas las consideraciones políticas que dominan la cuestión de la formación del órgano legislativo, no son tomadas en cuenta, propiamente, cuando se trata de la anulación de las leyes.

Es aquí donde aparece la distinción entre la confección y la simple anulación de las leyes. La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación prácticamente no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con relación al procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar —y ello, únicamente, por principios o direcciones generales—, la actividad del legislador negativo, o sea, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, y constituye principalmente aplicación del Derecho y, solamente en una débil medida, creación del Derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional. Son, pues, los mismos principios esenciales los que se toman en consideración tanto para su constitución como para la organización de los tribunales o los órganos ejecutivos.

A este respecto no se puede proponer una solución uniforme para todas las Constituciones posibles. La organización de la jurisdicción constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada una de ellas. He aquí, sin embargo algunas

consideraciones de alcance y valor generales. El número de miembros no deberá ser muy elevado, y considerando que es sobre cuestiones de Derecho a que está llamada a pronunciarse, la jurisdicción constitucional cumple una misión puramente jurídica de interpretación de la Constitución. Entre los modos de designación particularmente típicos, no se podría pregonar sin reservas ni la simple elección por el Parlamento ni el nombramiento exclusivo por el jefe de Estado o por el Gobierno. Posiblemente se les podría combinar, haciendo, por ejemplo, elegir los jueces al Parlamento a propuesta del Gobierno, quien podría designar varios candidatos para cada puesto, o inversamente.

Es de gran importancia otorgar, en la composición de la jurisdicción constitucional, un lugar adecuado a los juristas de profesión. Se podría llegar a esto concediendo, por ejemplo, a las Facultades de Derecho de un país o a una comisión común de todas ellas el derecho a proponer candidatos, al menos para una parte de los puestos. Se podría, asimismo, acordar al propio Tribunal el derecho a proponer aspirantes para cada puesto vacante o de proveerlo por elección, es decir, por cooptación. El Tribunal tiene, en efecto, el más grande interés en reforzar su autoridad llamando a su seno a especialistas eminentes.

Es igualmente importante excluir de la jurisdicción constitucional a los miembros del Parlamento o del Gobierno, puesto que son precisamente sus actos los que deben ser controlados. Es muy difícil, pero sería deseable, alejar de la jurisprudencia de la jurisdicción constitucional toda influencia política. No se puede negar que los especialistas pueden —consciente o inconscientemente— dejarse determinar por consideraciones políticas. Si este peligro es particularmente grande es preferible aceptar, más que una influencia oculta y por tanto incontrolable de los partidos políticos, su participación legítima en la formación del Tribunal, por ejemplo, haciendo proveer una parte de los puestos por el Parlamento por vía de elección, teniendo en cuenta la fuerza relativa de los partidos. Si los otros puestos son entregados a especialistas, estos pueden tener mucho más en cuenta las consideraciones puramente técnicas, puesto que su conciencia política se encuentra descargada por la colaboración de los miembros llamados a la defensa de los intereses propiamente políticos.

2. El objeto del control jurisdiccional de constitucionalidad

10. I. Son las leyes atacadas de inconstitucionalidad las que forman el principal objeto de la justicia constitucional.

Por leyes es necesario entender los actos así denominados de los órganos legislativos, esto es, en las democracias modernas, de los Parlamentos centrales o —tratándose de un Estado Federal— locales.

Deben ser sometidos al control de la jurisdicción constitucional todos los actos que presenten forma de leyes, aun si solo contienen normas individuales, por ejemplo, el presupuesto, o todos los otros actos que la doctrina tradicional se inclina —por una razón u otra— a considerar, no obstante su forma de ley, como simples actos administrativos. El control de su regularidad no puede ser confiado a ninguna instancia

más que a la jurisdicción constitucional. Pero, igualmente, la constitucionalidad de otros actos del Parlamento que tienen, de acuerdo con la Constitución carácter obligatorio, sin revestir necesariamente la forma de leyes —no siendo exigida su publicación en el Diario Oficial (*Bulletin des Lois)*— como, por ejemplo, el reglamento del Parlamento o el voto del presupuesto (suponiendo naturalmente que no deba efectuarse en forma de ley) y otros actos parecidos deben poder ser verificados por la jurisdicción constitucional.

Igualmente, todos los actos que pretenden valer como leyes, pero que no lo son en razón de la falta de una condición esencial cualquiera —suponiendo naturalmente que no se encuentren afectados de nulidad absoluta, caso en que no podrían ser el objeto de un procedimiento de control— así como los actos que no pretenden ser leyes, pero que hubieran debido serlo según la Constitución y que —con el fin de sustraerlas al control de constitucionalidad— han sido inconstitucionalmente revestidas de una u otra forma: votadas por el Parlamento como simples resoluciones no publicables o publicadas como simples reglamentos.

En caso de que la jurisdicción constitucional no tuviera que controlar, por ejemplo, más que la constitucionalidad de las leyes, y que el Gobierno no pudiera obtener el voto de una ley, entonces regularía por vía de reglamento una materia que, de acuerdo con la Constitución, no puede serlo sino por vía legislativa. Así este reglamento que tendría inconstitucionalmente rango de ley debería poder ser atacado ante la jurisdicción constitucional. Estos ejemplos no son imaginarios: se ha visto en Austria al Parlamento de un Estado miembro de la Federación tratar de regular una materia por vía de simple resolución no publicable porque sabía que una ley hubiera sido anulada por la jurisdicción constitucional. Si se quiere impedir que el control jurisdiccional no se desvíe, tales actos deben ser competencia de esta jurisdicción. Y este principio debe aplicarse por analogía a todos los otros objetos del control de la constitucionalidad.

11. II. La competencia de la jurisdicción constitucional no debe limitarse al control de la constitucionalidad de las leyes. Debe extenderse, primeramente, a los reglamentos que tienen fuerza de ley, actos inmediatamente subordinados a la Constitución y cuya regularidad consiste exclusivamente —ya se ha indicado— en su constitucionalidad. Entre estos reglamentos se encuentran, principalmente, los Reglamentos de Necesidad. El control de su constitucionalidad es bastante importante pues toda violación de la Constitución significa, a este respecto, una alteración a la línea que divide la esfera del Gobierno y la del Parlamento, tan importante políticamente. Mientras más estrictas son las condiciones en que la Constitución los autoriza, más grande es el peligro de una aplicación inconstitucional de estas disposiciones, y tanto más necesario un control jurisdiccional de su regularidad. La experiencia enseña, en efecto, que donde quiera que la Constitución autoriza estos Reglamentos de Necesidad, su constitucionalidad es siempre, con o sin razón, apasionadamente discutida. Es muy importante que exista, para decidir los litigios, una instancia suprema cuya objetividad se encuentre fuera de discusión, sobre todo —porque las circunstancias lo exigen— si intervienen en ámbitos importantes.

El control de la constitucionalidad de los reglamentos derogatorios de leyes, por parte de la jurisdicción constitucional, no acarrea dificultades en la medida en que estos reglamentos tienen, en la jerarquía de los fenómenos jurídicos, el mismo rango que las leyes y son, en ocasiones, llamados leyes o reglamentos con fuerza de ley. Pero podría atribuirse, igualmente, a la jurisdicción constitucional el control de la inconstitucionalidad de los simples reglamentos complementarios. Cierto, estos reglamentos no son —ya lo hemos dicho— actos inmediatamente subordinados a la Constitución; por tanto su irregularidad consiste inmediatamente en su ilegalidad y sólo de manera mediata en su inconstitucionalidad. Si, no obstante lo anterior, proponemos extender a ellos la competencia de la jurisdicción constitucional, no es en consideración a la relatividad —precedentemente señalada— de la oposición entre constitucionalidad directa e inconstitucionalidad indirecta, sino tomando en cuenta, más que nada, la frontera natural entre los actos jurídicos generales y los actos jurídicos individuales.

En efecto, el punto esencial en la determinación de la competencia de la justicia constitucional consiste en delimitarla de manera adecuada, sobre todo, en relación con la justicia administrativa que existe en la mayor parte de los Estados. Desde un punto de vista puramente teórico, se podría fundar la separación de estas dos competencias en la noción de garantía de la Constitución atribuyendo a la jurisdicción constitucional el conocimiento de la regularidad de todos los actos inmediatamente subordinados a la Constitución. Se incluirían entonces en su competencia, indubitablemente, asuntos que entran, actualmente, en muchos Estados, en la competencia de los tribunales administrativos, por ejemplo, los litigios relativos a la regularidad de los actos administrativos individuales inmediatamente subordinados a la Constitución. Por otra parte, su competencia no se extendería al control de ciertos actos jurídicos que en la actualidad no pertenecen, en general, a la justicia administrativa, principalmente los reglamentos.

Ahora bien, es la jurisdicción constitucional, ciertamente, la instancia más calificada para declarar la anulación de los reglamentos ilegales. Y no solamente porque su competencia no concurre con la competencia actualmente reconocida —en general— a los tribunales administrativos, limitada en principio, a la anulación de los actos administrativos individuales, sino, en particular, porque entre el control de la constitucionalidad de las leyes y el control de la legalidad de los reglamentos existe una íntima afinidad por el hecho de su carácter general.

Dos puntos de vista concurren, pues, en la determinación de la competencia de la jurisdicción constitucional: de una parte, la noción pura de garantía de la Constitución, que conduciría a incorporar en ella el control de todos los actos inmediatamente subordinados a la Constitución y sólo ellos. Por otro lado, la oposición entre actos generales y actos individuales, que incorporaría al control de la jurisdicción constitucional las leyes y los reglamentos. Es necesario, haciendo a un lado todo prejuicio doctrinal, combinar estos dos principios según las necesidades de la Constitución así considerada.

12. III. Si se incluyen los reglamentos en el ámbito de la justicia constitucional, se pueden encontrar ciertas dificultades relativas a su delimitación exacta, en razón de

que existen ciertas categorías de normas generales que no se dejan distinguir fácilmente de los reglamentos, principalmente aquellas normas generales que son creadas en la esfera de la autonomía municipal, sea por vía de resolución de los concejos municipales, sea por el municipio, o incluso, aquellas que están contenidas en actos jurídicos que no devienen obligatorios sino mediante la aprobación de una autoridad pública (por ejemplo, tarifas de compañías de ferrocarriles, estatutos de sociedades por acciones, convenciones colectivas de trabajo, etc.).

En efecto, entre las normas generales de Derecho que emanan de una autoridad exclusivamente administrativa, esto es, el reglamento *stricto sensu*, y los actos jurídicos generales de Derecho privado, son posibles una gran cantidad de grados intermedios. Toda línea divisoria entre ellos será, pues, siempre, más o menos arbitraria. Bajo esta reserva, se puede recomendar que se someta al control de la jurisdicción constitucional solo las normas generales que emanen exclusivamente de autoridades públicas, trátese de autoridades centrales o locales, de autoridades estatales en sentido estricto, o autoridades provinciales o municipales. Ya que el municipio —él también— no es sino un miembro del Estado y sus órganos, órganos estatales descentralizados.

13. IV. Como lo habíamos indicado precedentemente, los tratados internacionales deben ser también considerados —desde el punto de vista de la primacía del ordenamiento estatal— como actos inmediatamente subordinados a la Constitución. Ellos tienen normalmente el carácter de normas generales. Si se considera que debe instituirse un control de su regularidad, puede pensarse seriamente en confiarlo a la jurisdicción constitucional. Jurídicamente nada se opone a que la Constitución de un Estado le atribuya esta competencia con el poder de anular los tratados que juzgue inconstitucionales. Se podría invocar en favor de esta extensión de la competencia de la justicia constitucional argumentos no desdeñables. Siendo una fuente de Derecho equivalente a la ley, el tratado internacional podría derogar las leyes; es pues, del más alto interés político que el tratado internacional esté conforme con la Constitución y respete, particularmente, aquellas reglas que determinan el contenido de las leyes y de los tratados. Ninguna regla de Derecho Internacional se opone a este control de los tratados.

Si, como debe admitirse, el Derecho Internacional autoriza a los Estados a determinar en su Constitución a los órganos que pueden concluir válidamente tratados, es decir, celebrarlos de modo que obliguen a las partes contratantes, no es contrario al Derecho Internacional crear una institución que garantice la aplicación de las normas que él autoriza. No podría invocarse la regla según la cual los tratados no pueden ser abrogados unilateralmente por uno de los Estados contratantes, pues esta regla supone, evidentemente, que el tratado haya sido celebrado válidamente. Un Estado que quiere celebrar un tratado con otro Estado debe informarse de su Constitución. El Estado contratante no debe depender más que de sí mismo, tanto cuando trata con un órgano incompetente de otro Estado, así como cuando el tratado celebrado está en contradicción, en cualquier punto, con la Constitución de su co-contratante, resultando el tratado nulo o anulable. Pero aun si se admitiera, por un lado, que el Derecho

Internacional determina inmediatamente en la persona del jefe del Estado al órgano estatal competente para la celebración de tratados y, además, la existencia de una regla del Derecho Internacional según la cual los Estados no estuvieran obligados a aceptar un control de la regularidad de los tratados que celebren con los Estados extranjeros ni su anulación total o parcial por una autoridad de esos Estados, las disposiciones contrarias de la Constitución no serían por ella menos válidas. La anulación del tratado constituiría simplemente, desde el punto de vista del Derecho Internacional, una violación que podría sancionarse con la guerra.

Es una cuestión diferente —política y no jurídica— saber si el interés que tienen los Estados para celebrar tratados permite exponerlos al riesgo de una anulación por parte de la jurisdicción constitucional. Si se hace el balance de los intereses de política interior que hablan en favor de la extensión de la justicia constitucional a los tratados internacionales, y de los intereses de política exterior que hablan en sentido contrario, es posible que estos últimos puedan prevalecer. Desde el punto de vista de los intereses de la comunidad internacional sería deseable, indiscutiblemente, atribuir el control de la regularidad de los tratados internacionales, así como el conocimiento de los litigios que puede acarrear su aplicación, a una instancia internacional excluyendo toda jurisdicción estatal, por unilateral. Pero esto es una cuestión ajena al objeto de este estudio y es una solución que el desarrollo técnico del Derecho Internacional actual no permite considerar como posible.

14. V. ¿En qué medida pues, puede comprenderse en la justicia constitucional el control de los actos jurídicos individuales? La cuestión no se aplica a los actos de los tribunales. En efecto, el solo hecho de que un acto jurídico es realizado por un tribunal es una garantía suficiente de su regularidad. Que esta regularidad consista inmediatamente o mediatamente en una constitucionalidad no es motivo suficiente para sustraer estos actos de las jurisdicciones de Derecho común y atribuir su conocimiento a un Tribunal Constitucional especial.

Tampoco los actos individuales realizados por las autoridades administrativas deben estar, si se encuentran inmediatamente subordinados a la Constitución, sometidos al control del Tribunal Constitucional, sino, en principio, al de los tribunales administrativos. Esto, ante todo, por el interés de una delimitación clara de sus respectivas competencias a fin de evitar conflictos de atribuciones y dobles competencias que pueden fácilmente presentarse, en razón del carácter relativo de la oposición entre constitucionalidad directa y constitucionalidad indirecta. Se dejaría entonces, a la jurisdicción constitucional, únicamente el control de los actos jurídicos individuales que son realizados por el Parlamento, ya sea que revistan la forma de ley o la de un tratado internacional, pero es en tanto que leyes o reglamentos que estos actos entran bajo su competencia.

Se podría, sin embargo, extender la competencia de la jurisdicción constitucional a los actos individuales, aunque no estén revestidos de la forma de las leyes o la de los tratados que no estuvieran inmediatamente subordinados a la Constitución, siempre y cuando estos actos tengan el carácter de obligatorios, porque sin esto toda posibili-

dad de controlar su regularidad desaparecería. Sin duda no se podría tratar sino de un número muy limitado de actos. Se podría, naturalmente, dar a la jurisdicción constitucional, por razones de prestigio o por otras razones, el control de ciertos actos individuales del jefe de Estado o del Gobierno —suponiendo que se desea, de manera general, someterlos a un control jurídico—. En fin, señalamos que puede ser oportuno, llegado el caso, hacer del Tribunal Constitucional una Alta Corte de Justicia encargada de juzgar a los ministros sometidos a responsabilidad, un tribunal central de conflictos, o un tribunal investido de otras facultades, con el objeto de evitarse las jurisdicciones especiales. En efecto, es preferible, de una manera general, reducir lo más posible el número de autoridades supremas encargadas de decir el Derecho.

15. VI. Parece obvio que el Tribunal Constitucional no puede conocer sino las normas todavía en vigor al momento en que dicta su resolución. ¿Por qué anular una norma que ha dejado de estar en vigor? Observando con atención esta cuestión se advierte, sin embargo, que es posible aplicar el control de constitucionalidad a normas ya abrogadas. En efecto, si una norma general —en este sentido sólo las normas generales pueden ser tomadas en cuenta— abroga otra norma general sin efecto retroactivo, las autoridades deberán continuar aplicando la norma abrogada para todos los hechos realizados mientras se encontraba aun en vigor. Si se quiere evitar esta aplicación en razón de la inconstitucionalidad de la norma abrogada —se supone que no ha sido el Tribunal Constitucional el que la ha anulado—, es necesario que esta inconstitucionalidad se establezca de manera auténtica y que le sea retirado a la norma el resto de vigor que conservaba. Pero esto supone una sentencia del Tribunal Constitucional.

La anulación de una norma inconstitucional por la jurisdicción constitucional —nos seguimos refiriendo principalmente a las normas generales— no es rigurosamente necesaria más que si esta ley es más reciente que la Constitución. Si se trata de una ley anterior a la Constitución y en contradicción con ella, ésta la deroga en virtud del principio de la *lex posterior*; parece pues superfluo, e incluso, lógicamente imposible anularla. Ello significa que los tribunales y las autoridades administrativas deberán —salvo limitación de este poder por el Derecho positivo— verificar la existencia de una contradicción entre la Constitución y la ley anterior y decidir de conformidad a los resultados de este examen. La situación, en particular la de las autoridades administrativas, difiere enteramente en este punto a la que le es habitual en relación con las leyes.

Esto tiene una importancia muy particular en un período de revisiones constitucionales, sobre todo si estas revisiones son tan fundamentales como las que han tenido lugar en numerosos Estados a consecuencia de la Gran Guerra. La mayor parte de las Constituciones de los Estados nuevos han "recibido", por ejemplo, el antiguo Derecho material —Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Administrativo— que estaba en vigor en su territorio, siempre que no estén en contradicción con su nueva Constitución. Ahora bien, estas leyes, siendo en general muy antiguas y hechas bajo el imperio de muy diferentes Constituciones, se encontraban frecuentemente en contradicción

con las disposiciones de la Constitución —naturalmente, no en lo relativo al modo de elaboración de las leyes, sino, en gran medida, en relación con su contenido—.

Si la Constitución dispone, por ejemplo, que no puede darse ningún privilegio sobre la base del sexo, y se interpreta esta disposición como válida únicamente para las leyes posteriores, pero no para las leyes anteriores o para las leves "recibidas" por la Constitución, y si se debe admitir que la Constitución deroga inmediatamente a las leyes anteriores, sin necesidad de leyes especiales de revisión, la cuestión de la incompatibilidad de estas leyes antiguas con la Constitución puede ser jurídicamente muy difícil de resolver y, políticamente, muy importante. Puede parecer malo abandonar la decisión de estos problemas a las múltiples autoridades encargadas de la aplicación de las leyes, cuyas opiniones sobre el particular serían, posiblemente, muy vacilantes.

Vale pues preguntarse si no cabría retirar a estas autoridades el examen de la compatibilidad con la Constitución de las leyes anteriores que la Constitución no ha abrogado expresamente, y confiarlo al Tribunal Constitucional central, lo que equivaldría a retirarle a la Constitución nueva la fuerza derogatoria frente a las leyes anteriores que ella no ha anulado expresamente, sustituyéndola por el poder de anulación del Tribunal Constitucional.

3. El criterio del control jurisdiccional de constitucionalidad

¿Cuál será el criterio que aplicará la jurisdicción constitucional en el ejercicio de su control? ¿Qué reglas deberá seguir como base de sus decisiones? La respuesta a esta cuestión depende, en gran parte, del objeto del control. Es evidente que para los actos inmediatamente subordinados a la Constitución, es su constitucionalidad, y para los actos que no le están más que mediatamente subordinados, es su legalidad la que debe ser controlada, o más generalmente, es la conformidad de un acto a las normas de grado superior lo que debe ser verificado. Es igualmente evidente que el control debe comprender el procedimiento según el cual ha sido elaborado el acto, así como su contenido, si las normas de grado superior contienen disposiciones sobre el particular.

Dos puntos deben, sin embargo, ser examinados con mayor atención.

16. En primer lugar, ¿pueden ser utilizadas las normas del Derecho Internacional como criterio del control? Puede suceder que uno de los actos cuya regularidad se encuentra sometido al control esté en contradicción, no con una ley o con la Constitución, sino con un tratado internacional o con una regla del Derecho Internacional general. Una ley ordinaria que contradiga a un tratado internacional anterior es igualmente irregular con respecto a la Constitución, pues, autorizando a ciertos órganos a celebrar tratados internacionales, la Constitución hace de los tratados un modo de formación de la voluntad estatal, excluyéndolos así —de conformidad a la noción de tratado que ha hecho suya— de la abrogación o de la modificación por una ley ordinaria. Una ley contraria a un tratado es por consiguiente —cuando menos de manera indirecta—, inconstitucional. Pero para poder afirmar que aun una ley constitucional

(*Verfassungsgesetz*) violatoria de un tratado es irregular, es necesario situarse en un punto de vista superior al de la Constitución, esto es, desde el punto de vista de la primacía del orden jurídico internacional, pues solo este punto de vista hace aparecer al tratado internacional como un orden parcial superior al de los Estados contratantes y por ello se da la posibilidad de que los actos estatales, en particular, las leyes, reglamentos, etc., sometidos al control de la jurisdicción constitucional, violen no solamente las reglas particulares de un tratado internacional y, por tanto, indirectamente el principio del respeto a los tratados, sino además otros principios del Derecho Internacional general.

¿Debe permitirse al Tribunal Constitucional anular los actos estatales, sometidos a su control, por contrariar el Derecho Internacional?

En contra de la anulación de las leyes ordinarias —o de los actos equivalentes o subordinados a estas leyes— contrarias a los tratados, no se puede hacer ninguna objeción seria. En efecto, esta competencia se encontraría, absolutamente, en el dominio de la Constitución, que es también —no hay que olvidarlo— el ámbito de la justicia constitucional. Tampoco puede hacerse ninguna objeción seria en contra de la anulación de las leyes y de los actos equivalentes o inferiores a la ley por violación a una norma de Derecho Internacional general, suponiendo que la Constitución reconozca expresamente estas normas generales, es decir, que las integre en el orden estatal, bajo la denominación de normas "generalmente reconocidas" del Derecho Internacional, como lo han hecho ciertas Constituciones recientes. En efecto, en este caso es voluntad de la Constitución que esas normas sean también respetadas por el legislador.

Así pues, tenemos que asimilar por completo las leyes contrarias al Derecho Internacional a las leyes inconstitucionales. La solución es la misma, ya sea que esas normas hayan sido "recibidas" por la Constitución con el rango de leyes constitucionales o no. Pues, en uno y en otro caso, su "recepción" significa que estas leyes no pueden ser excluidas por una ley ordinaria. Esta "recepción" solemne debe traducir la voluntad de asegurar el respeto al Derecho Internacional y es a la solución contraria a la que se llegaría si, no obstante esta "recepción", toda ley ordinaria pudiera violar el Derecho Internacional sin que en ello se vea, desde el punto de vista de la Constitución que la contiene, una irregularidad.

Pero sucede de modo diferente cuando la Constitución no contiene este reconocimiento al Derecho Internacional general, o si la contiene, cuando se trata de leyes constitucionales contrarias al Derecho Internacional, sea Derecho internacional general, sea, incluso, convencional. Puesto que para la jurisdicción constitucional, órgano estatal, la validez de las normas internacionales que él debe aplicar para el control de los actos estatales depende de su recepción por parte de la Constitución, es decir, es la Constitución quien las pone en vigor para el dominio interno del Estado, la propia Constitución que ha creado el Tribunal Constitucional y que podría, en cualquier momento, suprimirlo.

Por muy deseable que fuera ver que todas las Constituciones recibieran —siguiendo el ejemplo de las Constituciones alemana y austriaca— las reglas del Dere-

cho Internacional general, de manera que permitan su aplicación por un Tribunal Constitucional estatal, es necesario, no obstante, reconocer que a falta de este reconocimiento, nada autorizaría jurídicamente al Tribunal Constitucional a declarar una ley contraria al Derecho Internacional. Pero si eso sucediese, la competencia del Tribunal Constitucional se detiene ante una ley de revisión de la Constitución. Cierto que, de hecho, es posible que una jurisdicción constitucional aplique las reglas del Derecho Internacional aún en estas dos hipótesis. Pero en este caso, la jurisdicción constitucional ejercería una función que ya no encontraría su justificación jurídica en el cuadro del ordenamiento estatal. Una ley constitucional no puede atribuir esta competencia al Tribunal Constitucional. Un Tribunal Constitucional que anulara una ley constitucional o incluso, a pesar de la no recepción de las reglas del Derecho Internacional, una ley ordinaria, por violación a las reglas del Derecho Internacional, no podría jurídicamente seguir siendo considerado como un órgano del Estado cuya Constitución lo ha creado, sino como el órgano de una comunidad jurídica superior a este Estado. Y además solo por sus intenciones, porque la Constitución de la comunidad jurídica internacional no contiene ninguna norma que faculte a un órgano estatal a aplicar las normas del Derecho Internacional general.

17. Si la aplicación de las normas del Derecho Internacional por el Tribunal Constitucional se encuentra sometida a las limitaciones que se acaban de indicar, la aplicación de normas distintas a las normas jurídicas —las normas "supra-positivas"— debe ser considerada radicalmente excluida. Se afirma, en ocasiones, que existen por encima de la Constitución de todo Estado ciertas reglas de Derecho Natural que deberían ser respetadas, también, por las autoridades estatales encargadas de la aplicación del Derecho. Si se trata de principios caracterizados en la Constitución o en cualquier otro grado del ordenamiento jurídico y que se deducen del contenido del Derecho positivo por vía de abstracción, sería algo bastante inofensivo formularlos como reglas de Derecho independiente. Sin embargo, estos principios solo pueden ser aplicados con las normas jurídicas en las cuales son incorporados y solamente en ellas. Pero, si se trata de principios que no han sido traducidos en normas de Derecho positivo, sino que debieran serlo solo porque son justos —si bien que los protagonistas de estos principios lo tienen ya, de manera más o menos clara, como Derecho—, entonces se trata simplemente de postulados que no son jurídicamente obligatorios, que no expresan, en realidad, sino los intereses de ciertos grupos, dirigidos a ciertos órganos encargados de la creación del Derecho y no únicamente al legislador, cuyo poder para realizarlos es casi ilimitado, sino, también a los órganos subordinados que no tienen este poder más que en medida tan reducida que su función comporta una mayor parte de aplicación del Derecho. Sin embargo, la jurisdicción y la administración lo tienen en la misma medida cuando conservan un poder discrecional, es decir, cuando tienen que escoger entre varias interpretaciones igualmente posibles.

Precisamente, en el hecho de que la consideración o la realización de estos principios —a los cuales no se ha podido hasta ahora, a pesar de todos los esfuerzos intentados en este sentido, dar una determinación muy poco unívoca— no tienen y no

pueden tener, en el proceso de creación del Derecho, por las razones antes indicadas, el carácter de una aplicación del Derecho en sentido técnico, se encuentra la respuesta a la cuestión de saber si estos principios pueden ser aplicados por una jurisdicción constitucional.

Y no es sino mera apariencia cuando sucede de otro modo, cuando, como ocurre a veces, la misma Constitución se refiere a estos principios invocando los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etc., sin precisar, absolutamente lo que es necesario entender con ello. Si estas fórmulas no recubren nada más que ideología política corriente, de la cual todo ordenamiento jurídico se esfuerza por ataviarse, la apelación a la equidad, la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad, etc., significa únicamente, a falta de una precisión de estos valores, que el legislador, así como los órganos de ejecución de la ley, están autorizados a llenar, discrecionalmente, el ámbito que les es dejado por la Constitución y la ley.

Las concepciones de la justicia, de la libertad, de la igualdad, de la moralidad, etc., difieren de tal manera según el punto de vista de los interesados, que si el Derecho positivo no consagra alguna de entre ellas, toda regla de Derecho puede ser justificada por una de las tantas concepciones posibles. Pero en todo caso la apelación de los valores en cuestión no significa, y no puede significar, que cuando el Derecho positivo sea contrario a su concepción personal de libertad, de igualdad, etc., pudiera dispensarse a los órganos de creación del Derecho su aplicación. Las fórmulas en cuestión, no tienen, de manera general, una gran significación. Ellas no agregan nada al estado real del Derecho.

Es precisamente en el dominio de la justicia constitucional en que estas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso. Se podría interpretar que las disposiciones de la Constitución invitan al legislador a conformarse a la justicia, a la equidad, a la igualdad, a la libertad, a la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes. Evidentemente por error, puesto que solo sería así cuando la Constitución fijara una dirección precisa, es decir cuando la misma Constitución indicara un criterio objetivo cualquiera. Sin embargo, el límite entre estas disposiciones y las disposiciones tradicionales sobre el contenido de las leyes que se encuentran en las Declaraciones de Derechos individuales, se borrará fácilmente, y no es, por tanto, imposible que un Tribunal Constitucional, llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley, la anule en razón de que es injusta, siendo la justicia un principio constitucional que él debe, en consecuencia, aplicar. Pero el poder del Tribunal sería tal que devendría insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de este tribunal podría estar en oposición completa con la concepción de la mayoría de la población y, por tanto, con la de la mayoría del Parlamento que ha votado la ley. Es obvio que la Constitución no ha querido, al emplear una palabra tan imprecisa y equívoca como la de justicia, o cualquiera otra parecida, hacer depender la suerte de toda ley votada por el Parlamento de la buena voluntad de un colegiado de jueces compuesto de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político, como lo sería el Tribunal Constitucional. Para evitar un semejante desplazamiento del poder —que la Constitución no quiere y que políticamente, es completa-

mente contraindicado— del Parlamento a una instancia que le es extraña y que puede convertirse en el representante de fuerzas políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, sobre todo si ella crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de ese género de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible.

4. El resultado del control jurisdiccional de constitucionalidad

18. *a)* De nuestras anteriores explicaciones se deduce que si se quiere que la Constitución sea efectivamente garantizada, es necesario, que el acto sometido al control del Tribunal Constitucional sea directamente anulado en su sentencia, en caso de que lo considere irregular. Esta sentencia debe tener, aun cuando se refiera a normas generales —este es precisamente el caso principal—, fuerza anulatoria.

b) Teniendo en cuenta la extrema importancia que posee la anulación de una norma general, y en particular de una ley, podría preguntarse si no sería conveniente autorizar al Tribunal Constitucional a no anular un acto por vicio de forma, es decir, por irregularidad en el procedimiento, sino cuando este vicio es particularmente importante, esencial. En tal caso, la apreciación de este carácter es mejor dejarlo a la entera libertad del Tribunal, porque no es bueno que la Constitución misma proceda, de manera general, a la difícil distinción entre vicios esenciales y no esenciales.

c) Es también conveniente examinar si no sería bueno, en interés de la seguridad jurídica, que la anulación, en particular de las normas generales y principalmente de las leyes y tratados internacionales, no procediera sino dentro de un plazo fijado por la Constitución, por ejemplo, de tres a cinco años a partir del momento de la entrada en vigor de la norma irregular, ya que sería extremadamente lamentable tener que anular una ley, o aún peor, un tratado por inconstitucionalidad, después de que ha estado en vigor durante largos años sin haber sido cuestionados.

d) En todo caso sería conveniente, en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base a la norma en cuestión. Pero este interés no existe cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto —al momento en que la anulación se produce— de ninguna decisión de autoridad pública, los cuales, si se evitara todo efecto retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados —en virtud de que la norma general es anulada *pro futuro*, esto es, para los hechos posteriores a la anulación— de acuerdo con la norma anulada. A continuación mostramos que esta retroactividad limitada es, incluso, necesaria en una cierta organización del procedimiento de control de la constitucionalidad.

Si una norma general es anulada sin efecto retroactivo, o al menos, con el efecto retroactivo limitado que se acaba de indicar y si, por tanto, las consecuencias jurídicas que ha producido antes de su anulación subsisten, al menos aquellas que se manifiestan en su aplicación por las autoridades, no se altera en nada los efectos tenidos a su

entrada en vigor en relación con las normas que regulaban hasta entonces el mismo objeto, es decir, en relación con la abrogación de las normas que le eran contrarias según el principio de *lex posterior derogat priori*. Esto significa, por ejemplo, que la anulación de una ley por el Tribunal Constitucional no acarrea, absolutamente, el reestablecimiento de la situación jurídica existente antes de la entrada en vigor de la ley anulada: la anulación no hace revivir la antigua ley referida al mismo objeto y que la ley anulada abrogó. De la anulación resulta, por así decirlo, una esfera vacía de derecho. Una materia que hasta entonces se encontraba regulada, deja de serlo, las obligaciones jurídicas desaparecen, la libertad jurídica les sucede.

En ocasiones esta situación puede producir muy lamentables consecuencias. Sobre todo si la ley no ha sido anulada en razón de su contenido, sino sólo en razón de un vicio en la forma producido durante su elaboración, y en particular, si la confección de una ley que regula el mismo objeto requiere de un tiempo bastante considerable. Para remediar este inconveniente es bueno prever la posibilidad de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un cierto término contado a partir de su publicación.

Se puede, al respecto, pensar en otro medio: facultar al Tribunal Constitucional a establecer —conjuntamente con la resolución que anula la norma general— que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor. Sería entonces prudente dejar al propio Tribunal el cuidado de decidir en que caso se puede hacer uso de este poder de restablecimiento de la anterior situación jurídica. Sería lamentable que la Constitución hiciera de la reaparición de este estado una regla general imperativa en el caso de la anulación de normas generales.

Se debería, quizás, hacer la excepción en el caso de que se anulara una ley que consistiera únicamente en la abrogación de una ley hasta entonces en vigor; puesto que el solo efecto posible sería la desaparición de la única consecuencia que ha tenido la ley —la abrogación de la ley anterior—, es decir, la entrada en vigor de esta última.

Por otro lado, una disposición general como la que se acaba de apuntar no podría ser tomada en consideración sino suponiendo que la Constitución limitara la anulación de las normas generales a un cierto plazo a partir de su entrada en vigor, de manera de impedir la vuelta a la vigencia de normas jurídicas demasiado antiguas e incompatibles con las nuevas condiciones.

El poder así conferido al Tribunal Constitucional de poner positivamente en vigor las normas, acentuaría mucho el carácter legislativo de su función, además de que solo comprendería a las normas que hubieran sido puestas en vigor, anteriormente, por el legislador regular.

e) El dispositivo de la sentencia del Tribunal Constitucional será diferente según se trate de un acto jurídico todavía en vigor —especialmente una norma general— al momento en que se dicta el fallo como es el caso normal —o se trate de una norma que ya haya sido abrogada para entonces, pero que debe todavía ser aplicada a hechos anteriores. En el segundo caso, la resolución del Tribunal Constitucional no tiene que anular, como lo hemos indicado con anterioridad, más que un resto de validez; pero no deja de ser una sentencia constitutiva y de anulación. La fórmula de la

anulación podría entonces ser, en lugar de "la ley es anulada", "la ley era inconstitucional". En consecuencia, se tiene que evitar la aplicación de una ley declarada inconstitucional aun a los hechos anteriores a la sentencia.

El dispositivo será idéntico sin importar que la norma general examinada por el Tribunal Constitucional sea posterior o anterior a la Constitución con la cual se encuentra en contradicción. En uno o en otro caso, la sentencia pronunciará la anulación de la norma inconstitucional.

f) Es necesario señalar, en fin, que la anulación no debe aplicarse necesariamente a la ley en su totalidad, o al reglamento en su totalidad, sino que puede también limitarse a algunas de sus disposiciones, suponiendo naturalmente, que las otras se mantengan, sin embargo, aplicables o que no vean su sentido modificado de una manera inesperada. Corresponderá al Tribunal Constitucional apreciar libremente si se quiere anular la ley o el reglamento en su totalidad o solo de algunas de sus disposiciones.

5. El procedimiento del control jurisdiccional de constitucionalidad

19. ¿Cuáles deben ser los principios esenciales del procedimiento del control de constitucionalidad?

a) La cuestión del modo de iniciar el procedimiento ante el Tribunal Constitucional tiene una importancia primordial: de la solución que se dé a este problema depende principalmente la medida en la que el Tribunal Constitucional pueda cumplir su misión de garante de la Constitución.

La más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar una *actio popularis*: así, el Tribunal Constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial las leyes y los reglamentos, a solicitud de cualquier particular. Es de esta manera como el interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares recibiría, indiscutiblemente la más radical satisfacción. No se puede, sin embargo, recomendar esta solución porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de un insoportable congestionamiento de procesos.

Entre varias soluciones posibles, se pueden indicar las siguientes: autorizar y obligar a todas las autoridades públicas que debiendo aplicar una norma tengan dudas sobre su regularidad, a interrumpir el procedimiento en el caso concreto y a interponer ante el Tribunal Constitucional una demanda razonada para el examen y anulación eventual de la norma. Se podría, también, otorgar este poder exclusivamente a ciertas autoridades superiores o supremas —magistrados y Cortes Supremas— o incluso, restringidas únicamente a los tribunales, bien que la exclusión de la administración no sea —tomando en cuenta el acercamiento creciente entre su procedimiento y el de la jurisdicción— perfectamente justificable.

Si el Tribunal Constitucional anulara la norma atacada —y solo en este caso— la autoridad demandante no debería aplicarla al caso concreto que dio origen a su demanda, sino decidir como si la norma —que es, de manera general, anulada *pro fu-*

turo— no hubiera estado en vigor cuando el caso se produjo. Este efecto retroactivo de la anulación es una necesidad técnica, porque sin él, las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho no tendrían interés inmediato ni suficientemente fuerte para provocar la intervención del Tribunal Constitucional. Si esta intervención se produce exclusivamente, o principalmente, a pedido de las autoridades judiciales y administrativas, es necesario estimularlas a interponer estas demandas atribuyendo a la anulación, en estos casos, un efecto retroactivo limitado.

Sería muy oportuno acercar un poco el recurso de inconstitucionalidad interpuesto ante el Tribunal Constitucional, a una *actio popularis*, permitiendo a las partes de un proceso judicial o administrativo interponerlo contra los actos de autoridades públicas —resoluciones judiciales o actos administrativos— en razón de que, aunque inmediatamente regulares, estos actos han sido realizados en ejecución de una norma irregular, ley inconstitucional o reglamento ilegal. Aquí se trata no de un derecho de acción abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del Tribunal Constitucional: ya que supone que la autoridad judicial o administrativa llamada a tomar una decisión se adherirá a la opinión de la parte y presentará, en consecuencia, el pedido de anulación.

En los Estados federales, el derecho de interposición del recurso de inconstitucionalidad debe ser acordado a los gobiernos de los Estados-miembros contra los actos jurídicos de la Federación, y al Gobierno Federal contra los actos de los Estados-miembros. El control de la constitucionalidad en estos casos se refiere principalmente a la aplicación de disposiciones de fondo, característico de las Constituciones de Estados federales, en que se delimita la competencia respectiva de la Federación y de los Estados-miembros.

Una institución completamente novedosa, pero que merece la más seria consideración, sería la de un defensor de la Constitución ante el Tribunal Constitucional que, a semejanza del Ministerio Público en el procedimiento penal, iniciaría de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad respecto a los actos que estimara irregulares. Es evidente que el titular de semejante función deberá estar revestido de todas las garantías de independencia imaginables, tanto frente al Gobierno como frente al Parlamento.

En lo que concierne particularmente al recurso contra las leyes, sería extremadamente importante otorgar a una minoría calificada del Parlamento el derecho a interponerlo. Y tanto más importante, cuanto que la justicia constitucional, como lo habremos de mostrar más adelante, debe necesariamente servir, en las democracias parlamentarias, a la protección de las minorías.

Cabe la posibilidad, en fin, de hacer que el Tribunal Constitucional inicie de oficio el procedimiento de control contra una norma general de cuya regularidad tiene sus dudas. Esto puede ocurrir no únicamente cuando, por ejemplo, llamado a examinar la legalidad de un reglamento, el Tribunal se encuentra con la inconstitucionalidad de la ley con la cual el reglamento está en contradicción, sino también, en particular, cuando el Tribunal es llamado a decidir sobre la regularidad de ciertos actos jurídicos individuales de los cuales solo su legalidad es inmediatamente puesta en

cuestión, no siéndolo su constitucionalidad más que mediatamente. Entonces, el Tribunal —como lo harían las autoridades calificadas para interponer recursos ante él—, interrumpirá el procedimiento relativo al caso concreto y procederá, esta vez de oficio, al examen de la norma que él habría debido aplicar al caso. Si la anula, el Tribunal deberá, como lo harían las autoridades demandantes en un caso análogo, resolver el litigio pendiente como si la norma anulada no hubiese sido nunca aplicada.

En el caso en que es llamado a decidir también de la regularidad de actos individuales y en particular de actos de autoridades administrativas, el Tribunal Constitucional debe, naturalmente, ser instado por la acción de las personas cuyos intereses jurídicamente protegidos han sido lesionados por el acto irregular. Si es posible que los particulares sometan el acto jurídico individual al conocimiento del Tribunal Constitucional, por irregularidad de la norma general, en ejecución de la cual el acto individual ha sido regularmente realizado, entonces los particulares tienen, en mayor medida que en el caso de interposición de recursos en ocasión de un proceso judicial o administrativo, la posibilidad de someter, indirectamente, normas generales al conocimiento del propio Tribunal Constitucional.

20. *b)* En el procedimiento ante el Tribunal Constitucional se recomienda que, de una manera general, se siga el principio de publicidad y se acentúe su carácter oral, aunque se trate, principalmente, de cuestiones de puro Derecho en que la atención debe centrarse en las explicaciones contenidas en los alegatos escritos que las partes pueden presentar —o, que deben presentar— al Tribunal. Los asuntos que conoce el Tribunal Constitucional son de un interés general tan considerable que no se podría, en principio, suprimir la publicidad del procedimiento que solo una audiencia pública garantiza. Inclusive cabría preguntar si la deliberación del colegiado de jueces no debería ser también en audiencia pública.

Deberán tener acceso al procedimiento de control: la autoridad cuyo acto es atacado, para permitirle defender su regularidad; el órgano que interpone la demanda; eventualmente, también el particular interesado en el litigio pendiente ante el Tribunal o ante la autoridad administrativa que dio lugar al procedimiento de control, o el particular que tenga derecho de someter el acto, inmediatamente, al conocimiento del Tribunal Constitucional. La autoridad estaría representada por su jefe jerárquico, por su presidente o por alguno de sus funcionarios, si es posible, versado en Derecho. Para los particulares, sería conveniente hacer obligatorio el patrocinio de abogado, en razón del carácter eminentemente jurídico del litigio.

21. *c)* La sentencia del Tribunal Constitucional, cuando encuentre fundada la demanda, deberá declarar la anulación del acto atacado, de manera que aparezca como la consecuencia del mismo fallo.

Para la anulación de las normas que entran en vigor por su publicación, el acto de anulación, esto es, la sentencia del Tribunal, debería ser también publicada de la misma manera en que lo fue la norma anulada. Aunque no puede excluirse *a priori* la idea de proporcionar al Tribunal un órgano informativo propio, un Boletín Oficial (*Bulletin officiel)*, para la publicación independiente de sus sentencias de anulación, sería con-

veniente, en todo caso, publicar la anulación de las leyes y de los reglamentos en el mismo órgano informativo en que han sido publicados, y confiarlo a la misma autoridad. La sentencia del Tribunal deberá, pues, contener, igualmente, la obligación de publicación precisando la autoridad llamada a proceder a tal efecto.

La anulación no entraría en vigor sino hasta su publicación. Sería conveniente que el Tribunal Constitucional pudiera decidir, como lo hemos dicho, que la anulación, especialmente de leyes y tratados internacionales, no surta efecto sino hasta la expiración de un cierto plazo a partir de su publicación, aunque no sea más que para dar al Parlamento la ocasión de reemplazar la ley inconstitucional por una ley conforme con la Constitución, sin que la materia regulada por la ley anulada quede sin reglamentación durante un tiempo relativamente largo.

Si la ley ha sido atacada por un tribunal o una autoridad administrativa, en ocasión de su aplicación a un caso concreto, la cuestión del efecto retroactivo podrá dar lugar a una dificultad. Si la ley anulada no deja de estar en vigor sino hasta cierto tiempo después de la publicación de su anulación y si, por tanto, las autoridades deben continuar aplicándola, entonces no puede dispensarse a la autoridad demandante su aplicación al caso concreto que ha provocado la demanda, situación que disminuye su interés en someter las leyes inconstitucionales al Tribunal Constitucional. Esto constituye un argumento suplementario en favor de la atribución concedida al Tribunal Constitucional de poder reestablecer, anulando inmediatamente la ley, el estado jurídico anterior a la entrada en vigor de la ley anulada. Esta modalidad permite, ciertamente, darle a la sentencia de anulación el efecto retroactivo deseable en el caso concreto que ha dado origen a la demanda, proporcionándole al órgano legislativo el tiempo necesario para preparar una ley nueva que responda a las exigencias de la Constitución.

V. La significación jurídica y política de la justicia constitucional

22. Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales, no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Aunque en general, no se tenga conciencia de ello —porque una teoría jurídica dominada por la política no permite tomar conciencia— una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria. Toda ley, todo reglamento, e incluso, todo acto jurídico general realizado por los particulares tiene una fuerza jurídica superior a la de esa Constitución —a la cual estos actos se encuentran, sin embargo, subordinados y de la que todos ellos deriva su validez—. El Derecho positivo vela, no obstante, para que todo acto que esté en contradicción con una norma superior pueda ser anulado, salvo cuando esa norma superior es la propia Constitución.

Este débil grado de fuerza obligatoria real está en desacuerdo radical con la apa-

rente firmeza, que llega hasta la rigidez, que se confiere a la Constitución cuando se somete su revisión a un procedimiento agravado. Ahora bien, ¿para qué tantas precauciones si la normas de la Constitución, bien que prácticamente inmodificables, se encuentran, en realidad, casi desprovistas de fuerza obligatoria?

Ciertamente que una Constitución que no prevé un Tribunal Constitucional, o institución análoga, para la anulación de los actos inconstitucionales, no se encuentra desprovista totalmente de sentido jurídico. Su violación puede tener una cierta sanción cuando existe al menos la institución de la responsabilidad ministerial, sanción que es dirigida a ciertos órganos asociados en la confección de los actos inconstitucionales, suponiendo que son culpables. Pero, abstracción hecha de esta garantía que —como ya se ha señalado— no es muy eficaz porque deja subsistir la ley inconstitucional, no se puede admitir en este caso que la Constitución indique un procedimiento legislativo único, ni que fije realmente los principios en cuanto al contenido de las leyes. La Constitución sin duda dice en su texto que las leyes deberán ser elaboradas de tal o cual manera y que no deben tener tal o cual contenido; pero admitiendo que las leyes inconstitucionales serán también válidas, sucede, en realidad, que las leyes pueden ser hechas de otra manera, y su contenido sobrepasar los límites asignados; ya que las leyes inconstitucionales —ellas también— no pueden ser válidas más que en virtud de una regla de la Constitución; esto es, ellas deben ser, también, en uno u otro modo, constitucionales, puesto que son válidas. Pero eso significa que el procedimiento legislativo expresamente indicado en la Constitución, y las pautas señaladas ahí no son, a pesar de las apariencias, disposiciones obligatorias sino solamente facultativas.

Que las Constituciones a las cuales les falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no sean, de hecho, interpretadas de esta forma, es, precisamente el extraño efecto de este método al cual hemos hecho frecuente alusión, y que disimula el contenido verdadero del Derecho por motivos políticos —que no corresponden propiamente a los intereses políticos de los que la Constitución es expresión—.

Una Constitución cuyas disposiciones relativas a la legislación pueden ser violadas sin que de ello resulte la anulación de las leyes inconstitucionales tiene, frente a los grados inferiores del ordenamiento estatal, el mismo carácter obligatorio que tiene el Derecho Internacional frente al Derecho interno. En efecto, cualquier acto estatal contrario al Derecho Internacional no es por ello menos válido. La única consecuencia de esta violación es que el Estado lesionado puede, en última instancia, hacer la guerra al Estado infractor; la violación entraña una sanción puramente penal.

Igualmente, una Constitución que ignora la justicia constitucional tiene como única reacción contra su violación la sanción penal que ofrece la institución de la responsabilidad ministerial. Es esta fuerza obligatoria mínima del Derecho Internacional lo que conduce a cantidad de autores, por error sin duda, a negarle, de manera general, el carácter de Derecho. Son motivos completamente semejantes los que se oponen al fortalecimiento técnico del Derecho Internacional mediante la institución de un tribunal internacional dotado de poderes de anulación y los que se oponen al

incremento de la fuerza obligatoria de la Constitución mediante la organización de un Tribunal Constitucional.

Todo lo anterior debe tenerse presente para poder apreciar la importancia de la organización de la justicia constitucional.

23. Al lado de esta significación general, común a todas las Constituciones, la justicia constitucional tiene también una importancia especial, que varía según los rasgos característicos de la Constitución considerada. Esta importancia es de primer orden para la República democrática, cuyas instituciones de control son una condición de su existencia. Contra los ataques diversos, en parte justificados, que son actualmente dirigidos contra la República democrática, esta forma de Estado no puede defenderse mejor que organizando todas las garantías posibles de la regularidad de las funciones estatales. Mientras más se democratizan, más fortalecido debe ser el control. La justicia constitucional tiene que ser, también, apreciada desde este punto de vista.

Asegurando la confección constitucional de las leyes y, en especial, su constitucionalidad material, la justicia constitucional es un medio de protección eficaz de la minoría contra las invasiones de la mayoría. El dominio de la mayoría no se hace soportable sino cuando es ejercido de manera regular. La forma constitucional especial, que consiste habitualmente en que la revisión de la Constitución depende de una mayoría calificada, significa que ciertas cuestiones fundamentales no pueden ser resueltas más que de acuerdo con la minoría: la mayoría simple no tiene —al menos en ciertas materias— el derecho de imponer su voluntad a la minoría. Solamente una ley inconstitucional, si es que es votada por mayoría simple, podría entonces invadir, en contra de la voluntad de la minoría la esfera de sus intereses constitucionalmente garantizados.

Toda minoría —de clase, nacional o religiosa— cuyos intereses son protegidos de alguna manera por la Constitución, tiene un interés enorme en la constitucionalidad de las leyes. Esto es cierto en particular si suponemos un cambio de mayoría en que se deja a la antigua mayoría, convertida ahora en minoría, una fuerza suficiente para impedir la reunión de las condiciones necesarias para una revisión legal de la Constitución. Si se ve que la esencia de la democracia no es la omnipotencia de la mayoría, sino el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y por tanto, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para realizar esta idea. La simple amenaza de interposición del recurso ante el Tribunal Constitucional puede ser, en las manos de la minoría, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, en última instancia, a la dictadura de la mayoría que no es menos riesgosa para la paz social, que la de la minoría.

24. Pero es ciertamente en el Estado federal en donde la justicia constitucional adquiere la más grande importancia. No es excesivo afirmar que la idea política del

Estado federal no se encuentra plenamente realizada más que con la institución de un Tribunal Constitucional.

La esencia del Estado federal consiste —si es que no se ve en él un problema de metafísica del Estado sino, de acuerdo a una concepción enteramente realista, un tipo de organización técnica del Estado que consiste en un reparto de funciones tanto legislativas como ejecutivas entre los órganos centrales competentes para el Estado— o su territorio —en su totalidad (Federación, Imperio, Estado), y una pluralidad de órganos locales cuya competencia se limita a una subdivisión del Estado, a una parte de su territorio (Estados-miembros, provincias, cantones, etc.); los representantes de estos elementos del Estado designados de manera mediata— por los Parlamentos o gobiernos locales —o inmediata— por la población de la circunscripción —participan en la legislación y eventualmente, también en la ejecución central. El Estado federal es, dicho de otro modo, un caso especial de descentralización.

La reglamentación de esta descentralización toma entonces el contenido esencial de la Constitución general del Estado, la que determina, principalmente, cuáles materias serán reglamentadas por las leyes centrales, y cuáles por las leyes locales; asimismo, las materias que entrarán en la competencia ejecutiva de la Federación y las que pertenecerán a la esfera ejecutiva de los Estados-miembros. El reparto de competencias es el núcleo político de la idea federal. Esto significa, desde el punto de vista técnico, que la constituciones de los Estados federales no sólo regulan el procedimiento legislativo e imponen ciertos principios sobre el contenido de las leyes, como sucede en los Estados unitarios, sino que fijan, además, las materias respectivamente asignadas a la legislación federal y a la legislación local.

Toda violación de esta línea divisoria que establece la Constitución es una violación de la ley fundamental del Estado federal. La protección de este límite constitucional de las competencias entre la Federación y los Estados-miembros es una cuestión políticamente vital en el Estado federal, donde los conflictos de competencia dan lugar a luchas apasionadas. En el Estado federal, más que en ningún otro lado, se hace sentir la necesidad de una institución objetiva que resuelva estas luchas de modo pacífico; es menester un tribunal ante el cual estos litigios pueden ser sometidos como problemas jurídicos y resueltos como tales; en suma, es necesario un Tribunal Constitucional; ya que toda invasión de la competencia de la Federación por un Estado-miembro, así como toda invasión a la competencia de los Estados-miembros por parte de la Federación, es una violación de la Constitución federal que hace de la Federación y de los Estados-miembros una unidad total.

No se debe confundir esta Constitución total, en la cual la distribución de competencias forma su parte esencial, con la Constitución particular de la Federación, que le está subordinada, y que al igual que las constituciones de los Estados-miembros, es solo la constitución de una parte, de un elemento del Estado, aunque sea único el órgano llamado a modificar la Constitución total del Estado y la de la Federación.

Si se trata de actos jurisdiccionales o administrativos contrarios a las reglas de competencias, las vías de los recursos judiciales o administrativos de los Estados-miembros o de la Federación ofrecen la posibilidad de anularlos por ilegalidad. No

hay necesidad de examinar aquí si esta garantía es suficiente para impedir de manera eficaz que los actos administrativos de la Federación invadan la competencia de los Estados-miembros, e inversamente, en particular, en caso de no existir un tribunal administrativo supremo común a la Federación y a los Estados-miembros, que, en la medida en que es llamado a controlar la conformidad de éstos a las reglas de competencia, es decir su constitucionalidad, realiza ya una función —al menos indirectamente— de Tribunal Constitucional.

Se puede observar sin embargo, tomando en cuenta la oposición de intereses característico del Estado federal entre la Federación y los Estados-miembros y la necesidad particularmente fuerte de una instancia decisiva, y por así decir, arbitral, que funcione como órgano de la comunidad formada por colectividades jurídicas coordinadas: la Federación y los Estados-miembros, que la cuestión de la competencia que deba acordarse a un Tribunal Constitucional no se presenta exactamente del mismo modo que en un Estado unitario centralizado. Y así, se podría perfectamente pensar en confiar a un Tribunal Constitucional Federal el control de actos administrativos individuales, pero exclusivamente en cuanto a su conformidad con las reglas constitucionales de competencia. Sería necesario, naturalmente, que el Tribunal Constitucional, que tendría que juzgar las leyes y los reglamentos de la Federación de los Estados-miembros, ofreciera, por su composición paritaria, garantías de objetividad suficiente y se presentara, no como un órgano exclusivo de la Federación o de los Estados-miembros; sino como el órgano de la colectividad que los engloba, es decir, de la Constitución general del Estado federal, de la que el Tribunal estaría encargado de asegurar el respeto.

Es una de las paradojas de la teoría del Estado Federal presentar el principio de que el "Derecho federal prevalece sobre el Derecho local" (*Reichsrecht bricht Landrecht*) como si respondiera a la esencia del Estado federal, disimulando, solo por ello, la necesidad de una jurisdicción constitucional para el Estado federal. Es fácil demostrar que nada es tan contrario a la idea del Estado federal como este principio, que hace depender la existencia política y jurídica de los Estados-miembros de la buena voluntad de la Federación, a la que se permite invadir inconstitucionalmente, por medio de leyes ordinarias o, incluso, por medio de simples reglamentos, su competencia, arrogándose así, en contradicción con la Constitución general del Estado Federal, las competencias de los Estados-miembros.

El respeto verdadero de la idea federal, que ha encontrado expresión en la Constitución general del Estado, exige que el Derecho de la Federación invada lo menos posible el Derecho local, como a la inversa, y que tanto el Derecho local como el federal sean, en sus relaciones recíprocas, considerados en un plano de igualdad de acuerdo con la Constitución general del Estado, que delimita sus competencias respectivas. Un acto jurídico de la Federación que, excediendo el límite que le fija la Constitución general, invada el ámbito constitucionalmente garantizado de los Estados-miembros, no debe tener más valor jurídico que el acto de un Estado-miembro que violara la competencia de la Federación. Este principio es el único que responde a la esencia del Estado federal, y no puede ser realizado mejor que por un Tribunal Constitucional.

La competencia natural —puesto que resulta de la idea federalista— es que el Tribunal Constitucional debe conocer, en fin, de todas las violaciones a las obligaciones de las cuales pueda hacerse culpables no solo a los Estados-miembros sino, también, a la Federación por el hecho de que sus órganos violen la Constitución general del Estado en el ejercicio de sus funciones. Lo que se califica de ordinario de ejecución federal (*Bundes-Exekution*) y que constituye un problema tan difícil para la teoría y la práctica del Estado federal, no debería presentarse —ya sea bajo la forma primitiva de una responsabilidad colectiva y restitutoria (*Erfolgshaftung*) o bajo la forma, técnicamente más perfeccionada, de una responsabilidad individual y por omisión (*Schuldhaftung*) del órgano responsable— sino como la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional en el que se establece la inconstitucionalidad de la conducta de la Federación o de un Estado-miembro.

25. La misión que se asigna a una jurisdicción constitucional en el cuadro de un Estado federal, hace resaltar de manera particularmente clara la afinidad que existe entre la justicia constitucional y una justicia internacional destinada a la protección del Derecho Internacional, aunque no fuera sino por la proximidad de grados del ordenamiento jurídico que se trata de garantizar. Y, como esta jurisdicción tiene como meta hacer inútil la guerra entre los pueblos, entonces ella se afirma —en última instancia— como una garantía de paz política en el Estado.

[Traducción de ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN.
Revisión de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE]