

EL SISTEMA EUROPEO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: LA HISTORIA MANIFIESTA LA ESENCIA

JESUS GARCIA TORRES

I

No abundan las ocasiones en que se puede recomendar sin reservas ni reticencias la lectura de un libro. Pero felizmente así ocurre con éste cuyo comentario nos proponemos hacer: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, de PEDRO CRUZ VILLALÓN (Centro de Estudios Constitucionales, col. Estudios Constitucionales, Madrid, 1987).

Aparentemente nos hallamos ante una investigación histórico-comparatista. A una *introducción* en que se precisan las nociones descriptivas y ordenadoras que se van a utilizar (pp. 23-46), sigue una primera parte titulada «El debate sobre el control de constitucionalidad: Weimar (1919-1933)», que ocupa las pp. 47 a 228. Pese a su título general, la primera parte se subdivide a su vez en dos secciones. La primera de ellas —«Control de constitucionalidad y federalismo europeo: Suiza», pp. 49 a 69— ha sido incluida, según el autor (p. 37), por razón de algunas «notables coincidencias» entre el ordenamiento suizo y el alemán de la época de Weimar. En realidad, la descripción del sistema suizo, que es un sistema para garantizar «la supremacía, o más bien la intangibilidad, del legislador federal» (p. 50), sirve de pórtico e introducción al problema del nexo entre federalismo (o Estado compuesto) y control concentrado de constitucionalidad. La cláusula constitucional que proclama la prevalencia del Derecho federal —punto de partida histórico, al par que grado inferior de garantía— encierra en su seno la prerrogativa judicial de examinar si las leyes de los miembros de la Federación se ajustan al Derecho federal y, si no es así, de inaplicar aquéllas (control judicial difuso de «conformidad federal»). El punto terminal se alcanza cuando se concentra en un órgano jurisdiccional la garantía de la distribución territorial

de competencias hecha por la Constitución, prescindiendo al mismo tiempo de la cláusula de prevalencia; de esta manera se llega a una equiparación (*Gleichstellung, Gleichwert*) entre la ley federal y la ley del país federado.

El sistema suizo pertenece, por tanto, al grado inferior: «En el supuesto de conflicto de una ley federal que invade competencias que constitucionalmente corresponden a los cantones y una ley cantonal que se mantiene dentro de los límites marcados por la Constitución federal, el Tribunal [Federal] casará esta última» (p. 62). Además, «en Suiza el control concentrado [en el Tribunal federal] no desplaza el control difuso, sino que éste coexiste con un alcance similar o paralelo al primero. En efecto, los tribunales suizos, tanto cantonales como federales, pueden y deben dejar sin aplicación el derecho cantonal que consideren contradice al derecho federal; el derecho cantonal es para el juez, en este sentido, no vinculante (*unverbindlich*)» (p. 63). El derecho federal suizo es constitucionalmente inmune. «Es un poco como si el legislador [federal] pudiera cambiar la Constitución sin respetar el procedimiento de revisión formal» (AUBERT, cit., p. 56, n. 19), aunque, eso sí, la ley federal «no abroga la disposición constitucional» contradicha: se limita a dejarla adormecida (*mise en sommeil*) para que despierte o reviva cuando se revise o abrogue la ley federal que la contraría (FAURE, cit., p. 56, n. 20).

De «Weimar» (segunda sección de la primera parte) comienza a tratarse en la página 71 y no se acaba hasta la página 227. Son páginas en que resplandece una de las mejores cualidades del libro, la voluntad de precisión. Tras una breve referencia a la Constitución del Reich de 1871, CRUZ VILLALÓN examina la cuestión del control judicial de las leyes (*Richterliches Prüfungsrecht*) en Weimar: delimita los términos de la polémica, describe cómo abordó la cuestión la Asamblea constituyente (rechazo de la enmienda Ablass con empate a votos en Comisión y silencio del texto constitucional), y da la adecuada importancia a la sentencia del *Reichsgericht* de 5 de noviembre de 1925 (de 4 de noviembre, en las pp. 219 y 222). En esta célebre sentencia, el *Reichsgericht* encontró la palanca del *Prüfungsrecht* justamente en la sumisión a la Ley de los Jueces y Tribunales: a las leyes *formalmente válidas*, precisó el *Reichsgericht*, y no a las que contradijeran a la Constitución sin observar «las condiciones establecidas por el artículo 76 de la Constitución del Reich». La cuestión había dividido a la doctrina, según unas líneas de fractura que el autor describe atendiendo a su carácter preponderante (argumentación jurídico-formal o político-constitucional: pp. 92-96).

Estudia seguidamente el libro las instituciones de «justicia constitucional» previstas expresamente en la Constitución weimariana: el control abstracto del derecho de los *Länder* (art. 13.2 de la Constitución de Weimar) y la jurisdicción de conflictos constitucionales (*Staatsgerichtbarkeit*). El artícu-

lo 13 de la Constitución de Weimar (CW) comenzaba con estas palabras *Reichsrecht bricht Landesrecht*. El control concentrado (en el *Reichsgericht* y en el *Reichsfinanzhof*) que establecía el apartado segundo del artículo 13 CW concurría con el control difuso judicial de *federalidad* (p. 112). No por ello perdió aquél su importancia. A la sentencia dictada en el procedimiento del apartado segundo del artículo 13 CW le asignó el legislador de desarrollo fuerza de ley (*Gesetzeskraft*); eficacia, así, *erga omnes*. Pero, además, el único parámetro indiscutible del control de «federalidad» acabó por ser la propia CW (p. 104), una vez que se admitió que «la cláusula de prevalencia sólo opera respecto del derecho del Reich constitucional, es decir, el dictado en el marco competencial que la Constitución le fija» (p. 101; compárese con la cita de la página 62 hecha a propósito del sistema suizo). Finalmente, el procedimiento de control del artículo 13.2 CW supuso un *control reflejo* (implícito, incidental, limitado) de la constitucionalidad del Derecho del Reich.

La jurisdicción de conflictos atribuida al *Staatsgerichtshof* resultaba del artículo 19 CW. CRUZ VILLALÓN comienza por distinguir entre *Verfassungsvergleichbarkeit* y *Staatsgerichtshof*: esta última se basa menos en la idea de garantizar jurisdiccionalmente la supremacía de la Constitución que en la judicialización de los conflictos positivos políticos (con excepción de los conflictos entre órganos del Reich; pp. 128-134). Con el artículo 19 CW se logró la plena sumisión del proceso político al orden jurídico *en el interior de los Länder* (p. 140); en este campo, y mediante una extensión jurisprudencial de los criterios de legitimación, se llegó a abrir a las minorías parlamentarias la posibilidad de instar el control de constitucionalidad *abstracto* de una ley territorial (pp. 146-147). Asimismo, el artículo 19 CW vino a representar una «cláusula general» de juridificación (y judicialización) de las relaciones entre Reich y países. El libro se detiene especialmente en dos sentencias del *Staatsgerichtshof*: la de 17 de noviembre de 1927, mediante la que se reconoció que el conflicto podría implicar el control de constitucionalidad de una ley del Reich, y la de 25 de octubre de 1932, es decir, la sentencia del «golpe de PAPEN» (*Papenschlag*) o del «golpe de Estado del Reich contra Prusia». Esta última sentencia, normalmente objeto de ásperas críticas de KELSEN (p. 167) a VOLPE (*L'ingiustizia delle leggi*, Milán, 1977, pp. 165-247), tuvo como principal defecto su «impracticabilidad». CRUZ VILLALÓN señala atinadamente la trascendencia que tuvo la denegación de medidas cautelares (pp. 162-163).

La última parte de la sección relativa a Weimar está concentrada en las vicisitudes del *Anteproyecto Kulz* y el debate teórico habido en los Congresos de Juristas Alemanes 33º y 34º. Aquí se trata de la cuestión de si el pa-

rámetro de constitucionalidad debía o no abarcar la «segunda parte» (derechos fundamentales, garantías institucionales) de la CW o si la tutela de los derechos fundamentales era un mero problema de «jurisdicción (contencioso) administrativa». Que el parámetro se extendiera a la «segunda parte» era idea tan insoportable para los juristas de izquierda (FRANZ NEUMANN, *ein Selbstmord der Demokratie*, n. 329, p. 191), como cara a los conservadores («Pues ¿qué otra cosa puede significar la inclusión de los derechos fundamentales en la Constitución, sino que, respecto a ellos, la legislación ordinaria —y no sólo la de los Estados miembros, sino también la del Reich— ha de tener un límite?»): TRIEPEL, n. 330, p. 192). El intento acabaría fracasando porque, como dice el autor (p. 216), «la historia del control concentrado en la República de Weimar es, en buena parte, la historia de una incompreensión (...) bajo el fuego cruzado de los partidarios del control judicial difuso y de los defensores de la soberanía parlamentaria» (p. 216), además de que «un modelo que, por su propia naturaleza, tiende a exigir una posición de exclusividad, se veía obligado a hacerse hueco entre una variopinta pléyade de defensores de la Constitución» (p. 222).

La aportación de Weimar, concluye CRUZ VILLALÓN, fue institucional (*lege lata* y *lege ferenda*) y teórica. Esta última, particularmente importante, se condensa en «haber puesto de manifiesto la relación dialéctica existente entre Constitución y jurisdicción constitucional»: «el significado de la jurisdicción constitucional sólo puede alcanzarse a partir de la Constitución, cuya supremacía le corresponde asegurar» (no es lo mismo que aquélla garantice una distribución territorial de competencias o que garantice derechos fundamentales) y, a la inversa, «el significado de la Constitución es cualitativamente distinto según que exista o no jurisdicción constitucional» (p. 227).

En la segunda parte del libro (pp. 229-419) se describen «los primeros modelos de control autónomo de constitucionalidad», el austríaco (1918-1933), el checoslovaco (1918-1938) y el español (1931-1939). Del modelo checoslovaco y del español ya había escrito CRUZ VILLALÓN en esta *Revista* [«Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)», núm. 5, pp. 115-146], anticipando lo que ahora desarrolla en un horizonte más vasto. Relata el autor, en primer lugar, la formación y evolución general de los tres modelos (pp. 232 a 340), para emprender luego (pp. 341 a 419) su análisis comparativo en seis apartados (sujeto o parámetro de control, objeto de control, manifestaciones de inconstitucionalidad, órgano de control, procedimiento de control y efectos de la declaración de inconstitucionalidad), al que siguen unas consideraciones conclusivas articuladas, de nuevo, sobre los seis elementos o facetas ordenadoras de la descripción.

El *modelo austriaco* partía de una curiosa aplicación, durante la época imperial, de la regla *lex posterior* para la solución de las antinomias entre ley del Reich y ley territorial. Semejante criterio presuponía una equiparación de valor o de rango entre una y otra ley que se fundaba, por un lado, en que la sanción y promulgación correspondía en ambos casos al emperador y, por el otro, en la inexistencia, al tiempo, de una cláusula de prevalencia del derecho del Reich y de una cláusula de cierre de la distribución de competencias entre Reich y países: algo verdaderamente expresivo del espíritu de Kakania, que siempre supo hallar geometría en el caos o, al menos, fue capaz de describirlo con orden. El punto de llegada es el artículo 140 de la Ley Constitucional Federal (LC-F), que, como muy bien subraya CRUZ VILLALÓN, no puede comprenderse debidamente si se ignora lo que se esconde bajo la noción, aparentemente inocua, de «Derecho constitucional federal». El artículo 140 LC-F no puede ser entendido sin el artículo 44 LC-F, relación que —una vez más— manifiesta la singular relación dialéctica entre orden y caos que, al parecer, caracteriza al alma austriaca. En las páginas dedicadas al modelo austriaco pueden hallarse perlas de los más variados orientes: Kelsen pretendiendo casar control concentrado de constitucionalidad y control difuso de legalidad federal (p. 258), porque sólo así habría «protección frente a los excesos cantonales» (*einen Schutz vor kantonalen Uebergriffen*, n. 26, p. 254); la historia de la *desactivación* del Tribunal Constitucional (pp. 269-276); el «control de oficio» del Tribunal Constitucional y el singular sistema de la «determinación previa de competencia» (introducido en 1925, y en que el Tribunal no dicta sentencia, sino que pone un «precepto constitucional»); la eficacia de las sentencias, incluidos los problemas del *Karenzfrist* y la *reviviscencia* de las leyes derogadas por la ley inconstitucional (pese a que este problema es más bien propio de los sistemas de declaración de nulidad).

El *modelo checoslovaco* fue la más acabada realización de un Tribunal de puro control de constitucionalidad (*Prüfungsgesicht*). En su nacimiento, según la hipótesis de CRUZ VILLALÓN (p. 288), debió pesar mucho el deseo de garantizar la autonomía de la Ucrania subcarpática impuesta por el Tratado de Saint-Germain (p. 282). El Tribunal dictó una sola sentencia, la de 7 de noviembre de 1922, en un supuesto —más bien marginal— de control preceptivo. La resolución no fue bien recibida, y una revista de Praga llegó a pedir opinión a HAURIU, DUGUIT y Kelsen que, por cierto, respaldaron al Tribunal. Los dos Tribunales superiores checoslovacos —únicos que realmente hubieran podido «activar» al Tribunal Constitucional— «practicaron un sistemático retraimiento» (p. 391).

El Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) de nuestra II Repúbli-

ca nació sin que verdaderamente nadie lo quisiera. Con acierto subraya el autor —como ya lo hiciera BASSOLS en *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, Madrid, 1981, pp. 51 y ss.— lo significativo de la intervención de ALVARO DE ALBORNOZ al debatirse la disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal (1-2 de junio de 1933). Este déficit de voluntad política, la desastrosa fórmula de composición del Tribunal, su falta de *auctoritas* (probablemente debida a lo uno y lo otro) y lo que piadosamente cabría llamar «inclemencia de los tiempos» conspiraron para frustrar la experiencia. El TGC tuvo ricas y variadas competencias, y el autor se detiene especialmente en la cuestión de competencia legislativa y el «recurso de inconstitucionalidad de las leyes» (pp. 392-397). Es destacable, asimismo, su examen de los problemas de legitimación (pp. 330 a 333 y 396-397) y de los efectos de las sentencias de las cuestiones de competencia legislativa y del recurso de inconstitucionalidad (pp. 321-322, 329-330 y 397-398).

II

Las líneas anteriores dan una idea del vasto contenido informativo del libro. No para su mérito en eso. Decíamos que aparentemente era una investigación histórico-comparativa. Y es que bajo la estructura manifiesta o aparente hay una estructura profunda en este libro.

En las páginas postreras de su *Fenomenología de la religión* (México, 1964), dice, con razón, G. VAN DER LEEUW que «la historia no puede decir una sola palabra sin una postura fenomenológica» (p. 655) o, con otra fórmula, que «ninguna buena historia puede producirse sin que se practique la fenomenología bajo cualquier nombre que se le dé» (p. 658). Y, en efecto, bajo *los modelos* está *el modelo*. Las realizaciones históricas —una vez «reducidas»— permiten el acceso a la esencia; en nuestro caso, al modelo o sistema europeo de control de constitucionalidad. Puesto que ésta es su verdadera pretensión, CRUZ VILLALÓN no vacila en afirmar que «más que como una investigación de historia constitucional, este estudio se entiende a sí mismo como un intento de aportación a la cultura constitucional democrática» (p. 36).

¿Consigue CRUZ VILLALÓN su pretensión? En muy extensa medida sí, y ésta es la verdadera razón de la excelencia de la obra, aunque pueda discutirse que ello se deba a «la menor incidencia de las tradiciones jurídicas nacionales en un instituto que, en mayor o menor grado, se presenta en todos los ordenamientos con los caracteres de una construcción racional» (p. 37). El propio libro contiene muchas páginas que demuestran el

carácter condicionante, muy intenso a veces, de las tradiciones jurídicas nacionales, así en la teoría como en la práctica jurídica. La propia pretensión de «construir racionalmente» una institución, ¿no es acaso uno de los mitos más arraigados en nuestra tradición jurídica a partir de la Ilustración? ¿Qué fue, si no, la idea de una ciencia o un arte de la legislación?

Pero digamos unas palabras sobre la estructura profunda, es decir, sobre la esencia del «sistema europeo» tal y como se manifiesta ya en la historia de sus orígenes. CRUZ VILLALÓN resalta que, a diferencia del «sistema americano», el europeo hace del control de constitucionalidad de las leyes «una función *regulada, positivizada, racionalizada* y, en definitiva, *limitada*» (p. 32), de lo que suelen ocuparse el constituyente y, en medida discutible a veces, el legislador. Viene a ser éste como el fundamento de los demás caracteres del «sistema europeo»: proceso autónomo de constitucionalidad (que incorpora por fuerza un elemento de «abstracción» aun en los procedimientos que usualmente se denominan de «control concreto», como nuestra cuestión de inconstitucionalidad); único órgano de control (concentración); restricción de legitimación; eficacia *erga omnes* de la sentencia. Quizás sea posible profundizar aún más y preguntarse si el verdadero factor de diferenciación entre sistema americano y del sistema europeo de control de constitucionalidad no podría estar arraigado en una distinta concepción (o mejor, visión) de lo que debe entenderse por *norma jurídica*. En este punto, el peso de las tradiciones puede ser muy grande, si es que no decisivo. Esta es, creo yo, una enseñanza que se desprende de otro excelente trabajo comparatista aparecido en el núm. 22 de esta revista (F. RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho»).

III

El libro de CRUZ VILLALÓN es, en fin, una mina de sugerencias para la comprensión de nuestro propio Derecho constitucional vigente. En su *Tesoro de la lengua castellana o española*, define S. DE COVARRUBIAS lo que es un *tiento* de esta exacta cuanto hermosa manera: «El floreo del músico de vigüela o de otro instrumento antes de tañer de propósito; y esto se hace para tentar y experimentar si está templado, pasando por todas las consonancias del tono.» Un *tiento*, y breve, bastará como ejemplo de la capacidad de la obra que noticiamos para incitar a la reflexión.

El subinciso segundo del segundo inciso del artículo 149.3 de la Constitución dispone, como es sabido, que las normas del Estado «prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas». Sobre el sen-

tido y alcance de esta regla se ha discutido no poco. Por limitar las citas a unas pocas: L. PAREJO ALFONSO, *La prevalencia de Derecho estatal sobre el regional*, Madrid, 1981; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios sobre autonomías territoriales*, Madrid, 1985, pp. 355-365; S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, I, Madrid, 1982, pp. 400-409; I. DE OTTO, *Derecho constitucional (sistema de fuentes)*, Madrid, 1987, pp. 281-282. Pero la discusión ha girado más sobre los *supuestos* de aplicación de la cláusula de prevalencia que sobre sus *destinatarios*. Pues bien, si dirigimos nuestra mirada a los jueces y tribunales como *destinatarios* de la cláusula, ésta se convierte en fundamento para el control judicial de la conformidad del Derecho autonómico al Derecho estatal prevalente. Este control *difuso* podría concurrir en ciertos casos con el control concentrado del Tribunal Constitucional. No es el único caso de concurrencia de estos controles: piénsese en las normas legales preconstitucionales (art. 163 y apartado 3 de la Disposición derogatoria CE) o en los decretos legislativos (arts. 82.6 y 161.1.a CE y art. 27.2.b LOTC). Pero la cláusula excluye del control de *estatalidad* (en el mismo sentido en que en Alemania o Austria se habló de «control de *federalidad*») a «todo lo que (...) esté atribuido a la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas». Aquí está la verdadera dificultad interpretativa. No es sencillo dar con un sentido claro, preciso y funcional para estas palabras («todo lo que esté atribuido a la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas»), con las que se fija el límite del control de *estatalidad*. En mi opinión, no cabría sostener la exención del *control de estatalidad* ni cuando la norma autonómica llevara en sí misma la marca formal de la falta de competencia exclusiva (normas de desarrollo legislativo que se presentan expresamente como tales, reglamentos de organización cuando a la Comunidad Autónoma pertenezca sólo la ejecución), ni cuando la norma estatal se base de manera claramente discernible en una competencia del artículo 149.1 CE. De cualquier manera, la noción de *bloque de la constitucionalidad* hace que la transición entre control de constitucionalidad y control de conformidad al Derecho estatal sea bastante fluida. Notemos que el Estatuto de Autonomía es *también* norma estatal (art. 147.1 CE).

Sería impropio llevar más allá estas consideraciones, que son un mero apunte, un *tiento*. Puedo, sin embargo, declarar que la expuesta no es la única sugerencia anotada en los márgenes de mi ejemplar del libro. No se crea que el recensionista blasona de perspicaz o agudo. La obra que comentamos sólo pide un lector atento; lo demás, que es mucho (mucho más, desde luego, de lo que el sobrio título promete), lo da el libro, una muestra más de la espléndida floración de nuestro reciente constitucionalismo.