

DE WECHSLER A BICKEL. UN EPISODIO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANA (*)

XAVIER ARBOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRIMERA PARTE: LA ARGUMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS: 1. *La función del Tribunal Supremo y la forma de sus resoluciones.* 2. *Las sentencias antisegregacionistas y las resoluciones «per curiam».* 3. *La necesidad de argumentar las sentencias.* 4. *Herbert Wechsler y los principios neutrales como peculiaridad del razonamiento jurídico-constitucional.* 5. *La discrecionalidad de la función jurisdiccional del Tribunal Supremo y los inconvenientes de la argumentación fundada en principios.*—III. SEGUNDA PARTE: ALEXANDER BICKEL Y LA ESCUELA DE LA EXPLICACIÓN RAZONADA: 1. *Alexander Bickel: una teoría normativa del Tribunal Supremo como órgano político.* 2. *La teoría constitucional académica: la escuela de la explicación razonada.*

I. INTRODUCCION

Este trabajo propone un examen de la doctrina constitucional norteamericana en unos años cruciales. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos entra en la segunda mitad del siglo XX como una gran fuerza de transformación social: por su actuación comienza a destruirse la legalidad de la discriminación racial, y con ello puede decirse que el país entero se verá obligado a redefinir su propia imagen. Para el historiador, la jurisprudencia antisegregacionista es un dato ineludible, fijado en la memoria de millones de americanos. El estudio del Derecho constitucional, sin embargo, encuentra todavía problemas abiertos.

Las páginas que siguen plantean uno: la justificación de las sentencias.

(*) Este trabajo es deudor de las indicaciones ofrecidas por el profesor Richard Parker, de la Facultad de Derecho Harvard, durante el curso sobre interpretación constitucional que tuvo lugar del 8 al 13 de junio de 1992.

Como veremos, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos combatió la segregación racial mediante sentencias carentes de motivación, y eso abrió un gran debate acerca de la mejor forma de motivar las resoluciones judiciales en materia constitucional. A ese debate se dedica la primera parte del artículo, dividida en tres epígrafes. En el primero se ofrece un breve apunte sobre la función del Tribunal Supremo y la forma de sus resoluciones. Esta última cuestión reviste su importancia, porque el Tribunal puede decidir sin motivar, mediante las sentencias denominadas *per curiam*. Me ocupo de estas últimas en el segundo, en el que las pongo en relación con la jurisprudencia antisegregacionista de los años cincuenta. El tercer apartado contiene el punto inicial de la doctrina constitucional americana, dando cuenta de la confluencia doctrinal en cuanto a la necesidad de justificar las sentencias. La segunda parte del artículo comienza recordando las tesis de Weschler acerca de los principios neutrales en el razonamiento constitucional, y a continuación dedico un apartado a presentar las críticas formuladas por Alexander Bickel. Los dos últimos epígrafes presentan las líneas esenciales de el papel que según este autor debe cumplir el Tribunal Supremo, así como la corriente doctrinal que fue impulsada por sus ideas.

II. PRIMERA PARTE:

LA ARGUMENTACION DE LAS SENTENCIAS

1. *La función del Tribunal Supremo y la forma de sus resoluciones*

Al iniciar cualquier reflexión acerca del Tribunal Supremo norteamericano y su aportación al Derecho constitucional hay algo que por sabido no debe perderse de vista: el control de la constitucionalidad de las leyes que ha asumido no deriva directamente de la Constitución, sino de la interpretación que el propio Tribunal ha hecho de la misma. No debe sorprender, pues, que el uso de esa facultad haya estado siempre en el centro de muchas polémicas. Cuanto más se ha alejado el Tribunal de las corrientes dominantes de la opinión pública, más se ha discutido acerca de la legitimidad de sus resoluciones. Por su parte, el Tribunal no puede justificarse más que a través de sus sentencias; no sólo por la opinión que merezcan sus fallos, sino por lo persuasivo de sus argumentos.

La cuestión cambia cuando faltan los argumentos. Como se sabe, el Tribunal puede rechazar recursos sin motivar su decisión ni entrar en el fondo del asunto. Quizá no sea tan conocido que también puede resolver sin argumentos, mediante las llamadas decisiones *per curiam* que estudiaremos seguidamente. En los años cincuenta, la literatura jurídica registra frecuentes quejas por la

falta de motivación de las decisiones del Tribunal Supremo (1), que ganan en intensidad a raíz de una de las actuaciones de mayor trascendencia histórica que haya podido tener cualquier órgano jurisdiccional: la sentencia *Brown v. Board of Education* (2). Eliminó la segregación racial en las escuelas, y propició un cambio social importantísimo. Fue una sentencia unánime (3), y esa unanimidad fue buscada deliberadamente para defender al Tribunal de la oleada de críticas que iba a desatar (4). Su doctrina, limitada en principio a las escuelas, se extendió sin argumentar a otros ámbitos de la vida social en una serie de sentencias *per curiam* que examinaremos dentro de un momento. Importa ahora subrayar la relación entre la falta de argumentación, manifestada en una unanimidad difícil de creer o en los silencios de las resoluciones *per curiam*, y los problemas de legitimidad del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. El Tribunal Supremo llega a decidir la forma de sus resoluciones en función de criterios de oportunidad. En un estudio de Dennis J. Hutchinson, realizado con materiales de circulación interna entre los miembros del Tribunal Supremo, se reproduce el fragmento de una reveladora nota que el magistrado Frankfurter dirigió al presidente del Tribunal, Vinson. Frankfurter pide que el caso se resuelva *per curiam* y sin argumentar, para no ofrecer un flanco susceptible de críticas. Por otro lado, la unanimidad también resulta útil para enmascarar las incertidumbres que dividen al propio Tribunal cuando una resolución va a marcar una determinada política (5).

(1) Apuntan en Louis L. JAFFE: «The Supreme Court, 1950 Term», *Harvard Law Review*, vol. 65, 1951, págs. 107-114.

(2) 347 U.S. 483 (1954). Una visión muy interesante acerca de esta sentencia es la de Alexander M. BICKEL: «The Original Understanding and the Segregation Decision», *Harvard Law Review*, vol. 69, 1955, págs. 1-65. Bickel era uno de los dos letrados ayudantes del juez Frankfurter cuando se preparaba la sentencia, y redactó un informe acerca de la interpretación de la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos a la luz de la intención original de sus autores. El artículo es el desarrollo de ese informe.

(3) Véase Dennis J. HUTCHINSON: «Unanimity and Desegregation: Decisionmaking in the Supreme Court, 1948-1958», *Georgetown Law Journal*, vol. 68, 1979, págs. 1-87.

(4) Puede mencionarse otra decisión polémica que contó también con la unanimidad de todos los miembros del Tribunal Supremo: *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974). Por ella se confirmaba el deber de Richard Nixon de entregar las cintas que contenían las grabaciones de sus conversaciones en la Casa Blanca a propósito del caso Watergate. El presidente Nixon dimitió diecisiete días después de conocerse la resolución del Tribunal Supremo. Una visión llena de colorido acerca de la elaboración de esa resolución la ofrece el estudio de Bob WOODWARD y Scott ARMSTRONG: *The Brethren. Inside the Supreme Court*, Nueva York, Avon Books, 1981, págs. 350 y sigs. (1.ª ed. 1979).

(5) Era el caso *Sipuel v. Oklahoma State Regents*, 332 U.S. 631 (1948), que efectivamente se resolvió *per curiam* amparando la petición de la señora Sipuel a quien por ser negra se le había rechazado el ingreso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oklahoma. HUTCHINSON: «Unanimity and Desegregation», artículo citado, pág. 9.

En efecto, algunas sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos han definido la vida norteamericana más que muchas decisiones tomadas por representantes elegidos, como son el presidente o los legisladores. El fin de la segregación racial es un ejemplo suficientemente claro, en el que no vale la pena insistir. En cambio, hay que llamar la atención acerca de la posición en la que se encuentra el Tribunal Supremo en el conjunto de las instituciones. El Tribunal adopta decisiones que no encajan, en apariencia, con el sentir mayoritario de la opinión, al menos tal y como ésta se manifiesta en las elecciones. Planteado así el problema, quizá se aísle indebidamente al Tribunal Supremo de las instituciones en las que se formulan las decisiones políticas. Si bien su función es jurisdiccional, su ejercicio le lleva a veces a decisiones que no es realista diferenciar demasiado de aquellas que pueden tomarse en otras sedes. No voy a elaborar esta idea, que ya es bastante pacífica, sino que voy a insistir en alguna de las tesis expuesta por un conocido politólogo, Robert A. Dahl, que tuvo en cuenta la actividad del Tribunal Supremo americano de los años cincuenta (6).

Por una parte, es un error perder de vista el carácter electivo de los miembros del Tribunal Supremo: a pesar de la preceptiva confirmación del Senado, es el presidente de los Estados Unidos quien propone el nombre de la persona que desea ver como juez del Tribunal Supremo, y esa oportunidad suele presentarse a lo largo de su mandato en la Casa Blanca (7). Es una ilusión, pues, suponer un aislamiento aséptico del Tribunal Supremo respecto a las institu-

(6) Robert A. DAHL: «Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker», *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957, págs. 279-295 (especialmente pág. 295). Véanse también algunas críticas a este influente artículo; por ejemplo Jonathan D. CASPER: «The Supreme Court and National Policy Making», *American Political Science Review*, vol. 70, 1976, págs. 50-63; Jeffrey A. SEGAL y Harold J. SPAETH: *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, págs. 302-305; Richard D. PARKER: «The Seggers Lecture. "Here the People Rule": A Constitutional Populist Manifesto», *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, 1993, págs. 531-584 (pág. 573). Puede señalarse igualmente el carácter artificial de la contraposición entre Tribunal Supremo y opinión pública. Para que ésta llegue a considerar al Tribunal como un actor político contrario a los sentimientos de la mayoría, hace falta que se perciba su importancia, y no siempre el público tiene una opinión sobre lo que hace el Tribunal Supremo. Véase Gregory A. CALDEIRA: «Neither the Purse nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court», *American Political Science Review*, vol. 80, 1986, págs. 1209-1226. Un análisis reciente de la mutua influencia entre opinión pública y Tribunal Supremo lo ofrecen William MISHLER y Reginald S. SHEEHAN: «The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions», *American Political Science Review*, vol. 87, 1993, págs. 87-101. Para tener una idea de la aceptación de estas posturas en nuestra cultura jurídica, véase Pablo SALVADOR CODERCH: «Interpretación judicial y decisión política», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, págs. 1591-1598 (pág. 1593).

(7) DAHL: «Decision-Making...», artículo citado, pág. 285.

ciones en las que se elaboran las decisiones políticas, no sólo por las actitudes políticas de los magistrados, que probablemente serán cuanto menos compatibles con las del presidente elegido que los propone, sino por la relación que en ocasiones se ha dado entre los magistrados y las corrientes de opinión de la sociedad norteamericana (8). En segundo lugar, el espectro político se encuentra pocas veces dividido entre una mayoría consistente y una minoría igualmente homogénea. Los Estados Unidos son una sociedad de baja tensión ideológica, sin escisiones profundas entre derechas e izquierdas, a diferencia de lo que caracterizó la sociedad europea occidental (9). Más que de mayorías políticas puede hablarse de coaliciones mayoritarias que se fraguan en los momentos en los que se pronuncian sobre una cuestión concreta; así, la coalición que forja una mayoría presidencial no se mantendrá necesariamente cuando la opinión pública se interroga acerca de otras cuestiones, como la segregación racial. Si no se dan mayorías y minorías homogéneas, es algo exagerado atribuir a cualquier decisión del Tribunal Supremo un alineamiento claro respecto a una mayoría social tomando como referencia la opinión del Congreso o del presidente. Indudablemente hay casos en los que las decisiones del Tribunal Supremo son susceptibles, razonablemente, de ser consideradas hostiles a las tendencias mayoritarias de la sociedad, y la interpretación que experimentó la legislación del «New Deal» es un buen ejemplo (10). Para entonces, una auto-

(8) Véase a este respecto Louis FISHER: *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1988, en particular el apartado que lleva el expresivo título de «Judicial Lobbying», págs. 153-161.

(9) «A diferencia de lo que ocurrió en Europa, donde el constitucionalismo se abrió paso en sociedades divididas en intereses e ideologías dispares, la Constitución americana se crea en un marco social e ideológico homogéneo», recuerda Pedro DE VEGA: «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», en sus *Estudios político-constitucionales*, México, UNAM, 1980, págs. 283-309 (pág. 291).

(10) La política del presidente Roosevelt topó contra la doctrina establecida antes de su mandato por *Lochner v. People of the State of New York* 198 U.S. 45 (1905), que se mantuvo hasta *West Coast Hotel v. Parrish* 300 U.S. 379 (1937). Con una cierta sorna se alude a esta sentencia con una rima que se pierde en la traducción: «a switch in time that saved nine», un cambio a tiempo que salvó a nueve, por los miembros del Tribunal; véase el comentario de Mary L. DUDZIAK, en Kermit L. HALL (dir.): *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Nueva York/Oxford, Oxford University Press, 1993, pág. 924. Poco antes de esta sentencia el presidente Roosevelt había anunciado sus planes para alterar la composición del Tribunal Supremo, cansado de su obstruccionismo, y los mal pensados creen que hay alguna relación entre esa advertencia política y el giro doctrinal. También tiene una gran importancia *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938), ya que en su cuarta nota a pie de página, pág. 152, exponía como *obiter dicta* los casos en los que el Tribunal podía abandonar la presunción de constitucionalidad hacia el legislativo. Véase a este propósito Christopher WOLFE: *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991 (traducción de la edición norteamericana de 1986), especialmente págs. 329-352. La cuarta nota ha generado muchí-

ridad como Edward S. Corwin consideraba que el Tribunal Supremo había alcanzado la cima de sus posibilidades en cuanto al control jurisdiccional de la constitucionalidad; en un libro publicado por primera vez en 1934 decía acerca de la interpretación de la Constitución:

«El último período es el actual; es el del *control jurisdiccional de la constitucionalidad* [subrayado de Corwin] puro y simple. El Tribunal, como heredero de las doctrinas acumuladas por sus predecesores se encuentra ahora en posesión de una tal variedad de instrumentos de exégesis constitucional que es capaz de alcanzar casi cualquier resultado en el campo de la interpretación constitucional que considera más deseable y sin separarse ostensiblemente de los buenos modos judiciales» (11).

2. *Las sentencias antisegregacionistas y las resoluciones «per curiam»*

La cultura jurídica norteamericana sitúa bajo la misma forma diferentes tipos de resoluciones que en nuestro contexto distinguimos como autos, providencias o sentencias. Con esta cautela inicial, me permitiré emplear la expresión «sentencia *per curiam*» (12). La resolución *per curiam* más típica es aquella que carece de firma y de argumentos, aunque pueda aparecer la mención de los votos particulares y, en su caso, la argumentación de los mismos (13). Los análisis europeos (14) del sistema jurídico norteamericano suelen insistir

simos comentarios; uno de los más curiosos es el de J. M. BALKIN: «The Footnote», *Northwestern University Law Review*, vol. 83, 1989, págs. 275-320.

(11) «The last period is the present; it is that of *Judicial Review* [subrayado de Corwin] pure and simple. The Court, as heir of the accumulated doctrines of its predecessors, now finds itself in possession of such a variety of instruments of constitutional exegesis that it is able to achieve almost any result in the field of constitutional interpretation which it considers desirable and without flagrant departure of judicial good form.» Edward S. CORWIN: *The Twilight of the Supreme Court. A History of Our Constitutional Theory*, s./l., Archon Books, 1970 (1.ª ed. 1934), pág. 181.

(12) El respetado *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Mi: West Publishing Co., 1983, voz *per curiam*, indica que la expresión se emplea para designar las opiniones que se atribuyen al Tribunal en su conjunto; también son *per curiam* aquellas resoluciones que se presentan sin argumentación.

(13) En el análisis de los problemas suscitados por las sentencias *per curiam* de los años cincuenta sigo el artículo sin firma «Supreme Court *Per Curiam* Practice: A Critique», *Harvard Law Review*, vol. 69, 1956, págs. 707-725, especialmente pág. 708. La *Harvard Law Review* publica sin firma las llamadas «notes», cuyos autores son estudiantes.

(14) Véase Hans Kelsen: «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitutions», *Journal of Politics*, mayo 1942, págs. 183-200. He utilizado la versión italiana «Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana», en Hans Kelsen: *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, págs. 295-313.

en la importancia de la *ratio decidendi* de las sentencias; como dice Rubio Llorente, allí el Tribunal Supremo

«establece la regla de derecho cuyo contenido incluye no sólo el juicio sobre la constitucionalidad de la ley, en su aplicación al caso o en su enunciado, sino también las razones que fundamentan este juicio, es decir, en definitiva, el contenido relevante de la norma constitucional con la que se ha hecho el contraste» (15).

Las sentencias *per curiam* empiezan a publicarse alrededor de 1880 (16), normalmente para rechazar recursos que versan sobre cuestiones ya resueltas por sentencias anteriores. Lo usual era que esas sentencias se dictasen a partir de la decisión unánime de todos los jueces, lo que en cierto modo venía a compensar la falta de argumentación explícita. Así puede comprenderse que no fuera difícil otorgarles el valor de precedente; fue en el caso *Fidelity and Deposit Co. v. United States* (17) donde el Tribunal decidió seguir un precedente carente de argumentación (18). Al principio, las resoluciones *per curiam* solían limitarse a denegar el examen de los recursos en los que se apreciara la irrelevancia del objeto del mismo, o en los que el Tribunal Supremo considerara que no existía una cuestión de carácter federal. Sin embargo, al llegar los años cincuenta, la doctrina empieza a contemplar con una cierta alarma cómo el Tribunal Supremo resuelve casos importantes mediante decisiones *per curiam*. Más allá de cuestiones formales, relativas a la admisibilidad de las apelaciones, resuelven sin argumentar cuestiones de fondo. Puede aceptarse cuando se confirma la sentencia de la que nace el recurso, ya que cabe entender que el Tribunal Supremo hace suyos los argumentos de la misma, o que encaja en la jurisprudencia anterior que sumariamente se cita. Sin embargo, es más difícil de admitir cuando sin argumentación se revocan sentencias y no se explica la conexión del caso que así se resuelve con los precedentes que se citan.

Recordemos brevemente las sentencias antisegregacionistas de los años

(15) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «La concepción de la jurisdicción constitucional en los Estados Unidos y Europa», en AA. VV.: *Historia y Política. Homenaje a Luis Díez del Corral*, Madrid, Eudema, 1987, 2 vols., vol. I, págs. 399-410 (pág. 400).

(16) *Swope v. Leffingwell*, 105 U.S. 3 (1882); *Foster v. Kansas*, 112 U.S. 201 (1884); *Palmer v. Hussey*, 119 U.S. 96 (1886).

(17) 187 U.S. 315 (1902).

(18) *Smoot v. Rittenhouse* (1876), reproducido en el *Washington Law Reporter*, vol. 27, 1899, págs. 741 y sigs. Tomo la referencia de la nota 11 del artículo anónimo «Supreme Court per Curiam Practice...», cit. En el pasado siglo raramente se publicaban de manera oficial las resoluciones *per curiam*.

cincuenta (19). La primera fue la ya citada *Brown v. Board of Education*, en la que se formuló el núcleo de la doctrina. Estableció de modo inequívoco que la segregación racial en las escuelas públicas era inconstitucional, por ser contraria a la decimocuarta enmienda de la Constitución. Esta dispone al final de su sección 1 que ningún Estado privará a nadie de la protección de las leyes, igual para todos. Hay que añadir que los responsables de la sentencia *Brown* eran conscientes de que su resolución no podía ampararse en la intención de los autores de la decimocuarta enmienda; Alexander Bickel, que preparó el informe acerca de la elaboración de la citada enmienda, concluyó el artículo en el que lo desarrollaba diciendo que la documentación histórica,

«correctamente entendida, dejaba la puerta abierta —de hecho invitaba a que se tomara— para una decisión basada en la moral y estado material de la nación en 1954, no en 1866» (20).

Probablemente en la frase «de hecho invitaba a que se tomara» se produzca una cierta confusión entre deseos y realidades. En todo caso, el Tribunal entendió que la segregación que, aplicada a los medios de transporte, amparó *Plessy v. Ferguson* (21) con la condición «separate but equal», debía ser declarada inconstitucional. Sin embargo, prefirió dejar para más adelante la manera en que debía ejecutarse la sentencia haciendo efectiva la integración en las escuelas públicas (22).

Brown v. Board of Education lleva fecha del 17 de mayo de 1954, y el mismo día el Tribunal Supremo dictó la sentencia *Bolling v. Sharpe* que ex-

(19) Las primeras fueron *Brown v. Board of Education*, ya citada, que consideró inconstitucional la segregación racial en las escuelas públicas de los Estados de la Unión, y *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954), que extendía la doctrina a las del Distrito de Columbia. Estas dos sentencias fueron denominadas «Segregation cases» en la sentencia *Florida ex rel. Hawkins v. Board of Control*, 347 U.S. 971 (1954).

(20) «[The record of history], properly understood, left the way open to, in fact invited, a decision based on the moral and material state of the nation in 1954, not 1866». BICKEL: «The Original Understanding and the Segregation Decision», artículo citado, pág. 65.

(21) 163 U.S. 537 (1896).

(22) Sobre este tipo de cuestiones, véase Enrique ALONSO GARCÍA: «Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema constitucional norteamericano», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 6, 1982, págs. 209-257, especialmente págs. 214-215. En la pág. 495 de la edición oficial de la sentencia, plantea los recursos a los que responde como «class actions», que tienen tras de sí el interés de grupos de personas que reúnen las mismas condiciones que han movido a los recurrentes; sobre las «class actions», véase Montserrat CUCHILLO I FOIX: *Les «Class Actions» com a mecanismes de protecció dels drets econòmics i socials en l'ordenament dels Estats Units*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònomic, 1991 (Colección «Quaderns de Treball», núm. 31).

tendía la doctrina de *Brown* al Distrito de Columbia, el cual, como se sabe, no tiene la consideración de Estado. Por ello no era posible fundamentar su resolución en la decimocuarta enmienda, y la justificó entendiendo que la segregación racial en las escuelas públicas era incompatible con la quinta enmienda de la Constitución. El injustificado impedimento que sufre la libertad de los niños negros, a quienes no se permite asistir a las mismas escuelas públicas que los blancos, constituye una actuación arbitraria de las que la mencionada enmienda prohíbe.

En *Brown y Bolling*, el Tribunal se manifestó claramente en contra de la segregación racial en las escuelas públicas. Sin embargo, era necesario concretar los medios por los que se debía proceder a la integración racial en las escuelas públicas. Para ello la sentencia *Brown* dispone al final una nueva audiencia, a la que se invitan al fiscal general de los Estados Unidos y de cada uno de los Estados en los que la segregación racial en las escuelas públicas es obligatoria o permitida. La sentencia resultante es conocida como *Brown II* (23), y por ella remite a los tribunales de los que proceden los recursos planteados la tarea de controlar que la integración racial se vaya efectuando en las escuelas públicas de forma apresurada («with all deliberate speed»).

De acuerdo con la estructura del sistema jurídico norteamericano, los efectos de las mencionadas sentencias no se limitaron a los recurrentes. Entendiendo que la segregación racial en las escuelas públicas era contraria a la Constitución, las autoridades de algunos distritos escolares trataron de proceder a la integración. Con todo, las resistencias fueron durísimas en el sur de los Estados Unidos, y quizá ninguna tan empecinada como la que se opuso en Arkansas. En una escuela de la capital de ese Estado, la Little Rock Central High School, tropas federales tuvieron que proteger con la bayoneta calada a los jóvenes negros que trataban de acudir a ella. Los soldados habían llegado allí por orden del presidente Eisenhower, que había podido comprobar cómo el gobernador de Arkansas no estaba dispuesto a acatar las sentencias del Tribunal Supremo; antes bien al contrario, había enviado a la guardia nacional bajo sus órdenes para mantener alejados a los negros de la escuela. Fue en ese contexto cuando se tuvo que decidir el caso *Cooper v. Aaron* (24), atendiendo un recurso de la junta escolar que pretendía el fin de la segregación, y el Tribunal Supremo no perdió la oportunidad de recordar el deber de todas las autoridades de acatar la Constitución, al tiempo que reiteraba la doctrina de *Brown*. A este respecto, la sentencia explícitamente afirma que cuenta con las firmas de todos los miembros del Tribunal para subrayar la continuidad de las tesis

(23) *Brown v. Board of Education II* 349 U.S. 294 (1955).

(24) 358 U.S. 1 (1958).

contrarias a la segregación, a pesar de que la rubrican tres jueces que no formaban parte del mismo en el momento de firmar *Brown* (25).

Las sentencias *Brown* y *Cooper v. Aaron* constituyen un hito indiscutible para el derecho y la historia del pueblo de los Estados Unidos. Son el desencadenante de un proceso que será muy largo, y que no es posible describir en su conjunto. Es necesario centrarse en un aspecto que resulta secundario respecto al problema principal, la segregación de razas, pero que suscita un gran debate en la teoría constitucional norteamericana. Empecemos por recordar que *Brown* se pronuncia sobre la constitucionalidad de la segregación racial en las escuelas públicas; no directamente sobre la segregación racial en general. Siguiendo la estela de *Brown*, el Tribunal extiende su doctrina a los clubes de golf (26), piscinas (27) o autobuses municipales (28), pero lo hace mediante sentencias *per curiam*. Este tipo de sentencias, por aquellos mismos años, se dictan en materias importantes por otros motivos. Por ejemplo, en el caso *Commercial Pictures Corp v. Regents* (29) se revocó una sentencia que amparaba la denegación de la licencia de exhibición de una película, con la simple mención de un precedente como único fundamento de la resolución. Ocurrió algo parecido en *White v. Howard* (30): se anuló la sentencia de un Tribunal Federal de distrito que había declarado nula una ley del Estado de Mississippi que establecía un registro de nombres de partidos políticos, pero esta vez sin molestarse en citar ni siquiera un precedente. Desde el punto de vista procesal, se plantean problemas muy serios. Se supone que una resolución *per curiam* ha entrado en el fondo del asunto, y es tan escueta como la mera inadmisión de un recurso, esto es, la denegación del llamado «writ of certiorari». Por otra parte, el Tribunal Supremo remite el caso al tribunal del que procede, y se espera que oriente de modo suficiente la nueva resolución que impone; eso es muy difícil con la mención de un solo precedente, y aún más complicado cuando no da ni siquiera esa pista (31). En estas condiciones, las críticas a las resoluciones impopulares del Tribunal Supremo ganan virulencia.

(25) Todos los miembros excepto Frankfurter, quien aportó, argumentado, un voto particular concurrente. Al parecer, ese antiguo profesor de la Facultad de Derecho Harvard se sintió movido por impulsos docentes y por ello prefirió dirigirse en primera persona a los juristas y profesores de Derecho del Sur. Véase HUTCHINSON: «Unanimity and Desegregation...», artículo citado, pág. 84.

(26) *Holmes v. City of Atlanta*, 350 U.S. 879 (1955).

(27) *Mayor and City Council of Baltimore v. Dawson*, 350 U.S. 877 (1955).

(28) *Gayler v. Browder*, 352 U.S. 903 (1955).

(29) 346 U.S. 587 (1954); hay un voto particular concurrente del juez Douglas, que firma también Black.

(30) 347 U.S. 910 (1954).

(31) Sobre estos problemas, véase Albert M. SACKS: «The Supreme Court, 1953 Term», *Harvard Law Review*, vol. 68, 1954, págs. 96-103, especialmente págs. 100-101. También el artículo anónimo citado «Supreme Court Per Curiam Practice...», págs. 715-716.

A lo largo de su historia, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha sido objeto de muchas críticas. Una de las más frecuentes es casi consustancial al control jurisdiccional de las leyes elaboradas por un órgano representativo: no se tolera bien que magistrados que no deben su puesto al voto popular contradigan la voluntad de quienes representan a los ciudadanos. Así, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de alguna ley son tachadas de «anti-mayoritarias». Entonces se recuerda que ha sido el propio Tribunal Supremo de los Estados Unidos quien ha asumido para sí la tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes, una función que no figura explícitamente en la Constitución. Cuando, además, el Tribunal Supremo decide sin argumentar, entonces muchos politólogos y juristas se sienten llamados a pronunciarse en favor o en contra de la función de control jurisdiccional de la constitucionalidad y, en su caso, del modo en que debe ejercerse la misma.

A finales de los años cincuenta se dan esas circunstancias. *Brown* impuso una doctrina recibida con gran hostilidad por la opinión pública dominante en muchos Estados de la Unión. Se discutió mucho el razonamiento, que basaba su ruptura con el precedente otorgando más importancia a las referencias de carácter sociológico que a las estrictamente jurídicas (32). Además, parecía alejarse radicalmente no sólo del sentir racista de amplios sectores de la sociedad norteamericana, sino también de la presunción de constitucionalidad de la actuación del poder legislativo que el Tribunal Supremo parecía aceptar desde que renunció a combatir la legislación social de la era Roosevelt. Esa presunción se abandonaba solamente para proteger derechos individuales, mientras que la jurisprudencia antisegregacionista se dirigía a un sector indeterminado de población (33).

Para tener una medida del grado de oposición que esa jurisprudencia suscitó, quizá sea interesante señalar que uno de los que manifestaron dudas acerca de la conveniencia de revocar el precedente sentado por *Plessy* fue el actual presidente del Tribunal Supremo William H. Rehnquist. Cuando se discutió *Brown* él era uno de los dos letrados del juez Jackson, que dudaba sobre la postura que debía tomarse, y firmó un informe en el que concluía que el Tribunal debía mantener las tesis de *Plessy*, «separate but equal». La divulgación de ese informe durante su comparecencia ante el Senado en 1971 para ser nom-

(32) La sentencia *Brown*, además de considerar que la segregación es incompatible con la igualdad, se extiende en consideraciones acerca de los daños que por sí misma produce la segregación en los niños. En su undécima nota a pie de página (pág. 495) aporta una bibliografía considerable para reforzar esta postura. Las obras citadas no pertenecen al mundo del Derecho, sino que tienen como autores a especialistas de otras ramas de las ciencias humanas y sociales.

(33) Steven L. WINTER: «Indeterminacy and Incommensurability in Constitutional Law», *California Law Review*, vol. 78, 1990, págs. 1443-1541 (págs. 1765 y 1471).

brado juez del Tribunal Supremo estuvo a punto de costarle el rechazo de la Cámara. Rehnquist argumentó que el informe pretendía reflejar los puntos de vista del juez Jackson y no los suyos propios, y dijo también que consideraba justa la sentencia de *Brown* (34).

En todo caso, el Tribunal Supremo impulsó los efectos de su sentencia de 1954 para extender la declaración de inconstitucionalidad de la segregación racial a diversos ámbitos mediante resoluciones *per curiam*. Todo ello generó la impresión que transmiten las frases siguientes:

«La producción del Tribunal ha dado muestras crecientes de afirmaciones arrolladoramente dogmáticas, de formulación de resultados acompañados por escasos o nulos esfuerzos para razonarlos; en suma, ha expresado opiniones que no opinan y ha dado órdenes *per curiam* que, por decirlo francamente, no llegan a crear un nexo entre las autoridades que citan y los resultados que disponen» (35).

Todas las sentencias son susceptibles de ser consideradas desde el punto de vista de las propias preferencias, y si se consideran incompatibles, es perfectamente comprensible que se ponga en duda la legitimidad política del órgano jurisdiccional que adopta resoluciones controvertidas. Lo que resulta más interesante es el reproche de falta de consistencia argumental, que deja un vacío que tratarán los estudiosos del Derecho constitucional. Conviene llamar la atención sobre un aspecto de la discusión que se inicia: lo que se plantea al principio no es el grado en el que el Tribunal Supremo se desvía de una supuesta recta interpretación de la Constitución, sino lo que deben contener sus sentencias. En primer lugar argumentos, y sólo cuando esta exigencia se cumple cabe empezar a discutir cuáles deben ser éstos.

(34) Con las reservas derivadas de la práctica inexistencia de referencias, véase David G. SAVAGE: *Turning Right. The Making of the Rehnquist Supreme Court*, Nueva York, John Wiley and Sons, 1992, págs. 35-36. De todos modos, quizá no sería correcto considerar a Rehnquist un jurista radicalmente opuesto a toda manifestación de racismo. De la pág. 31 de la obra citada tomo el relato que parece demostrarlo. A principios de los años sesenta se celebraba en Phoenix, Arizona, un Congreso Nacional de Abogados, y uno de los principales hoteles de la ciudad se negó a admitir huéspedes judíos. Ante el escándalo causado, el Ayuntamiento se apresuró a aprobar una ordenanza que prohibía la discriminación en los hoteles. Rehnquist fue uno de los pocos abogados que protestaron, considerando que la ordenanza era una interferencia inadmisibles en los derechos de los propietarios.

(35) Alexander M. BICKEL y Harry H. WELLINGTON: «Legislative Purpose and the Judicial Process: The Lincoln Mills Case», *Harvard Law Review*, vol. 71, 1957, págs. 1-39, pág. 3: «The Court's product has shown an increasing incidence of the sweeping dogmatic statement, of the formulation of results accompanied by little or no effort to support them in reason, in sum, of opinions that not opine and of *per curiam* orders that quite frankly fail to build the bridge between the authorities they cite and the results they decree.»

3. *La necesidad de argumentar las sentencias*

Con el panorama descrito en los apartados anteriores se empiezan a dar algunos pasos por parte de la doctrina, tomando en consideración tanto la calidad de las sentencias del Tribunal Supremo como la función que puede atribuirse al órgano que las dicta. Uno de los autores más duros en su diagnóstico y más concretos en sus propuestas es Henry M. Hart, quien en el artículo que anualmente consagra la *Harvard Law Review* al comentario de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (36), apunta una serie de temas que tienen más tarde un desarrollo teórico muy notable. En lugar de glosar las sentencias más importantes, se ocupa de los problemas de gestión del trabajo ordinario, a los que atribuye la causa de la baja calidad de las sentencias. A su juicio, «sólo las sentencias fundadas en la razón y no en simples *fiat* o precedentes pueden realizar la tarea que corresponde al Tribunal Supremo de los Estados Unidos». Además, está convencido de que a largo plazo el Tribunal está destinado a convertirse en una voz de la razón, «a voice of reason», asumiendo la tarea de formular «principios impersonales y duraderos de Derecho constitucional» (37).

Muy pocas de las sentencias de los años anteriores a 1958 cumplen, a juicio de Hart, con los mínimos requisitos de calidad. Para paliar esos defectos sugiere que se mejoren los métodos de trabajo, ganando tiempo para la reflexión colectiva. Además, deja entender que falta también calidad en las críticas que los juristas dirigen al Tribunal Supremo; echa de menos, en particular, una crítica fundada, desinteresada y competente (38). El artículo de Hart trasluce un deseo comprensible, cuando el Tribunal Supremo es el blanco de críticas interesadas. Aspira a encontrar razones, en primer lugar en las resoluciones del Tribunal Supremo, pero también en el debate que generan. Hay que subrayar, por otra parte, que Hart no suscita problemas exclusivamente jurídicos, relativos a la actividad concreta del Tribunal Supremo; se centra en la función ge-

(36) Henry M. HART, Jr.: «The Supreme Court, 1958 Term. Foreword: The Time Chart of Justices», *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959, págs. 84-125.

(37) «Only opinions which are grounded in reason and not on mere fiat or precedent can do the job which the Supreme Court of the United States has to do», artículo citado, pág. 99. La mención de los «impersonal and durable principles of constitutional law» lleva a Hart a citar el artículo de Herbert WESCHLER: «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959, págs. 1-35, del que tendré ocasión de ocuparme más adelante. Me interesa destacar que el debate se centra en la aparente falta de razones de las sentencias, y no en los llamados «tests» de racionalidad o razonabilidad que éstas pueden incluir. Sobre ellos, véase Enrique ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, págs. 209 y sigs.

(38) HART: «The Supreme Court, 1958 Term», artículo citado, págs. 100 y 125.

nérica que desempeña el Tribunal Supremo. Las malas sentencias producen mala jurisprudencia, pero además impiden que el Tribunal Supremo ejerza una influencia positiva en la sociedad. No es difícil determinar cuáles son las aspiraciones de Hart; la cuestión es saber si pueden cumplirse. Un Tribunal Supremo que actúe como voz de la razón, que consiguientemente exponga las razones de sus sentencias, y cuyos miembros reflexionen colectivamente dejando a un lado las preferencias personales, es una institución de calidades a las que pocos se opondrían.

Hubo quien, como reacción al artículo de Hart, puso de manifiesto el escepticismo habitual en el realismo jurídico norteamericano cuando se sugiere la posibilidad de distinguir entre, por una parte, preferencias personales y, por otra parte, razonamiento jurídico, o mera razón. Thurmand Arnold lo hizo de forma vigorosa, incluyendo en su artículo una frase lapidaria de las que no pasan desapercibidas: «Los juristas teóricos como el profesor Hart diseñan los vestidos que cubren la persona del rey y le confieren su autoridad y la aceptación pública» (39). Arnold comparte explícitamente con Hart el ideal del imperio de la ley (40). Sin embargo, discrepa netamente de éste en cuanto a la posibilidad de que ese ideal pueda concretarse mediante el estilo de trabajo que Hart presenta (la reflexión colectiva) de forma marcadamente distinta de los procesos de decisión política (debate y voto). Arnold piensa que los jueces del Tribunal Supremo son personas con opiniones propias y asentadas, y no cree que éstas puedan diluirse en ningún proceso de reflexión colectiva: «No existe tal cosa y nunca ha existido; ese tipo de reuniones sólo sirven para que los hombres con puntos de vista positivos endurezcan sus posturas» (41). Al igual que ocurre en otros ámbitos, en los órganos jurisdiccionales plurales el precio de una mayoría puede ser la ambigüedad, mal que le pese a la razón. No le parece un precio muy alto, y en la proliferación de votos particulares Arnold ve el signo de que el Tribunal Supremo está compuesto por personas con opiniones sólidas. Eso le parece bien, y en todo caso preferible al tipo de tribunal imprescindible para que se cumplan las aspiraciones de Hart: un Tribunal Supremo

(39) «Legal theorists like Professor Hart design the clothes which conceal the person of the king and which give him his authority and public acceptance»; Thurmand ARNOLD: «Professor Hart's Theology», *Harvard Law Review*, vol. 73, 1960, págs. 1298-1317 (pág. 1310). La referencia a la teología no es exactamente un elogio, como se desprende del capítulo titulado «The Mystery of Jurisprudence», tercero de su obra *The Symbols of Government*, Nueva York, Harbinger Books, 1962 (la primera edición 1935), págs. 46-71.

(40) ARNOLD: «Professor's Hart Theology», artículo citado, pág. 1311.

(41) «There is no such process as this ["the maturing of collective thought"], and there never has been; men of positive views are only hardened in those views.» ARNOLD: «Professor Hart's Theology», artículo citado, pág. 1312.

formado por monjes trapenses, sacados de un mundo en el que, alejados de los problemas que preocupan a la sociedad norteamericana, haya sido imposible que se formen una opinión (42).

La diatriba de Arnold tuvo su respuesta, firmada por el decano de la Facultad de Derecho Harvard Erwin Griswold (43). Griswold contradujo a Arnold señalando que era perfectamente posible dejar a un lado preferencias y prejuicios, aun admitiendo su influencia, y afirmando que las mentes de los jueces eran lo suficientemente abiertas para forjarse una opinión en el proceso de decisión colectiva. Decididamente, en este punto Griswold apoyaba las tesis de Hart, insistiendo en su plausibilidad:

«Naturalmente, sabemos muy bien que el derecho debe ser administrado por hombres, y que el juicio humano es un elemento inevitable en su aplicación. Pero una cosa es actuar de acuerdo con las opciones o preferencias personales, y otra muy distinta es que cada uno llegue a las mejores conclusiones de acuerdo con la comprensión del derecho tal como ha sido establecido por la ley, la jurisprudencia, la tradición, los ideales y las pautas de conducta, y el resto de elementos que configuran nuestro sistema jurídico» (44).

Arnold no negaba en redondo que ello fuera posible, aunque subrayaba demasiado que se trataba de un ideal como para no dejar ver su escepticismo (45). Lo que sí consideraba inverosímil era, como veíamos hace un momento, que la reflexión colectiva pudiera servir de base a los razonamientos judiciales. Griswold, por su parte, rechaza cuanto dice Arnold en dos planos. No es imprescindible, indica en primer lugar, que los jueces del Tribunal Supremo sean seleccionados entre monjes de clausura para asegurar su capacidad de razonar dejando al margen sus propias opiniones. Deben, eso sí, dejar de lado las «ideas controvertidas» que hayan podido sostener como ciudadanos particulares. Y eso, añade, se ve favorecido por la discusión con otros jueces, ya que en ella pueden ponerse de manifiesto los conflictos entre los prejuicios de los magistrados, a veces inconscientes, y los valores más propios de la función jurisdiccional (46).

(42) ARNOLD: «Professor Hart's», artículo citado, pág. 1313.

(43) Erwin N. GRISWOLD: «The Supreme Court, 1959 Term Foreword. Of Time and Attitudes: Professor Hart and Judge Arnold», *Harvard Law Review*, vol. 74, 1960, págs. 81-94 (especialmente págs. 91-93).

(44) «Of course we know full well that law must be administered by men, and that human judgement is an inevitable element in the application of law. But it is one thing to act according to one's own best conclusion in the light of his understanding of the law as it has been established by statute, decision, tradition, recieved ideals and standards, and all the other elements that make up our legal system», GRISWOLD: «... Of Time and Attitudes», artículo citado, pág. 92.

(45) ARNOLD: «Professor Hart's Theology», artículo citado, pág. 1311.

(46) GRISWOLD: «... Of Time and Attitudes», artículo citado, pág. 93.

El debate entre Hart y Arnold pone de manifiesto algunos problemas que trascienden el contexto histórico de la polémica. El primero es típico de la actividad que desempeñan los jueces, y consiste en saber si es posible un razonamiento libre de prejuicios personales. La cuestión es de hondo calado y común a todas las ciencias humanas. No puede resolverse aquí, aunque sí cabe señalar que los autores mencionados no intentan ni siquiera esbozar sus dimensiones epistemológicas. En todo caso, al estudioso de la jurisprudencia no le es posible penetrar en las mentes de los jueces y se debe contentar con lo que manifiestan en sus sentencias. Por ello precisamente creo que lo más interesante de la polémica que he sintetizado es la importancia atribuida a la personalidad de los jueces, que deben ser capaces de abandonar sus convicciones en bien de la calidad de sus argumentos, y la que se concede a la discusión colectiva como procedimiento idóneo para depurar los argumentos individuales, a veces imperceptibles para el propio sujeto. En otras palabras, se llama la atención acerca de cuestiones de las que trata la sociología del derecho, como son las condiciones personales y organizativas del razonamiento jurídico. Sin embargo, para la teoría constitucional lo más relevante es quizá la referencia a la necesidad de argumentar los fallos. Esa necesidad, por otra parte, se plantea desde un punto de vista político, y me apresuro a matizar esta afirmación. A las sentencias *per curiam* o a las sentencias con una fundamentación pobre se les atribuyen defectos sobre todo políticos, puesto que, además de no ofrecer claros precedentes con los que orientar la jurisprudencia de los tribunales inferiores, dejan de aportar la voz de la razón (47) en cuestiones de gran importancia social para el pueblo norteamericano. Los silencios del Tribunal Supremo deben, pues, llenarse, pero no pensando sólo en lo que los profesionales del derecho esperan, sino también en lo que debe proyectar al debate político. La cultura jurídica norteamericana acepta que en la argumentación de los jueces se incluyan elementos procedentes de campos ajenos al derecho (48), y quizá por ello los constitucionalistas formularán propuestas que en otras culturas jurídicas más marcadas por el positivismo serían acusadas de introducir elementos extraños en el razonamiento de los magistrados.

(47) Es lo que viene a decir Henry HART en «The Supreme Court, 1958 Term», artículo citado, pág. 99.

(48) Ver Lawrence M. FRIEDMAN: *Law and Society. An Introduction*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1977, págs. 84-85.

4. *Herbert Wechsler y los principios neutrales como peculiaridad del razonamiento jurídico-constitucional*

Ignacio de Otto, en su *Derecho constitucional* (49), hace suya la doctrina según la cual cabe establecer una diferencia entre los actos que aplican las normas y los actos que crean derecho. Esa diferencia se desprende de los modos de fundamentación de los argumentos empleados en las decisiones jurisdiccionales y en las decisiones políticas, como son las legislativas. Las decisiones políticas se justifican en los fines que persiguen, mientras que una decisión jurisdiccional debe basarse en dos premisas: la sumisión a la norma en primer lugar, y, de forma complementaria, el uso de reglas generales de aplicación. En todo caso, advierte de Otto, «es preciso poner a un lado tanto las opiniones puramente personales del juzgador como las particularidades extra-jurídicas del caso y las consecuencias particularizadas de la decisión del mismo» (50).

Esos criterios, formulados aquí de forma simplificada, no aclaran el calificativo que puede merecer la argumentación jurisdiccional que, en lugar de hacer referencia a preceptos, remite directamente a principios. Quizá desde planteamientos radicalmente formalistas esa argumentación no debe considerarse jurídica, pero ello dejaría fuera del campo del derecho uno de los autores más influyentes, que precisamente expone sus tesis en el período que estamos analizando, como reacción a las sentencias sobre la segregación racial. Se trata de Herbert Wechsler y su artículo sobre la función de los principios neutrales en el Derecho constitucional (51).

Wechsler dedica la primera parte de su trabajo a justificar la legitimidad del control de constitucionalidad de las leyes, a partir de su interpretación de la

(49) Ignacio de OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, pág. 289.

(50) DE OTTO: *Derecho constitucional*, obra citada, pág. 289.

(51) WECHSLER: «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», artículo citado. Hasta principios de los años ochenta, por lo menos, éste es el segundo de los artículos jurídicos más citados en los Estados Unidos; véase Fred R. SHAPIRO: «The Most-Cited Law Articles», *California Law Review*, vol. 73, 1985, págs. 1540-1554 (pág. 1549). En España, alguien tan influyente en los debates acerca del método en el Derecho constitucional como Eduardo García de Enterría dedicó su atención a Wechsler. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», en su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, págs. 123-238 (págs. 212 y sigs.). También ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*, obra citada, págs. 31-63. Las tesis de Wechsler siguen vivas en el debate actual; véase Cass R. SUNSTEIN: «Neutrality and Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion and Surrogacy)», *Columbia Law Review*, vol. 92, 1992, págs. 1-52.

Constitución norteamericana. Con gran firmeza afirma que no tiene la menor duda al respecto (52), tomando en consideración dos preceptos de la norma suprema de los Estados Unidos. El primero es el artículo III, en el que, en su sección segunda, atribuye al poder judicial federal encabezado por el Tribunal Supremo una jurisdicción que alcanza a «todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución...». Añade, además, que conocerá en apelación en estos casos «con las excepciones y con arreglo a la reglamentación que formule el Congreso». El segundo es el artículo VI, que contiene la llamada cláusula de supremacía:

«Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la suprema ley del país, y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, aun cuando se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado alguna disposición que lo contradiga» (53).

En la visión de Wechsler, el Tribunal Supremo ejerce la función de control jurisdiccional de la constitucionalidad porque ello se deriva del propio texto de la ley de leyes de los Estados Unidos. El ejercicio de su jurisdicción no depende, pues, de criterios de oportunidad, sino de la Constitución y de las leyes aprobadas por el Congreso. En la segunda parte Wechsler propone los criterios («standards») que deben emplearse para fundamentar las sentencias del Tribunal Supremo. No niega que sus magistrados se enfrenten a problemas «políticos», en el sentido de que implican una opción valorativa efectuada por el Ejecutivo o el Legislativo, pero sostiene que para el Tribunal lo más importante es el tipo de respuesta que ofrece. Tomando una frase de Holmes, quien afirmaba que hacía falta educar en lo obvio, Wechsler dice:

«Lo necesitamos especialmente ahora en la interpretación constitucional, dado que se ha convertido en un lugar común dar por supuesto lo que muchos habían negado durante mucho tiempo: que los tribunales en sus decisiones constitucionales se enfrentan a problemas que son ineludiblemente “políticos” (...) en cuanto implican una elección entre valores o deseos que se refleja en la actuación del Legislativo o del Ejecutivo de que se trate, y que el tribunal debe condenar o admitir» (54).

(52) «Let me begin by stating that I have not the slightest doubt respecting the legitimacy of the judicial review», Wechsler, «Toward Neutral Principles...», artículo citado, pág. 2.

(53) Empleo la traducción publicada en la recopilación dirigida por Jorge DE ESTEBAN: *Constituciones españolas y extranjeras*, Madrid, Taurus, 1977, 2 vols., vol. II.

(54) «We need it [education in the obvious] more particularly now respecting constitutional interpretation since it has become a common place to grant what many for so long denied: that

Critica con mucha dureza la jurisprudencia construida exclusivamente en función del caso que pretende resolver. La evaluación *ad hoc*, dice en un pasaje de su artículo, es el problema más profundo del constitucionalismo norteamericano. No sólo, añade, en cuanto se refiere a la actividad de los tribunales, sino también en el campo político cuando entran en conflicto tendencias que pretenden ampararse en la Constitución (55). Los criterios *ad hoc*, o, por decirlo de otra forma, los criterios oportunistas, no son los más apropiados para justificar las decisiones de los tribunales. Lo que debe distinguir la actuación judicial («judicial process») es precisamente que debe reposar en análisis y en razones que trasciendan el resultado inmediato al que conducen (56). Los legisladores son libres de preparar sus decisiones considerando ventajas e inconvenientes que puedan llegar a producirse. Los tribunales deben actuar de acuerdo con principios, referidos a valores de los que quepa razonablemente decir que tienen una dimensión constitucional.(57) La decisión judicial debe reposar, pues, en principios:

courts in constitutional determinations face issues that are inescapably "political" (...) in that they involve a choice among competing values or desires, a choice reflected in the legislative or executive action in question, which the court must either condemn or condone», WECHSLER: «Toward Neutral Principles...», artículo citado, pág. 15.

(55) «This type of *ad hoc* evaluation is, as it has always been, the deepest problem of our constitutionalism, not only with respect to judgements of the courts but also in the wider realm in which conflicting constitutional positions have played a part in our politics.» WECHSLER: «Toward Neutral Principles...», artículo citado, pág. 12.

(56) Es interesante comparar las tesis de Wechsler con la idea que tenía Tocqueville acerca de la función jurisdiccional: «Un juez se mantiene en los límites naturales de su actividad cuando, al decidir sobre una cuestión particular, destruye un principio general, por la certeza de que, estando todas las consecuencias de ese principio afectadas de la misma manera, el principio se vuelve estéril. Sin embargo, si el juez ataca directamente el principio general y lo destruye sin tener a la vista un caso particular, sale del círculo en el que todos los pueblos se han puesto de acuerdo en encerrarle. El juez se convierte en algo más importante que un magistrado, quizá incluso más útil, pero ya no representa al Poder Judicial.» («Qu'un juge, en tranchant une question particulière, détruit un principe général, par la certitude où l'on est que, chacune des conséquences de ce principe étant frappée de la même manière, le principe devient stérile, il reste dans le cercle naturel de son action; mais que le juge attaque directement le principe général, et le détruit sans avoir en vue un cas particulier, il sort du cercle où tous les peuples se sont accordés à l'enfermer: il devient quelque chose de plus important, de plus utile peut-être qu'un magistrat, mais il cesse de représenter le pouvoir judiciaire.» Alexis de TOCQUEVILLE: *De la démocratie en Amérique*, capítulo 6 de la primera parte; empleo la edición de París, Garnier-Flammarion, 1981, 2 vols., vol. I, pág. 168).

(57) WECHSLER: «Toward Neutral Principles...», artículo citado, págs. 15 y 16. En esta última página se da esta referencia tan genérica a los valores, añadiendo que esa ponderación desde el punto de vista de los principios es específica de los tribunales: «Is there not, in short, a vital difference between legislative freedom to appraise the gains and losses in projected measures and the kind of principled appraisal, in respect of values that can reasonably be asserted to have constitutional dimension, that alone is in the province of the courts?»

«Una decisión basada en principios, en el sentido en el que estoy pensando, es una decisión que reposa en razones referibles a todos los aspectos del caso, razones que por su generalidad y neutralidad trascienden cualquier resultado inmediato que tenga relación con el caso. Cuando no pueden aducirse suficientes razones de este tipo para revocar las opciones fundadas en juicios de valor que hayan podido tomar otros poderes públicos o un Estado de la Unión, esas opciones deben, por supuesto, mantenerse» (58).

La propuesta de Wechsler es, como se ve, que las sentencias se argumenten a partir de principios, ya que esa es la peculiaridad que distingue el razonamiento jurídico-constitucional, y en todo caso, deben excluirse los argumentos *ad hoc*. Parece claro que desea separar al Tribunal Supremo de la política: su jurisdicción constitucional deriva de la Constitución y su ejercicio se distingue de la decisión política por el fundamento de su argumentación (59).

Nuestro autor termina criticando la jurisprudencia antisegregacionista. Esa última parte es probablemente poco conocida en España, y merece una cierta atención para ponderar mejor la perspectiva desde la que Wechsler escribe. A Wechsler no le gusta la segregación racial, y lo manifiesta recordando, casi al final del artículo, una anécdota personal. Evoca los días en los que actuaba como abogado ante el Tribunal Supremo, y las normas sobre segregación racial impedían que pudiera comer en el restaurante del Tribunal con un colega suyo, el abogado negro Charles H. Houston. A este respecto dice Wechsler que el letrado de color no lo pasó peor que él (60). Esos sentimientos personales, sin embargo, no evitan una crítica a la jurisprudencia iniciada por *Brown v. Board of Education*. Afirma que sólo en la mencionada sentencia el Tribunal entró en el fondo del problema de la constitucionalidad de la segregación racial en la

(58) «A principled decision, in the sense I have in mind, is one that rests on reasons with respect to all the issues in the case, reasons that in their generality and their neutrality transcend any immediate result that it is involved. When no sufficient reasons of this kind can be assigned for overturning value choices of the other branches of the Government or a state, those choices must, of course, survive.» WECHSLER: «Toward Neutral Principles...», artículo citado, pág. 19.

(59) Jan G. DEUTSCH: «Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Science», *Stanford Law Review*, vol. 20, 1968, págs. 169-261, en las págs. 178-197 ofrece una atinada crítica de las tesis de Wechsler. La generalidad y neutralidad de sus principios no termina de definirse, y, si bien Wechsler basa en la Constitución la jurisdicción del Tribunal Supremo en materia de control de constitucionalidad, su reivindicación en cuanto al modo de ejercerla carece de fundamento constitucional.

(60) «He did not suffer more than I in knowing that we had to go to Union Station to lunch together during the recess», WECHSLER: «Toward Neutral Principles...», artículo citado, pág. 34. Ver a este respecto Cass. R. SUNSTEIN: «Neutrality in Constitutional Law...», artículo citado, págs. 5-6.

educación pública, y expresa sus dudas acerca de las sentencias que, mediante resoluciones *per curiam*, extienden la declaración de inconstitucionalidad de la segregación a ámbitos distintos. Hemos visto ya críticas a las resoluciones *per curiam*, y Wechsler las comparte. Pero, además, expone una discrepancia de fondo: si bien la segregación racial niega la libertad de asociación, la integración impone la asociación a quienes no la desean (61). En todo caso, su postura es clara: mientras se den igualdad de condiciones, la separación física de las razas impuesta por los Estados no constituye discriminación (62). Quizá esa visión del problema racial americano en la segunda mitad del siglo XX merecería un análisis más detallado. En todo caso, no creo que esas dudas acerca de la constitucionalidad de la prohibición de la discriminación racial sean la razón de la influencia del eximio jurista.

5. *La discrecionalidad de la función jurisdiccional del Tribunal Supremo y los inconvenientes de la argumentación fundada en principios*

Wechsler, como he indicado antes, ha tenido una gran influencia, y podemos imaginar fácilmente alguna de las razones. Cuando las resoluciones del Tribunal Supremo están provocando un gran debate público, Wechsler sugiere una fórmula que parece atenuar la discrecionalidad política de la intervención jurisdiccional. En primer lugar, el ejercicio del control jurisdiccional de la constitucionalidad no se produce según criterios de oportunidad. Ante un «caso o controversia» sometido a su consideración el Tribunal debe cumplir con su obligación de juzgar. En segundo lugar, tiene que decidir mediante principios generales y neutrales, que distinguen la actuación de los órganos jurisdiccionales de las resoluciones políticas.

Alexander Bickel (63) es un temprano crítico de Wechsler que discute los

(61) «But if the freedom of association is denied by segregation, integration forces an association upon those to whom it is unpleasant or repugnant.» WECHSLER: «Toward Neutral Principles...», artículo citado, pág. 34; ver también págs. 22-23. A pesar de que «association» se corresponde con «asociación», quizá aquí sería más correcto traducirlo por «reunión», teniendo en cuenta el contexto. Hay que añadir que Wechsler, en la misma pág. 34, critica que el Tribunal Supremo rechazara una apelación en la que se impugnaba la constitucionalidad de una ley de Virginia contraria a los matrimonios interraciales.

(62) «For me, assuming equal facilities, the question posed by state-enforced segregation is not one of discrimination at all.» WECHSLER: «Toward Neutral Principles...», artículo citado, pág. 34.

(63) Alexander M. BICKEL: «The Supreme Court, 1960 Term. Foreword: The Passive Virtues», *Harvard Law Review*, vol. 75, 1961, págs. 40-79. «The Passive Virtues» es el título del capítulo 4 de la obra de Bickel *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Conn. y Londres, Yale University Press, 1986 (la primera edición es de 1962), págs. 111-198, que incluye parte de ese artículo.

dos elementos de su propuesta, mucho menos preocupado por presentar al Tribunal Supremo como un elemento aislado de las cuestiones políticas. Frente a la idea de que el Tribunal Supremo se ve compelido a ejercer su jurisdicción, Bickel, sin discutir la legitimidad del control jurisdiccional de las leyes, justifica una cierta discrecionalidad en su ejercicio. Así, a la tesis de Wechsler acerca de la legitimidad constitucional del control de constitucionalidad, Bickel opone una serie de matices que abren la puerta a una mayor discrecionalidad en el ejercicio de la jurisdicción constitucional (64). Creo que el punto más interesante, sin embargo, es la exposición de los problemas que acarrea el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad a partir de principios (65). En primer lugar, ese tipo de razonamiento no consigue apartar al Tribunal Supremo del debate político; en cierto modo, la insistencia en los principios sitúa a la institución en el terreno del que se pretende sacarla. Por ello, el artículo de Bickel llama la atención sobre las «virtudes pasivas» de un Tribunal cuyos jueces saben cuándo deben evitar pronunciarse sobre el fondo de un caso polémico (66). Además, en segundo lugar, los principios encorsetan las resoluciones de tal modo que la evolución de la jurisprudencia constitucional y su adaptación a las necesidades sociales se vuelven más difíciles.

En la crítica de Bickel no hay una alternativa a los principios neutrales como fundamento de la argumentación del Tribunal Supremo. Lo que Bickel sugiere es una mayor sensibilidad política de los jueces en el ejercicio de su función. Para ello recuerda la tensión que existe entre las cuestiones de principio y los criterios de oportunidad o conveniencia (67) y afirma que no hay una sociedad sana sin principios, ni una sociedad viable dominada por ellos (68). Ofrece un ejemplo muy ilustrativo de sus tesis:

«En su día, cuando la educación de los niños negros acababa de empezar, la segregación por ley en las escuelas públicas pudo haber sido una necesaria solución de compromiso, y el error grave que cometió el Tribunal no fue el de

(64) BICKEL: «... The Passive Virtues», artículo citado, págs. 42-47.

(65) BICKEL: «... The Passive Virtues», artículo citado, págs. 48-51.

(66) «[T]he techniques and allied devices for staying the Court's hand, as is avowedly true at least of certiorari, cannot themselves be principled in the sense in which we have a right to expect adjudications on the merits to be principled. They mark the point at which the Court gives the electoral institutions their head and itself stays out of politics, and there is nothing paradoxical in finding that here the Court is most a political animal.» BICKEL: «... The Passive Virtues», artículo citado, pág. 51.

(67) BICKEL: «... The Passive Virtues», artículo citado, págs. 49-50, donde habla de «principles» y «expediency».

(68) «No good society can be un principled; and no viable society can be principle-ridden.» BICKEL: «... The Passive Virtues», artículo citado, pág. 49.

no ser capaz de abolirla en el siglo XIX, sino legitimarla con criterios de principio» (69).

Como se ve, los principios neutrales y generales no parecen siempre una base idónea para fundar una resolución judicial cuando incide sobre cuestiones políticas. Para que la argumentación no quede lastrada por sus cimientos, Bickel no sugiere un modelo de interpretación o una pauta de argumentación; lo que propone, más bien, es una actitud en los jueces.

«La antítesis de los principios en una institución que representa la decencia y la razón no es el capricho, ni siquiera la oportunidad, sino la prudencia» (70).

III. SEGUNDA PARTE: ALEXANDER BICKEL Y LA ESCUELA DE LA EXPLICACION RAZONADA

1. *Alexander Bickel: una teoría normativa del Tribunal Supremo como órgano político*

Cuando en 1962 Alexander Bickel abordó la tarea de defender la función del Tribunal Supremo como órgano de control de constitucionalidad, a diferencia de otros, no trató de presentarlo como una institución ajena a la política. Ya el título de su obra más conocida es un recordatorio de que el Poder Judicial es uno de los órganos a través de los que se gobierna la comunidad, y de la habitual acusación de que sus decisiones son políticas: «El poder menos peligroso. El Tribunal Supremo acusado de hacer política» (71). La

(69) «In its day, when the education of Negro children was just beginning, segregation by law in the public schools may have been a necessary compromise, and the Court's grave error lay not in failing to strike it down in the nineteenth century, but in legitimating it on principle.» BICKEL: «... The Passive Virtues», artículo citado, pág. 50.

(70) «The antithesis of principle in an institution that represents decency and reason is not whim, nor even expediency, but prudence.» BICKEL: «... The Passive Virtues», artículo citado, pág. 51. Véanse las consideraciones acerca del «prudential analysis», en Walter F. MURPHY, James E. FLEMING y William F. HARRIS II: *American Constitutional Interpretation*, Mineola, Nueva York, Foundation Press, 1986, págs. 295-297, en donde se pone como ejemplo el tratamiento de las sentencias antisegregacionistas por parte del Tribunal Supremo.

(71) BICKEL: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Admito que la traducción del título que propongo en el texto es algo atrevida. Puede verse en Robert K. FAULKNER: «Bickel's Constitution: The Problem of Moderate Liberalism», *American Political Science Review*, vol. 72, 1978, págs. 925-940 como el pensamiento de Bickel evoluciona en *The Supreme Court and the Idea of Progress*, Nueva York, Harper, 1970, hasta su obra póstuma —falleció en 1974— *The Morality of Consent*, New Haven, Yale University Press, 1975. Una

primera frase está tomada de un conocido texto de Alexander Hamilton en *El Federalista*:

«Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes» (72).

Bickel sitúa al Tribunal Supremo, como Poder Judicial, en el contexto político que le parece más propio. Es una rama del «government», expresión que aunque pueda traducirse como «gobierno», incluye a todos los poderes del Estado. Ocurre que muchas de las actuaciones en las que se concreta la gobernación de una sociedad tienen dos aspectos:

«Los efectos prácticos, inmediatos y necesariamente pretendidos, y, por otra parte, una referencia probablemente impensada, que quizá no se tiene en cuenta, a unos valores acerca de los que mantenemos que deben tener un interés más general y permanente» (73).

Muchas personas de las que tienen un papel en los asuntos públicos pueden llegar a percibir esos valores, y fundamentan sus decisiones en ellos. Es entonces, señala Bickel, cuando decimos que su conducta se guía directamente por los principios. Otras veces piensan sobre todo en los resultados inmediatos de sus decisiones, especialmente en las Asambleas legislativas. Los tribunales, en cambio, tienen mayor capacidad que los Parlamentos o los Ejecutivos para tratar de cuestiones de principio (74):

buena biografía intelectual de Bickel es presentada por Edward A. PURCELL: «Alexander M. Bickel and the Post-Realist Constitution», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 11, 1976, págs. 521-564.

(72) «Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them.» Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY: *The Federalist Papers* (n. 78, Hamilton), Nueva York, Mentor Books, 1961, pág. 465. El texto en castellano lo he tomado de la versión que realizó Gustavo R. VELASCO en *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, págs. 330-331. Bickel incluye este fragmento en la cita con la que abre *The Least Dangerous Branch*, obra citada.

(73) «Their immediate, necessarily intended, practical effects, and their perhaps unintended, practical effects, and their perhaps unintended or unappreciated bearing on values we hold to have more general and permanent interest.» BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, obra citada, pág. 24.

(74) BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, obra citada, págs. 24-25.

«Los jueces tienen, o deberían tener, el tiempo, la preparación y el aislamiento para adoptar la actitud de los estudiosos cuando tratan de alcanzar los fines del Estado» (75).

Conviene señalar alguna diferencia entre los principios aludidos por Bickel y los de carácter general y neutral que para Wechsler constituyen una regla de solución de los casos a los que los jueces deben atender (76). Con una cierta simplificación puede decirse que Wechsler se refiere a principios jurídicos, en el sentido de que son elaborados por jueces para dar una base a su argumentación jurídica. Los principios a los que Bickel hace referencia son una pauta de conducta más amplia, que se pretende derivada de valores políticos acerca de los que existe un amplio consenso social. Ello es especialmente importante en la medida en que Bickel cree que la legitimidad constitucional del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes es muy discutible (77). Piensa, además, que

«nada en esas complejidades [del sistema democrático norteamericano] puede ocultar la realidad esencial de que el control jurisdiccional de la constitucionalidad es una institución anómala en la democracia americana» (78).

Así pues, el consenso social pasa a ser la referencia más importante para la tarea del Tribunal Supremo. No pretende presentarlo como un dato objetivo, como un texto puede llegar a serlo. La convicción de que ese consenso puede existir la expresa mediante una reflexión tomada de la crítica literaria. ¿Cómo puede afirmarse que un escritor es «mejor» que otro? Quizá no pueda probarse, pero puede «demostrarse» apelando a los valores culturales que el crítico y el lector tienen en común (79). El Tribunal Supremo debe atenerse a los valores sociales y formular los principios aceptables por la comunidad. Con un importante matiz, sin embargo, el Tribunal no debe atenerse a lo que la sociedad ad-

(75) «Judges have, or should have, the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government». BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, obra citada, págs. 24-25.

(76) BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, obra citada, págs. 49-65.

(77) En el capítulo inicial de *The Least Dangerous Branch*, obra citada.

(78) «Nothing in these complexities [of the American democratic system] can alter the essential reality that judicial review is a deviant institution in the American democracy». BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, obra citada, pág. 18.

(79) Esta es la sustancia de la cita de D. MACDONALD: «The Triumph of the Fact: An American Tragedy», *The Anchor Review*, vol. 2, 1957, págs. 113 y sigs. (pág. 124), que Bickel reproduce en la pág. 237 de *The Least Dangerous Branch*, obra citada.

mita en el momento de dictar la sentencia, sino a lo que la sociedad no tarde mucho en aceptar:

«Lo que se quiere indicar es que el Tribunal debería pronunciarse sólo mediante principios que puedan ser aceptados de modo general, no inmediatamente, pero sí en un próximo futuro previsible» (80).

Porque el Tribunal no se limita a reflejar la opinión pública de un momento dado, sino que contribuye también a formarla como educador (81) y guía:

«El Tribunal es un guía de la opinión y no un simple registro de la misma. Ahora bien, tiene que guiar a la opinión y no imponer la suya (...). Es el forjador y el profeta de la opinión que va a prevalecer y a perdurar» (82).

Hay que entender, por otra parte, que para Bickel ese carácter del Tribunal es el que lo define y no un simple efecto de su actuación:

«Decididamente, la función del Tribunal es la de proclamar objetivos basados en principios, incluyendo los que no puedan, previsiblemente, alcanzarse con plenitud de manera inmediata» (83).

Los jueces de un Tribunal así deben tener cualidades políticas más propias de los estadistas que de los dirigentes de partido, y, por supuesto, aparentemente prescindibles en los magistrados que se limitan a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley (84). Entre esas cualidades destaca el sentido de la

(80) «What is meant, rather, is that the Court should declare as law only such principles as will—in time, but in a rather immediate foreseeable future—gain general assent.» BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, obra citada, pág. 329.

(81) Empleando una imagen náutica, según la cual puede entenderse la Constitución como una referencia estable que es útil para orientar la navegación de la sociedad, dice BICKEL en *The Least Dangerous Branch*, obra citada, pág. 26, que «la institución educativa que efectúa la observación para corregir los cálculos erróneos y la difunde es la voz de la Constitución: es el Tribunal Supremo ejerciendo el control jurisdiccional de la legislación». («The educational institution that both takes the observation to correct the dead reckoning and makes it known is the voice of the Constitution: the Supreme Court exercising judicial review.»)

(82) «The Court is a leader of opinion, not a mere register of it, but it must lead opinion, not merely impose its own (...) [I]t is at once shaper and prophet of the opinion that will prevail and endure.» BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, obra citada, pág. 239.

(83) «It is, as I have argued, decidedly the Court's function to proclaim principled goals, including some that it foresees may be incapable of immediate, full attainment.» BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, obra citada, pág. 141.

(84) En la conocidísima afirmación de Montesquieu, del capítulo 6 de libro XI de *Del espíritu de las leyes*, versión de Mercedes BLÁZQUEZ y Pedro DE VEGA, Madrid, Tecnos, 1972, pág. 156. La idea no es exactamente nueva; por ejemplo, y con todas las salvedades necesarias, puede recordarse a Cicerón en *De Legibus*, III, I, 2-3, cuando afirma que «vereque dici potest,

oportunidad (85), que ya veíamos en la crítica a Wechsler, para conocer el momento en el que puede formular un juicio definitivo y sentar un principio acerca de la constitucionalidad de una ley. A eso se llega tras sentencias en las que los argumentos se limitan al caso, pero sientan un criterio que más tarde se expresará como fórmula general. Será aceptable si el Tribunal, en diálogo con las instituciones políticas y con la sociedad, consigue que las soluciones que aporta lleguen a parecer, «familiares, si no obvias» (86).

Se ha apuntado (87), y creo que con una cierta razón, que Bickel parte de doctrinas jurídicas para proponer una táctica que oriente el despliegue del poder que está en manos del Tribunal Supremo. Los objetivos no dependen de las preferencias de los magistrados, sino que se supone que éstos los definen en diálogo con la opinión pública. Quizá sea una suposición excesiva, pero en el planteamiento de Bickel se tiene muy en cuenta la necesidad de argumentar de tal manera que sus resoluciones lleguen a aceptarse. El problema aparece cuando en la opinión pública falta el mínimo consenso sobre los valores que deben compartirse. Al fin de su vida, Bickel estaba convencido de que ese consenso había terminado y que, en consecuencia, era muy difícil argumentar ante una sociedad que no reconoce el valor de la razón. Tras una referencia a las crisis del caso Watergate y a las protestas contra la guerra del Vietnam que provocaron una terrible desconfianza de los norteamericanos hacia sus instituciones afirma:

magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum» (he empleado la edición bilingüe *Las leyes*, Madrid, Ediciones de la Universidad de Puerto Rico/Revista de Occidente, 1956; está a cargo de Roger Labrousse, quien en la pág. 65 traduce: «Con razón puede decirse que el magistrado es una ley hablada o que la ley es un magistrado mudo.») Sobre esta cuestión, puede verse Xavier ARBÓS: *Notas sobre política y derecho*, Barcelona, PPU, 1993, pág. 44. La cultura jurídica norteamericana no parece creerse del todo que haya jueces que puedan anular por completo su subjetividad y ser meros instrumentos pasivos de la fuerza del ordenamiento; John P. DAWSON: *The Oracles of Law*, Ann Arbor, University of Michigan, 1968, analiza el razonamiento judicial de la «Cour de Cassation» francesa, y llega a presentarlo como «una forma muy avanzada de ventriloquía» («extremely expert ventriloquism»), pág. 411.

(85) Véase a este respecto Anthony T. KRONMAN: «Alexander Bickel's Philosophy of Prudence», *Yale Law Journal*, vol. 94, 1985, págs. 1567-1616 (especialmente págs. 169-562).

(86) «Familiar if not obvious» dice BICKEL en *The Least Dangerous Branch*, obra citada, pág. 240; en general, págs. 240-241.

(87) FAULKNER: «Bickel's Constitution: The Problem of Moderate Liberalism», artículo citado, especialmente en la pág. 927, donde se expresa con dureza hacia Bickel: «Reemplaza axiomas del saber jurídico tradicional por técnicas de mediación. A su vez, éstas llegan a manifestarse como técnicas de gobierno oculto, como maneras de edulcorar un proceso político...» («He replaces axioms of traditional jurisprudence with techniques of mediation. These turn out to be techniques of hidden government, ways to jolly a political process...»).

«Pero hay otra crisis que podría dejarnos sin capacidad de enfrentarnos a las anteriores. Es la crisis resultante del abandono de la razón, de los criterios y del sentido de la medida, y de la pérdida de la ponderación y el buen sentido» (88).

2. *La teoría constitucional académica: la escuela de la explicación razonada* (89)

En los debates que hemos examinado, así como del magisterio de Bickel, se forjó una importante corriente de pensamiento en el Derecho constitucional norteamericano. Recordemos las diversas llamadas que desde la universidad se hacían al Tribunal Supremo. Se le pedía que trabajara más y mejor, discutiendo tanto los aspectos prácticos del proceso de toma de decisiones, como la necesidad de motivar las sentencias y las pautas argumentativas más apropiadas. Desde nuestra perspectiva actual, es probable que no veamos nada especialmente llamativo u original en todo ello, salvo, quizá, una práctica jurisprudencial que prescinde de justificar plenamente sus decisiones. Con todo, creo que es interesante ofrecer una breve visión general de las características comunes a ese grupo de constitucionalistas, para poder aquilatar mejor su aportación a la teoría constitucional y su posible influencia en la orientación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Uno de los primeros en llamar la atención acerca de los problemas del órgano jurisdiccional más importante de los Estados Unidos fue Louis Jaffe, en un artículo citado al principio de este trabajo. Allí, además de criticar las sentencias *per curiam*, hacía unas recomendaciones que revelan las aspiraciones de la escuela que pretendo describir. Jaffe percibía un Tribunal al que durísimas acusaciones de falta de imparcialidad habían dejado con poca conciencia

(88) «But there is another crisis that could incapacitate us from dealing with these. It is the crisis of the abandonment of reason, of standards, of measure, the loss of balance and judgment.» BICKEL: *The Morality of Consent*, obra citada, pág. 137.

(89) Traduzco «reasoned elaboration» por «explicación razonada», aunque «elaboration», propiamente, ya puede significar «explicación detallada». La expresión sigue la de G. Edward WHITE: «The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change», *Virginia Law Review*, vol. 59, 1973, págs. 279-302. Allí (pág. 279, nota 2) indica que la toma del manuscrito de Henry M. HART y Albert M. SACKS: *The Legal Process*, 1958. Dicha obra se encuentra en la biblioteca de la Facultad de Derecho Harvard, en el almacén de manuscritos, y, a pesar de no haber sido publicada, su influencia parece muy superior a su difusión. En algunas ocasiones se identifica esta escuela con el pensamiento de WESCHLER: «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», artículo citado; lo hace, con un título que alude a una canción de Bruce Springsteen, Mark TUSHNET: «Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory», *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, págs. 1037-1062 (pág. 1040).

y orgullo institucionales. Además, tras afirmar que en el seno del Tribunal había poco respeto mutuo entre los magistrados, hacía responsable de la situación al excesivo énfasis que en su opinión habían puesto los realistas y liberales acerca de la función política de la Corte (90).

Observamos en Jaffe una caracterización del Tribunal Supremo como institución con identidad y funciones propias. No pretende presentar su actividad como algo radicalmente diferente de la política, sino que viene a negar que el Tribunal Supremo sea únicamente el escenario en el que se prolongan las disputas entre las facciones que están detrás de cada una de las partes de un caso. El Tribunal Supremo es una institución, que debe ser valorada. Respecto a la dimensión política de su función, lo que Jaffe rechaza es el partidismo, y la importancia excesiva que se atribuye a la misma. No puede concluirse que pretenda presentar al Tribunal Supremo como un órgano apolítico; más bien trata de desmarcarse de las simplificaciones en las que podía haber caído el realismo jurídico más radical.

a) *Una escuela académica*

En la escuela de la explicación razonada se propusieron ofrecer pautas para el razonamiento judicial. Lo hicieron desde tribunas universitarias, imaginando un tipo de juez muy parecido al del académico ideal (91). Su plataforma de lanzamiento la constituyeron los prefacios que antecedian a los comentarios anuales de la jurisprudencia generada por el Tribunal Supremo, a los que hay que añadir los artículos de actualidad política que Bickel publicaba en la revista *New Republic*. Pretendieron entrar en diálogo con el Tribunal Supremo, al que le pedían cuatro cosas: la primera, que los jueces ofrecieran las razones de sus decisiones; la segunda, que las razones se expusieran de forma coherente y completa; la tercera, que esas razones hubieran pasado por una discusión colectiva, y, por fin, que sus sentencias constitucionales mostraran alguna conexión con las preferencias de la sociedad (92).

(90) JAFFE: «The Supreme Court, 1950 Term», artículo citado, págs. 113 y 114.

(91) Algunos autores se refieren a la escuela de la explicación razonada como «scholarly tradition»; es el caso de J. SKELLY WRIGHT: «Professor Bickel, the Scholarly Tradition and the Supreme Court», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, págs. 769-805. Otros prefieren hablar de «learned tradition»; lo hace Stephen M. GRIFFIN: «What Is Constitutional Theory? The Newer Theory and the Decline of the Learned Tradition», *Southern California Law Review*, vol. 62, 1989, págs. 493-538.

(92) Tomo ese resumen de WHITE: «The Evolution of Reasoned Elaboration», artículo citado, pág. 286.

Si he utilizado para ese grupo el término «escuela» no ha sido sólo para identificarlo con lo que en nuestro mundo universitario entendemos con esta palabra: un conjunto de profesores con un alto grado de coincidencia intelectual respecto a las disciplinas que cultivan. Probablemente fueran eso, aunque entre Wechsler y Bickel hubiera diferencias notables a las que ya he aludido. Creo que la palabra «escuela» es apropiada también por la función pedagógica que atribuyen al Tribunal. Me apresuro a añadir que el carácter académico de la escuela de explicación razonada no indica una actitud propensa a buscar el rigor teórico de sus formulaciones como primer objetivo. Como he apuntado hace poco, y espero que se haya podido percibir en los epígrafes anteriores, lo «académico» sintetiza las virtudes ideales del trabajo de los profesores universitarios: la independencia, la honestidad y la flexibilidad en la reflexión, así como una notable capacidad de comunicación de sus conclusiones (93). Hay otra cualidad que quizá se asocie más frecuentemente a los verdaderos estadistas que a los profesores de Derecho: la capacidad de distinguir entre deseos y realidades, que permite percibir la situación a la que va a afectar el resultado de sus cavilaciones. Si se quiere, en esa escuela lo académico es el estilo que reclaman de los jueces.

b) *Una escuela postrealista*

En lo concerniente a la idea de la función jurisdiccional, el realismo jurídico significó un cambio importante respecto a planteamientos anteriores que por contraste calificaremos de «formalistas». Simplificando, puede explicarse la diferencia diciendo que los formalistas entendían que los jueces no decidían; la decisión estaba en la regla que aplicaban. Los realistas asientan en la cultura jurídica norteamericana la idea de que los jueces efectivamente deciden, pero parecen inclinarse a afirmar que su decisión no se diferencia de cualquier deci-

(93) En un interesante trabajo, con un subtítulo bastante expresivo, Joseph Goldstein, sugiere las siguientes directrices para mejorar la redacción de las sentencias:

- a) Uso de un lenguaje accesible a todos.
- b) Franqueza y claridad.
- c) Admitir y explicar las ambigüedades deliberadas.
- d) Precisión y honestidad cuando se aluda a otras sentencias.
- e) Incluir en el texto, y no en las notas, cuanto esté directamente relacionado con el razonamiento.

Joseph GOLDSTEIN: *The Intelligible Constitution. The Supreme Court's Obligation to Maintain the Constitution as Something We the People Can Understand*, Nueva York/Oxford, Oxford University Press, 1992, págs. 106-133.

sión que puedan tomar los legisladores. Es decir, es también el resultado de procesos psicológicos, presiones interesadas o criterios de oportunidad. Los autores que se identifican con la escuela de la explicación razonada tratan de distinguirse de los realistas en su defensa de la especificidad de la decisión judicial. Que los jueces decidan efectivamente resulta ya una cuestión pacífica (94); sin embargo, creen que la decisión judicial tiene unas características propias que la distinguen, y la tarea que asume la escuela de la explicación razonada es la de proponer las pautas más adecuadas para el razonamiento que justifica las sentencias (95). Su empeño, como es obvio, se inscribe en el marco de las teorías normativas sin enfrentarse directamente a los realistas en la teoría descriptiva (96). Tienen, eso sí, la clara conciencia de que el Tribunal Supremo es un actor político de peso importantísimo, cuyas decisiones pueden desviarse de la voluntad ciudadana expresada a través de los legisladores.

El realismo jurídico vivió su apogeo durante los años treinta, en buena sintonía con el «New Deal» del presidente Franklin D. Roosevelt. Henry M. Hart, por entonces afín a los realistas y más tarde uno de los defensores de la explicación razonada, publicó en el *Boletín de Antiguos Alumnos de la Universidad Harvard* un artículo en el que apoyaba a Roosevelt en su campaña contra los magistrados del Tribunal Supremo (97). El ocaso, sin embargo, le llegó pronto. Como ya se ha dicho, a partir de 1937 el Tribunal Supremo atenúa su hostilidad hacia las políticas de Roosevelt, y los realistas están en peores condiciones para denunciar al formalismo como careta de fuerzas conservadoras. Además, la distinción que establecieron entre el Derecho y el sistema de valores les hizo vulnerables por las similitudes de esta postura con la indiferencia axiológica del derecho nacionalsocialista (98). Los realistas pudieron con la llamada «jurisprudencia mecánica». Pero, tras convencer a la comunidad jurídica de que los jueces decidían, no fueron capaces de articular propuestas que indicaran cómo debían decidir. La escuela de la explicación razonada trató de hacerlo.

(94) «El realismo ha muerto; ahora somos todos realistas» («Realism is dead; we are all realists now»). Con esta frase representa la cultura jurídica norteamericana posterior al realismo jurídico William TWINING: *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Londres, Weidenfeld and Nicholson, 1985 [primera edición 1973], pág. 382, y en general todo el capítulo 15 «The Significance of Realism», págs. 375-387.

(95) PURCELL: «Alexander M. Bickel and the Post-Realist Tradition», artículo citado, pág. 526.

(96) Sobre este punto, véase Manuel ATIENZA: *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993, págs. 124-125.

(97) WHITE: «The Evolution of Reasoned Elaboration», artículo citado, pág. 282.

(98) WHITE: «The Evolution of Reasoned Elaboration», artículo citado, pág. 283; PURCELL: «Alexander M. Bickel and the Post-Realist Constitution», artículo citado, pág. 525.

c) *La crítica a la escuela
de la explicación razonada y su legado*

Los contemporáneos de la escuela de la explicación razonada hicieron sus propios juicios acerca de sus tesis principales, como es natural. Resulta curioso, sin embargo, observar algunas de las críticas que les formularon en el momento en el que su principal exponente, Alexander Bickel, comenzaba a distanciarse del activismo del Tribunal Warren (99). Para el grupo de la explicación razonada, recordémoslo, era imprescindible el diálogo entre el Tribunal y la sociedad, y en ese diálogo imaginario son los magistrados quienes deben formarse una idea acerca de los valores que el pueblo norteamericano considera fundamentales, y Bickel podía criticar al Tribunal Warren en cuanto su jurisprudencia aparentaba alejarse de esos valores con sentencias que sustituían la obra de los legisladores. Pues bien, para el crítico que fue J. Skelly Wright, era precisamente el Tribunal Warren el que mejor encarnaba los valores que los niños americanos aprendían en la escuela (100). De este modo se ve como uno de los elementos imprescindibles en el razonamiento judicial, esto es, la consideración de los valores comunes en la sociedad, se manifiesta en modo muy distinto según las inclinaciones de la mirada del observador. Otros, como Hans Linde (101), centraron sus ataques a la escuela de la explicación razonada en la continuidad que podía representar respecto al realismo jurídico. Sus propuestas para el razonamiento judicial eran consideradas el corolario de la teoría descriptiva que había ofrecido el realismo jurídico de los años treinta. Linde cree que la aceptación pública y la posible eficacia práctica no deben ser consideradas una medida adecuada para evaluar las sentencias. El sentido de Estado que caracteriza a la escuela de la explicación razonada, con sus llamadas al orgullo institucional y a la responsabilidad en la selección de los objetivos sociales a los que se debe servir parecen un marco inapropiado para buscar los principios en los que debe reposar el razonamiento judicial (102).

«Las premisas del Derecho constitucional, en cualquier combinación de análisis histórico, textual y político, son necesariamente antecesoras del ejercicio de

(99) Expuestas en Alexander M. BICKEL: *The Supreme Court and the Idea of Progress*, Nueva York, Harper and Row, 1970.

(100) WRIGHT: «Professor Bickel, the Scholarly Tradition and the Supreme Court», artículo citado, pág. 804.

(101) Hans A. LINDE: «Judges, Critics and the Realist Tradition», *Yale Law Journal*, vol. 82, 1972, págs. 227-256.

(102) LINDE: «Judges, Critics and the Realist Tradition», artículo citado, págs. 238-239.

la jurisdicción constitucional, incluso si son su resultado, desde la perspectiva del análisis descriptivo» (103).

A mí me parece que en Bickel y la escuela de la explicación razonada hay menos realismo jurídico del que Linde observa, aunque es cierto que sus propuestas carecen de la fuerza de la crítica del realismo a la jurisprudencia formalista. Para hacer justicia a ese grupo de estudiosos del Derecho constitucional que configuran la escuela de la explicación razonada hay que situarse con una cierta perspectiva histórica. Colectivamente, no produjeron una teoría que pudiera servir de signo identificador. Sin embargo, creo que dieron un notable impulso a estudios posteriores que, con resultados divergentes, trataron de establecer pautas de interpretación del texto constitucional. Sin ese conjunto de profesores que reclamaban que el Tribunal Supremo expusiera sus razones sería muy difícil comprender el debate posterior acerca de las mejores razones para justificar una decisión constitucional.

Creyeron que la legitimidad política de la función del Tribunal Supremo debía obtenerse partiendo de valores acerca de los que existiera un cierto consenso social, porque no era evidente que nacieran de la Constitución y la Corte se situaba a veces en el lado contrario al de los legisladores que representaban la voluntad popular. El ocaso de la influencia de la escuela de la explicación razonada llegó a partir de los años sesenta, cuando las divisiones internas de la sociedad norteamericana hicieron poco verosímil la existencia de consenso en lo concerniente a valores políticos y sociales. Ahí se presenta uno de los flancos por los que recibieron críticas, y John Hart Ely lo recuerda en uno de los prefacios de la *Harvard Law Review* (104). Cita a Bickel, en una pregunta que resume una de las tareas principales de la doctrina constitucional:

«¿Cuáles son, de entre los valores adecuadamente neutrales y generales, los que son lo suficientemente importantes, fundamentales, o como se quiera calificarlos, para ser esgrimidos por el Tribunal contra otros valores defendidos por los legisladores?» (105).

(103) «The premises of constitutional law, in whatever combination of historical, textual, and political analysis, are necessarily antecedent to constitutional adjudication, even when, from the perspective of a descriptive analysis, they are its result.» LINDE: «Judges, Critics and the Realist Tradition», artículo citado, pág. 252.

(104) JOHN HART ELY: «The Supreme Court 1977 Term. Foreword: On Discovering Fundamental Values», *Harvard Law Review*, vol. 92, 1978, págs. 5-55.

(105) «Which values, among adequately neutral and general ones, qualify as sufficiently important or fundamental or what have you to be vindicated by the Court against other values affirmed by legislative acts?» BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, obra citada, pág. 55. Ely reproduce la pregunta de Bickel en la pág. 54 de su artículo «The Supreme Court 1977 Term», citado.

El subsiguiente comentario de Ely remite a la trayectoria intelectual de Bickel para juzgar estéril la pregunta. Tras una vida de buscar esos valores llega a la conclusión de que no hay ninguna fuente impersonal de la que manen esos valores, y, por tanto, cada uno puede recurrir a los suyos propios. En cuanto a la función de los jueces, Ely subraya otra debilidad: no tiene ningún sentido tomar en cuenta los juicios de valor de la mayoría cuando se trata de proteger a los individuos o a las minorías (106).

Podrían buscarse más referencias críticas, pero no pretendo agotar la cuestión. Sin embargo, no es posible dejar de lado la consideración de la influencia de la escuela de la explicación razonada. Su vigencia actual puede representarla Harry H. Wellington, amigo y colaborador de Bickel (107), para quien la interpretación constitucional puede definirse como «acción política por encima de los partidos y basada en principios», realizada por jueces desinteresados que consideran la moralidad pública como uno de los criterios de interpretación constitucional (108). Los jueces aseguran la continuidad de los principios que constituyen el legado político norteamericano, y pueden hacerlo gracias a que su posición les sitúa lejos de las presiones que afectan a otros poderes públicos (109). La visión de Wellington acerca de la función del Tribunal Supremo, como mediador entre la moralidad pública y el Derecho, puede resumirse en sus propias palabras:

«La tarea del Tribunal es la de establecer el peso del principio en la mora-

(106) «Now think again about consensus as a possible source and the message will come clear: *it makes no sense to employ the value judgements of the majority as the vehicle for protecting minorities from the value judgements of the majority.*» El subrayado es de ELY: «The Supreme Court 1977 Term», artículo citado, vol. 92, 1978, pág. 52.

(107) BICKEL y WELLINGTON: «Legislative Purpose and the Judicial Process», artículo citado. Véase también el Prólogo de Wellington a Bickel: *The Least Dangerous Branch*, obra citada.

(108) «[C]onstitutional interpretation is the practice of non partisan, principled politics», página 82 de Harry H. WELLINGTON: *Interpreting the Constitution. The Supreme Court and the Process of Adjudication*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1990. Véase la referencia a los jueces desinteresados en la pág. 80; acerca de la moralidad pública, págs. 87, 107 y 149. La importancia del carácter desinteresado de los jueces, o, si se quiere, su mentalidad profesional que le lleva a pensar en los valores constitucionales más que en sus propias preferencias está en Owen M. FISS: «The Supreme Court 1978. Foreword: The Forms of Justice», *Harvard Law Review*, vol. 93, 1979, págs. 1-58 (págs. 12-13).

(109) Harry H. WELLINGTON: «The Nature of Judicial Review», *Yale Law Journal*, vol. 91, 1982, págs. 486-520, pág. 493. Anunciaba la misma postura en Harry H. WELLINGTON: «Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication», *Yale Law Journal*, vol. 83, 1973, págs. 221-311; en general, págs. 235-254, especialmente págs. 248-249.

alidad convencional y la de convertir el principio moral en un principio jurídico mediante su conexión con el conjunto del Derecho constitucional» (110).

Fuera de Wellington, sin embargo, no he sabido encontrar continuadores directos de la línea de Bickel. Parece, más bien, que la teoría constitucional contemporánea tiene otras preocupaciones. Incluso en algunos escritos de autores de la talla de Paul Brest o Laurence Tribe se manifiesta un desinterés explícito por los debates normativos acerca del control jurisdiccional de la constitucionalidad (111). Aunque la discusión, evidentemente, no ha terminado, hay pocas actitudes que choquen más con el énfasis en la necesidad de argumentar que unió a la escuela de la explicación razonada.

En todo caso, resulta difícil sopesar la influencia de la escuela de la explicación razonada. Por lo que se refiere a la incidencia que pudo tener en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cualquier afirmación resultaría aventurada. Stephen Griffin ha estudiado la herencia del grupo que examino en este apartado, y ha llegado a la tajante conclusión de que ha tenido la misma influencia sobre el Tribunal Supremo que cualquier sector de la teoría política normativa sobre el Congreso o la Presidencia: más bien nula. Sus razones son de principio: a ninguna institución dotada de poder se le ocurre autolimitarse haciendo suyas las doctrinas de unos universitarios, por prestigiosos que sean (112). Por otra parte, la exigencia de que el Tribunal Supremo razone sus decisiones reposa probablemente en una visión mítica de las relaciones entre el Tribunal Supremo y la sociedad. La explicación razonada es un requisito para que las pos-

(110) «The Court's task is to ascertain the weight of the principle in conventional morality and to convert the moral principle into a legal one by connecting it with the body of constitutional law.» WELLINGTON: «Common Law Rules and Constitutional Double Standards», artículo citado, pág. 284.

(111) PAUL BREST: «The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship», *Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, págs. 1063-1109, especialmente pág. 1063; LAURENCE TRIBE: *Constitutional Choices*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, págs. 3-8, que forman el primer capítulo titulado expresivamente «The Futile Search for Legitimacy».

(112) GRIFFIN: «What Is Constitutional Theory?», artículo citado, pág. 503. No deja de ser curioso que alguno de los artículos de crítica más encendida contra las tesis de la escuela de la explicación razonada hayan sido escritos por jueces como Thurmand Arnold, de quien he citado «Professor Hart's Theology», y J. Skelly Wright. Este último, en su «Professor Bickel, the Scholarly Tradition and the Supreme Court», artículo citado, trata al grupo de «mandarines académicos autodesignados» («self-appointed scholastic mandarins», pág. 777). ROBERT H. BORK: «Styles in Constitutional Theory», *South Texas Law Journal*, vol. 26, 1985, págs. 383-395, por mencionar otro autor conocido, que es además juez, tampoco manifiesta gran ternura acerca de los profesores que se dedican a la teoría constitucional; véase la pág. 394.

turas del Tribunal Supremo puedan ser comprendidas por el público; el problema es que el público no sigue regularmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, cuando se interesa por alguna resolución concreta, accede a la misma a través de los medios de información. Allí buscan las explicaciones (113).

A mi modo de ver, la escuela de la explicación razonada merece un juicio más benévolo si tenemos en cuenta otra perspectiva. Empezaron por admitir la necesidad de otorgar legitimidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad; la polémica suscitada por *Brown v. Board of Education* hace que esta necesidad parezca bastante obvia. Es cierto uno puede imaginarlos como juristas «artesanos», que prescinden de aportaciones de otros saberes y no llegan a ofrecer ninguna medida del rigor lógico o retórico de los razonamientos. Ahora bien, el problema que señalaron, la compatibilidad entre la democracia norteamericana y el control jurisdiccional basado en una Constitución como la que la preside, no ha tenido aún una solución aceptable para la mayoría de la doctrina posterior. Y eso que ha tratado de resolverlo con un instrumental teórico más refinado.

(113) GRIFFIN: «What Is Constitutional Theory?», artículo citado, págs. 525-526.

EL TORNO AL VOTO PARTICULAR DE LA STC 18/1994, DE 20 DE ENERO. LA AUTOCUESTION O CONTROL SUCESIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

ANTONI ROIG BATALLA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. *El marco constitucional y la elaboración del artículo 55.2 de la LOTC.* 2. *Las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales:* A) La interpretación literal del artículo 55.2 de la LOTC; B) Intentos de superación de este planteamiento.—II. EL RECURSO DE AMPARO PREVIO A LA ELEVACIÓN: 1. *El objeto del recurso de amparo.* 2. *La resolución del recurso de amparo:* A) Control sobre la existencia de un acto de aplicación; B) Control de legalidad; C) Control de constitucionalidad instrumental del precepto legal y posterior control de aplicación; D) Elevación como consecuencia de los controles realizados.—III. EL TRÁMITE DE ELEVACIÓN Y LA ADMISIÓN DE LA CUESTIÓN: 1. *La elevación de la cuestión.* 2. *La admisión de la cuestión.*—IV. EL PROCESO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POSTERIOR A LA ELEVACIÓN O CUESTIÓN SUCESIVA: 1. *El objeto de la cuestión sucesiva de inconstitucionalidad.* 2. *La resolución de la cuestión.*—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

En la STC 18/1994, de 20 de enero, el Tribunal Constitucional decide hacer uso de la conexión procesal que le permite el artículo 55.2 de la LOTC y plantear «cuestión de constitucionalidad» sobre un precepto legal. Se trata, en efecto, del artículo 468.c de la Ley Procesal Militar, cuya aplicación a un caso concreto por parte de la Sala Quinta del Tribunal Supremo ha producido, según el Tribunal Constitucional, una vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE. En efecto, se ha impedido el acceso a la jurisdicción, así como su derecho a obtener una respuesta sobre el fondo de su pretensión, ya que se ha considerado una causa de inadmisión que no se adecúa a las exigencias constitucionales (FJ 6 *in fine*). Ello ha conllevado que se haya concedido el amparo solicitado (pronunciamientos primero y segundo del fallo). Sin embargo, una vez decidida la vulneración de derechos fundamentales, se

ha constatado que ésta deriva del precepto legal aplicado (1). Por ello se plantea al Pleno (2) la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 468.c en el tercer y último pronunciamiento de la sentencia (3).

El magistrado Rafael de Mendizábal Allende mantiene un voto particular, discrepando precisamente del pronunciamiento referido a la cuestión: «En pocas palabras, y para no hacer más largo el cuento, creo que primero debió autoplantearse y resolverse la cuestión de inconstitucionalidad, con suspensión mientras tanto del proceso de amparo en el cual había surgido, y luego —una vez allanado este obstáculo— pasar al enjuiciamiento del caso concreto.» Se pretende de esta manera evitar las dificultades que comporta el cumplimiento del fallo de la sentencia de amparo por parte del Tribunal ordinario. En efecto, se aduce, en su nueva sentencia que este último debería inaplicar un precepto legal todavía vigente, ya que no ha sido expulsado en el pronunciamiento del amparo (4). Para evitar esta disfunción, se propone que «el Pleno se autoplantee la cuestión de la eventual inconstitucionalidad, abra el proceso correspondiente por los pasos y por las audiencias que marca nuestra Ley, decida acerca de ella en la Sentencia y difiera luego el amparo a la Sala. Cabe también, por qué no, una Sentencia única para ambos, en una acumulación de pretensiones y dos Sentencias simultáneas o sucesivas de ambos procesos» (5). Como veremos más adelante, y como parece admitir el propio magistrado en su voto particular (6), el artículo 55.2 de la LOTC configura una conexión sucesiva entre dos procesos. Sin embargo, existiría un vacío legal en el supuesto de que el Pleno usara su competencia de avocación del recurso de amparo. Frente a este «silencio de la Ley» cabe trasladar el mecanismo sucesivo del supuesto ordinario —en el cual la Sala resuelve el amparo y eleva la cuestión al Pleno— o bien, la solución que se defiende, construir mediante *usus fori* un mecanismo con características incidentales o incluso unitarias. No parece que el supuesto de avocación pueda ser un supuesto de partida con entidad para

(1) «Ahora bien, tras llegar a la anterior conclusión, es de advertir que esa consecuencia, le-siva del derecho fundamental como el examen anterior ha puesto de relieve, deriva de lo prescrito en el artículo 468.c de la Ley Procesal Militar, precepto que, por excluir cualquier recurso, no se compadece con lo dispuesto en los artículos 24.1, 106.1 y 53.2 CE» (FJ 7).

(2) No se utiliza el verbo elevar al haber avocado el Pleno, a petición de la Sala Segunda, la decisión sobre el recurso de amparo, de acuerdo con lo que establece el artículo 10.k LOTC.

(3) «3.º Plantear de acuerdo con el artículo 55.2 LOTC cuestión de inconstitucionalidad del artículo 468.c de la Ley Procesal Militar por la posible vulneración de los artículos 24.1, 53.2 y 106.1 CE» (tercer pronunciamiento del fallo).

(4) Fundamento tercero del voto particular.

(5) Fundamento primero del voto particular.

(6) Dice concretamente: «Lo que está vedado a la Sala es el planteamiento de la cuestión con carácter previo, como hacen los jueces ordinarios» (fundamento primero del voto particular).

romper el carácter sucesivo de la autocuestión. Su interés como opción legislativa es, sin embargo, innegable. Se pone a discusión, de esta manera, la conexión procesal constitucional del artículo 55.2 de la LOTC, que pasamos ahora a estudiar.

Pues bien, ni la Constitución ni la LOTC contienen ninguna referencia a un proceso constitucional llamado «autocuestión de inconstitucionalidad». El origen de esta denominación hoy ya generalizada es, en efecto, doctrinal (7). El Tribunal Constitucional la ha adoptado (8), si bien no la utiliza con asiduidad, pues a menudo se refiere al «mecanismo» o la «vía» del artículo 55.2 de la LOTC (9). Otras veces se refiere a una «cuestión» (10) o «cuestión de inconstitucionalidad» elevada por la Sala (11), como, por ejemplo, en la presente sentencia a estudio. Estas expresiones se refieren en todo caso al proceso ante el Tribunal Constitucional regulado en el artículo 55.2 de la LOTC. Dicho artículo remite el procedimiento a la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales (artículos 37 y concordantes de la LOTC) y los efectos de la sentencia a la regulación común para los procedimientos de inconstitucionalidad (artículos 38 y siguientes de la LOTC) (12).

Muy pocas han sido, en verdad, las ocasiones en las cuales el Tribunal

(7) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 3.ª ed., 2.ª reimpresión, pág. 149. La primera edición en esta colección es de 1981. Previamente se había presentado públicamente este trabajo en diversas conferencias. También se había publicado antes, con mención expresa, igualmente, a la «autocuestión de inconstitucionalidad» en el volumen I de la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pág. 51, y en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1 (1981), pág. 59.

(8) Por ejemplo, en la STC 40/1989, de 16 de febrero (FJ 2), utiliza la expresión «procedimiento de “autocuestión” de inconstitucionalidad».

(9) Por ejemplo, la palabra «mecanismo» se menciona en la STC 216/1991, de 14 de noviembre (FJ 2); «vía», entre muchas otras, en la STC 74/1991, de 8 de abril (FJ 1).

(10) Un ejemplo de referencia a la «cuestión lo encontramos en la STC 110/1988, de 8 de junio (FJ 3); un supuesto de «cuestión de inconstitucionalidad» en la STC 63/1982, de 20 de octubre (FJ 3).

(11) La denominación de «autocuestión» no es neutral, ya que presupone una posible equiparación de la «autocuestión» a una «cuestión de inconstitucionalidad» que plantearía una de las dos Salas al Pleno del Tribunal Constitucional. Otras posibles denominaciones podrían ser «proceso de control sucesivo de constitucionalidad» o «proceso en interés de la primacía de los derechos fundamentales».

(12) Artículo 55.2 LOTC: «En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes.»

Constitucional ha seguido en su integridad el mecanismo configurado en el artículo 55.2 de la LOTC. Pero también es cierto que algunas de las más importantes resoluciones que el Tribunal ha dictado, cualificándolas genéricamente como cuestiones de inconstitucionalidad, son más precisamente «autocuestiones».

En el presente trabajo se utilizará la expresión «mecanismo complejo del artículo 55.2 de la LOTC» o, más simplemente, el precepto mencionado para aludir al conjunto de los dos procesos (recurso de amparo y cuestión de inconstitucionalidad) y su conexión. En cambio, la «cuestión sucesiva» será concretamente el proceso de control sucesivo de constitucionalidad. Finalmente, nos referiremos a la «conexión» como la elevación de la «cuestión sucesiva». Podría haberse optado igualmente por estudiar únicamente la conexión o elevación, así como el proceso subsiguiente de inconstitucionalidad. Se ha preferido, en cambio, analizar, desde una perspectiva global, tanto el proceso de control de inconstitucionalidad como el previo recurso de amparo. Una visión parcial hubiera impedido reflejar la incidencia y problemática globales del artículo 55.2 de la LOTC, forzándonos a una traslación de los esquemas propios del proceso de control incidental de constitucionalidad (artículo 163 CE), con ligeras adaptaciones, en el mejor de los casos, a la realidad sucesiva de la cuestión. La opción global no ha de ser confundida con una concepción del artículo 55.2 de la LOTC como un «macroproceso». Estamos ante dos procesos conectados, pero precisamente será este enfoque de conjunto el que permitirá realzar la individualidad de dos procesos conectados por su objeto.

Una vez dicho esto, es necesario matizar que nuestro estudio se centrará en los objetos y resoluciones de los procesos, sin dedicar especial atención —a pesar de que la merece— a su tramitación. Por tanto, dada la poca bibliografía existente sobre la autocuestión o cuestión sucesiva de constitucionalidad, un trabajo más centrado en los aspectos procedimentales aportaría nuevos elementos de reflexión.

1. *El marco constitucional y la elaboración del artículo 55.2 de la LOTC*

La Constitución no contempla ninguna conexión, que no sea incidental, entre un proceso de resolución de un caso concreto y un proceso de control de normas. El artículo 163 CE se limita a describir la cuestión incidental de inconstitucionalidad y no nos aporta elementos para decidir. Por otro lado, el artículo 161 CE, en la letra *d*) de su apartado primero, remite a un legislador cualificado para que acabe de definir la competencia del Tribunal Constitucional

mediante leyes orgánicas (13). Esta regulación constitucional da a entender, en una primera aproximación, que el legislador dispone de un marco abierto, sin aparentes limitaciones en cuanto a la configuración de los procesos. Sólo algunos concretos procesos serían contemplados en la Constitución, los otros deberían ser referidos a la Ley del Tribunal Constitucional.

El único precepto constitucional que parece poder incidir en la futura configuración del legislador, por lo que respecta a mecanismos de conexión, es el artículo 164 CE. En éste se distinguen los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional que se limitan a la estimación subjetiva de un derecho y las demás resoluciones. El debate sobre la separación entre resoluciones que incorporen un control normativo y las que deciden un caso concreto no tiene incidencia directa en la autocuestión. Lo que nos interesa aquí es saber si pueden enlazarse, externamente y sucesivamente, ambos procesos. La *conexión* entre los dos procesos no parece configurada y delimitada por la Constitución española, de manera que el legislador tiene, en este supuesto, más relevancia en el establecimiento del definitivo ámbito competencial del Tribunal Constitucional.

El Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (14) contenía una regulación diferente de la que finalmente resultará el actual artículo 55.2 de la LOTC. En los artículos 46.1 y 52 se establecía un recurso de amparo frente a leyes y su tramitación seguía el procedimiento del recurso de inconstitucionalidad (15). En la tramitación en el Congreso de los Diputados se incorporaron

(13) Artículo 161.1 CE: «El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: [...] d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.»

(14) Publicado en el *BOCG*, Congreso de los Diputados, de 24 de mayo de 1979, serie A, núm. 44-I.

(15) El artículo 46 del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «1. Cuando por ley, o por disposición o acto con valor de ley formal, del Estado o de las Comunidades Autónomas, que hubieren de ser cumplidos directamente sin previo requerimiento o acto de sujeción individual, se violen o pongan en peligro actual o inmediato los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, la persona directamente afectada, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, podrá interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

»El recurso de amparo deberá interponerse en el plazo de tres meses, a contar desde el día siguiente a la publicación de la ley, o acto o disposición con valor de ley formal. La falta de impugnación directa no será obstáculo, sin embargo, para recabar posteriormente el amparo constitucional frente a actos del Poder Público, fundados en la norma que se repute inconstitucional.»

El artículo 52 del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «El conocimiento de los recursos de amparo constitucional corresponde a las Salas del Tribunal Constitucional.

»No obstante el recurso de amparo constitucional frente a la ley, disposición o acto con fuerza de ley, será conocido por el Tribunal en Pleno y se tramitará a partir de la admisión de la demanda como recurso de inconstitucionalidad, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la intervención en él de las personas legitimadas.»

dos enmiendas que suprimieron tanto el segundo apartado del artículo 52 como el apartado primero del artículo 46 del Proyecto.

El actual artículo 55.2 de la LOTC, que podríamos decir que surgió de los restos de los artículos 46.1 y 52, párrafo segundo del Proyecto, suprimidos en el Congreso, tiene su origen en la enmienda 55, del Grupo Unión de Centro Democrático, formulada al texto en el Senado (16). La justificación que se aportó fue la siguiente:

«El Tribunal Constitucional ha de decidir el amparo aplicando sólo la Constitución y su propia ley orgánica (artículo 1 del proyecto), pero si los actos del Estado a los que reproche la violación de los derechos fundamentales que justifican el amparo son actos de aplicación de una ley inconstitucional tendrá que pasar por encima de ésta. Sería una declaración implícita de inconstitucionalidad; es preferible que sea explícita y con todas las garantías.»

2. *Las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales*

A) *La interpretación literal del artículo 55.2 de la LOTC*

De acuerdo con esta posición, el artículo 55.2 dibuja un marco procesal con dos sentencias sucesivas. En palabras de Xavier Pibernat: «Se encadenan en sucesión procesal dos sentencias del Tribunal, la primera de la Sala conocedora del recurso de amparo y la segunda del Pleno al conocer de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por aquélla» (17). El recurso de amparo debe resolverse, pues, antes de que se realice el control de constitucionalidad de la ley en el proceso subsiguiente. Ahora bien, para resolver el amparo es menester, según parece desprenderse del artículo 55.2 de la LOTC, haber decidido previamente si el precepto legal es inconstitucional. En consecuencia, tal como manifiesta el mismo autor, es necesario que se realice un control de constitucionalidad únicamente a efectos de resolver el amparo.

Este pronunciamiento previo sobre el mismo objeto procesal sobre el cual decidirá después el Pleno, plantea no una posible redundancia, sino una prede-

(16) Las enmiendas formuladas al texto en el Senado está, publicadas en el *BOCG*, Senado, de 21 de agosto de 1979, serie II, núm. 21.

(17) XAVIER PIBERNAT DOMÈNECH: *El control...*, cit., pág. 162. Tampoco parece convencido por una interpretación literal Rubio cuando manifiesta: «... el artículo 55.2 [de la LOTC], cuya aplicación literal es punto menos que imposible...» (FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley Orgánica 6/1988)», en *REDA*, núm. 60 (1988), pág. 524, nota 52.

terminación del pronunciamiento de la cuestión (18). El Tribunal Constitucional ha elaborado una construcción ingeniosa para compatibilizar la necesidad de control de constitucionalidad con la obligatoriedad de que se resuelva, en una *segunda sentencia*, con plena jurisdicción y efectos sobre la constitucionalidad de la ley. El control de constitucionalidad realizado es sólo *instrumental* para decidir el recurso de amparo, dejando, por tanto, al Pleno, en la sentencia posterior sobre la cuestión elevada, el control sobre la constitucionalidad de la ley aplicada con plenos efectos.

B) *Intentos de superación de este planteamiento*

a) Una sentencia que ya desde el principio marcó un punto de referencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es la STC 41/1981, de 18 de diciembre:

«De este modo, puede admitirse una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por los particulares, aunque limitada a las leyes que lesionen o coarten los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 al 30 de la Constitución y a los casos en que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual en sus derechos y siempre que sean inescindibles el amparo constitucional y la constitucionalidad de la Ley.

El planteamiento que se ha hecho en el apartado anterior permite comprender que para resolver el presente recurso es preciso previa y contemporáneamente decidir la inconstitucionalidad de las leyes impugnadas, pues, como ya se ha dicho, los órganos jurisdiccionales actuaron dentro de la más estricta legalidad y si al mismo tiempo lo hicieron dentro del marco de la Constitución, por ser conformes con ésta los textos legales que aplicaron, es obvio que el amparo no podrá prosperar» (FJ 1) (19).

(18) XAVIER PIBERNAT DOMÈNECH: *El control...*, cit., pág. 162. Continúa diciendo este autor que «el problema se magnifica en la hipótesis de que el Pleno del Tribunal Constitucional se pronuncie en sentido contrario al anterior pronunciamiento efectuado por la Sala para estimar el amparo. Esto es, que el Pleno no aprecie la inconstitucionalidad de la ley impugnada, cuya presunta inconstitucionalidad ha servido de presupuesto para la estimación del amparo por la Sala. La flagrante contradicción conduce fácilmente al absurdo de haberse estimado el amparo en base a la consideración de la inconstitucionalidad de una ley que a continuación el Pleno del Tribunal, y a instancia de la misma Sala que ha otorgado el amparo, ha considerado constitucional». Concluye el autor diciendo que es más razonable, si defendemos la necesidad de control de constitucionalidad para la estimación del amparo, que ésta se produzca en una única resolución donde se decidan tanto el recurso de amparo como la inconstitucionalidad de la ley. Reconoce, sin embargo, el autor que esta posición difícilmente encontrará cabida en la literalidad —e incluso en una interpretación no literal— del artículo 55.2 LOTC.

(19) Siguen esta línea diversas sentencias del Tribunal Constitucional, entre ellas las recientes 119/1990, de 21 de junio (FJ 2), y 74/1991, de 8 de abril.

Esta sentencia desestimatoria dio pie a que ciertos autores defendieran la posibilidad de un *recurso de amparo contra leyes* (20) o bien la opción de una resolución en la cual se resolvieran conjuntamente la constitucionalidad del artículo de la ley y el amparo (21). Esta resolución no fue seguida, sin embargo, de sentencias estimatorias que confirmasen las expectativas. Esta es también la posición mantenida, como segunda opción, por el magistrado Rafael de Mendizábal Allende al afirmar, como ya hemos recogido antes: «Cabe también, por qué no, una sentencia única para ambos, en una acumulación de pretensiones y dos sentencias simultáneas o sucesivas de ambos procesos» (punto primero, *in fine*, del voto particular). Se salvaría la dicción del artículo 55.2 de la LOTC mediante una solución procesal que se nos antoja compleja, como es la decisión en dos sentencias. No parece conservarse así el carácter sucesivo requerido por el artículo 55.2 de la LOTC.

El Tribunal Constitucional, a pesar de todo, no ha renunciado a la sucesión de dos procesos y, por tanto, ha impedido que se pueda hablar de un recurso de amparo mediato o indirecto contra una ley (22). A pesar de todo, el Tribunal

(20) Véase IGNACIO BORRAJO INIESTA: «Amparo frente a leyes (En torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 98 (1982), págs. 167-220.

(21) Véase XAVIER PIBERNAT DOMÈNECH: *El control...*, cit., pág. 162. Afirma este autor que «[m]ás ajustada, si no al enunciado literal del artículo 55.2, sí a la más elemental lógica, resulta proceder como hace el mismo Tribunal en la segunda solución, en que el Pleno, en virtud del artículo 10.k LOTC, recaba para sí el conocimiento del recurso de amparo y, por consiguiente, en una sola sentencia resuelve el amparo constitucional y la cuestión de inconstitucionalidad por aquél suscitada».

Al no ser estimado este proceso de amparo, no sabía el autor que hubiera podido suceder en el caso de estimación. De la fundamentación del recurso de amparo denegado cabía llegar coherentemente a esta solución. Hoy sabemos ya que no siguió el Tribunal Constitucional esta solución «unitaria», que consistiría en fundir los dos procesos en uno único. De todas maneras, desde un punto de vista teórico, esta propuesta tenía la ventaja de la coherencia procesal que supone evitar un doble pronunciamiento, con un condicionamiento sobre el segundo proceso, es decir, un previo análisis sobre su objeto. El inconveniente de la solución avanzada es hacer confluír, en una única resolución, los contenidos y efectos diversos de los procesos de resolución individual de un caso con los procesos de control de normas, cosa que parece contradecir el artículo 164 CE.

(22) Ignacio Borrajo utiliza una terminología diferente, y cualifica como «recurso reflejo» lo que el Tribunal considera como «recurso mediato». Nosotros seguiremos la terminología del Tribunal Constitucional. Recogemos, de todas maneras, la siguiente referencia del autor, que sintetiza una posición original: «Ahora bien, entre el recurso inmediato, prohibido por la LOTC, y el recurso reflejo, previsto por su artículo 55.2, queda una posibilidad intermedia: un recurso mediato o concreto frente a la ley.

Recurso que se separaría del inmediato en que la ley sería impugnada con ocasión de su aplicación, precisamente al recurrir contra uno de los actos que se fundaran en ella. Pero que se diferenciaría del recurso reflejo en que tal impugnación sería directa, deducida bajo la forma de una

Constitucional ha continuado utilizando la expresión «recurso mediato» incluso después de confirmar la existencia de dos procesos sucesivos. El sentido que debe darse a la expresión —a nuestro parecer incorrecta mientras se defiende la sucesión procesal— es el siguiente: se puede impugnar el acto de aplicación por lesión de derechos fundamentales, y en el supuesto de que se den los presupuestos procesales que estudiaremos, la Sala deberá elevar la cuestión sobre la constitucionalidad de la ley aplicada.

b) Otros autores defienden una cuestión incidental de constitucionalidad en vía de recurso de amparo. Este planteamiento, defendido, por ejemplo, por Joan Oliver (23), es *de lege ferenda*, pues requiere una modificación del artículo 55.2 de la LOTC. Consiste en admitir la necesidad de un previo control de la constitucionalidad del precepto legal para decidir si el acto de aplicación lesiona derechos fundamentales, evitando, al mismo tiempo, el doble pronunciamiento. Para ello se suspendería el recurso de amparo hasta que el Pleno decidiera, en una cuestión incidental, sobre la constitucionalidad de la ley. Una vez ha decidido con plenos efectos sobre la constitucionalidad o no del precepto legal, la Sala decidiría sobre el caso concreto. Es decir, se transformaría el control de constitucionalidad sucesivo en incidental. En este supuesto debe enmarcarse la propuesta, que también hemos recogido ya anteriormente, del magistrado Rafael de Mendizábal Allende, si bien limitada a los supuestos de avocación: «Otra [interpretación posible del artículo 55.2 de la LOTC] —mi propuesta— que el Pleno se autoplantee la cuestión de la eventual inconstitucionalidad, abra el proceso correspondiente por los pasos y con las audiencias que marca nuestra Ley, decida acerca de ella en la sentencia y difiera luego el amparo a la Sala» (punto primero, *in fine*, del voto particular).

Deben contarse entre las *ventajas* de la propuesta la coherencia y la simplificación. Esta construcción comporta, sin embargo, *inconvenientes* y puntos oscuros. En primer lugar, para concluir que se está ante un supuesto que requiere un control incidental, la Sala deberá realizar un control de legalidad. Por otra parte, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal sobre la resolución del amparo plantean igualmente problemas. ¿Se otor-

pretensión de anulación de la ley del caso. Pretensión dirigida a vincular al juez constitucional para que decidiera expresamente, al resolver el recurso de amparo, sobre la inconstitucionalidad de la ley, no a que dejara la cuestión para un proceso posterior. Pero que sería deducida como una más de un haz de pretensiones que se unirían en un recurso concreto de amparo, dirigido inmediatamente contra actos del poder público y, por tanto, sólo mediatamente contra la ley que prestara cobertura a tales actos» (IGNACIO BORRAJO INIESTA: «Amparo frente a leyes (En torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 98 [1982], pág. 184).

(23) JOAN OLIVER ARAUJO: *El recurso de amparo*, UIB, 1986, pág. 375.

gará o se denegará automáticamente el amparo en función de la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad? Ello es obligado, pues si no quedaría en entredicho la necesidad de resolver sobre la inconstitucionalidad de la ley para decidir el recurso de amparo. ¿No sería más adecuado, situados en planteamientos de coherencia procesal, defender un planteamiento unitario donde se decidiese en una única resolución el amparo en relación al acto aplicador y la constitucionalidad del precepto legal aplicado? De hecho, el magistrado mencionado defiende igualmente esta segunda opción.

Difícilmente, sin embargo, puede modificarse el procedimiento seguido de acuerdo al artículo 55.2 de la LOTC mientras no se modifique su característica definitoria: se trata de una conexión entre dos procesos, y la cuestión es así un control sucesivo de constitucionalidad. Procedamos ahora al estudio detallado de las diferentes etapas del mecanismo.

II. EL RECURSO DE AMPARO PREVIO A LA ELEVACION

1. *El objeto del recurso de amparo*

La autocuestión es problemática, en buena parte, por la configuración especial del objeto del recurso de amparo previo a la elevación. Tenemos, por una parte, el artículo 42 de la LOTC, que impide el recurso de amparo contra leyes, y por otro lado, el precepto 161.1.a CE, que no incluye a los particulares entre los legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad (24). En palabras de Eduardo García de Enterría, «[e]s, pues, explícita la voluntad de excluir del recurso de amparo inmediato a las eventuales agresiones a los derechos protegidos que puedan proceder de las leyes». Más adelante añade

(24) Varios son los autos en los cuales una sección del Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la no impugnación directa de las leyes mediante un recurso de amparo:

Auto 1197/1987, de 26 de octubre: «Por último, en relación con la pretendida inconstitucionalidad sobrevenida del proceso judicial a que se refieren los artículos 186 de la Ley del Suelo y 188 de la LJCA, debe recordarse que la vía de amparo constitucional no es la adecuada para depurar en abstracto el ordenamiento jurídico, sino que sólo es idónea para reparar eventuales lesiones de los derechos fundamentales incluidos en su ámbito. En consecuencia, no sólo hubiera sido preciso poner en evidencia una contradicción de la regulación legal con las exigencias del derecho de defensa, sino acreditar también que precisamente por la aplicación de la norma se ha producido una concreta vulneración del derecho invocado en los términos que señala el artículo 55.2 LOTC» (FJ 4).

Véanse también Auto 573/1986, de 2 de julio (FJ 1); Auto 244/1986, de 12 de marzo (FJ único); Auto 84/1981, de 22 de julio (FJ 6); STC 119/1990, de 21 de junio (FJ 5), y STC 209/1988, de 10 de noviembre (FJ 5).

este autor que el procedimiento del artículo 55.2 de la LOTC debe concebirse «no como un amparo directamente dirigido contra la ley» (25). A pesar de la claridad de la formulación de los preceptos citados y de la reconocida posición doctrinal recogida, no se ha cerrado definitivamente la vía para recurrir, en amparo, normas de rango legal. En efecto, se ha interpretado que si bien no es posible recurrir *directamente* contra una ley, sí lo es, en cambio, plantear un *recurso mediato o indirecto* de amparo contra una ley. Creemos que debe entenderse con ello que se impugnaran en primer lugar sus actos o normas de aplicación, acreditando que, precisamente por la aplicación de la norma legal, se ha producido una concreta vulneración del derecho fundamental (26). En caso de estimarse el recurso de amparo, el Pleno resolverá en otra sentencia sobre la inconstitucionalidad del precepto legal.

El recurso de amparo previo a la elevación de la cuestión, tal como lo venimos configurando, reviste una particularidad: el acto aplicador es inconstitucional, pero en cambio no es ilegal. Si dejásemos de lado la Constitución, el acto no sería contrario al ordenamiento. En cambio, los objetos de los recursos contemplados en los artículos 42, 43 y 44 de la LOTC, además de inconstitucionales, son ilegales. Podemos concluir, por tanto, que el objeto del recurso de amparo previo a la elevación de la cuestión es un acto o norma de un poder público *que ha aplicado correctamente un precepto legal*. De esta manera se traslada la «lesión» de derechos fundamentales de la ley al acto aplicador. El postulado clave es, así, la imposibilidad de resolver el amparo sin decidir primero si la ley es inconstitucional.

2. La resolución del recurso de amparo

Las Salas del Tribunal Constitucional, cuando deciden sobre un recurso de amparo en un supuesto que puede dar lugar a una cuestión, resuelven de la siguiente manera (27):

(25) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución...*, pág. 149.

(26) Auto 1197/1987, de 26 de octubre.

(27) Las resoluciones del Tribunal Constitucional que siguen este esquema son: SSTC 41/1981, de 18 de diciembre; 10/1983, de 21 de febrero; 16/1983, de 10 de marzo; 20/1983, de 15 de marzo; 30/1983, de 26 de abril; 53/1983, de 20 de junio; 93/1983, de 8 de noviembre; 101/1983, de 18 de noviembre; 122/1983, de 16 de diciembre; 93/1984, de 16 de octubre; 75/1985, de 21 de junio; 139/1985, de 18 de octubre; 9/1986, de 24 de enero; 28/1986, de 21 de abril; 29/1986, de 26 de abril; 107/1986, de 24 de julio; 140/1986, de 11 de noviembre; 99/1988, de 31 de mayo; 118/1988, de 20 de junio; 209/1988, de 10 de noviembre; 243/1988, de 19 de diciembre; 106/1989, de 8 de junio; 138/1989, de 20 de julio; 186/1989, de 13 de noviembre; 193/1989, de 16 de noviembre; 211/1989, 212/1989 y 213/1989, de 19 de diciembre; 119/1990, de 21 de junio; 207/1990, de 17 de diciembre; 74/1991, de 8 de abril, y 90/1991, de 25 de abril.

- Control sobre la existencia de un acto de aplicación.
- Control de legalidad: el acto de aplicación ha interpretado correctamente la ley.
- Control de Constitucionalidad instrumental.
- Elevación en función de los resultados anteriores.

A) *Control sobre la existencia de un acto de aplicación*

De no existir una norma intermedia o de aplicación mediante la cual se haya vulnerado efectivamente un derecho fundamental o libertad pública de la parte, se desestima el recurso de amparo por falta de legitimación de los particulares para interponer un recurso de inconstitucionalidad. Normalmente este requisito será ya resuelto en el trámite de admisión, aunque existen también ejemplos de sentencias, como es el caso de la STC 139/1988, de 8 de julio (FJ 4). El Tribunal Constitucional considera que la aplicación es «un requisito procesal para el ejercicio de la acción de amparo» (28). Se quiere decir con ello que es necesario un acto de aplicación para que se dé una afectación directa a un derecho fundamental del demandante.

B) *Control de legalidad*

Antes de estudiar la posible inconstitucionalidad de la ley aplicada, procede realizar un *test* de legalidad. Si el acto controlado no aplica correctamente la ley, siendo, por tanto, ilegal, procederá el estudio de la vulneración de derechos y libertades fundamentales por parte del propio acto, resolución o disposición y no ya de la ley aplicada por éste.

C) *Control de constitucionalidad instrumental del precepto legal y posterior control de aplicación*

En el proceso de amparo se realiza un control de constitucionalidad *instrumental* del precepto legal aplicado (29). Ante todo, hay que decir que el acto,

(28) La cita corresponde a la STC 162/1987, de 27 de octubre (FJ 1 *in fine*).

(29) En la Sentencia 119/1990, de 21 de junio, se afirma: «Es cierto que, como venimos sosteniendo desde nuestra Sentencia de 18 de diciembre de 1981 (STC 41/1981), cuando la petición de amparo se dirige contra un acto de aplicación de un precepto legal al que no se reprocha

resolución o disposición aplicador es el objeto directo del recurso. Ahora bien, para determinar la vulneración de derechos fundamentales debe realizarse, sólo a efectos de resolver el caso concreto, un control abstracto y previo de constitucionalidad del precepto legal aplicado. Así, la violación de derechos fundamentales se produce al aplicarse una norma de rango legal, que es inconstitucional, pues contiene una regulación contraria a derechos fundamentales. Por tanto, el control de constitucionalidad es *necesario* (30) y se dirige únicamente a resolver el amparo.

Este carácter instrumental provoca que dicho control de constitucionalidad sobre la ley *no produzca efectos generales*. El artículo 164 de la Constitución excepciona expresamente del efecto general los procesos que se limiten a la estimación subjetiva de un derecho. De hecho, estos efectos *inter partes* de la declaración de inconstitucionalidad de la ley aplicada permiten al Pleno desestimar la cuestión elevada, sin que ello repercuta en el recurso de amparo previamente resuelto. Estamos así ante una decisión prejudicial de inconstitucionalidad que es necesaria para resolver un recurso de amparo especial.

En algunos supuestos se ha venido a considerar que existe entre la ley y el acto aplicador no una simple relación de aplicación, sino una «relación inescindible». Esto podría dar lugar a una restricción de los supuestos de elevación siguiendo criterios no establecidos por la LOTC o, lo que es lo mismo, con la introducción de un criterio de oportunidad (31).

desviación alguna de lo allí previsto, el recurso de amparo implica un ataque indirecto a la constitucionalidad del precepto mismo» (FJ 2). «Es cierto que, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 55.2 de nuestra Ley Orgánica, la Sentencia que pone término a un recurso de amparo no puede proclamar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las normas con valor de ley, pero, como es obvio, sí puede fundamentar su fallo en la afirmación, *prima facie*, de tal inconstitucionalidad, cuando la lesión de los derechos fundamentales para la que se pide nuestro amparo no se haya originado en ningún defecto propio del acto de aplicación de la norma, sino de la norma misma» (FJ 5).

(30) La STC 22/1985, de 15 de febrero: «No existiendo, pues, finalmente [razón] que justifique el obstáculo que la aplicación del artículo 82.a de la LJCA crea, dicho precepto ha de considerarse lesivo para el derecho de la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, vulneradora de tal derecho la Sentencia que hace uso de la facultad que ese precepto otorga» (FJ 6). Por otro lado, encontramos en la STC 99/1988, de 31 de mayo: «Una Sentencia de amparo no es el lugar adecuado para formular juicios de constitucionalidad de la norma, salvo en la hipótesis prevista en el artículo 55.2 de nuestra Ley Orgánica (FJ 4).

(31) Véanse las SSTC 63/1982, de 20 de octubre (FJ 3); 86/1984, de 27 de julio (FJ 3); 162/1987, de 27 de octubre (FJ 1); 86/1984, de 27 de julio (FJ 3), y 67/1988, de 18 de abril (FFJJ 3 y 4).

D) Elevación como consecuencia de los controles realizados

La elevación es sólo un requisito formal, sin relevancia ni contenido. Una vez se den todos los presupuestos antes detallados deberá procederse a la elevación.

III. EL TRAMITE DE ELEVACION Y LA ADMISION DE LA CUESTION

1. La elevación de la cuestión

a) *Carácter.* Una vez se ha otorgado el amparo debería procederse a la conexión o elevación que caracteriza al artículo 55.2 de la LOTC para que el Pleno del Tribunal Constitucional pueda decidir sobre la constitucionalidad de la ley aplicada con plenos efectos.

La cuestión sucesiva de inconstitucionalidad no obedece a una reparación de una violación de derechos fundamentales, sino a una depuración «impersonal» del ordenamiento. Por ello, de acuerdo con el artículo 55.2 de la LOTC, la Sala o el Pleno (artículo 10.k de la LOTC), en el caso de estimar el recurso de amparo, están *obligados* a plantear la cuestión (32). La especificidad del

(32) La STC 66/1982, de 12 de noviembre, parece introducir en algún caso, a pesar de todo, la necesidad de que el demandante solicite también la declaración de inconstitucionalidad de la ley en sentencia posterior al amparo: «Este Tribunal no debe, sin haber sido previamente requerido por los órganos constitucionales previstos, entrar en el examen de la supuesta contradicción cuando ningún órgano judicial ha planteado cuestión constitucional, ni la han suscitado las partes (FJ 5).

Coincidimos, en cambio, con Ignacio Borrajo cuando dice que «[e]n cualquier caso aquí no cabe hablar de pretensiones. El particular no pide al Tribunal Constitucional que anule la Ley, sino a lo sumo que, en aplicación del artículo 55.2, eleve al pleno la cuestión de la posible inconstitucionalidad de la Ley. Petición en cierto modo superflua, salvo como recordatorio, porque la norma genera *ex lege* un deber que vincula al Tribunal, lo pidan o no las partes» (IGNACIO BORRAJO INIESTA: «Amparo frente a leyes...», cit., pág. 177). Hay que decir que el autor defiende la necesidad de una pretensión, *en sentido propio*, contra leyes. Esto lo lleva a mantener la construcción ingeniosa ya mencionada.

Angela Figueruelo parte de la pretensión del demandante para configurar dos variantes: «1.^a Una pretensión indirecta de inconstitucionalidad que se produce cuando la Ley del caso es la causante de la violación, pero el recurrente sólo pretende la protección de su situación jurídica y no la anulación de la Ley. El amparo sería resuelto por la Sala, que plantearía la cuestión de inconstitucionalidad interna ante el Pleno (sentencias del Tribunal Constitucional de 6 de abril y 10 de noviembre de 1981, de la Sala Primera y del Pleno, respectivamente).

2.^a Pretensión directa de amparo en la cual el recurrente alega la declaración de inconstitucionalidad de la norma como presupuesto del resarcimiento de la situación subjetiva perturbada.

mecanismo de este artículo no es sólo la conexión entre dos procesos, sino también su carácter preceptivo en el caso de que se den los requisitos necesarios (33).

Supongamos ahora que la Sala otorga el amparo, pero no eleva la cuestión al Pleno. De acuerdo con el artículo 10.k de la LOTC, el Pleno puede avocar la competencia de elevar la cuestión que corresponde en principio a la Sala. De hecho, el Pleno está no sólo facultado, sino incluso obligado, a hacerlo de acuerdo con lo que prescribe el artículo 55.2 de la LOTC. Dicho esto, no puede resolverse la cuestión sin que esta última haya sido «elevada». Por tanto, es necesario que el Pleno dicte, antes de entrar a resolver sobre la constitucionalidad de la ley, un auto elevando la cuestión. El límite temporal para la elevación no queda establecido en el artículo 55.2 de la LOTC ni en los artículos a los cuales se remite. Podríamos pensar, por analogía con el recurso de inconstitucionalidad (artículo 33 de la LOTC), que la Sala o el Pleno que ha estimado el amparo debe elevar la cuestión en el plazo máximo de tres meses.

En todos los casos de recursos de amparo otorgados la Sala deberá plantearse si se da el supuesto del artículo 55.2 de la LOTC. En el caso de concluir afirmativamente los controles de legalidad e inconstitucionalidad, se elevará la cuestión sucesiva. De no ser así, se mencionará expresamente que no procede la elevación. Como es sabido, hasta ahora el Tribunal Constitucional sólo menciona que no procede elevar la cuestión en los fundamentos, y no siempre.

b) *Los controles necesarios para la elevación.* Una vez visto el carácter preceptivo de la elevación, nos queda ahora estudiar su contenido. Debemos afirmar de entrada que el Tribunal Constitucional no llena de contenido la elevación, que viene así reducida a un mero trámite formal. En cambio, de acuerdo con el artículo 55.2 de la LOTC, contenido de la elevación debería ser el siguiente:

En este caso, el Pleno, recabando para sí el conocimiento del asunto, falla el recurso de amparo y se plantea una genuina “autocuestión de inconstitucionalidad”, que procesalmente se traduce en un trámite de audiencia al Legislativo (sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986» (ANGELA FIGUERUELO BURRIEZA: «Algunos problemas que suscita la autocuestión...», cit, pág. 247).

No parece que el Tribunal Constitucional siga este razonamiento, ya que hay bastantes casos de pretensiones de inconstitucionalidad de la norma de rango legal en la demanda de amparo y, en cambio, el Pleno no avoca la competencia para resolver el caso. Algunos ejemplos son las SSTC 63/1982, de 20 de octubre; 93/1983, de 8 de noviembre; 101/1983, de 18 de noviembre; 243/1988, de 19 de diciembre (donde se eleva la cuestión), y 216/1991, de 14 de noviembre.

(33) Así, la STC 185/1990, de 15 de noviembre: «... el origen de la lesión había de ser atribuido a la norma aplicada que por eso el mencionado artículo 55.2 LOTC obliga a cuestionar» (FJ 1).

- Constatación de haberse estimado el recurso de amparo.
- Control de legalidad.

La constatación de haberse estimado un recurso de amparo es un presupuesto procesal necesario según el mismo artículo 55.2 de la LOTC. Precisamente, para configurar la «cuestión» como un proceso de control de constitucionalidad sucesivo, éste es un elemento determinante.

A pesar de ser imprescindible, un pronunciamiento favorable al demandante en el proceso reparador no es, sin embargo, suficiente para proceder a plantear la cuestión al Pleno. El artículo 55.2 de la LOTC condiciona, en efecto, el otorgamiento del amparo a que la lesión sea producida por una «ley aplicada». El control de constitucionalidad de la ley viene condicionado al resultado del control de legalidad previo. Si el acto aplicador es ilegal, se controla la afectación a derechos fundamentales por parte del mismo. Si el acto aplicador es legal, se procede a controlar la constitucionalidad de la ley aplicada.

c) *El procedimiento de elevación.* El procedimiento formal de elevación de la cuestión consiste normalmente en un punto añadido al final de la sentencia estimatoria del amparo. Un ejemplo de ello lo encontramos en la STC 243/1988, de 19 de diciembre, en la cual, después de otorgar el amparo, se añade un cuarto punto en la resolución (34):

«4.º Elevar la cuestión al Pleno de este Tribunal a fin de que pueda pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del último inciso del párrafo primero del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, en cuanto dispone que “iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso o del Senado”.»

Más lacónica, la STC 140/1986, de 11 de noviembre:

«Y, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 55.2 de la LOTC, iníciase la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.»

En muy pocos casos la Sala ha dictado un auto elevatorio (35). En el supuesto de que sea el Pleno el que haya resuelto el recurso de amparo, en virtud

(34) Tenemos pocos ejemplos más de elevaciones en la resolución del amparo: SSTC 209/1988, de 10 de noviembre; 211/1989, 212/1989 y 213/1989, de 19 de diciembre.

(35) Las excepciones son los Autos 39/1981, de 10 de abril, y 922/1986, de 11 de noviembre.

del artículo 10.k de la LOTC, no se ha modificado por ello el procedimiento de elevación. Aunque el hecho de dictar un auto para decidir la elevación no implicaría automáticamente que la elevación dejará de ser una formalidad, parecería, de todas maneras, que es el procedimiento que más se ajusta a la configuración del artículo 55.2 de la LOTC.

En todos los casos estudiados la elevación ha tenido un contenido puramente declarativo o formal, sin que se manifieste que se ha efectuado ningún tipo de control.

2. *La admisión de la cuestión sucesiva*

La cuestión es un proceso de control de constitucionalidad cuyo objeto viene definido en otro proceso previo y necesario. Así, el objeto de la cuestión es el precepto legal, cuya aplicación ha dado lugar al otorgamiento del amparo. Pero no sólo el objeto viene predeterminado por otro proceso, sino que todo el procedimiento es el de la cuestión de inconstitucionalidad. Tres son las etapas procesales en la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el artículo 37 de la LOTC:

- Admisión o inadmisión a trámite de la cuestión.
- Audiencia y alegaciones.
- Resolución.

Con todo, no se ha dado ningún caso de inadmisión de la elevación de la cuestión (36). Ciertamente puede argumentarse que dado que es una Sala del propio Tribunal Constitucional la que eleva la cuestión, es muy difícil que se dé un supuesto de inadmisión. A ello debería añadirse el poco número de elevaciones que se han producido. A pesar de todo, podemos afirmar que no se dictarán tampoco más adelante inadmisiones de cuestiones mientras se parta de la configuración que el Tribunal Constitucional viene manteniendo de la resolución del amparo. Todos los *tests* que se tendrían que realizar son anticipados al momento de la decisión sobre el amparo y sobre la elevación.

El procedimiento a seguir en la fase de admisión está regulado, de acuerdo con el artículo 55.2 de la LOTC, en los artículos 37 y «concordantes» de la misma ley. No se menciona, en esta remisión concreta al procedimiento de la cuestión incidental de inconstitucionalidad, ninguna posible especificidad para la autocuestión. El contenido de la admisión podría ser el control por parte del Pleno del Tribunal de la falta de «condiciones procesales» contempladas en el artículo 37 de la LOTC. Seguiremos la ordenación realizada por Encarnación

(36) El último Auto analizado es el 374/1991, de 30 de abril.

Marín (37) de los presupuestos procesales de la cuestión de inconstitucionalidad que contempla el artículo 35 de la LOTC.

a) *Los presupuestos procesales de la cuestión de inconstitucionalidad adaptables a la autocuestión.* Por razón de brevedad, únicamente se enunciarán, pasando a estudiarlos de manera conjunta.

— Debe tratarse de un recurso de amparo.

— La cuestión debe ser elevada por una de las Salas, o por el Pleno, del Tribunal Constitucional.

— La norma cuestionada debe tener rango legal.

— El procedimiento debe haber concluido, faltando sólo dictar sentencia (artículo 35.2).

— Deben concretarse el artículo de la ley aplicado, así como los preceptos constitucionales infringidos (artículo 35.2).

— Debería darse audiencia a las partes (artículo 35.2).

— Debería dictarse una resolución interlocutoria decidiendo sobre la elevación de la cuestión.

El artículo 163 de la Constitución española no parece contemplar la conexión entre un recurso de amparo y un control de normas. Por otro lado, el artículo 161.1.d de la Constitución abre la posibilidad de concreción de la competencia del Tribunal Constitucional por ley orgánica. Por tanto, el supuesto de hecho especial, contemplado en el artículo 55.2, es el que permite esta conexión de tipo sucesivo, no incidental.

La Sala que ha estimado el recurso de amparo es la competente para elevar la cuestión al Pleno del Tribunal Constitucional. Como ya hemos tenido ocasión de comentar, el Pleno ha hecho uso de la potestad que le confiere el artículo 10.k de la LOTC de avocación sobre cualquier tema competencia del Tribunal, realizada a propuesta del presidente o de tres magistrados del mismo. Otro problema por resolver es en qué momento puede producirse la avocación. A nuestros efectos, éste es un problema menor para la autocuestión, pues será competente para proceder a la elevación quien haya resuelto y otorgado el amparo.

En cuanto a la concreción del precepto legal, ha de considerarse suficiente una referencia al precepto aplicado por el acto vulnerador de derechos fundamentales que ha dado lugar al otorgamiento del amparo. La referencia del precepto constitucional tampoco es un supuesto problemático. En la resolución del amparo los preceptos constitucionales vulnerados servirán como referencia del precepto de rango legal.

(37) ENCARNACIÓN MARÍN PAGEO: *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 276.

Por otro lado, la tramitación del propio recurso de amparo puede cumplir las funciones de un trámite de audiencia (38). Por otro lado, es excepcional que se dicte un auto para elevar la cuestión al Pleno. La Sala o el Pleno acostumbra a elevar la cuestión en la misma resolución del amparo. En la inmensa mayoría de los casos, el cumplimiento de la sucesión temporal entre otorgamiento y elevación se da sólo en el orden de los puntos de dicha resolución.

b) *Presupuestos y requisitos procesales específicos de la cuestión sucesiva.* Dos son los aspectos procesales a retener: un previo otorgamiento de un recurso de amparo; una previa elevación de la cuestión.

Las consecuencias propias de un proceso incidental no se reproducen en la cuestión sucesiva. La existencia de una sentencia de un proceso reparador no es un requisito suficiente. Es necesario, además, que el amparo sea resuelto afirmativamente. La elevación queda así condicionada al contenido de la resolución del amparo.

El Pleno del Tribunal no puede entrar a resolver, en razón del artículo 55.2 de la LOTC, ninguna cuestión que no le sea elevada en un auto o cuando menos en la resolución del recurso de amparo. Sin este requisito de previa elevación estaríamos ante un proceso de control abstracto de normas, promovido de oficio por el Tribunal Constitucional. Como el artículo 162 de la Constitución no legitima al Tribunal Constitucional para interponer el recurso de inconstitucionalidad, la necesidad de elevación es un punto central del mecanismo (39).

(38) En el caso que dio lugar a la STC 45/1989, de 20 de febrero, el abogado del Estado defendió, en sus alegaciones, un planteamiento similar: «En lo relativo, en primer lugar, a las “condiciones procesales”, a los “puntos que cabe estimar planteados” y al “orden para su examen”, se observa por el abogado del Estado que la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad por el Pleno del Tribunal ante sí mismo (arts. 10.k y 55.2 LOTC) envuelve una diferencia de trámite en comparación con las cuestiones planteadas por los órganos judiciales, siendo de tener en cuenta que, en un procedimiento como el presente, las alegaciones formuladas en el recurso de amparo y la Sentencia que lo resolvió desempeñan una función procedimental análoga, respectivamente, a las alegaciones de las partes y del fiscal en el incidente de planteamiento y al Auto de planteamiento regulados en los artículos 163 de la Constitución y 35.2 de la LOTC. Por ello, las condiciones procesales de esta cuestión han de ser referidas a la STC 209/1988, resolución esta de la que también se habrán de extraer los puntos de constitucionalidad concretamente planteados» (A 4).

(39) Según Ignacio Borrajo, la cuestión que plantea el Pleno a sí mismo, en virtud del artículo 10.k de la LOTC, es la que debería denominarse con propiedad como *autocuestión*, mientras que cuando la Sala eleva la cuestión al Pleno, estaríamos ante una *cuestión interna* (IGNACIO BORRAJO INIESTA: «Amparo frente a leyes...», cit., pág. 208). Con el mismo afán de precisión, podríamos hablar de *elevación* en el caso de intervenir la Sala, y simplemente de *planteamiento* en la sucesión del Pleno a sí mismo.

c) *El análisis sobre la corrección del control de legalidad efectuado.* El más importante control procesal que podría realizar el Tribunal recaería sobre la relación que debe existir entre los objetos de los dos procesos sucesivos. El objeto del segundo proceso ha de ser una ley aplicada correctamente por el objeto del segundo. De no existir relación con el objeto del proceso de amparo no podría el Pleno resolver sobre el precepto legal que la Sala considerase aplicado.

IV. EL PROCESO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POSTERIOR A LA ELEVACION O CUESTION SUCESIVA

1. *El objeto de la cuestión sucesiva de inconstitucionalidad*

El legislador ha configurado el objeto de la cuestión en el mismo artículo 55.2 de la LOTC. Así, el Pleno del Tribunal conocerá de la posible inconstitucionalidad de «la ley aplicada [que] lesiona derechos fundamentales o libertades públicas». Por tanto, podemos avanzar como primera aproximación que el objeto del procedimiento de cuestión sucesiva es una ley. El objeto de esta última no se limita, sin embargo, a las leyes, sino que el Tribunal Constitucional lo extiende expresamente a «una norma con rango de ley». En la STC 187/1991, de 3 de octubre, el Tribunal apunta (40):

«... no podría dejar de llevar a la concesión del amparo por el hecho de que su fallo fuese *mera aplicación de lo dispuesto en una norma de rango de ley, eventualidad expresamente prevista en el artículo 55.2 de la LOTC.* Es posible, por el contrario, que en el recurso de amparo se llegue a discutir la conformidad con la Constitución del *precepto o preceptos legales* cuya aplicación haya causado la lesión que motiva la queja de la recurrente...» (FJ 1; la cursiva es nuestra).

(40) En el mismo sentido, se pueden ver las SSTC 209/1988, de 10 de noviembre; 140/1986, de 11 de noviembre; 9/1986, de 21 de enero, y el Auto 403/1982, de 22 de diciembre, entre otros. La Sentencia 99/1988, de 31 de mayo, y los Autos 1379/1987, de 9 de diciembre; 66/1981, de 17 de junio, hacen alusión, en cambio, a *normas con fuerza de ley*. En el Auto 255/1985, de 17 de abril, la referencia es a *disposiciones o actos con valor y fuerza de ley*. Adoptaremos la expresión «normas con rango de Ley», consideraremos, de acuerdo con Francisco Rubio Llorente, que «lo que caracteriza a las normas con rango o valor de ley es el hecho de ser las únicas que pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional a través del recurso o cuestión de inconstitucionalidad» (FRANCISCO RUBIO LLORENTE: *Revista de Administración Pública*, vol. I, núms. 101-102 [1983], pág. 421).

El listado del artículo 27.2 de la LOTC es, pues, el marco de referencia.

La Sala, en la resolución del recurso de amparo, puede declarar que una ley preconstitucional, que ha sido aplicada, no es vigente desde la entrada en vigor de la Constitución. De esta manera, es innecesario plantear la *cuestión de inconstitucionalidad* al Pleno (41). Otro supuesto en el cual tampoco se elevará una cuestión al Pleno es cuando la ley haya sido ya declarada nula en un procedimiento de inconstitucionalidad. Así, el artículo 38.1 de la LOTC (42) hace inútil la segunda resolución sobre el control de constitucionalidad del precepto legal. Un ejemplo es la STC 140/1989, de 20 de julio:

«Este precedente [la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la STC 113/1989] hace inútil el ulterior planteamiento de la cuestión al Pleno, conforme interesa la actora y prevé el artículo 55.2 de la LOTC, toda vez que aquélla ya ha sido resuelta» (FJ 4).

2. La resolución de la cuestión

Podríamos extraer los siguientes elementos configuradores de la STC 34/1981, de 10 de noviembre:

— El Pleno resuelve con plena jurisdicción.

— El Pleno realiza un control de constitucionalidad sobre el precepto de rango legal. El parámetro de constitucionalidad parece limitarse al contraste con los derechos fundamentales y libertades públicas mencionados en el artículo 55.2 de la LOTC.

(41) En la STC 22/1985, de 15 de febrero, encontramos la siguiente mención: «Tratándose de una norma preconstitucional, estamos facultados, como el resto de los órganos judiciales, para considerar derogado dicho precepto, lo que hace innecesario acudir al procedimiento previsto en el artículo 55.2 de nuestra Ley Orgánica» (FJ 5). Esta fórmula será recogida por la STC 90/1991, de 25 de abril. En un mismo sentido, encontramos también las SSTC 10/1983, de 21 de febrero (FJ 5); 16/1983, de 10 de marzo; 28/1983, de 21 de abril; 29/1983, de 26 de abril; 30/1983, de 26 de abril; 93/1984, de 16 de octubre (FJ 5); 75/1985, de 21 de junio; 138/1989, de 20 de julio; 186/1989, de 13 de noviembre, y 207/1990, de 17 de diciembre. No es ésta, en cambio, la posición mantenida en la STC 34/1981, de 10 de noviembre. Se declara en ésta la *inconstitucionalidad sobrevenida* del artículo 28.2, última parte, del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto 1120/1966, de 21 de abril, relativo a la jubilación por incapacidad permanente.

(42) Artículo 38 LOTC: «Las sentencias recaídas en procedimiento de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.»

a) *El pleno resuelve con plena jurisdicción.* Cuando el Tribunal Constitucional se ve obligado a manifestar que el Pleno resuelve sobre la constitucionalidad del precepto legal con plena jurisdicción es que existe una interpretación contraria con suficiente fundamento. La duda puede venir de la configuración del recurso de amparo específico en el mecanismo del artículo 55.2 de la LOTC, como un proceso en el cual se realiza un control de constitucionalidad, si bien con carácter instrumental. Podemos afirmar que la cuestión sucesiva es un segundo control de constitucionalidad, no condicionado por el primero, y con unos efectos diferentes.

b) *El Pleno realiza un control de constitucionalidad sobre el precepto legal.* Una vez identificada la norma por la resolución de elevación, controlada la identificación al tramitarse la admisión de la misma, quedaría ahora controlar la constitucionalidad del precepto legal. En la importante STC 41/1981, de 18 de diciembre, se configura el parámetro de constitucionalidad del procedimiento de autocuestión:

«... puede admitirse una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares, aunque limitada a las leyes que lesionen o coarten los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 al 30 de la Constitución...» (FJ 1).

El Tribunal no ha sentido la necesidad de concretar el alcance de la expresión «derechos fundamentales o libertades públicas» del artículo 55.2 de la LOTC, dado que existe reiterada jurisprudencia sobre el parámetro material de constitucionalidad utilizado en la resolución de un recurso de amparo. Volvemos a encontrar claramente el planteamiento global sobre el procedimiento de autocuestión: no se trata de un procedimiento especial que requiera una jurisprudencia que acote la legitimación, pretensiones, objeto y procedimiento del mismo, sino que deben únicamente encajarse los efectos de la *conexión* entre dos procedimientos ya delimitados como son el recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad. Entender la cuestión sucesiva como una cuestión de inconstitucionalidad especial dentro de la vía del recurso de amparo lleva a limitar el control de constitucionalidad en la resolución de la cuestión a lo que es propiamente el marco referencial en el recurso de amparo: los derechos fundamentales o libertades públicas (artículos 161.1.b y 53.2 de la Constitución).

Así, en la Sentencia 29/1987, de 6 de marzo, se dice:

«[El] artículo 55.2 [de la LOTC] permite declarar la inconstitucionalidad de aquella ley que lesione *derechos fundamentales o libertades públicas*, todo ello

a través de un *recurso de amparo* en que así se estime y tras elevar la cuestión al Pleno del Tribunal» (FJ 5).

Parece que la acotación material de derechos fundamentales y libertades públicas se impone por el artículo 55.2 de la LOTC, como excepción a la regla general del artículo 39 de la LOTC. La conexión opera, de alguna manera, como una traslación, obviamente en sentido impropio, de la acotación material del proceso de amparo a la cuestión sucesiva. Dentro de este campo material puede operar el artículo 39 de la LOTC, pero no fuera de él. En la presente STC 18/1994 parece extenderse el control de constitucionalidad más allá, ya que se afirma que el «[e]xamen de inconstitucionalidad [...] ha de llevarse a cabo no sólo desde la perspectiva del derecho fundamental vulnerado en el presente recurso de amparo (artículo 24.1 CE), sino también en relación con el carácter subsidiario de este recurso (artículo 53.2 CE) y desde la perspectiva del control de la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de la misma a los fines que la justifican (artículo 106.1 CE) (FJ 7 y último).

V. CONCLUSIONES

El artículo 55.2 de la LOTC configura un procedimiento sucesivo con una resolución de elevación y un segundo pronunciamiento de efectos generales. La cuestión sucesiva es, pues, un proceso de inconstitucionalidad por infracción de derechos fundamentales, de necesario planteamiento y condicionado al otorgamiento del amparo sobre un acto de aplicación del precepto legal. Y ello también en el supuesto de avocación del recurso de amparo por el Pleno. Ahora bien, incluso cuando es la Sala la que resuelve el amparo previo a la elevación, se realiza un control de inconstitucionalidad instrumental en el propio recurso de amparo. Ello conlleva una carga de incidentalidad evidente por mucho que no aparezca formalmente en la decisión. De esta manera, el Tribunal estaría resolviendo de manera parecida a la que defiende el magistrado en su voto particular: primero se decide sobre la constitucionalidad del precepto legal antes que resolver el amparo. Por ello, la propuesta del magistrado Rafael de Mendiábal, en su voto particular a la STC 18/1994, pudiera tener menos importancia práctica de la que parece. Cabe pensar, de todas maneras, en los posibles problemas que pudieran acaecer en supuestos en los cuales la sentencia del control sucesivo de constitucionalidad difiera del control de constitucionalidad instrumental previamente realizado. Más fácil, aunque no menos problemático, puede ser que se demore en demasía la sentencia sobre la constitucionalidad de la ley.

Quisiera finalizar con otra reflexión al hilo de la presente sentencia. Si, como se ha visto, se conviene en que la «autocuestión» es un procedimiento automático o preceptivo, dados unos requisitos, debería haber muchos más supuestos de elevación. Cabe hablar por ello de que la «autocuestión» ha sido infrutilizada. Podemos avanzar algunas hipótesis de elementos de corrección:

— En primer lugar, la posibilidad de decidir en el mismo recurso de amparo sobre la derogación de leyes preconstitucionales, haciendo innecesaria la elevación.

— El Tribunal dispone, además, de la introducción de un criterio cualitativo en la relación de aplicación entre el objeto de los dos procesos (relación de «inescindibilidad»). No ha sido necesario desarrollar este criterio, pues se dispone de un instrumento mucho más útil y sencillo.

En efecto, la Sala puede no elevar la cuestión al decidir que existe una interpretación de la ley que está de acuerdo con la Constitución. De esta manera, se hace innecesaria la elevación de la cuestión.

CRONICA PARLAMENTARIA

