

USO Y ABUSO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL (*)

IGNACIO TORRES MURO

I

No resulta fácil determinar cuándo un libro ha llegado a la condición de clásico aunque un criterio orientativo puede ser el de que el mismo haya trascendido las circunstancias, y los problemas concretos, para los que fue escrito, convirtiéndose en una obra que proyecta sus enseñanzas más allá de aquéllas, y de éstos. En la literatura jurídica, tan ligada normalmente a asuntos de corto recorrido, es raro que un trabajo científico, concebido muchas veces como respuesta a un debate puntual, consiga alcanzar dicha categoría, caracterizada porque en la misma se encuentran estudios que son utilizados continuamente como referencia para discusiones alejadas muchas veces en el tiempo de las coordinadas en las que fueron concebidos.

Algo de esto pasa con la obra que es el objeto de esta recensión. Publicado en el período de entreguerras en Francia (1921), con la no disimulada intención de participar en el debate sobre si debían introducirse en ese país mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes, debate especialmente duro (1), y al

(*) A propósito de Edouard LAMBERT, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, estudio preliminar de Luis Pomed, traducción y adaptación de Félix de la Fuente, Madrid, Tecnos, 2010 (e.o. 1921), CVI y 299 págs. La última edición francesa Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Préface de Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2005.

(1) Sobre el mismo, ver el completo repaso que hace a sus facetas doctrinal, legislativa y jurisprudencial Francisco FERNÁNDEZ SEGADO en *La justicia constitucional: una visión de Derecho comparado*, t. II, *La justicia constitucional en Francia*, Madrid, Dykinson, 2009, págs. 138 y sigs.

que el autor pretendía traer el ejemplo norteamericano con la tampoco disimulada intención de enfriar ciertos entusiasmos, el libro que nos ocupa se convirtió con el paso de los años en uno de los mejores alegatos contra los excesos en los que pueden incurrir las jurisdicciones constitucionales en el ejercicio de sus poderes.

A ello contribuyeron tanto la claridad, y elegancia, del estilo de Lambert como la contundencia de sus argumentaciones, basadas en un conocimiento muy profundo de la realidad de los Estados Unidos, no sólo de la jurídica, y en que gozaba de la suficiente distancia respecto a los problemas como para hacer un análisis a la vez útil y lúcido. Es cierto que quizás el libro aparezca lastrado, para un lector de nuestro tiempo, por el hecho de que se centra en uno de los períodos más conflictivos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, aquel en el que el mismo se enfrentó a los intentos del poder legislativo de ese país de corregir los abusos del liberalismo que podríamos denominar salvaje; pero también lo es que, al revisar con agudeza las bases y las técnicas utilizadas para articular dicha resistencia, Lambert nos ilustra también sobre los riesgos del control de constitucionalidad de las leyes, riesgos que no son de despreciar, y que conviene tener siempre presentes en aquellas naciones, como la nuestra, que se han dotado de mecanismos de este tipo en sus Constituciones. Pero no debemos adelantar los argumentos, y las conclusiones, del autor, que pasamos a describir con más detalle a continuación.

II

El libro comienza con una introducción en la que se aclara cuál es su propósito. Titulada «El despertar de los poderes políticos de nuestros tribunales» en ella Lambert confiesa paladinamente que su ejercicio de Derecho comparado tiene por objetivo «observar los resultados que esta experiencia que, al parecer, nosotros nos disponemos a iniciar por nuestra cuenta, ha dado en el país americano» (pág. 12).

En el capítulo I va poniendo las bases de su análisis al señalar que «en los Estados Unidos, la alteración del equilibrio... (entre los diversos poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, anotamos nosotros)... se ha producido a favor del poder judicial, que ha sometido a los otros dos a su control y ha establecido, de esta forma, un régimen de gobierno de los jueces» (pág. 21), y que la «*statute law* (2) ha quedado relegada a medida que aumentaba y se consolidaba el con-

(2) Derecho legislado.

trol de los tribunales de justicia sobre la constitucionalidad de los actos legislativos» (pág. 35). El II contiene una breve exposición de la escuálida experiencia del control judicial de la constitucionalidad de las leyes antes de 1883, para pasar en el III al examen del desarrollo de dicho control bajo el manto de las declaraciones de derechos, y como creció a partir de la enmienda 14, de la que se dedujeron «toda una serie compleja de garantías al alcance de todos los ciudadanos en defensa de sus derechos adquiridos o de sus situaciones establecidas contra las intrusiones de la legislación» (pág. 50).

El punto final de esa evolución es (capítulo IV) que «en los albores del siglo XX, el poder judicial americano está en posesión del instrumento que le va a permitir ejercer sobre el legislativo una tutela enérgica constante. Instrumento de cuatro cuerdas: 1) el *due process of law*, concebido como la autorización a los tribunales para que condenen aquellos procedimientos organizados por los estatutos que no les parezcan legítimos; 2) la prohibición de la *deprivation of liberty*, tratada como una garantía otorgada al ciudadano... 3) la prohibición de la *deprivation of property*... (y) ... 4) la prohibición... de las leyes *impairing the obligation of contracts* interpretada como si estuviera destinada a descartar la ingerencia de los legisladores en el juego de los acuerdos para dosificar y limitar los efectos de los mismos» (pág. 61). Esto se conecta con el criterio de la irracionalidad o racionalidad de las medidas legislativas (*rule of reasonableness*), y el de la oportunidad y el valor económico de los actos legislativos (*expediency*). De ello se deduce el sometimiento del derecho legislado a «concepciones individualistas» (pág. 64) y una «concepción de los tribunales de guardianes de los derechos naturales individuales contra el Estado y la sociedad» (pág. 65).

Sobre el papel de los *dissents* (opiniones disconformes, votos particulares diríamos nosotros) se extiende Lambert en el capítulo V. Afirma que se trata de «documentos cuya importancia para la comprensión del Derecho constitucional americano y sobre todo para la previsión de sus movimientos se ha resaltado frecuentemente» (pág. 73). Y hace referencia a los de los jueces Harlan (ruidosas protestas contra la extensión del control constitucional de los tribunales al juicio de la oportunidad o de la racionalidad de las leyes) y Holmes (reiteradas protestas contra la tendencia demasiado marcada de los jueces a sustituir los puntos de vista del legislador sobre política social y económica por sus propios puntos de vista), que marcaron una época.

El capítulo VI de la obra se dedica a la lucha de los tribunales norteamericanos contra la legislación obrera (accidentes laborales, etc.), lucha que retardó durante muchos años la penetración en América de reformas consumadas en Inglaterra, Francia y Alemania, y que fue combatida mediante diversas medidas legales y constitucionales, que no tuvieron éxito. Repasa el autor la juris-

prudencia del período, constatando que el peligro para las aspiraciones de las masas obreras era producto «no tanto de las constituciones mismas, sino de los jueces que las hacen hablar a merced de sus propias convicciones económicas o políticas» (pág. 100). La reacción popular contra esta situación, en la que «los tribunales se han expuesto a aparecer ante los ojos de las masas trabajadoras como los autores responsables de todos los defectos de la organización social» (pág. 106) es el objeto del capítulo VII, en el que se analiza la revocación de los jueces por el sufragio universal, y la llamada al pueblo contra las sentencias de inconstitucionalidad, medidas que suscitan, para Lambert, más dudas que certezas.

Ante esos embates se alza un estado de cosas, reflejado en el capítulo VIII, en el que, enfatizando el tono comparatista, se nos dice que «si en lugar de este cuerpo de doctrina de autoridad simplemente persuasiva que en Francia se decora con el nombre de Derecho constitucional, tenemos una verdadera ley constitucional, es gracias al control judicial de constitucionalidad de las leyes. Este control no es solamente una de las piezas esenciales de la Constitución; este control se ha convertido en el soporte común de todos sus elementos. Si desaparece, no tendremos más que un Derecho constitucional a la francesa; es decir, no tendremos una Constitución verdaderamente obligatoria» (pág. 137).

En la misma vena aborda el autor en el capítulo IX la interpretación de los estatutos (leyes) en América y en Francia, resaltando la generosidad de aquélla en el primer país, y cómo los tribunales la han empleado «con tanta amplitud, como el control de constitucionalidad propiamente dicho, para reducir la oleada, que crecía demasiado deprisa, de la legislación laboral» (pág. 153). También consiguieron desmontar mediante ella la legislación contra los trusts, asegurando, señala con ironía Lambert, «la prevalencia de las concepciones judiciales de justicia económica sobre las opiniones aventuradas o irreflexivas del legislador» (pág. 155); y, por si esto fuera poco, lograron que «el arma forjada contra las coaliciones del capital se... (volviera)... contra las coaliciones de trabajadores» (págs. 176 y sigs.).

El capítulo X entra en el tema de los «paliativos» al control judicial de las leyes, señalando como soluciones las llamadas opiniones consultivas o «control de constitucionalidad antes de que el estatuto fuera votado o promulgado» (pág. 197), que, sin embargo «resulta imposible dadas las tradiciones bien establecidas de las judicaturas americanas» (pág. 198), los «juicios declaratorios», y la aplicación administrativa del Derecho a través de las agencias. Lambert se muestra escéptico respecto a los mismos afirmando que los que «se han aportado o... se han propuesto aportar al control de la constitucionalidad y a la inter-

pretación judicial de las leyes, nos señalan aquellos puntos de la ciudadela de la supremacía judicial que parecen ser relativamente los menos inexpugnables. Una inspección atenta de estas posiciones de menor resistencia demuestra, sin embargo, que son especialmente fuertes» (pág. 239). En el fragor de la argumentación osa el autor ejercer de profeta, que ya se sabe que es mal oficio, y yerra el tiro claramente cuando se resiste a reconocer los hechos, ya presentes en la época en la que escribe, y que se confirmarían claramente en la segunda posguerra, que venían a mostrar cómo, en el equilibrio de los poderes norteamericanos, el ejecutivo estaba conquistando la posición preeminente, cosa que niega con toda rotundidad y claro desenfoque (págs. 231 y sigs.), afirmando, de una manera un tanto simplista, que «los tribunales continúan siendo señores» (pág. 235) y que «los legisladores proponen y los jueces disponen» (pág. 236). No es de despreciar, tampoco hoy en día, la posición del Tribunal Supremo, pero el sistema político norteamericano parece girar, más que nunca, y desde hace muchos años, alrededor de la figura del Presidente (3).

Concluye el libro con un capítulo (el XI) titulado «Las lecciones de la experiencia americana». Éstas son de dos tipos. De un lado, las referentes al control de constitucionalidad de las leyes, y su posible adopción en la Francia de la Tercera República. Habla allí Lambert de las virtudes y los peligros del mismo, resaltando que «es sin duda el instrumento de estática local más perfeccionado al que actualmente se puede recurrir para embridar la agitación obrera y detener al legislador en la pendiente resbaladiza del intervencionismo económico» (pág. 246). Basándose en la Declaración de 1789, los jueces franceses conseguirían con facilidad «maniatar también sólidamente al legislador francés» (pág. 249). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el control judicial «transforma radicalmente la naturaleza misma de la constitución que lo acoge» (pág. 250), sin descontar sus «riesgos políticos» (pág. 255) y que «aparece como un instrumento de un incomparable poder, sin duda, pero inquietante por razón de su exceso de fuerza o de automatismo y de un funcionamiento peligroso» (pág. 257).

De otro lado, cierra el autor con unas reflexiones, que dice que son las que dice que verdaderamente le interesan, sobre el valor informativo de los estatutos americanos, en las que afirma que los mismos constituyen «una expresión siempre incompleta, y muchas veces incorrecta y falsa, de las realidades jurídicas»

(3) Sobre el complicado tema de las relaciones Presidente-Tribunal Supremo hay una aportación, relativamente reciente, de interés. Me refiero a Keith E. WHITTINGTON, *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2007.

(pág. 271), de lo que deduce que la legislación comparada debe dar paso a la jurisprudencia comparada, en la que se utilicen otros materiales jurídicos que no sea simplemente las leyes.

Hasta aquí el resumen de las tesis de la obra de Lambert. No haríamos justicia a la publicación objeto de este comentario si no nos refiriéramos al agudo estudio preliminar que la precede, elaborado por Luis Pomed. Ocupa las páginas XI a CVI del libro, y constituye un repaso bien construido, tanto a las circunstancias en las que escribió el autor su trabajo («Un francés en Washington»), como a la historia del Tribunal Supremo norteamericano (De los Civil Rights Cases al Tribunal Roberts, que es el que existe en la actualidad), abarcando etapas posteriores a las que analizó el comparatista francés. Sirve así igualmente para contextualizar el debate, y para darnos pistas sobre cómo se desarrolló el mismo con posterioridad a 1921, terminando con la inquietante conclusión de que «la evolución del Tribunal Supremo ha llevado a un punto en el que recobra plena actualidad la obra de Edouard Lambert» (pág. CII).

III

Repasado el contenido del libro, podemos ya afirmar que sí estamos ante un clásico, que plantea los problemas que tiene una opción con mucho éxito en la segunda posguerra mundial: la de dotar a los ordenamientos jurídicos democráticos de sistemas de control de constitucionalidad en los que los tribunales se ven en una posición de gran importancia, como es la de articular los límites al legislador. Dicha opción conlleva, sin duda, grandes ventajas, pero no deja de traer consigo algunos inconvenientes para el correcto funcionamiento de los regímenes en los que se ha adoptado, sobre todo cuando los principales actores constitucionales —tribunales incluidos— no se dan cuenta de que el buen andar de tales soluciones es producto de delicados equilibrios, que se rompen con facilidad.

De una época en la que los mismos se rompieron en Norteamérica es de lo que nos habla precisamente este libro, y la descripción de los mecanismos utilizados para poner a los jueces en un papel que no les corresponde de ningún modo, como es el de la determinación de la políticas públicas basándose en supuestas normas constitucionales, que hace Lambert, es especialmente lúcida, y una advertencia clara que no hay que dejar caer en saco roto. Y todo ello porque la justicia constitucional es útil cuando modera entusiasmos injustificados del legislativo, pero no cuando se opone a tendencias normativas que no pueden

calificarse de frívolas, y que solamente es lícito frenar, como sabemos todos, cuando chocan frontalmente con las reglas básicas de la convivencia política y social.

No está de más recordar que hay países con una indiscutible trayectoria democrática, como el Reino Unido, en los que el debate, y las prácticas constitucionales, no han arrojado como solución inevitable la de la necesidad de una Constitución rígida, y su correlato del control de constitucionalidad. Es verdad que no son pocos los que en ese país propugnan pasarse a una manera más «continental» de hacer las cosas, pero no se hallan precisamente en minoría quienes sostienen que lo necesario es reforzar los mecanismos democráticos tradicionales, sin recurrir a los inventos estadounidenses y kelsenianos. En ese discurso se encuentran autores tan lúcidos como Richard Bellamy, que no hace mucho publicó un excelente ensayo sobre estos problemas (4).

El debate lleva camino de convertirse en eterno, y se renueva cada cierto tiempo en aquellos países en los que el control de constitucionalidad aparece como un instrumento razonablemente consolidado, como sucede en Estados Unidos, en donde algunos de los libros más interesantes de Derecho constitucional de las últimas décadas lo abordan con una postura más o menos crítica. Ejemplo de ellos son los ya clásicos de A. M. Bickel (5) y J. H. Ely (6). Entre nosotros, y en esa línea, se encuentra el trabajo de V. Ferreres Comella (7). Pero estas obras no son más que la punta del iceberg de toda una bibliografía que intenta resolver la cuadratura del círculo; es decir, la compatibilidad de las actividades del legislador democráticamente legitimado con la existencia de unos tribunales que controlan las mismas basándose en la existencia de unas normas superiores que aquél debe respetar, y sobre cuyo respeto deciden éstos. Hay muchas aportaciones a esta discusión, y resultaría imposible en los límites de este comentario referirnos a todas ellas, aunque si quisiéramos destacar algunas procedentes de ámbitos cercanos a la filosofía política o del Derecho, como la de Bellamy, que ya hemos citado, o la también muy interesante de W. J. Walu-

(4) Me refiero a Richard BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. Hay edición española: R. BELLAMY, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, traducción de Jorge Urdániz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.

(5) *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2.^a ed., New Haven-Londres, Yale University Press, 1986.

(6) *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.)-Londres, Harvard University Press, 1980.

(7) *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997.

chow (8), dado que tienen la ventaja de ir a los fundamentos del problema, que es donde precisamente se deben plantear, a mi juicio, las discusiones.

Y eso porque muchas veces, ante una sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente, que refleja una opción política del mismo, y que sólo tiene una remota base en el texto de la Norma suprema, como sucedía en el caso de la jurisprudencia dura, y justamente, criticada por Lambert, podemos sentir la tentación de cuestionar el sistema en su conjunto, descalificando la justicia constitucional en una línea que tiene ilustres, pero inquietantes, predecesores, como el siempre citado en estos casos Carl Schmitt, en polémica con Kelsen (9). Eso es un error. No negamos que haya que estar siempre vigilantes para que los tribunales no traspasen su mandato constitucional, pero en su funcionamiento correcto estos sistemas de control de constitucionalidad pueden prestar servicios impagables en países en los que es preciso blindar determinados consensos frente a las mayorías ocasionales. Precisamente es en este punto en el que se basa la justificación última de que se atribuyan a las Cortes constitucionales correspondientes competencias que resultan chocantes en una teoría simplista de la democracia. La necesidad de mantener abierto el debate político, necesidad que puede que haya países que cubran sin tener que recurrir a instrumentos jurisdiccionales, también porque gozan de una tradición de siglos en ese sentido, es el fundamento de poner sobre el legislador democrático, ese nuevo príncipe casi soberano, un órgano que haga presentes en el día a día los valores, principios, e intereses, que aseguran la convivencia en libertad a largo plazo.

Como tantas otras veces, nos encontramos con un problema de equilibrios. El título de esta recensión intenta reflejarlos, y el libro del que nos ocupamos es un análisis de un momento concreto en el que dichos equilibrios se rompieron. No tenemos dudas de que el control de constitucionalidad de las leyes puede ayudar al buen funcionamiento de una democracia, y a las pruebas nos remitimos en todos los casos en los que éste se ha implantado; pero también es cierto que se trata de un instrumento que debe ser usado con tino, con prudencia, y que los responsables de su utilización, los jueces constitucionales, deben estar hechos de una madera especial, de una madera que conjugue una cierta osadía para atreverse a plantar cara a los abusos, y un autocontrol que les lleve a actuar,

(8) *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law. Un árbol vivo*, traducción y estudio preliminar de Pablo de Lora, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.

(9) Ahora puede consultarse su debate, en castellano, en *La polémica Schmitt-Kelsen sobre la justicia constitucional.*, estudio preliminar de Giorgio Lombardi, traducción de M. Sánchez Sarto y R. J. Brie, Madrid, Tecnos, 2009.

declarando la inconstitucionalidad, solamente cuando esos consensos de los que hemos hablado se encuentren en peligro grave.

Durante los años transcurridos desde la publicación del libro de Lambert, que recordemos que es de 1921, los tribunales constitucionales han venido desarrollando toda una serie de técnicas para conseguir, a la vez, controlar y respetar al legislador. Desde la interpretación conforme, a la presunción de constitucionalidad de las leyes, pasando por muchas otras, dichas técnicas han conseguido que, siempre con problemas, la jurisdicción constitucional se haya ido encajando poco a poco en el entramado jurídico-político de los diferentes países en los que actúa. El dilema de base subsiste, como no podía ser menos, pero se han ido salvando los muchos escollos que han aparecido en unas relaciones que era difícil establecer de una manera completamente pacífica, porque no ha sido infrecuente que se haya dicho algo parecido a lo que ha afirmado nuestro Tribunal Constitucional ya varias veces, y que es que «el control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse... de forma que no se impongan constricciones indebidas al Poder Legislativo y se respeten sus opciones políticas» (por todas, SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 4, y 45/2007, de 1 de marzo, FJ 4).

Las preguntas, sin embargo, hay que plantearlas con toda crudeza: ¿sirve para algo en una sociedad democrática moderna la justicia constitucional?, ¿no habremos creado un instrumento que no hace más que entorpecer los canales habituales de toma de decisiones, y que ha demostrado una tendencia excesiva a inmiscuirse en asuntos que no le corresponden a ella, sino a los representantes del pueblo soberano? A mi juicio, solamente una concepción muy elemental de la democracia, identificada exclusivamente con la regla de la mayoría, pudiera servir de base para descalificar totalmente a los Tribunales Constitucionales. La clave está en que en todos los regímenes democráticos, y para que ellos funcionen correctamente, existen unos terrenos que deben ser excluidos del juego partidista, y que son precisamente los que deben defender aquéllos. Si al hacerlo se exceden en sus funciones, no cabe duda de que hay que denunciarlo sin reservas, como lo denunció Lambert en su momento, pero no queremos pensar lo que podría suceder en las democracias de baja calidad, como muchas de las existentes hoy en día, sin no se contara con el freno, y contrapeso, que supone la presencia de un Tribunal Constitucional dedicado a la defensa de los principios básicos de convivencia. En esa defensa, desde luego, se pueden cometer excesos, y esos excesos deben ser criticados y corregidos, pero la complejidad de los sistemas constitucionales actuales suele necesitar de un árbitro en las materias especialmente delicadas, y eso es algo que difícilmente se puede negar.

La alternativa a la británica —constitución flexible e inexistencia de justicia constitucional— puede funcionar en un país que hizo su revolución constitu-

cional en 1688, y la democrática, sin prisas pero sin pausas, a lo largo del siglo XIX, y que tiene una tradición, y una continuidad, en ese sentido, con la que muchos otros no contamos. Los que no creemos en situaciones institucionales susceptibles de ser aplicadas en todo tiempo y lugar, como demuestran algunos fracasos sonados, consideramos que precisamente en sistemas democráticos menos consolidados no está de más prever la figura de un Tribunal Constitucional para confiarle la solución de determinados problemas, precisamente porque nos movemos en un ambiente político muy distinto, caracterizado por su relativa bisonñez, comparada con la experiencia de otros.

En este contexto de debate sobre la justicia constitucional (10) es una buena noticia que haya aparecido esta edición española, tan cuidada, de un libro como el de Lambert. Una de esas obras que invitan a pensar, y a poner en cuestión las supuestas verdades reveladas. Se cubre así una laguna. Por ello hay que felicitar a editores, autor del estudio introductorio y traductor. No nos cabe duda de que han prestado un servicio importante a nuestra ciencia del Derecho constitucional.

(10) Una aportación al mismo de interés es la que se contiene en los diversos artículos publicados en la revista *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 4, 2006, dedicado a *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*. En especial, por su carácter más teórico, el trabajo de Luis Prieto Sanchís titulado *Iusnaturalismo, positivismo y control de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional*, en las págs. 27 y sigs.