

Ahumada Ruiz, Marian:
La Jurisdicción Constitucional en Europa

El libro que se va a recensionar es un libro producto de un buen esfuerzo. Es el resultado de la tesis doctoral de Marian AHUMADA y aborda la fundación de la jurisdicción constitucional en Europa, entendida como «una institución, un poder, una técnica y una práctica». En la presentación de toda tesis es habitual (y obligado) hacer referencia a todo el elenco académico que ha participado en su construcción. En la publicación de Marian AHUMADA se ve enseguida que va a estar bien construida, con abundante cita y mucha (quizá demasiada) nota a pie de página. Personas de tanta relevancia académica y en la vida de nuestro Tribunal Constitucional como M. ARAGÓN REYES o F. RUBIO LLORENTE han participado en la formación de esta obra dirigiéndola o juzgándola, sin olvidar la cita agradecida a J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA o P. BIGLINO. Buen libro, en definitiva, el publicado por M. AHUMADA y todo un acierto de la Editorial Thomson-Civitas y de la Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra. No está de más, en estos tiempos de ciertas tensiones constitucionales y de extensión de las intenciones de reformas estatutarias, una reflexión seria y pausada y bien dirigida sobre uno de los temas más relevantes de la Teoría constitucional. No debe olvidarse, por tanto, que los Tribunales Constitucionales desempeñan y han desempeñado un papel fundamental en los procesos políticos de transición o de cambio importante en el sistema constitucional.

Todo el libro es una continua tensión entre el principio de democracia representativa y el de democracia constitucional. Se mueve bien en el abstracto mundo de la fundamentación teórica de la jurisdicción constitucional: planteándose preferentemente la cuestión de la profunda justificación del Tribunal Constitucional y su obra, y abordándose en menor medida los problemas más concretos y cotidianos que plantea su existencia. El libro está lejos de ser laudatorio y admirador del sistema de control de constitucionalidad de las leyes y si hay alguna idea que predomina es la de la necesaria prudencia que debería alumbrar el ejercicio de este peculiar «poder legislativo negativo». En este sentido, se intenta también encontrar el límite adecuado al poder de control de los jueces constitucionales sin socavar ni

* Letrado del Parlamento de Cantabria. Profesor Asociado del Derecho Constitucional de la Universidad de Cantabria.

reducir su eficacia. Sería, sin duda, este libro una buena lectura para alguien, ahora que se está tramitando en las Cortes Generales una (para casi todos decepcionante) reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El libro aborda la implantación y la extensión de la jurisdicción constitucional en Europa, dividiéndose en cuatro partes: la primera referida a la expansión del control de constitucionalidad y el sistema de los Tribunales Constitucionales, la segunda al estudio de la tensión entre constitucionalismo y democracia, la tercera a las justificaciones de la jurisdicción constitucional y, finalmente, un cuarto capítulo referido a la consideración del denominado «modelo europeo» como alternativa al *judicial review*. Como idea previa, al lector le sugiere el libro una noción de Tribunal Constitucional muy próxima a aquel famoso guardián de la Constitución, producto del discutido, y ya casi olvidado, Carl SCHMITT.

Al hilo de la lectura del libro y del planteamiento de los problemas que hay en esta materia, no debería olvidarse que el problema de la jurisdicción constitucional en España es, sin duda, el de su masificación y la paralización de las decisiones importantes, por atender, sobre todo, al aluvión de recursos de amparo en defensa (presunta) del artículo 24 CE. La autora opta por defender una cierta restricción de los poderes del Tribunal, pero lo hace desde el punto de vista teórico, como freno a un «peligroso» gobierno de los jueces, que restringe las virtualidades de la democracia representativa. Es lógico pensar que la reforma legislativa (y por qué no constitucional) debería limitar el alcance del recurso de amparo constitucional, e incluso suprimir su propia existencia. No en vano, el entonces Senador Sr. MARTÍN-RETORTILLO se pronunció en el debate constituyente, a modo de presagio, sobre la más que conveniente no inclusión del recurso de amparo en nuestro sistema. Sin embargo, el libro recensionado se mueve por otros parámetros más dogmáticos y elevados.

I

No podía ser de otra forma. Una tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa debe comenzar lejos de Europa. Sin embargo, un libro de esta naturaleza no puede convertirse en una suma de obviedades sobre la jurisdicción constitucional, por ello la autora se limita a dejar planteada con varias pinceladas la caracterización de la jurisdicción norteamericana. Huyendo de tópicos que expliquen más o menos su origen, se considera que la *judicial review* viene a solucionar el problema de la rigidez de la Constitución al fallar el procedimiento de reforma constitucional norteamericana. En efecto, la primera parte del libro de Marian Ahumada trata de la expansión del control de constitucionalidad y el sistema de control de constitucionalidad de las leyes. Como premisa inicial, se defiende la idea de que la *judicial review* fue una técnica con la que se dotó el sistema para solucionar el «problema» de la rigidez de la Constitución, cuando los mecanismos de reforma o no son utilizados cuando deberían serlo, o bien no están creados por el constituyente. Y es que la revisión judicial ha sido interpretada, en cierta forma, como un instrumento propio de una «democracia inmadura», como lo califica la autora. En este sentido (y sólo en éste) puede verse también como una marca de desconfian-

za hacia un sistema que fue diseñado desde unos postulados quizá excesivamente democráticos para las pretensiones de una minoría, que veía peligrar una situación social potencialmente privilegiada.

Lo que queda de aquella *judicial review* es una evidente influencia fuera de Estados Unidos y una novedad del constitucionalismo norteamericano. Aunque la autora no profundiza en exceso en ello, la extensión de la creación norteamericana del control de constitucionalidad de las leyes tiene una explicación geopolítica, basada en la victoria militar y su liderazgo añadido en el ámbito jurídico constitucional. La época en que todo esto sucede no es baladí y su relevancia es patente. A finales de los años cuarenta, el Tribunal Supremo norteamericano vivía una época de transformación, pues empezaba a contar con la legitimidad basada en la protección de derechos constitucionales. La idea de los derechos estaba «de moda» en EEUU, y los nuevos Tribunales Constitucionales europeos lo adaptan también como guía principal, sobre todo en los sistemas constitucionales alemán e italiano. Y lo hace por diversos motivos, pero sobre todo por la necesaria fundamentación de los derechos. En palabras de la autora, los Tribunales Constitucionales «carecen» de la experiencia y la tradición de los Tribunales americanos ejerciéndole control de constitucionalidad, pero, a cambio, cuentan con la considerable ventaja de tener a su cuidado Constituciones «modernas», Constituciones que incluyen un catálogo de derechos «puesto al día» (p. 35).

La introducción de la jurisdicción constitucional en Europa supuso la alteración del sistema de fuentes del Derecho, lo cual ha llevado a F. RUBIO LLORENTE a decir que su introducción «no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución» («La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho», en *La forma del poder*, 1997, p. 475). La jurisdicción constitucional se instala para garantizar un sistema de libertades y de este modo la autora señala, en una expresión que es objeto de alguna matización, que «el sistema de los Tribunales Constitucionales fue la vía para introducir en Europa, bajo otra forma, la sustancia de la *judicial review*». De hecho, nuestros Tribunales han acabado siendo Tribunales de última casación más que legisladores negativos. Sea como fuere, los Tribunales Constitucionales se han extendido fácilmente por Europa, Iberoamérica y más recientemente por los Estados del Este europeo. No debería olvidarse, en todo este proceso, el ya aludido papel (arbitral y político) en procesos políticos de transición y de inestabilidad, además de su posición menos condicionada por el pasado que la que tienen los Tribunales ordinarios. Sin embargo, es obvio su paso de Tribunal de constitucionalidad a Tribunal de «microconstitucionalidad», por utilizar la famosa fórmula de L. Favoreu que utiliza la autora, y más si se tiene en cuenta la generosa configuración del recurso de amparo. Aquí estaría situada buena parte de la posición de nuestro Tribunal Constitucional.

Y es que la función de los Tribunales Constitucionales en los sistemas constitucionales no es la de un exclusivo legislador negativo ni la de un guardián del *statu quo*, pues su función es la «realización» de la Constitución. Su contribución al debate de los valores protegidos por la Constitución le confía al Tribunal Constitucional «la responsabilidad de mantener vivo el pacto que está detrás de la Constitución» (p. 56). Por eso, con el tiempo es importante constatar que muchas controversias se resuelven apelando a doctrina constitucional previamente establecida,

pues su posición de fuente del Derecho adquiere una relevancia más que notable. En conclusión, la fuerza normativa de la Constitución deriva del trabajo casi diario del Tribunal Constitucional. Ésta es su principal grandeza, pero también su principal peligro.

II

El libro, seguidamente, analiza la problemática planteada al hilo de la sugerente pregunta: ¿democracia tutelada por Jueces? Desde luego resolver la paradoja de la misma existencia de la jurisdicción constitucional en un sistema de democracia representativa es algo de casi imposible resolución. La simple voluntad del constituyente no es suficiente para explicarlo. La autora es consciente de todas las insuficiencias y en este capítulo expone cuáles son las principales vías interpretativas para justificar la existencia de un órgano (en el mejor de los casos) «extra» democrático. La autora no resuelve la paradoja, porque no es posible, pero sí la expone de un modo muy gráfico. Utiliza la «paradoja Ulises» de Stephen HOLMES que podría ser así expuesta: «los ciudadanos necesitan una Constitución, de la misma forma que Ulises necesitó ser atado al mástil. Si se permitiera a los votantes obtener lo que quisieran, provocarían inevitablemente su naufragio. Vinculándose a sí mismos a reglas rígidas, se colocan en la mejor situación para conseguir metas colectivas sólidas y duraderas». Desde esta premisa la autora señala que los Jueces constitucionales no son más que los encargados de «mantener a Ulises atado al mástil llegado el momento» (p. 66).

Es obvio que esta parábola puede ser útil para explicar en un determinado momento, de forma ocurrente, la función de la jurisdicción constitucional, pero no para justificar ni fundamentar su existencia. Minimizada (o «puesta en su sitio») en el primer capítulo la función del Tribunal Constitucional (como fuente del Derecho), no queda más remedio que reconocer su posición como factor político dentro del sistema. Seguramente sea éste el sentido que GARCÍA PELAYO (no utilizado ni citado por la autora) dio al Tribunal Constitucional cuando lo calificó como órgano constitucional. Es un factor político que actúa como cualquier otro (con sus errores y aciertos), pues además en el largo plazo el Tribunal Constitucional nunca va a imponer una visión de la Constitución que no sea compartida por la mayoría. Por todo ello la autora efectúa un largo excursus sobre la democracia y la democracia constitucional como modo de proveer de legitimidad a un sistema de gobierno imperfectamente democrático. Así, la Constitución democrática es condición para la democracia y la jurisdicción constitucional entra de lleno en una de esas autolimitaciones del sistema (la más importante seguramente). Si bien atribuir a los Jueces la función de velar por el respecto de las condiciones esenciales del proceso democrático, va más allá de lo dispuesto en las Constituciones escritas. No debería valer, por tanto, un todopoderoso Tribunal Constitucional; más bien, asumida su función de fuente del Derecho, habría de situarse al Tribunal en unos términos justos y adecuados.

Por todo esto, la autora acaba concluyendo que la opción se centra en un sistema de democracia constitucional con una Constitución que sustrae algunas

materias a la decisión democrática y «delega en los Jueces la competencia para decidir sobre el contenido y alcance de ciertos derechos considerados fundamentales, es una opción de democracia restringida, “rebajada”, “*más limitada*”». Sin que deba caerse en el pesimismo, parece no haber más remedio que reconocer que, al modo de un gobierno mixto, se incorporan a la Democracia elementos no democráticos. La cita y el fundamento doctrinal en autores tan dispares como ZAKARIA, HOLMES, BÖECKENFÖRDE, ALFORD, GRAYMN o WALDROM sirven para concluir que la democracia constitucional es una forma de democracia limitada sujeta a obligaciones y restricciones, que van más allá de lo procedimental y que van a condicionar el resultado del proceso democrático. En definitiva, se configura un sistema de cuasi-tutela de difícil legitimación teórica y a cuya crítica no procede nuestra autora de forma atrevida, seguramente porque no pueda efectuarse tal tarea. En cualquier caso, planteadas en el capítulo segundo estas premisas sobre la democracia y la democracia constitucional, en el Capítulo siguiente se analizan las diferentes justificaciones de la jurisdicción constitucional.

III

La justificación de la jurisdicción constitucional es estudiada por la autora siguiendo la teoría de ACKERMAN, muy contestada por cierto desde diversos puntos, pero que se valora en su conjunto de un modo positivo. La posición «vertebral» de esta opinión es la actitud hacia el Tribunal Constitucional. Según este planteamiento, existirían tres modelos de democracia, como principios para entender el control ejercido por los Tribunales. El primer modelo sería el de la democracia dualista, representado por el supuesto norteamericano, y que consistiría en la existencia de dos niveles de adopción de decisiones: el de los ciudadanos (*the people*) y el de sus representantes. El primero reservado a los grandes momentos, que ACKERMAN denomina «momentos constitucionales» (y que es el verdadero talón de Aquiles de esta teoría), y el segundo a la cotidianeidad de las decisiones políticas. En estos sistemas, la jurisdicción constitucional protege las decisiones tomadas por el primer sujeto, de las decisiones adoptadas por el segundo. Los sistemas monistas, por contra, se caracterizarían porque no conocen ninguna duplicidad en la adopción de decisiones, pues cuando deciden los representantes, lo hace el pueblo. Por ello, la democracia monista no reconoce ninguna función a los Tribunales en el control de las decisiones adoptadas por los representantes. No podría reconocer un órgano que controlase al Parlamento, simplemente porque ninguna autoridad se puede situar por encima de las decisiones adoptadas por el soberano. Es obvio decir que democracia monista es la británica. Por último, el tercer modelo es el que se centra en la protección de los derechos fundamentales y su ejemplo sería Alemania.

El debate sobre la jurisdicción constitucional en cada uno de los tres sistemas es muy diverso. En este ámbito, Estados Unidos se plantea la cuestión del carácter de la Constitución americana y se llega a cuestionar, incluso, cuál debe ser el cometido propio del Tribunal Supremo en el ejercicio de su función. Desde allí, algún autor ha planteado (H. BERTZ, p. 209) si los norteamericanos tienen o no una

Constitución escrita. En Europa la cuestión es distinta, pues entre nosotros la ideología del constitucionalismo democrático se ha impuesto, seguramente como desconfianza hacia la propia democracia. Aquí, el establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes se efectúa para reforzar la pretensión de legitimidad del poder político y como cierta garantía de estabilidad al inicio de la andadura constitucional.

La tensión que ve la autora entre democracia representativa y democracia constitucional se traslada sobre todo a la misma existencia y justificación de la jurisdicción constitucional. Llega, incluso, M. AHUMADA a negar que los Tribunales Constitucionales pueden apelar a la voluntad del pueblo para justificar las consecuencias de su intervención sobre el proceso democrático, sobre todo cuando se trata de la determinación del alcance de los derechos constitucionalizados. Al final, la opción se debe producir entre un Estado legislativo parlamentario o un Estado legislativo de jurisdicción constitucional. De hecho, consciente de las limitaciones teóricas y prácticas de la jurisdicción constitucional, no duda la autora en plantear que el Tribunal Constitucional (allí donde exista) debe «aceptar restricciones a su propia autoridad... limitando su intervención a los casos de vulneración flagrante de los derechos o a infracciones que amenazan la integridad del proceso político». No dice la autora, sin embargo, cómo se verifica esa flagrancia de la violación de derechos, ni cómo se pueden defender los derechos de los ciudadanos, ni cómo evitar el riesgo de la politicidad de las decisiones de los Jueces.

Pero, la autora cree encontrar legitimidad en el propio ejercicio de la jurisdicción constitucional, es decir, en la estrategia recurrente de todos los Tribunales Constitucionales de basar sus decisiones en las decisiones adoptadas por otros Tribunales. «Es una forma de reconocer», se añade en el libro, «que el derecho constitucional de un país democrático, no se construye exclusivamente sobre la pura voluntad del “pueblo”. Tener una Constitución democrática es también adherirse a ciertos principios que forman parte de una tradición que se quiere común, el de las naciones democráticas» (p. 228). Desde luego eso enmarcaría la democracia (y a la jurisdicción constitucional) en un Derecho común en el que, por cierto, los Estados Unidos se suelen mostrar muy remisos a sentirse inmersos.

IV

El último capítulo se centra en analizar el modelo europeo de control de constitucionalidad y, como es natural, el *tertium comparationis* no podía ser otro que el sistema constitucional norteamericano. Dos premisas son importantes y la autora las defiende con razón: primero, no hay que minusvalorar en absoluto la aportación europea a la jurisdicción constitucional, pues el modelo de Tribunales Constitucionales constituye una contribución fundamental en el moderno constitucionalismo y, segundo, se ha producido una convergencia lenta pero evidente entre los dos modelos. Que la doctrina norteamericana obvie estos datos, no puede ser más que interpretado como un acto más de los propios de un país líder que se considera a sí mismo único portador (y obligado exportador) de los valores propios de la democracia liberal. Y es más, para (casi) toda la doctrina norteamericana lo que

nosotros denominamos modelo europeo, no es sino una versión sucedánea de su *judicial review*, adaptado a las necesidades propias del sistema europeo. Pero parece haber convenio en que hay dos modelos y que representan «dos formas de enfrentar el problema de las leyes constitucionales y la garantía jurisdiccional de la Constitución».

Es muy revelador el hecho de que en Europa se impusiese la jurisdicción constitucional cien años más tarde, pero finalizado el dogma de la soberanía del legislador y la tradicional y «montesquiniiana» desconfianza hacia los Jueces, la adopción del sistema austríaco no era sino una cuestión de tiempo. Son múltiples las causas por las que tuvo una modesta acogida el modelo de *judicial review* en Europa (que no va más allá del Proyecto de Constitución federal española de 1873), pero sí es seguro que fue una omisión consciente. En particular las objeciones europeas al modelo norteamericano fueron tres: el principio de separación de poderes; la supremacía en la que colocaba al Juez la *judicial review* y la intervención de los Tribunales en la política que el ejercicio de esta competencia significaba. En este sentido, el diseño del modelo europeo trataba de obviar las objeciones que se planteaban al modelo norteamericano. La autora, sin embargo, no muestra demasiado entusiasmo por el argumento generalmente utilizado, de que la no implantación del modelo norteamericano en Europa se debió a la falta de eficacia normativa de la Constitución en la Europa continental del siglo XIX-principios del siglo XX. En este punto el libro parece apartarse un tanto de la impecable tesis (admitida por todos) que en su momento elaboró GARCÍA DE ENTERRÍA¹, que nos advirtió hace algunos años que la causa de la falta de fuerza normativa de la Constitución fue la ausencia de un Tribunal Constitucional (y también al revés en cierta forma).

En este momento del razonamiento se expone en el libro la obra de la figura clave de H. KELSEN. Ahora la explicación y la fundamentación dan cuenta de una de las grandes obras jurídico-políticas planteadas por un jurista moderno, con alusiones continuas a la *Teoría Pura del Derecho* (UNAM, México, 1986) y a *Esencia y valor de la democracia* (trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, Barcelona, 1977)². Y el principio afirmado es claro: no es que las leyes se *presuman* constitucionales en tanto no se declare su inconstitucionalidad, sino que son constitucionales hasta que no se declare, pues la función del Tribunal Constitucional es una función legislativa. La diferencia entre los dos sistemas es obvia si se compara el sistema kelseniano con la *judicial review*, que se basa en la conexión entre constitucionalidad y legitimidad, de «manera que un acto del poder contrario a la constitución es un acto nulo, carente de autoridad, incapaz, por tanto, de obligar» (p. 273).

Además, la tesis de la autora es sugerida con convicción: «hay razones para sospechar que la experiencia americana con la *judicial review* hubo de influir en el diseño de la jurisdicción constitucional austríaca bastante más que la teoría de la *Stufenbau* del Derecho» (p. 276). KELSEN quiso resolver los problemas principales

¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985.

² Hay una edición más moderna (y que aparece con posterioridad al libro recensionado), cuya edición y traducción corresponde a J. L. REQUEJO PAGÉS y publicado por KRK Ediciones, Oviedo, 2006.

que planteaba la jurisdicción constitucional, fundamentalmente encontrar una composición del Tribunal Constitucional que convenciera y conviniera a los «actores políticos». Pero también quiso resolver el problema de la seguridad jurídica, arbitrando un procedimiento de determinación de la constitucionalidad de las leyes, autónomo de cualquier otro y cuyo objeto habría de ser la protección del *interés público*. En definitiva, se pretendió crear un órgano que garantizara el principio de constitucionalidad y que, a la vez, su funcionamiento no perturbara el principio de división de poderes de la Constitución. Sin embargo, no se aporta argumento alguno sobre la justificación teórica del Tribunal Constitucional, más allá de la voluntad constituyente.

En definitiva, el lector que abra este libro entenderá los problemas teóricos y los postulados dogmáticos de la jurisdicción constitucional y conocerá, además, con buen apoyo doctrinal las razones para la implantación general y exitosa del modelo kelseniano de Tribunal Constitucional. Conocerá otra forma de explicar los problemas de fundamentación teórica. Y sabrá, en un último apartado que no sirve de conclusión pero sí de corolario, por qué sistemas de amplia tradición democrática han incorporado un Tribunal Constitucional. Pero no deben olvidarse aquí los problemas del Tribunal en materia de protección de derechos: un ciudadano no está legitimado para plantear un recurso de inconstitucionalidad contra una Ley que vulnerase sus derechos. Admitir esto aproximaría al sistema europeo al modelo de control difuso, lo cual acabará sucediendo, asegura de forma premonitoria la autora. Pero, además, consentir esto acabaría por hacer ineficaz del todo a nuestro Tribunal Constitucional, que necesita una limitación de la legitimación activa, y no precisamente una ampliación de la misma.