

EL «FORMIDABLE PROBLEMA» DEL CONTROL JUDICIAL Y LA CONTRIBUCION DEL ANALISIS COMPARADO

Por MAURO CAPPELLETTI

1. EL PROBLEMA DEL CONTROL JUDICIAL

Los observadores europeos deberían ser los últimos en sorprenderse del hecho que el control judicial de constitucionalidad de las leyes (*judicial review of legislation*), aun cuando cuenta casi dos siglos de antigüedad en los Estados Unidos, esté sujeto a continuas discusiones acaloradas en dicho país. No cabe duda que la lógica de la doctrina del presidente del Tribunal Supremo, Marshall, en *Marbury versus Madison* (1) —es decir, que si la Constitución ha de ser «ley superior», los jueces deben estar obligados a aplicarla por encima de la ley ordinaria que la contradiga— es tan sólida como simple (2). Alexis de Tocqueville reconoció la fuerza de la lógica de la sentencia *Marbury* cuando escribió que sólo la *raison d'État*, y no la *raison ordinaire*, habían llevado a Francia a rechazar la misma doctrina (3). Sin embargo, la aplicación de la doctrina *Marbury* presenta, especialmente cuando se extiende a juicios de valor inevitablemente vagos como aquellos inherentes a las secciones de las Constituciones dedicadas a los derechos y las libertades, problemas muy graves. En último término, estas dificultades giran alrededor del *problème formidable* de la función y la legitimidad democrática de indivi-

(1) 5 U. S. (1 Cranch), 1803, pág. 137.

(2) Cfr. M. CAPPELLETTI: *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1971, págs. 26, 27 y 52. (Esta obra se abrevia en adelante: *Judicial Review*.)

(3) A. DE TOCQUEVILLE: *De la Démocratie en Amérique*, Maline Cans, Bruselas, 1840, págs. 179-180.

duos (los jueces) y grupos (la judicatura) relativamente exentos de responsabilidad, que llenan con su propia jerarquía de valores o «predilecciones personales» (4) los recipientes relativamente vacíos de conceptos tan vagos como libertad e igualdad, sensatez, ecuanimidad y proceso conforme a derecho (5).

No creo absolutamente que exista una solución clara a este problema que, recurrente ahora en América, ha proporcionado durante siglos en Europa la justificación del rechazo del control judicial: conceder un poder tan enorme a los jueces no es de por sí ni «bueno» ni «malo». Asimismo, soy muy escéptico sobre la posibilidad de trazar una línea abstracta que determine hasta qué punto puede llegar legítimamente el control judicial (6). La

(4) Véase la opinión discrepante del magistrado Burger en *Eisenstadt versus Baird*, 405 U. S., 1972, págs. 438-472.

(5) Las citas parecen superfluas pues deberían incluir buena parte de la bibliografía americana relacionada con el control judicial. Para beneficio de los lectores no americanos, me remitiré al tratamiento del tema y a la bibliografía seleccionada incluidos en uno de los textos universitarios de mayor influencia, G. GUNTHER: *Cases and Materials on Constitutional Law*, Foundation Press, Mineola, N. Y., 1975, páginas 3-25. Para un tratamiento profundo, llevado a cabo por un notable jurista europeo, cfr. T. KOOPMANS: *Legislature and Judiciary. Present Trends*, en *New Perspectives for a Common Law in Europe* (M. Cappelletti, comp.), Bruylant, Bruselas, 1978, págs. 309-337, en especial págs. 322-332. Un ataque más reciente y sin tregua, aunque excesivamente insular, realizado por una autoridad británica contra el control judicial y, en general, contra «una Constitución escrita, un *Bill of Rights*, un Tribunal Supremo, etc., es el discurso de Chorley de J. A. G. GRIFFITH: *The Political Constitution*, en «Mod. L. Rev.», núm. 42, 1979, pág. 17.

(6) El intento más reciente, pleno de rica complejidad, es el realizado por el profesor John H. Ely en una serie de artículos, que son aparentemente los capítulos de un libro en preparación, cuyo punto de partida se remonta a un estudio de 1973 sobre el caso *Roe versus Wade*. JOHN H. ELY: *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe versus Wade*, en «Yale L. J.», núm. 82, 1973, pág. 920; *Constitutional Interpretivism: Its Allure and Impossibility*, en «Ind. L. Rev.», núm. 53, 1978, pág. 399; *Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review*, en «Md. L. Rev.», núm. 37, 1978, pág. 3, y *Discovering Fundamental Values* (capítulo 3 de un libro aún inédito del profesor Ely). Este intento merece gran respeto, pero, en mi opinión, no resulta convincente su conclusión principal de que la jurisdicción constitucional no debería ocuparse de descubrir valores fundamentales. En lugar de un enfoque del control judicial como protector de valores, el profesor Ely parece defender un enfoque en el que la función de la jurisdicción constitucional sea la de garantizar la «ecuanimidad» de los procesos políticos, dejando a dichos procesos, sin embargo, la determinación de los valores. (Cfr. SANDALOW: *Judicial Protection of Minorities*, en «Mich. L. Rev.», núm. 75, 1977, pág. 1162.) Pero, ¿puede protegerse la ecuanimidad de los procedimientos sin interferir con los resultados de los procesos? En otras palabras, ¿se puede dividir el procedimiento de la esencia, en el mundo actual? ¿Y puede el

solución al «formidable problema» y a las numerosas cuestiones, dudas y desafíos conectados con el fenómeno del control judicial puede ser sólo relativa, determinada por variables contingentes, tales como la historia y tra-

control judicial quedar limitado a la ecuanimidad del procedimiento en un sistema en el que la Constitución difícilmente se puede decir que se reduzca a reglas relativas al procedimiento? ¿Es factible restringir el significado de normas-valores como son las de libertad o igualdad a una mera jurisdicción sobre el procedimiento? La respuesta a estas preguntas creo que sólo puede ser negativa.

La objeción principal que ponen el profesor Ely y otros autores contra un enfoque de protección de valores es la de que sus defensores deberían justificar dicho enfoque mostrando de dónde vienen los valores que debe proteger el control judicial; asimismo, tendrían que resolver el problema de la legitimidad de este enfoque, es decir, conciliar esos valores, y los métodos para «encontrarlos», con los ideales de la democracia. En base a estas premisas, el profesor Ely ha demostrado resueltamente en sus diversos artículos, y especialmente en el anteriormente mencionado *Discovering Fundamental Values*, la vaguedad e imprecisión de posibles fuentes de valores como son el *Derecho natural*, la *razón*, la *tradicón*, el *consenso general*, la *idea de progreso*, etc., así como la impracticabilidad de un modelo de control judicial *meramente interpretativo* (véase *infra*, nota 20).

Acepto la mayor parte de las críticas del análisis del profesor Ely, pero no sus conclusiones, es decir, el rechazo del enfoque de protección de valores. En otras palabras, estoy de acuerdo en que los textos escritos, así como el Derecho natural, la tradición, etc., no sirven como fuentes de «valores impersonales» que el juez pueda «descubrir» de forma no creativa. Por tanto, acepto la tesis principal de Ely: simplemente, que los valores «impersonales» no existen y que, por tanto, los valores protegidos mediante el control judicial son, hasta cierto punto, inevitablemente creados por el juez.

Esta aceptación, sin embargo, no tiene que llevarnos a las conclusiones a que llega el profesor Ely. Por el contrario, tenemos que reconocer que, en todo caso, los valores son *creados por el hombre*, y no podría ser de otra forma. A nivel estatal, los legisladores (o incluso a nivel más elevado, quienes elaboran o enmiendan las Constituciones) crean y cambian los valores de la misma manera que lo hacen los administradores y los jueces. No existe medio alguno para escapar a este destino que es, después de todo, el destino de los seres humanos: *ser libres*, es decir, no estar jamás *predeterminados totalmente por la reglas y los valores establecidos por los demás*. Estas reglas y valores deben, como mínimo, ser «interpretadas», pero la interpretación implica necesariamente un elemento de libertad, o lo que es igual, de *creatividad*.

En lo que respecta al problema de la *legitimidad*, creo que sea un error básico aplicar los mismos criterios que legitiman la legislación a las otras dos formas especiales de la actividad de gobierno: la administración y la jurisdicción. Buena parte de la actividad administrativa, aun cuando a menudo sea ampliamente discrecional, no está basada en el principio de la mayoría. ¿Es por ello necesariamente ilegítima o antidemocrática? En lo referente a la jurisdicción, su legitimidad depende de la *forma* de este tipo de adopción de decisiones: principalmente, *a)* su emanación de un organismo (relativamente) independiente e imparcial («aislamiento») y *b)* la necesidad

diciones de una sociedad dada, las demandas y aspiraciones particulares de dicha sociedad, sus estructuras y procesos políticos, el tipo de jueces que ha producido, etc.

¿Significa esto que no hay lugar para un análisis comparado que mediante el estudio de los problemas y soluciones, las transformaciones y tendencias de otras sociedades, pueda iluminar nuestra comprensión de los problemas y soluciones, las transformaciones y tendencias de nuestra propia sociedad?

de enfrentarse a «casos y controversias», lo que significa que, a diferencia del legislador o el administrador, el juez actúa sólo a instancia de parte («concreción») (véase *infra*, nota 7). En numerosos sistemas, aunque no en todos, existe un tercer elemento que caracteriza a la jurisdicción (y, con frecuencia, también a la administración): que la jurisdicción debe ser «permitida por la ley» en lugar de por elementos tales como la *equity*. Esto es parte de lo que en los países de Derecho civil se ha denominado «principio de legalidad» o *Rechtsstaatsprinzip*, o sea, el «imperio de la ley». Y como quiera que la ley se identifica a menudo con la legislación, la voluntad de la mayoría, que caracteriza a la legislación democrática, se convertiría así, en forma indirecta, también en un elemento de la jurisdicción legítima. Sin embargo, todos sabemos que la ley es, en cierta medida, un mito: que, como ya hemos dicho, debe ser interpretada y completada a fin de que se traduzca en acción real; que, en suma, la interpretación judicial, incluso la interpretación de las leyes escritas, es siempre, hasta cierto punto, también creación de derecho.

El problema real, pues, no es el de la legitimidad abstracta, sino el de las *restricciones concretas*. ¿Qué restricciones adopta un juez en un momento y un lugar concretos en su (inevitable) función de creador de derecho y de valores? Los «textos» escritos, el «Derecho natural», la «tradición», el «consenso general», la «idea de progreso», etc., aun cuando sean vagos, flexibles, contradictorios y, de cualquier forma, incompletos e insuficientes, pueden siempre ayudar a hacer que los valores creados por el juez, aunque sean inevitablemente personales, sean también *menos individuales y más sociales*, es decir, *más objetivos*. No se trata de un problema de impersonalidad, sino de relativa objetividad, de estar en contacto con la historia, la evolución, las necesidades, las tendencias y los ideales de la sociedad.

Para finalizar, diré que el enfoque de protección de valores parece ser a la vez inevitable y legítimo, mientras que el problema real, concreto, es un problema de *grado* o de *restricciones*. Lo es para la jurisdicción en general y lo es para el control judicial en particular. No se puede excluir a los jueces de «crear derecho», aunque esto tampoco excluye la posibilidad última de la anulación legislativa de la creación judicial de derecho. Y contrariamente a lo que el profesor Ely mantiene en *Discovering Fundamental Values*, anteriormente mencionado, esta posibilidad puede ser real no sólo frente a la jurisdicción normal, sino también —por medio de la reforma constitucional, aun cuando ésta se utilice raramente— frente a la jurisdicción constitucional. De esta forma, la última palabra en el terreno de la creación de valores pertenece a la voluntad mayoritaria, en el sentido que esta voluntad se expresa, de forma ordinaria o cualificada, tanto en la legislación ordinaria como en la reforma constitucional.

Admito que mi respuesta a esta pregunta será seguramente interesada, ya que el análisis comparado ha sido uno de mis intereses principales durante mi carrera profesional. Pero supongo que nadie encontrará difícil aceptar la frase, atribuida a Novalis (7), que afirma que la «comparación» es, a fin de cuentas, la base de toda comprensión. Y por otro lado, parece innegable que, a pesar y más allá de las numerosas y a menudo profundas diferencias, en las sociedades occidentales existe una herencia cultural esencialmente común, un compartir los valores básicos individuales y sociales y una similitud generalizada en la evolución de los enfoques relativos a los valores fundamentales. Los americanos no pueden quedar indiferentes ante la forma en que el «formidable problema» ha surgido y ha sido resuelto (o se ha intentado resolver) en Europa, y viceversa. El resultado final del análisis comparado podría ser incluso, y yo creo que lo es en este terreno, la comprensión de que ha aparecido una gran tendencia de convergencia en las sociedades occidentales. Los europeos, que antes se oponían firmemente al control de la legislación por los jueces, se están alejando con osadía (muchos pensarán que con demasiada osadía incluso) de esta tradición, mientras que sus hermanos americanos están ahora haciendo una pausa, por así decirlo, para «curarse las heridas» infligidas posiblemente por lo que a muchos aparece como un exceso de creación masiva de derecho a través de los tribunales (8).

2. EL EJEMPLO DE FRANCIA

En la Francia del *ancien régime*, los *Parlements*, es decir, los tribunales superiores, afirmaron su poder de controlar la conformidad de la legislación a las *lois fondamentales* no escritas del Reino (9). Los jueces de dichos tribunales, sin embargo, estaban tan profundamente imbuidos de valores anti-igualitarios y tan firmemente enraizados en las estructuras feudales de la Francia prerrevolucionaria, que su poder de control se ejercía de modo extremadamente abusivo e impopular. Dicho poder estaba considerado como una

(7) «Auf Vergleichen lässt sich wohl alles Erkennen, Wissen zurückföhren». NOVALIS: *Schriften*, Minord Ed., Jena, 1907, vol. 3, pág. 45, citado por K. ZWEIFERT y H. KÖTZ: *Einföhührung in die Rechtsvergleichung*, Mohr, Tubinga, 1971.

(8) Un meditado y autorizado ejemplo de esta preocupación en América es un reciente discurso de Dean Roger C. Cramton en honor de Kenneth Culp David. D. R. C. CRAMTON: *Judicial Lawmaking in the Leviathan State*, en «The Law Alumni Journal», otoño 1976, págs. 12-16.

(9) CAPPELLETTI: *Judicial Review...*, cit., págs. 33-34 y en las referencias allí apuntadas.

de las características más afrentosamente conservadoras del país. En nombre de vagos «principios» no escritos, aquellos jueces estorbaban y paralizaban reformas tan moderadas incluso como las que el rey y su corte estaban dispuestos a conceder y que habrían podido evitar la violenta explosión de la revolución «burguesa» (10).

Por esta razón, la Francia posrevolucionaria ha mostrado con insistencia una actitud rígidamente contraria al control judicial. Esta actitud había encontrado ya su conceptualización en la descripción que Montesquieu hacía de los jueces como meras «bocas de la ley», «seres inanimados» cuya única tarea debería ser la de aplicar de manera ciega, automática, carente de creatividad, la voluntad suprema de la legislación popular (11). Este concepto (la versión francesa de la «separación de poderes», que está muy lejos de la versión de los «frenos y contrapesos» que ha prevalecido en los Estados Unidos) ha sido traducido al lenguaje legislativo en el *Código napoleónico* (artículo 5). Desde entonces ha representado un dogma básico de la filosofía política y constitucional de Francia y, a través de este país, del resto de la Europa continental, hasta bien entrado nuestro siglo.

Durante las últimas décadas, sin embargo, buena parte de este «resto» de la Europa continental se ha ido apartando forzosa y abiertamente de este enfoque. Analizaré esta transformación en los próximos apartados. Por lo que se refiere a Francia, no debería sorprender que en dicho país —históricamente a la vanguardia en la reacción contra la actividad judicial abusiva— el apartamiento haya sido, por el contrario, muy cauteloso y gradual, casi a escondidas y sin ser admitido.

Tres episodios nos darán una idea de las enormes dificultades con que Francia se ha enfrentado para aceptar esta transformación que ha caracterizado buena parte de la vida constitucional europea durante los últimos treinta años aproximadamente. Al mismo tiempo, estos episodios son esclarecedores porque demuestran el tremendo atractivo que ejerce en nuestra época el control judicial. De hecho, enfrentándose contra una poderosa tradición, contra prejuicios profundamente enraizados y contra estructuras, procesos y principios que conspiran en su conjunto contra el *gouvernement des juges* (que es como los franceses etiquetan desdeñosamente todavía el control judicial) (12), también Francia está adoptando un sistema de control

(10) *Ibid.*, pág. 35.

(11) El Parlamento, como representante y voz del pueblo, estaba considerado como el mejor garante de los derechos fundamentales; el control de constitucionalidad de las leyes se consideraba como un problema político que pertenecía únicamente al Parlamento. *Ibid.*, págs. 35-36 y 54.

(12) La obra clásica acerca de esta actitud francesa es la de E. LAMBERT: *Le*

judicial, aunque poco a poco y de modo parcial y a menudo contradictorio. No cabe duda que el control judicial debe reflejar una necesidad profundamente sentida por las sociedades occidentales contemporáneas cuando el fenómeno que en otro lugar he descrito como la «explosión» del control judicial en la época posterior a la segunda guerra mundial (13) ha sido capaz de penetrar incluso en esta orgullosa nación, a pesar de la profunda hostilidad que tradicionalmente ha encontrado allí.

a) El primer episodio (14) está representado por una sentencia militar que en 1959 dictó el Conseil d'État, el tribunal administrativo supremo de Francia. La Constitución de De Gaulle (15) acababa de ser adoptada. Una de sus características básicas, incorporada como reacción tanto contra la debilidad del ejecutivo como contra las limitaciones de un régimen parlamentario resquebrajado y dominado por las facciones como era el régimen basado en la anterior Constitución de 1946, era la de limitar el poder legislativo del Parlamento. Abandonando la tradicional regla, todavía prevaliente en las demás naciones occidentales (16), de que el ámbito de la jurisdicción legislativa del Parlamento es potencialmente ilimitado, la Constitución de la V República limita esta jurisdicción estableciendo una lista de materias que son de su competencia (art. 34). Las demás materias son de competencia del *pouvoir réglementaire*, es decir, del poder legislativo autónomo del eje-

gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, Giard, Paris, 1921. Para una «versión americana» elaborada y reciente de esta concepción, cfr. R. BERGER: *Government by Judiciary*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1977.

(13) Cfr. CAPPELLETTI: *The Significance of Judicial Review of Legislation in the Contemporary World*, en *Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein*, Mohr, Tübinga, 1969, págs. 147 y 150-153.

(14) Para más información acerca de la transformación sumariamente analizada en el texto, cfr. M. CAPPELLETTI y W. COHEN: *Comparative Constitutional Law*, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1979, págs. 29-45. (Esta obra se abrevia en adelante: *Comparative*.)

(15) La Constitución francesa de 1958, aún vigente, puede ser leída en *Constitutions of the Countries of the World*, Oceana, Dobbs Ferry, N. Y., 1974.

(16) Véase, por ejemplo, mi informe al congreso de constitucionalistas franceses de Aix-en-Provence en 1977: *Loi et règlement en droit comparé: Partage de compétences et contrôle de constitutionnalité*, en *Le domaine de la loi et du règlement: L'application des Articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958*, Presses Universitaires, Aix-en-Provence, 1978, págs. 247-248. El principio del «monopolio legislativo» del Parlamento —que puede delegar, pero no comparte en su origen el poder legislativo con los demás poderes— se remonta a la Revolución liberal inglesa del siglo XVII y francesa del XVIII. Cfr. F. MAITLAND: *The Constitutional History of England*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1908, pág. 302, y W. ANSON: *The Law and Custom of the Constitution*, Clarendon, Oxford, 1886, parte 1, págs. 262-263 (reedición: Johnson Reprint Co., Nueva York, 1970).

cutivo (art. 37). Para mencionar sólo un ejemplo, en base a esta profunda transformación constitucional, a principios de los años setenta el poder ejecutivo pudo promulgar mediante decreto un nuevo Código de Procedimiento Civil, reemplazando así una de las cinco columnas de la codificación napoleónica santificada por una tradición cuya ancianidad era mayor de un siglo y medio.

La legislación por decreto, es útil recordarlo, se ha convertido en un poder autónomo, no delegado, del ejecutivo en las materias no incluidas en el artículo 34. El artículo 34, *lois* («legislación parlamentaria»), y el artículo 37, *règlements* («legislación ejecutiva»), han alcanzado igual fuerza y *status* en sus respectivos ámbitos. A la luz de cualquier criterio objetivo, los decretos mencionados no son actos administrativos sino legislativos. Por tanto, la aversión profundamente arraigada en Francia contra el control judicial de la legislación y el *gouvernement des juges* debería también aplicarse a ellos. De hecho, ésta era la teoría prevaleciente antes del hito marcado en 1959 por la sentencia del caso *Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils*, en la que el Conseil d'État estableció que, por el contrario, la legislación ejecutiva *está* sujeta al control judicial (17).

¿Cuáles son los criterios de tal revisión? No la conformidad de los *règlements* del ejecutivo a la legislación parlamentaria, ya que ambos legisladores son igualmente supremos en sus jurisdicciones respectivas. Más bien, el Conseil d'État se atribuyó a sí mismo el poder de verificar si la legislación del ejecutivo era conforme a una indefinida, o como mínimo vagamente definida, «ley superior»: los *principes généraux* contenidos en la *Déclaration des droits de l'homme* de 1789 o derivados de ella, los *Preambles* (o sea, los *Bills of rights*) de las Constituciones de 1946 y 1958 (18) y la (aún más vaga) «tradición republicana» (19). Pienso que comentar la enorme actividad que recayó sobre los jueces administrativos franceses en base a esta sentencia es totalmente superfluo (20). Con posterioridad a la sentencia

(17) Conseil d'État, sentencia de 26 de junio de 1959, *Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils*, cfr. DALLOZ: *Jurisprudence* (D. Jur.), 1959, pág. 541, y SIREY: *Jurisprudence* (S. Jur.), 1959, pág. 202.

(18) El preámbulo de la Constitución de 1958 que, a su vez, incorpora por referencia tanto el preámbulo de la Constitución de 1946 como la *Déclaration* revolucionaria de 1789, constituye el *bill of rights* francés.

(19) Cfr. CAPPELETTI: *Comparative...*, cit., págs. 38-42.

(20) Para comprender el punto de vista expuesto en el texto, puede servir de ayuda la terminología adoptada por el profesor THOMAS GREY: *Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought*, en «Stanford Law Rev.», núm. 30, 1978, págs. 843 y 844-847, y de forma más extensa

Syndicat Général, el Conseil d'État ha sido definido, no injustificadamente, como un verdadero «Tribunal Constitucional» (21). El control judicial de constitucionalidad de la legislación del ejecutivo ha venido, en realidad, de la mano de dicha sentencia, un resultado confirmado y consolidado desde entonces por una serie de decisiones posteriores de este intrépido alto tribunal de Francia (22).

en GREY: *Do we have an Unwritten Constitution?*, en «Stanford Law Rev.», núm. 27, 1975, pág. 703. Grey distingue entre un modelo de control judicial «puramente interpretativo» y otro «no interpretativo». El primero, «que ha recibido recientemente un insólito número de ratificaciones explícitas» por autores tales como Berger, Bork, Ely, Linde y otros, es el modelo originalmente defendido por Alexander Hamilton y el magistrado Marshall y más tarde apoyado por críticos del modelo no interpretativo como Learned Hand. Cfr. *Origins of the Unwritten...*, cit., págs. 845-846. Se puede definir de la manera siguiente: «... la jurisdicción constitucional legítima queda limitada a la aplicación de normas concretas deducibles de la Constitución escrita misma» (*ibid.*, pág. 846). El modelo no interpretativo, por otro lado, queda definido por Grey de diversas maneras: «La forma más pura de control no interpretativo, una forma virtualmente moribunda hoy día, invoca que los principios generales del gobierno republicano y la justicia natural de los derechos humanos limitan la autoridad legislativa sin que importen los términos de la Constitución escrita e incluso su existencia misma» (*ibid.*, pág. 844, n. 8). Las demás formas, que Grey describe como «formas sobrevivientes», tienen una característica común, ya que «todas reivindican alguna conexión con el texto constitucional» a pesar de que «su contenido normativo real no deriva de la letra de la Constitución, iluminada por la intención de quienes la elaboraron» (*ibid.*).

Obviamente, los jueces franceses no solamente han sobrepasado el modelo meramente interpretativo del control judicial, sino que han alcanzado la «forma más pura» de control judicial no interpretativo —la forma «moribunda» en América— cuando han decidido controlar la conformidad de la legislación del ejecutivo a «principios generales» y «tradiciones republicanas» vagos, indefinidos y casi siempre no escritos; principios y tradiciones creativamente «hallados» por los jueces mismos y defendidos como poseedores de rango legal superior. Un poco más tarde veremos que una transformación similar caracteriza la reciente jurisprudencia del Conseil Constitutionnel (véase *infra*, apartado 2, b); lo mismo puede decirse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que estudiaré más adelante en apartado 6, b). También esta jurisprudencia está basada en «principios generales» creativamente hallados por el Tribunal mismo y que forman lo que puede considerarse como un naciente *bill of rights* supranacional de escala europea, todavía no escrito.

(21) Cfr., por ejemplo, F. BATAILLER: *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*, Vançon, París, 1966.

(22) Cfr. CAPPELLETTI: *Comparative...*, cit., págs. 42-45. Hay que notar, sin embargo, que el Conseil d'État no ha asumido el poder de negarse a aceptar la legislación *parlamentaria*, aunque ha interpretado y redefinido dicha legislación de forma destinada a evitar conflictos con los principios de rango superior.

b) El segundo episodio (23) implica la legislación parlamentaria y su importancia es comparable a la del primero.

La sagrada tradición francesa de que los jueces, *meros intérpretes de la ley*, no deben nunca recusar la validez de la voluntad suprema del *Parlement* no quedó rota por la sentencia *Syndicat Général*, por lo menos no de forma directa. Pero la Constitución de 1958 incluía otra innovación. Estableció un nuevo organismo, denominado *Conseil Constitutionnel*, cuyo poder principal era, y continúa siendo, el de controlar la constitucionalidad de las proposiciones de ley aprobadas por el Parlamento pero aún no promulgadas por el presidente de la República. Esta forma de control, sin embargo, estaba limitada de tal forma que no representaba un verdadero peligro para la tradición arriba mencionada. En primer lugar, se trataba meramente de una forma de *supervisión*, limitada al corto período que transcurre entre la aprobación parlamentaria de una proposición de ley y su promulgación; una vez promulgado, un acto legislativo del Parlamento (*loi*) era (y, supuestamente, todavía es) absolutamente irrecusable por cualquier tribunal, incluido el *Conseil Constitutionnel*. En segundo lugar, la legitimación para atacar una *loi* aún no promulgada quedaba extremadamente restringida: sólo cuatro órganos políticos (el presidente de la República, el primer ministro y los presidentes de ambas Cámaras del Parlamento) estaban capacitados para interponer recurso ante el *Conseil*. En tercer lugar, algo quizá más importante: la totalidad de la filosofía que sirvió de fundamento al establecimiento del *Conseil Constitutionnel* tenía objetivos muy limitados. Se concebía el *Conseil* no como un tribunal constitucional cuya tarea debiera ser hacer ejecutiva la supremacía de la Constitución frente a la legislación ordinaria (parlamentaria), sino más bien como un mero «perro guardián» de las recién establecidas prerrogativas legislativas del ejecutivo, que quedarían así defendidas frente a las potenciales invasiones del Parlamento. La *raison d'être* explícita del *Conseil* era, pues, la de garantizar que el Parlamento no legislase nada fuera de las materias indicadas en el artículo 34, entrometiéndose así en la jurisdicción legislativa, o *pouvoir réglementaire*, del ejecutivo. En otras palabras, el nuevo *Conseil* estaba destinado esencialmente a evitar el resurgimiento de la histórica regla según la cual la jurisdicción legislativa del Parlamento es ilimitada (24).

(23) Para un análisis más detallado de esta transformación, cfr. CAPPELLETTI: *Comparative...*, cit., págs. 45-72, así como el excelente estudio de BEARDSLEY: *Constitutional Review in France*, en «*Sup. Ct. Rev.*», 1975, págs. 189 y 225-237.

(24) Cfr., por ejemplo, CAPPELLETTI: *Loi et règlements...*, cit., págs. 249. Desde un punto de vista general, podría ser interesante observar que la división de la autoridad legislativa, como en el caso del federalismo, lleva casi inexorablemente al

Tanto la segunda como la tercera de estas limitaciones estaban condenadas, sin embargo, a tener corta vida. En una sentencia extraordinariamente interesante de 1971 relativa a la libertad de asociación, el Conseil Constitutionnel cesó por primera vez de ser un mero perro guardián de las prerrogativas del ejecutivo, reclamando, por el contrario, para sí el poder y el deber de controlar la conformidad de las *lois* no promulgadas no sólo con los artículos 34 y 37, sino con la Constitución en general, incluyendo aquellos «principios generales» que poseen carácter constitucional y que, una vez más, pueden ser deducidos de las *Magnae Chartae* de la historia constitucional francesa y de la «tradición Republicana» (25). Desde 1971, este sensacional *revirement* ha quedado confirmado varias veces (26); y en la actualidad la «supervisión» por el Conseil Constitutionnel de la conformidad de la legislación parlamentaria con los *droits fondamentaux de l'homme* (tanto escritos como no escritos) constituye una característica consolidada del sistema legal francés. Es un elemento análogo al control de la legislación del ejecutivo por el Conseil d'État desde 1959, aun cuando hay que admitir que tiene un alcance mucho más limitado ya que está restringido al período anterior a la promulgación (27).

El cambio que se produjo en 1971 no fue el único. Tres años más tarde, en Francia se aprobó una enmienda de la Constitución destinada a aliviar las restricciones a la legitimación para interponer recursos. Desde 1974, además de los cuatro órganos arriba mencionados, también está legitimada para interponer recurso de supervisión judicial una minoría parlamentaria de sesenta miembros de cada Cámara (28). Está claro que en las últimas dos décadas Francia se ha hecho cada vez menos inmune a la casi universal fascinación por el control judicial.

c) Los episodios mencionados hasta ahora han establecido el poder de control judicial en dos tribunales *especiales*: el Conseil d'État (y, en general, los tribunales administrativos) y el Conseil Constitutionnel. Sin embargo, los tradicionalistas pueden aún proclamar (y de hecho lo proclaman) que el

control judicial y que, como veremos, una vez que la institución ha tomado pie tiene tendencia a extenderse (véase *infra*, apartados 6 y 7).

(25) Cfr. Conseil Constitutionnel, sentencia de 16 de julio de 1971, en «Journal Officiel», 18 de julio de 1971, así como el notable comentario hecho por un importante constitucionalista francés, el profesor Duverger, en «Le Monde» de 7 de agosto de 1971, en el que invoca abiertamente el abandono de prejuicios con siglos de antigüedad y la adopción sin reservas de la doctrina *Marbury* en Francia.

(26) Cfr. las principales sentencias en su versión inglesa en CAPPELLETTI: *Comparative...*, cit., págs. 55-72.

(27) Cfr. la nota 20.

(28) Artículo 61 de la Constitución, según quedó enmendada en 1974.

núcleo de la idea básica aún no ha sido tocado: los jueces *ordinarios* (todos los jueces y tribunales «reales» de Francia, *l'Ordre Judiciaire*) permanecen inmunes a la gran enfermedad. ¡Con sólo estas dos excepciones, el gobierno de los jueces está todavía firmemente prohibido en suelo francés!

A este punto, sin embargo, debemos tomar en consideración un tercer episodio. Es posible que se demuestre que este nuevo elemento, todavía no tan firmemente consolidado o tan exactamente articulado como los otros dos, ha dado inicio al más letal de los ataques: el dirigido al núcleo mismo de la idea básica mencionada.

En 1975, el tribunal supremo de Francia, la Cour de Cassation, celebró una sesión con su más solemne y amplia composición, la Chambre Mixte, para decidir, en relación al caso *Administration des Douanes versus Société Cafés Jacques Vabre*, una cuestión nueva y crucial: si los jueces franceses deberían negarse a aplicar una *loi* francesa debidamente promulgada, posterior a las leyes de la Comunidad Económica Europea pero en contradicción con ellas (29).

El artículo 55 de la Constitución francesa establece que «los tratados o convenios [internacionales] debidamente ratificados o aprobados poseen, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, con la reserva, en cada convenio o tratado, de su aplicación por las otras partes». De aquí que una teoría presentada ante el tribunal que juzgaba el caso Cafés Jacques Vabre señalaba que la no aplicación por los jueces de la legislación francesa debido a su contradicción con las leyes derivadas de los tratados internacionales (en particular con los tratados que establecían las Comunidades Europeas) sería equivalente al control judicial de *constitucionalidad* de la legislación. De hecho implicaría (continuaba la argumentación) el control de una posible violación parlamentaria del artículo 55 de la Constitución.

Sin embargo, el tribunal evitó el fantasma del control judicial y del *gouvernement des juges*. La Cour de Cassation sentenció en el caso Cafés Jacques Vabre que los jueces (todos los jueces de Francia) estaban obligados sin duda a no aplicar la legislación francesa cuando estuviese en contradicción con los tratados internacionales en general y con las leyes de la Comunidad en particular. Sin embargo, el tribunal tuvo buen cuidado en proclamar, mediante su *Procureur Général*, que esto no es una forma de control

(29) Court de Cassation, Chambre Mixte, sentencia de 24 de mayo de 1975, *Administration des Douanes versus Société Cafés Jacques Vabre, S. A.*, en «D. Jur.», 1975, pág. 497. Versión inglesa en CAPPELLETTI: *Comparative...*, cit., págs. 156-168 (incluyendo citas de las importantes consideraciones sometidas al Tribunal por el procurador general, A. Touffait).

judicial de constitucionalidad de las leyes, sino que es una *mera* interpretación, típica función de los jueces. Es función natural del juez, continuaba la argumentación, aplicar una ley que posea «mayor autoridad» en lugar de una ley inferior que la contradiga y las leyes de la Comunidad (y, en general, los tratados internacionales) son leyes superiores, *aun sin ser* leyes de rango constitucional (30).

Es suficiente formular esta argumentación para ver su clara analogía, tan laboriosamente negada, con la doctrina *Marbury* (31). También el presidente del Supremo, Marshall, al igual que el tribunal supremo francés, intentó minimizar (esconder, incluso) el control judicial reduciéndolo al nivel de mera interpretación (32). La historia ha demostrado, sin embargo, que esta minimización, correcta quizá a nivel de teoría abstracta, es totalmente incapaz de eliminar el «formidable problema». El control judicial no constituye una «mera» interpretación (33) por la simple razón que cuanto más

(30) Cfr. CAPPELLETTI: *Comparative...*, cit., págs. 161-163 y los comentarios de la pág. 169.

(31) *Ibid.*, pág. 169.

(32) «Es absolutamente la jurisdicción y el deber de la administración de justicia definir el contenido de la ley. Quienes aplican las normas a los casos particulares deben necesariamente *elucidar e interpretar* dichas normas. Si dos leyes se contradicen la una a la otra, los Tribunales deben decidir la validez de cada una de ellas... Esto forma parte de la esencia misma de la función judicial». *Marbury versus Madison*, 1 Cranch, 1803, págs. 137 y 177-178 (los subrayados son míos). La idea ya había sido subrayada por ALEXANDER HAMILTON: *El Federalista*, núm. 78: «La interpretación de las leyes es la función propia y específica de los Tribunales. Los jueces consideran a la Constitución, de hecho, como una ley fundamental y así debe ser. Por tanto, es su función *establecer* su significado, así como el significado de todo acto específico procedente del poder legislativo. Si se produjera una variación irreconciliable entre ambas leyes, será necesario elegir aquella que posea una obligación y validez superiores...» (los subrayados son míos).

(33) Analizando las cláusulas del *bill of rights* y de la 14.^a Enmienda de la Constitución americana desde el punto de vista judicial, el juez Learned Hans escribió: «Aquí, la historia es sólo una débil luz ya que estas importantes normas estaban destinadas a responder a problemas futuros no imaginados y no imaginables. El proceso seguido para aplicarlas no se puede definir como interpretación ni siquiera en el más amplio sentido de esta palabra... Se trata de avisos para prevenirse contra los excesos de las facciones y los primeros signos de despotismo. Las respuesta a las preguntas que plantean requieren la evaluación y medición de valores humanos que no son cuantificables». LEARNED HAND: *The Contribution of An Independent Judiciary to Civilization*, en HAND: *The Spirit of Liberty* (Dilliard, comp.), Hamilton House, Londres, 1954, págs. 160-161. (Naturalmente las conclusiones que Learned Hand sacaba de las observaciones anteriormente transcritas eran muy diferentes, al menos en lo que se refiere a la actividad de los jueces, de aquellas a las que apunta la filosofía del presente artículo; cfr. *ibid.*, pág. 169.)

alto sea el rango de una «ley superior» su vaguedad tenderá a ser mayor, requiriendo, por tanto, un grado siempre mayor de actividad o creatividad judicial para su «interpretación» (34).

Las implicaciones de la sentencia dictada en 1975 por el más alto tribunal ordinario de Francia tienen un alcance extremadamente amplio. Sin duda, la doctrina se refiere a las leyes derivadas de tratados internacionales. Pero este concepto, a la luz de las autorizadas palabras del *Procureur Général*, es con seguridad extensible a las leyes comunitarias en general. Esto significa que la doctrina del tribunal no se limita a las normas comunitarias «primarias» (los tratados, incluyendo el amplio Tratado de la Comunidad Económica Europea), sino que incluye también el dilatado y creciente cuerpo de normas comunitarias «secundarias», que son promulgadas por los órganos comunitarios y que en virtud del artículo 189 del Tratado de la CEE y de otras cláusulas de dicho Tratado tienen efectos directos sobre cada uno de los Estados miembros (35). Pero hay algo más importante: el amplio concepto de leyes derivadas de los tratados internacionales debe incluir la Convención Europea de Derechos Humanos, un verdadero y totalmente exhaustivo *bill of rights* supranacional que ha sido ratificado por casi todos los veintidós países de Europa occidental, incluida Francia que ratificó la Convención en 1974. Así, pues, una interpretación coherente de la sentencia Cafés Jacques Vabre conduce a una conclusión que no es menos importante por ser paradójica. En base a la tradicional no aceptación del control judicial de constitucionalidad de las leyes (parlamentarias), las *lois* francesas, una vez promulgadas, no están sujetas al control de los tribunales; son inatacables y supremas, independientemente de que violen los textos constitucionales franceses y, en particular, los sagrados textos y tradiciones franceses sobre los *droits de l'homme*. Desde el caso Cafés Jacques Vabre, sin embargo, esta prohibición básica ya no puede obligar a los jueces de Francia cuando la legislación francesa esté en contradicción no ya con los textos y tradiciones franceses, sino con un *bill of rights* de carácter supranacional, la Convención Europea de Derechos Humanos (36).

(34) Cfr. *infra* apartado 7.

(35) En favor de la precisión, hay que mencionar que el efecto directo queda limitado, naturalmente, a aquellos preceptos comunitarios que imponen obligaciones claras, precisas e incondicionales. Cfr. la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Caso 41/74, *Yvonne van Duyn versus Home Office*, en «E. C. R.», 1974, págs. 1337-1354, o en «C. M. L. R.», 1975, núm. 1, págs. 1-9 (consideraciones del abogado Mayras).

(36) Cfr. CAPPELLETTI: *Comparative...*, cit., pág. 170 (nota); cfr. también, por ejemplo, J. FOYER y D. HOLLEAUX: *Comment*, en «Revue Critique de Droit Interna-

Es difícil prever si esta paradójica conclusión será o no sostenible en un país tan orgulloso de su historia nacional, autonomía e imagen. El hecho es, sin embargo, que en este momento los jueces franceses parecen estar muy lejos de la concepción de Montesquieu de unos *êtres inanimés*. Como ha dicho vigorosamente una de las principales autoridades francesas en la materia, en la actualidad «la sustitución de la voluntad del Parlamento por la voluntad de un grupo no responsable que introduce sus propias preferencias dentro del marco flexible de las fórmulas constitucionales, ha dejado de ser un mito y se ha convertido en una posibilidad» (37). El control judicial de la legislación parlamentaria, impedido de entrar por la puerta principal de la Constitución *nacional*, ha entrado, de hecho, a través de la amplia ventana de un *bill of rights supranacional*. En lugar de ser evitado, el control judicial ha quedado de esta forma amplificado en un cierto sentido, ya que

tional Privé», núm. 65, 1976, págs. 351-361; A. DRZEMCZEWSKI: *The Domestic Status of the European Convention on Human Rights: New Dimensions*, en *Legal Issues of European Integration*, Kluwer, Holanda, 1977, págs. 33-35; RESS: *Der Rang völkerrechtlicher Verträge nach französischem Verfassungsrecht*, en «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», núm. 35, 1975, págs. 445-501.

El 5 de diciembre de 1978, la Cour de Cassation basó su decisión de anular la sentencia de un tribunal de apelación inferior, entre otras cosas en los artículos 6 y 13 de la Convención Europea, reconociendo así la aplicabilidad directa en Francia de la Convención. Cfr. Cour de Cassation, Chambre Criminelle, sentencia de 5 de diciembre de 1978, en «D. S., Jur.», 1979, pág. 50. En una nota que comenta esta «innovadora» sentencia, un jurista francés escribe que «un nuevo elemento ha intervenido en nuestra legislación..., es decir, la ratificación de la Convención Europea... que posee fuerza de ley en Francia desde... 1974 y que, en base al artículo 55 de la Constitución de 4 de octubre de 1958, posee una autoridad superior a la de la legislación interna». S. KEHRING: *Note*, en «D. S. Jur.», 1979, págs. 50-51.

Aunque la Cour de Cassation y los tribunales ordinarios franceses han comenzado a considerar la Convención Europea de Derechos Humanos como superior al ordenamiento interno, los tribunales administrativos todavía parecen considerar que las *lois* francesas posteriores prevalecen sobre las normas de la Convención que estén en contradicción con ellas. Cfr. A. DRZEMCZEWSKI: *The European Human Rights Convention and French Law: Recent Developments*, en «Rivista di Diritto Europeo», núm. 18, 1978, págs. 299-302. Por otro lado, la doctrina contenida en la sentencia de 1975 de la Court de Cassation ha sido explícitamente afirmada, con abiertas referencias a la Convención Europea de Derechos Humanos, por la Cour de Sûreté de l'État en 1976. Cfr. Cour de Sûreté de l'État, sentencia de 6 de mayo de 1976, en «Revue Générale de Droit International Public», 1977, págs. 897-898. Cfr. también F. A. MANN: *Britain's Bill of Rights*, en «Law Quarterly Review», núm. 94, 1978, págs. 512-532, así como los núms. 84 y 85 de esta revista.

(37) El profesor J. Rivero, de la Universidad de París, en «A. J. D. A.», 1976, II, Jur., pág. 134 (nota).

se ha convertido en *control judicial supranacional* (38). Y el «formidable problema» se hace aún más formidable: los jueces franceses no sólo tendrán que enfrentarse al desafío inherente a todo tipo de creatividad judicial, sino al nuevo e insólito desafío a la creatividad representado por un documento no nacional, así como al desafío aún mayor de tener que coordinar su propia creatividad con la de las demás jurisdicciones supranacionales, como son algunos organismos del Consejo de Europa (Comisión y Tribunal de Derechos Humanos) con sede en Estrasburgo.

3. LOS EJEMPLOS AUSTRIACO, ALEMÁN E ITALIANO

La resistencia contra él «gobierno de los jueces», tan fuerte en Francia, también se ha manifestado, y todavía se manifiesta, en otros lugares del continente. Varios países (de hecho un número creciente de ellos) también han capitulado últimamente a la fascinación de la institución «intrusa».

Austria fue el primero que introdujo en 1920 un innovador Tribunal Constitucional con poderes para controlar la constitucionalidad de las leyes. El Tribunal fue abolido en los años treinta por el régimen dictatorial, ya que ningún gobierno totalitario se ha mostrado dispuesto a tolerar un sistema efectivo de control judicial. La institución de 1920 fue, sin embargo, rápidamente restablecida en 1945 (39). La República Federal Alemana e Italia hicieron lo mismo una vez acabada la trágica segunda guerra mundial (40). Estos países abiertamente profesaron ver en sus Tribunales Constitucionales, y en especial en la función principal de los Tribunales de controlar la constitucionalidad de las leyes, un instrumento de fundamental importancia para protegerse a sí mismos contra el retorno del mal: los horrores de la dictadura y la consiguiente conculcación de los derechos humanos fundamentales por legisladores serviciales a los regímenes opresores (41). De hecho, se esperaba que jueces independientes, como los nombrados para los recién establecidos Tribunales Constitucionales, actuaran como elementos estabilizadores que protegieran la libertad en una época de turbulencias. Desde el punto de vista de quienes elaboraron las nuevas Constituciones, la «justicia constitucional» (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) se convirtió en la «co-

(38) Cfr. CAPPELLETTI: *Giustizia costituzionale sopranazionale*, en «Rivista di Diritto Processuale», núm. 33, 1978, págs. 1-32.

(39) Cfr. CAPPELLETTI: *Judicial Review...* cit., págs. 46-47 *et passim*.

(40) *Ibid.*, pág. 50 *et passim*.

(41) Cfr. CAPPELLETTI: *The Significance...*, cit. (en nota 13), págs. 150-151 y 158-159.

ronación» definitiva del imperio de la ley y, por tanto, en el desarrollo más avanzado de un Estado realmente democrático y de libertades civiles.

La influencia de los Tribunales Constitucionales en estos tres países europeos ha sido notable y, como generalmente se reconoce, muy positiva (42). Centenares de sentencias son pronunciadas cada año por estos Tribunales sobre la constitucionalidad de las leyes, casi siempre en conexión con procesos concretos que esperan su resolución en tribunales inferiores, y ninguna de las tres graves limitaciones que tenía impuestas (y, en parte, aún tiene) el Conseil Constitutionnel francés (véase anteriormente, 2, b) restringen los amplios poderes de control de estos Tribunales. En Alemania e Italia especialmente, y en grado algo menor también en Austria, la actividad de los Tribunales Constitucionales ha sido muy extensa, en especial, como podía esperarse, en el terreno de los derechos humanos. Para poner un ejemplo, señalaré que estos tres Tribunales Constitucionales han intervenido valerosa y casi contemporáneamente en controversias tan apasionadas como la de la constitucionalidad de la legislación sobre el aborto; de hecho, lo mismo puede decirse del Conseil Constitutionnel francés (43). Los resultados de estas intervenciones han sido a veces totalmente diferentes de un país a otro. En el problema del aborto, por ejemplo, mientras que los Tribunales francés y austriaco afirmaron la nueva legislación liberalizadora y el italiano anuló en parte una vieja ley conservadora, el Tribunal alemán adoptó un enfoque conservador y rechazó una nueva ley destinada a liberalizar el aborto. Lo que es común de todas estas sentencias, sin embargo, y lo que nos recuerda las transformaciones similares y también casi contemporáneas en los Estados Unidos, es el tema del activismo judicial. Por primera vez en la historia humana, pienso yo, los jueces de diversos países, enfrentados a graves problemas que implican aspectos sociales, morales, políticos y religiosos de inmenso significado y de naturaleza extremadamente polémica, han decidido intrépidamente que es su deber buscar entre la penumbra de las constituciones juicios de valor y pautas relativos a estos problemas. Francamente, dudo que los comentaristas estén justificados en alarmarse ante estas decisiones (44). Más bien, la

(42) Un estudio de dicha influencia en diversos terrenos de los derechos fundamentales se encuentra en CAPPELLETTI: *Comparative...* cit., capítulos VI-XII.

(43) Las sentencias de los cuatro tribunales se pueden encontrar en traducción inglesa en CAPPELLETTI: *Comparative...*, cit., *passim*.

(44) Pero cfr., por ejemplo, ELY, *op cit.* El título dado por el profesor Ely a su artículo sobre *Roe versus Wade* se refiere al hecho de que, según él, los comentaristas han estado injustificadamente afirmando durante tanto tiempo que el Tribunal, especialmente presidido por Warren, había regresado al estilo de *Lochner versus New York*, 198 U. S., 1905, pág. 198, que cuando el Tribunal regresó realmente en el caso relativo al aborto, a los comentaristas no se les creyó.

búsqueda emprendida por estos Tribunales representa un reconocimiento extremadamente serio de que los aspectos básicos de fenómenos de enorme importancia para la vida humana como es el del aborto —o el del tratamiento igual de hombres y mujeres, el divorcio, la pobreza y la serie de «derechos sociales» nuevos que caracterizan al moderno *welfare state*— ya no pueden quedar por más tiempo fuera del alcance de las constituciones. Las constituciones tienen una vida propia e incluso las constituciones con mayor solera no pueden cerrarse como torres de marfil, aparte del hecho de que sus redactores no tenían conocimiento de los problemas que están surgiendo en las sociedades modernas (e incluso de aquellos problemas que sólo ahora están siendo totalmente reconocidos por la sociedad). Creo que sea ésta la función final de la jurisdicción constitucional: mantener viva la Constitución. Como dijo muy adecuadamente un importante estudioso francés del Derecho, comentando la sentencia sobre el aborto del Conseil Constitutionnel, el dilema del control judicial, en vista de las estipulaciones vagas, imprecisas y a menudo mudas de las constituciones, es el de ser valientemente creativos o completamente ineficaces (45).

4. EL EJEMPLO EUROPEO

a) *La «Pequeña Europa» de los Nueve*

El surgimiento de una dimensión supranacional del control judicial, fenómeno que ya hemos visto reflejado en una reciente sentencia de la Cour de Cassation de Francia (véase anteriormente, 2, c), se está convirtiendo en realidad en una mutación de proporciones continentales (46).

En primer lugar, desde la famosa sentencia de 1964 *Costa versus ENEL*

(45) RIVERO, *op. cit.*

(46) A fin de completar esto, habría que añadir que, en el ordenamiento legal de las Comunidades Europeas, el control judicial de la legislación se manifiesta al menos en tres aspectos. El Tribunal Europeo de Justicia tiene jurisdicción para controlar la validez de la legislación supranacional (leyes comunitarias «secundarias») que emana de los órganos comunitarios. Cfr., en especial, los artículos 173, 174, 184 y 177, b del Tratado de la CEE. Además, el Tribunal puede controlar la legislación nacional de manera indirecta, es decir, cuando la Comisión de las Comunidades Europeas u otro de los Estados miembros recuse dicha legislación como violadora de las obligaciones del Tratado. Cfr., en especial, los artículos 169 y 170 del Tratado de la CEE. El tercer aspecto, el más interesante para nuestros propósitos, se estudia en el texto.

del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (47), las leyes comunitarias, tanto primarias como secundarias, han sido consistentemente proclamadas por este Tribunal como preeminentes tanto frente a las leyes nacionales anteriores como a las posteriores (incluyendo también las leyes constitucionales nacionales) (48). Esta *doctrina de la supremacía* constituye manifiestamente la característica de una forma europea de federalismo que está surgiendo lentamente; al principio se le opuso una tremenda resistencia, pero al final ha sido aceptada por lo menos por todos los Estados miembros originales: Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux (49). Claramente, esta doctrina trae consigo un nuevo sistema supranacional de control judicial. Todos los jueces nacionales están capacitados, es más, obligados, a controlar la conformidad de las leyes nacionales con las leyes comunitarias y a negarse a aplicar las primeras cuando consideren que violan la ley «superior» comunitaria aplicable en el caso que se juzga (50). Este sistema de control judicial supranacional, en el que la ley comunitaria asume una función análoga a la de la ley federal respecto a la estatal en los Estados Unidos, está reforzado por la posibilidad y, en ciertos casos, la obligación que tienen los Tribunales nacionales de remitirse al Tribunal Europeo de Justicia de Luxemburgo para obtener una resolución vinculante acerca de la interpretación de las normas legales comunitarias que tengan relación con el caso (51). Y, de forma similar a los fallos del Tribunal Supremo de los

(47) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso 6/64, *Costa versus ENEL*, en «E. C. R.», 1964, pág. 585, y en «C. M. L. R.», 1964, pág. 425; incluido en CAPPELLETTI: *Comparative...*, cit., págs. 117-127, con las importantes conclusiones presentadas por el abogado M. Lagrange, págs. 127-130.

(48) Cfr., por ejemplo, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH versus Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, en «E. C. P.», 1970, pág. 1125, y en «C. M. L. R.», 1972, pág. 255; incluido en E. STEIN, P. HAY y M. WAELBROECK: *European Community Law and Institutions in Perspective*, Bobbs-Merril, Indianápolis, 1976, págs. 278-280.

(49) Para una descripción de esta transformación, cfr. *ibid.*, págs. 214-242.

(50) Cfr. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato versus Simmenthal, SpA* (núm. 2), en «E. C. R.», 1978, pág. 629, y en «C. M. L. R.», 1978, pág. 263. El Tribunal decidió en este caso que si se producía una contradicción entre la ley nacional y la de la Comunidad, los tribunales nacionales deben aplicar la ley comunitaria sin esperar que un procedimiento nacional determine la inaplicabilidad de la ley nacional. El Tribunal Constitucional italiano había dispuesto con anterioridad que este tipo de conflictos fueran pasados primero a su jurisdicción a fin de declarar la inconstitucionalidad de la ley nacional que violase la ley comunitaria.

(51) Artículos 177 del Tratado de la CEE, 150 del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA) y 41 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA).

Estados Unidos, este fallo posee un efecto jurisprudencial *erga omnes*, por lo que representa un poderoso instrumento para llegar a una interpretación uniforme de las leyes comunitarias a lo largo de los nueve Estados miembros (52).

En segundo lugar, incluso los tres nuevos Estados miembros de la Comunidad (el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca) han sido afectados por la veterana doctrina de la supremacía (53). Esta doctrina no debería representar un grave problema para estos dos últimos países, en los que, al contrario que en el primero, existe una tradición que reconoce la jerarquía de las normas y el poder de los tribunales irlandeses y daneses, o al menos de algunos de ellos, para controlar la conformidad de las leyes inferiores a las superiores (54). Pero el problema, que aún no ha sido resuelto a través de decisiones de los altos tribunales, es muy grave y ardientemente debatido en el primero de los tres nuevos miembros (55). El más básico principio

Para un análisis breve, aunque penetrante, del paralelismo entre el federalismo estadounidense y las transformaciones constitucionales de la Comunidad, cfr. CASPER: *The Emerging Constitution of the European Community*, en «The Law School Record-University of Chicago», núm. 24, 1978, pág. 5.

(52) La doctrina predominante es que los Tribunales de todos los Estados miembros están obligados a adoptar la interpretación de las leyes comunitarias establecida por el Tribunal Europeo o someter nuevamente la cuestión al Tribunal para obtener un nuevo fallo. Cfr. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, casos conjuntos 28-30/62, *Da Costa en Schauke N. V.*, *Jacob Meijer N. V.* y *Hochts-Holland N. V. versus Nederlandse Belastingadministratie*, en «E. C. R.», 1963, pág. 31, y en «C. M. L. R.», 1963, pág. 224.

(53) Cfr. el análisis de E. STEIN, P. HAY y M. WAEBROECK, *op. cit.*, págs. 96-102 y 242-261.

(54) Cfr. CAPPELLETTI: *Judicial Review...*, cit., págs. 49 y 59. Acerca de la tradición del control judicial en Irlanda, cfr. J. M. KELLY: *Grafting Judicial Review onto a System Founded on Parliamentary Supremacy: The Irish Experience*, Documento I. U. E. 174/78, European University Institute, Human Rights Colloquium, Florencia, 14-17 de junio de 1978, y J. M. KELLY: *Fundamental Rights in the Irish Law and Constitution*, Allen Figgis Co., Dublín, 2.ª ed., 1967, págs. 15-36. Sobre la posición constitucional de Irlanda y Dinamarca respecto a las leyes comunitarias, cfr. LANG: *Legal and Constitutional Implications for Ireland of Adhesion to the EEC Treaty*, en «C. M. L. Review», núm. 9, 1972, pág. 167, y DUE y GULDMANN: *Constitutional Implications of Denmark's Accession*, en «C. M. L. Rev.», núm. 9, 1972, página 256.

(55) Aparte de los análisis efectuados en CAPPELLETTI: *Comparative...*, cit., páginas 132-145, cfr., por ejemplo, G. WINTERTORN: *The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Re-examined*, en «Law Quarterly Rev.», núm. 92, 1976, pág. 591; J. P. WARNER: *The Relationship Between European Community Law and the Laws of Member States*, en «Law Quarterly Rev.», núm. 93, 1977, págs. 349 y 364-366; J. D. B. MITCHELL: *Sed Quis Custodiet Ipsos Custodes?*, en «C. M. L. Rev.», núm. 11,

constitucional de Inglaterra, su *Grundnorm* (56), es desde hace mucho tiempo la ilimitada supremacía del Parlamento, cuyo corolario está representado por el más rígido rechazo de cualquier tipo de poder judicial para controlar la legislación parlamentaria. Naturalmente, el European Communities Act de 1972 (57), que marcó la entrada del Reino Unido en las Comunidades Europeas, afirma la voluntad de este país para aceptar el principio de la aplicabilidad directa de las leyes comunitarias [Sección 2 (1)] y, en general, para hacer suya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia (lo que sin duda incluye la doctrina de la supremacía) (Sección 3). Asimismo, el mencionado Act parece hacer ciertos esfuerzos verbales para obligar incluso a los futuros legisladores ingleses a adecuarse a las leyes comunitarias [Sección 2 (4)]. Pero si no se abandona la *Grundnorm* británica, el Parlamento actual no podrá restringir la voluntad de cualquier futuro Parlamento, lo que constituye claramente un principio incompatible con la idea central del federalismo, es decir, la imposibilidad de que las leyes del Estado sustituyan a las leyes federales promulgadas válidamente.

El resultado final de este importante debate que se está produciendo en el Reino Unido dependerá, creo, no tanto de las transformaciones legales como de aquellas políticas (58). Por un lado, el rechazo de este país para aceptar la doctrina de la supremacía pondría en peligro la participación incluso de dicho país en la Comunidad. Si, por el contrario, el Reino Unido llegase a adoptar esta doctrina, significaría que gracias a ello una nueva forma de control judicial estaba siendo adoptada por una nación que, aún más rigurosamente que Francia, se ha propuesto rechazar todo tipo de control judicial, al menos desde su «Revolución Gloriosa» en 1688.

b) *La «Gran Europa» de los veintiuno*

Nuevas formas supranacionales de control judicial están penetrando no sólo en la «Pequeña Europa» de los nueve, sino también en la «Gran

1974, pág. 351; H. R. WELSH: *European Economic Community Law: A Doctrinal Dilemma*, en «Texas Law Rev.», núm. 53, 1975, pág. 1032, y F. A. TRINDADE: *Parliamentary Sovereignty and the Primacy of European Community Law*, en «Modern Law Rev.», núm. 135, 1972, pág. 375. La extensión de esta discusión ha alcanzado proporciones tales que ha dado lugar a una sustancial correspondencia en «The Times», de Londres, en abril de 1978 por parte de numerosos estudiosos británicos.

(56) Cfr. WINTERTORN: *The British...*, cit.

(57) *European Communities Act 1972*, c. 68.

(58) Sobre los diversos aspectos de la «decadencia», durante los últimos años, de la supremacía del Parlamento en el Reino Unido, cfr., por ejemplo, KOOPMANS: *Legislature...*, cit., págs. 319-322.

Europa» de los (por ahora) veintiún miembros del Consejo de Europa, desde Islandia a Chipre y desde Suecia a Portugal (59).

El más importante resultado del Consejo de Europa es la Convención Europea de Derechos Humanos (60). En relación a esta Convención, señalaré sólo dos aspectos relacionados con nuestros propósitos:

a) A diferencia del Derecho comunitario, la jurisdicción supranacional representada por la Convención no ha desarrollado doctrina alguna acerca de la aplicabilidad directa y la supremacía. Por tanto, cada Estado miembro aplica su propio enfoque general acerca de los efectos de los tratados internacionales en sus propios sistemas nacionales. Como consecuencia, los efectos de la Convención (61) son máximos en países como Austria y Holanda, donde se acepta que las leyes derivadas de tratados internacionales tienen la misma fuerza, e incluso mayor, que las leyes constitucionales nacionales, y mínimos en países como el Reino Unido y las naciones escandinavas. En estos últimos países, a la Convención no se le reconocen efectos directos, por lo que no puede ser invocada como ley vinculante ante los tribunales nacionales. Una posición intermedia es la ocupada por países como Bélgica y, si el ejemplo *Cafés Jacques Vabre* se lleva a sus lógicas consecuencias, Francia, donde las leyes derivadas de tratados internacionales poseen una fuerza superior a la de la legislación ordinaria nacional, pero sin que posean un *status* constitucional o supraconstitucional. También ocupando una posición intermedia se encuentran Alemania e Italia, donde, aparentemente la Convención es aplicable directamente pero con un *status* igual al de las leyes ordinarias nacionales, por lo que es susceptible de ser anulado por leyes nacionales posteriores (62).

Como indica este amplio espectro, existen algunos países europeos al menos, aparte de Francia [véase anteriormente, 2 c)], en los que la Conven-

(59) De los veintidós Estados de Europa occidental, sólo Finlandia no es un Estado miembro.

(60) La Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales fue firmada en Roma en 1950 y pasó a ser vigente en 1953. Puede ser consultada en «European Treaty Series», núm. 5, 1950. Ha habido varios Protocolos posteriores a la Convención: Protocolo 1, en «European Treaty Series», núm. 9, 1952; Protocolo 2, en «European Treaty Series», núm. 44, 1963; Protocolo 3, en «European Treaty Series», núm. 45, 1963; Protocolo 4, en «European Treaty Series», núm. 46, 1963, y Protocolo 5, en «European Treaty Series», núm. 55, 1966.

(61) Es decir, de las normas «autoejecutivas» de la Convención, lo que incluye la mayor parte de la primera sección de la Convención, que define los «derechos y libertades» que la Convención está destinada a proteger.

(62) Cfr. CAPPELLETTI: *Comparative...*, cit., pág. 145, y A. DRZEMCZEWSKI: *The Domestic...* cit., *passim*.

ción, al ser a la vez directamente aplicable y superior a la legislación nacional ordinaria (o incluso constitucional), representa la fuente de un nuevo sistema de control judicial «supranacional». Los comentarios que hice a propósito de Cafés Jacques Vabre podrían, por tanto, repetirse aquí en relación a otras naciones europeas.

b) El segundo aspecto es aún más sorprendente. A diferencia de otros documentos, como es el de la Declaración de Derechos Humanos hecha en 1948 por las Naciones Unidas (63), la Convención Europea ha sido acompañada por una importante maquinaria para su ejecución, que incluye la Comisión y el Tribunal de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo (64). Quizá la característica más innovadora sea, sin embargo, la «cláusula optativa» del artículo 25 de la Convención, mediante la cual los signatarios pueden aceptar una profunda ampliación de los legitimados para interponer recursos ante la Comisión de Derechos Humanos (y posiblemente, a través de la Comisión, incluso ante el Tribunal) (65). Trece de los veintinueve países han adoptado hasta ahora la cláusula: Austria, Bélgica, Dinamarca, la República Federal Alemana, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Suecia, Suiza y el Reino Unido (66). Por tanto,

(63) Sobre la Declaración Universal, cfr., por ejemplo, L. SOHN y T. BURGENTHAL: *The International Protection of Human Rights*, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1973.

(64) Cfr. CAPPELETTI: *Comparative...*, cit., págs. 145-148.

(65) El artículo 25 de la Convención estipula que: «La Comisión podrá recibir recursos dirigidos al secretario general del Consejo de Europa por parte de cualquier persona, organización no gubernamental o grupo de personas que afirmen ser víctimas de una violación por parte de una de las Altas Partes Contratantes de los derechos expuestos en esta Convención, con la condición de que la Alta Parte Contratante contra la que se haya establecido la querrela haya declarado que reconoce la competencia de la Comisión para recibir dichos recursos. Aquellas Altas Partes Contratantes que hayan hecho la mencionada declaración se comprometen a no poner ningún tipo de obstáculos al efectivo ejercicio de este derecho.» Sobre esta importante y profundamente innovadora cláusula de la Convención Europea, cfr., por ejemplo, F. G. JACOBS: *The European Convention on Human Rights*, Clarendon, Oxford, 1975, pág. 62.

(66) A pesar del «gran debate» todavía vigente en el Reino Unido, no existe un *bill of rights* nacional que pueda ser hecho ejecutivo por los tribunales británicos. Cfr. C. L. BLACK (JR.): *Is There Already a British Bill of Rights?*, en «*Law Quarterly Review*», núm. 89, 1973, pág. 173. Además los ciudadanos británicos no están capacitados para exigir la aplicación de la Convención de Derechos Humanos en sus tribunales nacionales (véase *supra*, apartado 5, a). Y sin embargo, cosa bastante irónica, desde 1966 los ciudadanos británicos están capacitados para plantear recurso contra las violaciones de los derechos humanos del *bill of rights* supranacional

estos trece países han decidido permitir a sus propios súbditos —unos doscientos treinta millones de europeos (67)— que combatan ante la Comisión cualquier violación de la Convención cometida por cualquier tipo de actividad estatal, bien sea legislativa, administrativa e incluso judicial, una vez agotados los recursos internos adecuados. En realidad, las decisiones tomadas por la jurisdicción supranacional de Estrasburgo no son automáticamente aplicables en los Estados miembros, a diferencia de las decisiones del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de las Comunidades Europeas (68). Sin embargo, su cumplimiento representa un deber de Derecho internacional para los Estados miembros y, de hecho, las decisiones han sido cumplidas hasta ahora, incluso en aquellos casos en que implicaban profundos cambios legislativos (69).

por parte de las autoridades estatales británicas ante la jurisdicción internacional de Estrasburgo, en Francia.

La situación no es menos paradójica en Francia, sin embargo. En base al caso *Cafés Jacques Vabre*, los ciudadanos franceses están capacitados para reclamar la aplicación del *bill of rights* europeo por parte de sus tribunales nacionales. Por otro lado, la cláusula optativa del artículo 25 de la Convención todavía no ha sido aceptada por Francia: ¡los ciudadanos franceses no están capacitados para presentar querellas en Estrasburgo! Y, además, aun cuando invoquen el espectro del *gouvernement des juges*, los franceses están en buena medida adoptando la tan «americana» doctrina del control judicial que pretenden rechazar.

No cabe duda de que las paradojas en este terreno no están limitadas en absoluto a los países europeos. En los Estados Unidos el control judicial ha quedado establecido desde 1803; sin embargo, la discusión acerca de la legitimidad misma de este proceso continúa con fuerza. Libros y revistas de Derecho están repletos de este tipo de discusiones. A pesar de usar su *bill of rights* para restringir la actividad estatal de una forma que quizá represente un modelo para buena parte del mundo, los americanos están todavía luchando con sus perdurables dudas acerca de la legitimidad de su propia herencia.

(67) En base a los cálculos de 1977 o 1976, publicados en *Britannica Book of the Year 1978*, la población de estos 13 países supone algo más de 232 millones de personas.

(68) Cfr. artículos 187 y 192 del Tratado de la CEE.

(69) Ejemplos de este tipo de sentencias pueden hallarse en CAPPELETTI: *Comparative...*, cit., pág. 238 (Comisión Europea de Derechos Humanos, sentencia de 16 de diciembre de 1970, *Knechtl versus United Kingdom*, en «Y. B. Eur. Conv. on Human Rights», núm. 13, 1970, pág. 730), pág. 240 (Trib. Europ. de Der. Huma., sentencia de 21 de febrero de 1975, *Golder versus United Kingdom*, en «Y. B. Eur. Conv. on Human Rights», núm. 18, 1975, pág. 290), pág. 297 (Comisión de Ministros del Consejo de Europa, decisión de 16 de septiembre de 1963, *Pataki versus Austria* y *Dunshirn versus Austria*, en «Y. B. Eur. Conv. on Human Rights», núm. 6, 1963, pág. 714) y pág. 429 (Comisión Europea de Derechos Humanos, sentencia de 14 de julio de 1972, *Gussenbauer versus Austria*, en «Y. B. Eur. Conv. on Human Rights», núm. 15, 1972, pág. 558).

Como quiera que, como ya mencioné anteriormente, se pueden presentar recursos incluso contra la actividad legislativa de los Estados miembros, esto implica claramente una forma más de control judicial de las leyes a nivel supranacional. De hecho, el carácter «supranacional» del control judicial se hace aquí explícito no sólo por el hecho de que el control se base en un *bill of rights* supranacional, la Convención Europea, sino también por el nuevo hecho de que los órganos jurisdiccionales son ellos mismos de naturaleza supranacional.

La influencia de la Comisión y el Tribunal de Derechos Humanos no ha sido todavía tan profunda en la vida de Europa como ha sido, por ejemplo, la influencia de los Tribunales Constitucionales de Alemania e Italia en sus respectivos países. Sin embargo, el cuerpo de jurisprudencia de estas jurisdicciones supranacionales está creciendo, como también está creciendo lentamente la conciencia de los ciudadanos de trece países europeos de que poseen un foro supranacional en el que las acciones estatales que violen los derechos humanos pueden ser impugnadas por las víctimas de dichas violaciones. Para ofrecer sólo un ejemplo, puede ser revelador el hecho de que la sentencia «conservadora» del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto fuera rápidamente impugnada por dos mujeres alemanas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y de que la Comisión encontrara este ataque a la vez «admisible» y «no manifiestamente infundado», aunque más tarde fuera rechazado en base a sus méritos (70). Evidentemente, los jueces supranacionales no creen sobrepasar las fronteras de sus legítimos poderes de control cuando tocan temas tan claramente arriesgados.

5. CONSTITUCIONALISMO Y FEDERALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A DERECHO COMUNITARIO

Históricamente, el constitucionalismo y el federalismo han sido las dos grandes fuerzas políticas que han llevado al control judicial de las leyes y han procurado su justificación intelectual. En su estadio más avanzado y

(70) Comisión Europea de Derechos Humanos, sentencia de 19 de mayo de 1976, *X e Y versus República Federal Alemana*, en «Y. B. Eur. Conv. on Human Rights», núm. 19, 1976, pág. 382 (sentencia de admisibilidad); Comisión Europea de Derechos Humanos, informe de 12 de julio de 1977, *Bruggeman y Scheuten versus República Federal Alemana*, en «Com. Eur. de Der. Huma., Sentencias e Informes», núm. 10, 1978, pág. 100; comunicado de prensa de la Comisión de Ministros del Consejo de Europa de 5 de abril de 1978 (sentencia relativa a méritos; sentencia oficial aún no publicada). Cfr. CAPPELLETTI: *Comparative...* cit., págs. 608-611, donde se incluyen citas de estos casos.

complejo, el constitucionalismo ha requerido uno o varios órganos suficientemente independientes del poder «político», tanto legislativo como ejecutivo, que protegieran un superior y relativamente permanente imperio de la ley contra las tentaciones que son inherentes al poder. Y este requisito se ha hecho especialmente urgente en relación a las cláusulas sobre derechos humanos de las constituciones, allí donde es más necesario proteger el núcleo de cualquier Estado de libertades civiles —una esfera adecuada de libertades individuales— contra las invasiones del gobierno. El federalismo, por su lado, requiere la afirmación de un cierto grado de supremacía de las leyes federales respecto a las leyes locales, regionales o estatales, así como el respeto de los límites de la jurisdicción de las primeras (71).

a) Estas dos fuerzas y justificaciones quedan puestas de manifiesto en los numerosos aspectos antes descritos del poderoso movimiento hacia el control judicial que invade la Europa moderna. La protección de un fundamental imperio de la ley por tribunales independientes frente a los poderes legislativo y ejecutivo ha sido el fundamento de los trascendentales cambios que hemos visto producirse en Francia en 1959 [Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils, véase anteriormente 2, a)] y en 1971 [la sentencia del Conseil Constitutionnel sobre libertad de asociación, véase anteriormente, 2, b)]. Igual fundamento sostiene instituciones tales como el «recurso de inconstitucionalidad» (*Verfassungsbeschwerde*) (72) y otros procedimientos destinados a permitir que se ataquen ante los tribunales constitucionales de Alemania, Italia y Austria las infracciones de las leyes superiores perpetradas por el poder legislativo y, más corrientemente, por el ejecutivo.

Por otro lado, otros aspectos de las transformaciones que se están produciendo en Europa encuentran su principal fuerza motriz en el federalismo

(71) Recuérdese la famosa declaración del magistrado O. W. HOLMES: *Collected Legal Papers*, Peter Smith, Nueva York, 1920 (reimpresión, 1952), pág. 295-296: «No creo que se acabaran los Estados Unidos si perdiéramos nuestro poder para declarar nula una ley del Congreso. No creo que la Unión corriega peligro si no pudiéramos hacer lo mismo con las leyes de los diferentes Estados.» Cfr. P. BREST: *Processes of Constitutional Decisionmaking*, Little, Brown Co., Boston, 1975, páginas 969-973.

En los Estados Unidos se ha discutido el problema de si una ley estatal que sea inválida debido a contradecir una ley federal es «inconstitucional» en base a la cláusula de supremacía. Sea cual sea la respuesta relativa a los principios, la verdad es que existe una fuerte similitud entre el proceso de decidir si las leyes estatales son «inconstitucionales» en sentido estricto y el de decidir si han quedado «vacías» de su significado por la legislación federal. Cfr. CAPPELETTI: *Comparative...*, cit., pág. 161 (n. 1).

(72) Cfr. CAPPELETTI: *Judicial Review...*, cit., págs. 22-23.

o en algo análogo al federalismo, en lugar de en el constitucionalismo o en adición a éste. Esto es particularmente verdadero en el caso de ese tipo de control judicial de las leyes nacionales que está enraizado en la doctrina de la supremacía del Derecho comunitario, doctrina cuya influencia ya es evidente, y podría ser definitiva, en la determinación del futuro de Europa (véase anteriormente, 4). Como dijo lord Denning algunos años antes de que el Reino Unido entrara en la CEE:

Si los tribunales nacionales están dispuestos a admitir que las leyes comunitarias son superiores a las leyes nacionales y si están dispuestos a considerar inválidas sus propias leyes nacionales en caso que contradigan las de la Comunidad, entonces el Derecho comunitario alcanzará un significado importantísimo. Los países miembros estarán en camino de convertirse en una Federación de Estados regidos por el Derecho comunitario, de forma muy similar a como los Estados Unidos de América están regidos por la Constitución de los Estados Unidos (73).

Existe, finalmente, la otra gran transformación, es decir, el control judicial de la conformidad de la actividad del Estado a la Convención Europea de Derechos Humanos (véase anteriormente, 5). Esta transformación representa obviamente una notable *combinación* de elementos inherentes, o análogos, tanto al constitucionalismo como al federalismo, ya que la razón justificativa de la protección de una ley superior se traslada a un nivel supranacional, si no federal.

b) Otra tendencia que se da en Europa, sin embargo, merece ser discutida en este momento. Pero más bien que una combinación de las dos fuerzas

(73) DENNING: *Prólogo* a A. CAMPBELL: *Common Market Law*, Oceana, Dobbs Ferry, N. Y., 1969, pág. XI. Las posteriores opiniones de Lord Denning mostraron un rechazo en el reconocimiento de esta superioridad. Cfr., por ejemplo, *Felixtowe Dock and Railway Co. versus British Transport Docks Board*, en «C. M. L. R.», número 2, 1976, págs. 655 y 664-665. Pero su decisión en *Shields versus E. Coomes Ltd.*, en «All E. R.», núm. 1, 1979, págs. 456 y 459-462, parece indicar que ha cambiado de idea. Además, la Cámara de los Lores ha mostrado una actitud tendente a reconocer la supremacía del Derecho comunitario. Cfr., por ejemplo, Cámara de los Lores, *Milangos versus George Frank Ltd.*, en «All E. R.», núm. 3, 1975, págs. 801 y 810-811 (*obiter dicta* de lord Wilberforce). Cfr. también la sentencia del National Insurance Commissioner de 14 de junio de 1977, caso C. S. 2/77, *ref. Medical Expenses Incurred in France*, en «C. M. L. R.», núm. 2, 1977, pág. 317; sentencia del National Insurance Commissioner de 23 de septiembre de 1976, caso C. S. 7/76, *ref. an Absence in Ireland*, en «C. M. L. R.», núm. 1, 1977, pág. 5.

motrices principales, el constitucionalismo y el federalismo, esta tendencia saca a la luz una *contradicción* entre ambas potencialmente peligrosa.

Los padres de las comunidades europeas aparentemente no consideraron necesario incluir en los Tratados un *bill of rights* (74). Seguramente pensaron que el alcance de las leyes comunitarias estaba limitado esencialmente a los problemas de la integración económica y que los asuntos relativos a derechos humanos se verían difícilmente implicados. Los observadores americanos no deberían quedar sorprendidos de esta actitud si recordaran que, a fin de defender la ratificación de la Constitución estadounidense aun cuando en ese momento no contenía un *bill of rights*, Alexander Hamilton dijo en *El Federalista* que los limitados poderes del gobierno federal hacían innecesario tal *bill of rights* (75). Este punto de vista era compartido por James Madison que en 1788 explicaba en una carta a Thomas Jefferson que un *bill of rights* carecía de importancia porque «los limitados poderes del gobierno federal y la suspicacia de los gobiernos subordinados ofrecen una seguridad que no existía en el caso de los gobiernos estatales» (76). De hecho, se sabe que hasta muy avanzado el siglo XX, el *bill of rights* estadounidense demostró poseer poca importancia en la jurisdicción constitucional de este país.

En este contexto, sin embargo, el tiempo parece correr mucho más rápidamente en Europa. Debido a su rápida expansión en numerosos sectores de la vida social y económica moderna, el Derecho comunitario ha estado cada vez más implicado en asuntos cruciales que van desde los derechos de propiedad y de trabajo a la nacionalidad y la discriminación por motivos de sexo (77). De esta forma, un problema que en los años cincuenta habría

(74) «Los constructores de las Comunidades Europeas pensaron demasiado poco sobre los cimientos legales de su edificio y pusieron muy poca atención en la protección de los derechos básicos del individuo en el seno de la nueva estructura europea», P. PESCATORE: *Address on the Application of Community Law in Each of the Member States*, en «Court of Justice of the European Communities, Judicial and Academic Conference, 27-28 September 1976», Luxemburgo, 1976, pág. VI-26.

(75) Cfr. CAPPELETTI: *Comparative...*, cit., pág. 177.

(76) *Ibid.*

(77) Mencionaré únicamente una sentencia relativa al tema de la discriminación por razones de sexo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que marca un hito: caso 43/75, *Gabrielle Defrenne versus Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne - SABENA* en «E. C. R.», 1976, pág. 455, y en «C. M. L. R.», núm. 2, 1976, pág. 98. En este caso, el Tribunal de Justicia aplicó contra una parte privada, en Bélgica, el requisito del artículo 119 del Tratado de la CEE de igual salario por igual trabajo a hombres y mujeres. Por razones prácticas, y porque lo solicitaron así los gobiernos del Reino Unido y de Irlanda, el Tribunal hizo que su sentencia tuviera efectos jurisprudenciales no retroactivos (es decir, no se aplica

podido parecer una mera hipótesis abstracta con poca importancia práctica, se ha convertido en uno de los problemas más ardientes del Derecho constitucional y del Derecho comunitario en la Europa de los años setenta. En mayo de 1974 la discusión tomó el carácter (y reveló los peligros) de un agudo conflicto de dimensiones internacionales. En la clamorosa sentencia del caso *Internationale Handelsgesellschaft*, el *Bundesverfassungsgericht*, con el profundo disenso de tres de sus magistrados, afirmó la inaplicabilidad en Alemania de las leyes comunitarias (al menos de aquellas secundarias) cuando se demuestre que están en contradicción con las cláusulas sobre derechos humanos fundamentales de la *Grundgesetz* (78). Esta sentencia provocó una rápida y vigorosa protesta contra Alemania en la Comisión de las Comunidades Europeas (79). La Comisión afirmó claramente que la sentencia del Tribunal Constitucional alemán constituía un desafío a la unidad del Derecho comunitario, el cual, por su misma naturaleza, debe ser uniforme y simultáneamente aplicado en toda la Comunidad.

Pero la reacción más importante y exhaustiva a la peligrosa, aunque supuestamente sólo provisional (80), «secesión» del Tribunal Constitucional alemán, ha surgido del Tribunal de Justicia de las Comunidades. De hecho, el Tribunal no ha esperado siquiera a que la decisión alemana tomara una posición firme, clara y (al menos por lo que a mí me parece) perfectamente razonable sobre el tema debatido. Ya en 1969, en *Stauder versus City of Ulm* (81), el Tribunal había afirmado que las leyes comunitarias no deben «poner en peligro los derechos fundamentales del individuo contenidos en los principios generales del Derecho comunitario». Esta declaración de largo alcance fue desarrollada aún más en casos posteriores, especialmente en

a las discriminaciones que hayan tenido lugar antes de la sentencia *Defrenne*, con la excepción de aquellas querellas presentadas antes de dicha sentencia).

(78) *Bundesverfassungsgericht*, sentencia de 29 de mayo de 1974, *Internationale Handelsgesellschaft mbH versus Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, en «BVerfGE», núm. 37, 1974, pág. 271, y en «C. M. L. R.», núm. 2, 1974, pág. 540. Incluido en CAPPELLETTI: *Comparative...*, cit., págs. 178-187.

(79) *Ibid.*, pág. 187.

(80) El Tribunal alemán, de hecho, subrayó que su sentencia era de naturaleza puramente provisional. El Tribunal declaró que mientras el Parlamento Europeo no fuera democráticamente legitimado (es decir, elegido mediante sufragio universal) y no promulgara un *bill of rights*, coherente con los derechos fundamentales contenidos en la Constitución alemana, el Tribunal conserva el poder para controlar la normativa comunitaria relativa a la violación de derechos fundamentales garantizados por la Constitución alemana, *Ibid.*, págs. 180-182.

(81) Caso 29/69, en «C. M. L. R.», 1970, págs. 112 y 119, y en «E. C. R.», 1969, págs. 419 y 425.

Nold versus Commission (82), cuya sentencia fue adoptada sólo pocos días antes de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán. En el caso *Nold*, el Tribunal Europeo de Justicia dijo, entre otras cosas:

Como ya ha sostenido este Tribunal, los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho que aplica. A fin de garantizar la protección de dichos derechos, este Tribunal exige asimismo basarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y, por tanto, no podría permitir medidas que fueran incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las constituciones de dichos Estados. Los tratados internacionales sobre protección de derechos humanos en los que han cooperado o a los que se han adherido los Estados miembros pueden también proporcionar indicaciones que pueden ser tomadas en cuenta dentro del marco del Derecho comunitario. Es a la luz de estos principios que deben ser valorados los cargos presentados por el demandante (83).

De esta forma, el Tribunal de Justicia, aun aceptando por un lado una concepción en la que las leyes comunitarias, aunque superiores a todas las leyes nacionales, están ellas mismas obligadas a respetar una ley superior, especialmente en el tema de los derechos humanos, por otro lado afirmaba el *carácter supranacional* de dicha ley superior. De hecho, según la doctrina del Tribunal, esta ley superior no es identificable con cualquiera de las Constituciones o las tradiciones constitucionales de los Estados miembros; constituye más bien una ley *comunitaria* no escrita (84). Y es función del Tribunal Europeo de Justicia (no de un tribunal nacional cualquiera) decir la última palabra en el proceso de «hallazgo» de esta Ley Superior Comunitaria, aunque el hallazgo del Tribunal debe basarse en las tradiciones cons-

(82) Caso 4/73, en «E. C. R.», 1974, pág. 491, y en «C. M. L. R.», núm. 2, 1974, pág. 338. Incluido en CAPPELLETTI: *Comparative...*, cit., págs. 192-194.

(83) En «C. M. L. R.», núm. 2, 1974, pág. 354, y en «E. C. R.», 1974, pág. 507.

(84) Este concepto fue afirmado por el Tribunal Europeo de Justicia ya en 1970, caso 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH versus Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, en «C. M. L. R.», 1972, págs. 1255-283, y en «E. C. R.», 1970, págs. 1125-1134. Aquí el Tribunal después de afirmar que «el respeto a los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho que es deber del Tribunal hacer respetar», declaró que «la protección de dichos derechos, aun cuando se inspira en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada dentro del marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad».

titucionales de *todos* los Estados miembros (no sólo de *uno*) y en tratados internacionales tales como la Convención Europea de Derechos Humanos, a la que se han adherido los nueve países (85). Claramente, la solución que da el Tribunal está dirigida a reconciliar las dos doctrinas básicas del pensamiento político de Europa occidental: por un lado, la relativamente anciana doctrina de la inviolabilidad de los derechos humanos fundamentales; por otro, la doctrina más reciente de la supremacía del Derecho comunitario, tan firme y consistentemente defendida por el Tribunal, que ve en ella una característica esencial e irrenunciable del Derecho comunitario. A través de su sentencia, el Tribunal ha intentado también resolver un amenazador conflicto entre las dos fuerzas principales (el constitucionalismo y el supranacionalismo) que han justificado y reivindicado el control judicial de las leyes en la Europa contemporánea.

No cabe duda que esta intención es tan intrépida como fascinante. El Tribunal de Justicia («esos nueve hombrecillos» desconocidos para la mayor parte de los doscientos sesenta millones de ciudadanos de los países comunitarios (86), carentes de poder político, carisma y legitimación popular) reclama para sí la legitimidad y la capacidad para hacer lo que los fundadores no pensaron ni siquiera hacer y lo que los órganos políticos de las Comunidades ni siquiera intentan emprender. Pretenden «encontrar», lo que significa esencialmente *crear*, un *bill of rights* comunitario que sea vinculante no sólo para los órganos comunitarios, sino también en último término —en virtud de la doctrina de la supremacía— para los órganos de los Estados miembros y para todos sus ciudadanos. Y para hacer esto, esos nueve hombrecillos poseen virtualmente un solo «libro» para consultar: ¡el libro no escrito de los «principios generales» y las «tradiciones comunes» de los nueve Estados miembros! (87). Esto puede, sin duda, parecerle a muchos arrogancia más que valor, utopía más que sentido común. ¿Deberíamos entonces prevenir a esos «hombrecillos» para que no persigan un proyecto tan grande como irrealista? ¿O deberíamos, por el contrario, considerar de forma totalmente realista que la legitimidad que necesita una judicatura creativa es de un tipo totalmente diferente de la legitimidad que en un régimen

(85) En una sentencia posterior, la referencia a la Convención Europea de Derechos Humanos, que en el caso Nold era implícita, se convirtió en explícita. Tribunal Europeo de Justicia, caso 36/75, *Rutili versus Ministro del Interior*, en «E. C. R.», 1975, pág. 1219, y en «C. M. L. R.», núm. 1., 1976, pág. 140.

(86) La población de los nueve países comunitarios, en base a los cálculos de 1977 y 1976 publicados en el *Britannica Book of the Year 1978*, es algo superior a los 259 millones.

(87) Cfr. *supra*, nota 20.

democrático necesitan los órganos políticos y que, además, las utopías han sido después de todo los motores de las más importantes transformaciones en la historia de la humanidad? Aparentemente, estas conclusiones más optimistas son compartidas por los órganos políticos mismos de las Comunidades. En una «declaración conjunta sobre derechos fundamentales» hecha en Luxemburgo el 5 de abril de 1977, el Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros y la Comisión de las Comunidades aprobaron solemnemente la postura del Tribunal de Justicia, mientras que al mismo tiempo proclamaban la propia sujeción a un todavía no escrito *bill of rights* comunitario (88).

6. DE VUELTA AL «FORMIDABLE PROBLEMA»: EL ACTIVISMO JUDICIAL
Y EL RETORNO AL PLURALISMO

Las tremendas dificultades del camino tomado por el Tribunal Europeo de Justicia para intentar poner en práctica su «gran proyecto» son suficientemente obvias. Cualquiera se da cuenta de que Europa no es como, por ejemplo, la «Unión» norteamericana. Las diferencias son más profundas;

(88) El texto de la «declaración conjunta» (publicado en «O. J.», 1977, C 103/1) era el siguiente:

El Parlamento, el Consejo y la Comisión Europeos:

Considerando que los Tratados que establecen las Comunidades Europeas están basados en el principio del respeto hacia la ley;

Considerando que, como ha reconocido el Tribunal de Justicia, la ley comprende, por encima de las normas incorporadas en los Tratados y en la legislación secundaria de la Comunidad, los principios generales del Derecho y en particular los derechos fundamentales, principios y derechos en que se basa el Derecho constitucional de los Estados miembros, y

Considerando, en particular, que todos los Estados miembros son Partes Contratantes de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmadas en Roma el 4 de noviembre de 1950,

Han adoptado la siguiente Declaración:

1) El Parlamento, el Consejo y la Comisión Europeos subrayan la importancia primordial que dan a la protección de los derechos fundamentales, tal como pueden ser deducidos en particular de las Constituciones de los Estados miembros y de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales,

2) En el ejercicio de sus poderes y en persecución de los objetivos de las Comunidades Europeas, los mencionados organismos respetan y seguirán respetando estos derechos.

Dado en Luxemburgo el cinco de abril de mil novecientos setenta y siete.

implican culturas e idiomas, costumbres políticas y sociales, actitudes religiosas e, igualmente importante, estructuras y condiciones económicas. El desarrollo de un *bill of rights* común a más de doscientos cincuenta millones de europeos (y aún más, si se admiten como miembros de las Comunidades a España, Grecia y Portugal) es verdaderamente una tarea terrible. Y es aún más terrible si consideramos que depende la jurisprudencia de un tribunal que no recibe el apoyo de un fuerte gobierno central; ni de un fuerte Parlamento, ya que el Parlamento Europeo, incluso después de haber recibido la santificación de su elección mediante sufragio universal, posee sólo poderes consultivos y de supervisión, no legislativos; ni de un fuerte Consejo de Ministros, ya que el Consejo es, de todos los órganos de la Comunidad, el menos favorable a ésta, y ni siquiera de una fuerte Comisión, ya que durante más de una década los poderes de este órgano han quedado drásticamente reducidos debido a intereses y rivalidades nacionales o nacionalistas.

Por otro lado, es precisamente debido a la ausencia de un fuerte gobierno central por lo que no existen alternativas posibles a la intrépida tentativa del Tribunal (89). Durante dos décadas, el Tribunal Europeo de Justicia, sin la fuerza de la espada, del oro o del carisma popular, ha demostrado, sin embargo, ser en conjunto el órgano comunitario más coherente y efectivo en perseguir una política firme de integración europea. Podría muy bien suceder que su «gran proyecto» no sea imposible, aun cuando no hay duda que hará resurgir aún numerosas veces el «formidable problema» del control judicial: ¿por qué se debe dejar tarea tan gigantesca en manos de un tribunal; qué es lo que legitima a un tribunal para que realice dicha tarea, y si un tribunal emprende una función de creación de derecho de manera tan abierta, estará todavía actuando como un tribunal?

Formuladas de manera abstracta, estas preguntas son demasiado viejas como para no ser aburridas. Las respuestas abstractas son, desde luego, igualmente viejas y aburridas: que la creación de derecho es una característica inevitable de todo tipo de jurisdicción y que esta característica alcanza su nivel más elevado cuando está implicado el control judicial de las leyes (90); que, por tanto, lo que convierte en juez a un juez y en tribunal

(89) Cfr. CALABRESI: *Incentives, Regulation and the Problem of Legal Obsolescence*, en *New Perspectives for a Common Law of Europe*, cit., págs. 291-307.

(90) Este punto lo analizo en mi estudio *L'attività e i poteri del giudice costituzionale*, en *III Scritti Giuridici in memoria di Calamandrei*, CEDAM, Padua, 1958, págs. 86-163. Esto no quiere decir que los jueces declaren definitiva y omnipotentemente la ley; más bien, hacen sus declaraciones en el contexto de un «diálogo continuo y más bien tentativo con otros elementos políticos», los Parlamentos, los administradores, los académicos, la prensa y el público en general. Cfr. CRAYS: *The Role*

a un tribunal no es la falta de creatividad sino más bien, por un lado, la relación de la jurisdicción con causas y controversias, es decir, con «partes», y por otro, la actitud imparcial del juez, que no debe juzgar *in re sua*, debe asegurar que las partes sean ecuánimemente escuchadas (*audi alteram partem*) y debe gozar de un grado de independencia de las presiones externas, especialmente de aquellas que llegan de los órganos «políticos». Son éstos (y no la creatividad) los elementos, formulados de manera abstracta, que pueden proporcionar legitimidad a la creación de derecho a través de los tribunales y conservar el «carácter democrático» de esta actividad» (91).

Descendiendo a un terreno algo más concreto, creo que las presiones históricas son unívocas en su llamada en pro del activismo judicial en los modernos sistemas de gobierno. Esto es cierto más allá de las fronteras de Europa y más allá incluso de las fronteras del control judicial. No hay más que tomar en consideración el ejemplo del crecimiento en los países modernos de la «litigación de interés público» (92). Una expresión paradigmática de la fidelidad a una concepción tradicional de la función jurisdiccional la podemos encontrar en la opinión discrepante del magistrado Powell en una sentencia de 1974 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (93). Según Powell, «la mitigación de los requisitos para interponer recursos», que es obviamente un proceso paralelo a toda expansión de la litigación de interés público, está «en relación directa con el aumento del poder judicial», por tanto, debería ser condenada, ya que alteraría de manera importante la distribución del poder a nivel nacional, provocando un alejamiento de la forma democrática de gobierno» (94). Sin embargo, una condena tan drástica olvida simplemente el hecho de que este aumento del poder judicial no es sino un aspecto del crecimiento *general* del poder estatal en nuestra época. Los poderes cada vez mayores de los órganos legislativo y ejecutivo justifi-

of the Judge in Public Law Litigation, en «Harv. L. Rev.», núm. 89, 1976, págs. 1281 y 1316. Cfr., asimismo, la parte final de la nota 6.

(91) Cfr. mi análisis *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, en «Rivista di Diritto Processuale», núm. 15, 1960, págs. 376-417. Cfr. también M. SHAPIRO: *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1966, págs. 36-37.

(92) Cfr. M. CAPPELLETTI y J. A. JOLOWICZ: *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Oceana, Dobbs Ferry, N. Y., (Giuffrè, Milán), 1975, *passim*.

(93) *United States versus Richardson*, 418 U. S., 1974, págs. 166 y 180-196. Cfr. la crítica al respecto de mi Discurso James McCormick Mitchell: *Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparativist's Contribution*, en «Buffalo Law Rev.», núm. 25, 1976, págs. 643 y 683-684.

(94) *United States versus Richardson*, cit., pág. 188.

can, e incluso exigen, un crecimiento paralelo del poder judicial a fin de conservar un sistema equilibrado. Este es un inevitable principio del sistema de «frenos y contrapesos» (95). Naturalmente, una concepción del gobierno como «vigilante nocturno» podía ser compatible con una concepción de los tribunales limitados a administrar la justicia de manera tradicional, esencialmente individual y «no política», casi sin que se notara. Pero el surgimiento del moderno *welfare government* (96) y el incremento paralelo de la interdependencia socioeconómica de grupos, categorías y clases de ciudadanos exigen un correspondiente fortalecimiento y crecimiento de la función de «protección judicial» contra el tremendo poder del «omnipresente gobierno» y de los grupos u organizaciones (97). En particular, el control judicial de

(95) Las transformaciones descritas en este artículo demuestran que incluso Europa está pasando de una rígida concepción de la «separación de poderes» a una concepción que podría describirse mejor como de «frenos y contrapesos», en la que es necesario el aumento del poder judicial a fin de proporcionar un contrapeso. Cfr., por ejemplo, el análisis de la evolución del Conseil d'État (*supra*, 2, a).

(96) «El tipo de Estado que nosotros vagamente denominamos como *welfare state* tuvo origen principalmente por [una enorme expansión de] las actividades legislativas», KOOPMANS: *Legislature...*, cit., pág. 313. Está claro que existe hoy día un extendido desencanto con la legislación como cura de los males de la sociedad y que una de las expresiones de este desencanto es precisamente el crecimiento del control judicial, mediante el cual se hacen ejecutivos los límites constitucionales e incluso supranacionales frente a la voluntad (que una vez era absoluta) de los legislativos nacionales. Cfr. M. CAPPELLETTI: *Introduction*, en *New Perspectives...*, cit., págs. 19-20. Cfr. *ibid.*, pág. 21, donde se plantea la siguiente cuestión: si, en vista del relativo fracaso de los legislativos para llevar a cabo los ambiciosos objetivos de justicia del *Sozialstaat* o *welfare state*, se podrían alcanzar mejores resultados a través de la actividad judicial. Yo sugiero una respuesta positiva, considerando, entre otras cosas, el hecho de que los jueces son generalmente menos vulnerables a las presiones ejercidas por los grupos locales y de interés, presiones a las que son bastante sensibles los políticos elegidos y debido a la cual el concepto de *welfare* degenera a menudo en demagogia y nuevas injusticias.

(97) Este punto ha sido desarrollado más profundamente por M. SHAPIRO: *Freedom of Speech...*, cit., págs. 34-37, en donde el autor formula la concepción de una «clientela» del Tribunal, compuesta de «grupos de interés potenciales» que no pueden recibir un apoyo adecuado a través del Congreso y a los que el Tribunal puede servir mucho mejor.

En los órganos legislativos en particular, uno encuentra frecuentemente que una inmensa mayoría comparte ciertos sentimientos, pero sólo unos pocos de entre sus miembros poseen estos sentimientos con la suficiente fuerza como para estar dispuestos a sacrificar otros intereses cruciales de cada categoría de miembros que forman la mayoría. Como ejemplo diremos que... durante muchos años a muchos miembros septentrionales no les merecía la pena hacer que se aprobara una legislación de defensa de los derechos ci-

la actividad legislativa se ha convertido en un elemento esencial del moderno *Rechtsstaat* y del «imperio de la ley».

En cuanto al «alejamiento» de la democracia, una mínima conciencia de las transformaciones históricas debería ser suficiente para convencernos de que, al menos en los sistemas de gobierno modernos, es verdad precisamente todo lo contrario. Todos los regímenes dictatoriales de nuestro siglo han demostrado ser alérgicos al control judicial de la actividad gubernamental, en especial de la legislativa (98). Asimismo, gobierno democrático significa que el pueblo posee sentido de la participación, un sentido que lejanos parlamentos y aparatos burocráticos alienan con gran facilidad. Los jueces pueden convertirse, naturalmente, en burócratas aislados de la sociedad. Pero el hecho mismo de ser llamados diariamente a juzgar «casos y controversias» es el poderoso antídoto contra este peligro; y la jurisdicción constitucional no es menos litigación —no es menos «casos y controversias»— que la tradicional litigación entre dos partes (99). Permitidme recordar la inmensamente viva descripción hecha por Alexander Bickel de la mezcla única que se da en los tribunales de, por un lado, lo que él llamó «aislamiento de los estudiosos» (que es «crucial para hallar los valores perdurables de una sociedad») y, por otro, la preocupación «por la carne viva» de los casos reales, en oposición al legislador que trata «normalmente con problemas abstractos o vagamente previstos» (100). Esta combinación

viles, a la que hasta cierto punto eran favorables, si para ello tenían que perder el esencial apoyo sudista para que se aprobara un subsidio para productos lácticos, un programa de renovación urbana o una ley de construcción de carreteras, medidas que, en cada momento, algunos de ellos necesitaban desesperadamente. Aquí, por ejemplo, el Tribunal Supremo puede expresar el sentimiento público que no consigue encontrar una mayoría arrojada en otros órganos... [Por tanto, el] dilema del Tribunal, que es a la vez político y no político, deja de ser un dilema y se convierte en una contribución fundamental para el ejercicio del gobierno de América.

Ibid., págs. 35-36.

(98) Cfr. CAPPELLETTI: *The Significance...*, cit., págs. 149-150; cfr. *supra* las notas 35-37.

(99) Esto también es aplicable a la litigación de interés público; cfr. JAFFE: *The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff*, en «U. Pa. L. Rev.», núm. 116, 1968, págs. 1037-1038.

(100) A. BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merril, Indianápolis, 1962, págs. 25-26. Compárese con la declaración de un constitucionalista europeo, el profesor J. D. B. Mitchell, que ve precisamente en la «importancia» de los tribunales (su «falta de poder para... hacer ejecutiva su voluntad») «una fuente de fortaleza, ya que impone autocontrol... Los tribunales deben poseer la autoridad de la convicción, no la de la fuerza». MITCHELL: *Law, Democracy and Political Institutions*, en *New Perspectives for a...*, cit., págs. 361 y 382.

es, según el profesor Bickel, la justificación principal del control judicial, ya que da «a los tribunales la capacidad de apelar a las virtudes naturales de los hombres, de promover sus aspiraciones, que pueden haber quedado olvidadas en la confusión del momento», y predestina a los tribunales el convertirse a largo plazo en «la voz de la razón, asumiendo la función creativa de descubrir, articular y desarrollar nuevos principios impersonales y duraderos» (101).

Planteado en sus términos más reales, pues, el problema discutido en este apartado no es el de la legitimidad en abstracto, sino que es más bien el problema muy concreto de si el Tribunal Europeo de Justicia gozará de suficiente tiempo, firmeza e imaginación y de si podrá hacerse respetar lo suficiente como para desarrollar, en relación a los casos y controversias puestos bajo su jurisdicción, un cuerpo coherente de sentencias que pueda llegar a ser considerado como el *Derecho europeo* en el terreno de los derechos humanos. A este problema no se le puede dar una respuesta abstracta, ya que la respuesta depende de los infinitos imponderables de la vida política de los pueblos y las comunidades. Podemos únicamente tener la esperanza, no la certidumbre. La esperanza en el futuro de Europa, que no puede ser otro que el de la integración (102).

Pero se trata, creo firmemente, de una esperanza razonada, apoyada por numerosos argumentos, por fuertes presiones y por claras indicaciones de tendencias convergentes. Mencionaré algunos de estos elementos.

Primero, aunque es plausible que la Europa actual sea mucho más diversa que la Unión norteamericana, parece improbable que la diversidad sea más profunda en el antiguo continente de hoy día de lo que era no ya hace dos siglos (103), sino incluso hace menos de cien años en un país

(101) A. BICKEL: *The Least...*, cit., págs. 26-27. Bickel cita, en parte, a H. M. HART (JR.): *Foreword: The Time Chart of the Justices*, en «Harv. L. R.», número 73, 1959, págs. 84 y 99. El profesor Bickel, naturalmente, estaba bastante preocupado por limitar el «tipo» y el «número» de principios que el Tribunal está capacitado para aplicar, de ahí su insistencia sobre las «virtudes pasivas»; *ibid.*, página 200. Cfr. también *supra*, la nota 6.

(102) «No será posible contrarrestar completamente todo lo que se dice contra el control judicial. No es este el camino con los problemas del Estado y el Gobierno. Podemos únicamente llenar la otra parte de la balanza con juicios positivos acerca de las necesidades reales y del funcionamiento efectivo de nuestra sociedad, así como, qué duda cabe, con nuestras propias dosis de fe y esperanza. Entonces podremos calcular en qué sentido se ha movido el fiel de la balanza.» A. BICKEL: *The Least...*, cit., pág. 24.

(103) Como John Adams anotó en su diario durante el Primer Congreso Continental de 1774: «Tediosa, sin duda, es nuestra ocupación. Lentos, como caracoles, ... cincuenta caballeros se encuentran reunidos, todos extraños los unos a los otros,

de tamaño continental con numerosas razas y religiones, una mezcla de enorme riqueza y asombrosa miseria, las heridas de la guerra civil y la esclavitud, con un Este refinado e industrializado, similar a Europa, un «profundo Sur» de carácter colonial, un Medio Oeste agrario y un «Lejano Oeste» aventurero. Me pregunto si alguien en América se ha dedicado ya a reunir y estudiar todas las pruebas accesibles sobre la influencia tanto del constitucionalismo como del federalismo, especialmente de las jurisdicciones constitucional y federal, en el proceso de gradual integración durante los últimos dos siglos de un país tan diverso. Un estudio de este tipo podría proporcionar una lección importantísima a los europeos. Y, al mismo tiempo, podría proporcionar una legitimidad aún mayor a una jurisdicción creativa tanto en América como en Europa.

Segundo, las presiones en favor de la integración son ya importantes en Europa y están aumentando. Estas presiones no pueden sino prestar apoyo a la realización del «gran proyecto» del Tribunal, especialmente cuando se demuestre que no existen alternativas viables a la masiva actividad del Tribunal. Dichas presiones tienen su origen en numerosos sectores del espectro social y político europeo. Surgen de los millones de trabajadores emigrantes de la Europa meridional que trabajan en los países septentrionales, así como de las muchas y poderosas sociedades multinacionales, que no son sino el reflejo del carácter necesariamente multinacional de los procesos y estructuras económicos modernos. Surgen de la cada vez más integrada cultura de los individuos y los grupos de toda Europa. Y surgen de la creciente conciencia de que el logro de una dimensión supranacional, política, económica y legal, es la respuesta más natural a la extraña e insostenible situación de actual división de un continente relativamente pequeño en más de treinta Estados supuestamente «soberanos», así como surgen de la conciencia de que, universalizando los valores fundamentales, los pueblos se acercarán entre sí, disminuirán los riesgos de conflictos y guerras y nuevas síntesis enriquecedoras emergerán de costumbres, culturas, razas y tradiciones divergentes.

De hecho, la historia de Europa nos demuestra la validez de esta última y fundamental consideración. Las épocas más gloriosas de la civilización europea han surgido como resultado de este tipo de grandes síntesis: la síntesis de los pueblos y culturas mediterráneos bajo los romanos y la síntesis

no acostumbrados a la lengua, a las ideas, los puntos de vista, los proyectos de los demás. Celosos, por tanto, cada uno de su vecino; temerosos, tímidos, nerviosos.» JOHN ADAMS: *Letters of Delegates to Congress 1774-1789*, U. S. Government Printing Office, 1978, reproducido en el «International Herald Tribune» del 24 de mayo de 1978.

de los pueblos y culturas románicos y germánicos, que puso los cimientos del gran Renacimiento que siguió a la Edad Media (104).

De igual forma, la historia de Europa demuestra que las épocas más gloriosas de la civilización europea han estado caracterizadas por un profundo y competitivo pluralismo de fuentes de creación de derecho, entre las que tuvo una función importante la creación de derecho por los jueces (105). Antes de quedar cristalizado con la codificación de Justiniano, el Derecho romano fue enriquecido, moldeado y transformado durante varios siglos gracias a la creación de derecho de manera casi judicial por los *praetores* (106) (una transformación que nos recuerda la creativa época del derecho inglés con los *Chancellors* y los *Courts of Equity*) (107). Y cuando finalizó esta época creativa de los pretores, aquella tarea fue llevada a término por los *jurisprudentes*, con sus decisiones vinculantes (*responsa*) relativas a casos concretos (108). De forma similar a los modernos jueces creativos, tanto los pretores como los jurisconsultos inventaron nuevos derechos y remedios, nuevas obligaciones y defensas; modernizaron y cambiaron el «derecho estricto» para hacerlo más sensible a las necesidades de una sociedad en transformación. Y para hacer esto se inspiraron, de forma similar a sus colegas modernos, en principios de equidad (*aequitas*) vagos y no escritos; en realidad, *crearon* un nuevo derecho (109). De manera parecida, cuando el estancamiento de la Edad Media llegó a su fin y comenzó un nuevo gran periodo de crecimiento intelectual, social y económico, el derecho de los

(104) Citaré únicamente un magnífico análisis: G. CHIOVENDA: *Romanesimo e Germanesimo nel processo civile* (1901), reeditado en G. CHIOVENDA: *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Foro Italice, Roma, 1930, vol. I, págs. 181-224.

(105) Este fue con seguridad el caso de Inglaterra, especialmente antes de la consolidación de la idea de la supremacía del Parlamento, idea que es, por lo demás, una creación de los jueces. Cfr., por ejemplo, WINTERTORN: *The British Grundnorm...*, cit., pág. 593, y J. W. GOUGH: *Fundamental Law in English Constitutional History*, University Press, Oxford, 1961, pág. 18.

(106) Cfr., por ejemplo, J. THOMAS: *Textbook of Roman Law*, North Holland, Amsterdam, 1976, págs. 35-36; M. CAPPELLETTI y J. PERILLO: *Civil Procedure in Italy*, Nijhoff, La Haya, 1965, págs. 29-31, y J. MERRYMAN y D. CLARK: *Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems*, Bobb-Merril, Indianápolis, 1978, págs. 78-79.

(107) Cfr. W. BUCKLAND y A. MCNAIR: *Roman Law and Common Law, A Comparison in Outline*, Cambridge Univ. Press, Londres, 1965, 2.º ed. rev. por F. Lawson.

(108) Cfr. W. BUCKLAN: *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge Univ. Press, Londres, 1963, 3.º ed. rev. por P. Stein, págs. 20-22, y J. MERRYMAN y D. CLARK: *Comparative Law...*, cit., págs. 79-80.

(109) Cfr. W. BUCKLAND: *A text-book...*, cit., págs. 5 y 20-25, y J. THOMAS: *Textbook of...*, cit., págs. 35-36 y 44.

pueblos europeos quedó enriquecido, moldeado y transformado por una miríada de tribunales, tales como los tribunales de mercaderes que crearon el derecho comercial de la época moderna (110). Y uno de los aspectos del increíble prestigio y la influencia de las universidades y de los profesores de derecho de esa época fue que actuaban como tribunales de apelación en casos importantes (111). Después, como era natural, este complejo, competitivo y fascinador pluralismo de fuentes de creación del derecho cesó de existir. Un nuevo período de estancamiento siguió a la dinámica creatividad del pasado. Al igual que con la codificación de Justiniano, con las codificaciones nacionales sucedió que hicieron que en el continente prevaleciera la idea de que «el derecho es únicamente el derecho escrito» (112), identificable fundamentalmente con los códigos.

Esta idea, sin embargo, ya no responde a la verdad. Y la visión monolítica de un riguroso «centralismo napoleónico» que esta idea daba ha sido sustituido gradualmente por una realidad mucho más compleja y polifacética. Ciertamente, quienes tengan conocimiento de las lecciones de la historia no temerán la complejidad de la naciente situación. Está emergiendo un nuevo pluralismo. El derecho escrito ordinario tiene ahora numerosos compañeros y concurrentes: el «derecho superior» de las constituciones; las leyes de las Comunidades, que también reclaman para sí el *status* de «derecho superior», incluso superior al de las constituciones nacionales; los «principios generales» escritos y no escritos, tanto nacionales como supranacionales; los *bills of rights* nacionales e internacionales, etc. Y al lado de todo esto emerge, naturalmente, una nueva función de los jueces (113), ya que la

(110) Cfr. M. CAPPELLETTI, J. MERRYMAN y J. PERILLO: *The Italian Legal System*, Stanford Univ. Press, Stanford, 1967, págs. 27-29, y J. MERRYMAN y D. CLARK: *Comparative Law...*, cit., págs. 75-76.

(111) Cfr. J. DAWSON: *The Oracles of the Law*, Univ. of Michigan, Ann Arbor, Mich., 1968, págs. 200-213, y R. DAVID: *Les grands systèmes de droit contemporaines*, Dalloz, París, 1978, págs. 54 y 57.

(112) La noción en Francia y Alemania de que el derecho (*droit*, *Recht*) se identifica esencialmente con las leyes escritas (*loi*, *Gesetz*) podía todavía afirmarse no hace muchos años en prestigiosas obras, divulgativas de los sistemas legales de estos países: R. DAVID y H. DE VRIES: *The French Legal System: An Introduction to Civil Law Systems*, Oceana, Nueva York, 1958, págs. 83 y 86, y F. BAUR: *Introduction en German Association of Comparative Law, Bibliography of German Law*, Müller, Karlsruhe, 1964, págs. 2 y 8.

(113) Como Lord Denning señaló en *Bulmer versus Bollinger*, Court of Appeal, en «All E. R.», núm. 2, 1974, pág. 1226, y en «C. M. L. R.», núm. 2, 1974, págs. 91 y 119-120, incluido en CAPPELLETTI: *Comparative...*, cit., págs. 141-142, el Tratado de Roma «propone principios generales», «expresa objetivos y propósitos» y no ofrece

función de los jueces se realza y engrandece a causa del pluralismo y la competencia de las fuentes de creación de derecho. El pluralismo y la competencia exigen comparación y control. Exigen *control judicial*.

También emerge una nueva función para los estudiosos del Derecho, en especial para los que se dediquen al análisis comparado. Esto es particularmente evidente en el terreno del Derecho constitucional (114). Como ha señalado un conocido comentarista alemán:

el detalle y la precisión que ofrece una típica ley elaborada por el Parlamento. Por tanto, al objeto de interpretar el Tratado, la función de los jueces debe transformarse:

[Los jueces] ya no deben examinar las palabras con meticuloso detalle. Ya no deben discutir acerca del exacto sentido gramático. Deben buscar la finalidad y la intención... deben deducir «de la letra y el espíritu del Tratado el significado de las normas comunitarias». No deben basarse únicamente en el texto inglés. Deben considerar, si se hace necesario, todos los textos autenticados, que por ahora son ocho... Deben acertar con el espíritu del Tratado e inspirarse en él. Si encuentran una laguna, deben llenarla de la mejor manera posible. Deben hacer lo que los elaboradores del instrumento hubieran hecho si hubieran podido pensar en ella.

En un reciente coloquio internacional que reunió en el Instituto Europeo Universitario de Florencia a algunos de los más distinguidos estudiosos de Derecho europeos, se produjo un consenso general en la aceptación de una «función realzada» de los tribunales en los sistemas políticos de Europa occidental. Cfr. M. CAPPELLETTI (comp.): *New Perspectives...*, cit. (en la nota 5), págs. 24-25 *et passim*.

(114) Si es verdad que, en amplia medida, el Derecho constitucional «refleja la estructura de poder existente en la sociedad» (F. M. AUBURN: *Trend in Comparative Constitutional Law*, en «*Modern Law Rev.*», núm. 35, 1972, págs. 129 y 139), no debería constituir una sorpresa que la mayor parte de los cambios radicales, como aquellos que hemos analizado en este artículo, se hayan producido en el Derecho constitucional de la Europa posterior a la segunda guerra mundial.

Se ha sugerido que el análisis comparado, aunque sea importante en el Derecho privado, tiene poca aplicación en el terreno del Derecho público (incluido el constitucional). Las razones que se dan para esta menor aplicación son las mismas que supuestamente harían que el acercamiento y la integración de sistemas legales encuentren mayores dificultades en el terreno del Derecho público que en el del privado. El profesor Mitchell cita la frase de sir John Nisbet de que «el Derecho de todas las naciones que concierne al Estado y al Gobierno es meramente municipal». J. D. B. MITCHELL: *Law, Democracy, and Political Institutions*, en M. CAPPELLETTI (comp.): *New Perspectives...*, cit., pág. 363. Esta frase, posiblemente válida en otras épocas, no se puede aplicar, sin embargo, a la Europa occidental contemporánea y, en general, al mundo occidental contemporáneo. Considérese la tremenda expansión del Derecho administrativo y del constitucional en los últimos cincuenta años más o menos. Dicha expansión ha constituido una transformación «común a todas las sociedades modernas; está provocada por causas, compuesta de elementos y se mueve en direcciones que son todos ellos compartidos por un creciente número de naciones occidentales». M. CAPPELLETTI: *Introduction*, *ibid.*, pág. 24. Los componentes prin-

A fin de elaborar principios comunes a los diversos sistemas constitucionales de los Estados miembros, es necesario utilizar un método comparativo. ¿Qué significa esto? No es posible transferir fórmulas o detalles concretos de un ordenamiento nacional a otro... Los principios generales observados en la Comunidad deben ser uniformes, no pueden variar de un caso a otro según la nacionalidad de las partes interesadas. El análisis comparado no puede quedar atado a detalles particulares, sino que debe seguir la tendencia evolutiva general de los preceptos legales; debe dar un resultado aceptable en todos los Estados miembros. Su objeto debe ser encontrar las reglas más adecuadas para expresar una tradición común, pero compatibles con la estructura de la Comunidad (115).

Está claro que los principios y tradiciones comunes no son la suma me-

cipales de esta expansión en Europa occidental han sido descritos por el profesor Mitchell mismo: «Al hablar de una 'explosión' [del Derecho público en Europa] me refiero, entre otras cosas, al complejo formado por la Convención Europea de Derechos Humanos, la creación de las Comunidades y de su Tribunal, así como al surgimiento de los Tribunales Constitucionales de Italia y Alemania...». MITCHELL: *Ibid.*, pág. 370. Es fácil observar que, lejos de ser «municipales», los dos primeros componentes mencionados por Mitchell son de naturaleza supranacional, como lo es su *raison d'être*, es decir, «la reacción contra trágicos abusos y opresiones del reciente pasado, así como la necesidad de superar los riesgos y debilidades inherentes a la división en un mundo que requiere mercados económicos e intelectuales siempre mayores». CAPPELLETTI: *Ibid.*, pág. 24. Incluso el «surgimiento de los Tribunales Constitucionales de Italia y Alemania» está muy lejos de ser un fenómeno limitado a estas dos naciones. «El surgimiento y el auge de la jurisdicción constitucional (con o sin establecimiento de tribunales constitucionales especiales) es una característica que se está extendiendo como una mancha de aceite en los modernos sistemas constitucionales: va mucho más allá de Alemania e Italia, hasta comprender Austria y Suiza, Irlanda, Dinamarca y Noruega y, en muchos sentidos, Francia y Suecia...» Lejos de constituir un elemento de diversificación «municipal», la jurisdicción constitucional hace ejecutivos «valores que son sustancialmente compartidos por las modernas sociedades occidentales, y no solamente aquéllas de Europa occidental. La jurisdicción constitucional puede, por tanto, demostrarse otro instrumento poderoso a favor de la convergencia. De hecho, ...en el terreno... del Derecho público desaparece incluso, en buena medida, la 'gran fractura' entre Derecho civil y Derecho común (*Common Law*)». *Ibid.*

(115) U. SCHEUNER: *Fundamental Rights in European Community Law and in National Constitutional Law*, en «C. M. L. R.», núm. 12, 1975, págs. 171 y 185. Cfr. también P. PESCATORE: *The Law of Integration*, Sijthoff, Leiden, 1974, páginas 75-77, y CONSTANTINESCO: *Dix ans de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Heymanns, Colonia, 1965, pág. 205 (volumen relativo al Congreso Europeo de Colonia, 24-26 de abril de 1963).

cánica de todos los que existen en los Estados miembros, sino la elección selectiva de aquellos que son «mejores» y «más adecuados». Es difícil imaginar una función más creativa para quienes estén implicados en dicha elección (116).

Nuestro artículo debe terminar en este punto. Hemos visto que se ha producido en Europa una notable transformación general, una transformación cuyos numerosos efectos llevan hacia la adopción de diversas formas de control judicial, nacional y supranacional, constitucional y federal. Esta transformación revela, me parece, sorprendentes similitudes con transformaciones, problemas y tendencias estadounidenses del presente y del pasado. El «formidable problema» del control judicial, en particular, se ha convertido en común a ambos continentes.

Parece evidente que tenemos mucho que aprender unos de otros. Debemos desarrollar nuevos métodos e instrumentos para comparar problemas y soluciones. Debemos combinar nuestros esfuerzos si queremos alcanzar una mayor comprensión de la complejidad de un mundo en proceso de integración.

(Traducción de FAUSTINO GONZÁLEZ)

(116) Cfr. *supra*, nota 20.

