

AGRADECIMIENTOS

Este libro es el resultado de un inolvidable periodo de investigación doctoral en la Universidad Autónoma de Madrid. La tesis, dirigida por JUAN CARLOS BAYÓN, fue presentada en octubre de 2018 ante un tribunal compuesto por FRANCISCO LAPORTA, MANUEL ATIENZA y JOSÉ JUAN MORESO. De este auténtico y generoso diálogo recogí sugerencias, críticas y comentarios que, en la medida de lo posible, he intentado incorporar al texto. Seguramente hubiera sido deseable introducir más modificaciones y reformular algunos de los argumentos. De todos modos, con independencia de las imperfecciones que naturalmente subsisten y que son de mi entera responsabilidad, deseo dejar constancia de mi más honda gratitud. En particular, al *Profesor BAYÓN* (me refiero a él así por una costumbre brasileña y sobre todo porque, en este caso, el término es preciso), por todo el tiempo invertido en la lectura, discusión y corrección de este trabajo.

A mis amigos españoles, latinoamericanos, suizos y brasileños que han permitido que mi estancia en Madrid fuese ante todo sana y, claro, un poco más divertida. A DIEGO SANJURJO, PEDRO LÓPEZ, CLARISA GANIGIAN, ISUÉ VARGAS, LUIZI RAVEL, DAVID MARTÍNEZ, GUILHERME FERREIRA, FELIPE GIACOMOLLI, FELIPE CORDERO, JUAN P. DÍAZ, ALEXIA PATO, PABLO SANABRIA. A mis amigos en Brasil. En especial, a CAIO ROHENKOHL, BRUNO LEAL, PEDRO BÚRIGO y BRUNO COLETTI, quienes, además de la genuina amistad, han contribuido con su espíritu crítico a la construcción de este libro.

A mi madre, a mi hermana y a mi tía Marisa, el núcleo familiar que sigue siendo un pilar para mí y que me incentivó de manera incondicional a lo largo de esta etapa. A mis suegros, a mis primos y a mi tía Tânia por el inmenso afecto.

A ALIME, mi esposa, por acompañarme en paseos nocturnos por las calles de nuestro «Barrio de Las Letras» y por estar siempre a mi lado. Pero, especialmente, por su generosa forma de amar: a pesar de la difícil convivencia con un académico poco disciplinado, aceptó casarse conmigo. El empezar y el terminar de este trabajo se deben, en esencia, a ella.

A la agencia CAPES (Ministerio de Educación, Brasil), por la beca que me ha dado la tranquilidad financiera para desarrollar esta investigación. A mis compañeros de trabajo. A mis estudiantes.

PRÓLOGO

Si damos por sentado que la identificación del derecho requiere desarrollar alguna clase de proceso argumentativo, del tipo que sea, a partir del material en bruto constituido por los enunciados normativos producidos por el legislador, preguntar cómo vincula la ley al juez es un modo de preguntarnos cuáles de esas formas de argumentación a partir de la ley podríamos aceptar que contarían como genuina identificación del derecho. Y esa pregunta, en el fondo, equivale a estas otras: cuáles son los límites admisibles de la interpretación en el derecho, cuáles, por tanto, son en puridad los límites del derecho mismo y cuándo, en definitiva, cabe decir de una decisión judicial que realmente aplica el derecho y es por ello jurídicamente correcta.

En el Estado constitucional el juez ordinario está vinculado a la constitución y a la ley. Y aclarar cómo le vincula la ley no es entonces sino dar cuenta del modo en que se articula esa doble sumisión. Porque el sentido y los términos precisos en los que haya de entenderse su vinculación a la ley dependerán, como es obvio, de la forma en que se entienda su vinculación a la constitución y el modo en que ésta condicione o module aquélla. Hoy día, la opinión tal vez más común al respecto es que esa doble sumisión, como rasgo específico del Estado constitucional, habría tornado inviable o nos forzaría a abandonar o superar cualquier modo de entender la vinculación del juez a la ley que vaya en la línea de lo que solemos llamar formalismo, entendido, por ahora sin mayores precisiones, como literalismo o textualismo en la interpretación y aplicación de la ley. Por supuesto, con ello no se quiere decir —o al menos no puede querer decirlo nadie mínimamente informado— que el formalismo así entendido

no haya sido criticado y rechazado con anterioridad al establecimiento de ese peculiar modelo de organización jurídico-política que es el actual Estado constitucional. Que la interpretación de la ley, en contra de lo que sostendría el formalismo, ha de pasar de una manera u otra por la toma en consideración de valores o razones justificatorias subyacentes a las disposiciones legales, de un modo tal que permitiría alumbrar un fondo de derecho implícito capaz de mostrarnos como jurídicamente correctas decisiones *praeter legem* e incluso *contra litteram legis*, es a decir verdad una idea recurrente en nuestra cultura jurídica, por más que en distintos momentos haya sido sostenida de diferentes maneras y con muy diversos acentos. Tampoco es que se esté sugiriendo —aunque puede que aquí haya alguna excepción— que el formalismo era después de todo el modo adecuado de entender la vinculación del juez a la ley en el Estado legislativo de derecho y que solo ha dejado verdaderamente de serlo con el advenimiento del Estado constitucional. Pero, sea como fuere, lo que con frecuencia se nos viene a decir hoy en día es que el asentamiento del Estado constitucional nos habría dado en cualquier caso renovadas, más abundantes y visibles y, en definitiva, más poderosas razones —hasta el punto, se dice, de hacerlas ya incontestables— para entender de manera no formalista los términos en los que la ley vincula al juez.

Este es el contexto en el que se enmarcan las a mi juicio oportunas y estimulantes reflexiones de este libro. En esta presentación que su autor, Pedro Moreira, ha tenido la amabilidad de invitarme a redactar, me propongo tan solo trazar a grandes rasgos las coordenadas teóricas de la discusión a la que viene ahora a sumarse su valiosa contribución, sin más pretensiones que las de destacar quiénes son sus interlocutores, qué discute y en qué términos lo discute, de un modo que pueda ayudar a calibrar la relevancia de sus aportaciones.

La filosofía jurídica de las últimas décadas ha dedicado buena parte de sus esfuerzos a discutir tanto el propio modelo de organización jurídico-política que representa el Estado constitucional como los modos de entender el derecho y el razonamiento jurídico que habrían de reputarse adecuados en el contexto de ese modelo. Pero creo que, con pocas excepciones, cada una de esas discusiones se ha planteado de un modo que las mantenía sustancialmente incomunicadas.

Por un lado, se ha desarrollado una discusión sobre concepciones del constitucionalismo en términos abiertamente normativos, pero centrada en —o casi cabría decir limitada a— lo que sintéticamente podríamos llamar cuestiones de diseño institucional en sentido estricto. Debatir acerca del mejor modo de concebir el constitucionalismo es preguntarse por el mejor modo de entender y construir la relación entre democracia y derechos, entre legisladores y jueces. Pero esa discusión, que con seguridad

tiene implicaciones mucho más amplias que las ceñidas al diseño de instituciones y la atribución de competencias, ha girado sobre todo en torno a la justificación, frente a la recalcitrante objeción contramayoritaria, del control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley. El debate mismo sobre si debería existir o no ha ido dando paso, más bien, a la discusión acerca de cuál sería la forma en la que debería articularse: si del modo «fuerte» que resulta de combinar altos grados de rigidez, «constituciones abstractas» (más que «de detalle») en cuanto a la formulación de extensos catálogos de derechos y supremacía o «última palabra» judicial para la identificación de su contenido y alcance; o más bien de alguna forma «débil» o «dialógica» que a través de diferentes mecanismos, algunos ya disponibles en el constitucionalismo comparado, hiciera posible un genuino «diálogo constitucional» sin comprometer la capacidad de respuesta del legislador a las decisiones de los jueces constitucionales. Y también, por cierto, ha sido objeto de discusión si la respuesta a preguntas como las anteriores debería o no ser diferente dependiendo del contexto, esto es, en vista de la realidad política de cada Estado. Pero, en suma, esta discusión normativa con frecuencia se ha limitado a las cuestiones relativas a la forma institucional que debería adoptar el Estado constitucional.

En el ámbito de la teoría del derecho y del razonamiento jurídico, por otro lado, con frecuencia se ha pretendido situar la discusión más en un plano conceptual que en uno declaradamente normativo o prescriptivo, entendiéndose que lo que realmente está en cuestión es el modo adecuado de reconstruir conceptualmente una realidad a la que se asume que el teórico puede aproximarse como a un objeto dado. Y, con esa perspectiva, el debate se ha encauzado sobre todo hacia el cuestionamiento o la reivindicación del positivismo jurídico, de su alcance explicativo, de su capacidad o no para dar cuenta, se dice, de la realidad del derecho y su aplicación en el Estado constitucional. Aunque es notorio que la expresión «positivismo jurídico» se ha usado en diferentes sentidos, se entiende casi de inmediato que lo que aquí estaría en juego es su viabilidad como un modo de concebir el derecho que tendría en su núcleo la tesis de las fuentes sociales y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Y lo que se sostiene a menudo es que la realidad del Estado constitucional dejaría una concepción semejante en entredicho, porque en él la actividad argumentativa del juez no pasaría solo por aplicar leyes que se expresan en forma de reglas, sino también principios constitucionales (especialmente, aunque no solo, derechos fundamentales formulados como principios), la aplicación de los principios requeriría ponderación y esta abriría indefectiblemente el razonamiento jurídico al razonamiento moral. Para completar la visión panorámica de los términos en los que casi siempre se ha desenvuelto la discusión solo falta añadir que, como contestación a ese

punto de vista, se suele reivindicar el positivismo jurídico por dos vías o de dos maneras sustancialmente diferentes. La primera es la que se niega a admitir que en el Estado constitucional la identificación del derecho pase en parte por acudir al razonamiento moral, generalmente empezando por discutir que pueda trazarse una distinción «fuerte» o cualitativa entre reglas y principios y negando que la aplicación de normas jurídicas, comoquiera que estén formuladas, requiera en algún caso ponderación y no meramente interpretación y subsunción, aunque también a veces intentando mostrar que, si se entiende y usa rectamente, no habría por qué admitir que el método ponderativo abre la identificación del derecho al razonamiento moral. La segunda vía de reivindicación del positivismo, en cambio, es la que nos propone entender o reformular sus tesis nucleares de manera que quepa integrar en ellas la admisión de que efectivamente en ordenamientos como los nuestros (aunque, se añade, no tendría por qué ser necesariamente así en cualquier ordenamiento jurídico concebible) la identificación del derecho requiere en parte acudir al razonamiento moral, lo que lleva a distinguir entre diferentes versiones del positivismo jurídico —esto es, entre distintas maneras de entender sus tesis centrales— y a discutir las razones para preferir una u otra, generando así una suerte de «disputa de familia» dentro de las filas positivistas que, como no ha dejado de señalarse, ha alcanzado a veces un notable grado de escolasticismo.

Pedro Moreira, en cambio, plantea de otra manera el sentido y los términos de esas dos discusiones (la que versa sobre concepciones del constitucionalismo como modelo jurídico-político y la que se desarrolla en el terreno de la teoría del derecho y del razonamiento jurídico), haciéndolo de un modo que, ahora sí, resueltamente las conecta. Ese replanteamiento es el que en realidad vertebra las tesis centrales del libro y constituye a mi modo de ver una de sus aportaciones más interesantes.

Pedro Moreira subraya, de un modo que a mi juicio resulta esclarecedor, hasta qué punto la discusión normativa que enfrenta a distintas concepciones del constitucionalismo resulta empobrecida o incompleta cuando se limita a contrastar propuestas alternativas de diseño institucional. Porque, en un plano más profundo, una concepción del constitucionalismo supone todo un modo de entender las relaciones entre los derechos y la política democrática, entre jueces y legisladores, lo que por supuesto tendrá implicaciones en cuanto a la forma en que han de quedar diseñadas nuestras instituciones, pero también respecto al modo en que cada uno de los actores que van a operar en esa estructura debería comprender el papel que le corresponde dentro de ella, los términos en los que debería desarrollarse su actividad y el tipo de prácticas (de «cultura jurídico-política») en las que todo ello debería traducirse. En el planteamiento de Pedro Moreira

esto último resulta crucial y nos lo muestra contrastando los presupuestos y las implicaciones de dos concepciones opuestas, el «constitucionalismo de los derechos» y el «constitucionalismo político». El primero asumiría que la función de las constituciones al reconocer derechos —por más que lo hagan en términos inconcretos, en forma de principios— es dejar trazados límites a la política democrática. Y ello llevará no solo a abogar por algún diseño institucional de constitucionalismo «fuerte» en cuanto al control de constitucionalidad de la ley, sino también a que el juez ordinario, incluso si actúa dentro de un sistema de control concentrado en el que carece de atribuciones tanto para invalidar como para inaplicar la ley por razón de su inconstitucionalidad, asuma con naturalidad que también a él le compete hacer valer la constitución por encima de la ley en el sentido de excepcionar, cuando entienda que la constitución lo exigiría, la aplicación al caso concreto de una ley aun cuando no se esté poniendo en duda su constitucionalidad. El constitucionalismo político, que el autor de este libro defiende, asume en cambio que la función de las constituciones al reconocer derechos consiste en formular los conceptos valorativos básicos en torno a cuya concreción o articulación precisa deben desenvolverse la deliberación y el autogobierno democráticos de una comunidad política. Y ello conduce no solo a defender tipos de diseño institucional distintos de los del constitucionalismo «fuerte» en cuanto al control de constitucionalidad de la ley (ya sea propugnando su inexistencia o, de manera más matizada y seguramente más justificable, su articulación en alguna forma débil o dialógica), sino también a que el juez ordinario, tomando conciencia de los límites institucionales de su posición, asuma una actitud de deferencia a la autoridad del legislador cuando interpreta y aplica la ley. Pedro Moreira explica con claridad que el problema de fondo del constitucionalismo de los derechos reside en que ignora la importancia de la que denomina «pregunta institucional»: la concreción del contenido y alcance de los derechos pasa ineludiblemente por una «lectura moral» de la constitución y, puesto que tenemos desacuerdos sobre esa cuestión sustantiva, la pregunta que hay que responder es a quién se le va a atribuir la autoridad para llevar a cabo dicha concreción. El constitucionalismo de los derechos, asumiendo que las constituciones dejan trazados los límites a la política democrática y por lo tanto no planteándose abiertamente la pregunta institucional, oscurece cuál es en realidad su respuesta a la misma: que la concreción del contenido y alcance de los derechos que se lleva a cabo en la legislación tiene en todo caso un valor provisional, susceptible siempre de ser superado o desplazado por una concreción diferente que lleven a cabo los jueces. Y eso es justamente lo que rechazaría el constitucionalismo político, que mantiene que el juez ordinario debe reconocer la autoridad del legislador para llevar a cabo la

concreción de los derechos mostrándose deferente a la misma, esto es, desarrollando una práctica de interpretación y aplicación de la ley que dé continuidad a las decisiones del legislador, no que, llegado el caso, las desplace o excepcione a la luz de la concreción diferente de los derechos que considera sustantivamente correcta el juez.

Planteadas así las cosas, se comprende con facilidad que el autor de este libro no esté interesado en tomar parte en las discusiones acerca de si el positivismo jurídico —o alguna versión del mismo— es o no apto para dar cuenta de la realidad del derecho y su aplicación en el Estado constitucional. Porque entiende que el tipo de teoría del derecho y del razonamiento jurídico que necesitamos aquí es una que se sitúe en un plano abiertamente normativo o prescriptivo y por eso, por cierto, el único sentido en el que en este libro se alude expresamente al positivismo jurídico, para reivindicarlo, es en el del hoy llamado positivismo normativo o prescriptivo. Cuando, por el contrario, la discusión pretende situarse en un plano puramente conceptual parece que se asume la realidad de una práctica que se desenvuelve de cierto modo, cuando aquí, precisamente, la cuestión relevante es cómo debería desenvolverse. De ahí que quien lea este libro no vaya a encontrar en él reivindicación alguna del «positivismo metodológico o conceptual», ni verá tampoco que las posiciones o enfoques que en él son objeto de crítica lo sean por representar alguna forma de «no positivismo» o «post-positivismo». Antes bien, lo son en tanto que manifestaciones del constitucionalismo de los derechos (y en esa medida, según el análisis del autor, por no respetar adecuadamente la autoridad de la legislación), con independencia de que se conciban a sí mismas como positivistas (como sería el caso del «constitucionalismo garantista») o no positivistas (el del «constitucionalismo principialista»).

El recorrido que Pedro Moreira nos invita a seguir culmina en la tesis a mi juicio más significativa de este libro, inscrita de hecho en su propio título: el tipo de fidelidad a la ley que el constitucionalismo político exige es la de un juez deferente, no la de un juez formalista. El juez formalista entiende que las reglas que son resultado de la ponderación del legislador están llamadas a guiar sus decisiones de un modo completamente opaco a las razones que las justifican. El juez deferente, en cambio, considera legítimo abrir el razonamiento aplicativo a la consideración de las razones subyacentes a las reglas, con lo que puede ser apropiado decidir ciertos casos de manera diferente a lo dispuesto literalmente en su formulación, pero siempre a condición de que quepa sostener que esas razones subyacentes son las del legislador, las que este haya tenido en cuenta y con el peso que haya pretendido darles. Claro está que para que ese juez deferente sea realmente distinguible del juez pura y simplemente activista, del que solo cabe decir que no es leal a la decisión autoritativa del legislador,

sino que la sustituye por lo que él estima que debería haber decidido, tiene que ser posible la identificación objetiva de las razones del legislador. Pedro Moreira nos señala así la dirección en la que debería desarrollarse un programa de investigación que me parece especialmente sugerente, consistente en un análisis en detalle de las formas específicas de argumentación que permitirían respaldar la atribución al legislador de ciertas razones como las subyacentes a sus reglas.

Solo me resta decir que este libro es el resultado de la investigación doctoral de Pedro Moreira, que tuve el placer de supervisar. Como he podido seguir su gestación desde el comienzo, me consta que en su origen estuvo la preocupación concreta, yo diría que política antes de serlo también teórica, que le causaba a su autor el hecho de que en su país, Brasil, haya proliferado con pocas voces críticas un tipo de cultura jurídica, de práctica jurisdiccional en nombre de la constitución y sus derechos, que él percibía como injustificable activismo judicial. Su interés en revisar críticamente las construcciones teóricas usualmente invocadas para justificar o dar cobertura a esas prácticas nace de esa preocupación. Desde luego, no se le oculta al autor que en su país, como ocurre ciertamente en otros lugares de América Latina en los que esa cultura judicial activista en nombre de la constitución es igualmente celebrada, la política democrática adolece de importantes deficiencias estructurales. Su crítica al activismo judicial no surge en absoluto de una idealización ingenua (o peor: cínica) del legislador. Nace de la convicción —cuyo valor no me parece en modo alguno meramente local, sino auténticamente universal— de que un proceso democrático defectuoso se corrige con más y mejor democracia, no añadiendo a esas carencias el déficit de legitimidad suplementario que entraña desplazar hacia los jueces un poder que no les corresponde. Recordárnoslo, me parece, es una de las razones de más peso para considerar especialmente oportuna la publicación de este libro.

JUAN CARLOS BAYÓN

INTRODUCCIÓN

La proliferación de cartas y catálogos de derechos es un hecho incontrovertible. No sería exagerado afirmar que el «mundo de los derechos» es ya nuestra realidad. Tal vez no desde un punto de vista esencialmente fáctico o sociológico, que a menudo dista bastante de lo proclamado normativamente, pero sí, desde luego, en lo que se refiere al diseño de una parte significativa de nuestras constituciones actuales. Por lo general, nuestras constituciones suelen contener un nutrido conjunto de derechos, casi siempre formulados como principios, esto es, como normas de una marcada textura moral. Además, y como sabemos, nuestras constituciones suelen disponer de un elemento más: la presencia de un órgano jurisdiccional cuya función principal consiste en salvaguardar estos derechos y garantías fundamentales. Naturalmente nada de ello constituye una necesidad conceptual, sino que se trata de una mera constatación empírica, aunque, tal y como trataré de mostrar en su momento, no deja de contar con interesantes y sugerentes excepciones.

De todos modos, es habitual clasificar esta etapa de la historia constitucional, si es que resulta apropiado decirlo así, como una etapa marcada por la prominencia del Estado Constitucional. A los efectos de la discusión que tendrá lugar en este libro, el término «Estado Constitucional» puede ser entendido simplemente de esta manera: una forma de organización del Estado en la cual la Constitución *pone en relación de un modo particular derechos, jurisdicción y legislación*. En este sentido y siguiendo a BRUNO CELANO, los rasgos distintivos del Estado Constitucional de Derecho descansan en un doble carácter: (1) sustantivo, ante la incorporación normativa de principios y valores éticos; y (2) estructural, en razón de los mecanismos de garantía jurisdiccional de la Cons-

titudin¹. De ahí que se produzca una conjunción decisiva entre *derechos y jurisdicción*.

Nótese que lo anterior no es más que una sucinta descripción de los elementos definitorios del Estado Constitucional. Y, según creo, no parece haber controversia relevante a ese respecto, lo que es tanto como decir que podríamos dar por sentada la corrección de la descripción suministrada por CELANO. Ahora bien, la cuestión se vuelve interesante —y obviamente peliaguda— cuando se plantea de qué manera *debería* hacerse operativa esta relación entre *jurisdicción y derechos*, porque es aquí donde surgen los problemas vinculados al poder de los jueces para llevar a cabo la tarea de salvaguardar los principios y valores constitucionales. Y es precisamente al adoptar esta perspectiva cuando el enfoque exclusivo en los ingredientes que parecen definir el llamado Estado Constitucional puede provocar malentendidos o, por lo menos, una comprensión insuficiente de la cuestión.

Insuficiente porque, si nos dejáramos guiar en exceso por lo que nos revela esa descripción, podríamos llegar a pensar que el núcleo del problema del poder de los jueces está intrínsecamente conectado con el mecanismo específico de la garantía jurisdiccional de la Constitución, esto es, con la institucionalización del control de constitucionalidad. En consecuencia, podríamos llegar a la conclusión de que si alguna objeción hubiera que formular a la relación entre *jueces y derechos* habría que dirigírsela específica y necesariamente a la *judicial review*. A lo largo del trabajo, intentaré mostrar que esta forma de plantear las cosas no permite captar lo que realmente resulta esencial, aunque tal vez ayude a explicar un cierto énfasis en la discusión en torno a la objeción democrática a la justicia constitucional², una discusión que, en términos generales, concentra su atención en la pregunta acerca de si deberíamos o no otorgar a los jueces la última palabra para determinar el contenido y alcance de nuestros derechos. Sin embargo, y por mucho que la relevancia de todo ello sea en efecto innegable, creo que se trata de un enfoque insuficiente, precisamente porque pasa por alto lo que en definitiva parece implicar la centralidad de los derechos en el Estado Constitucional.

¹ Véase BRUNO CELANO, «Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione», *Analisi e Diritto* (a cura di PAOLO COMANDUCCI y RICCARDO GUASTINI), 2004 (pp. 53-74), pp. 53-55.

² Volveré a este tema a lo largo del libro e intentaré mostrar que este debate, a los efectos de los objetivos de este estudio, podría replantearse, leerse de manera sutilmente distinta. De momento, basta con hacer referencia al importante trabajo de VÍCTOR FERRERES acerca del tema, que, a mi juicio, parece haber impulsado —más allá de los confines del debate anglosajón— la discusión en torno a la legitimidad democrática de un *diseño institucional* que contempla el control de constitucionalidad de las leyes. Véase VÍCTOR FERRERES COMELLA, *Justicia Constitucional y Democracia*, 2ed, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

El problema de la relación entre *jueces* y *derechos* no se restringe a la cuestión de quién debe disponer de la última palabra para decidir si una ley vulnera o no un determinado derecho fundamental. El ideal de los derechos reclama una importancia aún más cardinal y acentuada. No es una casualidad que un autor como FRANCISCO RUBIO LLORENTE haya llegado a proponer la utilización del término «Estado *de Derechos*» en lugar de «Estado de Derecho»³. CARLOS SANTIAGO NINO, en el marco de la discusión en torno a la incorporación de derechos a la Constitución, nos ofrece incluso un esbozo de lo que podría entenderse como la «constitución ideal de los derechos»⁴. Y, en términos más concretos, GUSTAVO ZAGREBELSKY, con independencia de la corrección de sus tesis normativas y también descriptivas, hace hincapié en la insoslayable centralidad de los derechos en el Estado Constitucional, señalando, a grandes rasgos, que la eficacia normativa de los principios constitucionales constituye una herramienta para el alcance de decisiones judiciales más justas⁵.

En efecto, el Derecho del Estado Constitucional parece estar al servicio de la consolidación y protección de los catálogos de derechos. Y ello entraña consecuencias decisivas para el ejercicio de la actividad judicial, en la medida en que no sólo la jurisdicción constitucional, sino también la jurisdicción ordinaria pasa a comprender su cometido en términos de maximización o plasmación del proyecto constitucional. El Estado no es ya «*de Derecho*», sino «*de Derechos*», con lo cual el viejo ideal del imperio de la ley —la forma, el procedimiento, la centralidad de las reglas, la certeza jurídica— se ve menoscabado frente al ideal de los derechos y del valor moral contenido en la dimensión sustantiva de la Constitución. A este proceso que afecta en particular a la jurisdicción ordinaria se le suele denominar *constitucionalización* del Derecho o, con alguna matización, *irradiación* de los derechos fundamentales. Sobre eso volveré con más detenimiento en el capítulo segundo. De momento, me parece oportuno señalar que, en este contexto, el segundo elemento distintivo del Estado Constitucional —la jurisdicción constitucional— pierde incluso la rele-

³ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 1116. Nótese que esta forma de comprender el Estado Constitucional no tiene que ver con el análisis de los ingredientes institucionales conectados con el reparto del poder político y que se hallan en la parte orgánica de la Constitución. Un enfoque como este, que en realidad entiende la Constitución como límite al poder y también como forma de organización del poder, puede verse en CARL J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*, 4ed., Waltham, Massachusetts, Blaisdell Publishing Company, 1968.

⁴ CARLOS SANTIAGO NINO, *La constitución de la república deliberativa*, trad. Roberto P. Saba, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 70.

⁵ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, 10 ed., trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011.

vancia que tenía en un principio. LUÍS PRIETO SANCHÍS, por ejemplo, sostiene que el control formal de constitucionalidad podría en realidad resultar prescindible, ya que lo auténticamente importante estaría en el poder de los jueces ordinarios para manejar los principios constitucionales a fin de resolver de manera *correcta* los casos particulares⁶.

Si esto es así, no sería precipitado afirmar que la figura del juez ordinario se encuentra en el centro de la operatividad de los derechos en el Estado Constitucional. *Garantizar* la Constitución ya no es algo que se hace simplemente desde una posición institucional determinada y de acuerdo con procedimientos y mecanismos específicos. En un «Estado de Derechos», es la actividad judicial misma la que está orientada e informada por el ideal de los derechos, con lo cual se encomienda también a los jueces ordinarios la tarea de llevar a cabo la plasmación de las promesas constitucionales. Y es precisamente por ello por lo que resulta sumamente relevante la pregunta acerca del rol e importancia de la ley en dicho contexto; es decir, si la función judicial debe ser entendida sobre la base del compromiso con la aplicación de la dimensión sustantiva de la Constitución, ¿qué importancia puede concederse a la ley? De ahí que empiecen a justificarse las preguntas fundamentales de esta investigación: ¿en qué medida cabría hablar de vinculación del juez ordinario a la ley en el Estado Constitucional? ¿Es en realidad posible hablar de deferencia al legislador en un «mundo de derechos»? En caso afirmativo, ¿de qué manera resultaría apropiado hacerlo?

Con el objetivo de afrontar estos interrogantes, me parece decisivo hacer hincapié en una distinción fundamental, sobre la que volveré con frecuencia a lo largo del libro: una cosa es aceptar la descripción de CELANO acerca de los rasgos definitorios del Estado Constitucional, es decir, una cosa es aceptar que nuestras constituciones *ponen en relación derechos y jurisdicción* (algo que, en mi opinión, está fuera de duda); y otra, muy distinta, es aceptar que de ello se siga que los jueces ordinarios deban comprender su cometido en términos de maximización o consolidación de estos derechos en los casos concretos. Porque la verdad es que esto representa tan solo una ideología de la actividad judicial, que descansa, en última instancia, en una concepción contingente y disputable del constitucionalismo.

Uno de los argumentos centrales de este estudio consiste en sostener que de hecho es posible hablar de deferencia al legislador en el Estado Constitucional. Y ello no tiene por qué implicar el rechazo de ninguno de aquellos rasgos definitorios, no tiene por qué implicar la negación de los

⁶ Véase LUÍS PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta. 2013, p. 28.

derechos (formulados en tanto que principios) ni de la *judicial review*. Al contrario, mi propósito consiste en dar por sentada la existencia de todo ello y, así, hacer frente al problema de cómo tomar en serio la vinculación del juez a la ley *precisamente* en un «mundo de derechos». Pero para ello será necesario entrar en la discusión acerca de la mejor concepción del constitucionalismo⁷, ofreciendo una descripción de las relaciones entre *derechos, legisladores y jurisdicción* que mantenga la inteligibilidad y la solidez de la idea de deferencia al legislador. Y con el fin de elaborar mi planteamiento general me serviré de la siguiente estructura argumentativa y metodológica:

(1) En el primer capítulo, trataré de examinar lo que voy a denominar «la advertencia de Kelsen». Mi objetivo consiste en investigar el sentido fundamental de la recomendación de KELSEN (en el seno de la querrela con SCHMITT acerca de quién debería ser el defensor de la Constitución) de que las constituciones no deberían incorporar principios en sus textos, pues ello podría dar lugar a una «insoportable» transferencia de poder político a la jurisdicción. Lo que me propongo es no solo hacer un análisis de la *Teoría Pura* y de la defensa kelseniana de la justicia constitucional, sino también —y principalmente— examinar los escritos de carácter político-filosófico de KELSEN. De ahí se desprenderá, en esencia, la siguiente conclusión: el constitucionalismo kelseniano era una concepción *al servicio de la política*, no de los derechos. Y es por ello por lo que resulta esencial, a fin de mantener el ideal de deferencia al legislador en el Estado Constitucional, recuperar el sentido político de su modelo de garantía jurisdiccional de la Constitución.

(2) En el segundo capítulo entraré en la discusión que, de modo aún embrionario, se ha empezado a esbozar en esta introducción. Me propongo examinar de manera detenida las concepciones del constitucionalismo propias de un Estado Constitucional entendido en tanto que «Estado de Dere-

⁷ SUSANNA POZZOLO, por ejemplo, parece tenerlo muy claro al poner en contraste el «neoconstitucionalismo» (etiqueta de la que no me serviré en este trabajo) y el «positivismo». Pero lo que la autora intenta demostrar, entre otras cosas, es que la modificación estructural que ha tenido lugar en el seno de la transformación del «Estado legalista» en «Estado Constitucional» no implicaría el abandono del positivismo en cuanto «método». Aparentemente, el «neoconstitucionalismo» se encontraría en el plano de la política del derecho (aunque, según POZZOLO, resulte ambiguo precisamente porque no habría decidido si su cometido consistiría en hacer teoría o ideología), mientras que el positivismo se hallaría únicamente en el plano de la teoría. Véase SUSANNA POZZOLO, «Un constitucionalismo ambiguo», en MIGUEL CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ed., Madrid, Trotta, 2009 (pp. 187-210). Tal y como trataré de argumentar en su momento, esta forma de plantear las cosas suscita interesantes problemas. A mi juicio, el contraste no está enfocado adecuadamente y es por ello por lo que, como veremos en el capítulo tercero, me serviré de una concepción *prescriptiva* del positivismo jurídico.

chos»; y las condensaré bajo la etiqueta «constitucionalismo de los derechos». Voy a dividir esta concepción en dos vertientes distintas: el principialismo (cuyos autores principales serían ALEXY y DWORKIN) y el garantismo (de LUIGI FERRAJOLI). La conclusión que se desprenderá de dicho análisis será la siguiente: el constitucionalismo *al servicio de los derechos*, aunque se haya servido de la estructura de la justicia constitucional kelseniana, ha ignorado, en cambio, enteramente su función. Desde la perspectiva del «constitucionalismo de los derechos» —sostendré— no se hace operativa la idea de *deferencia al legislador*, porque lo que realmente vincula la decisión es una clase de argumentación moral anclada en la dimensión sustantiva de la Constitución.

(3) En el capítulo tercero, intentaré mostrar, ante todo, que lo que está verdaderamente en discusión es la forma de concebir la relación entre *derechos, jueces y legisladores*. Voy a tratar de elaborar una concepción del constitucionalismo (sirviéndome de una etiqueta ya conocida: el «constitucionalismo político») que permita tomar realmente en serio la vinculación del juez a la ley. Dicha concepción se construirá sobre la base de cuatro argumentos fundamentales: a) el desacuerdo, b) la contingencia y contextualidad del control judicial de la ley, c) el escepticismo en torno a la protección judicial de los derechos y d) el positivismo prescriptivo. El «constitucionalismo político» recobra el sentido profundo de la «advertencia de Kelsen» y es por ello por lo que, a fin de cuentas, constituye un horizonte de comprensión adecuado para que resulte verdaderamente operativa la noción de *deferencia al legislador*.

(4) Y finalmente, en el cuarto y último capítulo, trataré de ofrecer un planteamiento general de lo que podría entenderse como un modelo de *juez deferente*. En resumen, trataré de subrayar que el tema de la interpretación jurídica debe ser comprendido en conexión con el problema de la distribución general del poder político; es decir, con lo que llamaré «la pregunta institucional». El *juez deferente* debe entender su actividad en términos institucionales, como alguien que está llamado a ejercer una determinada parcela de poder político. Sin embargo, aquí la palabra «determinada» resulta cardinal. El *juez deferente* debe comprender que forma parte de un orden normativo institucionalizado, de una práctica formalmente estructurada. Así que su cometido, en la interpretación y aplicación del Derecho, debe consistir en dar continuidad a la decisión autoritativa del legislador. De todos modos, si en último término esto puede resultar plausible, es algo que depende, en especial, de la comprensión del sentido de la «advertencia de Kelsen», que se aborda a continuación.

I

LA ADVERTENCIA DE KELSEN

HANS KELSEN, en su famoso escrito *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*¹, 1928, advirtió:

«(...) la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible»².

Por «fraseología», KELSEN se refiere a términos como *dignidad, igualdad, equidad, moralidad*, cuyo carácter abstracto permitiría que «cualquier regla jurídica»³ pudiera justificarse con arreglo a esos principios. Si la Constitución no determina el contenido de dichas fórmulas, ni tampoco enuncia criterios objetivos por medio de los cuales se debe entenderlas, la conclusión es que los órganos llamados a aplicarlas poseen amplio espacio de discrecionalidad para interpretarlas y darles un sentido específico. Y ello sucede precisamente por dos razones: (1) por más que se haya intentado, no tenemos a nuestra disposición una noción unívoca y verdadera

¹ En este trabajo se ha consultado la siguiente versión: HANS KELSEN, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», trad. Juan Ruiz Manero, en HANS KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid, Editorial Debate, 1988 (pp. 109-155). Se trata de traducción al español de la versión originalmente publicada en francés, en 1928, en la *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et a l'étranger*.

² HANS KELSEN, «La garantía jurisdiccional de la constitución», cit., p. 143.

³ HANS KELSEN, «La garantía jurisdiccional de la constitución», cit., p. 143.

para caracterizar, por ejemplo, la *igualdad*; (2) el modo como cada uno de nosotros comprende lo que es conforme a la igualdad se manifiesta de innumerables formas⁴.

Esta última idea puede verse también a partir de la siguiente afirmación de JEREMY WALDRON, en la primera línea de *Law and Disagreement*, su más conocida obra: «*There are many of us, and we disagree about justice*»⁵. «A» y «B» pueden aceptar con tranquilidad —en abstracto— el valor (o, si se quiere, la norma) de la justicia. Sin embargo, y en el marco de una sociedad pluralista, no hay por qué esperar que ambos coincidan en lo referente a la concreción de ese valor en un momento determinado. El desacuerdo constituye, a juicio de WALDRON, una de las circunstancias de la política⁶ y debería, por lo tanto, resolverse a través de un procedimiento que tomara en serio esas circunstancias.

Algo muy semejante es lo que sostiene KELSEN. Las líneas que anteceden la «advertencia de Kelsen» ponen de manifiesto exactamente el reconocimiento del *hecho del desacuerdo*. La aplicación de esos principios (*igualdad, justicia, equidad...*) es, para él, una operación realizada de manera más o menos arbitraria, que estriba necesariamente en la concepción política y moral del órgano aplicador. Si esto es así, lo que subyace a la «advertencia de Kelsen» es el «peligro» de que una ley pueda ser anulada en razón de las sencillas preferencias políticas de los jueces constitucionales. Y ¿por qué? Por el simple hecho de que el tribunal, así entendida su actividad, se convierte en «representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento»⁷. KELSEN parece, por tanto, rechazar la combinación entre justicia constitucional y principios constitucionales⁸. Está claro que, a su modo de ver, esa combinación podría implicar un desplazamiento de poder político «completamente contraindicado»⁹.

Con algunas matizaciones, pienso que no es desmesurado sostener la existencia de un *acuerdo* entre HANS KELSEN y JEREMY WALDRON. Puesto

⁴ Ambos aspectos pueden encontrarse en la argumentación llevada a cabo por KELSEN. Vid. HANS KELSEN, «La garantía jurisdiccional de la constitución», cit., p. 142.

⁵ JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, N. York, Oxford University Press, 1999, p. 01. En realidad, la misma afirmación puede encontrarse en JEREMY WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 36, cuando el autor estudia la idea de «dignidad de la legislación» a la luz de la filosofía de KANT.

⁶ WALDRON señala las dos «circunstancias de la política»: (1) el desacuerdo moral y político; (2) la necesidad de actuar en cooperación, es decir, la acción colectiva. Vid. JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., p. 101.

⁷ HANS KELSEN, «La garantía jurisdiccional de la constitución», cit., p. 143.

⁸ Me refiero a principios constitucionales, en este capítulo, aún en un sentido más básico, como fórmulas de significado muy abierto, tal como el propio KELSEN parece entenderlos. Sabemos que, sobre todo tras los trabajos de RONALD DWORKIN y ROBERT ALEXY, la idea de «principio» adquiere significados un poco más sofisticados.

⁹ HANS KELSEN, «La garantía jurisdiccional de la constitución», cit., p. 143.

que no sería oportuno profundizarla en este momento, basta dar por sentada la conocida crítica de WALDRON al mismo desplazamiento de poder hacia los tribunales del cual nos habla KELSEN¹⁰. En cambio —y aquí deseo poner el acento— hay también un claro *desacuerdo* entre ellos. Podríamos sintetizarlo así: el planteamiento de KELSEN se sitúa en un proyecto destinado a justificar el control judicial de la ley; las consideraciones de WALDRON, por otra parte, dan respaldo a una fuerte objeción al control judicial de la ley¹¹. KELSEN es el «padre», por así decirlo, del modelo europeo (concentrado) de control de constitucionalidad¹². WALDRON es referencia obligada para quienes —en la actualidad— suscitan una objeción al control judicial de la ley.

KELSEN, al plantear la advertencia que da título a este capítulo, quiere evitar, para utilizar sus propias palabras, el poder «insoportable» de los jueces constitucionales¹³. Pero, al contrario de lo que piensa WALDRON, no desea poner en cuestión el control de constitucionalidad. Todo lo contrario: defiende que el examen de constitucionalidad de la ley por una instancia judicial independiente, ajena en gran medida a las disputas políticas ordinarias, es esencial para la eficaz garantía de la Constitución. Incluso, cabría aducir que parte de nuestra creencia en la necesidad del control judicial de

¹⁰ Para los propósitos de este capítulo, es suficiente mencionar la severa objeción de WALDRON a la resolución de nuestros desacuerdos (en temas esencialmente *de principios*) por los tribunales. Para WALDRON, si la justificación de la *judicial review* es, por ejemplo, protegernos de los abusos de la mayoría parlamentaria, es un insulto que, acudiendo precisamente a este tipo de argumento, un tribunal llegue a una decisión tras deliberar, discrepar y acudir también a la regla de la mayoría. Vid. JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., p. 15.

¹¹ Conviene agregar, si bien habrá ocasión de comentarlo a lo largo del trabajo, que WALDRON matiza su reproche incondicionado a la *judicial review*. Vid. JEREMY WALDRON, «The Core of the Case against Judicial Review», *The Yale Law Journal*, 115, 2006 (pp. 1346-1406).

¹² Vid. PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987, p. 32. Observa PEDRO CRUZ: «lo que caracteriza al sistema “europeo” tal como queda plasmado a partir de 1920, antes y por encima de cualquiera de sus conocidos elementos integrantes, es el haber hecho del control de constitucionalidad de las leyes una función *regulada, positivizada, racionalizada* y, en definitiva, *limitada*». La referencia de PEDRO CRUZ al año de 1920 alude a la Constitución de Austria, de 1 de octubre de 1920, que consagró un modelo concentrado de control judicial de la ley, cuya competencia residía en un Tribunal Constitucional. El hecho de que HANS KELSEN haya participado intensamente en las discusiones y en la elaboración misma de la Constitución austriaca, en particular en lo que atañe al control de constitucionalidad (cit., pp. 251-262), justifica llamarle el «padre» de este modelo europeo.

¹³ «(...) y no es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en ese caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable». HANS KELSEN, «La garantía jurisdiccional de la constitución», cit., p. 143.

constitucionalidad tiene estrecha relación con el proyecto de justicia constitucional llevado a cabo por KELSEN a partir de la experiencia austríaca¹⁴ y, en particular, tras su defensa de un tribunal constitucional para Alemania, antes del derrocamiento de la República de Weimar.

¿Cómo, entonces, KELSEN y WALDRON podrían estar tan de acuerdo respecto de los peligros de la actividad de la jurisdicción constitucional? O, refinando un poco más la pregunta, ¿cómo pueden ambos hablar en términos de desacuerdo, aceptar la controversia política y moral en torno a los principios, subrayar que un tribunal no debería fallar sobre la base de principios y, en cambio, asumir posturas muy distintas en relación a la *institución* del control de constitucionalidad? Podría pensarse al menos en dos respuestas: (1) o bien el *hecho del desacuerdo* no constituye un rasgo definitorio para rechazar la justificación del control de constitucionalidad; (2) o bien KELSEN tenía en mente un proyecto teórico que poco tendría que ver con lo que WALDRON critica, es decir, el proyecto kelseniano, pese a que contempla el control judicial de la ley, no sería exactamente un «blanco» de las objeciones de WALDRON.

A mi juicio, las dos respuestas serían ajustadas. De hecho, reconocer el desacuerdo en la sociedad no me parece que constituya condición suficiente para hacer un reproche al control judicial de la ley. La decisión de establecer un diseño institucional que cuente con alguna especie de *judicial review*¹⁵ debe pasar por un balance que tome en consideración, entre otros elementos, también el desacuerdo y el valor de resolverlo en el ámbito de la deliberación política¹⁶. Puede que concurren circunstancias de

¹⁴ Véase la nota a pie de página n. 19.

¹⁵ No estoy distinguiendo con rigor los tipos de control judicial de la ley, pues creo que ello, al menos en este momento, no serviría para reforzar o aclarar la argumentación. Es normal referirse a «control de constitucionalidad» como género de las especies difusa y concentrada, al igual que es común el uso del término *judicial review* para tratar de la experiencia norteamericana. Para los objetivos de este capítulo, lo importante es la idea general de control judicial de la ley (a veces, para evitar la repetición, adoptaré la expresión *judicial review*) a la vista de un catálogo de principios y/o derechos fundamentales. Dado que en parte significativa de los casos las constituciones contienen ese catálogo, el uso del término «control de constitucionalidad» también estaría adecuado. Pero lo esencial —conviene repetir— es tener en cuenta la idea de revisión/control judicial de la ley sobre la base de principios. De todos modos, un sugerente recorrido por los distintos diseños y modalidades de *judicial review* puede encontrarse en VÍCTOR FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values: a european perspective*, New Haven & London, Yale University Press, 2009.

¹⁶ Es lo que defiende JUAN CARLOS BAYÓN al aceptar la idea de que la justificación del control judicial de la ley depende de razones contextuales. Habría que hacer un balance (BAYÓN hace referencia a un «planteamiento rawlsiano») entre el *valor intrínseco* de la toma de decisiones por medio de un procedimiento que respete el principio de igual participación y su *valor instrumental*, que alude esencialmente a los resultados que pueden arrojar las decisiones. Vid. JUAN CARLOS BAYÓN, «Democracia y derechos: problemas de fundamenta-

hecho, como por ejemplo la debilidad de las instituciones democráticas, que inclinen la balanza hacia alguna forma de control judicial de la ley. Todo dependería de un análisis según el contexto. Esto es algo que ha llegado a admitir incluso el propio WALDRON¹⁷. Con todo, si bien la discusión es muy sugerente (habrá ocasión de estudiarla en su momento), no voy a detenerme en ella. Es que no se trata aquí de pensar estrictamente en la *justificación* de la *judicial review*.

La segunda respuesta, la cuestión sobre qué tipo de proyecto tenía KELSEN en mente, es por ello más interesante. Si KELSEN plantea una advertencia en la que recomienda que se evite llenar de principios las constituciones, si a él le parece que la actividad del juez constitucional no debería involucrar la definición del contenido de esos principios, es porque hay algo en su modo de *comprender* el control judicial de la ley que se distinga del objeto de crítica de WALDRON. ES como si KELSEN, en un hipotético regreso a los debates académicos, diera una ojeada a las objeciones actuales al control de constitucionalidad y dijera que comprende la crítica, comparte la preocupación, pero negara que su modelo de control tuviera algo que ver con lo que se está criticando. En resumen: ambos, si bien pueden discrepar en lo que atañe al control judicial de la ley, están de acuerdo al poner de relieve el peligro del desplazamiento de poder político hacia los jueces.

¿Y eso qué significa? ¿Por qué trazar este paralelo entre dos autores tan distintos y tan distantes? La respuesta, en definitiva, radica en el hecho de que para pensar el problema de la *función judicial*, para pensar el rol que deben tener los jueces —ordinarios o constitucionales—, no basta fijarse exclusivamente en la existencia o no del *mecanismo* del control judicial de la ley o en la existencia o no de la *institución* del tribunal constitucional. Que haya o no ese desplazamiento de poder político hacia la jurisdicción no depende sólo de una respuesta en términos de diseño institucional o del tipo de mecanismo destinado a controlar los actos del poder. Hay que tomar en cuenta —ante todo— la *forma de comprender* la actividad de controlar judicialmente la legislación.

Ahora bien, si aquí estamos interesados en las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la legislación o, mejor dicho, en la vinculación del juez a la ley, uno podría preguntarse por qué emprender este regreso a los fundamentos de la justicia constitucional en KELSEN. Me parece que, sobre todo en el día de hoy, no es posible (o por lo menos no sería recomendable) investigar la función del juez ordinario sin tener en cuenta las relaciones

ción del constitucionalismo», en MIGUEL CARBONELL Y LEONARDO GARCÍA J. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta, UNAM, 2010 (pp. 285-354), pp. 327-330.

¹⁷ JEREMY WALDRON, «The Core of the Case against Judicial Review», cit.

entre jurisdicción y Constitución. Y KELSEN, al elaborar un exitoso proyecto de jurisdicción constitucional, nos suministra elementos no despreciables para hacer frente a este tema. Y su advertencia, en verdad su prescripción en contra de la plasmación constitucional de principios muy abiertos en su significado, nos deja algunas pistas, a mi juicio, prometedoras.

Hay que buscar entender cuál es el significado, en KELSEN, de cosas tales como *democracia*, *derechos*, y la propia *Constitución*. Dependiendo de lo que se entienda por esta tríada, las funciones de la jurisdicción constitucional pueden adquirir contornos muy distintos. Y eso, por supuesto, tiene consecuencias inexorables para la jurisdicción ordinaria. Un juez, al examinar una demanda, al evaluar los argumentos de las partes, debe tener una idea de su relación con la Constitución (con los derechos que en ella normalmente están plasmados) y también de su relación con la legislación. Esa percepción, desde el punto de vista del juez ordinario, es aún más importante que una consideración vinculada únicamente a la positividad de los derechos fundamentales o al mecanismo de la *judicial review*.

En fin, la pregunta «¿qué rol debe tener el juez?», que es, en términos muy generales, el *objeto* de este libro, difícilmente puede contestarse a base de sencillas aseveraciones de carácter descriptivo acerca del derecho positivo, tal y como la normatividad de los derechos fundamentales y la garantía jurisdiccional de la Constitución. Nótese bien: derechos fundamentales y garantía jurisdiccional de la Constitución son —de hecho— elementos marcadamente presentes en el proyecto de KELSEN. Sin embargo, la lectura de su «advertencia» sugiere que deberíamos indagar qué está por detrás de tal planteamiento, qué concepción del Derecho, de la democracia y de la propia Constitución puede extraerse del pensamiento kelseniano.

Eso es así —creo— porque un juez ordinario (y lo mismo sirve para el juez constitucional), en el ejercicio de su actividad, no se siente vinculado «asépticamente» por el diseño institucional en el que opera. Hay concepciones de naturaleza política que orientan e informan su actividad en el seno de determinado esquema institucional. Por «naturaleza política», no me refiero a una preferencia ordinaria, de tipo ideológico y personal, sino más bien a una «ideología» de la propia actividad, a concepciones de naturaleza política que han justificado cosas como la separación de poderes y, en el caso de KELSEN, justifican la defensa del control judicial de la ley¹⁸. Aunque pueda pensarse que la jurisdicción constitucional es consecuencia lógica del

¹⁸ No hablo necesariamente de la *misma concepción* de naturaleza política. Quiero decir que hay razones de fondo político para que se haya defendido, por ejemplo, la separación de poderes y, en el caso de KELSEN, hay razones de la *misma naturaleza* que amparan la opción por un tribunal constitucional.

valor normativo de la Constitución, convendría advertir que esto no es tan obvio¹⁹. Pero tampoco es lo más relevante, sobre todo si de lo que se trata es de reflexionar sobre la *actividad* jurisdiccional. Hay razones de fondo filosófico-político para defender una forma de ejercicio del poder y no otra. La justicia constitucional sólo puede ser adecuadamente entendida si se investigan esas razones y, por supuesto, lo mismo vale para comprender la función de los jueces allí donde se consagra algún tipo de revisión judicial.

Esas razones de naturaleza política se hallan en los escritos de KELSEN. Sus obras sobre el valor y los fundamentos de la democracia, los problemas del parlamentarismo, la teoría del Estado, la discusión acerca de la relación entre socialismo y democracia, aparte de otros temas a los que KELSEN dedicó profundo interés, forman parte de un conjunto de argumentos que constituye su *filosofía política*. La vida política, en KELSEN, tiene valor. La democracia es un valor. La tolerancia y el pluralismo, además de la libertad y de la participación política, también son valores. KELSEN, es verdad, insiste en la validez relativa de esos valores, lo que no le impide poner de relieve las razones por las cuales deberíamos luchar por edificar una comunidad política fundada en esos valores relativos. ¿Sería todo eso un trabajo paralelo, desconectado de la noción de justicia constitucional? Pienso que no. Pienso, en realidad, que es la «advertencia de Kelsen» la que nos permite ver con más claridad esta conexión.

KELSEN es conocido por su famosa *Teoría Pura del Derecho*. En virtud de ella, también se le considera un científico «formalista»²⁰, por elaborar una ciencia del derecho solamente formal, ajena a los valores suministrados por la política y ajena a las aportaciones fácticas derivadas de la sociología²¹. En cierto modo, es justo describirlo así. Pero sólo en cierto modo.

¹⁹ Por lo que respecta a este punto (al que se volverá sucintamente en este libro), véase CARLOS SANTIAGO NINO, *La constitución de la república deliberativa*, cit., p. 269.

²⁰ KELSEN dedicó un trabajo en particular para contestar a esta acusación de que él sería un mero «formalista». Vid. HANS KELSEN, «Legal formalism and the pure theory of law», en ARTHUR JACOBSON and BERNARD SCHLINK (eds.), *Weimar: a jurisprudence of crisis*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 2000 (pp. 76-83). El texto fue originalmente publicado en lengua alemana, en 1929. Creo que este pasaje representa un buen resumen de la respuesta de KELSEN, aparte de poner de relieve —una vez más— que la teoría pura no tiene nada que decir sobre la corrección del Derecho y de su aplicación: «How can one express one's disappointment in the fact that the Pure Theory of Law not only fails to provide a useful ideology —for the right or for the left— but even combats scholarship that willingly offers such an ideology? Very simply: by arguing that the Pure Theory of Law is formalistic» (p. 79).

²¹ La primera página de la *Teoría Pura* ya pone de manifiesto el reto de KELSEN de distinguir su objeto, de elaborar una ciencia jurídica pura, libre de consideraciones políticas o de afirmaciones sobre cómo debería ser el Derecho. Vid. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982, p. 15.

Sus escritos político-filosóficos nos revelan *otro Kelsen*, preocupado por los temas del párrafo anterior. Me pregunto, en cambio, si el KELSEN filósofo-político es de hecho *otro Kelsen*²². LARS VINX, en un sugerente y concienzudo estudio sobre la *Teoría Pura*, escribe lo siguiente: «La elección de un concepto de derecho es inseparable de cuestiones teórico-políticas sobre la mejor forma de gobierno»²³. KELSEN «no está usando dos sombreros diferentes cuando habla como científico del Derecho o cuando habla como filósofo de la política»²⁴, concluye VINX. Se trataría, a su juicio, de un sólo proyecto teórico²⁵.

Con independencia de la discusión metodológica de fondo, ese espíritu de curiosidad ante el pensamiento *político* de KELSEN nos ayudará a afrontar este capítulo con el fin de entender el sentido de la «advertencia de Kelsen» y sus implicaciones para la actividad del juez ordinario. Debo confesar que esa advertencia siempre me llamó la atención. No entendía muy bien cómo estudiábamos los textos de KELSEN sobre la jurisdicción constitucional (para comprender el control de constitucionalidad de nuestros días) y, a la vez, pasábamos por alto aquella advertencia, como si fuera un *obiter dictum* en relación a la *ratio* del argumento en favor del control judicial. Me preguntaba si no había una razón para manifestar tanto escepticismo hacia los principios; o, mejor dicho, tanta desconfianza respecto de la concreción de esos principios por la jurisdicción. Me pre-

²² La expresión «otro Kelsen» la recojo del título del libro «El otro Kelsen». Vid., OSCAR CORREAS (compilador), *El otro Kelsen*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 1989. La presentación a cargo de OSCAR CORREAS ya niega, de entrada, la existencia de «otro Kelsen». Hablar del otro Kelsen es un recurso de estilo. Así lo dice claramente CORREAS: «La Teoría “pura” no es una ciencia sino una filosofía política que, por razones políticas, quiere fundar una ciencia apolítica» (cit., pp. 09-10).

²³ La traducción libre es mía. En el original: «The choice of a concept of law is therefore inseparable from political-theoretical questions about the best form of government». LARS VINX, *Hans Kelsen's pure theory of law: legality and legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 28.

²⁴ Traducción libre del original: «Kelsen is not wearing two different hats when speaking as legal theorist and when speaking as political philosopher» (LARS VINX, *Hans Kelsen's pure theory of law: legality and legitimacy*, cit., p. 16).

²⁵ No pretendo asumir la tesis de VINX, es decir, creo que el argumento general del presente trabajo no necesita suponer que cualquier concepto de Derecho estriba necesariamente en fundamentos normativos. En el capítulo III, entraré a discutir tangencialmente ese tema en lo que llamaré «el argumento del positivismo prescriptivo». De momento, basta con señalar que la filosofía política de KELSEN arroja luz sobre su idea de «constitucionalismo» y, en concreto, sobre la interpretación jurídica en el Estado Constitucional. Lo que VINX sostiene es que la teoría pura, en cuanto proyecto descriptivo y general, no tendría sentido aislada de la filosofía política kelseniana. Esa es una tesis fuerte, controvertida y que cuenta con mi curiosidad. Pero no voy a suscribirla aquí. Para una crítica a la tesis de VINX, véase MICHEL TROPER, «Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy (book review)», *University of Toronto Law Journal*, v. 58, n. 04, 2008 (pp. 521-527).

guntaba, comparando la lectura de KELSEN con la realidad de nuestro constitucionalismo, si seguíamos hablando del mismo objeto.

Este capítulo se destina a estudiar ese objeto. ¿De qué está hablando en realidad KELSEN? ¿Qué concepción de democracia se halla en su obra? ¿Cuál es el rol del parlamento? ¿Cómo debe determinarse el contenido de la *justicia*, de la *igualdad*, de la *libertad*? En fin, ¿qué tipo de control judicial de la ley ejercería un tribunal constitucional vinculado al proyecto kelseniano? Si logramos responder de modo consistente a esos interrogantes, desvelaremos cuáles son los rasgos de naturaleza política que fundamentan la actividad del juez ordinario en el programa kelseniano: a qué está vinculado; cuál es su posición institucional; cómo se relaciona con la legislación y con la Constitución; y, por fin, si hay —en KELSEN— algo así como un programa, aunque mínimo, destinado a la interpretación y aplicación del Derecho.

La necesidad de acercarse a esas concepciones políticas de fondo, dado que ya vimos que no es suficiente fijarse en el *resultado* del esquema institucional, puede ilustrarse con un ejemplo. Dos juristas diferentes pueden coincidir respecto de la conveniencia de la jurisdicción constitucional. Pero también es verdad que pueden discrepar en la *forma de ver* la Constitución, las atribuciones de la política parlamentaria y el propio Derecho. Y ello, en definitiva, cambia todo. Cambia la propia jurisdicción constitucional y cambia, en particular, la jurisdicción ordinaria, si se admite que la Constitución tiene algo que decir —normativamente— a los jueces en general.

Vayamos a un ejemplo hipotético. ¿Qué tipo de decisión podría esperarse de un juez constitucional que comprendiera el Derecho a la manera de CARL SCHMITT o tuviera, como el mismo SCHMITT, una concepción firmemente crítica a la democracia parlamentaria? No me parece implausible dicha hipótesis. No tiene por qué darse por sentado que los jueces conservan la misma concepción del Derecho. ¿Acaso ese desacuerdo a nivel de las concepciones, en la forma de comprender, por ejemplo, la función de la Constitución²⁶, no resulta importante en orden a reflexionar sobre la vinculación del juez a la ley? Es de todos conocida la polémica entre HANS KELSEN y CARL SCHMITT sobre quién debe ser el defensor de la Constitución. La respuesta a esta pregunta ya es también muy conocida: para SCHMITT, el Jefe de Estado debería defender la Constitución; para KELSEN, el tribunal constitucional debería hacerlo.

²⁶ Acorde con ESTÉVEZ ARAUJO, interpretando a SCHMITT, «la concepción de Constitución como decisión proporciona, pues, un criterio de interpretación: la Constitución debe ser interpretada como si fuera producto de una voluntad unitaria y coherente. La Constitución entendida como decisión se convierte, además, en un instrumento para identificar al enemigo y excluirlo de la legalidad». JOSÉ A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La Crisis del Estado de Derecho Liberal: Schmitt en Weimar*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989.

Intentaré acercarme al pensamiento político de Kelsen deteniéndome en primer lugar en sus diferencias en relación al proyecto de Carl Schmitt. Mi objetivo es poner de relieve que las concepciones *de fondo*, de naturaleza política, de filosofía política, son esenciales para comprender la defensa o el reproche a determinado diseño institucional, de manera que lo que acaba marcando la polémica entre los autores no es tanto la opción institucional, el resultado, sino más bien estas mismas concepciones de trasfondo. Además, ese es el contexto en el que Kelsen escribe *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)* y plantea su «advertencia», la advertencia que intitula este capítulo.

Tras esta presentación de la querella Schmitt/Kelsen, antecedida de una muy breve introducción respecto de la situación política en Weimar, seguidamente se analizarán los rasgos definitorios de la filosofía política kelseniana, con especial atención a su entusiasmo por la democracia parlamentaria, como centro de la formación de la voluntad estatal. Mi objetivo es sentar las bases para responder a una de las preguntas de este capítulo: ¿qué control judicial de la ley forma parte del programa de Kelsen? Estimo que ese camino nos ayudará a entender el sentido de la «advertencia de Kelsen» y establecerá el fundamento para comprender, en un apartado final y más vinculado al interrogante central de esta investigación, las relaciones entre el *juez ordinario*, la ley y los derechos fundamentales desde esa perspectiva teórica.

1. LA CONTROVERSIA SCHMITT/KELSEN SOBRE QUIÉN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

La República de Weimar (1918-1933) marca un periodo sobremanera interesante en la historia de las ideas político-jurídicas. Es casi una especie de laboratorio para politólogos, sociólogos y juristas. La heterogeneidad de las fuerzas políticas²⁷ y la resistencia hacia el nuevo orden constitucional²⁸ no se sitúan exclusivamente a comienzos de la experiencia republicana. Puede decirse que la falta de consenso sobre la forma del Estado, la

²⁷ FRANZ NEUMANN señala, además, el carácter profundamente dividido de la Alemania de Weimar (y pre-Weimar). Vid. FRANZ L. NEUMANN, «The decay of German democracy», en WILLIAM E. SCHEUERMAN (ed.), *The Rule of Law under Siege. Selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, California, University of California Press, 1996 (pp. 29-43), p. 29.

²⁸ GERHARD ANSCHÜTZ, en un discurso en la Universidad de Heidelberg que aparece originalmente en alemán en 1922, pone de manifiesto la fuerte oposición interna a la República de Weimar. Vid. GERHARD ANSCHÜTZ, «Three guiding principles of the Weimar Constitution», en ARTHUR JACOBSON and BERNARD SCHLINK (eds.), *Weimar: a jurisprudence of crisis*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 2000 (pp. 132-150), p. 133.

dificultad de entendimiento acerca del significado de los derechos fundamentales y la continua desconfianza respecto de las instituciones democráticas se proyectan hacia todo el periodo de Weimar. La inestabilidad política, agravada por la crisis económica²⁹ y por las humillaciones derivadas del Tratado de Versalles, es sin duda la huella más profunda de Alemania entre el fin de la primera guerra y la ascensión del nacional-socialismo al poder.

Todo ello se convierte en suelo fértil para la eclosión de grupos políticos extremistas, tanto a la izquierda como a la derecha³⁰. A comienzos del año 1920, por ejemplo, se produce una rebelión obrera, organizada por los sindicatos y por los partidos socialistas³¹, con el confesado propósito de instaurar un modelo político de «consejos», inspirado en la experiencia bolchevique en Rusia. La «dictadura del proletariado» es un objetivo confesado y demanda la intervención directa del gobierno para disolver el intento de golpe y restaurar la normalidad. Pero la normalidad difícilmente se instauraría por mucho tiempo³².

Desde la otra banda del espectro político, puede mencionarse el surgimiento del partido nacional-socialista (1923, en Baviera³³). Con el uso de la agitación pública, sus dirigentes se pronunciaban en contra de por lo menos cuatro elementos: (1) el espíritu de la Constitución de Weimar; (2)

²⁹ En 1929, había un 13.3% de paro. En 1931, el porcentaje creció hasta el 34.7%. En 1932, casi la mitad de los miembros de los sindicatos se encontraban en el paro. Vid. FRANZ L. NEUMANN, «The decay of German democracy», cit., p. 38.

³⁰ Vid. FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 80-81.

³¹ Aquí, SOSA WAGNER habla específicamente de la fecha del 14/03/1920, incluyendo en el intento de golpe a los socialistas (mayoritarios, independientes y comunistas). Vid. FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, cit., p. 48. FRANZ NEUMANN, por su parte, es más enfático. Aduce, refiriéndose exclusivamente al Partido Comunista, que había un interés en derrumbar la democracia parlamentaria, sustituyéndola por la dictadura bolchevique. Vid. FRANZ L. NEUMANN, «The decay of German democracy», cit., p. 39.

³² En verdad, se suele hablar de un momento de más estabilidad (política y económica) en la República de Weimar, precisamente entre los años de 1924 y 1929. Véase, por ejemplo, E.J. FEUTCHWANGER, *From Weimar to Hitler: Germany, 1918-33*, 2. Ed., London, Macmillan Press LTD, 1995, p. 144. Véase también EBERHARD KOLB, *The Weimar Republic*, 2. ed., trad. P.S. Falla and R. J. Park, London & New York, Routledge, 2005, p. 53.

³³ Antes de 1923, el partido nacional-socialista estaba completamente restringido a Baviera. Representaba una de tantas organizaciones en el espectro del nacionalismo de derecha. El *putsch* de la cervecería, aunque fue un fracaso, no menoscabó el prestigio de Hitler en los círculos de la derecha nacionalista. Tanto es así que su juicio, entre febrero y abril de 1924, fue marcado por la indulgencia. Además, antes mismo de que fuera puesto en libertad, Hitler fue objeto de propaganda. El golpismo de Hitler, tras el episodio de la cervecería, apenas cambió de estrategia: se evitaría la fuerza y se derrumbaría la democracia *por dentro* de las instituciones; se invertiría en una fuerza paramilitar sólidamente vinculada a las órdenes de su líder; se produciría aún más propaganda con el fin de provocar la adhesión de las masas. Vid. EBERHARD KOLB, *The Weimar Republic*, cit., pp. 102-103.

el cumplimiento de las obligaciones impuestas por los aliados (Tratado de Versalles); (3) el sistema parlamentario; (4) el capitalismo internacional³⁴. Ya sabemos qué va a pasar en 1933 con la subida de Hitler al poder. Pero conviene registrar el *golpismo* de Hitler ya diez años antes, en el fracasado golpe (*putsch*) de la cervecería, en Múnich. Eso demuestra que la República de Weimar hacía frente a una suerte de extremismo político que crecería con el transcurso de los años y que demandaba del gobierno central constantes intervenciones de excepción³⁵.

Se trataba, con todo, de «poderes excepcionales» autorizados constitucionalmente. El Presidente del Reich recurrió por sucesivas ocasiones al art. 48 de la Constitución de Weimar (11 de agosto de 1919). El art. 48.2 posee especial relevancia porque permitía la suspensión de un listado de derechos fundamentales (libertad de la persona, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, libertad de prensa, etc.) cuando se produjese una amenaza grave al orden y a la seguridad pública³⁶. Si fuera preciso, también se le permitía al Presidente acudir a las fuerzas armadas. OTTMAR BÜHLER, en sus comentarios a la Constitución de Weimar, señala que, una vez constatada la evolución hacia la dictadura en Alemania, «esta disposición aparece como la más importante de toda la Constitución»³⁷.

Aunque la Constitución de Weimar inauguró un periodo democrático en Alemania³⁸, con el reconocimiento de la soberanía del pueblo y, además, consagró un catálogo de derechos fundamentales individuales y sociales, no fue capaz de poner en marcha un proceso *real* de democratización. Fue, al revés, duramente atacada por todas las partes y, en especial, se autodestruiría por medio del uso abusivo no sólo del art. 48, sino tam-

³⁴ Vid. FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, cit., p. 64. El autor señala, además, que en Sajonia y Turingia eran las izquierdas las que tenían el poder, incluyéndose ahí el partido comunista.

³⁵ En el capítulo «donde se narra cómo nació y se extinguió la República de Weimar», SOSA WAGNER traza un recorrido por diversos momentos políticos de Weimar. Puede decirse que es notable la cantidad de veces en las que hace referencia a las normas excepcionales, a las que se echaba mano para controlar una situación de rebelión o para afrontar un problema económico. Véase el pasaje entre las pp. 66-72, en FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, cit.

³⁶ Se ha consultado aquí el texto de la Constitución de Weimar presente en *La constitución de Weimar* (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919), trad. José Rovira Armengol, Madrid, Tecnos, 2010.

³⁷ OTTMAR BÜHLER, «Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos», en *La constitución de Weimar* (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919), trad. José Rovira Armengol, Madrid, Tecnos, 2010, (pp. 115-358), p. 204.

³⁸ ANSCHÜTZ pone el acento en el principio democrático que se ha plasmado en la Constitución de Weimar, además de la unidad nacional y de la unión entre los «estados miembros», en comparación con la Constitución de Bismarck, de 1871. Vid. GERHARD ANSCHÜTZ, «Three guiding principles of The Weimar Constitution», cit., p. 134.

bién de una cantidad innumerable de leyes de autorización, cuya frecuencia debilitó sobremanera a un parlamento ya sin prestigio alguno³⁹. Si en diversos ámbitos la Constitución de 1919 representaba un avance, incluso en lo que atañe a los derechos fundamentales, el ejercicio del poder político se hizo incontrolable en la realidad, alejado de cualquier *compromiso* político proyectado por la Constitución.

Dentro de este contexto, la importancia del artículo 48 se revelará en el Tribunal de Leipzig, en 1932. Fijémonos que ya nos encontramos aquí en la fase de «bloqueo del parlamento»⁴⁰, es decir, en la fase presidencial, en la que la *dictadura* del Presidente del Reich aparece como rasgo definitorio de una República en inminente caída⁴¹. Es también en esa etapa terminal del régimen parlamentario cuando se oírían más firmemente los clamores por una «democracia verdadera» (en oposición a la *formal*, a la parlamentaria), por la «identidad» entre Estado y pueblo, y cosas por el estilo⁴². Toda la forma, todo el procedimiento se encuentra bajo desconfianza.

Pero volvamos al Tribunal de Estado del Reich (*Staatsgerichtshof*), de Leipzig, pues esta es precisamente la cumbre de la polémica entre nuestros autores— HANS KELSEN y CARL SCHMITT. En síntesis, el Tribunal analiza la constitucionalidad de la ordenanza de necesidad promulgada por el Presidente del Reich el 20 de julio de 1932⁴³. La ordenanza establecía de modo genérico la suspensión del gobierno de Prusia del ejercicio de sus funciones, con el nombramiento de un comisario (que sustituiría al gobierno del *land*) nombrado por el Presidente. Esa ordenanza se promulga con arreglo al art. 48.1 en combinación con el art. 48.2. Se plantea ante el tribunal, por lo tanto, el problema extremo (considerada la debilidad de Weimar en 1932) del abuso de los «poderes excepcionales» del Presidente del Reich. Aunque el tribunal haya recibido varios recursos solicitando la adopción de medidas provisionales (todas rechazadas), sólo va a emitir su fallo en la sentencia de 25 de octubre de 1932⁴⁴.

³⁹ Afirma NEUMANN de modo tajante: «It cannot be doubted that the Parliament and the parliamentary groups are responsible for the decay of parliamentary democracy». FRANZ L. NEUMANN, «The decay of German democracy», cit. p. 35.

⁴⁰ Vid. FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, cit., p. 340.

⁴¹ NEUMANN, refiriéndose al Presidente del Reich, señala: «But in September 1930 he became the real and sole legislator». FRANZ L. NEUMANN, «The decay of German democracy», cit., p. 35.

⁴² Vid. FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, cit., p. 340.

⁴³ Vid. PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., p. 159. PEDRO CRUZ ofrece un buen análisis del caso. En la nota a pie de página n. 269 (p. 160) se reproduce el texto de la ordenanza.

⁴⁴ «El 20 de julio de 1932 [medidas provisionales], por tanto, el Tribunal de Estado del Reich aparecía jurídicamente como el árbitro de un conflicto de dimensiones incalculables».