

**La configuración del concepto de constitución en las
experiencias revolucionarias francesa y norteamericana**

Roberto BLANCO VALDÉS

Universidad de Santiago de Compostela

Working Paper n.117

Barcelona 1996

1. LA CONSTITUCIÓN Y SU DEFENSA: DE LA CONSTITUCIÓN ORGÁNICA A LA MATERIAL, DE LA DEFENSA POLÍTICA A LA JURISDICCIONAL

El hecho que los hombres que abrieron en su día el proceso de alumbramiento del mundo contemporáneo en que hoy vivimos no fueran inicialmente conscientes de la significación de la titánica labor que acometían y del esfuerzo colosal que iba a exigirles, a ellos y a sus descendientes, la culminación de tal labor, no resta un ápice de trascendencia a sus afanes y proyectos: «El concepto moderno de revolución -ha escrito Hannah Arendt- unido inextricablemente a la idea de que el curso de la historia comienza súbitamente de nuevo, que una historia totalmente nueva, ignota y no contada hasta entonces, está a punto de desplegarse, fue desconocido con anterioridad a las dos grandes revoluciones que se produjeron a finales del siglo XVIII. Antes que se enrolasen en lo que resultó ser una revolución, ninguno de sus actores tenía ni la más ligera idea de lo que iba a ser la trama del nuevo drama a representar» (H. Arendt, 1988, p. 29). Muy pronto, sin embargo, tanto los actores como los espectadores de la revolución entenderían la radical novedad de lo que estaba sucediendo: así lo expresaban, por ejemplo, el diputado francés François-Antoine Boissy D Anglas, cuando afirmaba solemnemente ante la Convención Nacional, el 17 de abril de 1793, que «estamos en el día del caos que debe preceder a la creación» o su compatriota, el publicista Pierre Simon Ballanche, quien escribía más adelante, ya mediada la Restauración, que «hemos llegado a una edad crítica del espíritu humano, a una época de cierre y de renovación» y que, en consecuencia, «somos comparables a los Israelitas en medio del desierto». Del otro lado del Atlántico, en Norteamérica, la reflexión sería similar: John Adams, uno de los grandes líderes de la Independencia y de la fundación de la nueva nación americana, tras afirmar en relación con tales acontecimientos que sus protagonistas «habían acudido sin ilusión y se habían visto forzados a hacer algo para lo que no estaban especialmente dotados», reconocerá, sin embargo, con toda claridad que «la revolución fue comenzada antes de que la guerra comenzase».

Las revoluciones francesa y norteamericana, que en todos los campos y en todos los sentidos desplegarían su importancia en la «historia universal», darán lugar así, entre otros muchos fenómenos absolutamente nuevos, al nacimiento de **la Constitución**. Las palabras proceden ahora de Georg Wilhelm Friedrich Hegel: «Los principios de estas revoluciones son principios de la razón, pero establecidos solamente en su abstracción y que por tanto resultan fantásticos y polémicos frente a todo lo existente», afirmaba el profesor de Jena,

quien anotaba, un poco más abajo, en sus *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, que «la primera Constitución francesa contenía los principios jurídicos absolutos» (G.W.F. Hegel, 1980, p. 691 y 694). Ciertamente, la potencialidad **ecuménica** de las experiencias del 76 y del 89 en el concreto ámbito del **cosmos constitucional** es hoy pacífica, cuando no unánimemente, aceptada. Y también la vigencia actual -más de doscientos años después de que los americanos procediesen a declarar su Independencia y las turbas parisinas a tomar por asalto la Bastilla- de algunas de las cuestiones esenciales que la revolución liberal y el subsiguiente nacimiento del Estado constitucional iban a abrir hacia el futuro. «Si a las experiencias históricas se las valora exclusivamente por el metro de su duración -ha apuntado certeramente el constitucionalista italiano Giuseppe Ugo Rescigno- entonces ciertamente la experiencia jacobina no merecería toda la atención que, sin embargo, se le dedica todavía hoy casi doscientos años después. La verdad es que esta experiencia está todavía en el centro de la reflexión porque, de forma similar a la de los Estados Unidos, revela por primera vez una problemática social y política (que penetra en el cuerpo social y en la práctica política) y no sólo teórica... que no está resuelta todavía y que es actual: la problemática que gira en torno a la relación Estado y sociedad» (G.U. Rescigno, 1978, p. 156).

Habrà de ser precisamente la desigual forma de abordar tal relación, que vendrà determinada por el distinto **punto de partida** de la revolución en Norteamérica y en Francia, la que darà lugar, tras sendos procesos de evolución que en estas páginas trataremos de explicar en sus rasgos más fundamentales, a que el **valor** de la Constitución -es decir, a que su alcance o significación jurídico-política- haya sido netamente diferente tras una y otra experiencias revolucionarias. Y así, si la Constitución ha sido concebida como un documento **político** que se limita a organizar el funcionamiento de los poderes del Estado -básicamente del legislativo y del ejecutivo-, sus mutuas relaciones y las limitaciones resultantes de las mismas, y como un documento **jurídico** que se conforma como norma básica del ordenamiento jurídico estatal, y que es no sólo obligatorio para los poderes públicos, sino también determinante de las relaciones entre aquellos y los particulares, en la medida en que la Constitución se configura como **auténtico** y **supremo** derecho del Estado, estas dos versiones del constitucionalismo, estas dos materializaciones históricas del **valor** de la Constitución, se corresponden esencialmente con los **modelos** francés y norteamericano. En efecto, el concepto constitucional toma en la Europa continental y en los Estados Unidos dos caminos divergentes, que se traducen, en el primero de los casos, en la consideración de la Constitución, durante un largo período de tiempo, como mero documento político, y, en el caso americano,

en la afirmación, desde los momentos inmediatamente posteriores al triunfo revolucionario y a la aprobación del texto supremo de 1787, de la consideración de la Constitución como una norma jurídica, con todas las importantísimas consecuencias que ello iba a implicar. Entre otras, y de modo muy fundamental, la de la afirmación de instrumentos de naturaleza netamente diferente para garantizar, en uno y otro modelos, la defensa y protección de la Constitución.

Aunque, como acabo de apuntar, las páginas que siguen no pretenden otra cosa que abordar las líneas esenciales del proceso que condujo en Norteamérica y en Francia a la configuración de dos conceptos de Constitución que habrán de tener, hacia el futuro, una importancia decisiva en la conformación, a largo plazo, del derecho público de todos los Estados del occidente democrático, no quiero, sin embargo, cerrar este primer apartado casi introductorio sin dejar constancia del hecho de que la problemática que se apunta en los momentos iniciales del propio ciclo revolucionario, que no es otra en el fondo que la de cómo defender la integridad del texto constitucional de los ataques de naturaleza diferente de los que aquel puede ser objeto, habrá de continuar gozando de vigencia a lo largo de las dos centurias subsiguientes a la revolución. Según ha observado Pedro de Vega, en el proceso histórico de defensa de la Constitución son observables diversas etapas, la primera de las cuales, coincidente con la fase cronológica del constitucionalismo **revolucionario**, es la que ahora abordaremos. Tras ella y como una de las diversas consecuencias del doctrinarismo liberal, que condiciona la apertura de lo que el propio De Vega ha denominado «un utopismo constitucional mágico» (P. de Vega, 1979), la problemática de la protección de la Constitución, es decir, de su **valor**, quedará en un estado de latencia hasta que la crisis del Estado liberal de derecho que se produce en los últimos compases del siglo XIX y los primeros del presente vuelva a ponerla, nuevamente, en primer plano.

Ciertamente, el proceso histórico que se desenvuelve de uno y otro lado del Atlántico en el último tercio del siglo XIX y en el primero del XX, constituye, a mi juicio, una segunda etapa, de significación extraordinaria, y de coherencia material indiscutible, para acercarse a la cuestión del **valor** de la Constitución, o, por formularlo de otro modo, a la de sus instrumentos de defensa. Por una parte, en Norteamérica, y en coincidencia con una política, desconocida hasta la fecha, de intervencionismo estatal en el desarrollo de la vida económica y social, se asistirá a un relanzamiento del **activismo judicial**, cuyo carácter marcada y empecinadamente conservador provocará graves conflictos y volverá a colocar en el centro de los debates jurídicos y político-constitucionales la temática de la legitimidad del control judicial de la constitucionalidad. Baste en tal sentido con

recurrir a la lectura de una obra que ya se ha convertido en clásica, la de Edouard Lambert (*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. París, 1921), para comprender la extraordinaria trascendencia de lo sucedido en Norteamérica entre la década de los noventa del siglo XIX y las dos primeras del presente.

Por otra parte, del otro lado del Atlántico, en Europa, toda una serie de complejísima fenómenos políticos más o menos íntimamente interrelacionados entre sí -la caída de los regímenes monárquicos convertidos en Repúblicas o, en su caso, la progresiva marcha de los mismos hacia la parlamentarización; la apertura del campo político de la mano de la extensión del derecho de sufragio y, en combinación con ella, la consolidación de los primeros partidos políticos de masas como fundamentales elementos vertebradores de la vida política e institucional; o, el cambio en el tradicional equilibrio de poderes que había caracterizado durante el siglo XIX a las monarquías constitucionales, como consecuencia de la **fusión** política entre poder ejecutivo y poder legislativo típica del parlamentarismo, por citar sólo los fundamentales- trajeron como consecuencia que el principio clásico de **separación de poderes**, en el que los europeos habían confiado durante todo el siglo XIX como respuesta frente a los problemas derivados del control del poder del Estado -y, por tanto, de las formas de protección del orden constitucional-, se convirtiese en totalmente insuficiente para hacer frente a los retos inéditos que imponía la nueva situación.

Ello iba a determinar la reapertura en el continente europeo, ahora con más ímpetu y mucho mayores consecuencias desde el punto de vista del debate constitucional -tanto en el ámbito **político**, como en el **doctrinal**-, de la polémica sobre los instrumentos de defensa de la Constitución, cuyos más significativos episodios podrían detectarse en el debate doctrinal que enfrenta a Carl Schmitt y a Hans Kelsen y, sobre todo, en la apertura de un auténtico proceso de regulación constitucional -modélicamente estudiado por Pedro Cruz Villalón en su obra sobre *La formación del sistema europeo de control de la Constitucionalidad (1918-1939)*-, que iba a conducir, como el propio Cruz Villalón ha subrayado, al paso de la Constitución «orgánica» a la Constitución «material» y al paso de la «garantía **política**» a la «garantía **jurisdiccional**» de la Constitución. En todo caso debe señalarse que los acontecimientos referidos más arriba en relación con Norteamérica no dejarían de tener importantes consecuencias en el debate europeo sobre el control de la constitucionalidad y la defensa de la Constitución. No puede considerarse, en tal sentido, en absoluto casual, que algunas de las obras doctrinales más influyentes en Europa sobre

ese tipo de cuestiones se presenten como estudios comparativos entre las experiencias europea y norteamericana -por ejemplo, las de André Blondel, *Le contrôle juridictionnel de la Constitutionnalité des Lois. Étude critique comparative: États-Unis-France*. París, 1928, o de Georges Solyom, *La juridiction constitutionnelle aux États-Unis et en Suisse. Étude sur le contrôle judiciaire de l'acte législatif*. Ginebra, 1923-, o que todo el riquísimo debate francés respecto de este tema, producido durante el período de vigencia histórica de la III República, estuviera entreverado por la evolución de la problemática del activismo judicial en los Estados Unidos.

El proceso de regulación legislativa que, en ocasiones contradictoriamente, había comenzado en el período de entreguerras, se culminará, tras el final de la Segunda, con la elaboración de las constituciones democráticas de los países que habían vivido de forma más dramática el tremendo trauma de tener que soportar terribles tiranías (Italia y Alemania) y que, como agudamente ha destacado Javier Pérez Royo, vieron en la escasa peligrosidad de la justicia constitucional como instrumento de opresión uno de sus más convincentes elementos de justificación (J. Pérez Royo, 1988). La experiencia española de 1978, aunque obviamente distanciada de aquellas desde el punto de vista cronológico, ha entroncado con las mismas y ha convertido también a nuestra Carta Magna en una Constitución **material** que se defiende con instrumentos de naturaleza **jurisdiccional**. Ello no debe de resultar extraño a nadie, pues tanto en la España de 1978 como en la Italia y la Alemania de 1945 la justicia constitucional respondía a las mismas necesidades y a similares esperanzas: «Parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de régimen no democrático o de una tensión interna importante -ha escrito Mauro Cappelletti- puede encontrar mejor respuesta a las exigencias de tener que reaccionar contra demonios del pasado, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la justicia constitucional en su forma de gobierno» (M. Cappelletti, 1986). Este ha sido el punto de llegada de un largo proceso de evolución histórica cuyos orígenes van a ser precisamente objeto de tratamiento en los tres epígrafes que restan.

2. DOS SITUACIONES, DOS REVOLUCIONES: LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL «VALOR» DE LA CONSTITUCIÓN

La centralidad del principio de la separación de poderes en el nuevo orden constitucional que inauguran las revoluciones liberales no necesita de justificación de ningún tipo. Desde la primigenia teorización lockiana en su

Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil hasta la posterior formulación canónica de Montesquieu en *Del espíritu de las leyes*, el principio pasará a ser clave de arco del edificio político que se construirá tras el derrumbamiento de las instituciones del Antiguo Régimen: el artículo 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, -según el cual, como es ya archiconocido, toda sociedad donde la garantía de los derechos no está asegurada ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución- es mucho más que una constatación de la importancia del principio: es una afirmación solemne de la consustancialidad entre la Constitución y la defensa de la libertad y de la imposibilidad de esa defensa -y de la protección de la Constitución misma como orden de derechos- si los poderes que nacen con la revolución se concentran en unas mismas manos y no permanecen separados.

Tal centralidad resulta, por otro lado, fácil de explicar. Aunque los monarcas absolutos habían dirigido a lo largo de casi dos centurias un proceso de progresiva concentración de facultades de control y de dominación política, lo cierto es que tal proceso quedaría inacabado, pues su culminación resultaba contradictoria con la propia constitución social del absolutismo. Ello determina que a la postre el Estado liberal sea el primer poder absoluto de la historia, el primero que no admite competidores, lo que no significa, por supuesto, «que sea un poder cuyo contenido el mismo determina arbitraria y caprichosamente. La soberanía del Estado indica exclusivamente que las competencias del poder estatal no pueden ser delimitadas **a priori**, porque no hay otros centros de poder que sustraigan determinadas esferas al poder del Estado» (J. Pérez Royo, 1980, p. 43). Ese carácter **absoluto** de la nueva forma política alumbrada por la revolución, ese «poder central inmenso que ha atraído y absorbido en su unidad todas las parcelas de autoridad y de influencia que estaban antes dispersas en una multitud de poderes secundarios, de estamentos, de clases, de profesiones, de familias y de individuos y como esparcidas por todo el cuerpo social», -según la describirá magistralmente Tocqueville en *El Antiguo Régimen y la Revolución*-, puede convertirse en un instrumento de opresión desconocido en la historia de la evolución humana.

Un peligro éste del que los propios contemporáneos son conscientes plenamente, como lo demuestran las reflexiones que realiza Montesquieu a partir de la experiencia de la Revolución Gloriosa de 1688 en Inglaterra. En el célebre Capítulo IV del Libro II *Del espíritu de las leyes* el gran publicista francés apuntará las graves consecuencias que podrían derivarse de la supresión de los poderes intermedios cuya presencia caracteriza a las monarquías absolutas feudo-estamentales: «En ciertos Estados de Europa algunos han creído abolir

todas las justicias señoriales sin darse cuenta de que querían hacer lo que hizo el Parlamento inglés. Si abolimos las prerrogativas de los señores, del clero, de la nobleza y de las ciudades de una Monarquía, pronto tendremos un Estado popular o un Estado despótico». Tras ello, el propio autor apunta con descarnado realismo que allí donde tal proceso de supresión ha sido acometido, en Inglaterra, la libertad es un bien inapreciable, pues su pérdida podría tener unas consecuencias desconocidas en cualquiera de las monarquías absolutas existentes cuando escribe Montesquieu: «Para favorecer la libertad los ingleses han suprimido todas las potencias intermediarias que formaban su monarquía. Tienen razón conservando la libertad ya que, si la perdieran, serían uno de los pueblos más esclavos de la tierra».

La garantía frente al peligro que supone ese nuevo poder de naturaleza desconocida hasta la fecha, un poder que ha concentrado **en su interior** todas las facultades de control y de dominación política que permanecían hasta entonces dispersas en la sociedad, no puede ser otra, por lo tanto, que su división **interna**, es decir que su organización de un modo tal que, como afirmaría el propio Montesquieu, «por la disposición de las cosas, el poder frene al poder». Desde el primer momento, y según ha apuntado con razón Gaetano Silvestri, el problema de la separación de poderes no se iba a plantear, en consecuencia, como un problema **lógico-jurídico** sino como un problema **político-práctico** (G. Silvestri, 1984, p. 61). Un problema político-práctico cuya solución dependerá, por ello, en cada caso, de las concretas condiciones históricas en que el mismo haya de abordarse: como es de todos conocido, las de América y las de Francia, cuando de uno y otro lado del Atlántico se abre el ciclo revolucionario, eran lo suficientemente diferentes como para que la forma de enfrentarse a la cuestión de la separación de los poderes del Estado fuera asimismo muy distinta.

«¿Quién se atrevería a comparar -escribiría Tocqueville en *La democracia en América*-, la guerra de América con las guerras de la Revolución Francesa y los esfuerzos de los americanos con los nuestros cuando Francia, expuesta a los ataques de toda Europa, sin dinero, sin créditos, sin aliados, lanzaba a la vigésima parte de su población delante de sus enemigos mientras sofocaba con una mano el incendio que devoraba sus entrañas y movía a su alrededor la otra con la tea?». El contraste entre la **situación** francesa y la norteamericana no se derivaba únicamente, en todo caso, como expresan las palabras referidas del filósofo de Verneuil, de la diferente **coyuntura** en que se producen sus revoluciones respectivas. El contraste era mucho más profundo. Pero serán de nuevo las reflexiones de Tocqueville el mejor modo de captarlo. Al referirse en la

obra antes citada al «punto de partida» y al «estado social» de los angloamericanos, el publicista francés deja constancia de la atracción que sobre él había ejercido, tras su periplo americano, «el singular fenómeno de una sociedad en la que no se encontraban ni grandes señores, ni pueblo y, por decirlo así, ni pobres ni ricos». Tocqueville conecta esta singularidad con los orígenes de los Estados Unidos -«América es el único país en el que se ha podido asistir a los desarrollos naturales y tranquilos de una sociedad y donde ha sido posible precisar la influencia ejercida por el punto de partida sobre el porvenir de los Estados»-, y destaca la influencia de los mismos sobre la construcción del régimen constitucional en Norteamérica: «La población de Nueva Inglaterra crecía rápidamente y mientras en la madre patria la jerarquía de los rangos clasificaba aún despóticamente a los hombres, la colonia ofrecía cada vez más el espectáculo nuevo de **una sociedad homogénea en todas sus partes**. La democracia se liberaba fuerte y bien armada, como no se había atrevido a soñar la Antigüedad, de en medio de la vieja sociedad feudal».

Será esa **homogeneidad social** y su decisiva traducción **institucional** la que posibilitará plantear en América la cuestión de la separación de poderes en términos distintos a aquellos en los que se había planteado en Inglaterra y en los que habrá de plantearse con posterioridad en la Europa continental: en la Francia revolucionaria o en la España gaditana. «La Constitución norteamericana -ha apuntado con precisión Nuno Piçarra- fue la primera en adoptar el principio de la separación de poderes al margen de las estructuras monárquicas que sobrevivirán, a lo largo de todo el siglo XIX, en el constitucionalismo europeo. La Constitución se limitó a un esquema orgánico-funcional... desarrollando los mecanismos de relación interorgánica, es decir, el sistema de frenos y contrapesos entre órganos funcionalmente diferenciados, **todos democráticamente legitimados**» (N. Piçarra, 1989, p. 200). En suma, la concepción típicamente norteamericana de que en el futuro Estado constitucional que consagraba la Carta Suprema aprobada en Filadelfia, el poder legislativo sería más peligroso para la libertad que el poder ejecutivo -concepción que determinará, como veremos, de forma decisiva, la configuración de la Constitución- no se iba a derivar exclusivamente de una experiencia histórica inmediata que así parecía haberlo confirmado -la del período que media entre la Independencia y la elaboración del texto constitucional- sino también del hecho insoslayable de que, en América, el Estado constitucional se construirá sin tener que hacer frente a todo el muro de resistencias -sociales e institucionales- que por su parte se verán obligados a derribar -en un proceso lento, socialmente costoso y políticamente contradictorio- los constituyentes liberales europeos.

Entre ellas, y como obstáculo primordial, la barrera institucional que en Europa se iba a derivar de la necesidad de transformar en titulares de órganos constitucionales del Estado a los antiguos monarcas absolutos. Así las cosas, mientras que en el **Viejo Continente** el fin de la separación de los poderes sería prevalentemente el de repartir entre **viejos** y **nuevos** sujetos políticos las diferentes actividades constitutivas del funcionamiento del Estado, lo que explica la constitucionalización de ejecutivos **dualistas**, con la configuración de un órgano, la Jefatura del Estado, destinado a dar cobijo, transformándolo, al antiguo soberano, el **punto de partida** de la experiencia de los Estados Unidos será muy diferente. La ausencia de un monarca absoluto al que se debiera **encajar**, política y jurídicamente, en el nuevo esquema constitucional de los poderes estatales, permitirá a los norteamericanos no sólo configurar un ejecutivo **monista**, sino también optar por hacer derivar el poder de tal órgano estatal de la misma fuente de la que se había hecho derivar la legitimidad del poder legislativo: de la soberanía popular. Es decir, y por expresarlo de forma muy sucinta, les permitirá convertir a los dos órganos centrales determinadores de la dirección política estatal en órganos democráticamente legitimados.

James Madison, uno de los **Padres Fundadores** de la nueva nación americana, dejará clara constancia en *El Federalista* del contraste entre América y Europa al que me vengo refiriendo, es decir, del auténtico salto cualitativo existente entre el gobierno de las monarquías y el de las repúblicas. Según Madison, la situación es bien distinta «en un gobierno en el que amplias y numerosas prerrogativas están depositadas en las manos de un monarca hereditario», gobierno en el que, según el publicista norteamericano, «el órgano ejecutivo es justamente observado como fuente posible de peligros y consecuentemente vigilado con todo el celo que inspira el entusiasmo por la libertad», y en un gobierno republicano en el que también el poder ejecutivo procede de la legitimidad democrática: «En una República representativa en donde los poderes del titular del ejecutivo están limitados, tanto en lo relativo a su extensión como a su duración, y donde el poder legislativo es ejercido por una asamblea, que, inspirada por su supuesta influencia sobre el pueblo, tiene una intrépida confianza en su propia fuerza -una asamblea que es suficientemente numerosa como para sentir todas las pasiones que agitan a la multitud, pero no tanto como para ser capaz de perseguir el objeto de sus pasiones por los medios que prescribe la razón- el pueblo deberá dirigir su celo y utilizar todas sus precauciones contra las tentativas ambiciosas de este órgano».

El punto de partida en el constitucionalismo europeo continental será del todo diferente, contradictorio incluso, en la medida en que en él el parlamento se

configura justamente como la garantía de pervivencia del propio sistema constitucional. «El parlamento liberal -ha escrito Pérez Royo- era sobre todo un órgano de defensa de la sociedad frente a un Estado sustancialmente autónomo. De ahí que la Constitución lo configurase como titular de derechos de los que podía hacer uso como estimase oportuno sin control de ningún tipo» (J. Pérez Royo, 1995). Los constituyentes gaditanos habían de expresarlo en España, por boca del **Divino** Argüelles, con una claridad que no es fácil que encuentre paragón. Cuando se discutía uno de los preceptos del texto de 1812 por los que se disponía el automatismo en la reunión de Cortes -automatismo que impedía que la misma dependiese, en consecuencia, de la voluntad del Rey- el diputado afirmaría que tal artículo era «la clave de todo el edificio constitucional». El propio Argüelles explicaría en un discurso vibrante, como en él era habitual, las razones en que se basaba tan radical y solemne afirmación: «Examínense las facultades de las Cortes y las señaladas al poder del Rey, y se verá que aquellas exigen el constante ejercicio y vigilancia de la representación nacional; éstas el incesante desvelo de un gobierno que debe ocuparse con preferencia en objetos de reconocida urgencia y naturaleza muy diferente. Las leyes, Señor, aunque estén dictadas por la misma sabiduría no hacen más que la mitad de la obra. Su observancia es el fundamento de la prosperidad pública, y **sólo puede asegurarse por medio de un cuerpo permanente que tenga a su cuidado el reclamarla. Tal es la reunión anual de las Cortes. Todo lo demás es inútil, es ineficaz, engañarse la Nación y prepararse a sí misma la ruina de la ley fundamental, único baluarte en que libra su independencia y libertad**».

Como a continuación trataremos de explicar, concepciones tan distintas, sólo entendibles a partir del dato de las muy diferentes **situaciones** de partida en que se produce la revolución en América y en Francia -tanto desde una perspectiva coyuntural, como desde una visión más decisivamente estructural- iban a dar lugar a una muy desigual configuración del concepto de Constitución, es decir, a una muy diferente afirmación en relación con su **valor** -con su alcance y significación, como antes apuntábamos- bien desde el punto de vista político, bien desde una óptica jurídica. A dar cuenta de la relación existente entre el proceso que hasta ahora se ha descrito y el de afirmación que acaba de apuntarse están dedicados los dos epígrafes siguientes.

3. NORTEAMÉRICA: LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución norteamericana de 1787 presenta un doble interés desde el punto de vista de su significación a la hora de proceder a definir el **valor**

asignado a la Constitución en los Estados Unidos: de un lado, por el esquema que en la misma se establece en relación con la división de poderes; de otro, por la previsión en su tenor literal de un procedimiento **expreso** y **especial** de reforma constitucional.

En cuanto a lo primero, y como hemos visto ya, la experiencia constituyente norteamericana en relación con la separación de los poderes se vertebra en gran medida a partir del principio del temor y la desconfianza hacia el poder legislativo, experiencia que, como igualmente vimos, estuvo condicionada no sólo por circunstancias de tipo coyuntural, sino también por las exigencias de naturaleza estructural que se derivaban de un modelo constitucional en el que los dos poderes fundamentales del Estado -legislativo y ejecutivo- procedían de la misma fuente de legitimidad, el voto popular. Lo decisivo de tal experiencia, desde la perspectiva que me importa aquí, es que debido a ella será posible que en América se plantee en el decurso de la revolución un problema que en Europa sólo se abordará décadas más tarde: el derivado de la necesidad de compatibilizar el respeto al principio democrático con la garantía de los derechos de las minorías.

Aunque podrían traerse a colación pruebas diversas de tal preocupación, es suficiente con reproducir las reflexiones al respecto de James Madison, uno de los autores de *El Federalista*, quien se hace eco en la obra referida de las lamentaciones de quienes creen que «frecuentemente se adoptan decisiones, no según las reglas de la justicia y los derechos de la minoría, sino por la superior fuerza numérica de una mayoría interesada y prepotente», y se plantea la centralidad de tal cuestión para el Estado representativo (**popular government**): «El gran objeto al que se dirige nuestra investigación -escribe Madison- es el de cómo asegurar el bien público y los derechos de los particulares contra el peligro de una facción, preservando al mismo tiempo el espíritu y la forma de un gobierno popular». Y ello porque el futuro Presidente de la Unión será consciente de que en el nuevo Estado constitucional construido tras la Independencia, el mantenimiento de la libertad no sólo exigirá establecer garantías para la **sociedad** frente al **Estado**, sino también proteger a la minoría frente a un eventual **abuso democrático**. Sus palabras son en este caso de una transparencia que elimina cualquier necesidad de comentario adicional: «Es de una gran importancia en una república no sólo salvaguardar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino también salvaguardar a una parte de la sociedad contra la injusticia de la otra parte. Diferentes intereses existirán necesariamente en diferentes clases de ciudadanos. Si la mayoría está unida por un interés común, los derechos de la minoría no están asegurados».

En conclusión, y por expresarlo con toda concisión, en el desarrollo de la experiencia revolucionaria norteamericana todo apuntaba en el sentido coincidente de situar en primer plano la cuestión de la limitación del poder legislativo, es decir, la cuestión de la limitación del poder del órgano encargado de la función legislativa del Estado. El esquema de separación de poderes, y la reflexión política en que el mismo se basaba, encerraba, en consecuencia, lo que podríamos llamar las **condiciones de necesidad** que iban a exigir el otorgar un determinado **valor** a la Constitución como medio para someter a límites precisos a uno de los poderes constituidos del Estado. Y ello porque entre los medios que los **Padres Fundadores** del constitucionalismo americano concibieron para hacer frente a esa indeseable posibilidad de un eventual abuso democrático se incluyeron, junto con otros mecanismos -como el veto presidencial o la estructura federal del poder territorial-, el de la intervención del poder judicial como instrumento de control del poder legislativo. Alexander Hamilton lo expresara con meridiana claridad en *El Federalista*: «Pero no es sólo como vía para prevenir las infracciones de la Constitución como la independencia judicial puede constituir una salvaguardia contra los efectos de los malos humores que pueden producirse ocasionalmente en la sociedad. En algunos casos, éstos no se extienden más allá de perjudicar en sus derechos a determinadas clases de ciudadanos particulares, por medio de leyes injustas y parciales. También aquí la firmeza de la magistratura tiene una gran importancia para mitigar la severidad y limitar los efectos de tales leyes».

Si la reflexión de los **Padres Fundadores** sobre la separación de los poderes y la exigencia subsiguiente de mantener los derechos de las minorías encerraba las **condiciones de necesidad** del otorgamiento de un determinado **valor** a la Constitución, el segundo de los elementos antes mencionados -la previsión de un procedimiento especial de reforma constitucional- generaría, por su parte, sus **condiciones de posibilidad**. ¿Cuál iba a ser, en tal sentido, desde el momento mismo de aprobación de la Carta de Filadelfia, la virtualidad constitucional -es decir, la significación desde el punto de vista de la teoría general de la Constitución- del establecimiento de un procedimiento especial de reforma de la Constitución? Aunque en respuesta a tal pregunta no podemos entrar aquí en un estudio detenido de la compleja problemática jurídica de la relación existente entre rigidez constitucional, exigencia de un procedimiento **expreso** de reforma y superioridad formal de la Constitución, a los efectos de este trabajo es suficiente con dejar constancia de que los constituyentes norteamericanos tuvieron plena conciencia de las consecuencias que deberían derivarse del hecho de que la Constitución estableciese un procedimiento

especial y, por tanto, **expreso** de reforma. Hamilton habría de expresarlo de forma sencilla y transparente en el nº 78 de *El Federalista*: «Aunque confío en que los partidarios de la Constitución que ha sido propuesta no estarán nunca de acuerdo con sus adversarios en poner en duda el principio fundamental del gobierno republicano que admite el derecho del pueblo a modificar o a abolir la Constitución establecida en cualquier momento en que la considere contradictoria con su felicidad, no debe inferirse de tal principio que los representantes del pueblo puedan violar justificadamente algunas de las previsiones de la Constitución, en cualquier momento en que una mayoría de sus electores de forma momentánea considerasen sus inclinaciones incompatibles con la Constitución existente; o que los tribunales deban considerarse en la obligación de aceptar las infracciones cometidas por tal causa, de la misma forma que no lo estarían si las mismas procedieran de las intrigas del cuerpo representativo. Hasta que el pueblo, **por medio de una ley solemne y competente**, haya anulado o cambiado la forma de gobierno establecida, estará vinculado a la misma, tanto colectivamente, como desde el punto de vista individual; y ninguna presunción, ni incluso ningún conocimiento de los sentimientos del pueblo, puede justificar a sus representantes para apartarse de la Constitución antes de haberse aprobado tal ley».

A la vista de todas estas reflexiones de los **Padres Fundadores** podría decirse que en la experiencia americana todo apuntaba en el sentido coincidente de afirmar la **supremacía de la Constitución** y, con ella, o mejor, para su eficacia práctica, en el de asentar el control de constitucionalidad. Si el miedo al legislador y la solemnidad formal de la Constitución generaban, respectivamente, las que hemos llamado condiciones de **necesidad** y de **posibilidad** del valor de la superioridad constitucional y del correlativo instituto del control, cabría pensar que el proceso por el cual acabó por asentarse un verdadero **modelo americano** fue un proceso pacífico y tranquilo, consecuencia natural de unas necesidades y unos principios indiscutibles por sí mismos. Las cosas ocurrieron en la realidad de manera bien distinta. No entraremos aquí, pues no es ese el objeto de estas páginas, en el estudio del proceso contradictorio y conflictivo que acabaría conduciendo -después de algunos antecedentes históricos que apuntaban decididamente en el sentido de otorgar un **valor jurídico** al texto constitucional-, al histórico pronunciamiento del juez Marshall en el celeberrimo **Mandamus Case -Marbury v. Madison-**. Baste con decir, a ese respecto, que por más que la Convención de Filadelfia se clausurase sin una aceptación explícita en el texto constitucional de la institución de la **judicial review**, lo cierto es que mucho antes de que Marshall abriera, y en un cierto sentido podría decirse que **cerrara**, la cuestión, con su audaz decisión en el citado **Mandamus Case**, los propios

Padres Fundadores habrían de realizar por boca de Hamilton en *El Federalista*, una interpretación precisa de la Constitución, que no dejaba lugar a ningún género de dudas sobre el importantísimo paso histórico que los constituyentes americanos habían dado para afirmar el **valor jurídico** de la Constitución y para crear, con ello, un genuino modelo constitucional, muy diferente del que habrán de ensayar durante décadas los constituyentes europeos. Con el estudio de la misma cerraremos ya este epígrafe.

El punto de partida de la argumentación hamiltoniana no será otro que el consistente en retomar uno de los elementos vertebradores de toda la reflexión político-constitucional de los **Padres Fundadores** y, más en general, del movimiento revolucionario norteamericano: la denuncia de los peligros que en un régimen republicano -es decir, en un régimen donde los dos fundamentales órganos políticos del Estado, ejecutivo y legislativo- están democráticamente legitimados, se derivan de los posibles excesos del poder del parlamento. Hamilton conectará directamente esta cuestión con la relativa a la funcionalidad política del poder judicial, el único a su juicio que puede actuar como una barrera eficaz frente a la **voracidad** parlamentaria, de forma tal que la independencia de los tribunales resultará ser, a la postre, la mejor garantía de una Constitución limitada. Tal denuncia de la peligrosidad parlamentaria se combina, además, con la afirmación de la nula capacidad de oprimir de la magistratura, lo que permite a Hamilton obtener una primera conclusión que resulta ser sorprendentemente clara: «Las limitaciones de esta clase al legislativo no pueden preservarse en la práctica por otra vía que la de los tribunales de justicia, cuyo deber será declarar nulas todas las leyes contrarias al sentido manifiesto de la Constitución. Sin ello -resume el publicista americano- todas las reservas que se realicen respecto de determinados derechos o privilegios quedarán en nada».

El esquema resulta, en verdad, de una lógica **política** casi inapelable. La peligrosidad del poder legislativo y la paralela falta de peligrosidad del judicial deben convertir al último en vigilante permanente de las facultades del primero, mediante el control de la constitucionalidad. Control que tiene no sólo una finalidad **jurídica**, es decir, de protección del texto de la Constitución, sino también **política**, en la medida en que, como vimos más arriba, la Constitución es fundamentalmente un ámbito de garantías de los particulares y, muy especialmente, de los grupos de particulares, o, lo que es lo mismo, de las **minorías**. Pero la intervención del judicial no sólo es necesaria según Hamilton, sino que ha de resultar también posible, es decir, ha de resultar coherente con los principios caracterizados de una Constitución limitada, de forma que a su lógica **política** se añada una correlativa lógica **jurídica**. Ésta es, sin duda, la

cuestión central que Hamilton aborda a lo largo de sus análisis, y que soluciona de una forma que determinará que su reflexión acabe por convertirse en un punto de referencia insoslayable en el proceso histórico de construcción del control judicial de la constitucionalidad.

La pregunta a la que el coautor de *El Federalista* comenzará por dar respuesta no es otra que la relativa a si la facultad de control del poder legislativo que se atribuye al judicial no convertirá a los magistrados en un poder sobrepuesto al parlamento. Esta cuestión -que, ciertamente, latirá siempre hacia el futuro en el debate posterior sobre la legitimidad de la **judicial review**-, será contestada por Hamilton con la argumentación de que los jueces no pueden, en el ejercicio de su función interpretadora de las normas, hacer otra cosa más que declarar nulas las leyes contrarias a la Constitución, pues esta nulidad se deriva de los propios principios que rigen todo sistema constitucional, es decir, todo sistema presidido por una **ley fundamental**: «Se argumenta -dirá Hamilton- que una autoridad que puede declarar nulos los actos de otra debe ser necesariamente superior a aquella cuyos actos han sido declarados nulos. Como esta doctrina tiene gran importancia en todas las constituciones americanas, será conveniente una breve discusión sobre las bases en que se asienta». En tal discusión, que el publicista americano sostiene con los adversarios de la **judicial review**, Hamilton defenderá esa facultad de la magistratura no solo como una consecuencia de la facultad general de los jueces para interpretar las leyes -de forma tal que afirmar que, cuando lo hacen, se están inmiscuyendo en el ámbito del poder legislativo, sería tanto como negar la posibilidad de que los jueces existiesen como órganos separados de los órganos legislativos- sino, y esto es lo más fundamental, como una necesidad derivada de la **superioridad formal** de la Constitución sobre las leyes: «No hay proposición que dependa de principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario al tenor del mandato bajo el cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida. Negar esto sería tanto como afirmar que el diputado es superior al mandante; que el siervo es superior al amo; que los representantes del pueblo son superiores al propio pueblo; y que los hombres que actúan en virtud de apoderamiento pueden hacer no sólo lo que éste no permite, sino incluso lo que prohíbe».

Aunque ya en esta reflexión apunta Hamilton a la cuestión de la superioridad de la Constitución sobre la ley como elemento explicativo del control de la constitucionalidad, el americano retomará más abajo la cuestión, ahora con una claridad argumental y una rotundidad justificadora que hacen innecesario cualquier comentario adicional por nuestra parte: «No es admisible la suposición

de que la Constitución haya tenido la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad por la de sus constituyentes. Es más racional suponer que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras, de mantener a aquélla dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes -continúa Hamilton- es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios».

Es difícil expresarlo con mayor transparencia y sencillez. La superioridad de la Constitución sobre la ley y la consiguiente obligación del juez de aplicar el ordenamiento a partir de esa consideración fundamental es una consecuencia ineluctable de su superioridad **formal**, es decir, de la supremacía política de la fuente de procedencia de la Constitución, en una palabra, del hecho de que ésta emana del poder constituyente, un poder, por definición, superior a los poderes constituidos y, entre ellos, al poder legislativo que ejerce el parlamento. Aunque la preexistencia de esta perfecta construcción jurídico-política no resta un ápice de mérito al juez Marshall en su papel de pionero de la **judicial review of legislation** bien está, en todo caso, reconocer que las bases teóricas que le permitirían su audaz pronunciamiento en **Marbury v. Madison** habían ya sido sentadas por los **Padres Fundadores**. Uno y otros, más una peculiar coyuntura de la historia que así vino a exigirlo, condicionarían la aparición y la posterior lenta afirmación de un **modelo americano** que se caracterizó en una palabra por la afirmación de la **supremacía de la Constitución**. El **europeo** que, a partir de la experiencia francesa analizaremos a continuación, se caracterizaría por el principio opuesto: el de **supremacía de la ley**. Nadie mejor que Tocqueville, que tras su viaje por América había comprendido como pocos la importancia de la **judicial review** en el funcionamiento del sistema constitucional estadounidense, para explicar el por qué de ese contraste: «Sé que al negar a los jueces el derecho a declarar inconstitucionales las leyes -dejará escrito el publicista de Verneuilen *La democracia en América*- damos indirectamente al cuerpo legislativo el poder de cambiar la Constitución, pues no encuentra más barreras legales que lo detengan. Pero más vale conceder el poder de cambiar la Constitución del pueblo a unos hombres que representan imperfectamente las voluntades del pueblo que a otros que no se representan más que a sí mismos».

Como veremos a continuación, Tocqueville no hace con estas reflexiones otra cosa que reproducir las ideas que se habían conformado como dominantes a lo largo de esa Revolución a la que el francés habría de dedicar una de sus más célebres obras.

4. FRANCIA: LA SUPREMACÍA DE LA LEY

Como ya se ha apuntado más arriba, la configuración del concepto de Constitución -de su **valor**- en Europa exige constatar las muy diferentes condiciones (coyunturales y estructurales) de partida: en esencia, la vigencia, en el momento en el que se produce el estallido de la Revolución, de las instituciones del Antiguo Régimen y, de forma muy especial en lo que aquí nos interesa, de las monarquías absolutas.

Será en el preciso contexto histórico caracterizado por tales condiciones en el que el ámbito -teórico y político- de la separación de poderes se conformará como un ámbito privilegiado para comprobar las consecuencias de ese muy diferente **punto de partida** en contraste con el americano: el permanente y en general frontal enfrentamiento entre el poder legislativo y el poder ejecutivo traslucirá, mejor que casi cualquier otra circunstancia, la tensión entre el nuevo órgano surgido de la revolución, el más fiel portador de sus valores y proyectos, y sus más firmes adversarios sociales e institucionales, entre los que destacará el monarca absoluto, al que la propia revolución va a convertir en titular de un órgano estatal, la jefatura del Estado, y va a entregar el ejercicio del poder ejecutivo.

Aunque no entraré aquí en un análisis pormenorizado de los diferentes esquemas de separación de poderes establecidos en las diferentes constituciones francesas del ciclo revolucionario, lo cierto es que por debajo de la sucesión de las distintas fases de la Revolución, tan bien simbolizadas en los tres textos jurídicos supremos del período -los de 1791, 1793 y 1795-, se iban a ir decantando de forma progresiva unos principios constitucionales que finalmente resultarían incompatibles con el carácter normativo de la Constitución que había triunfado en Norteamérica: entre otros, y como primordial, según veremos seguidamente con detalle, el de la supremacía -imperio- de la ley.

En efecto, pese a las notables diferencias entre los sistemas establecidos en las tres constituciones referidas -el de separación absoluta sin balanza de poderes en 1793, y los de separación corregida por elementos internos de

equilibrio: el veto suspensivo (en 1791) y la división bicameral del órgano legislativo (en 1795)- el constitucionalismo revolucionario fue decantando un modelo de división de poderes que acabará por concluir en la superioridad del parlamento y en el que no podía sino ser su correlato: la supremacía de la ley. Así las cosas, la superioridad **política** del parlamento y la supremacía **jurídica** de la ley no fueron sino, a la postre, las dos caras de una misma moneda, el anverso y el reverso de un único principio constitucional que acabará dando lugar, primero en el derecho público francés y luego, debido a su influencia, durante largas décadas, en el derecho público europeo, a toda una serie de consecuencias en el ámbito de la teoría de la Constitución, una de las cuales debe destacarse por conformarse casi como la síntesis de todas las demás: me refiero a la negación del carácter normativo de la Constitución misma, es decir, a la fijación de su **valor** en el sentido en que me vengo refiriendo a tal concepto.

¿Cuáles fueron las proposiciones conformadoras de ese nuevo concepto de la ley que, llamado a tener tanta transcendencia, se expresaría con suma concisión desde el momento mismo del triunfo de la Revolución en el artículo 6º de la **Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano**, según el cual **la ley es la expresión de la voluntad general**? Carré de Malberg las sintetizó en su día de forma magistral (R. Carré de Malberg, 1931, p. 17-18): en primer lugar, la afirmación de que aquélla tenía por fundamento la voluntad general y que, por tanto, no era sino la expresión de esa misma voluntad; en segundo lugar, la correlativa afirmación de que la voluntad general se expresaba por el cuerpo legislativo del Estado, en tanto que representante de la totalidad de los ciudadanos. La conjunción de una y otra afirmación iba a conducir indefectiblemente a la proclamación de la soberanía del propio órgano representativo nacional, en una palabra, a la proclamación final de la **soberanía parlamentaria**. De nuevo Carré de Malberg lo expresará de forma insuperable: «El sistema representativo que la Constitución ha erigido partiendo del principio de la soberanía nacional, se sustancia, en definitiva, en un sistema de soberanía parlamentaria. El parlamento era doblemente soberano: lo era, en primer lugar, frente a todas las autoridades, en la medida en que configuraba, frente a ellas, al pueblo con su poder derivado de la voluntad general; y lo era también, con absoluta realidad, frente al propio cuerpo de los ciudadanos, porque, como había dicho Siéyès, aquél no podía expresar su voluntad general más que por medio de la asamblea de diputados» (R. Carré de Malberg, 1931, p. 21-22).

Las palabras del abate no dejaban, en efecto, lugar a ningún género de dudas respecto de la relación entre la Nación y la Asamblea Nacional, que se hipostasiaban al servicio del proyecto de convertir a la segunda en único órgano

de expresión de la primera. En su célebre discurso de 7 de septiembre sobre el veto real, Siéyès se expresa en términos de una meridiana claridad respecto de esa identificación entre la voluntad general y la de los representantes: «Sé -dice al comienzo de su discurso- que a fuerza de distinciones de una parte, y de confusiones, por otra, hemos llegado a considerar la voluntad nacional como si pudiera ser otra cosa que la voluntad de los representantes de la Nación, como si la Nación pudiera hablar de otra manera que no fuese a través de sus representantes». En la misma línea de principios, se referirá más adelante a la Asamblea Nacional como «la única encargada de interpretar la voluntad general» y se preguntará retóricamente respecto de esta última, «¿Dónde puede estar, dónde puede ser reconocida tal voluntad, sino es en el seno de la propia Asamblea Nacional?» La respuesta a la pregunta de Siéyès podría encontrarse, por ejemplo, en las manifestaciones de Barère varios años más tarde, en 1793, cuando el diputado expresaba este principio fundamental del derecho público francés como algo ya políticamente inobjetable. «Es necesario no olvidar un principio, el de que sólo existe un único poder, el poder nacional, que reside en el cuerpo legislativo».

La concisa reflexión del diputado de Tarbes expresa a la perfección la base motriz fundamental determinadora de las relaciones entre los poderes del Estado y en concreto, y en relación con lo que ahora constituye nuestro centro de interés, entre el poder legislativo y judicial. Y ello porque habrá de ser esencialmente esa concepción política -que conduce, en el terreno de la **práctica constitucional**, al tránsito de la soberanía **nacional** a la soberanía **parlamentaria**-, el punto de partida necesario para abordar la problemática de la concreta plasmación del **valor** de la Constitución en el modelo liberal surgido de la Revolución francesa. Como seguidamente explicaré, la concepción de la ley como expresión de la voluntad general -o, lo que es políticamente equivalente, de la voluntad de la Asamblea Nacional- iba a producir muy importantes consecuencias en el ámbito más decisivo en el que se pone de relieve la eficacia de las leyes, es decir, en el de su aplicación por parte de los tribunales de justicia, y ello tanto en lo relativo a su **interpretación** como en lo referente a su **aplicación** por parte de los órganos conformadores del poder judicial del Estado.

Ciertamente, la primera manifestación fundamental del principio de la supremacía de la ley, y de su trasunto, el de la soberanía parlamentaria, se concretará en la creación de un instituto jurídico muy típico de toda la fase histórica de implantación en Francia del régimen constitucional: el conocido como **référé législatif**, así denominado porque en virtud del mismo se **refería** (remitía) al poder legislativo la facultad última para interpretar el texto oscuro de una ley.

La Constitución de 1791 disponía, en tal sentido, que «cuando después de dos ocasiones el fallo del tercer tribunal fuera atacado por los mismos medios que los dos primeros, la cuestión no podrá ser planteada nuevamente al Tribunal de Casación sin haber sido sometida al cuerpo legislativo, que emitirá un decreto declaratorio de la ley, al que el Tribunal de Casación tendrá necesariamente que ajustarse (Tít. III, Cap. V, art. 21). Una norma casi idéntica se contendría en el artículo 256 de la Constitución del año III.

Los textos precitados no hacían otra cosa que recoger el instituto del llamado **référé** obligatorio, creado por la Ley de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790. Junto a él, la Ley de 16-24 de agosto del mismo año, institucionalizaba el denominado **référé** facultativo al disponer, en su artículo 12, que los tribunales «no podrán en ningún caso hacer reglamentos; pero se dirigirán al cuerpo legislativo todas las veces que creyeran necesario bien interpretar una ley, bien hacer una nueva».

Aunque la significación y alcance del instituto del **référé** planteó desde muy pronto un profundo debate doctrinal, que se ha mantenido en Francia hasta la fecha, lo que ahora me interesa destacar es que en la concepción de los constituyentes de la Revolución, tan bien expresada por la creación del **référé**, el poder legislativo podía no sólo inmiscuirse en la función jurisdiccional, sino que acababa convirtiéndose en la práctica en el auténtico superior de los tribunales de justicia. Esa concepción era, por lo demás, perfectamente coherente con la absoluta desconfianza de los revolucionarios hacia el poder judicial: «No se puede negar -afirmaría Bergasse en su «Informe en nombre del Comité de Constitución sobre la organización del poder judicial», presentado a la Asamblea Nacional el 13 de agosto de 1789- la influencia sin límites del poder judicial; pero, si su influencia es ilimitada, si es superior a la de todos los otros poderes públicos, no existe, por lo tanto ningún poder público que sea necesario limitar con más exactitud que aquél; no existe ninguno, en consecuencia, que sea conveniente organizar con una prudencia más inquieta y con precauciones más escrupulosas».

Prudencia y precauciones que iban a traducirse, entre otras cosas, en la creación de **référé**, a la que me vengo refiriendo, que era manifestación de una concepción netamente diferente a la que había triunfado en América en relación con el papel constitucional encomendado a los tribunales. Así, sólo tres años después de que los **Padres Fundadores** anotasen en *El Federalista* las reflexiones que hemos tenido ocasión de analizar en su lugar, Robespierre expresaría en la constituyente gala algunas que eran contradictorias de medio a

medio con aquellas. Con ocasión del debate de la Ley, antes citada, de 27 de noviembre-1 de diciembre, reguladora del **référé** obligatorio, el diputado de Arras pronunciaría unas palabras que verdaderamente no tienen desperdicio: «Los tribunales se establecen con la finalidad de decidir las discusiones entre ciudadanos y ciudadanos; allí donde finaliza el poder judicial, comienza la autoridad del tribunal de casación. Es sobre el interés general, sobre el mantenimiento de la ley y la autoridad legislativa, sobre lo que debe pronunciarse el tribunal de casación. Dado que el poder legislativo no establece más que la ley general, cuya fuerza depende de su exacta observación, si los magistrados pudiesen sustituirla por su propia voluntad, se convertirían en legisladores. Es por ello necesario establecer la vigilancia que mantenga a los tribunales dentro de los principios de la legislación. ¿Este poder de vigilancia -se preguntaba Robespierre- deberá ser parte del poder judicial? No, porque es el propio poder judicial el vigilado. ¿Deberá ser el poder ejecutivo? No, porque se convertiría en dueño de la ley. ¿Debe ser, en fin, un poder diferente de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial? No, porque yo no conozco cuatro poderes en la Constitución. Este derecho de vigilancia -concluía el diputado de Arras- es, por tanto, una dependencia del poder legislativo. En efecto, según los principios auténticamente reconocidos, es al legislador a quien corresponde la interpretación de la ley que él mismo ha hecho; incluso en el antiguo régimen estaba consagrado este principio».

En conclusión, y como ha sido apuntado por Hufteau, la Asamblea Nacional constituyente entendió la función jurisdiccional como una función consistente en la mecánica aplicación de la ley, aplicación en la que el juicio resultaba un silogismo, cuya premisa mayor era la ley, cuya premisa menor era el hecho objeto de litigio y cuya consecuencia no era otra que la resolución del órgano jurisdiccional (Y.L. Hufteau, 1975, p. 35). Será precisamente a partir de esta concepción, que obviamente colocaba al poder judicial en una posición **funcionalmente** subordinada al poder legislativo, como debe interpretarse el instituto del **référé** obligatorio, una institución cuya transcendencia, hasta su desaparición definitiva en 1837, no residirá tanto en su importancia material, cuanto en su significación como pieza consecuente con toda una construcción constitucional que se basaba en la supremacía de la ley y en la negación de la supremacía **jurídica** de la Constitución.

En todo caso habrá de ser la otra pieza que daba coherencia al edificio erigido por los liberales de este lado del Atlántico -la prohibición del control judicial de la constitucionalidad de las leyes- la llamada a tener unas consecuencias de mayor envergadura. En efecto, frente a la corta pervivencia

histórica del **référé** legislativo, la citada prohibición, a la que dedicaré las páginas finales de este estudio, acabará por convertirse en uno de los elementos definidores de la teoría constitucional francesa, algo que seguro no llegaron siquiera a adivinar los autores de la ley 16-24 de agosto de 1790, cuando en su artículo 10 establecieron que «los tribunales no podrán tomar directa o indirectamente parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo, sancionados por el Rey, bajo pena de prevaricación». ¿Significaba esta prohibición -posteriormente reproducida, con formulaciones similares, por el texto constitucional de 1791, por el frustrado proyecto girondino de 1793 y por la Constitución del año III- la proscripción **expresa**, constitucionalmente consagrada, de un eventual control judicial de la constitucionalidad de las leyes? Aunque, ciertamente, resulta frecuente convertir lo que a mi juicio acabó siendo una consecuencia jurídica objetiva de una norma constitucional de contenido general en un juicio de intenciones sobre la voluntad de los constituyentes revolucionarios, y afirmar, en consecuencia, que aquellos dispusieron, efectivamente, la referida proscripción, no parece defendible que esta tesis se compadezca con la realidad.

Así, si es innegable que la previsión del artículo 10 de la Ley 16-24 de agosto y las normas constitucionales que vinieron a reproducirla, han sido interpretadas tradicionalmente como normas prohibitivas del control judicial de la constitucionalidad, otra cosa bien distinta es mantener que tal fuera, concretamente, la voluntad de los autores de estos textos. Más atinada parece la tesis de Duez, quien aporta a este respecto una conclusión con la que estoy en pleno acuerdo: «Parece indudable -escribía en 1929 el profesor de Lille- que en el pensamiento del legislador revolucionario, no se trata de fórmulas muy generales destinadas a prohibir el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Se prohíbe frenar **directa o indirectamente, de cualquier manera que sea**, la aplicación de la ley: y el control de la constitucionalidad de la ley puede, por tanto, producir este resultado» (P. Duez, 1929, p. 231). El control judicial de la constitucionalidad no se prohíbe **expresamente** en la coyuntura histórica de la Revolución pura y simplemente porque la eventualidad de tal control no conforma un auténtico problema constitucional. La prohibición **expresa** hubiera exigido el planteamiento abierto de la posibilidad de que la **Constitución** fuese violada por la **ley**. Y por más que, como veremos para terminar, muchos constituyentes fueran conscientes, sobre todo a partir de 1793, de la necesidad de proteger a la Constitución frente a los diversos atentados de que aquélla podía ser objeto, entre tales atentados, los que podían derivarse de la aprobación parlamentaria de una ley contraria a la Constitución no se situaban, en el horizonte político del tiempo, como la cuestión fundamental. La

problemática del control **material** de las normas emanadas de la Asamblea Nacional aparecía entonces, en suma, en una medida nada despreciable, como una problemática anacrónica.

Y ello no porque, como acabo de decir, los revolucionarios no fueran conscientes, de una parte, de los peligros que acechaban a la Constitución y de otra, de que la misma era una norma **diferente** a las demás. En cuanto a lo segundo, baste con subrayar el hecho, ya sabido, de que todos los textos constitucionales del período revolucionario fueran textos rígidos, en los cuales se establecían procedimientos especiales de reforma, lo que era una consecuencia también, aunque no sólo, de la aceptación de la teoría del poder constituyente y de su distinción de los constituidos, teoría que muy tempranamente había sido proclamada, entre otros, por Siéyès. Y en cuanto a lo primero, con poner de manifiesto el hecho, ahora menos conocido, de que durante todo el ciclo de la Revolución, y sobre todo desde 1792-1793, estará presente en el ámbito de preocupaciones del movimiento revolucionario la cuestión de la defensa **política** de la Constitución. De hecho a lo largo de los últimos meses del 92 y de los primeros del 93 se presentarán ante la Convención un gran número de proyectos y propuestas destinados a garantizar, a través de instrumentos de naturaleza muy distinta **-institucional o popular-** la pervivencia de la Constitución. Todos ellos fueron rechazados.

Como lo sería, finalmente, la más célebre de las propuestas de defensa política de la Constitución, la presentada por Siéyès instando la creación de un **jurie constitutionnaire** después de la reacción de Termidor, y tras la durísima experiencia de los excesos autoritarios del **Terror**. Pero ni siquiera entonces estuvieron los constituyentes dispuestos a considerar una propuesta cuya aceptación hubiera supuesto revisar uno de los principios esenciales en los que los mismos habían creído desde el comienzo de la Revolución: el de la supremacía de la ley, un principio que se traduciría, inevitablemente, en la falta de valor normativo de la Constitución. Por eso no debe sorprendernos que frente a la depuradísima construcción del abate de Fréjus en las sesiones de 2 y 18 termidor, en que Siéyès procedió a la defensa de su texto articulado, los miembros de la Cámara respondiesen reproduciendo mecánicamente ideas que ya se habían oído hasta la saciedad. Frente a la claridad en la denuncia de problemas y en la proposición de soluciones se volvía a responder con la retórica. Compárense, sino, las reflexiones del abate y del que resultó ser, en las sesiones referidas, uno de sus más encarnizados adversarios. Mientras Siéyès insistía en algo elemental -«Una ley cuya ejecución no está fundada más que sobre la buena voluntad, es como una casa cuyos suelos reposaran sobre las

espaldas de aquellos que la habitan. Es inútil decir lo que sucederá con ella más tarde o más temprano»-, su oponente, el diputado Thibadeau, le enfrentaba una convicción que en la época debía haber adquirido ya casi el valor de un prejuicio popular: «Se dice que entre un pueblo de las Indias la creencia popular consiste en pensar que el mundo está sostenido por un elefante, y este elefante por una tortuga; pero cuando uno pasa a preguntarse sobre quién reposa la tortuga, la erudición desaparece». ¿Es posible expresarlo de modo a un tiempo más complejo y más meridianamente claro? ¿O de un modo más hermoso?

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

El presente trabajo constituye un resumen extremadamente conciso de las ideas contenidas en mi libro *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal* (Madrid, Alianza Editorial, 1995), obra en donde se incluye una bibliografía final muy exhaustiva relativa a los diversos aspectos que en él son objeto de tratamiento detallado, aspecto que han sido parcialmente abordado en este trabajo. Remito, por tanto, al lector interesado a aquella bibliografía. Para facilitar la lectura del texto ha suprimido cualquier referencia a las fuentes citadas en el mismo, que pueden consultarse en el libro aludido. Finalmente, he incluido en esta bibliografía sólo las referencias relativas a los autores que aparecen aquí expresamente mencionados.

ARENDRT, H.: *Sobre la Revolución*. Madrid, Alianza Editorial, 1988.

CAPPELLETTI, M.: "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17/1986.

CARRÉ DE MALBERG, R.: *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*. París, Sirey, 1931.

CRUZ VILLALÓN, P.: *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad*. Madrid, Cescos, 1987.

DE VEGA, P.: "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, nº 17/1979.

DUEZ, P.: "Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France (comment il convient de poser la question)", *Mélanges Maurice Haurion*. París, Sirey, 1929.

HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, M.: *The Federalist Papers*, Clifton Rossiter, edit. 9, Nueva York, Moneter Books, 1961.

HUFTEAU, Y.L.: *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*. París, Presses Universitaires de France, 1975.

HEGEL, G.W.F.: *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Madrid, Alianza Editorial, 1980.

MOLAS, I.: "Alexis de Tocqueville: the traditionalist roots of democracy", *Working Papers*, nº 9/1990. Barcelona, ICPS.

PÉREZ ROYO, J.: *Introducción a la teoría del Estado*. Barcelona, Blume, 1980.

PÉREZ ROYO, J.: *Tribunal Constitucional y división de poderes*. Madrid, Tecnos, 1988.

PÉREZ ROYO, J.: "El Parlamento" (texto inédito).

PIÇARRA, N.: *A separação dos poderes como doutrina e principio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra Editora, 1989.

RESCIGNO, G.U.: "Il Presidente della Repubblica", en BRANCA, G. (ed.): *Commentario della Costituzione*. Bologna, Zanichelli, 1978.

SILVESTRI, G.: *La separazione dei poteri*, vol II. Milán, Giuffrè, 1984.