

Michel Troper

**«LA MÁQUINA Y LA NORMA. DOS
MODELOS DE CONSTITUCIÓN»**

DOXA 22 (1999)

LA MÁQUINA Y LA NORMA. DOS MODELOS DE CONSTITUCIÓN

Michel Troper

Universidad de ParísX-Nanterre

Cuando se clasifican constituciones, lo más frecuente es tomar como criterios el género y el número de los órganos que ejercen las grandes funciones jurídicas del Estado, principalmente las funciones legislativa y ejecutiva, y eventualmente la función jurisdiccional. Se entiende así que cada tipo de constitución corresponde a un cierto tipo de atribución, de ejercicio y de funcionamiento del poder político.

Al proceder así, se presupone que las autoridades se comportan en conformidad con las reglas constitucionales, entendidas como obligatorias. Esta idea, la de que la eficacia de la constitución se encuentra asegurada por cuanto las autoridades se someten a reglas obligatorias, parece hoy ir de suyo. Podría incluso pensarse que se trata de una proposición analítica, porque no se puede definir la constitución más que como una especie del género norma, y una norma no obligatoria sería una *contradictio in adjecto*. Si hay una constitución, ésta es necesariamente obligatoria y, si es correctamente aplicada, el poder se encontrará repartido y será ejercido en conformidad con las intenciones de los autores del texto.

Sin embargo, esta concepción de la constitución no carece de problemas, porque en realidad nada garantiza que las reglas enunciadas en el texto constitucional sean efectivamente aplicadas. Los propios controles no garantizan nada, porque no puede existir ninguna certidumbre de que el controlador se someta él mismo efectivamente a las reglas que se supone ha de aplicar.

Existe, sin embargo, una concepción diferente de la eficacia de las constituciones, según la cual no se espera que los gobernantes se sometan libremente a reglas obligatorias, sino que la organización misma del sistema determine comportamientos a los que los gobernantes no puedan sustraerse.

A estas dos concepciones corresponden dos maneras de redactar, y también dos maneras de interpretar y de analizar la constitución. Aunque cada

una de ellas ha sido dominante en una cierta época histórica, ambas han podido estar simultáneamente en vigor; cada una de ellas ha podido evolucionar según su lógica interna y preparar la llegada de la otra; cada una de ellas puede servir para analizar cualquier constitución. Se trata, pues, no de representaciones históricas o de clases a las que cualquier constitución podría adscribirse, sino de modelos simplificados destinados a facilitar la interpretación de ciertos comportamientos de los constituyentes y de los poderes públicos constitucionales.

En la exposición que sigue, se procederá en primer lugar a la descripción de los dos modelos para indagar después de qué manera cada uno de ellos es susceptible de transformarse en el otro.

I. Los dos modelos

A. *El modelo mecanicista: la búsqueda de garantías internas*

1. El modelo mecanicista como modo de eficacia: la ingeniería constitucional.

Es evidentemente en el siglo XVIII, bajo la influencia y el modelo de la física de Newton, cuando el ideal de una constitución entendida como mecanismo, llega a ser dominante. El representante más importante de esta concepción es, por supuesto, Montesquieu.

Es sabido que el autor de *L'Esprit des lois* distingue tres formas de gobierno: la monarquía, el despotismo y la república, que puede ser aristocrática o democrática. En relación con cada una de estas formas de gobierno distingue la naturaleza (*lo que le hace ser tal*) y el principio o motor (*lo que le hace actuar*)¹. La naturaleza del despotismo es que gobierna uno solo, pero sin leyes, según sus caprichos, la de la monarquía que gobierna uno solo, pero por medio de leyes fijas y establecidas, la de la república que el pueblo en su conjunto o ciertas familias tienen en ella el poder soberano². En cuanto al principio, para la monarquía es el honor, para la república la virtud y para el despotismo el temor³. Dicho de otra forma, sin estas pasiones que son el honor, la virtud o el temor, estos gobiernos no podrían mantenerse y hacerse obedecer.

Pero Montesquieu tiene en cuenta igualmente otro elemento: el objeto hacia el que tiende cada uno de estos gobiernos, lo que cada uno de estos gobiernos produce en razón de su propia naturaleza. Cada tipo de Estado

¹ *Esprit des Lois*, L. III, C. I

² C. II

³ *Ibid.* C. IX.

tiene un objeto que le es propio: el despotismo tiene por objeto *los placeres del príncipe*, la monarquía *su gloria y la del Estado*⁴.

Montesquieu se ha dotado así de un instrumento que le permite deducir el objeto de la naturaleza y del principio. Pero, dado que existe una relación fija entre naturaleza y principio, por una parte, y objeto, por otra, se puede también invertir el problema e inquirir, para un objeto dado, cuáles son la naturaleza y el principio de gobierno que permitirán realizarlo. Es de esta forma como Montesquieu procede en relación con la libertad política.

Dado que la libertad es el objeto de la constitución de Inglaterra, es preciso investigar la naturaleza y el principio de esta constitución⁵. Montesquieu concluye, como se sabe, que la naturaleza de la constitución de Inglaterra es mixta, dado que se encuentra en ella un elemento monárquico, un elemento aristocrático y un elemento democrático. En cuanto al principio, éste es que cada uno de los grupos actúa de acuerdo con su interés, de forma que éstos están en disposición de equilibrarse mutuamente. Este gobierno produce la libertad política, en el sentido de que no se está sometido más que a las leyes —ésta es la forma como la define Montesquieu— y de que la legislación es necesariamente moderada.

La relación entre libertad política y constitución se entiende como verdaderamente causal. En el espíritu de Montesquieu, la libertad no está asegurada en Inglaterra porque la constitución ordene al poder ejecutivo actuar de acuerdo con la ley. La ley no es moderada porque la constitución prescriba al legislador la moderación. Estos resultados se obtienen porque, en virtud de una distribución de los poderes que tiene en cuenta los intereses y las pasiones, las autoridades constitucionales se ven costreñidas a hacer compromisos y no pueden producir más que leyes moderadas.

Estas ideas no son propias de Montesquieu y se las encuentra en un gran número de autores y de hombres políticos, como Blackstone, Thomas Paine o Madison y, por supuesto, en las asambleas de la Revolución francesa, particularmente en la Asamblea nacional constituyente de 1789⁶.

Se encuentra una primera manifestación de ello en el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano:

Toda Sociedad en la que la garantía de los Derechos no esté asegurada, ni la separación de los Poderes determinada, no tiene en absoluto Constitución.

⁴ Ibid. L XI, cap. V.

⁵ «Hay también una nación en el mundo que tiene por objeto directo de su constitución la libertad política. Vamos a examinar los principios sobre los que la fundamenta. Si son buenos, la libertad aparecerá en ellos como en un espejo» (*Esprit des Lois*, L XI, cap. V).

⁶ cf. Papatolias, Apostolos (1992), *Concepción mecanicista y concepción normativa de la constitución*, tesis Paris X, v. los pasajes citados en pp. 26-27, 30 y 38.

Este artículo no enuncia el criterio de una buena constitución, sino que da simplemente una definición de constitución: ésta no es otra cosa más que un cierto reparto de competencias, es decir, en el lenguaje de la época, una separación de poderes. ¿Por qué se ha insertado una definición en una Declaración de los derechos del hombre? Porque la separación de poderes produce libertad política en el sentido de Montesquieu: si los poderes no están separados, nadie será libre, es decir, nadie estará sometido solamente a las leyes, porque quien ha hecho la ley podrá cambiarla en el momento de aplicarla. Por el contrario, si los poderes están repartidos entre varios, el que ejecuta no podrá modificar la ley de acuerdo con sus caprichos y cada uno permanecerá sometido a la regla que conocía en el momento de actuar y que le permitía, así, medir las consecuencias de su acción, o dicho de otra forma, ser libre.

Se trata a la vez de la exposición de una relación necesaria, natural, entre reparto de los poderes y libertad y del derecho natural de cada hombre a vivir en una sociedad –según el artículo 16, es la sociedad quien debe tener una constitución– organizada de acuerdo con esta relación, de suerte que la libertad se encuentre en ella garantizada. Según los autores de la Declaración de los derechos del hombre, una constitución, sea cual fuere su contenido, produce la libertad política. Por otra parte, si el artículo 16 pudo ser adoptado por unanimidad, esto se debió a que dicho artículo no prejuzga en nada la futura distribución de los poderes y a que es compatible con cualquier organización, con tal de que en ella los poderes estén repartidos entre diversas autoridades.

Sin embargo, se pueden investigar otros efectos «necesarios» de una constitución, además de la libertad política. Es así como los primeros revolucionarios se esfuerzan por producir dos efectos más: que la legislación sea moderada, que la constitución sea inviolable.

1) una legislación moderada es una legislación que preserva la libertad. Pero la libertad de la que se trata no es ahora la libertad política. Es la libertad civil, la libertad como autonomía de los individuos, como derecho a actuar como se quiera dentro de ciertos límites. La legislación preserva esta libertad si ella es el resultado de compromisos y si cada grupo dispone del poder de oponerse a las leyes susceptibles de oprimirlo. Los constitucionalistas del siglo XVIII esperan lograr una legislación moderada confiando el poder legislativo a una autoridad compleja, en la que los principales grupos sociales estén representados y puedan equilibrarse mutuamente.

2) una constitución inviolable es una constitución que es imposible que sea violada, no en virtud de la existencia de controles y de sanciones, sino porque el reparto de competencias es tal que si una autoridad intentara violar la constitución, es decir, sobrepasar sus competencias, chocaría inme-

diatamente con otra autoridad, que tendría interés en oponerse a la primera. La garantía de la constitución no reside, pues, en un cuerpo de control. Es puramente interna. Es así como la constitución inglesa, tal como es analizada en esta época, hace del rey una autoridad doble: de una parte, se encarga del poder ejecutivo, pero, de otra, participa por su derecho de veto en el poder legislativo, conjuntamente con las dos cámaras. Éstas podrían intentar atropellar la constitución, votando leyes que invadan el terreno del poder ejecutivo. Las cámaras acumularían entonces las dos funciones y el gobierno sería despótico. Pero el rey tiene, evidentemente, interés en preservar sus prerrogativas y parece seguro que opondría su veto a tales leyes. En consecuencia, las cámaras se abstendrán de proponerlas y el reparto de competencias se encontrará preservado eternamente.

Esta idea de una constitución inviolable es aquella que se oponía a Sieyès, quien proponía en 1795 impedir las violaciones de la constitución gracias a una institución de control, el jurado constitucional. Esta propuesta fue rechazada por unanimidad y uno de los principales argumentos fue que no había necesidad alguna de garantías externas, puesto que las garantías internas, es decir, la división del poder legislativo, eran suficientes⁷.

Por supuesto, hay que evitar confundir una concepción de la eficacia con la eficacia real. Los constituyentes de finales del siglo XVIII pretendían realizar una constitución inviolable, que garantizase la libertad política, así como una legislación moderada. Evidentemente no tuvieron éxito y la realidad política fue bien diferente. Sin embargo, lo que importa no es que no se llegara a construir una constitución concebida como una máquina eficaz

⁷ He aquí la manera en que el autor de un panfleto anónimo exponía en 1795 la concepción mecanicista de las garantías internas de la constitución:

«¡Gran lección para nosotros! Lo digo sin escrúpulo

¿Deseamos sinceramente

Un buen gobierno?

A las reglas de la mecánica

Sometamos el orden político

Todo poder tiende al abuso

¡Pues bien! Creemos una fuerza capaz

De fijar la frontera indispensable de los poderes

De mantener con severidad

Entre ellos una distancia igual

Forzando a cada autoridad

Que se apreste a salir de su esfera legal

A respetar los derechos de su rival.

No toleremos, en fin, que un instrumento grosero

Nos ofrezca el modelo, en vano, de un balancín

Anónimo, *El balancín político, o proyecto de adiciones y de correcciones a hacer en la constitución de 1793, antes de organizarla*, precedido de dos fábulas, París, año III, BN Ib 41 1859.

e inviolable, de acuerdo con una ciencia del ingeniero, sino que se intentara hacerlo. Las dificultades a que se enfrenta esta concepción son, pues, ante todo dificultades prácticas. Así, no es necesario pensar la constitución como obligatoria, puesto que ésta costringe efectivamente. Muy distinta es la concepción normativa, que se enfrenta, por su parte, a dificultades teóricas graves.

Siendo así las cosas, la concepción mecanicista puede servir también de modelo de análisis de la constitución.

2. El modelo mecanicista como método de análisis

La cuestión principal de la dogmática constitucional basada en la concepción normativa es: «¿qué conducta debe tener lugar?» o «¿la conducta que ha tenido lugar es lícita?».

La concepción mecanicista conduce a plantear cuestiones diferentes: desde el punto de vista de la redacción de las constituciones, ¿cuáles son, teniendo en cuenta la organización general del poder y el reparto de las competencias, las conductas posibles de los gobernantes y las conductas probables?; desde el punto de vista del análisis de las constituciones: ¿por qué tal conducta ha tenido lugar? En otros términos, la concepción mecanicista conduce a investigar cuáles son las constricciones –y especialmente las constricciones jurídicas– que pesan sobre los actores.

Se puede percibir la especificidad del análisis llevado a cabo desde un punto de vista mecanicista a través del ejemplo de la puesta en minoría de los gobiernos bajo la monarquía parlamentaria francesa. La Carta de 1814 sometía a los ministros a responsabilidad penal y no confería a las cámaras el derecho a derribar al gobierno. Sin embargo, amenazando a los ministros con rehusar el voto del presupuesto, la cámara de representantes llegó rápidamente a obtener bien su dimisión, bien su destitución por el rey. Es claro, en efecto, que un gobierno privado de medios financieros no puede mantenerse en el poder. Cuando la cámara provocó por primera vez la revocación de ministros de esta forma, ciertos autores, cuya orientación procedía de la concepción normativa, afirmaron que esta práctica era contraria al «espíritu de la carta», puesto que el poder de votar el presupuesto no había sido concedido a las cámaras para permitirles presionar al gobierno. La cámara de representantes había cometido, pues, una verdadera desviación de procedimiento.

Por el contrario, la mayor parte de los contemporáneos, que se adherían a la concepción mecanicista, estimaban que la responsabilidad ministerial no era más que una cuestión de hecho, el resultado de una relación de fuerzas. Bastaba, pues, con constatar lo que se había producido y con explicarlo por el ejercicio de las competencias. Desde este punto de vista, era in-

controvertible que, si bien la carta no investía a la cámara del derecho a revocar a los ministros, les daba en realidad –aunque hubiera sido involuntariamente– el poder de hacerlo, al conferirles la competencia presupuestaria. La concepción mecanicista conducía así a reemplazar un análisis en términos de competencias jurídicas por un análisis en términos de poderes, entendidos como capacidades de actuar y de producir efectos.

B. El modelo normativo

1. El modelo normativo como modelo de eficacia

Según esta concepción, la constitución es obligatoria. Desde el punto de vista de los constituyentes, se espera que la constitución respete dos elementos: la claridad y la precisión de los textos, que permitan conocer la naturaleza y el contenido de las obligaciones a las que se está sometido; la consciencia del carácter obligatorio de las disposiciones constitucionales. A estos dos elementos se añade a veces el establecimiento de controles destinados a constatar las violaciones y a sancionarlas.

Al igual que la constitución mecánica, una constitución normativa contiene disposiciones dirigidas a conferir competencias. En el caso precedente, las competencias se han repartido teniendo en cuenta las pasiones y los intereses de sus detentadores, de tal manera que se pueda razonablemente esperar de este reparto un cierto modo de funcionamiento global. Aquí, se piensa obtener este funcionamiento global por el solo enunciado de la obligación. En el primer caso, el funcionamiento será el resultado de las constricciones, aquí de la sumisión a una obligación.

Tal cosa tropieza con diversas dificultades. Se trata, en primer lugar, de dificultades prácticas: el funcionamiento efectivo es casi siempre diferente del que deseaban organizar los autores de la constitución. Esto no se refiere solamente al hecho de que las autoridades constituidas no actúen en conformidad con las prescripciones del texto constitucional, de que violen a veces la constitución, sino también a que sus competencias son en la mayor parte de los casos discrecionales, lo que deja en sus manos un amplio poder de apreciación. Sin violar en absoluto la constitución, los poderes públicos pueden, pues, tener comportamientos variados e imprevisibles. En el ejercicio de sus competencias discrecionales, se encuentran, por otra parte, sometidos a normas distintas de las normas constitucionales, especialmente las normas que rigen las relaciones partidarias.

Por otro lado, apenas es necesario subrayar que los textos no pueden jamás ser tan claros que no sean susceptibles de diversas interpretaciones, de forma que los constituyentes no pueden saber qué interpretación les será dada. Según la concepción normativa, las autoridades constituidas están so-

metidas a obligaciones, pero son ellas mismas las que determinan su contenido. Se objetará que estas autoridades no interpretan libremente las reglas que les rigen y que con frecuencia existen controles de tipo jurisdiccional. Pero las jurisdicciones competentes para controlar las interpretaciones son también ellas autoridades constituidas.

Por otra parte, no todas las disposiciones de la constitución pueden ser controladas ni todas las conductas contrarias sancionadas y todas las constituciones preven necesariamente actos no justiciables, salvo por el establecimiento de una responsabilidad general. Así, en Francia, la decisión de declarar el estado de excepción y, en otros países, la declaración de guerra.

En estas condiciones, la eficacia de una constitución basada en la concepción normativa no puede depender de su carácter obligatorio o de la existencia de sanciones, sino solamente de la buena voluntad y la buena fe de quienes, autoridades constituidas ordinarias y controladores, están sometidos a ella y la obligación de la que se trata no es finalmente más que una obligación moral.

La dificultad más seria es de orden teórico y lógico: si la constitución es una norma superior obligatoria, el establecimiento de controles jurisdiccionales está destinado a sancionar las conductas contrarias y se presenta, pues, como consecuencia de la obligación y de la supremacía de la constitución⁸. Pero como no hay una norma superior a la constitución que pueda ser la fuente de la obligación, la supremacía de la constitución no puede definirse más que como una relación entre esa constitución y la conducta de los poderes públicos tal que, si esta conducta es contraria a la constitución, debe ser anulada. Se ve así que no es la supremacía la que conduce al control, sino que más bien es el control el que crea la supremacía de la constitución.

2. El modelo normativo como método de análisis y de interpretación

Si la constitución es concebida como una norma, entonces es aprehendida por una ciencia del Derecho constitucional, que se concibe como una rama de la dogmática jurídica. La cuestión que se plantea es: «¿cuál es la conducta que, según la constitución, debe tener lugar?» o «¿tal conducta es lícita?».

Ahora bien, estas cuestiones no son decidibles y no se puede responder a ellas desde un punto de vista exclusivamente descriptivo.

⁸ Por ejemplo, Kelsen, H. (1981), *La giustizia costituzionale*, a cura de A. La Pergola, Milan, Giffrè; «Le contrôle de constitutionnalité des lois: une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine», RFDC, 1990, pp. 17 ss; Eisenmann, Ch, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, prefacio de Hans Kelsen; estudio preliminar de Georges Vedel, con un anexo de Louis Favoreu: «La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle», Paris, Ed. Economica (1928, 1986).

Sin duda, si hay una jurisdicción competente, es posible describir las decisiones tomadas por esa jurisdicción. A la cuestión de saber si tal conducta de una de las autoridades constituidas es lícita, se puede evidentemente responder que la jurisdicción ha estimado que era lícita. Sin embargo, a la cuestión de saber si la decisión de la jurisdicción es ella misma lícita, es imposible responder, de la misma manera, que ha sido juzgada lícita por otra jurisdicción, puesto que no existe normalmente una segunda jurisdicción constitucional competente para examinar las decisiones de la primera.

Nos encontramos, naturalmente, en la misma situación cuando no hay jurisdicción competente. Los dogmáticos deben entonces intercambiar argumentos destinados a establecer el contenido de la norma aplicable y a calificar la conducta de que se trate, pero el orden jurídico no acuerda ningún efecto a estos argumentos, puesto que una conducta juzgada ilícita, incluso por la unanimidad de los dogmáticos, no es por ello menos válida⁹.

Los argumentos a los que se puede recurrir reposan en definitiva sobre presupuestos de orden ontológico y de orden moral.

De orden ontológico en primer lugar. Entre los argumentos comúnmente empleados por la dogmática constitucionalista, es preciso hacer referencia a una forma particular de argumento sistemático extraído de la naturaleza del régimen político. Así, en Francia, estalló hace algunos años una controversia sobre el punto de saber si el Presidente de la República podía, en período de cohabitación, negar su firma a las disposiciones con fuerza de ley [*ordonnances*] aprobadas por un gobierno de una tendencia política opuesta. Uno de los argumentos para la negativa era que el régimen era parlamentario y que, en un régimen parlamentario, el Presidente de la República debe plegarse a la dirección impuesta por la mayoría de la asamblea. En el otro sentido, se hacía valer que el régimen no era parlamentario, sino presidencialista y que el Presidente de la República debía, en consecuencia, disponer de prerrogativas más importantes que aquellas de las que goza un jefe del Estado en un régimen parlamentario. Estos razonamientos presuponían, ambos, por una parte, que el régimen pertenece necesariamente a una u otra clase, parlamentaria o presidencialista, y que no son las prerrogativas del Presidente de la República las que determinen la pertenencia a la clase,

⁹ Un buen ejemplo de esta ausencia de efecto viene proporcionado por la controversia sobre la revisión constitucional que tuvo lugar en Francia en 1962. El general De Gaulle había hecho adoptar por referéndum directo, así pues, según un procedimiento diferente del que estaba previsto por la constitución para su revisión, una reforma que tenía por objeto la elección del Presidente de la República mediante sufragio universal directo. La casi totalidad de los profesores de Derecho constitucional había estimado que esta revisión era ilícita. Por supuesto, la revisión entró sin embargo en vigor y, desde esa fecha, todos los Presidentes de la República han sido designados de esta manera.

sino la pertenencia a la clase la que determina sus prerrogativas; por otra parte, estos razonamientos presuponían también que una constitución no es más que la realización de la esencia de un régimen: desde el momento en que una constitución ha creado un régimen parlamentario, se puede deducir de ello que ha acordado implícitamente todas las competencias de las que disponen los órganos en un régimen parlamentario.

Presupuestos de orden iusnaturalista, porque los autores admiten que existe una obligación de actuar en conformidad con una regla constitucional, incluso cuando la conducta contraria no se encuentra sancionada, como sucede en relación con las conductas de las autoridades constituidas no justiciables por un control de constitucionalidad y en relación con las conductas de los propios tribunales constitucionales. Pero esta obligación no viene impuesta por el Derecho positivo y depende solamente del Derecho natural¹⁰. De hecho, a la pregunta de saber por qué hay que obedecer a la constitución, los autores responden que hay que obedecerla por sus cualidades: ha sido adoptada de forma democrática, es democrática en sus estructuras, crea un poder estable o garantiza los derechos fundamentales.

Ninguna de las concepciones que se acaban de describir ha reinado nunca sola. Por un lado, una constitución inspirada por la concepción mecanicista está necesariamente redactada bajo la forma de enunciados normativos, susceptibles de ser entendidos como imponiendo obligaciones jurídicas. Por otro lado, los que redactan una constitución basada en la concepción normativa no pueden evitar interrogarse sobre las razones que pueden incitar a los poderes públicos a someterse a las obligaciones y raramente toman en cuenta solamente la buena fe de los hombres. Se trata, pues, ante todo de modelos, destinados a permitir comprender las principales representaciones del modo de eficacia de las constituciones. Pero nada impide al observador externo interpretar una constitución mecanicista según los métodos de la dogmática jurídica o una constitución normativa como un sistema de constricciones.

Por otra parte, cada una de estas dos concepciones está expuesta a dificultades y limitaciones, que pueden conducir al paso a la concepción opuesta.

II. De un modelo a otro

A. De la mecánica a la norma

En el curso mismo de la Revolución francesa se pueden constatar algunos signos del paso de una concepción mecanicista a una concepción normativa.

¹⁰ Ross, Alf (1961) «Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law», en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV.

El más importante es evidentemente la existencia de diversos proyectos de instituciones destinadas a ejercer una cierta forma de control de constitucionalidad. El más célebre es el jurado constitucional de Sieyes en el año III, pero éste había sido precedido, y quizás inspirado, por diversas instituciones análogas, el tribunal de los censores de Virginia o los proyectos de tribunales de censores preparados por diputados girondinos en la Convención nacional. Estas coincidencias se explican bastante bien.

En primer lugar, si una constitución no es más que un reparto de las competencias, este reparto viene establecido por disposiciones normativas, que son interpretadas y aplicadas por los juristas por medio de los mismos procedimientos que éstos aplican a otras disposiciones, por ejemplo, a las de las leyes. Así, el tribunal de casación, instituido por la constitución de 1791 de inspiración mecanicista, aplicó inmediatamente la constitución y la trató, pues, como obligatoria¹¹. En el vocabulario de Searle, se podría decir que la constitución es un conjunto de reglas constitutivas, pero que son aplicadas como reglas regulativas.

Por otra parte, el sistema de garantías internas no parecía verdaderamente eficaz más que en un sistema de equilibrio de poderes, un sistema en el cual el poder ejecutivo es al mismo tiempo, por su derecho de veto, una autoridad legislativa parcial. Ahora bien, con la caída de la monarquía en Francia, el veto desaparece. La constitución conserva un poder ejecutivo, pero éste está estrechamente especializado en la función ejecutiva, aunque el órgano del poder legislativo no está frenado en nada y puede invadirlo todo. La situación induce, pues, a buscar garantías externas, en la institución de un órgano de control.

Sin duda, estas ideas no fructifican –y no pueden por otra parte fructificar¹²– porque los miembros de la Convención estiman que las garantías internas, es decir, la división en dos cámaras, son suficientes, y porque aplican a esta nueva institución el razonamiento propio de las constituciones mecánicas: si todo hombre o toda autoridad que tiene poder tiende a abusar de él, lo mismo vale para el jurado. Si son necesarias garantías externas, sería preciso igualmente preverlas para precaverse contra los abusos que podría cometer este jurado, pero como no se puede imaginar un guardián del guardián, se juzga preferible renunciar a esta institución. La idea de un control parecía, pues, en este época, a la vez natural e imposible.

Otros factores, sin embargo, se añadieron a los dos primeros durante el siglo XIX para debilitar el sistema de garantías internas. Se trata, en primer

¹¹ Halperlin, Jean Louis (1987), *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ.

¹² El proyecto de Sieyes fue rechazado por unanimidad de la Convención.

lugar, de la aparición de mayorías políticas en el seno de las asambleas legislativas. Muy pronto, la formación y el mantenimiento de estas mayorías estuvieron ligadas a la composición y a la acción del ministerio. En un primer momento, se pensó que el ministerio reflejaría a la mayoría y sería un instrumento en sus manos, pero en la mayor parte de los casos, el ministerio se transformó en el animador o el jefe de la mayoría¹³. En cualquier caso, este vínculo significaba que las leyes importantes no serían adoptadas más que con el acuerdo del poder ejecutivo –y con la mayor frecuencia a su iniciativa– y que el derecho de veto, cuando existía, no sería ejercitado. Ya no había, pues, garantía interna de la separación de poderes o de moderación en la legislación.

La ausencia de garantías internas tiene entonces por consecuencia no, como en la hipótesis precedente, que el poder legislativo pueda absorber al poder ejecutivo, sino que le acuerde competencias cada vez más extensas¹⁴. Ahora bien, esta extensión se traduce en una percepción nueva de la relación entre legislación y ejecución.

Al principio de la Revolución francesa, la función ejecutiva se concebía como estrechamente subordinada y consistente en la simple y casi mecánica aplicación de la ley. No se suponía que la autoridad ejecutiva ejerciera ninguna voluntad; no estaba autorizada a crear reglas generales, sino que podía simplemente emitir mandatos destinados a permitir la aplicación material de las leyes y que no implicaban más que un margen muy débil de poder discrecional¹⁵. Así, las únicas reglas eran las leyes, expresión de la voluntad general, de suerte que los ciudadanos no estaban sometidos más que a esta voluntad y no se podía concebir la relación entre legislación y ejecución como una jerarquía de reglas.

Pero el poder ejecutivo se desarrolló rápidamente y adquirió, desde el final del período revolucionario, el poder de crear reglas generales para completar y precisar las leyes. Este fenómeno, naturalmente, se acentuó cuando las autoridades ejecutivas obtuvieron de las mayorías parlamentarias delegaciones de competencia y se asistió a un desarrollo formidable del poder reglamentario. Llegó a ser claro entonces que el poder ejecutivo expresaba, él también, una voluntad. Pero esta voluntad debía ejercerla, sin embargo, en conformidad con las leyes. De esta forma, la relación entre el poder legislativo y el poder ejecutivo continuaba siendo una relación jerárquica, pero esta relación no era ya una relación entre una regla y su ejecución, entre

¹³ Cf. la frase de Guizot «no es el gobierno el que debe pertenecer a la mayoría, es la mayoría la que debe pertenecer al gobierno».

¹⁴ Papatolias, *op. cit.*, p. 319.

¹⁵ Verpeaux, M. (1991), *La naissance du pouvoir réglementaire*, Paris, PUF.

la expresión y la ejecución de una voluntad, sino una relación entre dos voluntades o entre dos reglas. La jerarquía de los órganos aparecía así bajo la forma de una jerarquía de las voluntades y de una jerarquía de las normas.

Ahora bien, si el reglamento que emana del poder ejecutivo se ve como una norma válida, cuyo fundamento reside en la ley que tiene por objeto aplicar, nos encontraremos conducidos a buscar el fundamento de la validez de la ley en una norma superior, en la constitución. Esta es precisamente la justificación aducida por Kelsen para el control de constitucionalidad de las leyes: el principio de constitucionalidad es idéntico al principio de legalidad y, de la misma forma que el reglamento es ejecución de la ley, la ley es ejecución de la constitución. Si hay que controlar la legalidad de los reglamentos, hay que controlar asimismo la constitucionalidad de las leyes¹⁶.

La idea de que la constitución es una norma aparece así como el argumento necesario para justificar el control de las leyes. Aunque, cuando este control aparece como necesario en razón de la insuficiencia de las garantías internas, es decir, por razones que afectan al mecanismo mismo, se está conducido a concebir el Derecho como jerarquizado.

Se encuentra, por otra parte, una ilustración de este fenómeno en la afirmación, relativamente reciente, de que habría normas supraconstitucionales. Se trata de justificar el control de las revisiones constitucionales. Ciertos tribunales constitucionales sostienen que hay principios a los que las leyes de revisión constitucional deben conformarse, so pena de anulación.

Pero si la concepción mecanicista ha conducido así, de forma casi mecánica, a la concepción normativa, a la inversa la concepción formal ha podido conducir también a la concepción mecanicista.

B. La vuelta de la concepción mecanicista

Esta vuelta puede constatarse a dos niveles: el de la constitución misma, el de su análisis.

1. Como concepción de la eficacia, desde un punto de vista prescriptivo.

Desde un punto de vista prescriptivo, por ejemplo –pero no exclusivamente– por parte del constituyente, la concepción mecanicista de la eficacia se impone ante todo como resultado de las insuficiencias, esto es, del

¹⁶ «No son solamente las normas individuales contenidas en los actos administrativos, sino también las normas generales de los reglamentos y más particularmente de las leyes quienes pueden y deben estar sometidas a un control jurisdiccional que atienda para las primeras a su conformidad con las leyes, y para las segundas a su conformidad con la constitución» (Kelsen, Hans (1988) *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. de Ch. Eisenmann de la 2ª edición alemana de 1929, Paris, Sirey, 1932; 2ª ed. francesa, presentación de M. Troper, Paris, Economica, p. 73.

fracaso de la concepción normativa, pero también como toma de conciencia de lo que, más allá de las intenciones, se ha realizado efectivamente. Nos limitaremos, aquí, a un ejemplo de cada una de estas situaciones.

a) *El resultado de los fracasos de la concepción normativa*

El primer ejemplo concierne a la responsabilidad del gobierno según la constitución francesa de 1958. Bajo la III^a república, los gobiernos eran derribados con frecuencia y la inestabilidad ministerial se consideraba como un grave defecto del sistema. El análisis que se hacía en esa época era acorde con la concepción normativa: cuando la asamblea adopta una moción de censura por mayoría o cuando el gobierno no llega a reunir una mayoría para adoptar un proyecto de ley importante, tiene la obligación de presentar la dimisión. Esta obligación existe desde el punto en que existe una mayoría simple contra el gobierno o en que no existe una mayoría simple que le sea favorable. La conclusión práctica de este análisis era simple: si se quiere limitar la inestabilidad ministerial, basta con modificar la obligación a que está sometido el gobierno y exigir, por ejemplo, que se pronuncie contra él una mayoría cualificada para que esté obligado a dimitir.

Es esta conclusión la que inspiró en 1946 la constitución de la IV^a república. Bajo esta constitución, un gobierno no tiene obligación de dimitir más que si se adopta por mayoría absoluta una moción de censura o si un proyecto de ley importante, sobre el que ha comprometido su responsabilidad, es rechazado por mayoría absoluta. El gobierno puede, por el contrario, permanecer si la moción de censura es votada, o el proyecto de ley rechazado, por mayoría simple.

Con toda evidencia, este sistema ha sido totalmente ineficaz. Los constituyentes de 1946 habían creído, con bastante ingenuidad, que los gobiernos dimitían para actuar en conformidad con una obligación constitucional. En realidad, no podían permanecer si las leyes de las que tenían necesidad para realizar sus programas eran rechazadas, sea cual fuere la mayoría que las había rechazado. Por esto, la mayor parte de los gobiernos de la IV^a república dimitieron, con aproximadamente la misma frecuencia que bajo la III^a, después de haber sido derrotados por mayoría simple. No estaban obligados a ello, sino costreñidos.

Por lo demás, la regla de la mayoría absoluta tuvo un efecto mecánico inesperado: volvió casi imposible la disolución de la Asamblea nacional. Una de las condiciones de la disolución era, en efecto, que se hubiesen producido dos crisis ministeriales en un lapso de dieciocho meses «en las condiciones previstas por la constitución», es decir, por mayoría absoluta.

La constitución de 1958 fue redactada, pues, desde otro punto de vista: si el gobierno presenta un proyecto de ley y no se adopta ninguna moción

de censura por mayoría absoluta, el gobierno no sólo no tiene obligación de dimitir, sino que el proyecto de ley se presume aprobado, incluso sin votación. Así, el gobierno tiene no sólo el derecho a permanecer, sino también los medios para ello. La eficacia de la constitución viene esperada –y esta vez resultó bien– no del enunciado de obligaciones a las que los poderes públicos se conformarán de buena fe, sino de una simple aplicación mecánica.

b) La toma de conciencia de lo que se había realizado

El segundo ejemplo afecta a los tribunales constitucionales. Según la concepción normativa, la constitución es una norma obligatoria y hay que asegurar el respeto a esta norma. A este efecto, se crea un tribunal constitucional o un tribunal ya existente se da a sí mismo, al término de un proceso de interpretación, el poder de ejercer un control de constitucionalidad. En la perspectiva normativa, la existencia de esta institución se justifica solamente por esta idea de control, es decir de constatación objetiva de la conformidad de una norma con otra, pero esta justificación se enfrenta a ciertas dificultades.

La principal es que el juicio sobre la conformidad de una norma con otra requiere varios actos intelectuales, sobre todo de interpretación, y que ésta implica a su vez juicios de valor y decisiones. Sin duda, esta idea no es universalmente admitida, pero si se la suscribe, no se puede sostener que el tribunal constitucional se limita a una simple aplicación de la norma constitucional y es preciso admitir que tiene un papel creador importante, aunque la justificación de la institución por parte de la concepción normativa se encuentre como consecuencia de ello considerablemente debilitada.

En este caso, hay que encontrar una justificación a este papel creador del juez constitucional. Una de las más extendidas hoy en día reside en la idea de que el tribunal es un contrapoder, encargado de impedir que la mayoría devenga despótica y oprima a la minoría¹⁷. Se vuelve así a la teoría del equilibrio de poderes: es el juego de poderes y de contrapoderes el que garantiza la libertad. De garantía externa que era según la concepción normativa, el tribunal se transforma en garantía interna, de acuerdo con la concepción mecanicista.

¹⁷ Esta idea de que el tribunal es un contrapoder ha sido sostenida principalmente por el antiguo presidente del Consejo constitucional francés, Robert Badinter («Le pouvoir et le contre-pouvoir», en *Le Monde*, 23 nov. 1993) pero está también presente en ciertas constituciones de la Europa del Este, que permiten al parlamento imponerse a una decisión del tribunal por mayoría cualificada, exactamente como si se tratase del veto legislativo del presidente de los Estados Unidos. La idea de contrapoder es invocada asimismo por Louis Favoreu («Actualité et légitimité du contrôle juridictionnelle des lois en Europe Occidentale», en *RDJ*, nº 5, 1984, pp. 1147 ss; «La notion de Cour constitutionnelle», en *Mélanges J.-F. Aubert*, 1996.

2. Como método de análisis.

Numerosos estudios se dirigen hoy a analizar los comportamientos de los poderes públicos, no ya para determinar si son o no acordes con la constitución, sino para intentar explicarlos por la existencia de constricciones. Algunas de estas constricciones son evidentemente políticas y no interesan a la teoría del derecho, pero otras pueden calificarse como jurídicas.

Se trata de aquellas que resultan no directamente de las normas, sino de la consciencia de la existencia de las normas o más bien de las disposiciones constitucionales. Esta consciencia puede determinar los comportamientos de dos maneras: por una parte provocando en los destinatarios la voluntad de adoptar el comportamiento prescrito, pero también, por otra parte, permitiendo a los sujetos construir estrategias que tomen en cuenta no sólo las normas de las que son ellos mismos destinatarios, sino también aquellas que tienen por destinatarios a las demás autoridades públicas. En una situación determinada, pueden decidir de qué manera van a interpretar las disposiciones constitucionales, qué uso van a hacer de sus poderes discrecionales, teniendo en cuenta las acciones que los otros actores podrían adoptar, es decir, el uso que harán estos otros actores de sus propias competencias.

A partir de aquí, el análisis constitucional se presenta bajo dos formas. La primera apunta a la explicación de la aplicación y del modo de funcionamiento de las constituciones y se esfuerza por comprender los comportamientos de los actores como la puesta en práctica de estrategias o más en general como el producto de constricciones jurídicas¹⁸. La otra forma trata de explicar de la misma manera la transformación de los conceptos jurídicos y la evolución de los discursos sobre la constitución. Los cambios en las concepciones de las formas de gobierno constituyen un buen ejemplo de las transformaciones que pueden ser captadas por este tipo de análisis. Si se admite el poder creador de los tribunales constitucionales y la tesis del contrapoder, es preciso, sin embargo, conciliarla con la idea, constantemente repetida, de que el sistema jurídico es democrático. Se puede, sin duda, sostener que la afirmación del carácter democrático del gobierno no es más que una ilusión y que se trata en realidad de un gobierno mixto, una combinación de democracia y aristocracia, puesto que los jueces pueden oponerse a la voluntad de los representantes del pueblo. Sin embargo, una actitud tal presenta numerosos inconvenientes y la mayor parte de los autores, si quieren preservar la tesis del carácter democrático de las instituciones públicas,

¹⁸ Murphy, W.F. (1964) *Elements of Judicial Strategy*, Chicago, University of Chicago Press; Murphy, W.F. y Pritchett, C.H. (1986) *Courts, Judges and Politics. An Introduction to the Judicial Process*, 1ª ed. 1961, Mc Graw Hill, 4ª ed.; Meunier, J. (1994) *Le pouvoir du Conseil Constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, París, LGDJ.

deben escoger entre tres actitudes que implican, todas y cada una de ellas, una nueva definición de la democracia:

– afirmar que la democracia es solamente el poder del pueblo de imponer su voluntad en última instancia, por medio del ejercicio del poder constituyente. El pueblo sigue siendo soberano si está en situación de imponerse a las decisiones de un tribunal constitucional adoptando enmiendas a la constitución.

– afirmar que la democracia es el poder que el pueblo ejerce por medio de representantes, pero que estos representantes no son necesariamente elegidos, de suerte que el tribunal constitucional debe ser considerado como un representante al lado del parlamento.

– afirmar que la democracia no es el poder del pueblo, sino el imperio de la ley y la garantía de los derechos fundamentales.

En los tres casos, describiendo las constricciones que se ejercen sobre quienes producen las teorías justificativas del control de constitucionalidad de las leyes, el análisis habrá explicado las transformaciones que afectan al concepto de democracia.

(Trad. de Juan Ruiz Manero)



DOXA 22 (1999)
