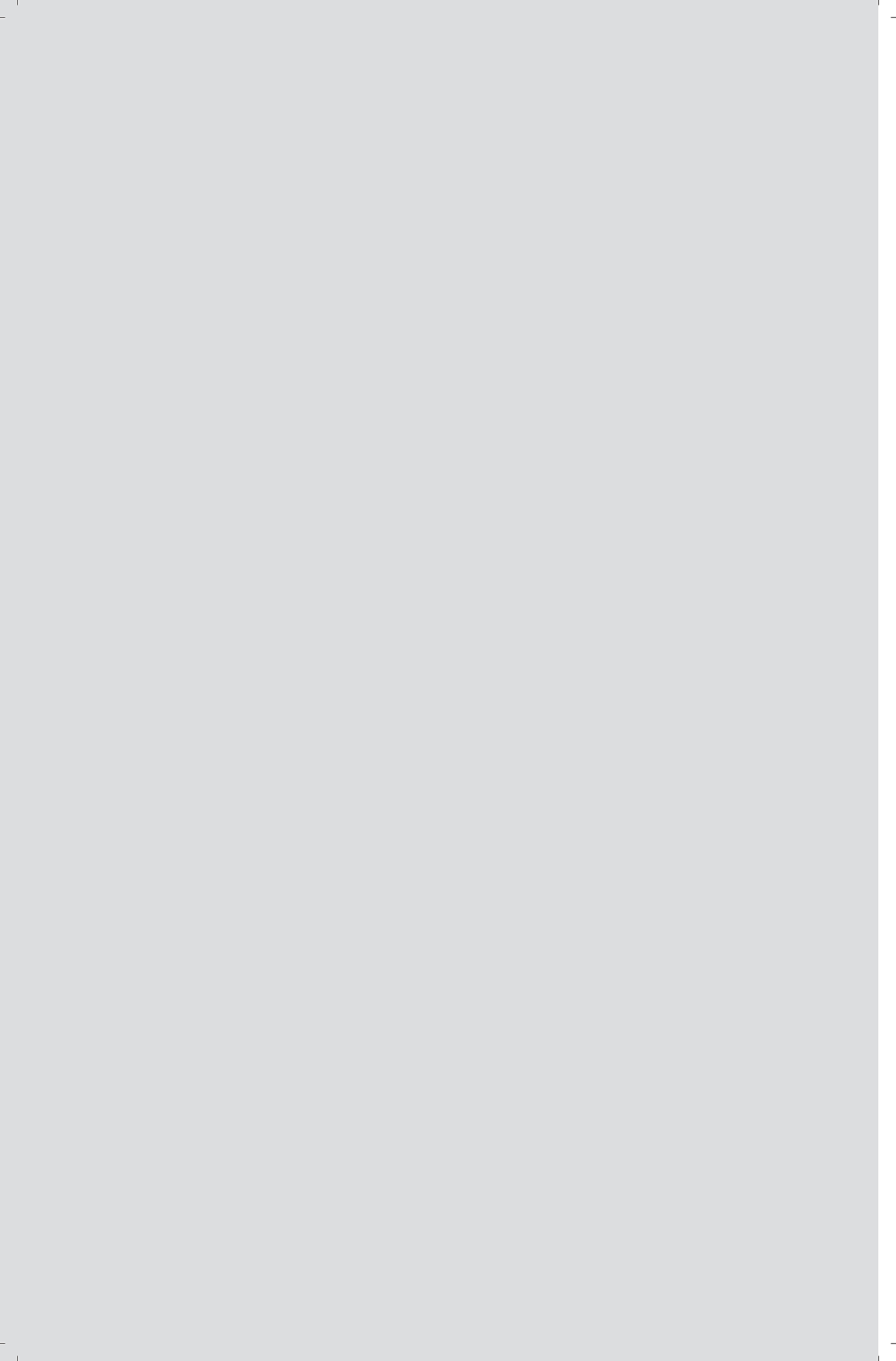


FRANCIA, O LA CONSTITUCIÓN HECHA LEY

Roberto L. Blanco Valdés

SUMARIO

- Introducción: la Constitución en la realidad y en las palabras
- I. El precedente constitucional de Norteamérica
- II. Francia: la retórica constitucional del liberalismo revolucionario
- III. Nación, soberanía nacional, ley y parlamento
- IV. Las limitaciones a la interpretación judicial de las leyes: el *référé* legislativo
- V. Los tribunales, la aplicación de las leyes y la trascendencia material de la Constitución
- VI. Sieyès el visionario y el rechazo parlamentario de su *jurie constitutionnaire*
- VII. Conclusión: sobre por qué la defensa de la Constitución define su concepto



INTRODUCCIÓN: LA CONSTITUCIÓN EN LA REALIDAD Y EN LAS PALABRAS

«Nada era más frecuente cuando se producía un debate respecto de los principios de una ley, o sobre el ámbito de actuación de cualquier tipo de autoridad, que ver a los individuos sacarse del bolsillo sus ejemplares impresos de la Constitución y leer el capítulo que en su caso estuviera concernido por la cuestión objeto del debate.»¹ Así describía, hacia 1791, Thomas Paine la importancia que la flamante Constitución de 1787 tenía en Norteamérica poco después de que los constituyentes se hubieran reunido para aprobarla en la ciudad de Filadelfia. El breve pasaje de aquel inglés que viajó al otro lado del océano en 1774, para unirse más tarde a una rebelión contra su país de nacimiento, resume muy bien dos de las ideas primordiales que acabarán por definir, hacia el futuro, a la Constitución como el gran invento jurídico de las revoluciones liberales: la Constitución va a conformarse, en primer lugar, como un código breve, cerrado, ordenado y sistemático —es decir, como un texto jurídico que sus destinatarios podían llevar guardado en los bolsillos— al ser una norma cuyo contenido vendrá determinado por decisiones racionales y no por aquella acumulación de costumbres sociales, privilegios estamentales y principios nacidos de la historia en que se concretaron, durante el largo período del *Ancien Régime*, los ordenamientos jurídicos feudoestamentales. Pero la Constitución será también una norma superior a las demás, cuya preeminencia podía decidir no sólo las controversias sobre «el ámbito de actuación de cualquier autoridad» sino también las diferencias «respecto de los principios de una ley».

La idea de la superioridad de la norma constitucional, entroncada, sin duda, con las teorías del *fundamental law* procedentes de la tradición

¹ Thomas Paine, *Rights of man*, cit. en Gordon S. Wood, *The creation of the american republic, 1776-1787*, Chapell Hill, University of North Carolina Press, 1969, p. 259.

inglesa,² resultará tan esencial en Norteamérica para comprender cabalmente la naturaleza de la Constitución —es decir, el *valor* que se le atribuye en tanto que norma del Estado— que bien podría pensarse que lo mismo iba a acabar por suceder en todos los escenarios revolucionarios que dan lugar a la aparición del Estado constitucional. A reforzar esa idea contribuirá, de hecho, lo que sobre la Constitución van a afirmar los propios constituyentes liberales, quienes, en la mayoría de los casos, compartirán plenamente esa idea de la superioridad de la Constitución sobre el resto de las leyes. Y así lo que acontece en Norteamérica sucederá también, por ejemplo, en Francia o en España, lugares ambos en los que los revolucionarios compartirán la idea de la preeminencia política de la Constitución sobre las leyes. Sin embargo, y según trataré de explicar en las páginas que siguen, esa aparente identidad de concepciones de partida sobre el *valor* de una norma que se considera superior a las demás no se traduciría, a la postre, en un similar concepto de Constitución. Y ello porque mientras que los norteamericanos obtuvieron de esa proclamada superioridad de la norma constitucional sobre las leyes las consecuencias que eran de esperar en buena lógica jurídica, los europeos no hicieron lo propio por una sencillísima razón: porque las muy diferentes condiciones históricas de las revoluciones en Europa impusieron sus exigencias y sus límites.³ Francia será la muestra paradigmática de lo que acaba de apuntarse, pues la experiencia revolucionaria francesa habrá de ser, a fin de cuentas, la que abrirá un camino por el que luego otros Estados europeos acabarán por transitar. Conocer ese camino exige dar cuenta, en todo caso, y aunque sólo sea a vuelapluma, de la peculiar experiencia de la Unión americana, en donde la proclamación de que la Constitución era superior a las leyes ordinarias —leyes que, por tanto, no podían derogarla parcialmente o reformarla—, fue muy pronto mucho más que simple retórica política.

I. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL DE NORTEAMÉRICA

James Madison subrayará, por ejemplo, en uno de los artículos que se incluyeron después en *El Federalista*, el principio de la superioridad de la Constitución sobre las leyes con meridiana claridad. Hablará Madison de «la

² Cf. Javier Dorado Porras, *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo xvii*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

³ Me he referido con detenimiento a la cuestión 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, 3.^a edición, 2006, pp. 132 ss.

importante distinción, tan bien comprendida en América, entre una Constitución establecida por el pueblo e inalterable por el gobierno y una ley establecida por éste y alterable por su voluntad»; y opondrá tal situación a la existente en Gran Bretaña, donde «se sostiene que la autoridad del parlamento es suprema e ilimitada, tanto con respecto a la Constitución como a los objetos ordinarios sobre los que dispone el legislador»; y donde «se han cambiado por medio de actos legislativos algunos de los artículos más fundamentales del gobierno». Tras fijar ese contraste manifiesto, el propio Madison concluirá con una afirmación que demuestra hasta qué punto eran conscientes los revolucionarios norteamericanos de la novedad de los principios que estaban defendiendo:

Donde no existiese una Constitución superior al gobierno, ni pudiese existir, no habría modo de buscar una garantía constitucional semejante a la establecida en los Estados Unidos.⁴

No se limitaron los Padres Fundadores, en cualquier caso, a proclamar la superioridad de la Constitución sobre el *gobierno* —es decir, sobre los poderes constituidos del Estado— sino que teorizaron con una profundidad apabullante la imperiosa necesidad de que, en plena coherencia con tal superioridad, pudiesen los jueces inaplicar por inconstitucionales las leyes que entrasen en conflicto con la Constitución. Basta a ese respecto con leer el artículo número 78 de *El Federalista*, en el que Alexander Hamilton afirma de un modo incontestable las bases del futuro sistema del *judicial review of legislation*. Una de sus reflexiones esenciales resulta aquí más que suficiente para dar cuenta de una filosofía jurídica que poco después recogerá Marshall en la celeberrima sentencia de 1803 (*Marbury versus Madison*) en la que el Tribunal Supremo asienta, con las consecuencias conocidas, el principio del control judicial de la constitucionalidad:

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto sería tanto como afirmar que el diputado es superior al mandante, que el siervo es superior al amo, que

⁴ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *The Federalist Papers*, edición de Clinton Rossiter, Nueva York, New American Library, Mentor Book, 1961, pp. 331-332.

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 [...]. La interpretación de las leyes 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.⁵

Si ya la afirmación de estos principios ponía claramente de relieve una concepción que además de distinguir la ley constitucional de las leyes ordinarias afirmaba con igual rotundidad la supremacía jurídica de la primera sobre las segundas y la necesidad de obtener en el funcionamiento del ordenamiento jurídico las ineludibles consecuencias que de aquella superioridad deberían derivarse, los propios autores de *El Federalista* no dejarán de proclamar que tal concepción no resultaba en realidad el efecto de una previsión al respecto del texto constitucional de 1787 sino que, lejos de ello, constituía el inevitable corolario de la naturaleza misma de cualquier Constitución que quisiera serlo de verdad. Y así, será Hamilton de nuevo quien subraye cómo «no existe en el plan que estamos considerando [la Constitución aprobada en la Convención de Filadelfia] una sola sílaba que faculte directamente a los tribunales para interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución [...] Sin embargo, admito que las Constituciones deberán ser la piedra de toque para la interpretación de las leyes y que siempre que exista una contradicción evidente, las leyes deberán ceder ante ella. Pero esta doctrina no se deduce de ninguna característica peculiar del plan presentado por la Convención [de Filadelfia], sino de la teoría general de una Constitución limitada». ⁶ Así lo vio sin duda la Corte Suprema de la Unión cuando, transcurridas menos de dos décadas desde la entrada en vigor de la Constitución, declaró inconstitucional una norma que a su juicio se oponía a lo que aquélla había previsto.

⁵ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *The Federalist Papers*, cit., p. 467.

⁶ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *The Federalist Papers*, cit., p. 482 (subrayado en el original).

Esa importantísima sentencia de la Corte, antes citada, resultaba coherente, desde luego, con la supremacía jurídica de la Constitución sobre la ley, pero contribuía además a hacer efectivas las previsiones —ahora sí expresas y perfectamente claras— con las que el texto constitucional de 1787 regulaba la eventual reforma de sus propios contenidos. De hecho, y como de inmediato explicaré, no puede considerarse en absoluto casual que fuera con motivo del debate sobre los procedimientos de reforma del proyecto de Constitución de 1791 cuando los revolucionarios franceses insistieron en la idea —en última instancia desprovista de cualquier tipo de consecuencia jurídica efectiva— de la superioridad política de la Constitución sobre la ley.

II. FRANCIA: LA RETÓRICA CONSTITUCIONAL DEL LIBERALISMO REVOLUCIONARIO

No habrá que esperar, en todo caso, a la apertura de las sesiones de la Asamblea Nacional para ver formulada en Francia la idea de la superioridad de la Constitución sobre la ley. Sieyès la defenderá ya con toda claridad en su panfleto *¿Qué es el tercer Estado?*, obra aparecida en las postrimerías de 1788 en la que el revolucionario francés pondrá en íntima relación la naturaleza suprema de la Constitución con el hecho de que aquélla fuese una directa emanación del poder constituyente: «La Constitución no es obra de ningún poder constituido, sino del poder constituyente», escribirá el futuro diputado, para añadir acto seguido: «Ninguna suerte de poder delegado puede modificar en lo más mínimo las condiciones de su delegación. Es en este sentido, y en ningún otro, en el que las leyes constitucionales son fundamentales».⁷ No mucho después, y en su *Proemio a la Constitución: reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano* —un excepcional texto teórico que Sieyès leerá ante el Comité de Constitución de la Asamblea Nacional en sus sesiones de 20 y 21 de julio de 1789—, volverá el abate sobre la cuestión ya abordada en su panfleto, aunque ahora con una claridad mucho mayor:

Una Constitución —sostendrá Sieyès— supone antes que nada un poder constituyente. Los poderes comprendidos en el establecimiento público están todos sometidos a leyes, reglas y formas que en ningún caso son dueños de cambiar. De la misma forma que no han podido constituirse ellos mismos, no pueden

⁷ Emmanuel J. Sieyès, *¿Qué es el tercer estado?*, en *El tercer Estado y otros escritos de 1789*, edición de Ramón Máiz, Madrid, Espasa Calpe, 1991, pp. 212-213 (subrayado en el original).

cambiar su constitución; igualmente no pueden nada sobre su constitución recíproca. El poder constituyente lo puede todo a ese respecto.⁸

No será, sin embargo, hasta unos meses después —en el célebre discurso sobre el veto real que Sieyès pronuncia ante la Asamblea Nacional el 7 de septiembre de 1789— cuando el abate de Fréjus exponga sus ideas en unos términos que bien podrían haberse escuchado una década antes en la Convención de Filadelfia:

Nosotros tenemos por principio fundamental y constitucional que la legislatura ordinaria no podrá nunca ejercer el poder constituyente [...] Esta separación de poderes es absolutamente necesaria [...] La Asamblea Nacional ordinaria no será más que una Asamblea legislativa a la que estará prohibido tocar jamás ninguna parte de la Constitución. Cuando sea necesario revisarla y reformar cualquier parte de ella —concluía el diputado— será por medio de una *convención* expresa, y limitada a este único objeto, como la Nación decretará los cambios que le parezca conveniente hacer en su Constitución.⁹

El desarrollo de los debates del título VII del proyecto constitucional de 1791 (relativo a la reforma de la Constitución), debates que tuvieron lugar en los últimos días de agosto y primeros de septiembre de ese año,¹⁰ pone de relieve que los constituyentes, aceptando en lo esencial las tesis de Sieyès —que no intervino curiosamente en las sesiones dedicadas al asunto—, fueron plenamente conscientes de que la Constitución se conformaba como una ley fundamental, de una naturaleza formal diferente esencialmente a la de las leyes ordinarias, y que era precisamente tal diferencia la que justificaba la existencia de unas previsiones especiales para la reforma constitucional. Es bien cierto, en todo caso, que, como en tantas otras ocasiones en el debate constituyente de 1791, no fue precisamente la claridad lo que caracterizó el centrado en la reforma.¹¹ De todos, y pese a no poder profundizar aquí en los términos de esa importante discusión, las diferentes intervenciones

⁸ *Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres Françaises, Première série (1787 à 1799)*, tomo VIII, p. 259.

⁹ *Archives Parlementaires*, cit. tomo VIII, p. 595 (cursivas en el original).

¹⁰ Cf. *Archives Parlementaires*, cit., sesiones de 29, 30 y 31 de agosto y 1, 2 y 3 de septiembre de 1791, tomo XXX, pp. 35 a 188.

¹¹ Me he referido a ese debate con detenimiento en mi libro *El valor de la Constitución*, cit., pp. 285-298.

demuestran con toda claridad que los diputados estaban discutiendo sobre la reforma no sólo —como es obvio— porque con el establecimiento de un procedimiento especial para poder acometerla estaban dificultando la *marcha atrás* del proceso revolucionario, sino además porque compartían la teoría de que la Constitución era un ley fundamental que, en tanto que tal, no podía modificarse por medio de una ley del parlamento.

Así quedará patente, ya desde el principio del debate, cuando el diputado Le Chapelier, que asumió el papel de relator, fija los principios en los que se sostendrá en materia de reforma el proyecto que se presenta a la Asamblea:

El primero [...] es que la nación tiene el derecho de revisar y de perfeccionar su Constitución; el segundo es que toda Constitución sabia debe contener en ella misma la voluntad y el medio de llegar a la más alta perfección: pero este medio, tanto en su principio como en su consecuencia, debe ser empleado con circunspección.¹²

No nos interesan, claro, aquí, los pormenores del procedimiento de reforma previsto en el proyecto, pero sí dejar constancia de que aquél establecía un sistema de notable rigidez por virtud del cual procedería a crearse, en el año 1800, una asamblea especial de revisión, compuesta y elegida de forma diferente a la Asamblea Nacional, que habría de encargarse, en su caso, bien de la revisión de oficio de la Constitución, bien de la que pudiera proponerse a instancias del pueblo, del cuerpo legislativo o del monarca. El desarrollo del debate, del que las palabras de Le Chapelier constituyeron el punto de partida, iba a poner de relieve, sin embargo, que la mayoría de la Asamblea no sólo estaba persuadida de que la Constitución debería protegerse a través de la rigidez de su reforma sino también de que nadie podía limitar el ejercicio del poder constituyente, pues aquél resultaba una directa emanación de la soberanía nacional. ¿Cómo salvaron los diputados tal contradicción? Distinguiendo entre la reforma total (el cambio de Constitución), que pertenecía a un poder cuyo ejercicio no era susceptible de regulación, y la reforma parcial, la única que la Asamblea estaba facultada para regular y la única, en consecuencia, que cabía limitar. Por más que tal concepción se expresara, con uno u otro matiz, en las intervenciones de diversos diputados, a la postre fue Frochot quien la explicitó con toda

¹² *Archives Parlementaires*, cit. tomo xxx, p. 35.

claridad: «Existe en el acto mismo y en los efectos de la reforma parcial o del cambio total de la Constitución, una diferencia sensible que no puede escapar a la vista del legislador», afirmaba el diputado, quien añadía:

La reforma parcial es ante todo una necesidad presumible en cualquier Constitución, pero todavía más en una nueva Constitución. El cambio total es una necesidad de más difícil previsión: podríamos incluso decir que está por encima de toda previsión. El acto de reforma parcial de la Constitución no supone necesariamente el empleo de toda la soberanía nacional. El acto de cambiar enteramente la Constitución exige, por el contrario, la plenitud de esta soberanía.¹³

Aunque en el discurso de Frochot, apoyado luego por otros diputados, como Barnave, André o Thouret, no es difícil observar un quiebro argumental interesado —pues la distinción entre reforma total y parcial, permitía, de un lado, asegurar la rigidez de la Constitución y, de otro, salvar, al mismo tiempo, cuando menos en apariencia, las exigencias derivadas del principio de la soberanía nacional— lo cierto es que ésa iba a ser la posición finalmente triunfadora: la Constitución de 1791 distinguió entre la reforma total y parcial, pero limitándose a regular tan sólo la segunda. El texto constitucional introdujo, de este modo —lo que constituye ahora lo esencial—, un sistema de rigidez para la reforma constitucional (no para el cambio de Constitución: *changement*), sistema mantenido con posterioridad, aunque con cambios en la regulación concreta, por las Constituciones de 1793 y 1795. Tal rigidez, deseo subrayarlo, expresaba bien a las claras una idea central del liberalismo revolucionario: que una cosa era el poder constituyente y otra los poderes constituidos del Estado y que, en consecuencia, debía distinguirse con toda claridad entre la Constitución, en tanto que producto normativo del primero, y la ley, como emanación del poder legislativo que residía en la Asamblea Nacional.

Esta forma de pensar, que, como puede verse, acercaba la teoría constitucional europea a la norteamericana que más arriba se apuntó, no era en

¹³ *Archives Parlementaires*, cit., tomo xxx, p. 141. En una línea prácticamente coincidente se expresaría el diputado Thouret, quien proclamó, como relator, que se había tomado por base del proyecto «la distinción, fundada en la propia naturaleza de las cosas, entre el ejercicio del poder constituyente que supondría la necesidad del cambio total de la Constitución, y el modo de revisión indicado por la propia Constitución para llevar a cabo reformas parciales sobre algunas cuestiones de detalle» En *Archives Parlementaires*, cit., tomo xxx, pp. 186-187.

todo caso una peculiaridad francesa. Sirvan como muestra, por un lado, el debate constituyente gaditano en relación con la reforma constitucional, en el que se reprodujeron muchos de los argumentos que hasta ahora se han expuesto;¹⁴ y, de otro, la propia regulación de la reforma contenida en los artículos 375 a 384 de la Constitución de 1812. De la misma forma que en la Asamblea Nacional, en las Cortes españolas la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos se proclamará como una de las bases de la teoría política en la que se sostenía la ley fundamental. Las palabras pronunciadas en la Cámara el 17 de enero de 1812 por el Conde de Toreno, quien contestaba a un diputado en el curso del debate antes citado, no dejan al respecto duda alguna:

Todas las razones del señor preopinante versan sobre un principio equivocado. Ha confundido en su discurso la Nación con las Cortes ordinarias. Nadie puede quitar a la Nación la facultad de variar y arreglar la Constitución cuando le parezca oportuno, porque lo contrario sería un absurdo en buenos principios; pero sí es permitido limitar la autoridad a las Cortes ordinarias, que siendo una potestad delegada tiene que sujetarse a lo que le prevengan sus poderes. La Nación, como soberana, es árbitra de hacer todas las mudanzas que crea convenientes, pero las Cortes ordinarias deben circunscribirse a las facultades que les señale la Constitución, con arreglo a la cual la Nación, que ya entonces la habrá reconocido, le dará sus poderes.¹⁵

Ahora bien, y según ya previamente se ha apuntado, esa distinción entre poder constituyente y poderes constituidos —que posibilitó tanto en Francia como en España dar una base jurídico-política a la rigidez de la reforma de la ley fundamental, al mismo tiempo que se mantenía que las exigencias derivadas del principio de la soberanía nacional impedían a los propios constituyentes reglar el cambio (total) de Constitución—, encerraba a la postre una notable quiebra argumental y tenía, en consecuencia, mucho de retórica, al menos por dos motivos diferentes: en primer lugar, porque ni en un país ni en el otro, y al contrario de lo que acontecería en los Estados Uni-

¹⁴ Cf. *Diario de las Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, sesiones de 17, 18, 20, 22 y 23 de enero de 1811, tomo IV, pp. 2643-2680. Al respecto debe verse la obra de Joaquín Varela Suances-Carpegna, *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispano (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 320 ss.

¹⁵ *Diario de las Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, cit., t. IV, p. 2644.

dos, se iba a introducir un mecanismo (el control de la constitucionalidad) destinado a asegurar la efectiva superioridad de la Constitución sobre la ley y a impedir, coherentemente, que pudiese el parlamento mediante una simple ley cambiar *implícitamente* los contenidos de la Constitución. No puede dejar de subrayarse, en tal sentido, que la relación existente entre reforma de la Constitución y control de la constitucionalidad resulta tan estrecha que la garantía que supone la primera para la defensa de la Constitución ha solido ser inservible sin la afirmación de la segunda. ¿Por qué? Pues porque nada impide, allí donde no existe control de la constitucionalidad, que la reforma se produzca a través de un procedimiento implícito, es decir, de la aprobación de una ley que modifica de *facto* la Constitución y que pese a ser, por ello, inconstitucional, no puede ser declarada como tal: de una ley que *cambia* la Constitución sin *reformularla* o, dicho de otro modo, sin seguir el procedimiento constitucionalmente previsto a tal efecto. Ésa será, de hecho, la experiencia europea desde la Revolución hasta la introducción en el continente de los sistemas de justicia constitucional. Pero la referida quiebra en la construcción jurídico-política de los constituyentes de la Revolución procedía, además, y en segundo lugar, de otro hecho adicional: y es que, aunque de la forma en que se expresaba Frochot en Francia o de la que lo hacía en España el Conde de Toreno cabría deducir que los poderes constituidos —y entre ellos el legislativo— no eran considerados por los revolucionarios como la expresión de la voluntad de la Nación y, por tanto, de la soberanía nacional, la pura verdad es que los liberales europeos acabaron operando una auténtica hipóstasis entre Nación y parlamento, que convertía al poder de representación de la Nación en la expresión quintaesenciada de la soberanía nacional. Las dos realidades que acabo de citar están muy relacionadas, como trataré de explicar seguidamente al referirme a ellas en un orden inverso a aquel en el que ahora acabo de exponerlas.

III. NACIÓN, SOBERANÍA NACIONAL, LEY Y PARLAMENTO

El artículo 6.º de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* recogió un principio que, reproducido casi sin variaciones con posterioridad por los textos constitucionales de 1793 y 1795, acabará conformándose con uno de los dogmas¹⁶ esenciales de la teoría política de

¹⁶ Un dogma, en efecto, pues, como ha subrayado Troper, la asamblea no proclamó «que la ley debía ser la expresión de la voluntad general», dado que al igual que sucedía con los restantes principios contenidos en la Declaración se trataba «de un discurso indicativo,

la Revolución francesa: el de que la ley era la expresión de la voluntad general. Tomada la formulación del pensamiento de Rousseau —quien en sus *Cartas escritas desde la Montaña* había definido la ley como «una declaración pública y solemne de la voluntad general sobre un objeto de interés común»— el principio constituía, a fin de cuentas, la perfecta expresión de una nueva ideología que concebía la ley a partir de dos nuevas proposiciones esenciales:¹⁷ por un lado, la de que la ley tenía como único fundamento la voluntad general (la ley no era, por tanto, una *verdad*, como hasta entonces, sino un *mandato*), lo que significaba, a la postre, que esa misma voluntad se traducía normativamente por medio de la ley; además, y en segundo lugar, la de que tal voluntad se conformaba en el interior del cuerpo legislativo del Estado —en el parlamento— en tanto que representante de la ciudadanía.

Sieyès expresará muy bien ambas ideas ante la Asamblea Nacional, en su ya citado discurso sobre el veto, cuando, defendiendo el sistema representativo se opone a lo que él mismo denominaba democracia:

[La formación de la ley] se puede ejercer de dos maneras. Los ciudadanos pueden dar su confianza a algunos de entre ellos. Sin alienar sus derechos, delegan su ejercicio. Es debido a la utilidad común que ello les reporta por lo que nombran representantes más capaces que ellos mismos para conocer el interés general e interpretar desde esta perspectiva su propia voluntad. La otra forma de ejercer su derecho a la formación de la ley es la de concurrir a ello de modo inmediato. Este concurso inmediato es lo que caracteriza la verdadera *democracia*. El concurso mediato designa el gobierno *representativo*. La diferencia entre ambos sistemas es enorme.

Tras fijar con tanta claridad el contraste entre representación y democracia, el diputado daba un paso más de importancia extraordinaria y determinaba el procedimiento a través del cual fijaría la Asamblea el contenido de esa voluntad general por medio de la que la ley se expresaría:

La elección entre estos dos métodos de hacer la ley no presenta entre nosotros duda alguna. En primer lugar, la inmensa mayoría de nuestros conciudada-

de una mera definición». Cf. Michel Troper, «Justice constitutionnelle et démocratie», en *Revue Française de Droit Constitutionnelle*, n.º 1 (1990), p. 41.

¹⁷ Cf. R. Carré de Malberg, *La loi, expresion de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, París, Sirey, 1931.

nos no tiene ni suficiente instrucción ni tiempo libre suficiente para querer ocuparse directamente de las leyes que deben gobernar Francia; su parecer, consiste, entonces, en nombrar representantes; y puesto que éste es el parecer de la gran mayoría, los hombres ilustrados deben someterse a él igual que los otros. Cuando una sociedad está formada se sabe que el parecer de la mayoría se convierte en ley para todos.¹⁸

La extraordinaria importancia de las palabras de Sieyès se deriva del hecho de que resultan muy significativas de la teoría política de los revolucionarios. Una teoría según la cual se producía, de hecho, una equivalencia (o una continuidad sustancial, si se prefiere la expresión) entre la voluntad general, la voluntad de los representantes y la voluntad mayoritaria; y, según la cual, de tal continuidad o equivalencia debía obtenerse, además, un corolario final muy relevante: la plena identificación material entre la ley y la voluntad que los representantes obtenían en el seno del órgano de representación de la Nación tras aplicar en él el principio de las mayorías. Será en última instancia esta concepción de la ley —nacida de una coyuntura histórica en la que el parlamento se configuraba políticamente como el órgano garante de la Revolución frente a todos sus adversarios, empezando, claro, por el Rey— la que vendrá a determinar un correlativo concepto de la Constitución. Y ello por una razón fundamental: porque la confluencia de las dos proposiciones ya citadas (la de que la ley era la expresión de la voluntad general, por una parte; y la de que tal voluntad se conformaba en el parlamento en tanto que órgano de representación de la nación, por otra parte) sólo podía conducir a la afirmación de la soberanía del propio órgano de representación nacional, es decir, a la soberanía del parlamento. Nadie ha destacado esta conclusión final indefectible con la claridad con que lo ha hecho Carré de Malberg dentro de la teoría constitucional francesa:

El sistema representativo erigido por la Constitución partiendo del principio de la soberanía nacional se sustancia, en definitiva, en un sistema de soberanía parlamentaria. El parlamento —apunta certeramente Carré— era doblemente soberano: lo era, en primer lugar, frente a todas las autoridades, en la medida que configuraba, frente a ellas, al pueblo con su poder derivado de la voluntad general; y lo era también, de una forma absolutamente real, frente al propio

¹⁸ *Archives Parlementaires*, cit. tomo VIII, p. 594 (cursivas en el original).

cuerpo de los ciudadanos, porque, como había dicho Sieyès, aquél no podía expresar la voluntad general más que por medio de la asamblea de diputados.¹⁹

Como ya en otro lugar he sostenido,²⁰ será sobre la base de esta precisa construcción constitucional, que conduce, en la realidad histórica, al tránsito de la soberanía nacional a la soberanía parlamentaria —es decir, que hipostasía nación y asamblea nacional—, como debe abordarse el concepto de Constitución del liberalismo revolucionario francés. Un concepto, además, que de inmediato dejará sentir su profunda influencia en todo el constitucionalismo europeo de la época. De hecho, para conocer cómo concibe la Constitución el liberalismo revolucionario europeo continental no habrá que guiarse por las pistas falsas de lo que los propios liberales afirman sobre aquella —según páginas atrás pudimos ver—, ni siquiera por la equívoca similitud entre la rigidez constitucional de los norteamericanos, protegida y hecha efectiva mediante el control de la constitucionalidad, y la rigidez constitucional de los europeos, que sin esa indispensable protección no pasará de ser un instrumento tan útil para impedir la reforma expresa de la Constitución como inútil para imposibilitar su modificación implícita por medio de unas leyes que nadie, ni siquiera en el caso de manifiesta inconstitucionalidad, podrá expulsar del ordenamiento jurídico estatal. La ley es, para los revolucionarios, la primordial fuente del derecho, la fuente del derecho superior a todas las demás, lo que convierte a la Constitución en simple ley en la medida en que esta última será concebida a la postre como un mero documento político y no como una norma jurídica efectiva, dotada por ello de la capacidad que a éstas se atribuye: la de imponerse a las otras normas inferiores que le están subordinadas desde el punto de vista de la jerarquía normativa. La superioridad del parlamento y la supremacía de la ley como expresión de la voluntad general que se deriva de aquella superioridad parlamentaria determinarán, pues, el auténtico *valor* de la Constitución en Francia: harán ley a la Constitución.

Habrà de ser, en suma, la apuntada concepción de la ley, unida a circunstancias políticas derivadas de la peculiar coyuntura histórica en que se produjeron en Francia y, más en general, en Europa, las revoluciones liberales —de forma sobresaliente la desconfianza política hacia el Rey y

¹⁹ Cf. R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, cit., pp. 21-22.

²⁰ Cf. mi libro *El valor de la Constitución*, cit. pp. 247 ss., cuya línea argumental sigo en adelante.

hacia los jueces, fenómenos ambos que convergían en la defensa de la centralidad del parlamento como único valedor institucional de las conquistas sociales y políticas de la Revolución— las que darán lugar a una concepción de la Constitución que no era más que el negativo de un legicentrismo que habría de tener en la época una clara traducción en las dos esferas en las que las leyes ponen de relieve su eficacia: la de su interpretación y la de su aplicación por parte de los jueces. «Es necesario no olvidar un principio, el de que sólo existe un único poder, el poder nacional, que reside en el cuerpo legislativo»: ²¹ estas palabras pronunciadas por el diputado Barère con ocasión del debate constituyente de 1793 expresaban bien a las claras esa concepción de la institución parlamentaria que coloca al poder de representación de la nación en una posición predominante en las dos esferas referidas, aquellas en que las leyes manifiestan su eficacia.

IV. LAS LIMITACIONES A LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LAS LEYES: EL *référé* LEGISLATIVO

La trascendencia de la institución a la que me voy a referir seguidamente —el denominado *référé législatif*— no residirá tanto en su gran importancia a medio o largo plazo en el derecho público francés, que fue bastante reducida, o en su impacto histórico en los Estados constitucionales europeos, que fue nulo, cuanto en su significación como medio de expresión de la concepción sobre la potestad parlamentaria a la que me he venido refiriendo. Una concepción —vuelvo a subrayarlo— que resultaba de todo punto incompatible con la introducción en el sistema político de cualquier mecanismo de control de la constitucionalidad garante de una Constitución verdaderamente normativa. El *référé*, así llamado porque en su virtud se refería —es decir, se remitía— al poder legislativo la facultad para determinar, cuando se dieran determinadas circunstancias, el texto oscuro (de interpretación dudosa) de una ley, fue regulado, en su modalidad de *référé* obligatorio, por la ley de 27 de noviembre-1 de septiembre de 1790 y fue recogido con posterioridad por el texto constitucional de 1791 que establecía al respecto lo que sigue:

Cuando después de dos casaciones, el fallo del tercer tribunal fuera atacado por los mismos medios que los dos primeros —disponía la referida Constitución

²¹ *Archives Parlementaires*, cit., tomo LXVI, p. 574.

(art. 21, cap. v, tít. III)— 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.

Reduciendo sustancialmente la capacidad de decisión judicial, la Constitución del año III disponía que «cuando después de una casación, el segundo fallo sobre el fondo sea atacado por los mismos medios que el primero, la cuestión no podrá plantearse nuevamente al tribunal de casación, sin haber sido sometida al cuerpo legislativo, que emitirá una ley a la que el tribunal de casación tendrá necesariamente que ajustarse» (art. 256). Junto a ese *référé* obligatorio, la ley de 16-24 de agosto de 1790 previó la institución del denominado *référé* facultativo, según el cual los tribunales no «podrían 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 creación de la institución del *référé* generó de inmediato una polémica sobre el auténtico alcance de la misma, es decir, sobre cuáles eran en realidad las concretas obligaciones que se imponían a los tribunales en el ámbito de la interpretación de las leyes, no parece dudoso el hecho de que, se entendiesen tales obligaciones de una forma más o menos amplia, el *référé* permitirá al órgano legislativo, convertido en un superior de los tribunales, inmiscuirse en el ejercicio de la función jurisdiccional. En el fondo, y como ha subrayado Hufteau,²² los constituyentes de 1791 entienden la función jurisdiccional de un modo mecánico, de forma que, en la aplicación de la ley, el juicio llevado a cabo por el órgano jurisdiccional se reduce a la resolución de un silogismo en el que la ley resulta la premisa mayor y la menor el hecho que constituye el objeto del litigio: es sobre la base de tales premisas que debe obtenerse la conclusión, es decir, la decisión del órgano jurisdiccional. Ciertamente podrían recogerse a ese respecto diversas intervenciones demostrativas de lo que acaba de apuntarse entre las producidas en el curso del debate del texto de 1791, pero la de Maximilien de Robespierre, por la claridad y rotundidad con que afirma la posición dominante en la Asamblea Nacional, resulta más que suficiente. El diputado de Arras, que defiende en ella un principio coherente con sus concepciones —el de

²² Y. L. Hufteau, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, París, PUF, 1965, p. 35.

que el tribunal de casación debe ser elegido por el cuerpo legislativo en tanto que mera dependencia de aquél— expresa bien a las claras la posición de la que más tarde la institución del *référé* será expresión:

Los tribunales —proclamaba Robespierre— se establecen con la finalidad de decidir las discusiones entre 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 observancia, 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 del principio de la legislación. ¿Este poder de vigilancia —se preguntaba el diputado— 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 poder de vigilancia —concluía Robespierre— 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.²³

El propio Robespierre se había manifestado ante la Asamblea, no mucho antes, en un sentido plenamente coincidente, al poner de manifiesto que «si cualquier otra autoridad distinta del legislador pudiese interpretar las leyes acabaría por alterarlas y por elevar su voluntad por encima de la de aquél; y no es necesario decir que este principio se aplica con mayor razón en los casos en que las leyes son directamente atacadas por los actos del poder judicial que las infringe».²⁴ Es, en realidad, esta concepción y no la vigencia de la institución de la que venimos tratando —que fue suprimida por una ley de 1 de abril de 1837 en su modalidad de *référé* obligatorio y por el Código Civil en su modalidad de *référé* facultativo— la que, más allá de su concreta importancia material, la convierte en muy relevante para entender la decantación en Francia de un concepto de Constitución no normativa y,

²³ *Archives Parlementaires*, cit., tomo xx, p. 336.

²⁴ *Archives Parlementaires*, cit., tomo xv, pp. 670-671.

en íntima relación con ello, de la radical imposibilidad de aceptar el control de la constitucionalidad.

Sería a estos efectos suficiente comparar cualquiera de los textos contenidos en *El Federalista* —de forma muy especial en su número 78 dedicado, según ya hemos visto, por Alexander Hamilton a explicar la indispensabilidad del *judicial review of legislation* para el asentamiento de una Constitución digna de tal nombre (una *limited Constitution*)— con las proclamaciones realizadas en el debate constituyente francés sobre la naturaleza y las funciones del poder judicial para entender el salto histórico existente entre el escenario europeo y el norteamericano. Y así, frente a las consideraciones de Hamilton sobre el poder judicial apuntadas páginas atrás, merece la pena destacar los contenidos del «Informe en nombre del Comité de Constitución sobre la organización del poder judicial» presentado por el diputado Bergasse ante la Asamblea Nacional con fecha 17 de agosto de 1789. El «Informe», que se conforma como un documento esencial para comprender cabalmente las concepciones dominantes en la Asamblea sobre el poder judicial —concepciones, debe subrayarse, marcadas de un modo decisivo por su desconfianza política hacia un poder que el régimen constitucional heredaba del Antiguo Régimen— pone de relieve con toda claridad la imposibilidad de que en la coyuntura de la Revolución los franceses hubieran optado por cualquier sistema de control judicial de la constitucionalidad. Bergasse se refiere de hecho en el «Informe» a la cuestión de la interpretación de las leyes en unos términos que no dejan lugar a muchas dudas: «El poder judicial estará, por tanto, mal organizado si el juez goza del privilegio peligroso de interpretar la ley o de añadir algo a sus disposiciones», sostenía Bergasse, quien añadía: «Ningún juez en materia civil o criminal tiene el derecho de interpretar la ley, o de extender sus disposiciones según su propia voluntad».²⁵

Pero el informante no va a centrarse exclusivamente, en todo caso, en la cuestión de la extensión de los poderes de interpretación por parte de los jueces, sino también en su visión, que era mayoritaria en la Asamblea, sobre el propio poder judicial en tanto tal. Las palabras de Bergasse sobre la urgente necesidad de la reforma judicial, pronunciadas en la Cámara apenas un mes después de la toma de La Bastilla, ponían de relieve, sin duda, la importancia que los diputados concedían a un tema que se revelaría central

²⁵ *Archives Parlementaires*, cit., tomo VIII, pp. 443 y 445.

en sus futuras deliberaciones: «Todos los que han querido cambiar el espíritu de las naciones se han consagrado de manera singular en organizar el poder judicial de acuerdo a sus designios», proclamaba el diputado, quien relacionaba esta necesidad con la importancia decisiva del poder judicial en el funcionamiento del Estado:

La influencia del poder judicial —sostenía Bergasse— se produce, por decirlo así, todos los días, en todos los instantes; y, como el que influye sobre nosotros a diario y en todos los instantes, no puede actuar sino de modo muy profundo sobre el sistema total de nuestros hábitos, lo que más influye para bien o para mal es incontestablemente el poder judicial.

No es de extrañar que, a partir de esta visión sobre la trascendencia política y social de la función jurisdiccional, los revolucionarios se aprestasen a fijar límites al ejercicio de aquella función y al poder que la tenía confiada: «No se puede negar la influencia sin límites del poder judicial», concluía Bergasse, «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». La conclusión del razonamiento de Bergasse —un diputado ligado al grupo monárquico de la Asamblea Nacional, que no era, por tanto, un revolucionario radical— insistía en la necesidad de establecer una separación estricta entre los poderes legislativo y judicial:

El poder judicial estará, por tanto, mal organizado si los depositarios de ese poder tienen una parte activa en la legislación, o pueden influir, de cualquier manera que sea, en la formación de la ley.

Pero el diputado de Lyon no se limitaba a expresar una posición de principios, sino que explicaba con todo lujo de detalles el por qué de tal limitación:

Porque el amor por la dominación no está menos en el corazón del hombre que el amor por la libertad; no siendo la dominación más que una especie de independencia y queriendo todos los hombres ser independientes, si los ministros de la ley pueden influir sobre su formación, ciertamente es de temer que no lo

hagan sino en su propio provecho, con la finalidad de acrecentar su autoridad y disminuir así, bien la libertad pública, bien la libertad particular.

La consecuencia final de todo lo apuntado era para Bergasse meridiana: que para una correcta organización de los poderes del Estado destinada a garantizar la libertad «los depositarios del poder judicial no participen de ninguna forma en el poder legislativo».²⁶ ¿Cómo, a la vista de tales palabras, extrañarse de la introducción de la institución del *référé*? ¿O cómo hacerlo de la aprobación de una ley, justo un año después de que Bergasse presentase su «Informe» a la Asamblea Nacional, que iba a tener como mediata consecuencia —de gran trascendencia a largo plazo en Francia y en Europa— la prohibición del control judicial de la constitucionalidad?

V. LOS TRIBUNALES, LA APLICACIÓN DE LAS LEYES Y LA TRASCENDENCIA MATERIAL DE LA CONSTITUCIÓN

Tal y como ya previamente se apuntaba, el *référé* desapareció del derecho público francés con poco escándalo y fue en él significativo más que nada porque expresó en su momento una concepción sobre las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial —o, en otras palabras, entre la ley y sus intérpretes más fundamentales— que ponía de relieve hasta qué punto se extendían los efectos de la identificación soberanía nacional/soberanía parlamentaria y hasta dónde llegaban las consecuencias de esa hipótesis entre nación y Asamblea Nacional en el plano normativo. El principio de la supremacía absoluta de la ley —por virtud del cual la Constitución se transformaba a la postre en un mero documento político situado al margen de un ordenamiento jurídico estatal que, en sentido estricto, comenzaba con las normas emanadas del poder legislativo— acabó teniendo así, en la ideología de los revolucionarios, la fuerza de un prejuicio popular. Ello explica que, transcurrido un año de la presentación por Bergasse del «Informe» al que he venido refiriéndome se aprobase en la Asamblea Nacional una norma —la ley 16-24 de agosto de 1790— en la que iba a traducirse de una forma manifiesta la filosofía política expresada por el mencionado diputado con tan meridiana claridad.

El artículo 10 de la norma referida, aprobado en la Asamblea casi sin debate, dato bien expresivo del consenso que existía en torno al mismo,²⁷

²⁶ *Archives Parlementaires*, cit., tomo VIII, pp. 440-445, de donde proceden todas las citas.

²⁷ Cf. *Archives Parlementaires*, cit. tomo XVI, p. 703.

disponía 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 sancionadas por el Rey, bajo pena de prevaricación». La simple comparación entre el principio contenido en el precepto —reproducido posteriormente por los textos constitucionales de 1791, por el frustrado proyecto girondino de 1793 y por la Constitución del año III—²⁸ con las reflexiones, ya citadas, de Alexander Hamilton en *El Federalista* permite constatar con gran facilidad el abismo que se abre entre las dos concepciones de la Constitución que se fraguarían de uno y otro lado del océano. Y es que, mientras que los textos constitucionales franceses del período revolucionario disponían —con gran impacto hacia el futuro, no sólo en Francia, sino también en los restantes Estados constitucionales europeos— lo que acaba de apuntarse, los norteamericanos sentaban las bases del control judicial de la constitucionalidad o, lo que es lo mismo, del concepto normativo de Constitución.

Tiene interés, pese a todo, preguntarse si una prohibición a la que los revolucionarios demostraron conceder tanta importancia como para mantenerla sin alteraciones sustanciales en todos los textos elaborados entre 1791 y 1795 tenía en realidad por finalidad la que hoy, con toda claridad, le atribuimos: la de hacer imposible el control judicial de la constitucionalidad. La de hacerlo imposible, en efecto, pues mal podían asumir ese control unos jueces a los que se les prohibía, bajo sanción penal en algún caso, «tomar parte alguna directa o indirectamente en el ejercicio del poder legislativo», «impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo», «inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo», «suspender la ejecución de las leyes», «interpretar las leyes» o «ampliar su sentido, frenarlas o suspender su ejecución». A la vista de todas estas fórmulas constitucionales, con las que trató de prohibirse que los jueces se inmiscuyeran en el ejercicio de una potestad legislativa que la Asamblea Nacional se autoatribuía de una forma extraordinariamente extensa, parece evidente, ciertamente, que los jueces no podían entrar a controlar la ade-

²⁸ «Los tribunales no pueden ni inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes [...]» (art. 3.º, cap. v, tít. III de la Constitución de 1791); «Los tribunales y los jueces no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo; no pueden interpretar las leyes, ni ampliar su sentido, frenarlas o suspender su ejecución» (art. 6.º, secc. 1.ª, tít. X del proyecto de 1793); «Los jueces no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, ni hacer ningún reglamento. No pueden frenar o suspender la ejecución de ninguna ley [...]» (art. 203 de la Constitución del año III).

cuación de las leyes y la Constitución. Y no cabe duda, en consecuencia, una vez constatado el hecho cierto de que ninguna de las Constituciones aludidas preveía ningún órgano o mecanismo para asegurar la adecuación normativa de las leyes a la Constitución, de que la Constitución carecía de cualquier protección jurídica susceptible de convertirla en una norma de verdad.

Pero todo ello, que parece difícilmente discutible, no permite, en absoluto, sostener que los constituyentes franceses quisieran prohibir *expresamente* —es decir, de una forma consciente y manifiesta— el control judicial de la constitucionalidad. Creo, por el contrario, según ya en su momento lo expresé,²⁹ que el control de la constitucionalidad no se prohíbe expresamente en la coyuntura histórica de la Revolución francesa, como luego en otras coyunturas revolucionarias posteriores, pura y simplemente porque la problemática política de la que tal control era expresivo no existía en Francia, como no existió luego en otros Estados constitucionales europeos. La prohibición *expresa* de algo tan peculiar como el control judicial de la constitucionalidad hubiera exigido que llegase a plantearse abiertamente, en el terreno político o en el ámbito teórico, la posibilidad de que la Constitución fuera violada por la ley. Así iba a ocurrir más tarde sólo de un modo excepcional, como veremos en las páginas finales. Pero, entre tanto, las cosas sucedieron como era previsible a la vista de las diferentes realidades históricas existentes en los Estados Unidos y en Europa.

De hecho, la aludida posibilidad se suscitó en la naciente Unión americana por dos motivos diferentes: porque ya se había materializado en el período que media entre la Revolución de independencia (1776) y la aprobación de la Constitución en Filadelfia (1787), cuando algunas asambleas estatales se arrogaron más poderes de los que la respectiva Constitución les concedía, poniendo por tanto en entredicho la integridad de los principios de la ley fundamental y suscitando abiertamente la cuestión del control del poder legislativo; y porque la estructura de poderes establecida en la Constitución federal, con un órgano legislativo en manos de una asamblea poderosa y un órgano ejecutivo del que era titular un presidente electivo mucho más debilitado, hacía temer que las invasiones a prevenir fueran más las de aquél que las de éste. La situación era en los Estados constitucionales europeos —Francia entre ellos— justamente la contra-

²⁹ Roberto L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, cit., pp. 273 ss.

ria: con el poder ejecutivo atribuido a un monarca hereditario al que los liberales sabían el mayor enemigo de la Revolución y sus conquistas, el parlamento aparecía como el auténtico garante de la Constitución, lo que, coherentemente, impedía pensar en aquél como un peligro potencial para la ley fundamental y para la libertad que tal ley debía proteger. El conde de Toreno lo expresaba muy bien en la constituyente gaditana cuando, defendiendo la convocatoria automática de Cortes, que al ser tal no debería depender de la voluntad caprichosa del monarca, ponía de relieve que «las leyes [...] 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 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».³⁰

Es difícil destacar el contraste histórico entre Europa y la Unión americana al que se está haciendo referencia con la claridad con la que James Madison lo hará en el n.º 48 de *El Federalista*. Madison insistirá en la diferencia entre las estructuras institucionales de una república y las de una monarquía y subrayará cómo esa antítesis será determinante del papel político que el parlamento jugará en uno y otro tipo de regímenes políticos. «En un gobierno monárquico en el que amplias y numerosas prerrogativas están depositadas en las manos de un monarca hereditario, 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», afirmará el futuro presidente de Estados Unidos, para señalar de inmediato lo distinta que es la situación en los nacientes Estados Unidos:

En una República representativa 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 incapaz de perseguir el objeto de sus pasiones por los medios que prescribe la razón) el pueblo deberá

³⁰ Cf. *Diario de las sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, cit., sesión de 29 de septiembre de 1811, tomo III, p. 1951.

dirigir su celo y utilizar todas las precauciones contra las tentativas ambiciosas de ese órgano.³¹

De hecho, en el pensamiento del propio Madison y, por extensión, de los Padres Fundadores, el control de los eventuales excesos del poder legislativo era un medio indispensable, además de para asegurar que el poder legislativo se mantendría dentro de sus límites constitucionales, para evitar también el abuso democrático, es decir, la imposición de la mayoría sobre la o las minorías en el órgano de representación parlamentaria:

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 las minorías no estarán asegurados.³²

La conclusión, pues, resulta evidente: mientras que la peligrosidad del parlamento (o, al menos, la percepción de los Padres Fundadores sobre la eventual peligrosidad de sus excesos) condiciona en Estados Unidos la aparición del sistema del *judicial review of legislation*, su papel como garante del propio orden constitucional dificulta que algo similar pueda llegar siquiera a concebirse por los revolucionarios europeos, quienes llegan a fijar constitucionalmente, de un modo consecuente con esa necesidad de garantizar la intangibilidad del poder del parlamento y de la ley, el principio de que los jueces no pueden inmiscuirse de ningún modo en el ejercicio de la potestad legislativa ni limitar la aplicación o vigencia de las leyes. Pero ello no quiere decir en absoluto que las normas que en la Francia revolucionaria vinieron a prohibir el control judicial de la constitucionalidad se aprobaron con esa finalidad expresa, lo que no empece para que andando el tiempo dieran lugar a ese concreto resultado. Paul Duez lo expresaba hace ochenta años como algo manifiesto, adelantando una tesis con la que forzosamente ha de coincidirse:

Parece indudable —escribirá el maestro de Lille en 1929— que en el pensamiento del legislador revolucionario [las provisiones de la ley 16-24 de agosto

³¹ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *The Federalist Papers*, cit., p. 309.

³² Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *The Federalist Papers*, cit., p. 323.

de 1790] no son 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.³³

La pregunta que tal conclusión suscita es evidente: ¿De dónde nacía tan estricta y empecinada prohibición? ¿Por qué, siendo así las cosas, se adoptaron la ley 16-24 de agosto de 1790 y todas las prescripciones constitucionales que entre 1791 y 1795 reprodujeron sus principios sobre la imposibilidad de los jueces de suspender, de cualquier modo que ello fuese, los mandatos de las leyes? Creo que por dos razones esenciales, la primera de las cuales ha sido ya referida previamente: de un lado, porque, en términos jurídico-políticos, los revolucionarios obtienen del principio de la soberanía nacional y de la consecuente hipóstasis entre nación y parlamento la convicción de que la ley no puede ser controlada jurídicamente por ningún órgano ni ninguna autoridad (lo que será compatible en algunos textos constitucionales —no se olvide— con el control político del Rey a través de la sanción, concebida como un instrumento de *equilibrio* de poderes); y porque, en términos históricos, no era factible imaginar que los abusos de poder a controlar fueran precisamente los del órgano que se concebía como controlador de los abusos. De todos modos, a esa primera razón, se uniría otra, que, a mi juicio, no puede dejar de subrayarse: la extraordinaria desconfianza que los jueces suscitaban, es decir, el profundo antijudicialismo de los revolucionarios. El propio Duez alude a esta cuestión en el trabajo antes citado:

El principio de la separación de los poderes se tornó por completo en contra del poder judicial, del que se desconfía porque se sospecha que es hostil al nuevo orden de cosas: ¿Iba el legislador revolucionario a permitirle parar la nueva legislación por el cómodo procedimiento del control de constitucionalidad? Si no se fue en ese punto igual de explícito que como se fue respecto del rechazo del *enregistrement des ordonnances* o de los *arrêts de règlement*, la razón reside en que la institución resultaba aún desconocida. Pero sin duda su prohibición

³³ Paul Duez, «Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France (Comment il convient de poser la question)», en *Mélanges Maurice Hauriou*, París, Sirey, 1929, p. 231 (cursivas en el original).

estaba en el espíritu del momento y es coherente con la literalidad de los textos normativos.³⁴

No parece, desde luego, que estas consideraciones de Duez puedan juzgarse para nada exageradas. Muy por el contrario, si ya las antes citadas reflexiones contenidas en el «Informe» de Bergasse demostraban una clara reticencia institucional frente a los jueces, no será sino más tarde cuando se realicen en la asamblea representativa proclamas de una dureza que no dejan lugar a duda alguna sobre la verdadera dimensión de un rechazo que se había ido convirtiendo con el tiempo en un componente esencial de la ideología de los revolucionarios. El diputado Barère se expresará en la sesión de la Convención celebrada el 19 de junio de 1793 en unos términos que permiten darse cuenta de hasta qué punto llegaba la imposibilidad de otorgar a los jueces cualquier tarea de defensa de la Constitución. Apoyando una propuesta del diputado Cambacérès, por la que se solicitaba que los jueces civiles fuesen sustituidos por jurados, Barère auténticamente se *dispara* sin que nadie en la Convención contradiga, desde luego, su discurso *aterrador*: «Creo que no debéis conservar en una Constitución republicana una institución tan ridícula como la de los tribunales, que mantienen a su alrededor una multitud de hombres enemigos natos de la sociedad y adversarios constantes de la libertad», comenzaba, sólo para *abrir boca*, el diputado. Tras ello, y una vez puesto de relieve que ante propuestas suyas anteriores, coincidentes con la de Cambacérès, se había alzado «el clamor de la curia y de la voracidad judicial», Barère se aplica a su objetivo con una radicalidad que incluso en la coyuntura de 1793 llama la atención:

Dirigid vuestra mirada sobre los tribunales; ¿qué os han parecido en el decurso de la Revolución? Cubiertos de aristocracia e inactivos en sus trabajos. ¿Dónde se ha refugiado el moderantismo? ¿Dónde se han concentrado los enemigos secretos de la libertad. En los tribunales. ¿Quién se ha opuesto a la República sino las gentes del mundo de la ley? Esta especie de hombres estériles para la sociedad, que no reportan ninguna utilidad, que embadurnan papeles que la razón cubriría con útiles pensamientos, y que no sirven para otra cosa que para exasperar a las familias, afilar las pasiones y excitar el interés personal, prepa-

³⁴ Paul Duez, «Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France (Comment il convient de poser la question)», cit., pp. 231-232.

rando la división y ruina de las familias. ¿Cómo queréis hacer desaparecer esta turba de cuervos judiciales —cerraba el diputado su tronitronante parlamento—, esa multitud de enemigos clandestinos de la Revolución, si no es destruyendo su madriguera?³⁵

De nuevo aquí el contraste entre la auténtica diatriba de Barère y la filosofía expresada por los Padres Fundadores en *El Federalista* deja bien patente el abismo en los principios jurídicos y en las prácticas políticas que provocaba la muy diferente situación en que se producían las Revoluciones francesa y norteamericana. Y así, mientras que el diputado de la Convención se manifestaba en los términos que acaban de apuntarse, Alexander Hamilton explicaba casi contemporáneamente, con mucho más razonamiento que retórica, por qué el control del poder legislativo a través del judicial no suponía peligro alguno de exceso de poder por parte de los jueces. Hamilton partirá, en primer lugar de la necesidad de que los jueces controlen al legislador para asegurar la vigencia de la Constitución:

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 —insiste Hamilton— todas las reservas que se realicen respecto a determinados derechos o privilegios quedarán en nada.³⁶

Apuntará luego que tal control está en la naturaleza misma de la función que los jueces tienen confiada y que resulta indispensable para evitar violaciones de la ley fundamental por parte del poder legislativo:

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 los 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.³⁷

³⁵ *Archives Parlementaires*, cit. tomo LXVI, pp. 709-710.

³⁶ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *The Federalist Papers*, cit. p. 466.

³⁷ *Ibid.*, p. 467 (subrayado en el original).

Y concluirá por subrayar que de ese control no debería derivarse riesgo alguno de despotismo judicial:

Cualquiera que considere atentamente los distintos órganos del poder podrá percibir que, en un gobierno en que se encuentran separados unos de otros, el judicial, por la propia naturaleza de sus funciones será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque él tendrá una capacidad muy inferior para molestarlos o perjudicarlos.³⁸

Hamilton insiste, además, en que el control judicial de la constitucionalidad, que convierte a la Constitución en aquello en que la misma aspira a ser —una ley fundamental y superior, en tanto que tal, a todas las demás— no rompe con el sistema de *checks and balances* en que se sostiene la organización de los poderes del naciente Estado americano:

Esta conclusión no significa en modo alguno la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en las leyes, entra en contradicción con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán conformarse a la última de las preferencias y no a la primera. Deberán regular sus decisiones por las leyes fundamentales y no por las que no tienen este carácter fundamental.³⁹

Aunque, en conclusión, no parecen quedar dudas de que el rechazo en la Francia revolucionaria de la posibilidad de que los jueces controlasen al legislador para asegurar, de ese modo, la superioridad de la Constitución sobre las leyes —o, si se prefiere, el rechazo de facto, en ese ámbito, de un concepto normativo de Constitución— tuvo que ver sin duda con la muy diferente percepción que del poder judicial existía de uno y otro lado del océano, queda por supuesto, por plantearse una cuestión: la de si en realidad y, pese a todo lo apuntado, los revolucionarios hubieran admitido un control de constitucionalidad no judicial que les hubiese eximido de poner la Constitución en manos de esos jueces tan brutalmente descritos por Barère. En nuestro socorro, y para sacarnos de cualquier duda a ese respecto, acudirá Emmanuel Joseph Sieyès.

³⁸ *Ibid.*, pp. 465-466.

³⁹ *Ibid.*, pp. 467-468.

VI. SIEYÈS EL VISIONARIO Y EL RECHAZO PARLAMENTARIO DE SU *jurie constitutionnaire*

Sieyès, político habilidoso e intelectual brillante siempre, supo ver como nadie que de la trágica experiencia de «El Terror» deberían sacarse importantes conclusiones en esferas políticas diversas, pero también en el plano concreto de la teoría de la Constitución. Superviviente de aquella larga noche, el hombre que había afirmado que durante la misma no cabía más actitud inteligente que «aguardar la llegada del día» acudió a la Convención «como el oráculo de la ciencia constitucional» dotado de un «prestigio incomparable»⁴⁰ y pronto se vio que no estaba dispuesto a traicionar su fama bien ganada. Aunque sus contribuciones en el período que se abre con la reacción termidoriana fueron relevantes, el «topo de la revolución» —según lo había calificado Robespierre— habría de pasar a la historia constitucional francesa y europea de modo muy sobresaliente por sus discursos del 2 y del 18 termidor⁴¹ (20 de julio y 5 de agosto) de 1795 en los que procedió a exponer y defender su propuesta de creación de un tribunal constitucional (*jurie constitutionnaire* o *jury de Constitution*) propuesta, como veremos, finalmente rechazada por la Convención. En todo caso, la importancia extraordinaria de las ideas constitucionales de Sieyès residirá menos en la constatación de la preocupación que traslucían que en la circunstancia de que el gran publicista galo avance en ella mucho más de lo que nadie había logrado hacerlo hasta la fecha y mucho más de lo que va a lograrse en Europa durante todo el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX. Y así, en claro contraste con lo acontecido durante el proceso constituyente de 1793, marcado por una avalancha de propuestas —más o menos sensatas y más o menos depuradas, pero todas dirigidas a proteger políticamente la Constitución frente a las acciones de sus diferentes enemigos contrarrevolucionarios—,⁴² Sieyès presenta un proyecto verdaderamente singular en la historia del derecho público occidental, relevante tanto por resultar extraordinario en su contexto histórico concreto como por ser capaz de avanzar una

⁴⁰ Cf. M. Deslandres, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, tomo I: *De la fin de l'Ancien Régime à la chute de l'Empire*, París, Armand Colin, 1932, p. 341.

⁴¹ Los discursos pueden verse en *Moniteur Universel*, de 7 y 8 y 26 y 27 termidor, reimpresión, tomo XXV, pp. 291-298 y 442-445 (7 y 8) y 449-452 (26 y 27). Salvo indicación en contrario ahora citamos por Emmanuel Sieyès, *Escritos y discursos de la Revolución* (edición de Ramón Máiz), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

⁴² Me he referido a ellas con gran detenimiento en mi libro *El valor de la Constitución*, cit. pp. 298-332.

teoría constitucional que no madurará en nuestro continente hasta muchas décadas después. Y es que el abate consigue concebir que los ataques a la Constitución puedan provenir no ya de los contrarrevolucionarios sino de la propia asamblea que representa a la nación.

El diputado sienta como punto de partida de su reflexión político-constitucional la ausencia en el proyecto de la que terminará por ser la Constitución de 1795 de «una garantía indispensable y esencial: a saber, la garantía de la Constitución misma, que ha sido olvidada en todos los proyectos de todas las épocas». ⁴³ Constatada así la falta, Sieyès enuncia los dos sistemas de garantía que están a disposición de los constituyentes —los que el propio abate denomina de *equilibrio* y de *concurso*— para desautorizar después el primero de los dos, es decir, el consistente en sostener la defensa de la Constitución sobre la existencia de órganos destinados a contrapesar el poder de la asamblea: sobre todo, en una segunda de Cámara o en la capacidad de veto del monarca. Frente a la insuficiencia de esos sistemas de equilibrio de poderes para conservar la integridad de la Constitución, los de concurso resultarán, según Sieyès, mucho más aptos y eficaces, pues la cuestión no consiste, a decir del abate, «en emplear diversos cuerpos de representantes en la construcción o, aún mejor, en la reconstrucción de la misma obra, sino en confiar a diversos representantes partes diferentes de la misma, de tal modo que el resultado de todos los trabajos produzca, con certeza, el conjunto final deseado». ⁴⁴ Va a ser justamente en el contexto de su defensa de los sistemas de concurso frente a los sistemas de equilibrio en el que el abate de Fréjus formulará por primera vez su propuesta de creación de un tribunal constitucional:

Así —explicaba el diputado a la Convención— se requiere ante todo un *Jury de constitution* o, a efectos de afrancesar el término *jury*, distinguiéndolo del de jurado, un tribunal constitucional. Esto es, un verdadero cuerpo de representantes con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo incumplimiento de la Constitución. ⁴⁵

El tribunal que Sieyès propone se concibe, pues, como un órgano de defensa de la Constitución que —y aquí su reflexión adquiere toda su trascen-

⁴³ Enmanuel Sieyès, *Escritos y discursos de la Revolución*, cit., pp. 253-254.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 262.

⁴⁵ *Ibid.*

dencia anticipadora— deberá asegurar el mantenimiento de la separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos: «En efecto, una idea fundamental fue establecida en 1788», proclama el diputado proponente:

La división del Poder constituyente y los poderes constituidos [...] Sin embargo —continuaba— naturalizada rápidamente en los espíritus, ha dado pábulo, como tantas otras verdades de nuevo cuño, a verdaderas estupideces [...] Si deseamos dotar de garantía y salvaguardar la Constitución de un freno saludable que contenga cada acción representativa sin desbordar los límites de su preocupación especial, debemos establecer un tribunal constitucional en la forma que en su día concretaremos.⁴⁶

¿Cómo concebía Sieyès tal tribunal? El artículo 4.º de su propuesta disponía a ese respecto que se constituiría «bajo el nombre de tribunal constitucional, un cuerpo de representantes en número de 2/20 de la legislatura, con la misión especial de juzgar y pronunciarse sobre las denuncias de violación de la Constitución, dirigidas contra los decretos de la legislatura». El tribunal se concebía, pues, sin duda, como un órgano que debía proteger a la Constitución frente a las agresiones que pudiera dirigir contra ella el poder legislativo: el propio diputado justificaría tan extraordinario planteamiento —que, como veremos, iba a dejar estupefactos a muchos de sus compañeros de diputación— con una afirmación que no pretendía ser encubridora de sus verdaderas pretensiones: la de que «los poderes ilimitados son un monstruo en política y un inmenso error por parte del pueblo francés, que no debe volver a cometer en lo sucesivo».⁴⁷ La dura experiencia de El Terror se hacía, pues, patente en las palabras de quien había logrado salvarse de las terribles persecuciones de aquella época funesta.

En medio de la sorpresa que sus palabras, sin duda, generaron, la Cámara decidió reenviar el proyecto a una Comisión. Pero Sieyès volvió a la carga días después, el 18 termidor, cuando, en un amplio y denso discurso ante la Convención, explicó pormenorizadamente su propuesta y, en cierto sentido, la desnaturalizó al ampliar el ámbito de competencias del tribunal constitucional, lo que desdibujaba su concepción de un órgano originariamente destinado de un modo primordial a vigilar el ejercicio, dentro de los límites constitucionales, de la potestad legislativa del Estado. Ello no impidió, en todo caso, que

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, p. 258.

el proponente insistiese en las mismas preocupaciones que ya había puesto de relieve en la sesión del día 2: en que resultaba inaceptable «la idea de una Constitución abandonada, por decirlo así, a sus propias fuerzas, desde el momento mismo de su nacimiento» y en que «una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada».⁴⁸ De hecho, tras destacar el vacío en que hasta la fecha habían vivido las Constituciones («¿Qué habéis dispuesto para atender las denuncias contra las infracciones de la Constitución? [...] ¿Cómo podéis decirme que malgasto inútilmente mi tiempo mostrándoos la necesidad de un freno constitucional?»), Sieyès volvía a destacar la imperiosa necesidad de crear un tribunal constitucional «que vigile y guarde con fidelidad el depósito constitucional», es decir, «un tribunal de casación en el orden constitucional».⁴⁹

Como es obvio, no resulta posible entrar aquí en una explicación detallada de la propuesta del abate.⁵⁰ Pero es que, además, no resulta necesario a los efectos de estas páginas. Y ello porque mi interés en las ideas de Sieyès se limita a poner de relieve cómo en la coyuntura de la Revolución francesa hubo quien, de un modo absolutamente excepcional y resistiéndose a las ideas constitucionales dominantes en su época, planteó la necesidad de crear un órgano que pudiese hacer efectivo un concepto de Constitución normativa como el que estaban construyendo los norteamericanos del otro lado del Atlántico. Me limitaré, por tal razón, a subrayar dos de los aspectos de la propuesta del publicista de Fréjus que indican hasta qué punto sus ideas avanzaban un largo trecho sobre el tiempo en el que aquéllas eran formuladas. El primero se refiere al hecho de que Sieyès concibe su tribunal constitucional como un órgano encargado de resolver las diferencias que pudieran producirse entre mayoría y minoría en el seno del órgano legislativo del Estado. Así, refiriéndose a la cuestión de quiénes podrían acudir al tribunal exigiendo el exacto cumplimiento de la Constitución, apuntaba el diputado la necesidad de que además de poseer tal facultad de reclamar las dos Cámaras que se preveían en el proyecto de Constitución (el Consejo de los Quinientos y el Consejo de los Ancianos), pudieran hacerlo igualmente la minoría frente a la mayoría en cualquiera de esos cuerpos:

También será necesaria —afirmaba Sieyès— [la facultad general de reclamar] en el interior de cada Cámara, para problemas importantes a dirimir entre la

⁴⁸ *Ibid.*, p. 276.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 278-279.

⁵⁰ Cf. al respecto mi libro *El valor de la Constitución*, cit. pp. 339 ss.

mayoría y la minoría, pues, para no disimular mi pensamiento, no habéis puesto a ambos cuerpos al abrigo de tal peligro. Así —concluía— dispondréis del recurso al tribunal constitucional para prevenir choques perjudiciales para el orden social o bien evitar una especie de inercia mortal para los asuntos públicos.⁵¹

El segundo de los aspectos antes mencionados conecta con la preocupación de Sieyès de no convertir al tribunal que proponía en un órgano que —él mismo— pudiese acabar suponiendo un peligro para la Constitución. ¿Cómo evitarlo? El diputado apunta en esa línea un claro elemento corrector en el artículo XVII de su propuesta, según el cual «el tribunal constitucional no puede emitir ninguna sentencia de propia iniciativa». Como puede verse, anticipándose de nuevo a su tiempo sin ningún género de dudas, Sieyès está apuntando a la eficacia de lo que hoy denominamos principio rogatorio:

Por último, y en lo que se refiere a esta primera competencia [el ejercicio del control de la constitucionalidad] el tribunal constitucional no debe disponer en modo alguno del derecho a tomar decisiones de propia iniciativa. Sería otorgarle una supremacía excesiva sobre todas las partes del establecimiento público.⁵²

Este precepto, y algunos otros más de su propuesta (el VII y el VIII sobre todo), demostraban lo que ahora será nuestra conclusión a este respecto: que el tribunal constitucional propuesto en 1795 por Sieyès era un órgano de naturaleza básicamente jurisdiccional que tenía como objeto primordial garantizar la supremacía del poder constituyente sobre los poderes constituidos. ¿Cómo entender si no el contenido de unos preceptos según los cuales «las decisiones del tribunal constitucional llevarán el nombre de sentencias» (art. VII) y «los actos declarados inconstitucionales por sentencia del tribunal constitucional serán nulos de pleno derecho» (art. VIII)?

La propuesta de creación de un tribunal constitucional promovida por Sieyès en la Convención fue altamente significativa, en todo caso, no sólo porque demostró la vigencia en Francia —y, por extensión, en la Europa que posteriormente marchó por la senda de la Constitución— de un problema que, no por resultar irresoluble a partir de las ideas dominantes en la época, era menos relevante, sino porque probó, de forma paralela, la incapacidad

⁵¹ Emmanuel Sieyès, *Escritos y discursos de la Revolución*, cit., p. 281.

⁵² *Ibid.*, p. 284.

de los constituyentes para admitir la existencia de un órgano cuyo encaje constitucional les hubiera obligado a cambiar sus concepciones sobre unas relaciones ley-Constitución que imposibilitaban concebir a la segunda como una norma jurídica comparable a las demás. El debate que suscitó la propuesta de Sieyès en la Convención los días 24 y 25 termidor (11 y 12 de agosto),⁵³ iba a demostrar, en efecto, que el rechazo de cualquier sistema de control de la constitucionalidad procedía no sólo de un antijudicialismo que impedía admitir que los jueces pudiesen asumir un papel tan importante para el futuro de la Constitución, sino también de la propia incapacidad para asumir que la labor del legislador pudiera ser impugnada jurídicamente por otro órgano estatal al que nadie podría controlar. De hecho, en esa línea de reflexión crítica se situaron los diversos argumentos en los que se basó el rechazo a la propuesta del abate. El diputado Pierre-Florent Louvet se centró en los peligros que la creación del tribunal podía suponer:

No debéis dudar —afirmaba el diputado ante la Convención— que el cuerpo que se os propone instituir muy pronto se considerará el primero de la República [...] La ambición puede deslizarse en ese cuerpo y a buen seguro que se deslizará allí infaliblemente, y quién podrá entonces calcular dónde se detendrán los intentos de un poder dotado del derecho de paralizar todas las leyes, todos los actos de ejecución, todas las partes de la administración pública [...] de un poder irresponsable que no tendrá sobre él a nadie para reprimirlo, a nadie a su lado para detenerlo [...] Yo no sé —seguía el diputado— si estoy exagerando, pero me parece que esta institución que se propone como la clave de bóveda de todo el edificio social puede acabar por convertirse en el más útil instrumento para su destrucción total.

La conclusión final de su razonamiento no era menos categórica que aquél:

Si se me objetase que es necesario un poder para vigilar de algún modo a los demás, y al que los ciudadanos lesionados pudiesen recurrir, yo preguntaría, por mi parte, quién ha de vigilar a ese poder y a quién han de poder dirigirse las denuncias contra sus propios actos.⁵⁴

⁵³ Cf. un estudio detenido de ese debate en mi libro *El valor de la Constitución*, cit. pp. 345 ss.

⁵⁴ Sesión de 24 termidor, en *Moniteur Universel*, de 29 termidor a 2 fructidor, reimpresión, tomo xxv, pp. 475 a 495. Ahora pp. 479-481, de donde proceden todas las citas.

Tomando pie en la intervención del diputado preopiante, será, al fin, Antoine Claire Thibaudeau quien sentenciaría la cuestión. En un largo y brillantísimo discurso, Thibaudeau partió de defender como única solución al problema planteado la de confiar en la división de los poderes («Sólo la separación de poderes y su independencia constituyen la libertad. Es ésta una verdad tan aceptada que no es necesario proceder a demostrarla aquí») y sostuvo que el órgano propuesto por Sieyès era para la Constitución más peligroso que garantizador:

Si el tribunal constitucional, cuyas funciones serán determinantes para la Constitución, traspasa sus límites, ¿quién —se preguntaba el diputado— reprimirá su usurpación? Yo os confieso que he intentado buscar una respuesta y que no he encontrado ninguna que me satisfaga.

Tan peligroso sería según Thibaudeau el tribunal propuesto por Sieyès, que aquél podría acabar siendo un órgano en el que las minorías dominasen a la mayoría o, lo que en su pensamiento era lo mismo, en el que las facciones dominasen a la nación: «Es la primera vez que se propone establecer una institución tan contraria a los principios, tan favorable a las facciones, tan destructiva del orden social; ella no podría convenir sino a un pueblo en el que se hubiera acordado que es la minoría quien tiene siempre la razón y quien debe hacer la ley», proclama Thibaudeau, quien añadía de inmediato: «Ese poder monstruoso lo sería todo en el Estado y queriendo darle un guardián a los poderes públicos, les daríamos un amo que los encadenaría para vigilarlos con mayor facilidad».⁵⁵ Como era de esperar, la propuesta de Sieyès fue finalmente rechazada por la mayoría de la Cámara. Un rechazo que, mucho más allá del significado de una simple votación parlamentaria por la que se rechazaba la propuesta de Sieyès, extendía el certificado de defunción de un concepto de la Constitución y el acta de nacimiento del que estaría vigente en toda Europa hasta el período que medió entre las dos guerras mundiales.

VII. CONCLUSIÓN: SOBRE POR QUÉ LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN DEFINE SU CONCEPTO

Aunque creo que de todo lo que se ha expuesto previamente cabe deducir con nitidez la tesis central sobre la que se articulan estas reflexiones

⁵⁵ Sesión de 24 termidor, en *Moniteur Universel*, cit. pp. 484 y 487-489, de donde proceden todas las citas.

no estará de más, ahora, retomarla, a modo de conclusión general, para cerrarlas. Muy resumidamente formulada, mi idea es que más allá de lo que los constituyentes revolucionarios proclaman sobre la Constitución —en esencia, que aquélla es una ley fundamental— y más allá incluso de la *pista falsa* que sobre sus concepciones jurídico-políticas supone la introducción de la rigidez en todos los textos constitucionales, lo cierto es que el auténtico elemento que permite constatar qué concepto de Constitución está vigente en una determinada coyuntura no es otro que el de la existencia o no de control de la constitucionalidad, al margen del sistema específico (difuso o concentrado, político o judicial) a través del que se concrete en la realidad aquel control. En apoyo de esa tesis podría mencionarse, desde luego, el contraste entre las experiencias norteamericana y europea: ésta, y no otra, es la razón por la que aquí se he traído a colación. Pero, en última instancia, ni siquiera sería necesario ejemplificar con tal contraste, pues parece fácil argumentar que la Constitución no es en sentido estricto una ley fundamental allí donde, por no existir control alguno de constitucionalidad, aquélla puede ser modificada por la ley de forma *implícita*; y que la rigidez constitucional no sirve, a la postre, para nada, donde —de nuevo por no existir control alguno de la constitucionalidad— cabe *modificar* la Constitución mediante una ley en lugar de *reformularla*: es decir, donde cabe cambiarla sin tomarse la molestia de seguir el engorroso y problemático procedimiento de reforma.

¿Quiere esto decir, en consecuencia, que no hay supremacía constitucional donde no hay control de la constitucionalidad? No exactamente, aunque el lector me permitirá expresar ahora mis ideas al respecto con las palabras de un colega, Pedro Cruz Villalón, pues nadie ha tratado del asunto con tanta claridad y sencillez:

La primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento puede ser una realidad sustentada en la opinión pública, en el ejercicio de las libertades públicas, en la conciencia de la legitimidad, y por tanto aun en el ejercicio del derecho de resistencia. Ésas han sido durante mucho tiempo las armas de la Constitución en nuestro entorno más próximo. Y a bien poco conduciría negarse a hablar de supremacía de la Constitución en ese contexto. El control de la constitucionalidad, pues, sólo matizadamente puede ser considerado presupuesto de la primacía de la Constitución. Pero [...] no cabe menos que subrayar el salto cualitativo e incluso la *mutación* operada en la Constitución [...] como consecuencia de la acumulación de dos factores: el paso de la Constitución

«orgánica» a la Constitución «material» y el paso de la «garantía *política*» a la «garantía *jurisdiccional*» de la Constitución.⁵⁶

Los hechos que se desarrollan en varios Estados de la Europa continental entre finales del siglo XVIII y el primer tercio del XX ha demostrado ambas cosas de un modo reiterado. De un lado, han puesto de relieve cómo, en efecto, las Constituciones han sido respetadas en algunas coyunturas —pese a la inexistencia de garantía jurisdiccional alguna que pudiera defenderlas— ante la imposibilidad de los actores del proceso político de asumir el coste político de violarlas por medio, sobre todo, de la actividad legislativa. Todas las acciones de diverso tipo que se desarrollan en Europa contra la adopción de leyes inconstitucionales —acciones que logran en ocasiones que tales leyes no se aprueben o, incluso, que, una vez aprobadas, se deroguen— lo acreditan así de un modo concluyente. Pero esos ciento y pico años de historia son también los de la violación sistemática de la Constitución por los poderes constituidos del Estado y, muy especialmente, por los parlamentos, a través del ejercicio de su potestad legislativa. A fin de cuentas no puede considerarse en absoluto casual que a la altura en que ahora estamos el control de la constitucionalidad se haya convertido en prácticamente toda Europa en una parte esencial de nuestra cultura constitucional,⁵⁷ tal es su significación y su importancia para estar en presencia de una Constitución digna de tal nombre. Un resultado ese, hay que subrayarlo, que ha exigido superar aquellas creencias que fueron construidas en Francia y exportadas a Europa desde allí hace ahora un par de siglos, cuando se proclamaron los principios y se asentaron las prácticas constitucionales que he tratado de resumir en estas páginas.

⁵⁶ Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 23 (todas las cursivas y entrecomillados en el original).

¹ Puede verse al respecto mi libro, de reciente aparición, *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*, Madrid, Alianza Editorial, 2010, pp. 294 ss.