

BIBLIOGRAFIA

Jorge CARPIZO

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional* 1007

tencias, sin que tengan necesidad de hacerlo por medio de la Suprema Corte de Justicia. Sugiere que para el régimen de la ejecución de la sentencia se tenga en cuenta la posibilidad, ya incluida en el amparo administrativo por la reforma que entró en vigor en enero de 1980, de que se pueda a petición del demandante, substituir la condena en especie por el pago de una cantidad por daños y perjuicios. Para la elaboración de este régimen de ejecución, puede servir como ilustración el derecho procesal romano, en el que la condena es siempre pecuniaria, de suerte que cuando se ventila un caso en que el demandante pretende una cosa específica, el juez está facultado a absolver al demandado si entrega lo que se le pide, o, de lo contrario, a condenarlo a pagar una cantidad mayor que el valor económico de aquella cosa. Por este sistema, el demandado está coaccionado indirectamente a cumplir la prestación específica que se le reclama, y si no lo hace se le condena a pagar una cantidad, por lo que no es necesario que el demandante solicite en el procedimiento ejecutivo que la prestación específica se substituya con una prestación pecuniaria.

El nuevo libro de Fix-Zamudio me parece una excelente y oportuna introducción, como lo dice su título, a la justicia administrativa en México, que ojalá sirva como punto de partida para ahondar en varios de los temas que aquí expone, tales como las características y clases de recursos administrativos en México, el contenido de una ley de procedimiento administrativo, el proceso ante el Tribunal Fiscal, etcétera.

Es estimulante, para quien hace trabajo académico, encontrarse con un libro como éste que reseño, bien escrito (de estilo no brillante, pero claro y preciso), bien ordenado, exacto en las citas, en fin, bien acabado.

Jorge ADAME GODDARD

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1981, 257 pp.

El distinguido jurista español don Eduardo García de Enterría agrega a su amplia e importante producción jurídica esta obra que está integrada por dos ensayos: "La Constitución como norma jurídica" y "El Tribunal Constitucional", amén de un apéndice sobre dos sentencias del tribunal constitucional español relativos a la incidencia de la Constitución respecto a la potestad sancionatoria de la Administración.

En estos ensayos destacan la profundidad de pensamiento, la claridad de exposición y la abundante y actual bibliografía. Por todo lo anterior, se recomienda la lectura de este libro.

El ensayo "La Constitución como norma jurídica" ya los hemos reseñado en el número 40 de este *Boletín*. En consecuencia nos referiremos principalmente al segundo de los ensayos.

Del primero sólo deseamos resaltar su pensamiento, con el cual estamos de acuerdo, de que los principios constitucionales que los alemanes denominan *determinaciones de fines del Estado* (*Staatszielbestimmungen*), son algo más que simples normas programáticas en el sentido tradicional, que les suprimía toda aplicabilidad judicial. Y el principio anterior lo refiere al orden constitucional español y sostiene que el Tribunal Constitucional puede apoyarse en los principios contenidos en los artículos 39 a 52 inclusive para declarar inconstitucional una ley. En este sentido, García de Enterría recuerda la decisión de la Suprema Corte de Justicia norteamericana, en el caso *Trop vs. Dulles* de 1958, respecto a que en la Constitución no hay declaraciones a las que no se les pueda otorgar valor normativo, siendo su contenido concreto el que delimitará en cada situación los alcances precisos de ese valor.

La Constitución es portadora de determinados valores materiales y esos valores no son simple retórica, sólo principios programáticos sin valor normativo; al contrario, son la base del ordenamiento, son los que le otorgan a éste su sentido y, en consecuencia, deben regir toda la interpretación y aplicación del orden jurídico.

La idea de Tribunal Constitucional se debe al constitucionalismo norteamericano, y fue reelaborada por Hans Kelsen en la segunda década del siglo XX. Esa idea parte del principio de que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino precisamente la superior, la que determina los valores supremos de ese orden jurídico y como tal constituye el *parámetro de validez* de todas las demás normas de ese ordenamiento.

Para Kelsen el Tribunal Constitucional no es realmente un tribunal, ya que no enjuicia hechos concretos, sino que examina la compatibilidad entre la Constitución y una norma ordinaria, y elimina la norma contraria a la ley fundamental *ex nunc*, y no *ex tunc*.

El Tribunal Constitucional conoce sólo el problema constitucional, y los demás tribunales deben remitirle ese problema como incidente previo. La decisión del Tribunal Constitucional sólo se referirá a si la norma ordinaria pudo ser encuadrada o no dentro de la Constitución, y el efecto de la decisión es *erga omnes*, por lo que su naturaleza es completamente legislativa. Así, Kelsen sostiene que el Tribunal Constitucional tiene una naturaleza legislativa no de carácter positivo, sino negativo, por lo que el poder legislativo se habría escindido en dos: el legislador positivo que crea la ley, y el legislador negativo que invalida

las normas contrarias a la Constitución. Tal fue la concepción kelseniana que se plasmó en la Constitución austriaca de 1920, reformada en 1929.

En la segunda posguerra, la idea de Tribunales Constitucionales prosperó. Dos grandes países: Alemania Federal e Italia la aceptaron, sólo que el pensamiento que imperó *no* fue el kelseniano sino el americano de jurisdicción —aunque de jurisdicción concentrada—. El fundamento del sistema americano se encuentra en la supremacía normativa de la Constitución. Ahora bien, no hay que desconocer que los sistemas alemán e italiano sí aceptan algunos elementos kelsenianos, pero sólo como instrumentos técnicos. O sea, con las palabras de Dolzer, el Tribunal Federal Constitucional alemán recoge el mismo sistema norteamericano, sólo que perfeccionado.

El modelo de Tribunal Constitucional español es el alemán, aunque el primero excede en mucho el ámbito de competencias del segundo. Las competencias del Tribunal Constitucional español se pueden agrupar en cuatro apartados: *a)* los recursos sobre la constitucionalidad de las leyes, tanto las del Estado como las de las Comunidades Autónomas; *b)* los recursos de amparo que interpongan los particulares, después de haber agotado todas las vías judiciales ordinarias, con la finalidad de proteger sus derechos fundamentales; *c)* los conflictos constitucionales que son aquellos que se refieren a la organización territorial del Estado, entre éste y las Comunidades Autónomas o por éstas entre sí, así como, los conflictos entre los órganos constitucionales más importantes del Estado, y *d)* el control previo de inconstitucionalidad para la ratificación de algunos tratados internacionales y para la aprobación de proyectos de Estatutos de Autonomía o de Leyes Orgánicas.

La existencia de los Tribunales Constitucionales ha despertado una fuerte polémica que versa primordialmente sobre dos puntos: *a)* el problema de la tensión entre política y derecho que se pregunta si los difíciles problemas políticos que se someten al conocimiento del Tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una resolución judicial. Aquí, la cuestión es saber si el Tribunal constituye una verdadera jurisdicción o es más bien un órgano político que decide políticamente con la máscara de una sentencia, o por el contrario, esos problemas políticos pueden judicializarse, pueden *reconducirse a soluciones jurídicas con parámetros preestablecidos, como es lo propio de todo litigio procesal*, y *b)* el problema de conocer de dónde extrae el Tribunal sus criterios de decisión, ya que interviene precisamente cuando se nota una insuficiencia en la norma constitucional y por ello realmente realizan un verdadero *amending power*, tal y como ha manifestado el juez Marlan. ¿Cuál es su legitimidad democrática? ¿Dónde

se encuentran las *Fuentes del Derecho* de esos criterios tan importantes que son capaces de imponerse a la voluntad del poder legislativo que se supone es la expresión de la voluntad del pueblo?

Como se desprende del párrafo anterior, la problemática de la existencia de los Tribunales Constitucionales es muy compleja y delicada y toca algunos de los aspectos más importantes del derecho y la teoría constitucionales. García de Enterría examina los argumentos en contra y en favor del *Tribunal* y en ellos se encuentran algunas de las páginas más bellas e interesantes de este libro.

Carl Schmitt criticó duramente la existencia de los Tribunales Constitucionales, su pensamiento al respecto, representa las ideas conservadoras, de la revolución conservadora y aristocrática sobre la mencionada institución. Schmitt sostuvo:

- a) La expansión sin inhibiciones de la justicia no convierte al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas, lo que no logra juridificar la política, sino politizar la justicia;
- b) La competencia del Tribunal de interpretar la Constitución no es de carácter jurisdiccional, sino legislativo con la apariencia de un procedimiento que adopta más o menos la forma judicial;
- c) El Tribunal realmente completa y determina la Constitución más que aplicarla;
- d) El Estado no puede disolverse en jurisdicción sin que el propio Estado se disuelva. Hay que proteger la Constitución contra los abusos del legislativo, pero no a través de un órgano que interprete la Constitución con la fuerza de ley, ya que contra el abuso del poder legislativo se instrumentaría el abuso del poder judicial.

Ahora bien, hay también la crítica de izquierda a la justicia constitucional, lo que hace comentar al autor de esta obra que este tema alcanza a los fundamentos mismos del Estado, "de modo que sobre el tema no pueden menos de identificarse las doctrinas políticas de fondo". Esa crítica sostiene:

- e) Sobre la Asamblea o el partido no es posible colocar ninguna instancia superior;
- f) El Tribunal en nombre de una legitimidad superior se convierten en una muralla contra los cambios profundos que sólo el poder legislativo puede efectuar;
- g) "Es un colegio aristocrático y frío opuesto a unas Cámaras pretendidamente irracionales, apasionadas, improvisadoras, en des-

precio de la única legitimidad que una democracia tolera, la representación de la voluntad del pueblo.”

Además, encontramos otros argumentos críticos:

- h) El Tribunal crea un “gobierno de los jueces” sin ninguna legitimación democrática, sin responsabilidad, sin capacidad de dar respuesta a las necesidades de las sociedades presentes, y
- i) El Tribunal usurpa descaradamente la facultad de reescribir la Constitución, facultad que en países como Estados Unidos de Norteamérica no le otorga la Constitución.

Los argumentos en favor del Tribunal Constitucional, que expone García de Enterría, son principalmente los siguientes:

1. Esta cuestión ya ha sido juzgada por el Tribunal de la historia, el cual ha absuelto al Tribunal Constitucional de cargos tan graves. Al contrario, el Tribunal “se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano”;

2. Todo el problema se encuentra en si se reconoce a la Constitución el carácter de norma jurídica que rige el proceso político y la vida colectiva de la comunidad, porque entonces su eficacia debe ser garantizada jurisdiccionalmente. Esta idea fue la que llevó a los constituyentes americanos a construir la justicia constitucional;

3. Desde luego que el Tribunal resuelve conflictos políticos, pero lo singular es que los decide a través de criterios y métodos jurídicos;

4. El juez constitucional no debe perder de vista las *consecuencias* políticas de sus resoluciones, pero con el *límite* de que no puede decidir jamás contra el derecho. Bachof sostiene que “El juez puede enjuiciar la ley sólo sobre el parámetro de la Constitución, quizá inclusive sobre principios jurídicos fundamentales presupuestos por la Constitución pre o superconstitucionales; en todo caso sólo sobre el parámetro de un Derecho de rango superior... En caso de conflicto entre el Derecho y la política el juez está sólo vinculado al Derecho”;

5. Ni el pueblo, si los congresos, ni los partidos políticos aceptarían un Tribunal Constitucional que resolviera los delicados problemas constitucionales, basado en simples criterios personales, de simpatía o de opción política de los jueces;

6. “La existencia de un Tribunal Constitucional afianza y arraiga el papel rector de la Constitución en el arbitraje social, extiende, por tanto, el rol del Derecho en la vida política y colectiva y de ello surgen capitales beneficios para los sistemas políticos y para las sociedades que dentro de ellos viven”.

7. Una Constitución sin un Tribunal Constitucional que la interprete se encuentra con un gran problema, ya que liga su suerte a la del partido en el poder, el que impone la interpretación que en ese momento le favorezca. Entonces, la Constitución la instrumentan unos grupos o partidos en contra de otros, y el conflicto constitucional se convierte en una fractura irrestañable del consenso básico que la ley fundamental debe garantizar;

8. El Tribunal asegura la *apertura* del sistema, hace posible su cambio permanente y el acceso al poder de las minorías frente a mayorías más o menos ocasionales, que cierran o congelan el proceso político a su favor.

9. Respecto al argumento que esgrime de cómo unas personas pueden desconocer la ley, resultado de la voluntad general, hay que recordar que la constitución es realizada por el poder constituyente y ella es superior al poder legislativo que se tiene que organizar de acuerdo con las normas de la propia Constitución; sobre ese principio descansa la teoría de la rigidez constitucional, y es el Tribunal Constitucional el guardián de esa rigidez.

La libertad y los derechos fundamentales intentan limitar al poder y si un congreso les desconociera o los infringiera, el Tribunal los protegería anulando esos actos legislativos;

10. El Tribunal es el que puede proteger realmente los derechos de las minorías, asegurando así el sistema democrático, y es también el que está posibilitado para dirimir las controversias entre los órganos constitucionales;

11. El Tribunal es "un formidable instrumento de integración política y social de la sociedad a la que sirve: el Tribunal Supremo, al colocar la Constitución sobre los intereses ocasionales de los grupos políticos, al hacer de la misma el término común de referencia para todos los grupos y todos los ciudadanos, al asegurar su efectividad como la norma superior sobre la que toda la vida colectiva descansa, en un órgano especialmente apto para *generar consenso*".

Estos son los principales argumentos en favor del Tribunal Constitucional. Debe tenerse en cuenta que si el pueblo, titular del poder constituyente, entendiéndose que el Tribunal ha interpretado la Constitución en forma inaceptable o ha excedido el marco constitucional, podrá poner en movimiento el procedimiento para reformar la Constitución y precisar la norma tal y como él decida.

Sin lugar a dudas, el procedimiento para examinar el significado e interpretar la norma constitucional es la labor más ardua, elevada, y complicada de la función judicial; pero hay que resaltar que continúa siendo labor judicial estricta.

Jorge CARPIZO