

LA CONSTITUCIÓN FUE NORMA POR SER PACTO FEDERAL

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

SUMARIO.

- I. Introducción.
- II. La normatividad de la constitución como garantía del pacto federal.
- III. Federalismo, aparición y consolidación del control de constitucionalidad.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la definición de constitución ha perdido parte de la carga polémica que tuvo en los primeros años de la transición, cuando se discutía acerca de los sentidos, material o formal, que debía atribuirse a la noción. Aunque quizá pueda haber alguna excepción, pero sin demasiados debates, la mayor parte de la doctrina de nuestro país sigue lo que se ha venido denominado concepto racional normativo¹, o clásico² de

1 En su *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid, 2000) el autor señala que el concepto racional normativo «concibe la constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La constitución es, pues, un sistema de normas... En esencia, se trata de una aplicación concreta y sublimizada del concepto de ley con que opera el liberalismo, de la creencia en la posibilidad de una planificación de la vida política, de una racionalización del acontecer político». (pág. 34) Más adelante, añade: «Característico del concepto racional de constitución es considerar únicamente como tal la constitución expresada jurídicamente y en forma escrita, pues sólo el Derecho escrito ofrece garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre; sólo él permite un orden objetivo y permanente ante la transitoriedad de situaciones subjetivas; sólo la precisión jurídica escrita ofrece seguridad frente a la arbitrariedad de la administración».

2 En la terminología de F. RUBIO LLORENTE. Según el autor, «La Constitución no es sólo una disciplina sobre las fuentes del derecho. Ella misma es... fuente del Derecho. De ella dimanan derechos y obligaciones para los ciudadanos y para los poderes públicos, cuya relación se establece así como relación entre sujetos, como relación jurídica, y ello no porque el Estado sea encarnación de la idea germánica de libertad, sino porque la titularidad de la soberanía no le corresponde a él, sino al pueblo, es decir, para huir del riesgo de nuevas hipotizaciones, al conjunto de los ciudadanos.» (La Constitución como fuente de Derecho», *La forma del poder*, Madrid, pág. 43

constitución. Con algunas variantes, se afirma que sólo existe constitución cuando se atribuye al poder un origen y una finalidad determinada. Heredera de las teorías del contrato social, esta noción parte de la idea de soberanía popular y condiciona el ejercicio de toda autoridad al servicio de los ciudadanos. Por ello debe reunir los requisitos que ya exigía el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, esto es, el reconocimiento de los derechos fundamentales y la división de poderes. Para muchos autores, además, el estado sólo es constitucional si es de derecho, porque la libertad únicamente se garantiza cuando se erradica la arbitrariedad sometiendo el poder a normas jurídicas.

Por último, el concepto de constitución impone también requisitos que no se refieren al contenido de la misma, sino a su forma. Es opinión común exigir que la constitución no sólo sea norma, sino norma de las normas, norma jurídica fundamental³.

La intención de estas páginas es subrayar la importancia que el hecho federal tuvo en la conformación de esta manera de entender la constitución. Aunque las exigencias sobre el origen y el contenido de la constitución nacen al margen de la configuración territorial del estado, la definición de la constitución como derecho aplicable por órganos jurisdiccionales y su configuración como norma primera del ordenamiento aparecen estrechamente relacionadas con la necesidad de garantizar el equilibrio federal.

Es verdad que, en este proceso de conformación, influyeron otros factores, como pudo ser la necesidad de imponer límites a las mayorías parlamentarias. También es cierto que, a lo largo de los años, la noción de constitución se ha independizado de su función instrumental en un sistema federal, ya que se adapta sin dificultad a otros sistemas jurídicos, aunque estos tengan carácter centralizado. Aún así, no hay que perder de vista esa primera razón de ser, que no suele recibir la consideración que merece en las reflexiones doctrinales. Recordar que la idea de constitución que hoy barajamos aparece, casi de manera subrepticia, cuando la Convención de Filadelfia está buscando maneras para asegurar la posición de la nueva federación ante los estados miembros puede servir para comprender la forma en que, todavía hoy, la existencia y el tipo de pluralismo territorial afectan a la naturaleza, al contenido y a la posición de la constitución en el sistema normativo.

Antes de seguir adelante, creo conveniente advertir que, en las páginas que siguen se usa historia pero éste no es un trabajo de historia política o social. Hace poco, E. Bernstein advertía de los peligros de la *forensic history*⁴, en la que los términos del debate se basan en ejemplos históricos, invocan precedentes históricos y conducen a conclusiones acerca de las «lecciones» que la historia puede aportar. En su opinión, quienes siguen esta manera de debatir, no están haciendo historia, sino *legal arguments*.

No dudo de la importancia que tiene captar el sentido de la norma en un ambiente histórico muy diferente del nuestro. Pero el pasado se puede enfocar desde muchos puntos de vista y, desde luego, también el normativo. Desde esta perspectiva no interesa tanto la efectividad que una disposición alcanzó en la práctica, ni la realidad a la que obedece sino, más bien, lo que pretendía ser, precisamente por ser norma jurídica.

3 En la terminología ya clásica de E. GARCÍA DE ENTERRÍA en «La Constitución como norma jurídica», en Predieri, A, García de Enterría, E. *La constitución española de 1978*, Madrid, 1981, pág. 106.

4 The Constitution as an Exploding Cigar and Other «Historian's Heresies» About a Constitutional Orthodoxy», *New York Law School Law Review*, vol. 55, 2010/11, pág. 1091.

Igual que en la actualidad dejamos el análisis del contexto de las normas a otras disciplinas, justo es dejar a los historiadores esta tarea en el pasado. Ello no exime —ni impide— analizar cómo una determinada noción aparece en la historia del pensamiento jurídico. Para abordar esta tarea resulta necesario partir de lo que las normas son, esto es, no un «ser», sino un «deber ser».

Como antes señalaba, me parece interesante subrayar el origen federal de la idea normativa de constitución porque esta perspectiva puede resultar de utilidad a la hora de enfocar otros asuntos. Por ejemplo, aporta algunos datos sobre el profundo cambio que la idea de constitución —o, más bien, ideas— que existía a finales del siglo XVIII experimentó durante los debates de la Convención de Filadelfia, al hacerse mucho más precisa. Creo que el punto de vista que se utiliza en estas páginas es también importante para entender las razones por las que la idea normativa de constitución no logra implantarse en los estados unitarios de nuestro continente durante el siglo XIX y parte del XX, pero prendió sin excesivas dificultades en aquellos que tenían una estructura federal.

Al final de estas páginas, se hace referencia al control de la constitucionalidad de las leyes porque la idea de constitución como derecho no puede tratarse completamente al margen de quienes tienen la obligación de aplicarla. Pero este asunto deberá de abordarse de manera instrumental, sobre todo para subrayar la influencia que, tanto en Estados Unidos como en Europa, tuvo el federalismo a la hora de determinar en la aparición y en la conformación de esta garantía. Como se analizará en su momento, el pluralismo territorial determinó el papel que jugaba la constitución en el ordenamiento, extremo que alcanzó notable incidencia en la manera de concebir el control sobre las leyes.

II. LA NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN COMO GARANTÍA DEL PACTO FEDERAL

II.1. DOS MANERAS DE ENTENDER LA NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN: EUROPA Y ESTADOS UNIDOS

Se ha escrito mucho, y muy bien, acerca de los procesos históricos que condujeron al nacimiento de la idea racional normativa de constitución⁵. Casi todos los autores que han tratado el tema coinciden en señalar que las revoluciones liberales inauguran una nueva visión del poder político que, con respecto a épocas pasadas, cambia de titularidad y de estructura. Soberanía nacional, reconocimiento de derechos y división de poderes están presentes, con enunciados más o menos radicales, en las constituciones que se elaboran en nuestro continente en el siglo XIX. Ahora bien, también existe acuerdo en afirmar que la experiencia europea desconoció, hasta bien entrado el siglo XX, la supremacía normativa de la constitución, lo que se explica por diferentes razones.

Para algunos autores, esta diferencia con el constitucionalismo norteamericano se debe a que, en Europa, la visión que se acaba imponiendo es propia de la concepción doc-

⁵ Por ejemplo, y muy recientemente, las contribuciones recogidas en el número 6/2010 de la Revista *Fundamentos*, sobre «Conceptos de constitución en la historia».

trinaria, que negaba que el pueblo fuera titular de soberanía. Aquí esta correspondía, de manera compartida, al rey y al parlamento, representante de la nación. Esta manera de concebir el origen del poder atenuaba la necesaria distinción ente poderes constituyentes y poderes constituidos porque la corona, de acuerdo con la asamblea legislativa, podía modificar la constitución mediante el ejercicio del poder legislativo⁶. Para otros autores, la separación entre poder constituyente y poder constituido no prosperará hasta sus últimas consecuencias porque la supremacía normativa de la constitución no llega a garantizarse mediante la implantación del control de constitucionalidad⁷.

No cabe, desde luego, desconocer la importancia de estas razones. Que el reconocimiento de la soberanía popular es un elemento indispensable para que prospere la supremacía de constitución lo demuestra, en sentido contrario, la experiencia británica. Cuando, como sucede todavía en el Reino Unido, la soberanía corresponde parlamento, resulta complejo construir límites jurídicos a las cámaras⁸. De otro lado, la experiencia demuestra cómo quizá pueda existir constitución sin control constitucional, pero el control constitucional es lo que permite la manera más acabada de constitución⁹.

Aunque, como señalaba anteriormente, estos son argumentos de peso, no acaban de explicar de manera completamente satisfactoria por qué en Estados Unidos prospera una idea que, sin embargo, en Europa no logra consolidarse.

Bien mirado, la gran diferencia no está en que, en nuestro continente, se negara la supremacía de la constitución. En efecto, la separación entre poder constituyente y poder constituido es condición necesaria para la idea normativa de constitución, pero no es condición suficiente, porque es posible distinguir ambos términos sin que ello lleve a reconocer carácter normativo a la constitución.

Esto es lo que sucedió en numerosas ocasiones en la historia constitucional europea, cuando comenzaba a fraguarse el primer pensamiento democrático. En estos textos, no sólo se atribuye la soberanía exclusivamente a la nación sino que, en algunas ocasiones, se priva al rey de intervención en el poder legislativo. Aún así, la supremacía se concebía únicamente en términos políticos, garantizada por procedimientos rígidos de reforma. Es decir, como afirma M. Aragón, la supremacía no se traducía en supralegalidad¹⁰.

Hay que tener en cuenta, además, que las constituciones europeas del s. XIX y parte del XX no carecieron, en todas las ocasiones ni en todos los momentos, de cierta eficacia jurídica normativa. Es verdad que no eran normas aplicables a un caso concreto, pero sí que constituían mandatos que pretendían obligar a los poderes del estado y cuya vulneración se denunciaba, aunque sólo fuera por la opinión pública, a través del ejercicio de derechos de libertad, tales como la libertad de expresión o de reunión. J. J. Solozabal, refiriéndose a nuestro constitucionalismo decimonónico ha puesto de mani-

6 Sobre esta construcción, Voz «Constitucionalismo», en ARAGÓN REYES, M. (dir.) y AGUADO RENENDO, C. (coodir), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, tomo I, Madrid, 2011, pág. 39.

7 Por ejemplo, BLANCO VALDÉS, R. en «Francia, o la Constitución hecha ley», *Fundamentos*, n° 6/2010, pág. 121.

8 Sobre este asunto, BOGDANOR, V. *The New British Constitution*, Oxford, 2009.

9 ARAGÓN REYES, M. «El control como elemento inseparable del concepto de constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, 1987, págs. 15 y ss.

10 *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 50, Marzo-Abril 1986, págs. 9 y ss.

fiesto cómo tanto los moderados como los progresistas defendieron que estas últimas facultades, constituían mandatos al legislador y una legitimación constitucional. En su opinión, además, se podría hablar de efectos derogatorios de la constitución y de su introducción en la misma de auténticas garantías a favor de instituciones tales como la milicia nacional. Pero, sobre todo, las constituciones del periodo pretenden y logran la generación de un sistema de fuentes que, con respecto al antiguo régimen, logran simplificar, y ordenar y jerarquizar¹¹.

La diferencia con Estados Unidos no estriba, pues, en la idea de supremacía constitucional, porque también en Europa se concibe que la constitución es resultado de la voluntad de la nación o del pueblo, como entidades distintas del poder legislativo. Tampoco puede afirmarse de manera tajante que las constituciones europeas fueran meras declaraciones retóricas porque establecían mandatos que tenían carácter vinculante, al menos para los poderes públicos, y que la opinión pública utilizaba como cánones para valorar la actuación de los gobernantes.

El factor que diferencia a ambas tradiciones es más sutil, porque radica en la diferente manera de comprender la normatividad de la constitución. En efecto en Europa, durante el siglo XIX y parte del XX —y salvo algunas curiosas excepciones que luego tendré ocasión de mencionar— la constitución podía ser un mandato de indudable eficacia política y, como se acaba de señalar, de cierta eficacia jurídica, al menos «ad intra» del aparato del Estado. En Estados Unidos y, desde la convención de Filadelfia, la constitución será una norma con naturaleza muy distinta. Así se entendió que la constitución era derecho «ordinario», es decir, con igual naturaleza que las leyes, ya que podía ser invocada y aplicada por los tribunales de justicia. Es más y para asegurar su mayor carácter vinculante, los redactores del texto de 1787 dejaron claro que la constitución era «más derecho» porque, en caso de conflicto entre la constitución y una ley ordinaria, los tribunales deberían de aplicar la primera y desplazar a la segunda.

No está de más, pues, entrar a analizar algunos de los principales motivos que indujeron a los estadounidenses a inclinarse por esta visión.

II.2. LA CONVENCIÓN DE FILADELFIA Y LA APLICABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN COMO GARANTÍA DE LA UNIÓN

Para abordar este asunto, hay que empezar subrayando que la gran aportación de los constituyentes de Filadelfia no consistió en proclamar el carácter fundamental y superior de la constitución. Esta es una idea que arranca del pensamiento medieval, que estaba ya presente en la experiencia colonial y que aparece claramente recogida en los textos constitucionales que fueron aprobando los estados miembros, cuando abandonaron su situación de colonia y se erigieron como tales. De otro lado, y como acabamos de ver, la su-

11 «Reflexiones esquemáticas: sobre la supremacía constitucional en perspectiva histórica». Ejemplar mecanografiado de la ponencia presentada en el seminario de profesores de Derecho Constitucional celebrado en Sedano el 4 de junio de 2011. Agradezco muy sinceramente al autor que me haya autorizado la utilización del trabajo.

perioridad de la constitución estará también presente en la experiencia europea desde la revolución francesa y durante todo el siglo XIX.

Bien mirado, tampoco fue tan novedoso que la constitución se considerase derecho porque tanto Bodino como los iusnaturalistas, sólo por poner unos ejemplos, habían defendido la existencia de normas superiores que limitaban la voluntad del soberano. Como antes se señalaba, la gran innovación de la Constitución estadounidense de 1787 fue considerar que la constitución era derecho positivo, que podía ser invocado ante los tribunales de justicia. Pues bien, como veremos a continuación, esta gran aportación apareció íntimamente ligada a la necesidad de asegurar la estructura territorial: es decir, la constitución se concibe como norma y norma jurídica fundamental debido a que recoge el pacto federal.

No es fácil moverse con soltura en un ordenamiento distinto al propio, y menos en épocas tan remotas, sobre todo cuando lo que se pretende es utilizar esa experiencia de manera instrumental. A pesar de estas dificultades, es posible deducir algunas de las ideas principales que orientaron el pensamiento de aquella época.

Lo primero que hay que subrayar es que el objetivo de los miembros de la Convención de Filadelfia no era, en principio, garantizar la división de un poder que estaba por crearse, ni mucho menos limitarlo con una declaración de derechos fundamentales. Esto vendrá al hilo de lo que se estaba haciendo, o surgirá con el trascurso del tiempo. La misión de los *Framers* era erigir nuevas instituciones, con poder directo sobre el territorio y los ciudadanos de todos los estados y con autoridad suficiente para abordar los problemas que estos últimos no habían sido capaces de resolver por separado.

Pues bien, la idea de que la constitución es norma jurídica aparece íntimamente ligada a esta finalidad porque surge como garantía de que los estados respeten los términos del acuerdo alcanzado al elaborar el nuevo texto.

a) La constitución como pacto de unión vinculante

La idea de hacer de la constitución una norma vinculante para los tribunales aparece ligada a la necesidad de superar las limitaciones que habían afectado a los Artículos de la Confederación, cuyo carácter de «liga de amistad»¹² entre los estados había creado numerosas dificultades¹³. La raíz de los problemas radicaba, sobre todo, en que los órganos de la Confederación carecían de capacidad para vincular directamente a los ciudadanos,

12 HAMBURGER, P. *Law and Judicial Duty*, Cambridge, 2008, pág. 587.

13 DRAHOZAL, C. R. *The supremacy Clause. A Reference Guide to the United States Constitution*, Westport, 2004, págs 4-8. Como el Congreso no fue capaz de garantizar que los Estados miembros cumplieren el Tratado de Paz con los británicos, éstos no abandonaron las posiciones que mantenían en la frontera norteamericana con Canadá. Junto a estas dificultades, no cabe olvidar que la negativa de los Estados miembros a aportar las sumas requeridas por el Congreso para hacer frente a los gastos corrientes generó una creciente deuda externa, que obligó al Superintendente de Finanzas a presentar su dimisión en 1783, explicando que el crédito público era inexistente. Además, al carecer de competencias en materias comerciales, el Congreso tampoco pudo intervenir para tomar represalias cuando Gran Bretaña excluyó a los navíos de las antiguas Colonias del comercio con Canadá y las Indias Occidentales, o cuando España les denegó el derecho a navegar por Mississippi. Más grave fue todavía la incapacidad de la Confederación para hacer frente a la depresión económica que sucedió al final de la guerra y que provocó el exceso de papel moneda, el incremento de la presión fiscal, una fuerte tensión entre deudores y acreedores y finalmente, conflictos sociales como la rebelión de Shays.

dado que, para que sus decisiones resultaran obligatorias, necesitaban la colaboración de los estados. Además, el vínculo que establecía sobre dichas organizaciones territoriales tenía una naturaleza política y no jurídica, ya que no se prevenían sanciones en caso de que estas entidades territoriales vulneraran los compromisos que habían adquirido.

Desde un punto de vista histórico, S. Wood ha señalado que el factor determinante que obligó a poner en duda la soberanía exclusiva de los Estados miembros no fue el peso de la opinión mantenida por la dinámica minoría partidaria de una unión nacional más sólida. La revisión de la independencia tuvo su origen, más bien, en el estallido de intensos conflictos sociales, inspirados en un pensamiento mucho más radical del que, hasta entonces, había predominado en el proceso político norteamericano¹⁴. El temor a lo que entonces se concebía como una situación de desorden generalizado hizo entender a los defensores de los Estados que sólo cediendo parte de su independencia en favor de un poder más fuerte, podrían encontrar la paz social necesaria para el desarrollo¹⁵.

Desde un punto de vista normativo, la gran limitación de los Artículos de la Confederación radicaba en que, difícilmente, podían considerarse como derecho¹⁶ que resultara vinculante para los ciudadanos y para los estados. Esta experiencia estaba muy clara entre los miembros de la Convención¹⁷ sobre todo al redactar lo que sería después el ap. 2 del art. VI de la Constitución.

14 Para el autor, los años posteriores a la guerra de independencia fueron testigos de amplios movimientos en los que se puso en duda el principio representativo y en los que se extendió una fuerte desconfianza ante la actuación de las Asambleas legislativas de los Estados. En este sentido, G.S. Wood afirma «In the contest between the states and the Congress the ideological momentum of the Revolution lay with the states; but in the contest between the people and the state governments it decidedly lay with the people» (WOOD, G.S. *The Creation of the American Republic 1776-1787*, Virginia, 1998, pág. 362).

15 J. T. ADAMS afirma, por ejemplo, que D. Sahys, cabecilla de la rebelión que estalló en Massachussetts en 1786 fue realmente el padre y engendrador de la Constitución Federal. En efecto, provocó una seria alarma social por las malas condiciones económicas y las posibles revueltas sociales. Los rebeldes habían mostrado con qué facilidad podía montarse de nuevo el viejo mecanismo revolucionario de comités y convenciones, no contra Inglaterra, sino contra los recién establecidos e inestables gobiernos estatales (*Historia de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1954, pág. 176, 177).

16 HAMBURGER, P., ob. cit., pág. 588. Aunque, a través de los Artículos, estaba claro que los Estados delegaban algunos de sus poderes al Congreso, no era tan obvio que esto los convirtiera en *Law of the Land* ni que atribuyera al Congreso poder legislativo. De hecho, la forma que adoptaron las decisiones de este órgano eran las de «ordinances», el término tradicional para actos sin la legitimación que provenía de la representación popular.

17 Algunas pruebas de ello aparecen recogidas en *El Federalista*, sobre todo en algunos de los artículos de publicados por A. Hamilton y J. Madison, a veces conjuntamente y otras por separado. Para los autores, los males que afectaron a dicha organización no proceden de imperfecciones parciales, «sino de errores fundamentales en la estructura del edificio». Mas en concreto, «el primero y más visible defecto de la Confederación existente es la ausencia total de sanción para sus leyes». A causa de este defecto, toda la autoridad de la Confederación depende de la actitud de los Estados miembros, porque basta con que éstos «no actúen o con actuar evasivamente» para resulte anulada cualquier medida de la Unión. Para remediar esta situación, «el observador inteligente deduce...que si ha de ser posible instituir un gobierno federal capaz de regir los asuntos comunes y de mantener la tranquilidad general», éste «debe extender su acción a las personas de los ciudadanos». En definitiva, «no debe necesitar legislaciones intermedias» (*El Federalista*, XV (Hamilton) pág. 59, XVI (Hamilton), 64, 65, XXI (Hamilton) pág. 82. La edición de *El Federalista* que se cita en estas páginas es la quinta reimpresión de la primera en Español, México, 1994).

b) *Control judicial vs veto político*

Lo primero que conviene tener en cuenta es el contexto jurídico en el que aparece recogida la idea normativa de constitución. En efecto, el precepto que se acaba de citar ha de contemplarse sobre todo como una cláusula de cierre del sistema federal. En el mismo, la constitución se enmarca en un conjunto normativo, compuesto por ella misma, las leyes de los Estados Unidos y los tratados elaborados bajo su autoridad. Es este el derecho que los jueces de los estados miembros deben aplicar «aún cuando hubiere alguna disposición en contrario en la constitución o en las leyes de cualquier Estado».

No fue fácil llegar a este principio y hay muchas dudas de que quienes lo elaboraron tuvieran una idea clara de lo que estaban inaugurando. En aquellos momentos, la principal preocupación de algunos los miembros de la convención radicaba, sobre todo, en establecer mecanismos eficaces para evitar lo que había sucedido hasta entonces, es decir, que los estados miembros actuaran movidos por sus propios intereses sin tener en cuenta las necesidades comunes¹⁸.

Las soluciones que se estaban barajando establecían, sobre todo, remedios de naturaleza política. La que se debatió en el pleno de la convención es la que aparecía recogida en el plan de Virginia y responde fundamentalmente a los planteamientos de Madison. Así, el día 17 de julio, cuando se discuten los poderes que deberían corresponderle al Congreso de la nueva Unión, se propone atribuir al legislativo nacional un derecho de veto sobre las leyes que, en opinión de dicha Cámara, fueran contrarias a los nuevos artículos de la Unión que se estaban elaborando o a los tratados suscritos bajo la autoridad de la Unión¹⁹.

En esta iniciativa, pues, está clara la idea de que las legislaturas de los estados deben respetar lo dispuesto en el nuevo pacto federal. Ocurre, sin embargo, que la garantía que se contempla para asegurar dicha supremacía carece de naturaleza jurídica y es de carácter discrecional para quienes lo ejercen. Algo similar sucedía con otras iniciativas que se habían ido barajando. Por ejemplo, C. Pinckney, delegado de Carolina del Sur, había planteado que ningún proyecto de ley de las legislaturas de los estados pudiera convertirse en ley sin haber sido aprobado antes por el legislativo nacional²⁰. A. Hamilton proponía que todas las leyes de los estados contrarias a la constitución o a las leyes de los Estados Unidos debieran considerarse inválidas. Como medida preventiva para evitar que

18 Las consideraciones que siguen se apoyan, entre otras fuentes, en *The records of the Federal Convention of 1789*, editados por Max Farrand en 1911 (Yale University Press) que, a juicio de los expertos, siguen siendo la mejor fuente para conocer los debates de la convención. Entre otros materiales, recoge las notas de J. Madison. Actualmente, una edición digital de esta obra aparece en la página web de la biblioteca del Congreso de los Estados Unidos. (<http://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwfr.html>). En el mismo sitio aparecen también reproducida los *Eliot's Debates*, una edición de 1836 que recoge, entre otros textos, los *Journal* de la convención constitucional, aunque es menos cuidada que la realizada luego por M. Farrand. Los planes presentados por algunos de los miembros de la Convención también consultarse en el proyecto Avalon de la Universidad de Yale en «*The American Constitution. A Documentary Record*», http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/constpap.asp

19 Según la misma, se atribuía a la legislatura nacional «to negative all laws passed by the several States contravening in the opinion of the national legislature, the articles of union, or any treaties subsisting under de the authority of the Union» (Farrand, M. ob. cit, vol II, pág. 22).

20 Según el décimo apartado de este plan, «10. Each State retains its Rights not expressly delegated-But no Bill of the Legislature of any State shall become a law till it shall have been laid before S. and H. D. in C. assembled and received their Approbation». (http://avalon.law.yale.edu/18th_century/pinckney.asp).

esas leyes fuesen aprobadas, planteaba que el gobernador de cada estado, designado por la federación, tuviera el derecho de vetarlas²¹.

Fue Madison quien expuso las ventajas de atribuir un poder de este tipo al legislativo de la Unión. En su opinión, el veto era la única solución eficaz para asegurar la armonía del sistema frente a la tendencia de los Estados a perseguir sus intereses particulares en contra de los intereses generales. No deja de ser significativo que, para argumentar las ventajas de esta fórmula, se remita a la experiencia inglesa donde, bajo su punto de vista, la corona mantenía la armonía y subordinación de los distintos territorios del imperio gracias al ejercicio de esta prerrogativa²².

Como era de esperar, este tipo de propuestas provocaron una fuerte reacción entre los miembros de la convención más favorables a defender la posición de los estados miembros. Las objeciones que se plantean son, ante todo, políticas. Por ejemplo, Morris, considera que el derecho de veto es innecesario y peligroso para dichas entidades, sobre todo cuando, como se propone en el texto debatido por la convención, se atribuyen poderes suficientes al legislativo nacional²³.

Pero la oposición se fundamenta también en razones jurídicas. Para Sherman, esa atribución al legislativo nacional partía de un error de principio, consistente en considerar que las leyes de los estados contrarias a los Artículos de la Unión pudieran considerarse válidas y eficaces. Por ello, propuso confiar la garantía de la nueva autoridad a los jueces de los estados miembros, que habrían de inaplicar las normas afectadas por tal defecto.

Es así como se rechaza el derecho de veto y, en su lugar, a iniciativa de Luther Martin, se aprueba por unanimidad una solución²⁴ que había sido propuesta por Paterson en el *New Jersey Plan*. Este texto, mucho más próximo a los intereses de los Estados, anticipaba el estilo que inspirará el art. VI de la nueva Constitución en su redacción definitiva.

En efecto, dicho precepto configura los conflictos entre las leyes de los estados y el derecho federal en términos puramente normativos, atribuyendo primacía a las leyes de los Estados Unidos y a los tratados hechos bajo su autoridad. Además, la garantía de esta superioridad se confía a los jueces de los estados, que quedan vinculados a dichas normas a pesar de lo que digan la constitución o las leyes de sus propios territorios.

El apoyo que recibió esta nueva solución puede explicarse por varios motivos. En primer lugar, porque parecía mucho más respetuosa con los estados miembros que atribuir a los órganos de la federación el derecho de veto. Pero además, debió satisfacer a los defensores de una federación fuerte porque, en cierta medida, iba más allá de lo que ellos mismos habían propuesto. Mientras quienes propugnaban el veto se habían limitado, en

21 Según la misma, «All laws of the particular States contrary to the Constitution or laws of the United States to be utterly void. And the better to prevent such laws being passed the Governor or President of each State shall be appointed by the General Government, and shall have a negative upon the laws about to be passed in the State of which he is Governor or President.». http://avalon.law.yale.edu/18th_century/hamtextb.asp.

22 FARRAND, M. ob.cit, vol. II, pág. 27-28.

23 FARRAND, M. ob. cit, vol. II, pág. 28.

24 El texto aprobado en esa sesión afirmaba que «that the Legislative acts of the U.S. made under & in pursuance to the articles of union, and all treaties made & ratified under the authority of the united states, shall be the supreme law of the respective states, as far as those acts or treaties shall relate to the said states or their Citizens and inhabitants - & that the Judiciaries of the several states shall be bound thereby in their decisions, any thing in the respective laws of the individual states to the contrary notwithstanding». (FARRAND, M. ob. cit, vol II, pág. 28-29).

general, a reconocer esta facultad cuando los estados vulnerasen los nuevos artículos de la Unión, lo que se había aprobado era algo muy distinto. El artículo adoptado dotaba de primacía a «los actos legislativos de los Estados Unidos hechos en virtud y conforme a los Artículos de la Unión» Son éstos los que, junto a los tratados ratificados bajo la autoridad de los Estados Unidos, se declaran la suprema ley de los respectivos estados...», por lo que se dispone que los jueces de los estados «estará vinculado por ellas en sus decisiones, aún cuando las leyes de los estados dispongan otra cosa»²⁵.

c) *La tardía incorporación de la constitución al art. VI.2*

Aún así, no todo el camino estaba recorrido. Lo que más llama la atención en el texto aprobado el 6 de agosto²⁶ es que la referencia a la constitución federal es todavía lateral porque, lejos de considerarse canon de validez de las leyes de los estados miembros, se introduce sólo para delimitar las leyes de los Estados Unidos a las que se dota de primacía.

La mención a la constitución como parte del «supreme law of the land» se introduce bastante algo más tarde, el 23 de agosto. No deja de ser sorprendente, dada la importancia que la decisión tuvo en la historia constitucional, el hecho de que fuera el *Comitee of Detail* quien incorpora dicha referencia, por unanimidad y sin debate²⁷.

No es cuestión de analizar, en estas páginas, los motivos concretos que impulsaron dicho cambio²⁸, asunto que supera con mucho las intenciones de estas páginas. Me interesa sólo subrayar que esa modificación simboliza la extraordinaria aportación del pensamiento norteamericano a la idea de constitución normativa. Como hemos visto, y al hilo de las necesidades de preservar la nueva Unión que se estaba formando frente a los

25 B. R. CLARK mantiene que la cláusula de supremacía, así entendida, fue el resultado de un compromiso en virtud del cual los estados pequeños garantizaban su posición en el sistema, a través de la supremacía de las leyes federales y su presencia en el Senado. («Constitutional compromise and the supremacy clause», *North dame Law Review*, 83, mayo 2009, pág. 1421 y ss. En contra de esta opinión, que da pie a una lectura textualista y restrictiva de la cláusula, H. P. Monaghan, «Supremacy clause textualism», *Columbia Law Review*, 110, abril 2010, pág. 748 y ss. Sobre el asunto, también, Kramer, L. D. «The Supreme Court 2000 term foreword: we the people», *Harvard Law Review*, n° 115, 2001, pág. 62.

26 El apartado VII de este texto afirmaba que «The Acts of the Legislature of the United States made in pursuance of this Constitution, and all treaties made under the authority of the United States shall be the supreme law of the several States, and of their citizens and inhabitants; and the judges in the several States shall be bound thereby in their decisions; anything in the Constitutions or laws of the several States to the contrary notwithstanding». (Farrand, M. ob. cit, vol. II, pág. 183)

27 FARRAND, M. ob. cit. vol II, pág. 389. Conviene advertir que, aunque significativamente similar, el texto que se aprobó en dicha sesión no era idéntico al que figurará definitivamente en la constitución norteamericana. En efecto, ese día se aprobó que «This Constitution & the laws of the U. S. made in pursuance thereof, and all Treaties made under the authority of the U. S. shall be the supreme law of the several States and of their citizens and inhabitants; and the Judges in the several States shall be bound thereby in their decisions, any thing in the Constitutions or laws of the several States, to the contrary notwithstanding».

28 Para S.C. HOCHE, el Comité detectó la omisión de la referencia a la constitución e intentó solucionarla atribuyendo sólo a la Corte Suprema el poder de decidir acerca de la inconstitucionalidad de las leyes de los Estados, pero al final renunció a introducir esta nueva previsión. («Transcending conventional supremacy: a reconstruction of the supremacy clause», *Connecticut Law Review*, 24, 1992, pág. 869— 870) La introducción de la constitución entre el derecho federal dotado de primacía se hizo a iniciativa de J. Rutledge (FARRAND, M. ob. cit, vol, II, pág. 389).

intereses particulares de los estados miembros, se incorpora la constitución como derecho y, además, en una doble vertiente. Desde el punto de vista activo, porque la constitución federal puede ser utilizada por los jueces como canon para controlar la validez del derecho de los estados miembros. Desde el punto de vista pasivo, porque las constituciones de los estados miembros están sujetas al escrutinio de validez para verificar su conformidad con el derecho de la federación que incluye, a partir de ahora, a la constitución federal.

II.2.d) Algunos precedentes y los límites de la aplicabilidad de la constitución

Antes de terminar este asunto creo necesario tratar dos cuestiones que me parecen de interés. La primera de ellas consiste en mencionar algunos precedentes que seguramente influyeron sobre los miembros de la Convención a la hora de llegar a esta solución. La segunda se refiere a los límites que afectaban al art. VI.2 de la nueva Constitución, tal y como este resultó en su redacción definitiva.

Seguramente, la introducción de la Constitución entre las normas dotadas de primacía no obedeció a razones meramente coyunturales porque, como se señalaba antes, el pensamiento de la época ya reconocía la capacidad de dicha norma para crear un nuevo orden político en nombre del pueblo soberano. Pero tampoco cabe descartar la influencia que pudo tener entre los miembros de la Convención la manera tradicional en que el derecho de las colonias se había articulado con el derecho de la metrópolis.

Acerca de este asunto, conviene mencionar que en todo momento el Parlamento de Westminster retuvo la autoridad para dictar leyes que pudieran afectar a las colonias sin ningún tipo de restricciones temporales o materiales. Es cierto que las colonias gozaban de una amplia autonomía, dado que podían dictar leyes para garantizar «la paz, el orden y el buen gobierno» de sus territorios. Pero las cartas coloniales dejaban claro que las normas que se elaborasen en los territorios de ultramar no podían disponer de manera contraria a lo establecido por el reino de Inglaterra²⁹. En la medida que el poder legislativo originario radicaba en el Parlamento inglés, mientras que las asambleas legislativas de las colonias lo tenían sólo por delegación, cualquier norma que dictaran y fuera contrarias al derecho británico debería considerarse «*void and of none effect*», en expresión de W. Blackston³⁰.

29 Sirva como ejemplo la *Charter of Rodhe Island an Providence Plantations*, de 8 de julio de 1663. Esta reconoce a la *General Assembly* el Derecho de elaborar leyes, estatutos, etc. «*soe as such laues, ordinances and constitutions, soe made, bee not contrary and repugnant unto, butt, as neare as may bee, agreeable to the laus of this our realme of England, considering the nature an constitutione of the place and people there*» (Texto recogido en PERRY, L. y COOPER, J.C. *Sources of our liberties*, Chicago, 1978).

30 *Commentaries on the Laws of England*, Edición facsímil de la primera edición de 1765-1769, Vol. I, pág. 105. El principio aparece muy claramente establecido en la *Declaratory Act* de 1766, aprobada por el Parlamento británico como respuesta al rechazo de la *Stamp Act* por parte de las Colonias. En la misma se reitera la subordinación y dependencia de los territorios americanos a la Corona y al Parlamento Británico, así como el Derecho de este último a elaborar normas cuya fuerza y validez vinculaba a las Colonias y al pueblo americano «*in all cases whatsoever*». Conforme a este principio, el Acta concluía: «*And be in further declared and enacted by the authority aforesaid, That all resolutions, votes, orders, and proceedings, in any of the said colonies or plantations, whereby the powers and authority of the Parliament of Great Britain to make laws and statutes as aforesaid is denied, or draw into question, are, and are hereby declared to be, utterly null and void to all intents and purposes whatsoever*» (El texto de la declaración aparece recogido en www.constitution.org/bcp/decl-act.txt).

Hay que tener en cuenta, también que, desde épocas remotas, quienes velaban por aplicar con preferencia el derecho inglés sobre el derecho de las colonias eran los propios jueces de estos territorios³¹ y, en última instancia, el Consejo Privado de la Corona. Es cierto que, en algunos casos, la declaración de nulidad se ejercitó más como una forma de control político que jurídico. Pero también es verdad que, en otras ocasiones, fueron los tribunales ingleses los que, en apelación, declararon la nulidad de determinadas normas de las colonias por ser contrarias a las leyes de la metrópoli³².

Aunque la influencia que esta tradición pudo tener sobre la nueva realidad constitucional norteamericana es una cuestión debatida, lo cierto es que esta última parte de una manera de enfocar los conflictos entre entidades territoriales similar al estilo seguido por el art. VI.2 de la Constitución estadounidense³³. En efecto, dicha cultura jurídica pudo propiciar que la constitución fuera considerada como una norma porque los conflictos entre el derecho federal —encabezado por la constitución—, y el derecho de los estados miembros se enfocan como un problemas jurídicos, en los que los jueces se encuentran con dos disposiciones aplicables al mismo caso y con contenido contradictorio. Implica también la idea de constitución como norma jurídica fundamental, porque el art. VI ordena a los jueces de los estados que, cuando surja el problema que acabo de señalar, resuelva el asunto aplicando la constitución y, no olvidemos, el resto del derecho federal.

También es posible que pesara, sobre los miembros de la convención, la idea de constitución que había ido prosperando en las antiguas colonias una vez, que en uso de su nuevo poder originario, fueron elaborando sus propias normas fundamentales, que estaban dotadas de una indudable afirmación de superioridad. Gracias a la difusión de ideas como las expresadas por J. Iredell³⁴, pudo irse consolidando la gran diferencia que se había creado entre la tradición británica y los nuevos principios de los estados norteamericanos. Estos, frente a la supremacía de la ley y del parlamento, habían consagrado la subordinación del legislador a la nueva constitución, emanación de la soberanía popular.

Ahora bien, también es preciso matizar la influencia de estos precedentes. Con respecto a la incidencia que pudo ejercer el modo de operar del derecho inglés en la metrópoli, conviene tener presente que, una vez constituida la Unión, los estados miembros no eran corporaciones municipales, colonias u otro tipo de entes subordinados ya que, al igual

31 Ph. HAMBURGER recoge algunos casos realmente interesantes en los que los jueces coloniales tuvieron que decidir entre la difícil cuestión de aplicar un derecho elaborado muy lejos de donde residían y un derecho aprobado por sus propias asambleas legislativas y que, a veces, limitaba los derechos de sus conciudadanos. (*Law and judicial duty*, cit. pág. 265 y ss.

32 M. BELOFF afirma que el Consejo Privado ejercía lo que de hecho era un poder de revisión judicial. Según el autor, «sólo alrededor del 5 por ciento de las leyes coloniales eran denegadas directamente; pero la revisión de las apelaciones eran más importante. Entre 1695 y 1783, 795 casos fueron llevados de los tribunales coloniales al Consejo Privado; 157 sentencias fueron confirmadas y 336 revocadas; y 147 casos descartados. Los asuntos judiciales del Consejo Privado de las Colonias continentales solamente, en la década anterior a la Revolución, fueron muy poco menos que los despachados por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en los diez primeros años de su existencia». («La revolución americana en sus aspectos constitucionales» (*Historia del Mundo Moderno*, Universidad de Cambridge, vol VIII, Barcelona, 1980, pág. 323).

33 Sobre este tema, especialmente, BILDER, M. S. *The Transatlantic Constitution. Colonial Legal Culture and the Empire*. Cambridge, 2004, pág. 186 y ss.

34 Una buena exposición sobre la postura mantenida por J. Iredell en *An Elector, To the public* publicado en la North Carolina Gazzet en agosto de 1786, por ejemplo KRAMER, L. D. «The Supreme Court 2000 Term Foreword: We The Court» *Harvard Law Review*, n° 115, 2001, pág. 532 y ss.

que la federación, fundamentaban su soberanía en el pueblo, Por esa razón, les fue atribuido un poder general, frente a la entidad central que tenía competencias de atribución³⁵.

No hay que olvidar, además, que las constituciones que se aprobaron en los estados miembros a partir de la independencia no afirmaron su naturaleza como norma aplicable a los casos concretos, ni autorizaron a los jueces a utilizarla frente a lo decidido por el legislador³⁶, por lo que su posición de supremacía recuerda, en cierta medida, a la superioridad que se predicará en la historia constitucional europea. Por eso, para importantes sectores doctrinales, las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes que se dieron en algunos estados antes de la entrada en vigor de la norma federal deben enfocarse más como afirmaciones de independencia judicial que como modernas formas de *judicial review*³⁷.

Al margen de estas polémicas y dejando de lado los posibles precedentes, lo cierto es que la constitución se proclama derecho aplicable por los jueces, por primera vez y de manera explícita, en el art. VI. 2. de la constitución federal. Ahora bien, este precepto, tal y como resultó definitivamente redactado, estaba afectado por importantes limitaciones. Como veremos a continuación, estas también enlazan con la función que corresponde al artículo en el entramado de la nueva estructura federal.

Desde la óptica actual, la principal laguna es que, tanto de la dicción literal del precepto como de los debates de la Convención no es posible deducir que estuviera en los ánimos de sus miembros subrayar la superioridad de la constitución con respecto a las propias leyes de la federación. Como antes se señalaba, la razón de ser de este artículo consiste en afirmar la supremacía del nuevo derecho federal sobre el derecho de los estados miembros, porque se trataba de asegurar la estabilidad de la nueva organización que se estaba creando. No parece que, en aquellos momentos, preocuparan mucho los límites que pudieran afectar al nuevo legislativo federal³⁸.

Este, evidentemente, es un tema que la doctrina norteamericana ha discutido hasta la saciedad, polémica que no merece la pena reproducir desde estas páginas. Puede ser

35 HAMBURGER, P. *Law and Judicial Duty*, cit, pág. 257, nota 1.

36 WOOD, G.S. ob. cit., pág. 291, 292. En efecto, la primera vez que se concreta la supremacía jurídica de la constitución en un estado miembro es en Kentucky y un lustro después de la entrada en vigor de la constitución federal. Así, el art. XII de la constitución de 1792, que contiene la declaración de derechos, declara que « To guard against transgressions of the high powers which we have delegated, WE DECLARE, that everything in this article is excepted out of the general powers of government, and shall forever remain inviolate; and that all laws contrary thereto, or contrary to this Constitution, shall be void. Cabe notar, sin embargo, que la garantía de la validez de la norma no se confía a los jueces, al menos de manera expresa.

37 HAMBURGER, P. *Law and Judicial Duty*, cit, pág. 426; BILDER, M. S. *The Transatlantic Constitution* ob. cit, pág. 193 Algunas de dichas sentencias se conectan mejor con el pensamiento medieval que con el control de constitucionalidad que luego se implantaría. Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, con el caso *Trevett v. Weeden*, decidida en 1786 por la Corte Suprema de Rhode Island. En la misma, dicho órgano declaró inconstitucional una ley de la Asamblea de dicho Estado en la que se obligaba a los ciudadanos a aceptar papel moneda con la amenaza de una pena que se imponía sin jurados. Para valorar esta Sentencia hay que tener presente, sin embargo, que el Estado de Rhode Island carecía de Constitución, ya que seguía rigiendo la antigua Carta Colonial. Por eso, J. Varnum, defensor de esta tesis, tuvo que apoyar su alegación más en el derecho natural y en la razón que en la supremacía de la Constitución y en la soberanía popular.

38 Sobre algunos de los motivos que pudieron causar esta laguna, KRAMER, L. D. «The Supreme Court 2000 Term Foreword: We The Court» *Harvard Law Review*, n° 115, 2001, pág. 64 y ss. El autor considera que la mayoría de la convención consideró suficiente la existencia del veto presidencial sobre la legislación federal para controlar los riesgos de leyes inconstitucionales o inconvenientes.

que, como afirman algunos, el principio estuviera claro entre quienes participaban en los debates, por lo que sólo se atribuyó superioridad a las leyes de la federación elaboradas «*in pursuance*» de la Constitución, lo que conlleva, de manera implícita, la desautorización de las leyes que no cumplieran con este requisito³⁹. Pero lo cierto es que todos estos problemas aparecerán mas tarde, ligados al control de constitucionalidad, asunto al que más adelante se hará referencia. Lo que me parece importante resaltar es que el art. VI.2 no recoge, expresamente, la supremacía de la constitución sobre las leyes federales o, al menos, no la recoge con la misma claridad y contundencia con la que se declara con respecto al derecho de los estados miembros. Y esto tendrá consecuencias en la consolidación del control de constitucionalidad, extremo al que haré breve referencia más adelante.

II.3. EUROPA EN EL SIGLO XIX: LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA FRENTE A LOS ESTADOS MIEMBROS

Por ahora, interesa volver a Europa y a las reflexiones con las que se abrían estas páginas. Tras haber analizado la estrecha relación que existe entre la idea normativa de constitución y la estructura federal en la formación de la federación estadounidense, es posible volver a tratar la naturaleza de las constituciones de nuestro continente en el siglo XIX y primeros años del XX, con el objeto de matizar algo más las afirmaciones que usualmente se realizan acerca de su pretendida falta de normatividad.

Antes se señalaba que, por regla general, estos textos estaban dotados de supremacía, pero que gozaban de una limitada eficacia jurídica, dado que no se consideraban derecho aplicable. Esta afirmación, que es válida en general, conoce algunas importantes excepciones. Entre ellas, merece la pena citar dos casos que son importantes por ser los primeros en los que la constitución deviene una norma de inmediata aplicación, aunque sea con las limitaciones a las que luego haré referencia. Estos textos son la Constitución suiza de 1874 y la Constitución del Imperio alemán de 1871.

Ambos demuestran que no todas las constituciones de nuestro continente tenían, durante el siglo XIX, mera eficacia política cuya garantía quedara confiada a la opinión pública. En sentido distinto, los dos textos que se acaban de citar confiaban su supremacía a los jueces y tribunales. Y, una vez más, esta naturaleza de la constitución es consecuencia de las exigencias impuestas por el hecho federal.

En realidad, este es uno de los pocos puntos de contacto entre ambos sistemas jurídicos, dado que en la década de los setenta del siglo XIX Suiza disfrutaba de un régimen basado en la soberanía popular⁴⁰ mientras que el imperio alemán partía de la idea

39 Entre ellos, especialmente, BERGER, R. *Federalism, the founders' design*, University of Oklahoma Press, 1987, pág. 99.

40 En Suiza, por el contrario, la guerra civil que había enfrentado a los cantones más conservadores, integrados en el *Sonderbund*, contra los cantones liberales se había saldado a favor de estos últimos y propició la elaboración de la constitución federal de 1848. El artículo 1 de dicho texto parte de la soberanía de los pueblos de los Estados miembros a los que se les reconocen todos los poderes que no hubiesen sido delegados expresamente a la Federación. La fórmula, que siguió vigente después de la reforma de 1874, se completaba con el reconocimiento del sufragio universal y la participación directa de los ciudadanos en la reforma de la constitución, que debía ser aprobada por el pueblo. Sobre este asunto, BIGLINO CAMPOS, P. *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre las competencias*, Madrid, 2007, pág. 112.

de soberanía monárquica⁴¹. El elemento común consiste en que instauran sistemas federales, erigidos por una norma constitucional que se superpone a los ordenamientos de estados preexistentes.

Como en el caso de los Estados Unidos, pues, una de las exigencias que imponía la integración consistía en preservar ese nuevo poder común frente a las tendencias particularistas de los estados miembros. Esta necesidad llevó a afirmar la primacía del derecho federal. Y la primera norma a utilizar en caso de conflicto entre la federación y los estados miembros era, precisamente, la constitución.

Esto significa que, tanto la Constitución suiza como la alemana carecieron de aplicabilidad con respecto a las leyes de la federación. En efecto, ni siquiera los más altos tribunales federales podían entrar a verificar la validez de las normas elaboradas por la asamblea federal⁴². Sin embargo, esta naturaleza cambia con respecto a las entidades territoriales periféricas. En este otro supuesto, y como consecuencia del principio de primacía, la constitución encabeza el canon de control de validez.

En Suiza, el Tribunal Federal, mediante el «recurso de derecho público», garantizaba derechos constitucionales recogidos en la constitución (como la igualdad, libertades individuales y las garantías institucionales sobre el derecho a contraer matrimonio, a la propiedad o al juez natural) mediante sentencias que suponían la nulidad de las normas cantorales con efectos «erga omnes». A través de la «reclamación de derecho público», el mismo órgano garantizaba la supremacía de la constitución y de las leyes federales que la desarrollaban en casos de conflicto de competencia entre la federación y los cantones. Además, y siempre como consecuencia del principio de primacía, la constitución era norma de aplicación por todos los tribunales suizos, tanto cantorales como federales, que debían aplicarla con preferencia al derecho de las entidades periféricas⁴³.

En el caso del Imperio alemán, la proclamación de la primacía del derecho federal sobre el derecho de los estados miembros, recogido en el art. 2 de la constitución de 1871 produjo similares consecuencias ya que las leyes de los länder se encontraban sin discusión sometidas a control de constitucionalidad federal, con independencia de que algunos estados miembros admitiesen el control de constitucionalidad «local»⁴⁴.

41 Sirva como ejemplo de esta afirmación la manera en que aparece diseñado el poder constituyente en la constitución alemana de 1871. La federación resultante se crea, entre otras finalidades, para «favorecer la prosperidad del pueblo». Pero la fuente del nuevo poder no son en absoluto los ciudadanos sino, como deja muy claro el preámbulo del texto, los reyes y grandes duques de los territorios que se integran en la nueva organización. (BIGLINO CAMPOS, P. *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre las competencias*, Madrid, 2007, pág. 115).

42 La redacción del art. 113. 3 de la Constitución Suiza de 1874 excluía que el tribunal federal pudiera analizar la validez de las leyes federales, porque lo sometía a las leyes emanadas por la asamblea federal, a las resoluciones dictadas por la misma que tuvieran carácter general y obligatorio y a los tratados ratificados por dicha cámara. En el caso alemán, la inmunidad de las leyes de la federación es un principio jurisprudencial, afirmado por primera vez por una sentencia del Tribunal del Reich de 17 de febrero de 1883, respaldado por los principales autores de la época, como Jellinek o Laband. (Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987, pág. 73). La reforma de la Constitución Suiza que culminó en abril de 1999, lejos de abandonar, ha subrayado con mayor claridad este principio. En efecto, el art. 49 dispone la preeminencia del Derecho federal al afirmar, en su primer apartado, que el Derecho federal prevalece sobre el de los cantones que le sea contrario. De otro lado, el art. 189 excluye que las leyes de la federación pueda ser impugnado ante el tribunal federal.

43 CRUZ VILLALÓN, P. ob. cit, pág. 57 a 63.

44 Íbidem, pág. 72.

Algunas décadas más tarde, durante la época de Weimar y siempre en el contexto del debate federal, la idea de constitución como norma siguió consolidándose. En este caso, no se discutía la sumisión del derecho de los *länder* a la constitución, porque este era un principio ya bien asentado⁴⁵. La doctrina y la jurisprudencia se mostraron partidarias de someter a control constitucional también las leyes de la federación, aunque este proceso no llegó a culminar plenamente y estuvo marcado por las peculiaridades que afectaban a las formas de enjuiciamiento vigentes en aquel período histórico⁴⁶.

Antes de terminar este asunto, quiero poner un último y curioso ejemplo de la estrecha relación que existe entre federalismo y la idea normativa de constitución, un dato que nos trasmite nuestra propia experiencia constitucional y sobre el que no puedo detenerme todo lo que quizá merece. Se trata del proyecto de constitución de 1873 que, como es conocido, intenta hacer de España un estado federal. A pesar de la precipitación con el que fue redactado y de que, en algunos extremos, es más un borrador que un auténtico proyecto de constitución, también contenía una cláusula de garantía del pacto de unión. En efecto, sus artículos 77 y 78, incluidos en el título dedicado al poder judicial, atribuían al Tribunal Supremo la facultad de suspender los efectos de las leyes del poder legislativo contrarias a la constitución y de resolver los litigios entre los estados. Esta fue la primera vez que en España se intenta atribuir a un órgano de naturaleza jurisdiccional la posibilidad de aplicar la constitución como norma jurídica fundamental⁴⁷.

III. FEDERALISMO, APARICIÓN Y FORMACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Hasta ahora, he centrado el análisis en la influencia que el federalismo pudo tener en aparición de la normatividad de la constitución, procurando dejar al margen al control de constitucionalidad de las leyes. Desde la perspectiva que he seguido en estas páginas, esta opción ha sido compleja, porque la aplicabilidad de la constitución lleva implícita la existencia de quienes se encargan de velar por su fuerza normativa, esto es, los jueces y tribunales.

Aun así, y reconociendo esta íntima relación, creo que ambos términos se pueden tratar por separado, al menos a efectos expositivos, ya que cada uno de ellos está dotado

⁴⁵ El art. 13 de la Constitución establecía la preeminencia del Derecho de la Federación sobre el de los *Länder*. Por ello, el mismo precepto sometía al control abstracto del Tribunal del *Reich* las normas de los Estados miembros y, como había ocurrido bajo la constitución de 1878, el canon de enjuiciamiento no era solamente lo dispuesto en la constitución federal, sino también en el resto del derecho federal.

⁴⁶ En este contexto, no resulta posible entrar a analizar con detalle el debate acerca del control de constitucionalidad en la época de Weimar, porque ello supondría abordar prácticamente todos los problemas que el enjuiciamiento constitucional lleva aparejado. Es preciso, en este asunto, remitirse nuevamente a la obra de P. Cruz Villalón, que realiza un profundo y minucioso análisis del debate y de la jurisprudencia de la época. Muy crítico hacia el control difuso que se efectuó en aquel país en aquellos años es G. VOLPE, en *L'ingiustizia delle leggi*, sobre todo en el capítulo que significativamente se titula «Salomone a Weimar» (Milán, 1977).

⁴⁷ Que yo sepa, nuestra doctrina no ha tratado con profundidad esta cuestión. Algunas referencias a la misma aparecen en TRUJILLO, G. *Introducción al federalismo español. Ideología y formulas constitucionales*, Madrid, 1967, pág. 193.

de cierta autonomía, que deriva tanto de quienes se sirven de la constitución como norma aplicable como de los actos sometidos a la misma.

Aunque esto sea algo conocido, merece la pena recordar que la constitución no sólo vincula a los jueces, sino a todos los poderes públicos y a los ciudadanos. Que los incumplimientos constitucionales acaben muchas veces ante los tribunales no significa que la administración o el propio legislador no deban servirse de la constitución como norma que impone mandatos, dotados de mayor o menos concreción, a la hora de llevar a cabo sus propias funciones. Para ellos, pues, la constitución es derecho aplicable.

De otro lado, es verdad que el control de constitucionalidad de la ley es el más contundente, no sólo por sus efectos generales sino también por el rango de la norma fiscalizada. Pero también es cierto que la constitución sirve como parámetro de validez no sólo para las leyes, sino también para normas de inferior rango, como son los reglamentos, y para actos públicos o privados.

Estas matizaciones no eximen, sin embargo, de terminar estas páginas haciendo una breve referencia a la manera en que el federalismo, al influir en el papel que corresponde a la constitución en el conjunto del ordenamiento, incide también en la estructura del control de constitucionalidad.

Los modelos federales a los que se ha hecho referencia hasta el momento, europeos o norteamericano, parten, como hemos visto, de la voluntad de integrar en una unión más estrecha a estados que eran independientes. Mediante la nueva constitución únicamente se crea la federación, se establecen los órganos de han de gobernarla. Por eso, la constitución federal no pretende constituir a los estados miembros. Estos, disponen de sus propias atribuciones originarias, organizadas en sus propios textos constitucionales, poderes que siguen disfrutando en todo aquello que no haya sido delegado expresamente a la federación. Respecto a ellos, la constitución federal establece sólo prohibiciones expresas y las limitaciones resultantes de reconocer a los órganos de la federación algunos de los poderes que los estados miembros disfrutaban antes de la unificación.

Como resultado, este tipo de estructuras federales están caracterizadas por la dualidad. En efecto, sobre el mismo territorio y sobre los mismos ciudadanos actúan dos poderes políticos distintos y completos, el de la federación y el de los estados miembros, cada uno de ellos soberano y dotado de los tres poderes característicos de toda estructura estatal.

Esta dualidad afecta al control de constitucionalidad, porque no sólo supone que existan dos esferas de poder legislativo sometidas a la constitución, sino también dos estructuras jurisdiccionales independientes. Es preciso, pues, determinar, si ambos órdenes, tanto los estatales como el federal, puede llevar a cabo el control. Además, es necesario aclarar si sólo las normas de los estados miembros están sometidas a fiscalización o, a diferencia de los casos hasta ahora analizados, también las normas de la federación pueden ser objeto de control de constitucional.

Desde nuestra perspectiva actual, es difícil poner en duda que la constitución, por vincular a todos los poderes públicos, limita tanto al legislador federal como a los de las entidades periféricas. De otro lado, parece evidente que, cuando existe un órgano de jurisdicción constitucional u ordinaria, dotado de la máxima jerarquía, éste tiene la última palabra a la hora de decidir acerca de la validez de las leyes. Pero estos principios, que ahora nos parecen evidentes, no son un fruto natural que haya surgido de manera es-

pontánea de la propia naturaleza de las cosas, sino que son el resultado de una lenta evolución en la que, una vez más, Estados Unidos tuvo la primera palabra.

III.1. LA POLÉMICA EXPANSIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL MODELO NORTEAMERICANO

Hace ya algunas décadas, Jack N. Rakove puso de manifiesto el escaso interés que la doctrina tradicional norteamericana había puesto a la hora de subrayar la influencia que el federalismo tuvo en la aparición del control de constitucionalidad⁴⁸. Desde su punto de vista, en vez de seguir mitificando la sentencia *Marbury vs Madison* sería preciso ir algo más atrás en el tiempo para subrayar que la aparición de la *judicial review* estuvo más concernida con el federalismo que con la división de poderes⁴⁹.

Para entender este extremo, es preciso volver brevemente a la Convención de Filadelfia. Antes he mencionado cómo durante los debates, se decidió dejar de lado las propuestas que propugnaban el control político de la federación sobre los estados miembros. Para dar satisfacción a quienes desconfiaban de un poder nacional fuerte, que pudiera poner en peligro la posición de los estados miembros en la nueva estructura, el control de constitucionalidad de sus normas se confió sólo a los jueces de los propios estados. Estos son los únicos que, según el art. VI.2, están vinculados por la constitución y las leyes de los Estados Unidos como *supreme law of the land*, aun en caso de que el derecho de los estados contenga alguna disposición en contra.

Fue J. Madison quien, durante el debate de dicho precepto, expresó la desconfianza que este sistema provocaba entre los partidarios de una unión más estrecha. Según su opinión, no se podía confiar en los tribunales de los estados como guardianes de la autoridad y de los intereses nacionales, porque en casi todos los casos carecían de independencia y estaban al servicio de la propia legislatura⁵⁰. Lo cierto es que, tal y como señalaba J. Madison, la idea de independencia judicial todavía no se encontraba definitivamente consolidada en los estados. En muchos casos, la subordinación de los jueces a la corona, característica antes de la revolución, se había sustituido por una dependencia casi total con respecto a las asambleas legislativas. A veces, éstas limitaban temporalmente el mandato judicial, o también podían revocarlo. Cuando las constituciones de los estados miem-

48 Para el autor, «Theories of judicial review are the summa theologica of American constitutionalism. Expositions of federalism, though far from neglected in the scholarly literature, are unavoidably less glamorous—more akin to canon law than the ontological proof of the existence of the deity. Justifications and critiques of judicial review involve deep questions of democratic legitimacy and moral philosophy. Analyses of federalism, by contrast, require a prosaic willingness to describe the messy complexities of American governance. If judicial review is the reigning queen at the court of the constitutional sciences, federalism embodies the lesser majesty of the lower nobility. For a historian to argue that federalism questions were central to the origins of judicial review may thus appear to be an attempt to escape the tedium of working the provinces for a chance to perform at the royal levee. But historians, who grow weary telling other scholars that the real story was more complicated than they thought, are used to this kind of situation. («The origins of Judicial review», *Stanford Law Review*, n° 49, 1997, pág. 1041-1042).

49 Ob. cit, pág. 1034

50 Expuso esta opinión en la sesión de 17 de julio. FARRAND, M. vol. II, ob. cit, pág. 27-28

bros garantizaban la inamovilidad, las asambleas seguían controlando a los jueces mediante la fijación de sus honorarios⁵¹.

No tiene nada de extrañar, por lo tanto, que se acogiera con poco entusiasmo el tipo de control judicial sobre los estados miembros recogido en el art. VI⁵². Lo cierto es la evolución posterior del problema estará marcada por lo dispuesto en el art. III de la nueva constitución, en el que se crea el poder judicial federal. A la Corte Suprema y a los tribunales federales inferiores se encomendó, entre otras funciones, conocer de todos los casos que surgiesen bajo la Constitución, las leyes de los Estados Unidos y los tratados elaborados bajo su autoridad.

La importancia que el establecimiento de una jurisdicción federal tuvo para los partidarios de robustecer el control sobre los Estados miembros se pone de manifiesto sobre todo en un hecho: la primera ley elaborada por el primer Congreso de los Estados Unidos fue precisamente la *Federal Judicial Act* de 1789, donde se articuló la creación de la Corte Suprema y del resto de los tribunales inferiores. La sección 25 de dicha norma atribuía a la Corte Suprema, entre otras facultades, jurisdicción suficiente para revisar las sentencias de los tribunales de los Estados en los que estuviese en juego la validez de las normas de la federación, la interpretación de dichas normas o la interpretación de la constitución.

Aún así, no todo estaba resuelto, porque todavía estaba por consolidar la competencia de la jurisdicción federal para revisar la constitucionalidad de las leyes de los estados miembros y, más adelante, de las leyes dictadas por la propia federación. Y la implantación de ambos controles estuvo rodeada de oposición y de dificultades.

El primero de los temas era complejo porque, recordemos, la tarea de vigilar por la validez de las leyes de los estados miembros se atribuye, en el art. VI.2 de la constitución, sólo a los jueces de los Estados. Por eso, la decidida actuación de las cortes federales de circuito, primero, y de la Corte Suprema después⁵³, declarando la inconstitucionalidad de las leyes de los estados, motivó una auténtica rebelión entre los partidarios de la soberanía de estos últimos, a través de sus asambleas legislativas⁵⁴ y de sus propias cortes supremas⁵⁵.

51 Sobre el tema, WOOD, G.S. ob. cit, pág. 160.

52 A. Hamilton, en *El Federalista*, se refiere al asunto cuando trata de las maneras de garantizar la eficacia de las disposiciones constitucionales. Para el autor, ningún hombre de sentido común será capaz de creer que las prohibiciones que la Constitución impone a los Estados miembros se respetarán si el gobierno carece de poderes efectivos para impedir y sancionar las infracciones que se cometen. La Convención ha descartado un veto directo sobre las leyes de los Estados y ha optado por confiar el control de las leyes al poder judicial. Laciómicamente concluye que quizá este último sistema «resultará el más aceptable para los Estados. (*El Federalista*, cit., LXXX, pág. 339).

53 Ésta última en la *S. Fletcher v. Peck* (6 Cranch (10 U.S.) 87 (1810).decidió por primera vez la inconstitucionalidad de una ley de un Estado miembro.

54 Sirva como ejemplo la *Ordinance of Nullification* aprobada por la Asamblea legislativa de South Carolina en 1832. En la misma se ordenaba que ninguno de los casos en los que se plateara la validez de ciertas leyes del congreso federal, dictadas en materia impositiva, pudieran ser apeladas ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, por ser *null, void, and no law, nor binding upon this State, its officers or citizens*. El texto de la declaración se encuentra recogidos en el proyecto Avalon citado.

55 Entre 1789 y 1860, las Cortes de siete Estados denegaron el derecho de la Corte Suprema de los Estados Unidos para revisar, en apelación, las Sentencias de las Cortes de los Estados (Virginia, Ohio, Georgia, Kentucky, South Carolina, California y Wisconsin). Sobre esta cuestión, FALLON, R.H., MELTZER, D.J. SHAPIRO, D.L. *Hart and Wechsler's the Federal Courts and the Federal System*, 1996, pág. 506).

Para negar el control de constitucionalidad de la federación sobre las leyes de los estados miembros se utilizó, primero, la idea de soberanía parlamentaria. Se acusó al poder judicial de invadir la esfera de atribuciones que, según la idea de división de poderes, sólo corresponde al legislativo. Más tarde, la actuación de la Corte Suprema norteamericana se consideró una invasión en la soberanía de los estados, realizada sin respetar los límites que, según la constitución, corresponden al poder judicial federal.

Todavía más polémico, si cabe, resultó el poder de la Corte Suprema norteamericana para declarar inconstitucionales las leyes de la federación. Durante mucho tiempo, la doctrina norteamericana ha debatido, y sigue debatiendo, si la intención de los *Framers* era atribuir a la Corte Suprema dicho poder o si, por el contrario, esa facultad no figura recogida en la constitución, sino que constituyó una usurpación en la decisión *Marbury v. Madison*.

Dejando de lado esta polémica, es evidente que en la actualidad, la jurisdicción de la Corte Suprema para revisar las leyes de la federación es una competencia bien asentada que ha sido ejercida con mayor o menor intensidad según las diferentes coyunturas históricas.

Lo que interesa resaltar es que el modelo actual de control de constitucionalidad existente en Estados Unidos no obedeció a un modelo cerrado previsto por los *Framer*, sino que fue el resultado de un largo proceso evolutivo donde casi todo estuvo en discusión y en el que las etapas principales estuvieron marcadas sobre todo por las exigencias impuestas por el modelo federal. Las tensiones entre el centro y la periferia fueron el principal factor que condujo a concretar el impreciso modelo recogido en el art. VI.2 de la Constitución estadounidense y explican, en buena medida, las diferentes tendencias seguidas por la Corte Suprema a lo largo de los años. Mientras que dicho órgano, a veces, se ha retraído del control sobre la federación, argumentando la existencia de otros controles de naturaleza política⁵⁶, en otras ocasiones ha llevado una fiscalización muy estricta sobre el poder de la unión, en base a argumentos tales como la inmunidad y la soberanía de los estados miembros⁵⁷.

56 Como consecuencia de la crisis del *New Deal* y por más de cincuenta años, la corte nunca declaró la inconstitucionalidad de una ley del congreso federal. Buen ejemplo de la confianza depositada en las garantías políticas de federalismo es la Sentencia *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (469 US 528 (1985)). En ella, la Corte afirma que, como había señalado Madison en una de sus aportaciones a *El Federalista*, los *Framers* atribuyeron a los estados un papel decisivo tanto en la selección de la rama ejecutiva como de la rama legislativa de la Federación. Así, los estados poseen influencia indirecta en la conformación de la cámara de representantes y del ejecutivo a través del control de los requisitos electorales y de su papel en las elecciones presidenciales. Esta autoridad es más directa en la conformación del senado, donde cada estado está representado por igual y cada miembro de dicha cámara ha de ser seleccionado por la legislatura de su propio estado.

57 Como es conocido, la Corte Rehnquist dejó de confiar el control sobre las normas de la federación a las garantías políticas para establecer nuevos y mas estrictos límites, sobre todo a partir de mediados de la década de los noventa del pasado, con sentencia *United States vs. Lopez* (93-1260), 514 U.S. 549 (1995) Además de servir de principios muy asentados en su anterior jurisprudencia, como son, por ejemplo, una visión más estricta de los poderes del Congreso, la cláusula de comercio o la cláusula de poderes implícitos, ha utilizado otros criterios como es la *clear statement rule*, en virtud de la cual el Congreso, sobre todo cuando hace uso de la *federal preemption*, tiene que dejar patente su intención de vincular a los Estados. Se cita, además, la prohibición de que el Congreso imponga forzosamente a los Estados la implementación de un determinado programa federal (la *anticommandeering doctrine*). Sobre estos asuntos, MANNING, J. F. «Federalisms and the generality problem in constitutional interpretation», *Harvard Law Review*, vol. 122, junio 2009, n° 8, pág. 2005 y FRICKEY, P.P, SMITH, S.S. «Judicial Review, the Congressional Process, and the Federalism Cases: An Interdisciplinary Critique» 111 *Yale Law Journal*, 1707 (2002), pág. 1728.

III.2. LA CONSTITUCIÓN COMO ORDEN TOTAL FEDERAL Y EL ÁRBITRO DEL CONFLICTO: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA EUROPA DE ENTREGUERRAS

Hubo países que, en nuestro continente, asumieron una estructura federal pero distinta a la estadounidense o a la suiza. Austria o España, por ejemplo, fueron países que, al establecer una constitución democrática después de la primera guerra mundial, no necesitaban reforzar la unión, como los casos anteriores. El objetivo era más bien el contrario: reconocer en la constitución autonomía suficiente a territorios que habían estado a un poder excesivamente concentrado.

El tipo de federalismo que se implanta en estos ordenamientos estuvo marcado por esta distinta meta. Como veremos a continuación, la constitución también deviene norma fundamental por ser la fuente de la que emanan todos los poderes, no sólo los centrales sino también los que corresponden a los estados miembros o regiones. Esta manera de concebir la constitución conlleva la creación de un guardián del pluralismo territorial, esto es, el tribunal constitucional.

La primera constitución que inaugura este nuevo enfoque fue la Constitución austriaca de 1920. Aunque el Imperio austro-húngaro había reconocido a los territorios una cierta dosis de autonomía desde épocas remotas, ésta derivaba formalmente de la voluntad imperial y reforzaba la autoridad de la corona, que conservaba el derecho de veto no sólo sobre las leyes del imperio sino también de los territorios que se integraban en el mismo. De otro lado, la Constitución española de 1931 deshacía siglos de centralismo mediante ese estado integral que luego influirá de manera decisiva en otros países de nuestro entorno.

En todos estos casos, el concepto de constitución que se consolida en estos sistemas es muy distinto al utilizado en los otros estados federales que hemos analizado hasta el momento. La constitución, en efecto, no pretende crear un nuevo poder común entre entidades antes independientes sino que, al contrario, inaugura un proceso de descentralización, separando órbitas de poder que antes estaban concentradas. Por eso, la constitución no se limita a crear el poder central, esto es, la federación. En los casos que ahora examinamos la diversidad territorial nace de la constitución y tiene en ella su propia legitimidad.

Esta manera de entender la constitución tiene diversos precedentes⁵⁸. Pero quien la formula con mayor propiedad es, sin duda, H. Kelsen. Para el autor, esa norma se sitúa por encima de cualquier otro orden jurídico porque funda la unidad del orden total. Sobre la base de la constitución, y por delegación de la misma, se hallan dos círculos nor-

58 Hay significativos autores de la dogmática jurídica alemana que defendieron este punto de vista, desde Nawiasky hasta P. Laband. Este último autor puso el sustrato a esta manera de entender el papel de la Constitución cuando articuló la relación entre los Estados miembros y la Federación con tintes que recuerdan las reflexiones de J.J. Rousseau acerca del contrato social. En efecto, el autor alemán afirmó que la Federación no era algo distinto a los Estados, sino tan sólo una «comunidad de orden superior», en la que se fundían las entidades territoriales que se integraban en ella. De esta manera, al obedecer a la Federación, cada Estado se obedece a sí mismo porque se somete «a la colectividad que todos ellos han conformado». (*Le Droit Public de l'Empire Allemand*, edición francesa revisada y puesta al día por el autor, traducción de C. Gandilhon, París, 1900, vol. I, págs 106-108).

mativos ulteriores que son, a su vez, órdenes parciales. De un lado el ámbito federal, con validez espacial sobre todo el territorio. De otro, los estados miembros, con vigencia circunscrita a determinadas partes del territorio. Es la constitución total la que distribuye el poder entre el órgano central y los órganos locales y la que merece propiamente el nombre de Estado federal⁵⁹.

La Constitución austriaca de 1920 es un buen ejemplo de esta forma de concebir el papel de la constitución en el sistema. En efecto, dicha norma interfiere directamente en la organización de los *länder*, estableciendo normas acerca de la disposición, funcionamiento y relaciones de sus órganos de gobierno. A pesar de que, antes de la redacción de la nueva constitución, los *länder* habían proclamado su propio poder constituyente, el texto federal interviene en un ámbito de autodisposición que, por ser manifestación de la propia autonomía, suele considerarse asunto reservado a los estados miembros. Es así como la constitución de 1920 regula asuntos tales como la forma en que deberán elegirse a los miembros de las asambleas de los *länder*, las prerrogativas que corresponden a esos parlamentarios, los requisitos esenciales del procedimiento legislativo en las dietas regionales y la estructura, forma de elección y responsabilidad de los miembros de los Ejecutivos de los estados miembros⁶⁰.

No hace falta que me extienda, en estas páginas, a detallar la manera en que la Constitución española de 1931 organizaba la estructura territorial del Estado, sobre todo por la similitud que conserva con nuestro texto actual. Baste con recordar que el estado integral, enunciado en el art. 1 de esa norma, se desarrollaba con detalle en el Título I, en el que se establecía la vía para acceder a la autonomía, el procedimiento para elaborar el Estatuto y las competencias que podían corresponder a las nuevas regiones. Es verdad que la Constitución de 1931 no predetermina la forma de autogobierno de las futuras regiones, pero ello era consecuencia del carácter abierto de la organización territorial, garantizada siempre por la participación de las Cortes en la elaboración de los estatutos.

La manera de entender la constitución de la que parten los dos modelos que se acaban de examinar permite superar uno de los principales problemas que suscitaron los primeros federalismos analizados, esto es, la debatida supralegalidad de la constitución no sólo con respecto a las normas de las regiones o estados miembros, sino también con respecto a las normas de la federación.

En este caso, la fuerza normativa de la constitución no deriva de la necesidad de garantizar el pacto de unión, porque la finalidad de la norma fundamental es casi la contraria. Se trata, más bien, de asegurar nueva posición de autonomía de las nuevas entidades territoriales. Para conseguir este objetivo, se acentúan las precauciones destinadas a evitar que la federación (o el estado central, en nuestro caso) extralimiten su ámbito competencial, invadiendo las nuevas atribuciones que se han reconocido a los territorios autónomos. Por esta razón, las leyes de la entidad central, lejos de gozar de primacía con respecto a las leyes de los estados miembros o regiones, se equiparan en su posición de subordinación a la constitución, sobre todo a efectos de control de constitucionalidad.

59 *Teoría General del Estado*, trad. L. Legaz Lacambra, México DF, 1975, pág. 264.

60 El título IV de la Constitución se titula, precisamente, «La legislación y ejecución de los Estados».

También en este caso, es conveniente volver a H. Kelsen, no tanto por ser el creador del principio, como por constituir uno de sus mejores expositores. Para el autor, tanto el orden federal como los ordenes estatales son secundarios en relación a la constitución total y, además, parciales, porque sólo son competentes en un determinado ámbito material. Ordenar esta esfera de actuación legítima es precisamente la función que desempeña la norma fundamental, que aparece como fuente de validez tanto del ordenamiento de la federación como de los estados miembros. Las normas de ambas entidades se encuentran, por lo tanto, en la misma situación de subordinación frente a la constitución⁶¹.

Nuestra doctrina⁶², al igual que ocurre en Estados Unidos, ha mostrado más interés en los problemas de teoría política —relacionados sobre todo con la legitimidad— que suscita el control de constitucionalidad, que en estudiar la influencia que el hecho federal pudo haber tenido en su aparición. Aquí también ha preocupado la tensión que puede existir entre un legislador democrático y un órgano, el tribunal constitucional, cuya principal justificación debería consistir en salvaguardar desde parámetros jurídicos lo dispuesto en la norma fundamental.

Esta tendencia conoce una magnífica excepción en la obra de Pedro Cruz sobre *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*⁶³, trabajo al que se ha hecho referencia en repetidas ocasiones a lo largo de estas páginas. Este autor subrayó que fueron Austria, Checoslovaquia y España, es decir, tres países con una estructura territorial compuesta⁶⁴, los sistemas que introdujeron un control de constitucionalidad similar al que hoy conocemos. Y, siempre según el autor, la primera razón y el objetivo prioritario de este control consistió, precisamente, en garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales que distribuyen el poder entre las distintas entidades territoriales⁶⁵.

En efecto, el control de constitucionalidad concentrado presupone la idea de constitución como orden total al que antes hacíamos referencia y una organización federal, nacida de la constitución, en la que las entidades territoriales no disfrutaban de la misma posición y estructura que tienen en los modelos anteriores que hemos analizado al inicio de estas páginas.

Una de las peculiaridades que afecta a nuestro tipo de federalismo es que las entidades territoriales que lo componen carecen de uno de los poderes que caracteriza a los estados, esto es, el poder judicial. En este tema, la constitución austriaca de 1920 marcó una pauta que luego siguieron nuestra Constitución de 1931 y, posteriormente, la

61 Sobre este asunto, «L'esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello Stato Federale, con particolare riguardo alla Costituzione del Reich tedesco e alla Costituzione federale austriaca» y «Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale secondo la nuova costituzione austriaca del 1º ottobre 1920», *La giustizia costituzionale*, a cura di C. GERACI, Milán, 1981.

62 Sirvan como ejemplo los excelentes análisis de AHUMADA RUIZ, M. *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, 2005 y FERRERES COMELLA, V. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, 2011.

63 Madrid, 1987.

64 En realidad, la Constitución checoslovaca de 1920 crea una república unitaria y parlamentaria. Pero, para dar solución al problema de la minoría rutena, aseguraba a esta una autonomía territorial, dotada de los correspondientes órganos de poder político. De este modo, se produciría en el Estado checoslovaco la dualidad de la potestad legislativa; de un lado, leyes del Estado, vigentes en todo el territorio; de otro lado, leyes de vigencia restringida a una parte del mismo. (Cruz Villalón, P. ob. cit, pág. 287).

65 Ob. cit, pág. 408.

Constitución italiana de 1948 y la española actual. Ninguno de estos modelos tiene dos estructuras judiciales separadas e independientes sino que, al ser resultados de procesos de descentralización, no modifican la organización preexistente. El estado central, o la federación, conservaron el ejercicio de la función jurisdiccional que había desempeñado tradicionalmente.

Es evidente que, a la hora de atribuir el control de constitucionalidad a un solo órgano, pesó la gran desconfianza que existía ante los jueces ordinarios. Antes que encomendar la fuerza normativa de la constitución a quienes se reputaban funcionarios de mentalidad conservadora, era preferible encomendar dicha tarea a una nueva institución cuya elección parlamentaria aseguraba la necesaria correspondencia entre la interpretación de la constitución y las corrientes ideológicas predominantes en la sociedad.

Pero, como se afirmaba anteriormente, la configuración territorial tuvo también mucho que ver en la aparición de la nueva forma de control constitucional.

En primer lugar, hacía aun más inviable seguir un modelo difuso de control de constitucionalidad porque una solución de este tipo habría roto el equilibrio necesario entre la federación y los estados miembros. Como se acaba de señalar, en este tipo de estados federales la dualidad no se extendía al poder judicial, ya que los estados miembros o regiones carecían de él. Atribuir el control de constitucionalidad a los jueces habría significado entregárselo a quienes formaban parte de un poder de la federación, lo que habría ido en detrimento de los intereses de las entidades periféricas. Cuando se pretende asegurar posiciones de autonomía, es un contrasentido hacer de una de las partes del conflicto, esto es, a uno de los poderes centrales, el árbitro de la partida.

Además, la nueva forma de federalismo explica también la peculiar naturaleza que se atribuyó al tribunal constitucional. La concepción de la constitución de la que parte, entendida como orden total que organiza el conjunto de la estructura territorial, presupone un guardián de ese nuevo orden, cuya misión consiste en verificar que tanto las normas de la federación como las normas de los estados miembros o regiones, equiparadas en jerarquía, se atengan a la distribución del poder establecida en la propia norma fundamental.

Pero, sobre todo, fuerza a configurar al tribunal constitucional como un órgano cuya misión es estar al servicio de la constitución y al margen de los poderes territoriales. En este asunto merece la pena volver a la opinión de H. Kelsen, quien configura al tribunal constitucional como un órgano de la constitución total, cuya función está disciplinada por ésta y para la salvaguardia de la misma. Por ello, el tribunal se encuentra por encima de cualquier comunidad parcial, sea ésta la federación o los estados miembros y es independiente de cualquiera de ellas⁶⁶.

66 «L'esecuzione federale...»cit, pág. 119 y 133. No conviene olvidar, en todo caso, que el tribunal constitucional instaurado en la Constitución austriaca de 1920 no fue una creación totalmente nueva, sino que tiene como claro precedente el tribunal del imperio, creado en una ley fundamental de 1867 y que, entre otras misiones, debía dirimir los conflictos entre las dietas de los *länder* y los órganos supremos del gobierno, atribución similares a la que el art. 138 de la constitución atribuyó al nuevo tribunal constitucional. Dicho precedente es importante porque el tribunal del imperio dirimía también los litigios entre las autoridades judiciales y administrativas, lo que facilitó un enfoque de los conflictos de competencia territorial similar al que se había generalizado para dirimir los litigios entre administración y jurisdicción. Con ello, no sólo se propició una visión jurídica de los conflictos territoriales, sino una extrapolación de la de la visión de la noción de competen-

Antes de terminar estas páginas, creo conveniente volver a matizar el título que las encabeza. A lo largo de este trabajo se ha señalado, en diferentes ocasiones, que pudo haber otros factores que incidieron en la aparición de la aplicabilidad de la constitución y del control de constitucionalidad. Por ejemplo, la expansión de las competencias de la Corte Suprema norteamericana sobre las leyes de la federación no sólo obedeció a la necesidad de garantizar la posición de los estados miembros, sino también a la tensión entre dicho órgano y el resto de los poderes, en una época de duro enfrentamiento político⁶⁷.

Aun así, ni ese momento histórico marca el principio del control de constitucionalidad, ni señala la aparición de la concepción de constitución como *ordinary law*⁶⁸. No cabe descartar que esos otros factores influyeran en ambos fenómenos, ofreciendo el aparato conceptual necesario para su conformación. Está claro, además, que incidieron en la manera en que ambas ideas evolucionar a lo largo del tiempo y se configuraron, de manera distinta, en Europa y en Estados Unidos.

Pero la aplicabilidad de la constitución apareció proclamada en la propia Constitución estadounidense para asegurar la lealtad de los estados miembros al pacto fundante de la unión y su salvaguarda se atribuyó a los órganos judiciales de los estados miembros precisamente para evitar otras formas de fiscalización, de carácter político, que levantaban muchas más susceptibilidades. Seguramente las limitaciones que afectaron al ejercicio de dicho control fueron una de las razones que motivaron la decidida intervención de las cortes de circuito, primero y de la Corte Suprema, después, a la hora de verificar que los estados respetaran el pacto de unión.

En Europa, hemos visto que los primeros estados federales contemporáneos siguieron una dinámica similar, aunque con caracteres peculiares. En el siglo XIX, hubo constituciones plenamente aplicables, aunque sólo fuera frente a los Estados miembros y hubo formas de control de constitucional efectivo, aunque fuera sobre la «federalidad» (lo que incluye la constitución) del derecho de los Estados miembros. Las cosas cambiaron cuando aparecieron los primeros estados integrales, o regionales, que crean entidades territoriales dotadas de autonomía frente al poder central. La idea de constitución como norma que instaura todos los poderes (incluidos los territoriales) no sólo impulsa a someter las leyes de la federación al control constitucional, sino que también opera a la hora de negar su carácter difuso y concentrarlo en el tribunal constitucional, guardián del pluralismo territorial.

TITLE. *Constitution became law because of being a federal pact.*

ABSTRACT.— *This article is an attempt to analyze the influence exerted by Federalism on the emergence of the normative idea of a Constitution. To this end, it begins by analyzing the curious way in which the Convention of Philadelphi-*

cia administrativa a la comprensión de la competencia territorial. Sobre este último asunto, son muy interesantes las reflexiones de S. ROMANO en *I guidizi sui conflitti delle competenze amministrative*, Milán, 1900. Sobre el tema, además, EISENMANN, Ch. *La Justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche*. Reedición de la edición de 1928, París, 1986, pág. 157).

67 Sobre este asunto, en nuestro país, AHUMADA RUIZ, M. A. «Marbury versus Madison doscientos años (y más) después», *Fundamentos*, n° 4, 2006, pág. 7 y ACKERMAN, B, «Marbury versus Stuart», *Fundamentos*, n° 4, 2006, pag. 153 y ss.

68 La expresión es de L. D. KRAMER, «The Supreme Court ...cit, pág. 9.

hia introduced the reference to the Constitution in art.VI.2 of the fundamental charter of the United States, a precept that was born to ensure the new agreement on unity among states versus their tendency to pursue individual interests. Things were no different in Europe. In fact, the Constitution stops being a programmatic rule in the first federal states to appear on our continent in the 19th century. In these formations, it was enforceable law, at least with regard to the member states, as it was the part of the parameter used by the courts to measure the conformity of the legislation of member states to federal law. The idea of the Constitution as an applicable rule is perfected, on our continent, in the 1920 Austrian Constitution, when the concept of a constitution as «total order» forced the equivalence between the federation's laws and those of the member states, equally subject to constitutional oversight. The last pages are devoted to the way in which the federal structure, by determining the concept of constitutions, influences the model for judicial review of legislation. In the United States, the superposition of a federation on top of the member states implied a dual structure in which the main topic of discussion was the jurisdiction of the federal courts to supervise the laws enacted by the States, first of all, and by the federation, secondly. The concentrated judicial review emerges, in Europe, in federal states that are the consequence of decentralization processes and, among other factors, of the mistrust caused by the fact that the judiciary is solely in the hands of the federation.

RESUMEN. Este artículo pretende subrayar la influencia que el federalismo ejerció en la aparición de la idea normativa de constitución. Por ello, comienza analizando la curiosa manera en que la Convención de Filadelfia introdujo la mención a la constitución en el art. VI.2 de la norma fundamental estadounidense, precepto que nació para asegurar el nuevo pacto de unión frente a las tendencias de los estados a perseguir sus intereses particulares. En Europa, las cosas no fueron muy distintas. En efecto, la constitución deja de ser norma programática en los primeros estados federales aparecidos en nuestro continente en el siglo XIX. En estas formaciones, era derecho aplicable, al menos en relación con los estados miembros, ya que encabezaba el parámetro que los tribunales utilizaban para medir la adecuación de las leyes de los estados miembros al derecho federal. La idea de constitución como norma aplicable se perfecciona, en nuestro continente, en Constitución austriaca de 1920, cuando la idea de constitución como «orden total», fuerza a equiparar las leyes de la federación y las de los estados miembros, sometidas en igual medida al control constitucional. En las últimas páginas se trata de la manera en que la estructura federal, al determinar la concepción de constitución, influye en el modelo de control de las leyes. En Estados Unidos, la superposición de la federación sobre los estados miembros implicó una estructura dual en la que el principal tema de discusión fue la competencia de la jurisdicción federal para controlar las leyes de los estados, primero, y de la federación, después. El control de constitucionalidad concentrado aparece, en Europa, en los estados federales que son consecuencia de procesos de descentralización, como consecuencia, entre otros factores, de la desconfianza que suscita el hecho de que el poder judicial quede en manos sólo de la federación.

KEY WORDS. *Constitution. Federalism. Law. Judicial review. Supremacy.*

PALABRAS CLAVE. *Constitución. Federalismo. Norma jurídica. Control constitucional. Primacía.*

FECHA RECEPCIÓN: 29.11.2008 **FECHA ACEPTACIÓN:** 29.07.2011