

## CAPÍTULO SEGUNDO

# EL CRECIMIENTO DE LA POSICIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL Y DE LAS LIMITACIONES DE LAS FUNCIONES DEL LEGISLADOR

La explicación que hemos dado de las causas por las que rige el principio de presunción de constitucionalidad de los productos normativos derivados del procedimiento democrático ha pretendido justificar por qué las decisiones políticas básicas dentro de una comunidad deben ser tomadas por el legislador. Sin embargo, actualmente este esquema ideal no sólo no se cumple en la realidad, sino que diversas experiencias jurídicas parecen dirigir la toma de decisiones fundamentales hacia otros espacios o instituciones. Recientemente se ha afirmado que mientras que el siglo XIX fue el del legislador y la primera parte del siglo XX del Ejecutivo, ahora se avanza hacia una fase en la que el protagonismo corresponde al Poder Judicial.<sup>253</sup> La actividad decisional dentro del Estado, dice Luhmann, se resbala del Legislativo al Ejecutivo hasta el Judicial. Pier Paolo Portinaro ha constatado, de la misma forma, que el siglo pasado se cerró con una transformación del equilibrio de poderes con ventaja del Poder Judicial, que tiene un peso creciente en la vida colectiva, y con una difusa preocupación por la profunda alteración del Estado de derecho que ello implica.<sup>254</sup> Asimismo, en un importante trabajo, Alexy señala que el actual Estado constitucional se caracteriza por una serie de principios básicos entre los que destaca la existencia de más juez que legislador. Ackerman, por su parte, afirma que los tribunales constitucionales en todo el mundo son “fuerzas poderosas” que ejercen una jurisdicción de largo alcance, mientras que para Favoreau,

<sup>253</sup> López Guerra, Luis, “La legitimidad democrática del juez”, *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, núm.1, 1997, p. 44.

<sup>254</sup> Portinaro, Pier P., “Dal custode della Costituzione alla Costituzione dei custodi”, en Gozzi, G. (cura), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 401.

vivimos más que un Estado de derecho un “Estado de los jueces”.<sup>255</sup> Se ha dicho, incluso, que la sobrevivencia de la Constitución en un mundo como el actual se debe sobre todo al extenso papel que tiene el órgano jurisdiccional.

Es verdad que siempre se ha hablado de la existencia, en algunas regiones, de una *judiciocracia* o *gobierno de los jueces*, pero ahora esta caracterización se ha extendido a gran parte del mundo. Y, efectivamente, si bien el señalamiento de la creciente importancia del papel de los jueces dentro del Estado no es nuevo, lo destacable es constatar que la actividad desplegada por las jurisdicciones constitucionales en las últimas décadas ha provocado una honda transformación del derecho constitucional. Para autores como Favoreau, dicha transformación es el acontecimiento jurídico más destacado de la segunda mitad del siglo XX,<sup>256</sup> mientras que para otros se trata de la más firme prueba de la existencia de una tercera revolución jurídica, de “una mutación de importancia semejante a la que tuvieron en la historia la aparición del derecho escrito, el derecho positivo y el derecho constitucional mismo...”, que conlleva la creciente presencia del derecho constitucional jurisprudencial y el decreciente papel del derecho constitucional formal.<sup>257</sup> Hay quienes incluso ven en los órganos jurisdiccionales una especie de “asamblea constituyente en sesión permanente”, la “*longa manus* nel tempo”, en tanto que van actualizando el régimen político consagrado por la voluntad constituyente.<sup>258</sup> De esta forma, parece hacerse realidad lo escrito por

<sup>255</sup> Favoreau, Louis, *Los tribunales constitucionales*, 2a. ed., trad. de V. Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994, p. 82.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>257</sup> Acosta Sánchez, José, *op. cit.*, nota 112; *id.*, “Transformaciones de la Constitución en el siglo XX”, *REP*, Madrid, núm. 100, 1998, pp. 57 y 58.

<sup>258</sup> Vigo, Rodolfo L., *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 140. Este órgano realiza, dice Sagués, funciones legislativas de tipo constituyente en el sentido de que decide qué no admite y qué admite la Constitución. Sagués, Néstor Pedro, “Tribunal Constitucional e interpretación constitucional”, *Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes*, Perú, Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 20-22. Zippelius señala que las cortes se han convertido en “comisiones permanentes para la reforma constitucional”, son ellas el camino “para adaptar cautamente la constitución a las cambiantes condiciones sociales y políticas sin tener que poner siempre en movimiento el rígido procedimiento de una reforma constitucional formal”. Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa-UNAM, 1998, p. 396.

Carnelutti: “El juez es la figura central del derecho. Un ordenamiento jurídico se puede pensar sin leyes, pero no sin jueces”.

Los jueces inciden en la transformación y orientación del sistema jurídico y ampliamente en la dirección política del Estado; han pasado a ocupar un lugar relevante en el espacio político, que, además, está en vías de expansión más que de contención, y han asumido un peso creciente en la dinámica institucional que rige las diversas formas de gobierno.<sup>259</sup> Cheli ha constatado que la mayoría de los tribunales ha seguido una línea expansiva funcionando más dentro de un modelo político que de un modelo jurisdiccional, e inspirando su actuación en una línea de activismo más que sobre una línea de contención o *self restraint* provocando que en la praxis el sistema jurídico formal se separe del modelo originario trazado en la Constitución y se convierta en un sistema más rico y articulado.<sup>260</sup> Ante esta circunstancia se ha planteado el dilema de si esta expansión de la presencia judicial es una muestra más de las constantes crisis existentes entre el Poder Judicial y el legislador, entre el órgano creador y el aplicador de las normas, o si bien se trata de una nueva fase caracterizada por la imposibilidad de reconducir sus respectivas lógicas a un marco de equilibrio de poderes por el inevitable desborde de las funciones y papeles que les han sido atribuidos en el marco de la Constitución.<sup>261</sup> También se ha hablado de la existencia actual de un gobierno mixto (democrático-aristocrático) en el que la democracia estaría templada por la aristocracia de los jueces; de la existencia de “un monismo limitado”; de la evolución del Estado legislativo en un Estado democrático jurisdiccional,<sup>262</sup> y de la naturaleza de una Constitución que

<sup>259</sup> Cheli, Enzo y Caretti, Paolo, “Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale”, *Quaderni Costituzionale*, núm. 1, 1984, p. 34.

<sup>260</sup> Cheli, Enzo, “Il Diritto Costituzionale nella prospettiva giurisprudenziale”, *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, núm. 1-2, 1996, pp. 51, 55 y 56.

<sup>261</sup> Asensi Sabater, José, “La explosión judicialista y la orientación democrática de la política”, en Tezanos, J. F. (ed.), *La democracia post-liberal*, Madrid, Sistema, 1996, p. 188.

<sup>262</sup> Aragón, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, *La vinculación del juez a la ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1997, p. 190; *id.*, “La justicia constitucional en el siglo XX. Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, 1998, pp. 186 y 187, 192 y 198; Spadaro, Antonino, “La giustizia costituzionale italiana: da originario limite a moderno strumento della democrazia (pluralista). Cinque proposte”, en Bin, R. y Pinelli, C. (cura), *Il soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionali*, Torino, G. Giappichelli, 1996, p. 313; *id.*, “Una Corte per la Costituzione

opera a través de cíclicos cambios de preeminencia entre los órganos del Estado por la estructura flexible y adaptable del sistema de gobierno que pretende conseguir la circularidad del poder formando una dinámica constitucional en el que el punto de referencia tiende a moverse de un lado a otro dependiendo de las exigencias que imponen las circunstancias históricas. Por ello, se dice, en la relación entre justicia constitucional y Parlamento, momentos de máxima deferencia con el legislador se alternan con momentos de intenso activismo de los tribunales.<sup>263</sup> Ante este panorama, Fioravanti se pregunta si estaremos ante un nuevo tipo de Constitución sustancialmente diversa de aquella que ha regido hasta ahora, y que se caracterizaría por su impotencia para predefinir de modo rígido el rol que ejercen los principales poderes públicos, lo que nos colocaría ante el reto y la necesidad de redefinir todas las funciones que componen el orden primario.<sup>264</sup>

La cuestión sustancial es que los jueces, al asumir un papel más relevante en la dinámica política, tienden a sustituir en sus funciones al Poder Legislativo. El sistema jurídico y político sufre el desplazamiento de su centro de gravedad desde los órganos legislativos a los jurisdiccionales, cuestión que choca con el paradigma del Estado de derecho. Esto implica, principalmente, la disolución del principio democrático que exige que las cuestiones sociales importantes sean resueltas por las instituciones políticas.<sup>265</sup> Lo anterior es claro en algunos Estados donde los tribunales han tenido y tienen, como escribe Amirante, un rol decisivo en la for-

(Nota sulla originaria e prioritaria funzione della Corte Costituzionale)”, *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Rufia*, Milán, Giuffrè, 1987, t. II, p. 1279; Böckenforde, Ernst-Wolfgang, *Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental*, trad. de J. L. Requejo Pagés, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 130. También, Rusconi, Gian Enrico, “Quale democrazia costituzionale? La Corte Federale nella politica tedesca e il problema della Costituzione Europea”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, núm. 2, 1997, p. 280.

<sup>263</sup> Baldassarre, Antonio, “Parlamento y justicia constitucional en el derecho comparado”, trad. de P. J. Hernández García, en I Vall Pau (coord.), *Parlamento y justicia constitucional*, Barcelona, Aranzadi, 1997, p. 184.

<sup>264</sup> Fioravanti, Maurizio, “Per un nuovo costituzionalismo”, *Democrazia e diritto*, núm. 1, 1997, p. 270.

<sup>265</sup> Dice Baratta que nuestro Estado de derecho parece más cercano al construido por la ciencia jurídica alemana del siglo XIX donde el Parlamento no constituía la suprema autoridad del Estado “sino que aparece condicionado, por el gobierno, por la burocracia y por la magistratura, es decir, por el Poder Ejecutivo y el Judicial...”. Baratta, Alessandro, *op. cit.*, nota 49, p. 122.

mación del sistema constitucional y de partidos, pero también en otros en los que a través de “un conjunto de acciones y reacciones colaborativas” intervienen “en la fijación de las opciones legislativas definitivas”, originando, como señala Stern, un “proceso de disolución de las diferencias funcionales”.<sup>266</sup> Al incrustarse en el proceso legislativo, la actividad del juez se mezcla con la del legislador en una relación en la cual no son fácilmente distinguibles sus roles.<sup>267</sup> Esto provoca, como señalan algunos autores, que la jurisdicción compita con el legislador en la definición de la dirección política del Estado. Scoditti, por ejemplo, afirma que la jurisdicción, que formalmente está vinculada a la voluntad política expresada en las leyes, desarrolla una voluntad política propia, imponiendo sus preferencias sobre las de la voluntad colectiva<sup>268</sup> y reconstruyendo su posición dentro del sistema haciendo que se reconozca el ejercicio de su actividad como original y su carácter de órgano que está sobre el legislador por intervenir decisivamente en la regulación y conformación de la sociedad. En consecuencia, los jueces no sólo serían copartícipes, sino determinadores de la dirección política del Estado, y árbitros supremos del proceso político, teniendo su actividad una directa y profunda incidencia sobre la acción política y, es más, como para Alemania señala Simon, su indiscutible influencia “se subraya como predominante frente a otros órganos constitucionales, caracterizándosele de cuarto poder, legislador complementario, parlamento de notables, gabinete en la sombra, instancia suprema de revisión, juez soberano o contracapitán”.<sup>269</sup>

En virtud de lo anterior se ha puesto en duda la división de funciones, la concepción sobre el equilibrio de poderes, el principio de seguridad jurídica, y, como escribe De la Quadra: “se pone también en cuestión el papel del pluralismo y la legitimidad de la representación popular para optar en cada momento por las legítimas opciones que en materia de desarrollo constitucional le corresponden”.<sup>270</sup> Incluso, como nos recuerda

<sup>266</sup> Cit. por Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 89, p. 204; Amirante, Carlo, “La Costituzione como «sistema di valori» e la trasformazione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale federale”, *Politica del Diritto*, núm. 1, 1981, pp. 15 y 16.

<sup>267</sup> Franceschi, P. y Zagrebelsky, G., “Il colegislatore e il Parlamento”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1981, pp. 163 y 164.

<sup>268</sup> Scoditti, Enrico, “Riforma costituzionale e giurisdizione”, *Democrazia e Diritto*, núm. 1, 1997, p. 7.

<sup>269</sup> Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 838.

<sup>270</sup> Quadra, Tomás de la, “La Constitución como norma y la seguridad jurídica”, en López Pina, A. (coord.), *División de poderes e interpretación, cit.*, nota 39, p. 142.

Asensi Sabater, se comienza a hablar de un Estado de derecho sin Estado o de la presencia de derechos e instancias procedimentales y judiciales no políticas que ocupan el lugar de los poderes tradicionales.<sup>271</sup> Este proceso ha llevado a señalar también que el legislador ha pasado a convertirse en el último de los poderes; avasallado con el arribo del Estado del bienestar por el Ejecutivo, ahora se sometería ante la actividad de los órganos de la jurisdicción constitucional. Si Habermas, a principios de los años setenta, constataba una disfunción entre los límites definidos del Parlamento y los escasos y difusos límites de la administración, aquél ahora se encuentra limitado, además, por la actividad de los jueces. El Estado actual, se asegura, es un verdadero Estado judicial al tiempo que la democracia se jurisdiccionaliza.<sup>272</sup>

Lo que haremos en este capítulo será tratar de comprobar la veracidad de este proceso de crecimiento de la presencia y funciones de los jueces constitucionales en la vida estatal. Esto resulta particularmente importante si consideramos que normalmente los textos legislativos no describen con claridad y en detalle las funciones desempeñadas por los órganos constituidos. La experiencia muestra que una cosa es la posición del órgano consagrada en los documentos jurídicos, y otra, el rol efectivo que juega en el sistema político constitucional. En el caso de los tribunales, la mayoría de ellos han rebasado el diseño original de funciones atribuidas por su respectiva Constitución, no coincidiendo, en gran número de ellos, la configuración y el sentido que tienen, con su realización práctica. Los órganos de control han construido su propia configuración institucional más allá de los textos constitucionales y legales que se muestran insuficientes para captar su “modo de ser” y actuar. Esto ha sido así, entre otras razones, porque los propios constituyentes no imaginaron las potencialidades que encerraba un órgano de este tipo y por los cambios ocurridos en la realidad social y en las circunstancias políticas.<sup>273</sup>

Trataremos de mostrar este crecimiento de funciones de los órganos jurisdiccionales a partir de los elementos que integran el núcleo mismo

<sup>271</sup> Asensi Sabater, José, *op. cit.*, nota 261, p. 197.

<sup>272</sup> Podemos decir que este Estado se ha sobrepuesto al Estado legislativo y convive con el omnipresente Estado administrativo de nuestros días. Pergola, Antonio la, “La garanzia giurisdizionali della Costituzione”, *La Costituzione Spagnola. Nel trentennale della Costituzione italiana*, Bologna, Arnaldo Forni Editore, 1978, p. 33.

<sup>273</sup> En este sentido, véase Sandulli, Aldo M., “La Corte e la politica”, *Diritto e Società*, núm. 2, 1983, p. 396.

de lo que, al decir de Cruz Villalón, conforma el derecho del control de constitucionalidad. Obviamente no estamos en condiciones de tocar todos los aspectos que integran esta disciplina, pero sí trataremos de aludir a las cuestiones que para nosotros son más relevantes para comprobar este proceso de extensión competencial y funcional. Si nuestra finalidad es contribuir a la construcción de una orientación constitucional adecuada del órgano de control judicial en México, es claro que no podemos pasar por alto la experiencia que nos proporciona el derecho comparado que muchas veces es ilustrativa, otras veces digna de consideración e incluso imitación, pero otras más es desechable por su falta de sentido, sistematicidad y orientación definida.

#### I. EL AUGE DEL ESTABLECIMIENTO DE ÓRGANOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

En el siglo XX fuimos testigos de “tutti un fiorire di corti costituzionali con pienezza di poteri”. Fueron los años de la “mundialización” o “marcha triunfal” de la justicia constitucional, que se convirtió, en poco tiempo, en “un fenómeno de alcance universal”. Dicha universalización se ha dado en todos los ordenamientos independientemente de su forma de gobierno; es más, se ha impuesto en aquellos lugares que la tradición o la historia mostraban clara hostilidad hacia ella.<sup>274</sup> Junto a este desbordamiento estructural se observa una continua expansión de sus poderes; es decir, no sólo hay un “impresionante panorama geográfico de expansión”, sino, también, una extensión de sus funciones dentro del sistema jurídico político.

Los órganos de control constitucional se han convertido en “lugar común en el arsenal institucional de cualquier estado contemporáneo”. Como escribe Rodríguez Bereijo: “Muy poco crédito tendría ya el proyecto de edificar una organización estatal democrática, sometida efectivamente al imperio de la Constitución, si ese designio no fuera acompañado de la articulación de un sistema —el que sea— de garantía jurisdiccional de la Constitución misma frente a los actos que puedan

<sup>274</sup> Elia, Leopoldo, “Giustizia costituzionale e diritto comparato”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1984, p. 14. Sobre la expansión de los órganos de justicia constitucional véase Cappelletti, Mauro, “Gli organi di controllo della legittimità costituzionale delle leggi”, *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, CEDAM, 1967, vol. I, pp. 439-443.

afectar su integridad”.<sup>275</sup> Para Schlaich, una comunidad política que tenga como órgano central un Parlamento electo en intervalos regulares por el pueblo, pretenda garantizar a los ciudadanos sus derechos fundamentales, según los principios del Estado de derecho, y constituya, mediante una ley fundamental escrita, un ordenamiento democrático y liberal, “no puede no tener como parte fundamental de la Constitución misma el ejercicio del control sobre la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Parlamento”.<sup>276</sup> Con base en los más variados argumentos ha cobrado carta de naturaleza el control constitucional y esto se constata en el texto de todas las Constituciones recientes, que se esfuerzan por incluir sus bases de organización y funcionamiento.<sup>277</sup> Estamos viviendo, como se ha dicho, la época de oro del control judicial dada la plenitud que ha alcanzado.<sup>278</sup> El fenómeno, señala La Pergola, está tan difundido que expresa una tendencia del constitucionalismo no sólo ya consolidada, sino destinada a desarrollarse, permanecer y extenderse.<sup>279</sup> La experiencia parece dar la razón a Gambino cuando señala que los principios de constitucionalidad y universalización de la justicia constitucional constituyen la nueva forma del proceso de “racionalización del poder” en los ordenamientos constitucionales contemporáneos.<sup>280</sup>

En el proceso de evolución de los órganos de justicia constitucional se reconocen dos ejemplos magníficos: las experiencias norteamericana y europea. En ambos casos se han propuesto fórmulas de periodiza-

<sup>275</sup> Rodríguez Bereijo, Álvaro, “La justicia constitucional en los sistemas contemporáneos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997, p. 13. De la misma forma escribe Aguiar: “pocos ordenamientos constitucionales escapan a la generalizada tendencia de incorporar entre sus instituciones mecanismos de justicia constitucional”. Aguiar de Luque, Luis, “La justicia constitucional en Iberoamérica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997, p. 21. “No se concibe hoy en día un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución”. Favoreau, Louis, *op. cit.*, nota 255, p. 13.

<sup>276</sup> Schlaich, Klaus, “Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 3, 1982, p. 558.

<sup>277</sup> Marshall, Geoffrey, “La ley parlamentaria como fuente del derecho. Virtudes y vicios de una Asamblea soberana”, en López Pina, A. (ed.), *Democracia representativa y parlamentarismo*, *cit.*, nota 88, p. 147.

<sup>278</sup> Combellas, Ricardo, *op. cit.*, nota 79, p. 21.

<sup>279</sup> Pergola, Antonio la, “Funciones del Tribunal Constitucional en la democracia moderna”, *Externado Revista Jurídica*, Bogotá, núm. 2, 1991, p. 3.

<sup>280</sup> Gambino, Silvio, “La jurisdicción constitucional de las leyes. La experiencia italiana desde la óptica comparada”, pp. 252 y 257.

ción. Así, la historia del control judicial en los Estados Unidos, enseña Wolfe,<sup>281</sup> puede dividirse en tres etapas: a) la era tradicional, que abarca desde la expedición de la Constitución hasta fines del siglo XIX; b) la etapa de transición, que corre desde el final de la Guerra Civil hasta 1937, y c) la era moderna, que comienza en este año y transcurre hasta nuestros días. En Europa se han podido distinguir cuatro fases históricas:<sup>282</sup> la primera comprende todo el siglo XIX hasta el fin de la Primera Guerra Mundial; la segunda etapa continúa hasta el fin de la Segunda Guerra; la tercera comienza precisamente en 1945, y la última es la del progreso acelerado desde los años setenta.

La consolidación de la facultad de control de la constitucionalidad en los Estados Unidos “será el resultado de un auténtico proceso de *construcción*, en el que las diferentes piezas serán cuidadosamente colocadas, en función de las diversas necesidades y coyunturas”.<sup>283</sup> Dicho proceso, que tiene sus orígenes teóricos en el principio de la prevalencia del derecho natural y en las enseñanzas, principalmente, de J. Harrington y J. Locke,<sup>284</sup> comienza, efectivamente, en el periodo comprendido entre la Declaración de Independencia (1776) y la aprobación de la Constitución Federal (1787), etapa en la cual se dictarán algunas Constituciones, que afrontarán, de forma directa, el problema del control de la constitucionalidad, tales como las de Pennsylvania, Vermont y Nueva York,<sup>285</sup> y “se producirán más de media docena de casos en que el Poder Judicial procederá a declarar inconstitucionales normas legislativas que se entendían contrarias a la legislación *superior* de los Estados”.<sup>286</sup> Como es conocido, la Constitución de 1787 no instituyó ni desarrolló expresa ni directamente la facultad de control de constitucionalidad de las leyes, a pesar de que durante el desarrollo de los debates constituyentes se discutió profusamente el tema derivado de la propuesta de instituir un Consejo de Revisión y de darle un poder de veto preventivo, absoluto y conjunto a los poderes Ejecutivo y Legislativo. Aunque se ha considerado que

<sup>281</sup> Wolfe, Christopher, *op. cit.*, nota 91, pp. 15 y ss.

<sup>282</sup> Arnold, “El desarrollo de la jurisdicción constitucional en Europa”, *La unificación alemana. Estudios sobre derecho alemán y europeo*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 142 y ss.

<sup>283</sup> Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, pp. 117 y 118.

<sup>284</sup> Así lo expresa Battaglini, Mario, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milán, Giuffrè, 1957, pp. 33-37.

<sup>285</sup> *Ibidem*, pp. 38-43.

<sup>286</sup> Blanco Valdés, Roberto L., *op. cit.*, nota 283, p. 124.

implícitamente le fue confiado al Poder Judicial dicha tarea, atribución que se pretende demostrar con la aceptación por parte de los delegados del poder de los jueces de declarar inconstitucional una ley en el ejercicio de sus funciones, misma convicción que se externará durante las convenciones de ratificación<sup>287</sup> y que derivaba de la aceptación de la supremacía de la Constitución, principio que hacía innecesario, como agudamente observa Cruz Villalón, establecer el derecho del control de constitucional como derecho escrito. Aunque no sea un texto constitucional ni una fuente jurídica positiva, por su importancia es necesario señalar que ya Hamilton, en *El federalista*, defendió el derecho de los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes basándose en la existencia de una “Constitución limitada”. Los tribunales, escribió, “han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad” por lo que debían ser considerados “baluartes de una constitución limitada, en contra de las usurpaciones legislativas”.<sup>288</sup> Después de la ratificación de la Constitución por las convenciones estatales, es decir, posteriormente a 1789, ya en presencia de una ley fundamental escrita, los jueces norteamericanos dictaron varias sentencias, que representan la consolidación en la práctica constitucional americana del principio de supremacía judicial, y que aparecen como antecedentes a la producida, en medio de fuertes conflictos políticos,<sup>289</sup> en 1803, dentro

<sup>287</sup> Einaudi, Mario, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi*, Italia, Universidad de Torino, 1931, pp. 32 y ss.; Catinella, Salvatore, *La Corte Suprema Federale nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, CEDAM, 1934, p. 200. Einaudi dice que si bien en la Constitución “non si ritrova una parola sola che esplicitamente ammetta il principio del controllo della magistratura sull'attività legislativa”, esta facultad “vi e invece sottinteso e permea di se tutta la costituzione”. En otra parte de la misma obra con gran vehemencia escribe este autor: “Cosi, dai capi dei partiti avversi, dai fautori e dai nemici della nuova costituzione, era stato affermato el principio della «supremazia» giudiziaria, affermato perche esso rappresentava la massima difesa dell'indipendenza degli stati e dei cittadini, il mezzo piu sicuro per costringere il sorgente leviatano dentro i limiti impostigli dei «poteri delegati» e per mantenere intatte quelle norme di diritto naturale che nessun potere legislativo avrebbe potuto impunemente violare. Unanimita incontrastata: perche nessuno, ne nella convenzione della Virginia, ne in altre, si alzo mai a combattere i principii che venivano enunciati sui normali compiti futuri della nuova magistratura federale” (pp. 37-41 y 57).

<sup>288</sup> Hamilton A. *et al.*, *op. cit.*, nota 122, pp. 332 y 333.

<sup>289</sup> Blanco Valdés, Roberto L., *op. cit.*, nota 283, p. 144; Einaudi, Mario, *op. cit.*, nota 287, p. 44. No podemos ahondar en el tema de los conflictos surgidos en esta época entre la

del célebre caso *Marbury vs. Madison*, en el que por primera vez se declara que “una ley contraria a la Constitución es nula”, y se reconoce el derecho a los jueces de no aplicar las leyes que consideraran inconstitucionales, basándose en la supremacía y rigidez de la Constitución, en el principio de división de poderes y en la existencia de un gobierno con poderes limitados, incluido el Legislativo. Este poder de los tribunales, consolidado en Estados Unidos precisamente en la época del juez John Marshall, pasó a formar, como dijera poco después Tocqueville, “una de las más poderosas barreras que se hayan levantado nunca contra la tiranía de las asambleas políticas”.<sup>290</sup>

En Europa, a pesar de que se puede presentar, como lo hemos hecho arriba, un esquema cronológico del desarrollo de las instituciones de control constitucional, la verdad es que es muy difícil pensar en estas etapas como una secuencia evolutiva, sobre todo si consideramos, como ha escrito Rubio Llorente, que su implantación es producto no de una evolución, sino de una revolución en el modo de entender la función judicial.<sup>291</sup> A los efectos del presente trabajo, sólo nos detendremos en el crecimiento de los órganos jurisdiccionales durante el siglo XX, ya que en la centuria décimo novena y debido en gran parte a la influencia francesa, estas instituciones fueron en Europa prácticamente ignoradas, aunque no se nos escapa que existen algunos antecedentes tanto en las ideas (piénsese

administración del presidente Jefferson y el Poder Judicial. Sin embargo, es muy indicativo de la situación política imperante en aquel momento la opinión de Brent, quien señala que cuando se dictó la sentencia del caso *Marbury vs. Madison* “la atención que contemporáneamente se prestó a la discusión, se debía más a la desavenencia entre la administración y el poder judicial que a la doctrina pregonada durante la causa, relativa al poder de la Corte, para declarar nulas y sin valor las leyes en conflicto con la Constitución... Cuando el fallo fue anunciado, en febrero de 1803, se concedió poca atención pública a las discusiones sobre el poder y el deber de la Corte para considerar nulas y sin valor, y para rehusar la aplicación, de las leyes en discrepancia con la Constitución”. Brent Swisher, Carl, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, trad. de H. Charny, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, s/f., t. I, pp. 91, 95 y 96.

<sup>290</sup> Tocqueville, Alexys de, *La democracia en América*, 2a. ed., trad. de L. R. Cuellar, México, FCE, 1996, p. 110.

<sup>291</sup> Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *La forma del poder*, Madrid, CEC, 1993, p. 507; *id.*, “La concepción de la jurisdicción constitucional en los Estados Unidos y en Europa”, *Historia y pensamiento. Homenaje a Luis Díez del Corral*, Madrid, Eudema, 1987, p. 405. De una verdadera revolución también habla Rivero, Jean, “A modo de síntesis”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, *cit.*, nota 89, p. 664.

en Sieyès, quien, al decir de algunos autores, expone la primera tentativa seria de establecer un control de constitucionalidad en Europa; el mismo Jellinek, con su exigencia de establecer un Supremo Tribunal Constitucional para Austria en 1885, propuso el reconocimiento a los jueces de dicha facultad o la creación de una jurisdicción con facultades de control preventivo que decidiera, en el curso del procedimiento legislativo, de *lege ferenda*, acerca de la constitucionalidad de las leyes)<sup>292</sup> como en las instituciones (por ejemplo, en Alemania, con la Constitución del 28 de marzo de 1849, que había sido concebida como una instancia de amplias facultades, o la ley constitucional del 21 de diciembre de 1867 del Imperio austro-húngaro, que instituyó el Tribunal del Imperio dotado de importantes atribuciones<sup>293</sup> y que algunos autores han calificado como el primer intento de llevar a cabo la institucionalización de un tribunal constitucional. Asimismo, no pueden olvidarse la Constitución alemana de 1871 o la suiza de 1874 o, en otro contexto, las leyes fundamentales de varios países de Iberoamérica que introdujeron, con gran entusiasmo, no sin importantes innovaciones fruto de varias tradiciones, la revisión judicial por el influjo de los Estados Unidos y de las grandes obras de la época, tales como *El federalista* y *La democracia en América*), lo que no obsta para aceptar que, en general, como dice Favoreau citando a Rivero, en esta época “el control de constitucionalidad de las leyes era en el derecho público lo que el western y la comedia musical son para el cine, una especialidad americana”.<sup>294</sup>

Sólo el fin de la Primera Guerra Mundial, con el advenimiento de regímenes republicanos y demócratas y la afirmación de lo que Guetzévitch denominó “racionalización del poder”, fue testigo del establecimiento de “las primeras experiencias de regulación positiva del control de constitucionalidad” nacidas de las exigencias que imponía la necesidad de implantar mecanismos para proteger la distribución territorial. El pri-

<sup>292</sup> Fernández Segado, Francisco, “El nacimiento del modelo de control autónomo de la constitucionalidad en Europa. (El control de la constitucionalidad en la Europa de entre-guerras)”, *La actualidad de la defensa de la Constitución*, México, SCJN-UNAM, 1997, pp. 34 y 35.

<sup>293</sup> Al respecto véase Öellingher, Theo, “L’evoluzione della giurisdizione costituzionale in Austria”, *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Italia, Maggioli, p. 38.

<sup>294</sup> Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, trad. de J. J. Fernández Rodríguez, en García Belaunde, D. y Fernández Segado, F. (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 99.

mer caso significativo es el Tribunal Supremo de Weimar, creado por la Constitución del 11 de agosto de 1919, que se vio envuelto, como ha enseñado Cruz Villalón, en una importante polémica heredada de la Constitución de 1871, sobre la posibilidad de que los jueces ejercieran el control de constitucionalidad de las leyes, que se saldó hasta 1925 (en virtud de que no se establecía dicho control judicial expresamente, a pesar de que el tema en su aspecto formal apareció y se debatió en la etapa constituyente) a través de una sentencia (considerada por los comentaristas el *Marbury vs. Madison* de Weimar) que reconoció dicha facultad.<sup>295</sup> Pero la importancia y trascendencia de la Constitución de Weimar en esta materia proviene de que organizó un control concentrado de constitucionalidad de las leyes de los Länder ante el Tribunal Supremo atribuyendo a sus decisiones efectos *erga omnes*.<sup>296</sup> En el ejercicio de dicha facultad se ocupó preponderantemente de conflictos competenciales, negándosele el control sobre la legislación federal, por lo que no podía controlar las leyes federales ni las controversias constitucionales referidas a la organización del Estado; lo que hacía que sus competencias fueran muy limitadas y que en la práctica ninguna ley fuera declarada inválida pese a las fundadas dudas sobre su constitucionalidad saldándose su actividad en resoluciones sobre casos sin ninguna trascendencia.<sup>297</sup>

Posterior y casi contemporáneamente, vendrían otros intentos de establecer el control de constitucionalidad de las leyes. El primero de ellos en Checoslovaquia, con su Constitución de 1920, que incluyó un artículo que consagraba la supremacía constitucional; posteriormente, Austria (1920), que instituyó el órgano “de más vasta influencia y actividad”, y España (1931), cuyo Tribunal se consideró “un progreso definitivo” en la materia. Sin embargo, estos tres tribunales, que surgieron, como dice Mortati, de las ilusiones de paz y hermanamiento de los pueblos que la victoria de las naciones democráticas causaron en 1918, tuvieron una

<sup>295</sup> La polémica derivó del artículo 70 de la Constitución que enunciaba: “El presidente del Reich promulga las leyes elaboradas, de conformidad a las prescripciones de la Constitución”. Arnold, *op. cit.*, nota 282, p. 144. Como dice Fernández Segado: “lo que la Constitución no había contemplado, sería admitido por la jurisprudencia”. Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 292, p. 38.

<sup>296</sup> Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, CEC, 1987, pp. 77-96.

<sup>297</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de A. Gallego Anabitarte, Madrid, Ariel, 1964, p. 316.

vida efímera y breve, resultó su experiencia muy reducida y de escasa duración. El Tribunal checoslovaco apenas llegó a funcionar, ninguna instancia legitimada impugnó ley alguna en sus años de existencia, sólo efectuó el control preceptivo de disposiciones legislativas interinas y las dos únicas impugnaciones de leyes que se presentaron no llegaron a resolverse desapareciendo desde el momento en que el sistema se inició.<sup>298</sup> El Tribunal Constitucional austriaco, paradigma del sistema europeo, como lo llama Cruz Villalón por su eficacia y capacidad de funcionamiento, fungió sobre todo como árbitro de los conflictos surgidos en la Federación, y se desintegró en 1933 por el ascenso del autoritarismo. El Tribunal de Garantías Constitucionales, regulado por ley orgánica en 1933, tuvo una “existencia fantasmal”, desapareciendo con la Guerra Civil de 1936, que terminó con la misma República española.<sup>299</sup>

No podemos pasar por alto que ni en Checoslovaquia ni en Austria ni en España se incluyó a nivel constitucional el “estatuto de control de constitucionalidad”, lo que demuestra la existencia en esta época de una confusión bastante extendida “acerca de la naturaleza y función” del mismo.<sup>300</sup> Es decir, en estas primeras experiencias, como señala Cruz Villalón, además de que es notorio que aún no estaba definida una concepción sobre la naturaleza de esta institución, el derecho básico de control de constitucionalidad no tenía rango constitucional, optando los constituyentes por una regulación fragmentaria e incompleta, relegando al legislador ordinario su “desarrollo”.<sup>301</sup> Tampoco puede dejar de mencionarse que en estos años la Constitución del Estado Libre de Irlanda de 1921 atribuyó al Tribunal Supremo la facultad de apreciar la validez constitucional de las leyes al igual que las Constituciones finlandesa, rumana y griega de 1919, 1923 y 1927, respectivamente. En América Latina, las Constituciones de Chile de 1925, la de Uruguay de 1934 y la refor-

<sup>298</sup> Cruz Villalón, Pedro, “Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)”, *REDC*, núm. 5, 1982, p. 139.

<sup>299</sup> Aja, Eliseo, “Prólogo. El origen, la expansión y la transformación de los tribunales constitucionales en los Estados europeos”, en Aja, E. (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, cit., nota 83, p. XVII. Aragón Reyes, Manuel, “La justicia constitucional en el siglo XX. Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, cit., nota 262, pp. 171 y 172.

<sup>300</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, pp. 362 y 407.

<sup>301</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 298, pp. 122, 123, 144 y 145.

ma constitucional guatemalteca de 1935<sup>302</sup> conforman una importante aportación; sin embargo, es notorio en el origen de todas estas experiencias, como señala Rubio, la existencia de un enorme recelo “por la buena y simple razón de que la jurisdicción constitucional es una institución absolutamente discordante con los presupuestos teóricos que están en la base de toda la obra de las constituyentes”.<sup>303</sup>

Es necesario preguntarnos por qué en Europa no se aceptó con facilidad la justicia constitucional. La respuesta está estrechamente ligada, precisamente, a los presupuestos teóricos que servían de base a las instituciones estatales. Por ello, aunque sabemos que mucho se ha criticado el carácter estilizado, ideal o alejado de la realidad del “modelo” liberal del derecho,<sup>304</sup> considerado por los más agudos comentaristas como “un fugitivo de su propia realidad histórica y social”, debemos comenzar acercándonos a sus características esenciales, ya que dicho arquetipo es el recogido en los documentos jurídicos de la época y el punto de referencia de las construcciones doctrinales elaboradas en la misma.

En el modelo liberal los derechos fundamentales son concebidos como anteriores y superiores al Estado (preestatales y supraestatales), y se considera que provienen de la naturaleza de la persona individual,<sup>305</sup> por lo que el Estado ni los otorga ni los crea, sólo los reconoce y protege. Su característica básica es que se trata, en principio, de derechos ilimitados que confieren ámbitos de libertad frente a cualquier intromisión por parte del poder público. Como normas de distribución de competencias,<sup>306</sup>

<sup>302</sup> Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional. Nacimiento, evolución y perspectiva actual”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, núm. 5, 1989, p. 554.

<sup>303</sup> Rubio Llorente, Francisco, “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional”, *RDP*, Madrid, núm. 16, 1982-1983, p. 33; Alcalá-Zamora, respecto al Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931 apreciará, de forma significativa, que su creación está rodeada de un “culto desbordado al parlamentarismo”.

<sup>304</sup> Como señala J. R. Capella refiriéndose al Estado liberal: “resulta imposible hablar directa y seriamente de algo que en puridad nunca se ha dado. El estado liberal apenas existió. Hay un modelo de estado liberal que idealiza una experiencia histórica más bien efímera y limitada...”. Capella, Juan R., *Fruta prohibida*, Madrid, Trotta, 1997, p. 120.

<sup>305</sup> Por ello se dice que los derechos pertenecen al “individuo aislado”. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Universidad, 1992, pp. 169-174.

<sup>306</sup> Zagrebelsky, Gustavo, “I diritti fondamentali oggi”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, vol. XII, núm. 1, p. 189; Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *Escritos sobre derechos fundamenta-*

establecen el ámbito en que los individuos pueden desarrollar sus actividades sin obstáculos, y delimitan, de forma negativa, el campo operativo del Estado; como normas de comportamiento son una pretensión de abstención y prohibición a la acción o intervención; como derechos absolutos no tienen más límite que el respeto a los derechos de los otros y ningún fin puede ser asignado a su ejercicio.<sup>307</sup> La libertad burguesa, como señala Hesse, era no política, una facultad de los particulares para disponer de un espacio propio sin intromisiones del Estado, a quien tampoco le interesaba el modo en que los individuos ejercieran su libertad. En virtud de que los derechos se dirigían y estaban concebidos sólo frente a la actuación de los poderes públicos, permanecían separados y ajenos a la asignación de posibles objetivos, fines o funciones, inmunes a cualquier contenido de tipo distributivo y no estaban garantizados frente a los particulares. Como escribe Habermas: “las relaciones horizontales entre las personas privadas, sobre todo las relaciones intersubjetivas que constituyen la práctica que los ciudadanos ejercitan en común, no tiene para el esquema liberal de la división de poderes ningún efecto formador de estructuras”.<sup>308</sup> Con esta noción de los derechos es como se pretende asegurar la autonomía del individuo.

Para hacer realidad la promesa de la protección de la libertad se afirmó el “dogma” de la separación entre Estado y sociedad. Los derechos eran garantías de libertad del individuo en la relación Estado-sociedad, y la ley servía para delimitar las esferas jurídicas de ambas categorías. Con ello se aseguraba el monopolio de la producción del derecho en el legislador y la regulación de las relaciones sociales mediante la ley; ésta señalaba a los individuos esferas concretas de libertad “de acción en un determinado ámbito material o vital” de acuerdo con el principio de autonomía y, al Estado, un ámbito restrictivo de actuación de acuerdo con el llamado principio de distribución,<sup>309</sup> por lo que las excepcionales intervenciones en la esfera de libertad de los individuos únicamente podían realizarse con el objetivo de garantizar la autorregulación social y con

les”, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 48. Recuérdese también al respecto el artículo cuarto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

<sup>307</sup> Rivero, Jean, “Sobre la evolución contemporánea de la teoría de los derechos del hombre”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, 1985, p.190.

<sup>308</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, pp. 318 y 319.

<sup>309</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 305, pp. 169-174.

arreglo a una ley, eliminándose, así, cualquier intromisión no avalada por la representación popular.

Dentro de esta construcción no es que fuera inexistente la intención de lograr el bien común, sólo que éste se entendía realizado a través de la acción individual y autónoma de los propios interesados y de forma independiente del Estado. Como explica Grimm, la sociedad, configurada de manera cuasinatural, devenía preeminente respecto al Estado y le correspondía fijar y realizar, con sus propias y espontáneas fuerzas, libre de cualquier tipo de determinación externa, los objetivos de bienestar y justicia social, económicos y culturales, mediante la persecución autónoma y voluntaria del bienestar individual, misma que conduciría de manera natural a un equilibrio y definición de intereses comunes entre las fuerzas sociales. Por ello se habla de autorregulación social de los conflictos de intereses o de autofuncionamiento, autonomía y autarquía de la sociedad. Al Estado, que representaba “la fuente de todos los males sobre la tierra”, “lo artificial y arbitrario”, sólo le quedaba una posición instrumental y derivada carente de cualquier responsabilidad en la procura del bienestar de los ciudadanos; sus únicas funciones eran la eliminación de los obstáculos que hicieran imposible la libertad de los individuos y el libre juego de las fuerzas sociales, la garantía de las condiciones y presupuestos que posibilitaran la seguridad interna y externa ante la certeza de las disfuncionalidades que podrían presentarse dentro de la propia sociedad, el establecimiento de reglas rectoras de las relaciones entre los particulares, y su represión en caso de violación, y evitar las amenazas provenientes de potencias extranjeras. El Estado debía “abstenerse de buscar el bienestar de los ciudadanos”, no estaba obligado a procurar la realización ni la efectividad de los derechos ni de las condiciones sociales que los hicieran posibles. El orden de la comunidad, considerado “un agregado de individuos”, se regulaba y estabilizaba a sí mismo, lo que hacía superflua, o casi superflua, la existencia del Estado, ya que la no regulación de las relaciones sociales tendría como consecuencia el natural equilibrio social. Como puede deducirse de lo anterior, la comunidad liberal era una “sociedad volcada en la economía que mediante la satisfacción de las expectativas de felicidad privadas de ciudadanos activos habrían de garantizar un bienestar general entendido de manera apolítica”.

Así, se ha podido decir que el Estado liberal estaba construido desde la negatividad; su papel era el de un simple, pero necesario “vigilante nocturno” de la sociedad, que cumplía únicamente funciones políticas

de mantenimiento o restablecimiento del orden público general y que intervenía “sólo en caso de perturbaciones”<sup>310</sup> o, como sucedió realmente, cuando los “intereses de la sociedad” así lo demandaran. Esta concepción era congruente con la doctrina del contrato social, que constituía el principio de legitimación estatal, y con la idea de la existencia de un ente neutral carente de la obligación de realizar específicos fines políticos. La sociedad, abandonada a sus propias fuerzas, no sólo estaba separada, sino en relación de supremacía respecto al Estado, y se gobernaba a sí misma. Esta sociedad autoorganizada y despolitizada estaba regida y constituida, principalmente, por el Código Civil, “auténtico baluarte de la libertad burguesa”, que contenía “el modelo social del orden jurídico” y expresaba las bases de la relación Estado-sociedad y regulaba las relaciones entre particulares desde el punto de vista de la libertad individual al margen y por encima de las Constituciones.<sup>311</sup> La finalidad de toda la construcción liberal era que a través de la autonomía de los ciudadanos, asegurada en términos de derecho privado, el libre juego de los fines individuales y de las decisiones tomadas con base en sus propias preferencias, surgieran espontáneamente “tramas de relaciones sociales” que pudieran considerarse justas.<sup>312</sup> Pero, como atinadamente aclara Neumann, en esta concepción, la abstención o ausencia del Estado no significó debilidad, al contrario, el “Estado liberal mostró siempre la fortaleza que le exigieron la situación política y social y los intereses de la sociedad; sostuvo guerras y aplastó huelgas; con la ayuda de armadas poderosas protegió sus inversiones, con la de poderosos ejércitos defendió y extendió sus fronteras, y con la policía restableció la paz y el orden”.<sup>313</sup>

<sup>310</sup> Grimm señala que la actividad de la administración “clásica” tenía las características de ser “reactiva, bipolar y puntual”, es decir, era reactiva en cuanto que presuponia un suceso externo calificado como perturbador; bipolar, en cuanto que la actividad se restringía a la relación entre el Estado y el elemento perturbador; y, puntual, pues se agotaba en la eliminación de tales perturbaciones. *Cit.* por Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 516. Véase la referencia concreta de estas características en Grimm, Dieter, “Evolución de las tareas del Estado y crisis del Estado de derecho”, trad. de A. López Pina, en López Pina, A. (ed.), *Democracia representativa y parlamentarismo*, *cit.*, nota 88, p. 51.

<sup>311</sup> Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, trad. de I. Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Civitas, 1995, pp. 35-38.

<sup>312</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 243.

<sup>313</sup> Neumann, Franz, “El cambio en la función de la ley en la sociedad moderna”, *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Argentina, Paidós, 1968, p. 30. Como escribe Kammler: el Estado liberal era supuestamente un Estado vigilante, pero la verdad es

En las funciones y características atribuidas a la ley podemos identificar la idea de sociedad configurada en el Estado liberal; su función será articular las libertades de todos entre sí y delimitar las esferas jurídicas del Estado y la sociedad. Como obra de la voluntad general, crea y conforma los derechos de los ciudadanos, configura y regula las relaciones sociales y determina el funcionamiento, organización y competencias de los poderes públicos. La idea central era la inexistencia de la libertad sin ley. Los únicos derechos que existen son los que derivan de la ley, por lo que sólo ella podía limitarlos y regular los poderes existentes dentro del Estado.<sup>314</sup>

La ley, además de la garantía política de su “origen especial” y de haber sido dictada por la representación popular, “autoridad que se halla por encima de las demás autoridades estatales y cuya voluntad domina a cualquier otra dentro del Estado”, poseía ciertas características semánticas esenciales dirigidas a garantizar la libertad y la persecución de objetivos sociales comunes: la *generalidad*, cualidad central, básica, sin la cual, como explica Schmitt, el Estado de derecho desaparecería, abarca la materia y la voluntad que la establece (generalidad del objeto y del sujeto como diría Rousseau) y expresa la preeminencia de la *ratio* sobre la *voluntas*; esta característica presupone, como noción “inmanente”, la *igualdad* de todos los individuos frente a la ley que significa no sólo estar sometidos todos a las mismas leyes, sino, también, “protección contra quebrantamientos, dispensas y privilegios”.<sup>315</sup> La generalidad de la ley conduce de forma natural a la igualdad, advierte de su estrecha relación con el entendimiento de los derechos como normas o libertades negativas<sup>316</sup> e implica la exclusión de particularidades, por lo que puede enten-

que era tan fuerte “como lo exigía la situación política y social en interés de las clases dominantes”. Kammler, Jörg, “El Estado social”, *cit.*, p. 94.

<sup>314</sup> La idea está articulada con suma precisión en García de Enterría, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, *REDA*, Madrid, 1996, núm. 92, p. 613; Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996, p. 40.

<sup>315</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 305, pp. 152, 159 y 162.

<sup>316</sup> Las normas de derechos eran consideradas normas de defensa ya que mediante ella se pretendía la protección de la libertad ciudadana en el sentido de estatus negativo. Starck, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, trad. de L. Legaz y Lacambra, Madrid, CEC, 1979, p. 132. También F. Neumann señala la relación entre la generalidad de la ley y la concepción negativa de los derechos, *op. cit.*, nota 313, p. 37.

derse que sólo podía tener como objeto cuestiones de interés universal para la comunidad. La Ley sería general por provenir de una voluntad general, por su tendencia a la igualdad, es decir, por ser la misma para todos<sup>317</sup> y no tener determinados los sujetos a quienes se dirige ni individualizados los supuestos de aplicación, ya que, como escribía Schmitt, ante un mandato particular no hay igualdad ninguna, o, como decía Rousseau, no hay voluntad general sobre un objeto particular. En la generalidad de la ley se agota el contenido de la igualdad jurídica y toda la carga de legitimación del derecho. Dicha igualdad traería como consecuencia un equilibrio en la libertad de todos los individuos dentro del Estado. De ahí que la idea de las libertades penetre en el instrumento mismo de la determinación popular. Otra característica básica de la ley, la *abstracción* o formulación sobre hechos no determinados concretamente, sino sólo de forma hipotética, lleva consigo la idea de estabilidad o permanencia,<sup>318</sup> la normalización de expectativas de comportamiento y al aseguramiento de consecuencias ciertas. Estas características, como fácilmente se puede apreciar, implican cualidades puramente formales; en cuanto al fondo, la ley “no se caracteriza ni por su materia, ni por la naturaleza intrínseca de sus prescripciones”, por ninguna condición sustancial (era ley lo que el Parlamento creaba), lo que significaba que, como escribe Habermas, conforme a la lectura liberal su legitimidad se debía no a su procedimiento de creación, sino a su forma gramatical.

Como señala Schmitt, el concepto de libertad característico de la época está contenido en la noción de ley; ésta, además de ser expresión de la voluntad popular y acto de autodeterminación de la sociedad, era el instrumento más adecuado para garantizar la libertad individual, por lo que cualquier intervención en ella debía realizarse mediante norma general y ser excepcional, “calculable, mensurable y controlable con arreglo al su-

<sup>317</sup> Recuérdese en este sentido el artículo 4 de la Declaración de Derechos de 1789: “La ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general; es la misma para todos...”. Estas ideas también se encuentran en las posteriores constituciones francesas, principalmente, en la de 1793. En el mismo sentido las palabras de Rousseau: “Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en cuanto cuerpos, y a las acciones como abstractas, nunca a los hombres como individuos, ni a las acciones como particulares. Así la ley puede decretar que habrá privilegios, pero no puede concederlos específicamente a nadie...en una palabra, toda función que se relacione con algo individual no pertenece al poder legislativo”. Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, Madrid, Biblioteca Edaf, 1982, p. 37.

<sup>318</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, notas 42 y 306, pp. 29 y 190, respectivamente.

puesto y contenido”.<sup>319</sup> Por ser condición de existencia, fundamento, medida y garantía de los derechos, la efectividad de éstos dependería de su desarrollo legislativo, lo que implicaba que, como escribía Anschütz, no podían ser considerados efectivamente vinculantes sino directivas para emanar leyes. Al ser la ley la principal fuente del derecho, y de los derechos, éstos, como dice Aragón, no eran facultades constitucionales, sino legales, y la Constitución no era fuente de la libertad, sino del poder, de la que no emanaban derechos, sino competencias de los poderes públicos.<sup>320</sup> Como escribe Preuss, los derechos no eran obstáculos a la legislación ni al bienestar público, no garantizaban una ordenación jurídica que pudiera imponerse al legislador, sólo constituían obligaciones políticas. Para decirlo con Zagrebelsky, los derechos, al identificarse con la ley, podían ser protegidos por ella, pero no contra ella, no garantizaban una ordenación jurídica frente al legislador, ya que, además de que éste tenía la última palabra en materia de derechos y libertades, se consideraba que su actuación era natural y necesariamente justa, que la ley era “legítima por definición”, por encarnar la voluntad general<sup>321</sup> y ser producto de actos de autodeterminación de los ciudadanos. Al ser el Parlamento el lugar de formación de la voluntad popular, la ley era considerada naturalmente recta, infalible, legítima, correcta, siempre buena. Desde este punto de vista, el problema no era limitar al legislador, sino afirmar su autoridad, ya que cuanto “más fuerte es el legislador mejor refleja la voluntad general y, en consecuencia, más seguras están las libertades y derechos”.<sup>322</sup>

Esta organización, fundada en la reserva de ley “racionalmente adecuada”, dirigida al despliegue de la actividad privada, que confiaba la realización de la libertad a la autogestión de la ciudadanía, que tenía como instrumento principal a la ley y como finalidad la garantía de los derechos ante la administración, implicaba la total reducción del derecho a la ley y por consiguiente, como explica Zagrebelsky, la reducción

<sup>319</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 305, p. 179.

<sup>320</sup> Aragón, Manuel, “Constitución y derechos fundamentales”, *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Universidad de Murcia, 1997, t. I, p. 94. Como decía Anschütz, la Constitución “no representa, respecto a la ley ordinaria, una norma de rango superior a la que aquellas instancias que aplican el derecho debieran obedecer antes que a la ley”.

<sup>321</sup> La reflexión en este sentido es de clara influencia rousseoniana, pues para el ginebrino las leyes, como expresión de la voluntad general, no pueden ser injustas, “es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a sus miembros”. Rousseau, Juan J., *op. cit.*, nota 317, p. 59.

<sup>322</sup> Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 314, p. 73.

de los derechos y de la justicia a la misma. En virtud de esto podemos señalar, con Fioravanti, que la ley, “clarividente y ciega” es, en esta época, el punto de encuentro entre el individualismo contractualista y el estatismo propio del momento. A la imagen acuñada por el individualismo de la preestatalidad de los derechos y su origen natural, se suma y sobrepone la imagen de la ley como instrumento que no sólo los reconoce, sino que también les otorga existencia y efectividad. Hay un nexo inescindible entre ley y derechos, que sostiene la primacía de aquella sobre éstos y que podía cumplirse por la simplicidad de las funciones atribuidas al Estado.

Sobre esta concepción (el derecho es la ley, ambas se identifican) se levanta toda la construcción institucional del Estado de derecho. La posición de supremacía jerárquica del Parlamento como representante de la soberanía del pueblo y la “virtud superior inherente” a la ley encontraban expresión en una rígida división de poderes y en las competencias y funciones subordinadas de la administración y los jueces, quienes venían a ser agentes o funcionarios que recibían sus poderes de la ley general. La separación de poderes sólo era una técnica de organización del Estado que permitía “asegurar la supremacía del Poder Legislativo —expresión de la voluntad popular— sobre el Ejecutivo y el Judicial”.<sup>323</sup> En otras palabras, como todas las actividades estatales estaban dominadas por la fuerza especial de la ley, la división de poderes no era sino el reflejo de un desequilibrio a favor del Legislativo, que ejercía funciones de “dirección y control” y regulaba la distribución de competencias entre los órganos del Estado como consecuencia de ser considerada una autoridad superior a cualquiera otra dentro del mismo. En este sistema estatal, la separación entre el legislador y los otros órganos constitucionales no sólo es producto de una graduación jerárquica de poderes, sino de la consideración de que éstos estaban investidos de diversa naturaleza.<sup>324</sup> No en vano se ha dicho que la división de poderes se configuraba como “guardián” de la ley<sup>325</sup> o, es más, que no existía realmente, ya que se diluía en el predominio de un solo poder. Por ello se habla de la existencia de una concepción monista (que tiene en el centro la pregunta sobre quién es el soberano y

<sup>323</sup> Baratta, Alessandro, *op. cit.*, nota 49, p.122.

<sup>324</sup> Carré de Malberg, R., “La garanzia giurisdizionale della Costituzione”, *cit.*, nota 125, pp. 221 y 222.

<sup>325</sup> Otto Mayer, *Derecho administrativo alemán*, trad. de H. Heredia y E. Krotoschin, Buenos Aires, Depalma, 1949, t. I, p. 91.

cómo puede ejercitar su poder) en donde uno de los órganos gozaba de un poder originario, “esencialmente único”, y los demás ejercitaban únicamente funciones derivadas.

En virtud de lo anterior, para que la actuación de la administración se considerara legítima debía sujetarse a la norma general establecida por los representantes populares. La administración no podía hacer nada que no estuviera definido en la ley, producto de la voluntad y consentimiento de la nación. Como escribió Carré de Malberg, los agentes administrativos, en todos sus grados de jerarquía, únicamente “pueden querer y estatuir” mientras invoquen una ley, para ellos no existe campo, general o particular, dentro del cual puedan tener enteramente libertad de acción si no es en ejecución de las leyes o en virtud de un poder legal.<sup>326</sup> La legalidad transmite legitimidad al funcionamiento de la administración; ésta no podía intervenir en la esfera de libertad del individuo ni contra una ley ni sin fundamento legal, lo que demuestra que todo el sistema jurídico estaba llamado a la defensa de la libertad, pero siempre frente a las intervenciones de la única instancia que podía violarlos: la administración. Esto supone, asimismo, la existencia de una contraposición conceptual entre poder y derecho, entre el campo en el que podía actuar la administración y el campo de la libertad, que era el terreno de la sociedad y, por tanto, del legislador.<sup>327</sup>

En esta época existe una separación radical entre creación y aplicación del derecho, entre las funciones desempeñadas por el legislador y las realizadas por los jueces; estos últimos también estaban atados, en el proceso de toma de decisiones, por la absoluta racionalidad de la ley y la incondicional legitimidad del legislador, como la llama Bobbio. Por su posición dentro del sistema, sólo extraían de las normas legales las soluciones a los casos que se les planteaban, respetando los valores sistémicos básicos: la certeza y seguridad jurídica. Considerados verdaderos “esclavos de la ley”, como los denominaba Voltaire, debían limitarse a su aplicación escrupulosa y rigurosa y ceñir sus decisiones al sentido literal de sus palabras; es decir, a una función exclusivamente mecánica o técnica, quedándoles prohibida su interpretación, debido a que, además de

<sup>326</sup> Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, 2a. ed., trad. de J. Lión Depetre, México, FCE-UNAM, 1998, pp. 339-343.

<sup>327</sup> Una explicación sumamente clarificadora de este “dualismo conceptual”, Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 2, pp. 131 y 132.

algunas razones históricas que produjeron una gran desconfianza hacia este cuerpo, considerado un conjunto de funcionarios estatales enemigos de la unidad política de la nación por su origen aristocrático, un juicio sobre ella implicaría un atentado a la soberanía del Parlamento, único órgano legitimado para aclarar o interpretar el sentido de las normas, y una violación a la idea de que la ley tenía un significado unívoco que contenía todo el derecho capaz de cubrir cualquier laguna que pudiera surgir dentro del ordenamiento.

El juez aparece como un autómatas sujeto estrictamente a la ley de donde derivaba la legitimidad de sus funciones; sus decisiones debían basarse exclusivamente en las normas generales dictadas por el legislador, por lo que no ejercitaba un poder originario, sino derivado. En este sistema “cerrado, unificado y completo”, su única función era la de aplicación. Como el legislador era el dueño y creador de todo el derecho, hasta en sus más pequeños detalles, éste sólo podía ser aplicado por el juez de manera lógica, en cualquier tiempo sin que fuera necesario, por ello mismo, que tuviera alguna especial preparación científica; sus funciones eran meramente “cognoscitivas”, basadas, como visualizó Neumann, en una “teoría fonográfica” íntimamente relacionada a determinada teoría de la separación de poderes. Esta sujeción de los jueces a la ley y su reducción a simples operadores mecánicos de la misma, situación que no era vista como negativa por los propios jueces, ya que por su formación, mentalidad y proveniencia social, éstos no podían pensar que la ley se aplicara de otra forma, sino de manera literal, tenía como fundamento el orden institucional general creado para la salvaguarda y garantía de los derechos, y como objetivo político e ideológico comprometer al juez “con el proyecto revolucionario en la lucha contra el absolutismo real y en la defensa de los valores propugnados por el Estado liberal de derecho”.<sup>328</sup>

El juez era un defensor de la ley, al grado de que se crearon instituciones como el *reféré legislatif*, que, como se sabe, establecía que cada vez que los jueces tuvieran duda sobre el significado de un texto legal debían dirigirse al órgano legislativo para que éste mediante un decreto diera la interpretación válida y auténtica del mismo. Precisamente el Tribunal de Casación se creó, como enseña Pizzorusso, para asegurar el respeto a la voluntad del legislador como órgano de control comisionado por el

<sup>328</sup> Aparisi Miralles, Ángela, “Notas sobre la jurisprudencia como fuente del derecho”, *AFD*, Madrid, núm. IX, 1992, pp. 251 y 252.

Parlamento,<sup>329</sup> o, como dicen los textos jurídicos, para asegurar la exacta observancia y uniforme interpretación de la ley y que cada órgano del Estado se mantuviera en su órbita de competencias, y, en consecuencia, para que los órganos judiciales no invadieran la esfera del legislador. Como observa Cappelletti, precisamente por estas funciones se propuso que dicho Tribunal “fuese designado como *Conseil national pour la conservation des lois*, un nombre que habría indicado, con mayor precisión, su prístina labor, de impedir, utópicamente, que la interpretación de las leyes entrase en la esfera de un órgano perteneciente a un poder diverso del *legislativo*”. Esta Corte de Casación garantizaba al Poder Legislativo de cualquier injerencia del Judicial, lo que reflejaba, por un lado, la desconfianza en la actividad interpretativa y creadora de los jueces y, por otro, la confianza en la ley como reguladora de toda la vida social.<sup>330</sup>

Así se pretendía suprimir todo intento por parte de los jueces de interpretar las leyes, juzgarlas o competir con ellas; su función se limitaba a

<sup>329</sup> Como consignaba la ley de organización judicial de 1790: “Los tribunales no podrán participar ni directa ni indirectamente en el ejercicio del poder legislativo; ni impedir ni suspender la ejecución de los derechos del cuerpo legislativo”. También en Italia, el Estatuto Albertino recogió este principio en su artículo 73: “la interpretación de las leyes con carácter vinculante para todos corresponde exclusivamente el poder legislativo”. *Cit.* por Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 84, p. 405. También en México se aplicó esta práctica. En las entidades federativas, nos informa González Oropeza, el Poder Judicial no podía interpretar o suspender la aplicación de las leyes y cualquier duda que surgiera al respecto debía hacerse del formal conocimiento del Congreso del Estado, por conducto del gobernador sin que el Poder Judicial pudiera plantearlo directamente al Legislativo. Hubo estados de la República incluso, que llegaron a sancionar con la remoción de la autoridad si ésta se atrevía a interpretar la ley, así como a multar a los particulares que indujesen la interpretación de la misma por autoridad distinta de la legislativa. González Oropeza, Manuel, “La interpretación constitucional en México”, Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Alfaguara, 1998, pp. 240 y 241.

<sup>330</sup> Son ilustrativas al respecto las siguientes palabras de Robespierre: “En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley...si una autoridad distinta del legislador podría interpretar las leyes, ella elevaría su voluntad por encima de la del legislador”. Pero más allá de este control, la interpretación de la ley era impensable para el propio juez, ya que “si la ley pudiera ser interpretada, ampliada o aplicada según la determinación de una voluntad particular, el hombre ya no estaría bajo la salvaguardia de la ley sino bajo el poder del que la interpreta o la amplía”. Las citas provienen de Brewer-Carías, Allan R., “Control de constitucionalidad. La justicia constitucional”, en García de Enterría, E. y Clavero Arévalo, M. (dirs.), *El derecho público de fines de siglo...*, *cit.*, nota 75, p. 547; Senese, Salvatore, “Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial”, trad. de P. Andrés Ibáñez, *Corrupción y democracia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 50.

administrar justicia legal, a ser, como escribió Montesquieu: “la boca que pronuncia las palabras de la ley” y, en ese sentido, un “poder nulo”. En otro contexto, pero en la misma época, el propio Marshall escribió que el Poder Judicial “no tiene en ningún caso voluntad propia... La facultad judicial nunca se ejerce con el fin de dar efecto a la voluntad del juez; pero si para dar efecto siempre a la voluntad de la legislatura; o, en otras palabras, a la voluntad de la ley”.<sup>331</sup> Los jueces debían seguir la letra de la ley; no podían innovar o crear nada que no estuviera contenida en la misma ni moderar su fuerza o rigor ni ser un auténtico poder. Sólo serían un instrumento con la función de declarar o pronunciar el valor y significado de la ley.

De esta forma, como escribe Tarello, se consagra la exaltación de la ley y la “esterilización política” o abatimiento del Poder Judicial.<sup>332</sup> Afectado por una debilidad congénita, fue colocado en condición de inferioridad en relación con los otros poderes; funcionaba como órgano auxiliar de la asamblea legislativa y sólo le correspondía asegurar la aplicación de la ley.<sup>333</sup> Y fue precisamente garantizar que el juez se limitase a la simple aplicación de las leyes la razón por la que se le impuso la obligación, entre otras, de motivar las sentencias que dictase, de modo que éstas realmente aparecieran como la particularización de la ley al caso.<sup>334</sup> Lo que demuestra que no sólo a nivel doctrinal el juez apareció como “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, sino que dicha concepción también fue institucionalizada.

Toda esta construcción conducía a la reducción de la función del juez a un autómatas en la aplicación de normas, y la de todo el derecho a una ley formal en la que no podía haber más interpretación que la realizada por el legislador. Ante este modelo, la competencia judicial de revisar la constitucionalidad de las leyes era impensable; no sólo porque la voluntad expresada en la ley se consideraba necesariamente justa, sino también porque al juez le estaba prohibido interferir en la actividad del legislador.

<sup>331</sup> Cardozo, Benjamín N., *La función judicial*, trad. de V. Cisneros y L. Perezniето, México, Perezniето Editores, 1996, p. 87.

<sup>332</sup> Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de C. Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, 1927, p. 346.

<sup>333</sup> Carré de Malberg, R., *op. cit.*, nota 125, p. 218.

<sup>334</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 314, pp. 615-617. Se produjo el intento, señala este autor, de separar en dos planos incommunicables la estructura del derecho: uno material y político, y otro meramente mecánico.

La limitación de éste a través de un control jurisdiccional hubiera significado la imposición de un control externo de su obra y, por tanto, la alteración radical del sistema político imperante.

Como puede observarse, y advierte De Otto, la ley no sólo se impone al Ejecutivo y al juez desde el punto de vista negativo, sino que regula sus actividades, establece sus competencias y genera todos sus poderes. Considerando esta construcción teórica, Habermas, quien sigue a Husserl, describe la distribución de competencias entre los órganos del Estado desde la perspectiva temporal de las decisiones colectivas: la actividad del Poder Judicial, en virtud de su sólida vinculación a las decisiones del legislador expresadas en el derecho legal, es acción orientada al pasado. El legislador toma decisiones que ligan la acción futura, y la administración hace frente a problemas que apremian a la actualidad.<sup>335</sup> Gallego Anabitarte, por su parte, siguiendo a Kant, ha escrito que los tres poderes, desde esta construcción jurídica, se corresponden con las proposiciones de un razonamiento lógico: la ley sería la premisa mayor, la menor sería la subsunción bajo la ley; es decir, el Ejecutivo dictando reglamentos, y la conclusión sería la sentencia.<sup>336</sup> Desde la misma perspectiva, otros autores han distinguido diferentes ámbitos de legitimación: el que corresponde al legislador, que estaría en el campo de la legitimación política, y el de los órganos ejecutores, a quienes les correspondería el ámbito de la legitimación legal.

Toda esta construcción era posible porque el derecho del Estado liberal clásico era producto de una clase homogénea, perfectamente “acotada y delimitada” que encontraba su espacio de expresión en el Parlamento por la existencia del sufragio censitario o restringido. Mediante este instrumento se aseguró la homogeneidad de la base social del Estado y la expresión de los intereses de esa sociedad unitaria. En el Parlamento “se alojaron” únicamente los grupos y facciones de la clase dominante, haciendo de su organización un auténtico “consejo de administración de la burguesía”; una verdadera “asamblea de notables”, y de su funciona-

<sup>335</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 318. La misma referencia en Rodota, Stefano, “La promesa de los derechos”, trad. de F. Hinestrosa, *Revista Jurídica*, Colombia, núm. 1, 1992, p. 27; Bouzat, Gabriel, *op. cit.*, nota 242, p. 282.

<sup>336</sup> Carreras, Francesc de, “La ley en el constitucionalismo y en la Constitución Española”, *RFDUCM*, Madrid, núm. 15, 1989, p. 294. Para Hegel, el poder de legislar y establecer lo universal lo detentaba el Poder Legislativo y la subsunción bajo lo universal de las esferas particulares y los casos individuales eran parte del poder gubernativo. Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 18.

miento, como dice Ostrogorsky, “el juego favorito de un grupo selecto”. Si bien la Constitución garantizaba la esfera privada de todos los individuos, la participación y, por tanto, la libertad política estaban reservadas a un grupo privilegiado. Había, como se ha dicho, una vinculación genética entre institución representativa y clase social. En este sentido, la ley era la principal garantía de los valores, intereses y poderes de las clases sociales políticamente activas. La participación exclusiva de una sola clase dentro del Parlamento garantizaba que la ley poseyera contenidos determinados y garantizara ciertos intereses. El derecho y los derechos constituían “un arreglo social monodimensional”. Por ello se puede decir que la organización política decimonónica se caracterizaba, como escribe Zagrebelsky, porque una de las partes, la que constituía la sociedad, la más interesada en la “corrección del sistema”, permanecía fuera del Estado, neutralizada, clandestina, sin posibilidad de expresión, excluida de las decisiones políticas y sin poder participar en el diálogo político, y la que lograba expresarse coincidía fundamentalmente en sus orientaciones e intereses encontrando su consagración en la ley. Una sociedad política “monista” o “monoclase”, oligárquica, que poseía el monopolio político y legislativo como era la sociedad liberal, determinaba el contenido y las condiciones de la legislación,<sup>337</sup> que, dada la calidad de los participantes, sus afinidades ideológicas y su comunidad de intereses, garantizaba la adhesión del legislador a los principios jurídicos que daban fundamento a la sociedad liberal. Como enseña Böckenförde, los ciudadanos y la sociedad no tenían ninguna participación en el poder político de decisión ni posibilidad alguna de influir activamente en ese poder. Son estas características de la sociedad liberal las que hacían inviable y políticamente imposible una garantía a favor de la Constitución contra la injusticia de las leyes. El Poder Judicial era considerado un “poder nulo” porque no representaba a ninguna clase social, era “totalmente ajeno de los intereses de clase del Estado”.<sup>338</sup> Además, como afirma Neumann, el monopolio de la creación de la ley por parte del Parlamento, la afirmación de que los jueces y los órganos administrativos únicamente pueden aplicar las leyes “es una ilusión que sirve también para negar la capacidad de crear leyes a las fuerzas extraparlamentarias”.<sup>339</sup>

<sup>337</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 42, pp. 31 y 32.

<sup>338</sup> Solozábal Echavarría, Juan J., “Sobre el principio de la separación de poderes”, *REP*, Madrid, núm. 24, 1981, p. 223.

<sup>339</sup> Neumann, Franz, *op. cit.*, nota 313, p. 45.

Es después de terminada la Segunda Guerra Mundial cuando se consolidan importantes cambios en la función del derecho; se generalizan y amplían las facultades de los órganos encargados del control de constitucionalidad de las leyes, y se acentúa, profundiza y consolida el movimiento a favor de la justicia constitucional, como escribe Fix-Zamudio. En los momentos constituyentes que preceden a la adopción de muchas de las más representativas constituciones de la época es posible comprobar que la instauración de un instituto encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes era una certeza a la que pocos ponían reparos. Las palabras de Kelsen habían encontrado suficiente eco en la conciencia jurídica:

Una Constitución, había escrito el maestro vienés en 1929, que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico... una Constitución en la cual los actos inconstitucionales sigan conservando su validez —al no ser posibles anularlos por su inconstitucionalidad— equivale, desde el punto de vista propiamente jurídico, a poco más que unos buenos deseos desprovistos de fuerza obligatoria.<sup>340</sup>

La influencia de Kelsen dio lugar al inicio de una especie de derecho común<sup>341</sup> basado en la idea de que la única forma de incrementar la fuerza obligatoria de la Constitución era mediante la instauración de un órgano facultado para controlar la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, por lo que, como subraya T. Cole, en esta época las discusiones doctrinales ya no versarán sobre la necesidad de instaurar dicho control, sino sobre el tipo de tribunal, su organización, composición y método de selección de sus integrantes.<sup>342</sup> El establecimiento de estos órganos ha sido considerado una innovación fundamental en el constitucionalismo de posguerra; su introducción representó, en muchos casos, la aparición de un órgano diferente: un “tercero incómodo”, la irrupción de nuevas categorías dogmáticas<sup>343</sup> y, en algunos países, una elección “compleja y atormentada”.

<sup>340</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 73, p. 150.

<sup>341</sup> Elia, Leopoldo, “La Corte nel quadro dei poteri costituzionali”, en Barile, P. *et al.* (cura), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Milán, Il Mulino, p. 516.

<sup>342</sup> Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 292, p. 548.

<sup>343</sup> Esta apreciación es de Crisafulli, Vezio, “La Corte Costituzionale ha vent’anni”, en Occhiucupo, N. (cura), *Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Balan-*

No puede dejar de mencionarse la importancia que la experiencia histórica tuvo en la instauración y consolidación de este instituto, que nace de una matriz cultural común: la necesidad de controlar el poder, tutelar y hacer efectivos los derechos fundamentales y robustecer la implantación de la democracia representativa con objeto de evitar la repetición de experiencias similares a las que se presentaron antes y durante la Segunda Guerra.<sup>344</sup> Se trata de instituciones que, como se ha dicho en repetidas ocasiones, dan sus primeros pasos sobre las ruinas de sistemas autoritarios, y son adoptadas como consecuencia de una opción política considerada la más conveniente a pesar de la dificultad de incrustarlas en la concepción clásica del sistema político. Como enseñaba Pierandrei, si bien la idea de crear un órgano jurisdiccional encargado de controlar al legislador suscitaba el temor de que, teniendo que operar en la esfera en la cual tradicionalmente obraban los entes políticos, pudiera ocasionar consecuencias negativas sobre el equilibrio del sistema, fue determinante para su aceptación, además del recuerdo de las experiencias pasadas, la conciencia de la necesidad de proveer a la defensa de la ley suprema constitutiva del ordenamiento democrático,<sup>345</sup> factor de unidad e inte-

*cio di vent'anni di attivitta*, Padova, CEDAM, 1984, p. 74. Para De la Quadra, el control del legislador se presenta como “el reto más importante del derecho público de nuestro siglo”. Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 3, p. 135.

<sup>344</sup> Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 22. Hauriou lo captaba con suma precisión desde 1929: “se siente la necesidad de controlar los parlamentos porque su legislación, movida por las pasiones electorales, se ha convertido en una peligrosa amenaza para las libertades”. Favoreau, Louis, *ibidem*, p. 25. Así, se puede decir, con este autor, que el fenómeno del control de constitucionalidad de las leyes se produjo en Europa no por un problema de lógica jurídica del constitucionalismo, como en el caso de los Estados Unidos, sino por un problema de lógica política: “el temor a la opresión por una mayoría parlamentaria”. Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, nota 75, p. 549. Los Estados europeos salen asfixiados “por el abuso barbárico de mecanismos democráticos y por una concentración total del poder estatal”. Herdegen, Matthias, “La jurisprudencia constitucional en el derecho comparado”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Colombia, Dike, 1995, p. 31.

<sup>345</sup> Pierandrei, Franco, *op. cit.*, nota 85, p. 890. Sin duda, el establecimiento de los tribunales constitucionales después de la Segunda Guerra tiene como fuente la terrible experiencia sufrida por los Estados europeos ante los embates de la Alemania nazi y la Italia fascista. Este es el verdadero impulso de su creación por lo que no es casual que sean estos dos Estados los primeros en afirmar los derechos fundamentales y organizar su garantía. Beyme, Klaus von, “La difesa dell'ordinamento costituzionale”, *Quaderni Costituzionali*, 1984, núm. 2, p. 387; Rivero, Jean, “A modo de síntesis”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, *cit.*, nota 89, p. 665.

gración y símbolo de reconciliación entre las partes.<sup>346</sup> Por ello, Rubio, con acierto, ha escrito que estos órganos son instituciones características de las nuevas democracias, y que existen en los Estados cuya tradición democrática es débil y quebradiza. La misma opinión comparte Pérez Royo, quien señala que la justicia constitucional no es indicador de buena salud democrática; su incorporación, dice, ha tenido lugar en aquellos países que tuvieron que pasar por la dramática experiencia de la destrucción del Estado constitucional y su sistema de libertades; “allí donde la división de poderes clásica, tripartita ha funcionado de manera satisfactoria, no ha tenido cabida la justicia constitucional. Únicamente donde no ha funcionado adecuadamente se ha considerado necesario o al menos conveniente introducirla”.<sup>347</sup> Y esto se comprueba cuando se constata que es en los países con menor tradición democrática donde se han desarrollado los esquemas más sofisticados de justicia constitucional ante la necesidad que tienen de evitar tentaciones autoritarias y el retorno de situaciones pasadas,<sup>348</sup> lo que, claro está, no deja de indicar que son, en muchas ocasiones, la poca confianza del control del poder ejercido por la opinión pública, la falta de sometimiento del legislador a los límites impuestos por la Constitución y la cada vez mayor amplitud de las funciones del Estado, que pueden dañar o limitar los derechos fundamentales reconocidos al individuo, las causas que han contribuido a la instauración y desarrollo de este instituto.<sup>349</sup>

En el periodo que va de 1940 a 1965, y como con gran acierto lo observó en su momento Fix-Zamudio, el crecimiento de las instituciones de justicia constitucional fue sorprendente en comparación con el “lento y lleno de asperezas” desarrollo anterior. Si bien se puede aceptar que,

<sup>346</sup> Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 341, p. 516.

<sup>347</sup> Pérez Royo, Javier, “Tribunal constitucional y división de poderes”, p. 85. Las palabras de Rubio Llorente en, “Siete tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *La forma del poder, cit.*, nota 292, p. 576. Considérese como, en su momento, Tripel señalaba que la exclusión del derecho de control al juez era una puerta abierta a través de la cual el absolutismo podía penetrar en el Estado. Martines, Temistocle, “Lineamenti della giustizia costituzionale in Germania”, *Studi nella scienze giuridiche e sociali*, Pavia, XXXIV, 1956, p. 64.

<sup>348</sup> Balaguer Callejón, Francisco, “Tribunal Constitucional, Poder Legislativo y Poder Constituyente”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1988, núms. 3-4, p. 324; Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional”, trad. de P. de Luis Durán, *REDC*, Madrid, núm. 17, 1986, p. 16.

<sup>349</sup> Mahrenholz, Ernesto G., “Constitución y Ley. Acerca de la relación entre poder judicial y poder político”, *cit.*, nota 93, p. 70.

como señala Aragón, en esta etapa existe todavía una reducida implantación territorial de la justicia constitucional, o que, como advertía Pizzorusso en 1963, todavía en esos años muchos ordenamientos ignoraban dicho instituto, hay que reconocer la pujanza y fuerte implantación que tuvo en los países donde se introdujo.<sup>350</sup> Considérese la importancia y significado de este desarrollo si se piensa que las Constituciones hasta esa época habían sido, en esencia, “la organización de la función legislativa en todos sus aspectos”, y que la implementación de estos órganos era, como señalaba Müller, sólo un experimento.

Así, el 12 de octubre de 1945 se restablece el Tribunal austriaco. En la década de los cincuenta entran en actividad el Tribunal Constitucional alemán (1951), la Corte Constitucional italiana (1956, pues debido a diversos problemas políticos su entrada en vigor se retrasó ocho años en un proceso de “faticosa gestazione”) y el Consejo Constitucional francés (1959) un poco más alejado en cuanto a sus fines de la concepción que rigió a los dos anteriores, pero que constituyó una importante novedad de la Constitución de 1958, sobre todo debido a la tradicional hostilidad francesa a la existencia de un instituto de este tipo. En 1946 la Constitución japonesa, inspirada en la revisión judicial estadounidense, atribuyó a la Suprema Corte la facultad de conocer del control de constitucionalidad de las leyes, ordenanzas, reglamentos o disposiciones oficiales. En 1949, la Corte Suprema del Canadá se transformó en Tribunal Supremo para cuestiones de constitucionalidad.<sup>351</sup> La misma facultad establecieron las Constituciones de China de 1947, la de República de Filipinas del mismo año, la de India de 1950, las Constituciones federales de Pakistán (1956 y 1962), Malasia (1957), Birmania (1947) e Indonesia (1949).<sup>352</sup> En la década de los sesenta entraron en funcionamiento los tribunales de Chipre (1960), Turquía (1961) y Yugoslavia (1963), mismo que se presentó como una importante aportación, ya que, a pesar de pertenecer este país a aquellos que vivían bajo la dictadura del partido comunista, ejerció y desarrolló una importante actividad que se dirigió, primordialmente, como señala Brunner, al “examen de los actos autogestionarios de

<sup>350</sup> Aragón Reyes, Manuel, “La justicia constitucional en el siglo XX. Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, cit., nota 262, p. 174.

<sup>351</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965*, México, UNAM, 1968, p. 24.

<sup>352</sup> *Ibidem*, pp. 51-55.

diversas organizaciones municipales y empresariales”.<sup>353</sup> Fix-Zamudio también se refiere a algunos países africanos que adoptaron en estos años la revisión judicial, tales como: Ghana (1960), Nigeria (1963), Tanganika (1962), Sierra Leona (1961), Uganda (1962), Libia (1951), Eritrea (1952), Alto Volta (1960), Costa de Marfil (1960), Dahomey (1960), Ni-ger (1960), República del Congo (1961), Gabón (1961), Tchad (1962) y Togo (1963).<sup>354</sup>

En los años setenta surgen tribunales constitucionales en Portugal (1976), Grecia (1975) y España (1978). En la siguiente década aparecen en Bélgica (1983) y en los países del Este europeo que, después de las importantes convulsiones políticas producidas en esos años, crean tribunales constitucionales especializados “a imagen y semejanza de sus homólogos occidentales”. La importancia de la creación de estos órganos en aquellos países ha sido tan grande que, se ha dicho con insistencia, son ellos los que legitiman los procesos de transición a la democracia que se viven en la región. En estos Estados, la anterior ideología imperante, orientada por la denominada “democracia popular”, que implicaba la teórica y supuesta “concentración de poderes” en el Parlamento, hizo imposible, durante mucho tiempo, la creación de órganos de control de constitucionalidad de las leyes, y cuando se planteaba su posibilidad se les ubicaba en el ámbito parlamentario en forma de comisiones encargadas de resolver, de forma previa a la promulgación, los problemas de constitucionalidad. “Detrás de la aversión hacia un eficaz control de la constitucionalidad no sólo se escondían escrúpulos ideológicos, sino el temor de que de forma indirecta pudiera restringirse el ilimitado espacio de actuación del poder totalitario del partido”.<sup>355</sup> Una vez derrocado el régimen comunista se produjo, tanto en Europa Central como Oriental, un florecimiento de tribunales constitucionales<sup>356</sup> y una tendencia a introducir un alto nivel de jurisdicción constitucional paralelamente a la protección de los derechos fundamentales,<sup>357</sup> lo que se ha interpretado como la muestra más firme de la intención de estos países

<sup>353</sup> Brunner, Georg, “Un hito en el camino hacia el Estado de derecho. El largo tiempo impedido y finalmente conseguido control de la constitucionalidad en Europa del Este”, *REP*, Madrid, núm. 82, 1993, p. 138.

<sup>354</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 351, pp. 58-63.

<sup>355</sup> Así lo refiere Brunner, Georg, *op. cit.*, nota 353, pp. 137 y 138.

<sup>356</sup> Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, nota 294, p. 99.

<sup>357</sup> Arnold, *op. cit.*, nota 282, p. 147.

de tomar el camino del Estado constitucional. Así, Polonia (1982, aunque el Tribunal comenzó a funcionar hasta 1986), que, en medio de fuertes debates doctrinales, aceptó la posibilidad de que el Tribunal declarara la inconstitucionalidad de las leyes, pero no su anulación; la Unión Soviética, en la que se creó en 1988 el Comité de Vigilancia Constitucional; a estos países les han seguido Hungría (1989), Croacia (1990), República Checa (1992), Albania (1991), Rumania (1991-1992), Bulgaria (1991)<sup>358</sup> que en el mismo comienzo de su actividad tomó “decisiones dramáticas”; Rusia (1991-1992), que también de inmediato tomó determinaciones importantes, Eslovaquia (1993), Estonia (1993), Lituania (1993), Eslovenia (1994), Bielorrusia (1994), Moldavia (1994), Bosnia-Herzegovina (1995), Letonia (1996) y Ucrania (1996-1997).<sup>359</sup> Por lo que se refiere a América Latina, basta decir que en Ecuador se introdujo la revisión judicial en 1978; en Perú a nivel constitucional en 1980, aunque antes, en 1963, se había consagrado dicha facultad en la Ley Orgánica del Poder Judicial; así también Guatemala (1965 y 1985), Brasil (1988), Costa Rica (1989), Colombia (1991), Paraguay (1992), Bolivia (1994) y Nicaragua (1995) consagraron órganos constitucionales autónomos.

Como hemos constatado, la “justicia constitucional está más de actualidad que nunca”. Su expansión se ha dado a través de diversos mecanismos o soluciones, unitarias o mixtas, tomando en cuenta las peculiaridades de cada país, sus problemas históricos, políticos y sociales y las enseñanzas que el derecho comparado ha proporcionado a través de la evolución de las experiencias. Lo que es definitivo, como escribe Fix-Zamudio, es que cualquiera que sea la orientación política de los ordenamientos constitucionales, ya no se puede prescindir de algún sistema de justicia constitucional, más aún si se acepta que “el proceso de mundialización de las ideas democráticas en la actualidad, necesariamente tiene que verse acompañado de un similar proceso de mundialización de la idea de supremacía constitucional”.<sup>360</sup> En consecuencia, la necesidad de hacer de la Constitución un orden jurídico inviolable es la causa de la tendencia explosiva de la creación de estos órganos.<sup>361</sup>

<sup>358</sup> Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 14.

<sup>359</sup> Torres Pérez, Mercedes y Flores Juberías, Carlos, “Materiales para un estudio comparado de la justicia constitucional en la Europa Central y Oriental”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrigue Furió Ceriol*, Valencia, núm. 20-21, 1997.

<sup>360</sup> Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 25, pp. 52 y 53.

<sup>361</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 351, pp. 149 y 150.

Su gran influencia es independiente del sistema de control adoptado y la importancia de sus funciones y la vinculatoriedad e influencia de sus resoluciones han contribuido indudablemente a la consolidación de Estados de derecho sólidos y estables.<sup>362</sup>

## II. AUMENTO DE LOS ASUNTOS PUESTOS A SOLUCIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

Pero no sólo se ha producido un crecimiento orgánico de estos institutos; también han pasado a ser quienes resuelven los problemas más apremiantes de la sociedad. Como señala Horowitz, el ámbito de los casos y temas de los que conoce el juez constitucional se ha ampliado enormemente, de lo que resulta su implicación “en asuntos que anteriormente se habrían considerado inapropiados para el examen judicial”.<sup>363</sup> Esta mayor injerencia en las cuestiones o temas más importantes para la comunidad demuestra su vitalidad y la actualidad de lo escrito por Tocqueville en 1835, cuando dijo, refiriéndose a los Estados Unidos de América, que no hay “acontecimiento político en el cual no se intente invocar la autoridad del juez”.<sup>364</sup>

El aumento no es sólo cuantitativo, sino también cualitativo, ya que las cuestiones de las que conocen los jueces son aquéllas cuyos contenidos son de extrema actualidad, enorme trascendencia social y alta significación e importancia, e incluyen los más diversos intereses sociales, políticos y económicos.<sup>365</sup> Las decisiones de estos órganos tratan todos los problemas fundamentales del Estado, las más variadas cuestiones que se presentan en la vida cotidiana y las divergencias de opinión más significativas en la sociedad, lo que se refleja en los problemas de funcionalidad que muchos de ellos tienen en virtud de la excesiva carga de trabajo. Hay que reconocer, con Capotosti, que este aumento de la “demanda de justicia constitucional” no estaba dentro de las previsiones de los constituyentes<sup>366</sup> debido, precisamente, al principio de presunción de constitucionalidad de que están investidas las leyes.

<sup>362</sup> Torres Pérez, Mercedes y Flores Juberías, Carlos, *op. cit.*, nota 359, p. 223.

<sup>363</sup> Wolfe, Christopher, *op. cit.*, nota 91, p. 21.

<sup>364</sup> Tocqueville, Alexys de, *op. cit.*, nota 290, p. 106.

<sup>365</sup> Capotosti, Piero A., “Tendenze attuali dei rapporti fra Corte Costituzionale e sistema politico-istituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Italia, núm. 8, 1983, p. 1598.

<sup>366</sup> La misma observación, siguiendo a V. Crisafulli, hace Cascajo Castro, José Luis, “Kelsen y la Constitución Española de 1931”, *REP*, Madrid, núm. 1, 1978, p. 247.

Como señala Zagrebelsky, cada vez con mayor frecuencia, cuando se pone a discusión dentro del procedimiento legislativo una ley de importancia social, política o económica, los jueces constitucionales son solicitados para intervenir en la elaboración y fijación del contenido de la misma.<sup>367</sup> Y no sólo se ponen a su consideración leyes pasadas, sino también se les someten a examen importantes leyes de reforma apenas un tiempo después de su aprobación por el legislador, por lo que su intervención se lleva a cabo cuando todavía resuena “el eco de los debates parlamentarios” lo que conlleva que, inevitablemente, se sientan atraídos por la “esfera de las valoraciones políticas”.<sup>368</sup> Pero no sólo eso. Hay ocasiones en que los más importantes problemas sobre los cuales se abre la discusión en sede legislativa han sido puestos al examen del juez constitucional antes de la activación del proceso legislativo que llevaría a la reforma de la disciplina vigente,<sup>369</sup> o bien sus resoluciones o criterios son confirmados y aceptados por regulaciones posteriores a sus pronunciamientos dando la impresión de que el legislador sólo asume una posición de alineación.

En el fondo de este proceso late la idea de que los jueces constitucionales han asumido la función de mediadores de intereses y conflictos en las sociedades actuales, caracterizadas cada vez más por la segmentación, corporativización y ausencia de satisfacción en la regulación legal de determinadas materias. De esta forma, a su natural función de garantizar el respeto de la Constitución, se suma la de ser órganos de integración social y mediación, y, por haberse sustraído de la crisis institucional general, portadores de los intereses no mediados por la clase política ni por

<sup>367</sup> La intervención de la Corte en los asuntos más importantes desde el punto de vista social y político parece dar a entender que el juicio de constitucionalidad es una especie de prolongación de la confrontación dada en el Parlamento, tanto más abierto cuanto más la elección legislativa es incierta, compromisoria, contradictoria e inestable. Zagrebelsky, Gustavo, “La giurisdizione costituzionale”, en Amato, G. y Barbera, A. (cura), *Manuale di Diritto Pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 796; Rizzo, A. *et al.*, “Corte Costituzionale e Parlamento”, *Parlamento, istituzioni, democrazia*, Milán, Giuffrè, 1980, p. 178.

<sup>368</sup> Romboli, Roberto, “Italia”, trad. de E. Expósito Gómez, en Aja, E. (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, *cit.*, nota 83, pp. 90 y 91.

<sup>369</sup> Franceschi, P. y Zagrebelsky, G., *op. cit.*, nota 267, p. 163. Es frecuente que los tribunales colaboren con sus decisiones en el proceso formal de enmienda de las Constituciones. “A veces una decisión judicial crea una situación que origina un movimiento de reforma de la Constitución”. Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas*, 2a. ed., Nueva Colección Labor, 1975, p. 117.

el sistema de partidos.<sup>370</sup> Los diversos grupos sociales que no encuentran espacio de expresión en los órganos políticos recurren a los jueces para tratar de ser escuchados, convirtiéndose éstos en “segundo canal” o último remedio para obtener cierta satisfacción de sus intereses o una modificación o adecuación parcial del sentido de la normatividad, y evitar así la afectación sin remedio de sus exigencias.<sup>371</sup> Los intereses poco difundidos u organizados encuentran en los órganos judiciales un espacio para hacer valer sus necesidades inatendidas, lo que hace aparecer a éstos como instancia de compensación en los conflictos sociales no resueltos a través de los instrumentos ordinarios de formación de la voluntad general<sup>372</sup> y como vía legitimada para evitar la exclusión de los grupos marginados del proceso político. Sus resoluciones, por tanto, son vistas como decisiones de un árbitro, y su posición dentro del sistema parece suplir la del legislador como mediador de conflictos sociales. Como escribe Canosa, la actividad de arbitraje de los jueces constitucionales, que no posee ningún fundamento constitucional, se ha elevado a la categoría de función después de haberse iniciado como una mutación de la dinámica política. Así, los tribunales se han convertido en mediadores de intereses, en los órganos que resuelven los conflictos de mayor trascendencia política y, en virtud de que cada vez con más frecuencia se acercan a las necesidades de la población, en los verdaderos portavoces entre Estado y sociedad. Como escribe Modugno, las cortes se han transformado en el único medio de garantía del pluralismo institucional, en el canal alternativo más eficaz para la transmisión de la creciente demanda social y en la vía para realizar el equilibrio entre fuerzas políticas, partes sociales y poder jurisdiccional.<sup>373</sup> En virtud de esto ha sido posible configurar el control de constitucionalidad “como una especie de segundo canal a través del

<sup>370</sup> Modugno, Franco, “Ancora sui controversi rapporti tra Corte Costituzionale e potere legislativo”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1988, t. II, p. 20; Rodota, Stefano, “La Corte, la política, l’organizzazione sociale”, *Politica del Diritto*, núm. 2, 1982, p. 171; Grassi, Stefano, “Osservazioni sul nuovo ruolo della Corte Costituzionale nella forma di governo”, en Romboli, Roberto (cura), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 156.

<sup>371</sup> Capotosti, Piero A., *op. cit.*, nota 365, p. 1600.

<sup>372</sup> Rodota, Stefano, *op. cit.*, nota 370, p. 180.

<sup>373</sup> Citado por Capotosti, Piero A., *op. cit.*, nota 365, p. 1602. Para Modugno, incluso esta posición de la Corte como mediadora de los conflictos sociales le otorga una legitimación derivada de su relación permanente con los problemas sociales atenuando su falta de legitimidad democrática. Modugno, Franco, *op. cit.*, nota 370, p. 33.

que ciertos operadores, con formación distinta a la de los políticos profesionales, pueden hacer valer directamente, las exigencias que consideren dignas de mayor tutela y que, a menudo, no son así plenamente concebidas por los políticos”.<sup>374</sup> No está de más señalar, como lo han hecho algunos autores, que esta función de árbitro, que ahora se considera inherente a su actividad, pero que no concilia con la concepción tradicional del régimen político, ya que el mediador natural de los conflictos sociales es el Parlamento, podría tener como consecuencia la relajación de las formas jurídicas, la reducción de la jurisdicción a equidad y la adquisición, por parte de esta, de un tinte marcadamente político.<sup>375</sup>

Al conocer y participar en la toma de “decisiones de gran alcance político” y fungir como árbitros de los procesos sociales, colaborando, como decía García Pelayo, en la dirección del Estado,<sup>376</sup> los tribunales se “inmiscuyen en procesos de decisión política”, que sólo debían corresponder al Parlamento. Los más importantes asuntos sociales se sustraen de la órbita de quien debería ser su juez natural y pasan a confiarse al órgano jurisdiccional. En otras palabras, las cuestiones fundamentales que interesan a la sociedad no son resueltas por los representantes de los ciudadanos; son los jueces quienes “terminan decidiendo cuestiones fundamentales que, bien podría pensarse, corresponde que sean decididas democráticamente”.<sup>377</sup> De esta forma, los jueces acumulan, en detrimento del legislador y ciudadanos en general, un poder de decisión extraordinario, que hace que cada vez más se les contemple como órganos con una posición determinante dentro del proceso político. No se trata, y esto hay que resaltarlo, de que sólo se amplíen las funciones de un órgano en detrimento de otro, sino de que en virtud de esta extensión, puede llegarse a modificar la concepción y el funcionamiento del sistema de gobierno.

El proceso anterior también nos alerta sobre la primacía que ha adquirido “una visión puramente jurídica del constitucionalismo”. Dicha visión lleva consigo, por sí sola, la potenciación del momento aplicativo de las normas y el realce de los órganos que llevan a cabo tales funciones.<sup>378</sup> Al ser objeto de apreciación judicial, las materias que se consi-

<sup>374</sup> Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 84, p. 27.

<sup>375</sup> Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 56, pp. 42 y 54.

<sup>376</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>377</sup> Gargarella, Roberto, “Del reino de los jueces al reino de los políticos”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 28, 1997, p. 25.

<sup>378</sup> Favoreau, Louis, “Informe general introductorio”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, *cit.*, nota 89, p. 44; Díez-Picazo, Luis María, “Re-

deraban exclusivamente políticas, se constata que, como decía Müller: “aquello cuya salvaguardia presenta el mayor interés no es el Estado, sino el derecho y, en virtud del cual, las manifestaciones de la vida estatal no pueden desenvolverse dentro del vacío producido por la ausencia de toda influencia jurídica, sino que han de ser necesariamente evaluadas con arreglo a los principios elementales del derecho”.<sup>379</sup> D. Rousseau ha denominado a estos cambios constitucionales recientes como la “gran transformación”, que sería un proceso caracterizado por estar compuesto de dos fases: primera, la constitucionalización del derecho, que implica que la interpretación judicial de las normas constitucionales condiciona todo el ordenamiento jurídico, y segunda, la constitucionalización de la política, “en la medida en que por la lógica de las diferentes vías de acceso al tribunal, todos los problemas políticos que hasta la fecha eran solventados en otras instancias exclusivamente políticas, van a tener que ser resueltos por el Tribunal Constitucional, con su innata inclinación a darles una solución jurídica mediante la utilización de reglas y técnicas propias de la ciencia jurídica”.<sup>380</sup>

### III. EL PARÁMETRO DE CONTROL

#### 1. *La doble sujeción del derecho al derecho*

El parámetro de control es el conjunto de normas en referencia a las cuales se ejerce, precisamente, la actividad de control constitucional de las leyes. Éste se expresa normalmente en un texto que opera como punto de referencia necesario para cualquier operación interpretativa por su carácter de norma jerárquicamente superior, y se funda en la aceptación del mismo como un vínculo jurídico de naturaleza prescriptiva, vinculante para todas las normas inferiores, por lo que el juicio que se realiza en tor-

flexiones sobre la judicialización de la política”, *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Universidad de Murcia, 1997, t. I, p. 210; Asensi Sabater, José, *op. cit.*, nota 261, p. 190.

<sup>379</sup> Müller, Gebhard, “El Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 2, 1965, p. 230.

<sup>380</sup> Así lo comentan Torres Pérez, Mercedes y Flores Juberías, Carlos, *op. cit.*, nota 359, p. 223.

no a la ley debe encontrar, necesariamente, en la propia Constitución, su “centro de imputación”. Existe, en consecuencia, un principio que señala que “el control de las leyes sólo puede realizarse a partir de la Constitución y no de otras normas”. El órgano que actúa como su defensor tiene como función defender a dicho parámetro contra las violaciones.<sup>381</sup>

En esta virtud, el primer presupuesto del control de constitucionalidad es, como escribe Cruz Villalón: “la existencia de una norma constitucional formalmente identificada con supremacía respecto del resto del ordenamiento”. Esto implica la necesidad de que dicho parámetro se encuentre en un “cuerpo legal nítido y evidente incorporado en un texto único o, cuando menos, fácilmente abarcable también por los no especialistas”.<sup>382</sup> Este requisito no existía cuando se produjeron los primeros intentos de consagración de órganos de control constitucional. En la Austria de 1920, las normas constitucionales no estaban consignadas en un texto único; había un sinnúmero de preceptos dotados de rigidez y, por tanto, un contenido amplísimo de lo que era derecho constitucional. En este ordenamiento, la Constitución era “una categoría abierta, integrada por un número impreciso de leyes de rango constitucional en continua ampliación y modificación...”, por lo que sólo los especialistas dominaban el contenido y extensión del parámetro de control.<sup>383</sup> Algo parecido sucedió en Checoslovaquia, donde si bien se proclamaba la supremacía de la Constitución, el ordenamiento básico no estaba recogido en documento escrito único formando parte integrante del mismo varias leyes que tenían rango supremo.<sup>384</sup> En España, si bien no de forma tan acentuada, también hubo importantes excepciones al principio de la existencia de una sola ley que contuviera todas las normas con rango constitucional.

Una vez superada la deficiencia anterior y generalizada la conciencia de la necesidad de una Constitución escrita y rígida, resultó claro que el parámetro deviene de determinada idea, noción o descripción del significado de ésta.<sup>385</sup> Cuando Kelsen realiza su extraordinaria obra concibe como parámetro, arquetipo o modelo de Constitución, que proporciona

<sup>381</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 89, p. 3.

<sup>382</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, p. 345.

<sup>383</sup> *Ibidem*, pp. 40 y 406.

<sup>384</sup> *Ibidem*, p. 349; *id.*, nota 298, pp. 120 y 121.

<sup>385</sup> Como escribe H. Simon: “el perfil y la función de la Jurisdicción Constitucional van íntimamente asociados a la idea de la Constitución y a las corrientes políticas fundamentales de cada fase histórica”. Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, pp. 824 y 825.

unidad a todo el ordenamiento, a una norma entendida formalmente, diferenciada por su procedimiento de reforma. Para él, la Constitución en sentido “natural”, “propio, originario y estricto”, es la regla que regula la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado y determina los órganos y el procedimiento de legislación; es decir, es una norma organizativa y procedimental cuyo objeto es regular la producción de normas generales. En virtud de ello, una norma forma parte del ordenamiento jurídico y debe hacerse lo que en ella se dispone; ser aplicada y observada, cuando ha sido dictada de conformidad con las condiciones establecidas por otra norma válida del sistema jurídico.<sup>386</sup> La validez de una ley está en relación con el acto de legislar, y, por tanto, es al procedimiento de creación de leyes al que viene aplicado el parámetro. En virtud de ello, una ley puede ser inconstitucional únicamente porque no han sido observadas las disposiciones para su formación, o porque su contenido contrasta con las reglas sobre la competencia. Como el derecho es producido por fuentes y en formas democrático representativas, el juez sólo debe comprobar el hecho concreto de la generación de la norma.<sup>387</sup> Como escribía Kelsen en 1928, los tribunales no pueden examinar la regularidad o constitucionalidad de las leyes bajo todos los aspectos “sino solamente verificar la regularidad de su publicación” estándoles prohibido “rechazar su aplicación al caso concreto más que por causa de alguna irregularidad cometida en esta publicación”. El legislador, decía, no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional al contenido de las leyes que debe dictar.<sup>388</sup> En consecuencia, no era posible ningún control o criterio válido para definir la constitucionalidad de una norma, sino el referido a la parte formal de las leyes, a su proceso de formación. Kelsen, al considerar a la Constitución como “fuente del derecho especialmente para

<sup>386</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 128, p. 205.

<sup>387</sup> Kelsen, Hans, “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa”, *La giustizia costituzionale*, *cit.*, nota 125, pp. 18 y 24, también, nota 89, pp. 25 y 26. Como escribe Stern, Kelsen apoya su concepto de Constitución en la modificabilidad dificultada de la norma jurídica. Stern, Klaus, *op. cit.*, nota 26, p. 209; Ferrajoli, Luigi, “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, trad. de P. Andrés Ibáñez, *Corrupción y Estado de derecho*, Madrid, Trotta, 1996, p. 22.

<sup>388</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 73, pp. 125 y 131. En la Checoslovaquia de 1920 ya se vivió el debate acerca de si las leyes podían ser objeto de control de constitucionalidad formal o si por el contrario lo que se podía controlar era su constitucionalidad material, Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 298, p. 129.

la formación de la ley”, rechaza que el legislador esté vinculado a los contenidos materiales de la misma.

Desde esta perspectiva, la función que realiza el Tribunal es pronunciar sobre el procedimiento seguido por el Parlamento en el momento de dictar una ley, especialmente, indicarle si a su actividad legislativa le corresponde el procedimiento ordinario o el de revisión constitucional. “La operación de calificación de la constitucionalidad de una ley es la de determinar que *forma* (la *legal* o la *constitucional*) hubiera sido la correcta”.<sup>389</sup> Como la invalidez de las normas no podía provenir de su contenido, toda inconstitucionalidad sería formal, dependiente de un error procedimental; incluso la llamada inconstitucionalidad material sería una forma de inconstitucionalidad formal, ya que “una ley cuyo contenido esté en contradicción con las prescripciones de la Constitución dejará de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional. No puede, pues, tratarse nunca de otra cosa más que de saber si debe observarse la forma legal o la forma constitucional”.<sup>390</sup> Recuérdese que ya Jellinek, Thoma y Anschütz, en el debate que se suscitó sobre el control de constitucionalidad en Weimar, hicieron notar que una ley materialmente contrastante con la Constitución era una ley adoptada contraviniendo el procedimiento previsto para el ejercicio del poder constituyente derivado.<sup>391</sup> Esto nos indica la influencia y extensión de la idea de que las únicas normas respecto de las cuales podía ejercerse la facultad de control eran las que regulaban el procedimiento de aprobación de leyes, y que la función del juez sería señalar al legislador el procedimiento correcto de elaboración. Desde este punto de vista, y como señala Troper: “el juez constitucional es... comparable al guardagujas que se limita a encarrilar los trenes sobre una u otra vía”.<sup>392</sup> Así se agotaba la verificación del ejer-

<sup>389</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, pp. 406 y 407.

<sup>390</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 73, p. 116. “Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado... sino por haber sido producida de determinada manera”. *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 128, p. 205. Para Calamandrei, el control de las leyes únicamente debía de ser formal, es decir, pensaba que solo se debía controlar si en la emanación de la ley constitucional se cumplieron las formalidades del procedimiento de reforma constitucional. Es verdad que consideraba una verdadera limitación material la inmodificabilidad de la forma de gobierno, pero este era un “caso singularísimo”. Calamandrei, Piero, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, CEDAM, 1950, p. 32.

<sup>391</sup> Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 292, p. 37.

<sup>392</sup> Troper, Michael, “Kelsen y el control de constitucionalidad”, trad. de M. Venegas Grau, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 4, 1995, p. 324.

cicio regular de las funciones estatales, “la conformidad del derecho al derecho”.

Controlar únicamente los requisitos formales de validez de las leyes indica que si bien el derecho puede verificar su forma de creación, no puede poner límites a su contenido. Esta consideración es absolutamente congruente con la concepción dinámica del ordenamiento jurídico y con la idea kelseniana sobre la naturaleza de la jurisdicción constitucional, que, como se sabe, estaba ideada como “un elemento del sistema de medidas técnicas que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”; es decir, el ejercicio regular de un sistema que pretende afianzar la relación de correspondencia entre los diferentes niveles normativos que conforman el ordenamiento jurídico referidos a los diversos actos jurídicos de creación y aplicación del derecho. Como el objetivo es asegurar la regularidad de todas las funciones estatales y, por tanto, la relación entre Constitución y ley, el control constitucional aparece como la mejor garantía. Asimismo, en virtud de la relación jerárquica existente, las leyes ordinarias no pueden modificar la Constitución, lo que implica la existencia de reglas diferentes para la producción de leyes y la revisión de la norma fundamental, y que la nota de rigidez implica su supremacía. Con base en esta relación lógica, inherente al sistema, se instituye un control sin el cual una ley podría derogar las normas constitucionales y hacer desaparecer dicha jerarquía. El control constitucional es, en esta virtud, consecuencia del carácter supralegal de la Constitución, ya que garantiza la subordinación de la ley y otorga a aquella fuerza obligatoria. Por ello, Kelsen señala que una Constitución que carece de este control, aunque no deja de tener sentido jurídico, no es *plenamente* obligatoria.<sup>393</sup> Esta concepción del orden jurídico, la Constitución y la jurisdicción constitucional, indica la ausencia de límites materiales a la actividad del legislador, la amplia libertad que tiene en el ejercicio de sus funciones y la inexistencia de condiciones jurídicas para poder hablar de la posibilidad de un control de constitucionalidad material de las leyes. Kelsen, congruente con sus presupuestos teóricos, de ninguna manera acepta la vinculación del legislador a los contenidos materiales de la Constitución ni la predeterminación constitucional del contenido de la ley, apareciendo aquél únicamente vinculado a las normas organizativas.<sup>394</sup>

<sup>393</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 73, p. 150.

<sup>394</sup> Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder...*, *cit.*, nota 291, p. 467.

Es importante resaltar en este momento la concepción de Kelsen sobre el valor de las normas de contenido de la Constitución y la razón de su exclusión para emplearlas como parámetro de control. El ideal liberal establecía un modelo de Constitución exento de contenidos ideológicos, limitado a unas cuantas reglas claras, simples y concretas, y compuesto por normas referidas a la organización política del Estado y un catálogo definido y preciso de derechos ciudadanos. En este modelo de Estado de derecho y de Constitución de “reglas formales”, el contenido de la norma no podía ser cualquiera, tenía que ser concreto “de modo que la norma sea susceptible de aplicación”.<sup>395</sup> Las Constituciones, en consecuencia, no debían incluir fórmulas demasiado generales, y si lo hacían, no podían ser utilizadas para ejercer funciones de control de normas sirviendo de parámetro sólo aquellas que tuvieran presupuestos y contenidos precisos, límites totales y no sólo parciales. Para el pensamiento formalista, la construcción clara de las normas y la certeza de su contenido tendría como consecuencia la neutralidad del juez en su actividad de aplicación del derecho.

La intención de Kelsen al excluir a las normas materiales como parámetro de control era muy clara: evitar el peligro de un desplazamiento del Poder Legislativo por el jurisdiccional y “la expresión de fuerzas políticas totalmente diversas a las representadas en el Parlamento”. Este desplazamiento y cualquier posibilidad de discrecionalidad del juez en el ejercicio de sus funciones se evitaban mediante la consagración precisa de las normas constitucionales, la eliminación de preceptos de formulación general o significado difuso, y la prohibición al Tribunal de utilizar, para sus determinaciones, las normas abstractas inevitablemente contenidas en el texto constitucional. Si el objetivo, decía Kelsen, es restringir el poder de los tribunales y el carácter político de su función, entonces debía limitarse, lo más ampliamente posible, el espacio de libre discrecionalidad que las leyes conceden a su aplicación. Las normas constitucionales “en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes”, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, sino precisos, no deben emplear terminología difusa o principios indeterminados, como libertad, igualdad, justicia, cuyo significado no puede ser inmediatamente identificado, ya que no

<sup>395</sup> Forsthoff, Ernst, “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, *El Estado social*, trad. de J. Puente Egido, Madrid, CEC, 1986, p. 87.

tienen, decía, gran significado, “no añaden nada a la realidad efectiva del derecho”. Por el contrario, ante estas normas “existe el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto por la Constitución, y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él”. Si esto sucediera “el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable”. La base de estas ideas se encuentra en la convicción de que los contenidos indeterminados de las normas deben ser dejados por completo al legislador para su concreción, por ser éste el representante de la voluntad popular. Los tribunales sólo pueden moverse en el campo de lo determinado, ya que las “zonas de penumbra”, los “campos de indeterminación” son competencia del legislador no del juez. Como se ha dicho, y se puede deducir de lo anterior, en la posición de Kelsen se encuentran básicamente dos tesis: primero, las Constituciones deben evitar la proclamación de valores abstractos, y segundo, el Tribunal no debe considerar, si la Constitución proclama en su texto dichos valores, que ella le autoriza a utilizarlos como parámetros para medir la validez de las leyes. Con la clarificación de esta correlación entre abstracción e indeterminación interpretativa<sup>396</sup> se evita la discrecionalidad judicial y, por tanto, el desplazamiento del Poder Legislativo, que debe tener la autoridad suficiente para desarrollar y concretar las normas constitucionales.

Casi el mismo orden de ideas, aunque no de consecuencias, encontramos en Carl Schmitt, para quien resulta necesario aceptar “la proverbial experiencia de que no se deben abarcar demasiadas cosas en una Constitución” para no crear “un abismo insondable de dudas, divergencias de opinión y... conflictos de derecho”. Es indispensable, decía, antes de llevar a cabo cualquier actividad interpretativa, un elemento que objetivice las normas constitucionales, que sólo son susceptibles de control si permiten una subsunción concreta. “En todos los casos, decía, los fundamentos del control y de la decisión judicial han de ser normas que permitan una subsunción precisa y delimitada”. El parámetro de control sólo podía aducirse, en consecuencia, “cuando por razón de su contenido permite una subsunción precisa y concreta del caso de que se trata”. En otras palabras: “es impropio atribuir a la Justicia ciertas funciones que rebasan el ámbito de una subsunción real, es decir, que traspasan las fronteras establecidas para la sujeción de normas de contenido pre-

<sup>396</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 89, pp. 33 y 34, y nota 73, p. 143. Al respecto también Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 93, pp. 83, 93, 94, 100 y 102.

ciso. Como la justicia se halla por entero sujeta a normas su acción cesa cuando las mismas normas resultan dudosas o discutibles en cuanto a su contenido”. Así, cuando el juez abandona el terreno de las normas en que puede realizar la subsunción deja de ser un juez independiente. En la base de estas ideas está la necesidad de distinguir entre ley y sentencia judicial, entre las funciones del legislador y las del juez.<sup>397</sup>

Esta actitud de los dos maestros alemanes encuentra su paralelo en los primeros años de operación de la justicia constitucional en Estados Unidos cuando la Constitución era concebida como un conjunto amplio de principios sustanciales, claros y definidos que proporcionaba a los jueces una firme orientación en su interpretación y aplicación,<sup>398</sup> y, sobre todo, como observa Ferreres, en los argumentos aducidos por los defensores del denominado *originalismo*, cuya tesis principal sostiene que, cuando por su abstracción, en las normas no pueden reconocerse las intenciones del constituyente, el intérprete debe ignorarlas y hacer como si no existieran.<sup>399</sup> Esta teoría de la interpretación centrada en la intención original, como escribe Lyons: “obliga a los jueces a identificar y a atenerse a las intenciones que algunas personas tuvieron en el pasado”, buscando la solución de cualquier duda interpretativa en los principios decididos por los constituyentes. Así, la labor de los jueces debe regirse por la pretensión objetiva de descubrir y hacer efectivas las intenciones originales de los padres fundadores, que son concebidas, por su origen y derivación, como verdaderos principios neutrales. Esta doctrina implica, también, que en la realización de la labor de interpretación, los jueces no pueden, de ninguna forma, extender el significado de las normas a situaciones fácticas o normativas no previstas por los propios constituyentes. Es decir, como se considera que las normas constitucionales tienen un significado unívoco, únicamente pueden regular las situaciones concretas para las que fueron promulgadas. El contenido de las normas está, por tanto, respecto

<sup>397</sup> Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 48, 51, 53, 97. Dice Schmitt: “Una ley no es lo mismo que una sentencia judicial, ni una sentencia judicial es lo mismo que una ley, sino la decisión de un caso sobre la base de una ley. La posición especial del juez en el Estado de derecho, su objetividad, su situación por encima de las partes, su independencia e inamovilidad, todo ello descansa sobre el hecho de que falla sobre la base de una ley, y su decisión se deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida y conmensurable, que se halla ya contenida en la ley”. *Op. cit.*, p. 79.

<sup>398</sup> Wolfe, Christopher, *op. cit.*, nota 91, pp.16 y 451.

<sup>399</sup> Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 93, pp. 90-92 y 100

a los supuestos de hecho que regulan, predeterminado por la intención de los constituyentes y por la realidad social que pretendieron regular. Todo esto hace que las normas sean consideradas verdaderas cláusulas cerradas. Si el juez considera de forma distinta la naturaleza de las normas constitucionales, esta actuación implicaría la utilización de sus propios valores, la plasmación de sus preferencias políticas y morales y, por tanto, la subversión de la Constitución y la usurpación de la voluntad del pueblo, único que puede revisar, rectificar o modificar las decisiones fundamentales por él tomadas. De esta forma es como los teóricos de la intención original buscan impedir que los tribunales interpreten directamente el texto constitucional, utilicen sus expresiones ambiguas o empleen, en el proceso de desentrañar sus significados, juicios de moral política o selecciones de valor. “En lugar de ello, se supone que el tribunal hace una estimación objetiva, puramente histórica y libre de valoraciones, de lo que pensaban ciertas personas en un determinado momento”.<sup>400</sup> Como es fácil advertir, en esta actitud predomina la idea clásica del imperio de la ley que exige la utilización de términos con autonomía semántica y con el menor grado de vaguedad posible a fin de hacer de esta una norma clara y terminante y del derecho un conjunto sólo de reglas.<sup>401</sup> Así, al igual que Kelsen y Schmitt, el originalismo plantea el problema de la usurpación de la función del legislador por parte del juez como fundamental en la limitación de la competencia desarrollada por éste.<sup>402</sup> Toda su elaboración puede considerarse un método para evitar que los jueces puedan legislar y socaven los principios de división de poderes y gobierno de las mayorías. Como explica Richard, en virtud de que esta corriente descansa en una interpretación positivista de la soberanía popular como fundamento de la legitimidad política, considera que el pueblo impuso límites al Estado en los términos con que los padres constituyentes delimitaron el lenguaje constitucional en el momento en que fue elaborada y aprobada la Constitución, por lo que cualquier desviación interpretativa

<sup>400</sup> Lyons, David, “Los derechos fundamentales y la interpretación constitucional”, *Aspectos morales de la teoría jurídica*, trad. de S. Álvarez, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 250-252.

<sup>401</sup> Bayón, Juan Carlos, “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 27, 1996, p. 44.

<sup>402</sup> Beltrán, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989, p. 98.

posterior, sin importar su longevidad y estabilidad, resulta ilegítima.<sup>403</sup> El interpretativismo estricto viene motivado por una teoría política de la legitimidad democrática, por una concepción que entiende a la soberanía popular como fruto de las mayorías que ratificaron el trabajo de la convención constitucional en un proceso considerablemente democrático, de lo que resulta que lo determinante sea la voluntad de los que elaboraron la Constitución.<sup>404</sup>

Actualmente ya no se diferencia entre las diversas normas que existen en las Constituciones, con objeto de fungir como parámetro de control, debido a que se acepta que todas ellas, independientemente de su tipo, estructura o alcance normativo y por el sólo hecho de estar incluidas en la norma básica, tienen plena fuerza normativa y, por tanto, vinculan a los poderes públicos y se aplican al conjunto del ordenamiento jurídico. El parámetro, por lo mismo, se conforma no por una parte, sino por toda la Constitución sin que pueda distinguirse entre normas programáticas y vinculantes, preceptivas o de aplicación directa, de formulación abierta o cerrada, por lo que la invalidez de las leyes puede provenir tanto de unas como de otras, ya que todas son “efectivas normas jurídicas”.<sup>405</sup>

En virtud de lo anterior, son parte indiscutible del parámetro, todas las normas contenidas en el texto constitucional, como los principios estructurales básicos, las normas que establecen la división de funciones y distribución del poder y aquellas que consignan derechos fundamentales.

<sup>403</sup> Richards, David A. J., “La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional”, trad. de E. Alonso García, *RCEC*, Madrid, núm. 1, 1988, p. 149.

<sup>404</sup> Beltrán, Miguel, *op. cit.*, nota 402, p. 53. Son muchas las críticas que se han realizado a la teoría originalista: dificultades para la determinación del significado de la intención de los constituyentes por el cambio de concepción de las normas; imposibilidad de una determinación precisa de la voluntad original de los constituyentes y la variedad de fuentes históricas de donde extraer dicho significado; negación del sistema de fuentes al eliminar la validez a todas aquellas sentencias que incorporen un significado distinto al establecido en las normas constitucionales por los constituyentes; contradicción de la realidad constitucional al negar la existencia de cláusulas abiertas que definen el mismo concepto de Constitución; petrificación de los valores e ideas que sirven de base a la interpretación constitucional. Dorado Porras, Javier, *op. cit.*, nota 119, pp. 49 y 60; Beltrán, Miguel, *op. cit.*, nota 402, pp. 69-92. También Alonso García, Enrique, *op. cit.*, nota 124, p. 139. Por todo ello se ha dicho que el camino que toma el originalismo para evitar la usurpación del Poder Legislativo por los jueces conduce de forma inevitable a la parálisis constitucional y a la más absurda negación de los cambios sociales.

<sup>405</sup> Al respecto véase el ya clásico estudio de García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 4, p. 68.

En la actualidad, es más, las normas que funcionan como parámetro de control no son sólo éstas, sino que su ámbito se ha extendido tanto dentro como fuera del texto básico. Como afirma Jiménez Campo, en los últimos años, la complejidad del sistema de fuentes ha generado que cuando se enjuicia la constitucionalidad de una ley se tenga en cuenta “no sólo el conjunto de reglas y principios contenidos en la Constitución, sino también otros textos normativos... que se presentan como condición de validez de la disposición controvertida y cuya infracción por ésta puede dar lugar a una inconstitucionalidad mediata o indirecta”.<sup>406</sup>

Ahora también se consideran parte del parámetro de control, entre otras normas, los preámbulos que preceden a los textos constitucionales; las denominadas “normas interpuestas”, cada vez más frecuentemente consagradas y utilizadas, que se encuentran intermedias entre la norma fundamental y el ordenamiento jurídico y que son “llamadas por la propia Constitución para condicionar la aprobación y validez de nuevas leyes”; y, las “normas paramétricas reflejas”, esto es: “aquellas normas infraconstitucionales que por cuenta de la Constitución condicionan positiva y negativamente la validez de otras”.<sup>407</sup> Junto a éstas también fun- gen como parámetro de control, el derecho supranacional expresado en los tratados internacionales y la doctrina producida por los tribunales; es decir, las normas de creación jurisprudencial o normas subconstitucionales o paraconstitucionales, como las llaman Alonso y Balaguer, respectivamente, elaboradas como instrumento y resultado de operaciones interpretativas.<sup>408</sup> Asimismo, son utilizadas como parámetro, las normas extraídas de los principios generales constitucionales, normas no expresas que, por lo mismo, no tienen más límites o extensión que el conferido por el mismo intérprete, lo que indica que el control de constitucionalidad

<sup>406</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 78, p. 582.

<sup>407</sup> Punset Blanco, Ramón, “Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, CEC, 1997, p. 82. Es importante señalar aquí que estas normas interpuestas, cuya “infracción por parte de otra ley determina la invalidez de la misma dado que es indirectamente o *per relationem*” una infracción de la Constitución, deben cumplir, para funcionar como verdaderas leyes, ciertos requisitos procedimentales, por ello se dice que su principio fundamentador es el de la especialidad procedimental. Díez Picazo, José M., “Concepto de ley y tipos de leyes”, en Garrorena Morales, A. (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 150.

<sup>408</sup> Balaguer Callejón, Francisco, *op. cit.*, nota 348, p. 334; Aragón, Manuel, “Algunas consideraciones sobre el Tribunal Constitucional”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987, pp. 42-44.

dad se realiza, en ocasiones, mediante el contraste con normas no incluidas en la Constitución, propiciando una amplia libertad y un gran margen de maniobra del juez en el momento de aplicar una norma constitucional. Al utilizar los jueces principios que no están escritos en la Constitución, extraconstitucionales, pueden ampliar, hasta hacerlas indeterminadas, las fuentes de las que extraen los fundamentos de sus decisiones. En muchos casos parece que lo decisivo no es “il collegamento formalizzato con il testo costituzionale, ma la loro forza di principi superlegali... come sintesi di valori di varia ispirazione storica e ideologica, ma comunque fondamentali”.<sup>409</sup> En virtud de la utilización de dichos principios, los jueces pueden construir y reconstruir de forma continua, constante y oculta el parámetro que utilizan para confrontar la legitimidad de las leyes e, incluso, como dice Spadaro, inventar nuevos vínculos a los que debe someterse el legislador y confrontar/comparar los intereses protegidos en las disposiciones de la ley con los fines y valores de los cuales no existen huellas, por lo menos explícita, en la Constitución.<sup>410</sup> No hay que olvidar, en fin, que los cambios normativos e interpretativos en el canon y las modificaciones o alteraciones interpretativas en las normas, no sólo constitucionales, sino infraconstitucionales que forman parte de él, pueden afectar a todos los preceptos constitucionales, extendiendo, limitando o modificando su alcance y significado.<sup>411</sup>

Lo dicho hasta aquí nos lleva a aceptar, con Aja y González Beilfuss, que se ha producido una progresiva extensión del parámetro formal y material de constitucionalidad. Ahora, cuando se juzga sobre la constitucionalidad de una ley, no sólo se toma en cuenta un grupo determinado de normas constitucionales, sino toda la Constitución, pero, además, un conjunto muy complejo de normas distintas a las contenidas en el texto supremo. Esto significa que las normas que el legislador dicta no sólo deben ser acordes con las contenidas en la Constitución, a la que debe dar aplicación total, sino con todas aquéllas extraídas de la misma y contenidas en fuentes no constitucionales. Esta ampliación y multiplicación

<sup>409</sup> Vita, Ana de, “I valori costituzionali come valori giuridici superiori nel sistema francese. Il Conseil constitutionnel fra nuovi compiti e nuove responsabilità”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1984, p. 65.

<sup>410</sup> Spadaro, Antonino, “Le motivazioni delle sentenze della Corte come “tecniche” di creazione di norme costituzionale”, en Ruggeri, A. (cura), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 364 y 365.

<sup>411</sup> Punset Blanco, Ramón, *op. cit.*, nota 407, pp. 82-84.

del parámetro de control ha conducido a hablar de su falta de estabilidad estructural o “fluidez” como una de las notas distintivas de los ordenamientos actuales, dándose por superado el principio que señalaba que “el control de las leyes sólo puede realizarse a partir de la Constitución y no de otras normas”.

Uno de los ejemplos más claros al respecto es la experiencia francesa, donde en los últimos años se ha desarrollado positivamente el control de constitucionalidad de las leyes. Ahí, el Consejo Constitucional, que controla la constitucionalidad de las leyes orgánicas y ordinarias y los reglamentos parlamentarios, de forma previa y abstracta, con su “decisión fundadora” del 16 de julio de 1971 (decisión que constituye, como se ha dicho, la “*pietra angolare nel processo di progressiva estensione del controllo di costituzionalità*” y que fue precedida por la también importante decisión de 26 de junio de 1969), en la que por primera vez declaró una ley inconstitucional y consagró la vinculatoriedad de la libertad de asociación, afirmó que también el preámbulo de la Constitución de 1958 tiene pleno valor jurídico y carácter constitucional, fungiendo, por tanto, como canon para medir la constitucionalidad de las leyes.

Así, por obra del Consejo Constitucional, se extendió el número de normas que integran el denominado *bloc de constitutionnalité*, que impone y limita la actividad del legislador, dando entrada, en contra de cualquier intención constituyente, como parámetro para controlar la constitucionalidad de las leyes, a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y a aquéllos otros considerados particularmente necesarios en nuestros tiempos. Como escribe Favoreau, a partir de esta sentencia, las normas de referencia en la aplicación del derecho constitucional francés se integran con diversos textos, como la Constitución de 1958, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946, que constituye una verdadera declaración de derechos económicos y sociales, y por los principios fundamentales reconocidos en las leyes de la República, que al ser considerados como medida de la constitucionalidad de las normas otorgan vigencia y valor jurídico, a juicio de Rivero, a todos aquellos principios reconocidos en la III República, es decir, a los dictados durante 1880 a 1940, lo que viene a hacer que el parámetro se integre por múltiples textos que han sido considerados fundamentales durante la historia del país. A partir de esta decisión que, como dice De Vita, revolucionó los fundamentos conceptuales del sistema francés, el derecho galo tiene un bloque

de constitucionalidad, “extensísimo y de muy difusos contornos”, compuesto de un variado conjunto de normas, principios y reglas, cuyo respeto se impone a la ley, y que son invocados por el Consejo Constitucional de forma cada vez más frecuente como fundamento de sus decisiones. Por ello, para Favoreau, la actual Constitución francesa bien podría ser considerada no una norma singular, sino “el conjunto de textos que forman el bloque de constitucionalidad”<sup>412</sup> que por responder “a espíritus o concepciones muy distintas” provocan que “inevitablemente” se produzcan antinomias, mismas que, como escribe Poltroni, otorgan un campo de intervención muy amplio al juez constitucional.<sup>413</sup> No en vano se ha dicho que la utilización de nociones como “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” lleva consigo el reconocimiento y existencia de “principios para hacerlo todo”.

Por otro lado, es muy difícil encontrar en la actualidad un tribunal que considere a la Constitución sólo como una norma procedimental. Las Constituciones de hoy también tratan de asegurar su supremacía sustancial. La sola inconstitucionalidad formal no es suficiente para asegurar la congruencia entre las normas dictadas y el resto del ordenamiento jurídico, y cualquier discordancia entre la norma superior e inferior puede ser objeto de control judicial; lo que significa que la posible invalidez de las leyes puede derivar tanto de violaciones al procedimiento de creación

<sup>412</sup> Favoreau, Louis, en su contribución a la obra *El bloque de la constitucionalidad*, Favoreau, L. y Rubio Llorente, F., Madrid, Civitas, 1991, pp. 25 y ss. En la misma obra señala: “El juez constitucional ha llegado, en menos de veinte años, a realizar lo que cerca de dos siglos de historia no habían conseguido llevar a cabo: un conjunto constitucional suficientemente armonioso y coherente, que combina la modernidad y las tradiciones y en el sentido que, sobre todo, *los derechos fundamentales han sido finalmente integrados*”, p. 42.

<sup>413</sup> Rubio Llorente, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, *La forma del poder*, cit., nota 291, p. 107; Patroni Griffi, Andrea, “Il Conseil Constitutionnel e il controllo della ragionevolezza: peculiarità e tecniche di intervento del giudice costituzionale francese”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 1, 1998, p. 51. La decisión del Consejo Constitucional francés del 16 de julio de 1971 hizo duplicar el contenido de la Constitución. Pérez Luño, Antonio A., *op. cit.*, nota 99, p. 250. Vita escribe que la decisión pronunciada el 16 de julio de 1971, “significativamente calificada el *Marbury vs. Madison* de la justicia constitucional francesa”, representa la asunción de un rol hasta entonces desconocido para el Consejo: de protector del Ejecutivo contra el Parlamento se ha convertido en guardián de las libertades constitucionales frente a la coalición gubernativa y la mayoría parlamentaria. Con esta decisión, el Consejo comenzó a desenvolver un papel contrario a la voluntad constituyente y a la tradición y la historia propia de la Francia. Vita, Ana de, *op. cit.*, nota 409, pp. 42, 43 y 45.

y aprobación como por su contradicción con los contenidos materiales vinculantes para el legislador. Esto significa, con otras palabras, que la creación del derecho puede estar sujeta a controles formales y sustanciales; que la Constitución es la medida normativa de todas las normas “no sólo en cuanto a su génesis y validez, sino también en cuanto a su interpretación y aplicación”,<sup>414</sup> y que ningún contenido constitucional, como escribe Prieto Sanchís, puede quedar hasta tal punto devaluado, que sea excluido de la protección de la justicia, ya que esto contradiría el mismo principio de constitucionalidad.

Es precisamente en las normas de contenido material donde se puede constatar, en toda su amplitud, la importancia actual del examen de constitucionalidad de las leyes y de la actividad que está llamado a realizar el juez debido a la “enérgica pretensión de validez” que aquéllas manifiestan. Los órganos judiciales se encuentran, en el momento de realizar sus funciones, frente a la peculiar y extensiva “resistencia o plus de validez” de este tipo de normas, cuya presencia convierte al sistema jurídico en un orden “materialmente determinado” por la Constitución.<sup>415</sup> En virtud de ello se ha podido decir que el “verdadero sentido”, la esencia de la institución de control, su “verdadera fuerza”, se adquiere y desarrolla en virtud de las llamadas normas materiales de la Constitución. Éstas condicionan en toda su plenitud la función de control al orientar la dirección del sistema político y social, programar el contenido de las leyes y la producción de normas y convertir a la Constitución en norma jurídica y verdadera fuente del derecho.<sup>416</sup> Pero también sucede que “sólo a través de la jurisdicción constitucional reciben las disposiciones sustantivas verdadera eficacia; mediante ella se transforman en derecho propiamente las meras proclamaciones políticas, las promesas, manifestaciones o reglas de la organización estatal”.<sup>417</sup>

Fundamentar el Estado en las normas materiales de la Constitución provoca la aparición de un doble nivel de legitimidad representado en la

<sup>414</sup> Grimm, Dieter, “La Constitución como fuente del derecho”, *Las fuentes del derecho*, Barcelona, Anuario de la Facultad de Derecho, 1983, p. 22.

<sup>415</sup> En este sentido Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, trad. de R. Bercovitz, Madrid, Civitas, 1985, pp. 42 y 48. También, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1997, p. 525.

<sup>416</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, p. 40; Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 387, p. 23.

<sup>417</sup> Citando a Ermacora así lo entiende Frisch Philipp, Walter, “La forma en que se plasmó la «teoría pura del derecho» de Hans Kelsen en la jurisdicción austriaca, creada por él”, trad. de E. Bieler, *Jurídica*, México, t. 2, núm. 2, 1970, p. 148.

dialéctica Constitución-ley, dominada en su esencia, como escribe Baldassarre, por la lógica de las relaciones entre las mismas. Este esquema reconduce la labor del juez a constatar “la doble sujeción del derecho al derecho”, a verificar el cumplimiento de una doble legalidad: la legalidad formal y otra propiamente constitucional que caracteriza al Estado constitucional contemporáneo.<sup>418</sup> Esta “legalita a due stadi” indica que el conjunto de la actividad jurídica, privada y pública, debe conformarse a las normas legales y, estas últimas, en cada aspecto, no pueden ser contrarias a los contenidos y jerarquía de valores establecidos en la Constitución.<sup>419</sup> Como escribe Ferrajoli, las leyes deben sobrepasar una doble evaluación sobre su legitimidad, y el juez, por lo tanto, debe controlar, a la vez, las condiciones de validez y vigencia de las leyes. Una de las consecuencias de esta concepción, extraída precisamente de la disociación entre vigencia y validez de las normas, es, además de la consideración de que las leyes solamente cuando son revisadas gozan, sin lugar a dudas, de legitimidad formal y sustancial, el debilitamiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, en virtud de que el principio formal de la democracia política, relativo a quién decide y cómo se decide, queda subordinado a los principios sustanciales expresados por los derechos fundamentales. En otras palabras, la existencia de una presunción de constitucionalidad de las normas legales se relativiza, bastando para superarla la valoración crítica que realice el mismo juez cuando objeta su invalidez.<sup>420</sup>

## 2. Nuevas técnicas interpretativas

La utilización de las normas constitucionales de contenido material como parámetro del control de constitucionalidad ha propiciado el empleo de nuevas técnicas interpretativas, que resaltan la especificidad de la estructura constitucional, entre las que se encuentra el control de racio-

<sup>418</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 387, p. 23; Baldassarre, Antonio, *op. cit.*, nota 263, p. 185; *id.*, “Costituzione e teoria dei valori”, *Politica del Diritto*, vol. XXII, núm. 4, 1991, pp. 655 y 656.

<sup>419</sup> Baldassarre, Antonio, “L’interpretazione della Costituzione”, *Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídica. Perspectivas para el próximo milenio*, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 221.

<sup>420</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2a. ed., trad. de P. Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 1997, p. 873.

nalidad, y tienen como consecuencia la imposición de nuevos límites a la actividad del legislador. Este control que, en la mayoría de los casos, no tiene concreta base constitucional y es una creación jurisprudencial, empleado inicialmente como una regla que tenía por objeto asegurar que el legislador considerara de manera igual situaciones iguales, y de manera diferente situaciones diferentes, es la “nota dominante” de algunos sistemas actuales de justicia constitucional y su aplicación parece extenderse como “un parámetro de proyección o alcance general”,<sup>421</sup> a cualquier tipo de controversia competencia de aquélla.

Mediante el control de racionalidad, los jueces supervisan una variedad muy amplia de supuestos; controlan, entre otros extremos, la coherencia entre el fin normativo y la norma reguladora, entre los medios normativos empleados por el legislador y los objetivos generales perseguidos por la norma básica; verifican si existe un nexo de correlación lógica entre los principios elegidos por el legislador y los elementos normativos del sistema formalizado, determinando la ausencia no justificada de dicho nexo o la irracionalidad de las leyes. Es decir, el juez a través de este método puede evaluar si los medios o medidas adoptadas por el legislador para alcanzar el objetivo prefijado fueron escogidos de forma racional y son los idóneos para realizar los fines señalados por la norma; verifica, entonces, la relación entre dichos medios y los fines dispuestos por la norma. Cuando el juez contempla una desproporción manifiesta entre estos elementos puede declarar la inconstitucionalidad de la norma juzgada.<sup>422</sup>

También a través de este método se puede controlar la adecuación o congruencia de las normas con sus presupuestos internos; el sacrificio que una norma constitucional soporta en virtud del aseguramiento y tute-

<sup>421</sup> Muchos tribunales han partido del principio de igualdad para desarrollar un intenso control sustancial de constitucionalidad de las leyes pero la dificultad que conlleva este principio es que no tiene un contenido específico sino que asume valor integrativo de otros principios constitucionales, su potencial aplicativo es teóricamente ilimitado y, según como se entienda, susceptible de paralizar del todo la acción legislativa. Vita, Ana de, *op. cit.*, nota 409, p. 70. En Francia, escribe Patroni, el control sobre la “ragionevolezza” de las normas expedidas por el legislador “al di là delle formule utilizzate, costituisca espressione di una tecnica d’intervento metabolizzata dal giudice delle leggi francese, che viene utilizzata sempre più frequentemente e senza più «imbarazzi» o espressioni precostituite”. Patroni Griffi, Andrea, *op. cit.*, nota 415, p. 67.

<sup>422</sup> Chessa, Omar, “Bilanciamento ben temporato o sindacato esterno di ragionevolezza?. Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità”, *Giurisprudenza Costituzionale*, año XLIII, fasc. 6, 1998, pp. 3925-3927; Alonso García, Enrique, “La jurisprudencia constitucional”, *RCEC*, Madrid, núm. 1, 1988, p. 189.

la de otros intereses constitucionales concurrentes;<sup>423</sup> la incoherencia de las normas y su no contradicción con los principios esenciales y objetivos básicos del sistema normativo en el que se insertan. Los jueces también pueden enjuiciar la necesidad de las normas que imponen una limitación, lo que les confiere la facultad de verificar si una regulación es indispensable y si no existe un medio alternativo igual de eficaz y menos perjudicial. Todas las medidas que signifiquen una limitación que exceda lo estrictamente necesario serán constitucionalmente ilegítimas. Al verificar si el legislador procedió a la limitación del derecho en medida estrictamente necesaria y utilizó los medios adecuados para realizar los fines normativos puede también examinar si dicha limitación tiene como base y fundamento un interés constitucionalmente relevante (lo que se ha dado en llamar la “coesencialidad del límite”). En otras ocasiones, y también a través de este método, los jueces controlan el valor de las normas notoriamente injustas o de aquellas decisiones insostenibles en términos axiológicos decidiendo sobre su inadmisibilidad dentro del sistema jurídico. Desde la posición del legislador, lo anterior significa que está obligado a revisar, en el momento de llevar a cabo sus funciones, el *contemporamento* de todas las normas constitucionales que aparezcan como antagonistas a su regulación y a no restringir o limitar los derechos fundamentales, sino sólo en la medida estrictamente necesaria para la realización del interés constitucional relevante. Puede poner límites a los derechos, pero sólo los indispensables para realizar los fines constitucionales, y debe tener cuidado en escoger el medio normativo que menor lesión les cause. Así, el objetivo legislativo debe guardar una relación proporcional con la restricción de la libertad. De esta forma, el control de constitucionalidad de las normas se extiende al control de los motivos, criterios, razones, lógica y coherencia de la actividad legislativa. Como señala la doctrina italiana, todas estas exigencias de “bonne législation”, imponen un control general de “impertinenza” y “adeguatezza” de la ley.

Hay que destacar, con J. Lüther, que esta vigilancia o control que realizan los jueces constitucionales de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas legislativas puede variar en intensidad, dependiendo de las normas que la legislación concrete y de los sectores del derecho regulados, y que normalmente el control de las normas, que se realiza a

<sup>423</sup> Tosi, Rosana, “Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Italia, año XLIII, fasc. 1, 1993, pp. 552 y 553.

través de este método, no se lleva a cabo utilizando los principios básicos contenidos en el ordenamiento, sino diversos valores que se encuentran fuera del mismo o que los propios jueces consideran implícitos, lo que provoca que cada vez con mayor frecuencia el control de las leyes se realice con criterios de justicia establecidos a priori respecto a los contenidos del ordenamiento, es decir, con base en principios desprovistos de base justificativa jurídico positiva.<sup>424</sup>

Prieto Sanchís, con suma claridad, ha señalado los requisitos de proporcionalidad que una ley debe sobrepasar, para que no sea declarada inconstitucional en el proceso de revisión:

primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos; segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin; tercero, la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio del derecho, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo; y finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen a través de la medida limitadora y los daños y lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho. Pues, en palabras de Alexy, “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>425</sup>

De forma parecida, Jörg Luther señala que los jueces, cuando revisan la constitucionalidad de una ley, deben vigilar: a) la *idoneidad* del acto, entendido como el medio utilizado por el legislador para realizar el objetivo que busca cumplir; b) la *necesidad* de la medida legislativa, es decir, si el legislador tomó en consideración el acto normativo en relación con otros medios alternativos a su disposición y consideró cuál de ellos incidía menos sobre la posición tutelada (“regola del mezzo piu mite”); lo que permite al juez vigilar si realmente existe la necesidad de limitar el derecho por su relación con otros bienes igual de importantes y, en caso positivo, si el legislador escogió la forma de intervención que afecta menos al propio derecho; así, la necesidad se refiere a la facultad del juez

<sup>424</sup> Chessa, Omar, *op. cit.*, nota 422, pp. 3925-3927.

<sup>425</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en Carbonell, M. (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 326.

de verificar si el legislador seleccionó el medio legislativo más eficaz y menos dañino, y c) la *proporcionalidad*, que permite al órgano judicial controlar las consecuencias de la intervención legislativa en relación con las posiciones del individuo y la comunidad, ya que la ley debe garantizar suficientemente las posiciones subjetivas del ciudadano y los intereses de la comunidad.<sup>426</sup>

Baldassarre, por su parte, señala que los jueces enjuician la *ragionevolezza* de las normas legales bajo dos aspectos, principalmente: 1) verifican si el fin legislativo contrasta con los valores constitucionales, con algunos o con la jerarquía entre ellos establecida en la Constitución, y 2) evalúan si los medios o medidas adoptadas para alcanzar el objetivo prefijado ha sido escogido *ragionevolmente*. La verificación de estas medidas se efectúa en varios sentidos: examinando la adecuación cuantitativa de los medios, es decir, la proporcionalidad de los medios seleccionados para la consecución de los fines preestablecidos; la adecuación cualitativa o congruencia de los medios, que indica la idoneidad de éstos para la persecución de los fines, y la clasificación de los sujetos o categorías de actividad, dirigida a verificar la presencia de una clasificación incorrecta o arbitraria en el ámbito del sistema legislativo. Pero no se crea que la construcción de estas reglas proviene sólo de la doctrina. Basta señalar, para mostrar la generalización de la utilización de los controles de racionalidad y para no extendernos demasiado, que el Tribunal austriaco realiza el examen de las siguientes cuestiones antes de decidir si una intromisión legislativa en las normas de contenido material de la Constitución es admisible: *a)* precisa que fin persigue la ley y si el mismo se apoya en un interés público; *b)* examina si la intromisión en la norma es adecuada para la consecución de dicho fin; es decir, realiza un examen de los medios previstos por el legislador verificando si estos son idóneos; *c)* examina si la intromisión es necesaria; esto es, pondera el gravamen para el

<sup>426</sup> Luther, Jörg, “Ragionevolezza e verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale”, *Diritto e Società*, Padova, núms. 1-2, 1993, pp. 308-327. Según Starck, para que un derecho pueda ser limitado por una ley, los medios utilizados para la realización de dicha limitación tienen que ser adecuados, necesarios y proporcionales. Esto quiere decir que un derecho puede ser limitado siempre que la medida proteja eficazmente el bien jurídico amenazado; se empleen los medios más blandos posibles para proteger, de modo eficaz, el bien jurídico en peligro y se garantice que la carga para la persona, derivada de la limitación al derecho fundamental, sea razonable con las ventajas derivadas para la generalidad. Starck, Christian, “I diritti fondamentali nel Grundgesetz della Repubblica Federale di Germania”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Italia, 1992, p. 2530.

afectado y las ventajas para la colectividad, y *d*) examina si la gravedad de la intromisión está en adecuado equilibrio con la importancia de los intereses públicos.<sup>427</sup>

No se necesita mucho esfuerzo para comprender que la utilización de este criterio de control puede provocar que el juicio de constitucionalidad se convierta en una vía que permita a los jueces tomar decisiones ampliamente discrecionales e imponer límites sustantivos, más estrictos y eficaces, al ejercicio de la actividad del legislador.<sup>428</sup> Como realmente no existen reglas objetivas para realizar las operaciones comprendidas en este método, sus confines, debido a su carácter incierto, dependen en gran medida de las preferencias ideológicas y políticas del juez. Por ello se ha dicho que se trata de un medio a través del cual se puede controlar la obra del legislador recurriendo a parámetros derivados de la corriente de pensamiento político a la que pertenezcan.<sup>429</sup> No puede dejar de señalarse que existen dudas de que este método de interpretación realmente permita clarificar el significado de los textos o haga más cierta y determinada su interpretación,<sup>430</sup> lo que sí se asegura es que ha servido, o puede servir, como método de política constitucional para frenar o justificar innovaciones normativas o auxiliarlas o convalidarlas. “Todo depende del modo en que el instrumento es operado”.<sup>431</sup> Escribe Kurkdjian: “emerge l’esistenza di un filo sottile che separa la legittimità di questo sindacato dalla possibilità che attraverso esso si realizzi di fatto una sovrapposizione della politica della Corte su quella del legislatore”.<sup>432</sup> Por lo menos, dice

<sup>427</sup> Schäffer, Heinz y Haas, Thomas, “Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador”, en Aja, E. (ed.), *Las tensiones...*, cit., nota 83, p. 24. Recuérdese cómo hasta hace pocos años Öelingher señalaba que la Corte Constitucional austriaca interpretaba el derecho constitucional según los métodos tradicionales de la jurisprudencia, su estilo, decía, podía caracterizarse de positivista, ya que se distinguía por su rechazo a recurrir a normas no escritas o al derecho natural. Öelingher, Theo, *op. cit.*, nota 293 p. 54.

<sup>428</sup> Scaccia, Gino, “Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Italia, año XLIII, fasc. 6, 1998, p. 3961; Baldassarre, Antonio, *op. cit.*, nota 419, p. 221.

<sup>429</sup> Kurkdjian, Vartui, “Il principio di ragionevolezza come strumento di contrapotere nei confronti del legislatore”, *Diritto e società*, Italia, núm. 2, 1991, p. 248.

<sup>430</sup> Angiolini, Vittorio, “Costituzione tollerante, Costituzione totale ed interpretazione della disciplina della liberta”, en Romboli, R. (cura), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti Costituzionali*, Torino, G. Giappichelli, 1994, p. 25.

<sup>431</sup> Corasaniti, Aldo, “La ragionevolezza come parametro del giudizio di legittimità costituzionale”, *Diritto e Società*, núm. 1, 1995, p. 4.

<sup>432</sup> *Ibidem*, p. 260.

Comanducci, esta técnica interpretativa utilizada para el juicio de constitucionalidad resulta “particularmente peligrosa” al implicar “la atribución a los jueces constitucionales de un margen tan amplio de discrecionalidad que los convierte no sólo en colegisladores, sino, incluso, en algunos casos, en coautores de la misma Constitución”.<sup>433</sup> Por ello, Angiolini se sorprende de que a pesar de que este método de control se ha generalizado no existe la preocupación de poner a las operaciones que comprende auténticos límites distintos al deber de coherencia interna del discurso argumentativo. El esfuerzo, en todo caso, debía dirigirse a aclarar los modos y principios de la ponderación de valores para racionalizar la labor del intérprete y poner límites y reglas al amplio poder decisorial que posee en el juicio de constitucionalidad.<sup>434</sup>

Ya se ha advertido que una inadecuada utilización de este criterio de control puede conducir a extender la intervención de los jueces al control del mérito político de las leyes y entrometerse en el poder discrecional que le corresponde al Parlamento. Los jueces pueden caer en la tentación de revisar “el juicio de valor de sustancia política” realizado por el legislador, sus formas de apreciar determinadas realidades políticas y sus juicios sobre la oportunidad y conveniencia de legislar relegándolos y cambiándolos por su propia evaluación. El riesgo es que el juez constitucional, en vez de realizar un control de legitimidad realice un control de mérito o de oportunidad política e imponga sus propios pareceres al conocer “de los fines que han determinado la actuación de legislador, del correcto o incorrecto uso que el mismo haya hecho de su potestad legislativa e incluso de la solidez o insolidéz del razonamiento que está en la base de la ley misma”, lo que traería como consecuencia que los criterios del legislador sean “peligrosamente sustituidos por las propias opciones del Tribunal”.<sup>435</sup>

<sup>433</sup> Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Carbonell, M. (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, cit., nota 425, p. 153.

<sup>434</sup> Baldassarre, Antonio, *op. cit.*, nota 419, p. 222.

<sup>435</sup> Garrorena Morales, Ángel, “La sentencia constitucional”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 11, 1981, pp. 14 y 17. Recuérdese que ya Calamandrei señalaba en 1950, comentando la posibilidad de que el juez controlara lo que la doctrina italiana llama “eccesso di potere” del legislador, entendido, con Mortati, como la contradicción entre el motivo adoptado y el contenido objetivo del acto o la no correspondencia del motivo del acto con el fin de la ley, que éste fácilmente podía conducir o hacer “resbalar” al control jurídico de constitucionalidad a un control de mérito o sustancia política de las leyes. Calamandrei, Piero, *op. cit.*, nota 390, p. 24. También para Crisafulli el riesgo que

Lo importante es resaltar ahora que estos métodos de control multiplican y refuerzan las posibilidades de examinar la actividad del legislador. Éste es controlado en sus errores, posibles equivocaciones, apreciación o evaluación que hace de los hechos que regula (“*erreur manifeste d’appréciation*”), consecuencias de los mismos, contradicciones y en la adecuación de sus medidas con los fines que persigue, determinaciones que antes indudablemente se dejaban en sus manos. Toda esta vigilancia sobre su forma de actuar parece contradecir la configuración de su función como innovadora, no programada y discrecional.

Todo lo dicho hasta aquí nos permite comprender por qué Faller considera que la cuestión del parámetro del control es el punto neurálgico de la jurisdicción constitucional, y redimensionar por qué, como decía Crisafulli, la zona crítica de las relaciones entre el órgano jurisdiccional y el legislador está representada por la constitucionalidad material. El problema no es, como señala Díez-Picazo, la existencia de un control jurisdiccional de la ley, sino “la clase de límites que se imponen al legislador, lo cual depende únicamente de la naturaleza de la norma suprema”. Si, como se hace actualmente, se acepta que deben aplicarse al juicio de constitucionalidad nuevas técnicas de interpretación, es porque la concepción de la estructura de la Constitución y, en general, el parámetro de control han cambiado sustancialmente en relación con el significado que antes se le confería. En virtud de que “el elevado grado de abstracción de sus formulaciones y contenidos normativos permite sólo en algunas ocasiones una aplicación inmediata del derecho constitucional mediante una estricta subsunción silogística”,<sup>436</sup> la base del juicio de constitucionalidad ahora está en la contraposición entre una proposición legislativa y un principio constitucional, que puede, a su vez, ser deducido de una proposición contenida en la Constitución o del significado derivado de la combinación de más disposiciones de rango constitucional.<sup>437</sup> Esto in-

lleva consigo el principio de racionalidad es que puede hacer que el juicio de legitimidad se convierta en un juicio sobre la justicia de las leyes sometido a las reglas creadas por los mismos jueces. Crisafulli, Vezio, “Giustizia costituzionale e potere legislativo”, *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Università di Roma, 1977, vol. 4, p. 137. Se ha dicho que la lealtad del juez no es una lealtad a la ley o al legislador, sino a la buena ley, es decir, a la Constitución y sus principios, lo que quiere decir: al buen legislador. Torre, Massimo la, *op. cit.*, nota 238, p. 91.

<sup>436</sup> Schneider, Hans Peter, “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales”, *cit.*, nota 1, p. 73.

<sup>437</sup> Baldassarre, Antonio, *op. cit.*, nota 419, p. 212.

dica que las Constituciones sobre las que operan actualmente los jueces constitucionales han cambiado por completo sus características, variando también la forma de regular sus distintos sectores. Recuérdese que, como escribe Cruz Villalón: “será muy distinto el sentido de la función de control de constitucionalidad según cuáles sean los caracteres formales y materiales de la norma constitucional”.<sup>438</sup>

#### IV. EL OBJETO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Objeto del control son las categorías normativas “contrastadas en la operación de control de constitucionalidad”, es decir, el precepto o preceptos que se presumen contrarios a la Constitución, y que marcan, de forma objetiva, los límites de actividad del juez constitucional. Esto último resulta ser muy importante. Como escribía Hamilton en *El federalista*, número 81, tratando de frenar las suspicacias que ocasionaba una supuesta supremacía del órgano de control, uno de los elementos que hacía imposible que el juez constitucional invadiera la esfera del legislador era el carácter limitado de los objetos a los que podía referir su actividad; a estos órganos, decía, no podía corresponder el control de todos los actos normativos de los poderes públicos.

Así, y como nos recuerda Cruz Villalón, en los inicios de las experiencias de control constitucional éste era, ante todo, control de las leyes o de aquellos actos normativos inmediatamente subordinados a la Constitución y que poseían fuerza de ley. La materia considerada objeto del control, el “núcleo”, “razón de ser” y “objeto de la jurisdicción constitucional”, era el control de constitucionalidad de las leyes,<sup>439</sup> la confrontación de las normas fundamentales del Estado, las creadas por el legislador, con la Constitución. Esto resulta lógico si pensamos en la construcción gradual del ordenamiento jurídico que siguiendo a Merk construye Kelsen y la centralidad que en ella ocupa la legislación como forma primaria de creación del derecho. La estructura gradual del ordenamiento deja como objeto más importante de control la regularidad de la legislación

<sup>438</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, p. 40.

<sup>439</sup> En 1923 Kelsen escribía que la justicia constitucionalidad “es ante todo control de constitucionalidad de las leyes”. Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, p. 352; Öehlinger, “La giurisdizione costituzionale in Austria”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 3, 1982, p. 537. Esta concepción del objeto de control, dice T. Martines, es propia de los juristas de la escuela de Viena. Martines, Temistocle, *op. cit.*, nota 347, p. 56.

por ser el único acto inmediatamente subordinado a la Constitución.<sup>440</sup> Además de esta cuestión técnica, considerar a las leyes el objeto principal del control de constitucionalidad también respondía a la necesidad, ya detectada por el mismo Kelsen, de sujetar a límites la actividad de las asambleas parlamentarias. Éste es el motivo por el que se han construido definiciones que identifican a la jurisdicción constitucional como “aquella que decide sobre la validez constitucional de las leyes”, que su finalidad es verificar “la sumisión del Parlamento al respeto de la regla de derecho, ya se trate de una regla formal o de fondo”, o bien que “controlar los actos del legislador es lo único que pertenece a la esencia de la justicia constitucional. Todo lo demás son añadidos”.<sup>441</sup>

Sin embargo, a nadie escapa que actualmente no son sólo las leyes generales las que pueden ser objeto de verificación por parte del juez constitucional, y que se han sumado nuevos y más variados actos normativos a su esfera de control. Así, pueden ser objeto de control, por ejemplo, las leyes ordinarias, ya sean generales o concretas; las leyes federales, regionales y de los Estados; las leyes orgánicas y resoluciones de las asambleas legislativas, de los Parlamentos centrales y estatales; las leyes de presupuesto que contienen las previsiones de gasto,<sup>442</sup> los actos con apariencia de ley e, incluso, los actos legislativos sin valor de ley. El control se puede ejercer considerando no sólo el texto tomado en su conjunto, sino algunas de sus disposiciones (artículos, apartados, proposiciones, palabras), así como las reglas que cabe deducir por vía de interpretación de una o varias disposiciones aunque no estén literalmente escritos en ninguna de éstas.<sup>443</sup> También se controla el derecho precon-

<sup>440</sup> La Ley Introdutoria de la Carta Constitucional de la República Checoslovaca dice: “son inválidas las leyes contrarias a la Carta Constitucional”. La Constitución italiana de 1947 limita en su artículo 134 el juicio de constitucionalidad a las “leggi e le atti aventi forza di legge” y en forma muy similar se expresa el artículo 161 de la Constitución Española de 1978 cuando dice que el Tribunal Constitucional es competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad “contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley”.

<sup>441</sup> Jiménez Campo, Javier, “Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, *Los procesos constitucionales*, Madrid, CEC, 1992, pp. 15 y 16; Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 35.

<sup>442</sup> Latorre Segura, A. y Díez-Picazo, L., “La justicia constitucional en el cuadro de las funciones del Estado. Vista a la luz de las especies, contenidos y efectos de las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas”, *Documentacao e Dereito Comparado*, Lisboa, núms. 29-30, 1987, p. 193.

<sup>443</sup> Así en Italia, según describe, Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, pp. 91 y 92; Pizzorusso, Alessandro, “El Tribunal Constitucional italiano”, *Tribunales*

titucional bajo la consideración de que nada tiene que ver la anterioridad y posterioridad de las leyes ordinarias para imponer la prevalencia de la Constitución. No puede olvidarse, además, que algunos tribunales han sometido a control elementos específicos integrantes del texto normativo, como su preámbulo o exposición de motivos.<sup>444</sup>

También son objeto de control los actos con fuerza de ley, como las leyes de delegación, los decretos del Ejecutivo y “las disposiciones legislativas interinas”. Otros actos sujetos a escrutinio son los tratados y convenios internacionales, lo que no deja de llamar la atención, ya que, como es de recordarse, en las primeras experiencias, distintas a la norteamericana, el control de estos actos devenía, por lo menos, “una cuestión obscura”, lo que se demuestra con el silencio que guardaban al respecto tanto la Constitución austriaca como la checoslovaca y española,<sup>445</sup> incluso, como señala Cruz Villalón, una sentencia del Tribunal Administrativo Supremo de Checoslovaquia en 1921 excluyó decididamente a los tratados internacionales de dicho control. Ahora la situación es distinta; en casi todos los países estos actos son objeto de control al grado de que, en algunos de ellos, por ejemplo, en Alemania, toda ley de aprobación de un tratado debe ser remitida al Tribunal antes de su promulgación.<sup>446</sup> La consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de un Tratado será que el gobierno opte por sufrir las responsabilidades internacionales que dicha declaración acarrea o que promueva una reforma constitucional.<sup>447</sup>

*constitucionales europeos y derechos fundamentales, cit.*, nota 89, pp. 283 y 284; *id.*, *op. cit.*, nota 84, p. 20.

<sup>444</sup> “De hecho, sería absurdo controlar una ley preconstitucional desde el punto de vista del procedimiento que condujo a su promulgación desde los parámetros sobre producción de normas introducidos por la nueva Constitución. Dicho control afecta, por lo tanto, a los vicios materiales o sustanciales detectados en el examen de la norma anterior y los nuevos preceptos de la Constitución”. Gambino, Silvio, *op. cit.*, nota 280, p. 271. Latorre Segura A. y Díez-Picazo, L., *op. cit.*, nota 442, p. 193; Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 91.

<sup>445</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, pp. 355, 356, 359, 361 y 362.

<sup>446</sup> En Alemania incluso se ha considerado que el derecho comunitario es susceptible de control en los casos de extralimitaciones competenciales de los órganos comunitarios o violaciones de los derechos fundamentales. Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 71. Al respecto véanse las observaciones de Punset Blanco, Ramón, “Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes”, *REDC*, Madrid, núm. 43, 1995, p. 211.

<sup>447</sup> Aragón, Manuel, “El control de constitucionalidad en la Constitución Española de 1978”, *REDC*, Madrid, p. 184.

También pueden ser objeto de control las leyes no promulgadas o en fase de preparación, las proposiciones o iniciativas de ley, las enmiendas parlamentarias consideradas fuera del ámbito otorgado a la ley (como sucede en Francia donde el ejercicio de esta atribución corresponde al gobierno) y las normas derogadas cuando implican algún problema constitucional o es necesario fijar con claridad alguna nueva doctrina (así sucede en España y también en Austria donde este tipo de derecho puede ser objeto de control de constitucionalidad cuando sea de aplicación a un caso concreto). Otros actos también han pasado a formar parte del objeto de control de los jueces constitucionales. Así, por ejemplo, las convocatorias a referéndum, plebiscito o cualquier otra consulta popular; el cumplimiento de los convenios firmados por el órgano central del Estado y los territoriales o las pretensiones patrimoniales dirigidas a éstos. En Austria también se controlan los textos refundidos, es decir, las normas generales adoptadas por los órganos administrativos superiores de la Federación o de los Länder que tienen el carácter de reglamento, pero que aprueban textos consolidados de leyes.<sup>448</sup> Weber incluso enseña que en Alemania pueden ser objeto de control “los estatutos y reglamentos autónomos de las corporaciones, instituciones y fundaciones de derecho público, de los municipios y de los distritos, así como los reglamentos internos de los órganos constitucionales... y el derecho consuetudinario y los convenios salariales de carácter general”.<sup>449</sup> Más aún, han llegado a ser objeto de control los contratos de interés público y los actos jurídicos privados en la medida en que contienen disposiciones contrarias a la Constitución (por ejemplo, en Francia se ha declarado la inconstitucionalidad de actos relacionados con testamentos y contratos).<sup>450</sup>

<sup>448</sup> Schäffer, Heinz y Haas, Thomas, *op. cit.*, nota 427, p. 10.

<sup>449</sup> Weber, Albrecht, “Alemania”, en Aja, E. (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la época actual*, *cit.*, nota 83, p. 63.

<sup>450</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “La justicia constitucional como defensa de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 2-3, 1993, p. 426. No debe olvidarse que a través del amparo puede impugnarse cualquier acto de los poderes públicos independientemente de su forma. Es decir, el juez constitucional a través de este recurso puede conocer de la constitucionalidad de actos administrativos, jurisdiccionales y de particulares. Además, a través de este instrumento se han podido recurrir los actos de las instituciones eclesíásticas sino constituyen, desde un punto de vista material, según la naturaleza de las cosas o su finalidad, actuaciones propias de la Iglesia o la distribución interna de asuntos por parte de los tribunales ordinarios ya que pueden tener efectos externos frente a los jueces afectados por las mismas. También a través del amparo se han recurrido las

En algunas experiencias también se han considerado objeto de control las normas constitucionales, que en principio podría pensarse que no pueden serlo, apareciendo así la posibilidad de un derecho constitucional inconstitucional. Así, por ejemplo, y como enseña Pizzorusso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano ofrece indicaciones a favor de la posibilidad de someter a control disposiciones o reglas de rango constitucional cuando se constata la violación de los principios fundamentales de la “Constitución material”, ya que “considera que ésta no es susceptible de modificación ni siquiera a través del procedimiento de revisión constitucional”, si no fuera así, se asegura, “se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo, precisamente en relación con sus normas de más valor”.<sup>451</sup> También las normas constitucionales pueden ser sujetas a control en Alemania, donde “el Tribunal Constitucional Federal ha estimado posible, al menos teóricamente, un derecho constitucional contrario a la Constitución”.<sup>452</sup> Si pensamos que la propia Constitución jerarquiza, como dice A. Nieto, sus propios preceptos, ordenándolos en rangos diferentes y que, por tanto, dentro de la misma existen normas superiores e inferiores, entonces podría sostenerse la existencia de normas constitucionales inconstitucionales. Pero como señala el mismo autor: “cuando la diferencia de rango está señalada en la propia constitución, la

omisiones de los poderes públicos tanto de la administración, como de los tribunales y del legislador. Este último caso es el más problemático, pero en Alemania se ha aceptado si el recurrente puede apoyarse en un mandato constitucional expreso. No hay que olvidar que el amparo además de ser un instrumento protector de los derechos subjetivos de los ciudadanos tiene la función de garantizar y proteger el derecho constitucional objetivo y de servir a su interpretación y desarrollo. Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 449, pp. 61-68. Como escribe Rupp, el procedimiento del recurso de amparo no sólo responde al fin de carácter subjetivo que constituye la protección de los derechos fundamentales del ciudadano frente al poder público, al igual que todos los procedimientos constitucionales tiene también un fin objetivo, la resolución de los problemas de derecho constitucional a través de la interpretación de la Ley Fundamental. Rupp, Hans G., “El Tribunal Constitucional Federal alemán”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, *cit.*, nota 89, pp. 320 y 321. Esta idea en México ya era sostenida por Ignacio Mariscal cuando se discutía la Ley de Amparo de 1869 y, posteriormente, en una obra que publicó en 1878: “las sentencias en esa clase de negocios tienen dos fines: el uno directo, resolver el caso que se presenta; el otro indirecto, fijar el derecho público o constitucional, con la inteligencia que en ellas se diere a la Constitución”.

<sup>451</sup> Pizzorusso, Alessandro, “El tribunal constitucional”, *cit.*, nota 443, p. 249; Romboli, Roberto, *op. cit.*, nota 368, p. 96.

<sup>452</sup> Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 89, p. 159.

cosa no es grave, antes bien normal. Los riesgos empiezan cuando tales diferencias dependen de las valoraciones subjetivas del intérprete”.<sup>453</sup>

### 1. *Las leyes de reforma constitucional*

También pueden ser objeto de control por parte de los jueces constitucionales las leyes de reforma constitucional. Al respecto, es importante recordar que hasta hace no mucho tiempo, y casi de forma generalizada, se consideraba que los actos que provenían de la revisión constitucional no podían ser controlados jurisdiccionalmente, ya que estaban en un plano más alto que los actos estatales ordinarios, y daban expresión a la más alta voluntad del Estado. Pierandrei, además de que pensaba que “non si comprende per quale motivo essa avrebbe da considerarle viziata”, estimaba contradictorio admitir que un órgano que asegura la garantía de la Constitución y controla las diversas actividades públicas bajo la línea de su conformidad con aquélla pueda también juzgar los actos realizados con base en el ejercicio de una competencia específica, esto, sin pensar en la no idoneidad de tal órgano para realizar esa tarea y en las graves consecuencias de orden político constitucional que podrían derivarse.<sup>454</sup>

En la actualidad, por el contrario, ha llegado a señalarse que “allá donde exista un control de constitucionalidad auténtico, éste habrá de extenderse también a las reformas constitucionales”. La justificación de esta afirmación normalmente se basa en el argumento de que también los poderes constituidos están sujetos a la Constitución, que les impone límites a los que necesariamente deben someterse. De esta forma se subordina la reforma constitucional a límites materiales y formales, lo que significa que, desde el punto de vista de la materia, está prohibida la reforma total, y que la reforma parcial está sometida a límites explícitos o señalados por el mismo texto constitucional. Estos límites explícitos, a su vez, pueden ser, como escribe De Cabo, institucionales e ideológicos. Los primeros

<sup>453</sup> Nieto, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *RAP*, Madrid, núms. 100-102, 1983, p. 408.

<sup>454</sup> Pierandrei, Franco, “La Corte Costituzionale e le modificazione tacite della Costituzione”, *Scritti Giuridici in onore de Antonio Scialoja per il suo XLV anno d'insegnamento*, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1953, vol. IV, pp. 331, 332 y 352. Hauriou ya aceptaba la posibilidad de controlar la constitucionalidad de una reforma constitucional por vicios de forma. También decía que se podía considerar la legitimidad de la reforma constitucional en relación con los principios superiores que formaban la legitimidad constitucional. Hauriou, Maurice, *op. cit.*, nota 332, p. 334.

excluirían la posibilidad de reformar aspectos concretos de la estructura político constitucional, y los segundos, modificar “principios generales, aspectos genéricos e indeterminados y hasta puras abstracciones, supuestamente contenidos” en la norma básica. No puede dejar de destacarse que consagrar estos límites a la reforma trae consigo aceptar la existencia en la Constitución de cláusulas de intangibilidad e incluso de límites inmanentes cuyos significados sólo pueden ser determinados, realmente, por el órgano que controla la constitucionalidad de dichos cambios.<sup>455</sup>

## 2. *El principio de congruencia*

Uno de los principios considerados de indudable vigencia en el proceso constitucional era el de *congruencia entre lo pedido y lo decidido*. Esta regla indica que el pronunciamiento de los tribunales debe mantener la más estricta correspondencia entre demanda y pronunciamiento, entre lo solicitado y lo resuelto, de manera que no pueden fallar “ni *ultra petitum* o cosa distinta de lo pedido ni *extra petitum* o cosa distinta de lo pedido, ni con otro apoyo que no sea el de la *causa petendi*, es decir, el de aquellos fundamentos en los que la demanda basó su solicitud”.<sup>456</sup>

Este principio ha venido aplicándose con elasticidad, aceptándose la posibilidad de que los jueces extiendan “su pronunciamiento a otros preceptos de la misma ley no impugnados, si guardan alguna relación con el objeto del recurso”,<sup>457</sup> o bien emitan decisiones fundadas en complejas operaciones interpretativas realizadas al margen de lo requerido por las partes.<sup>458</sup> Mortati habló, en virtud de esta forma de actuar, de una “retracción del principio de congruencia”, y Garrorena, más recientemente, de la propensión de los jueces de fallar *extra petitum*. Los tribunales han extendido el objeto de sus pronunciamientos a otros preceptos afectados por conexión o consecuencia del mismo vicio que las normas impugnadas.<sup>459</sup> Pero, como este autor señala, no se trata sólo de que éstos extiendan su pronunciamiento por conexión a otras disposiciones no impugnadas en la demanda, pero cuya inconstitucionalidad se deduce claramente como

<sup>455</sup> Cabo, Carlos de, *op. cit.*, nota 336, pp. 52-56.

<sup>456</sup> Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 435, p. 9.

<sup>457</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, “Conclusiones generales”, en Aja, E. (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional...*, *cit.*, nota 83, p. 266.

<sup>458</sup> Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 84, p. 26.

<sup>459</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 78, pp. 579 y 580.

consecuencia o prolongación de las que sí se impugnaron, proceder que no constituiría una quiebra al principio de congruencia, sino de un claro divorcio entre demanda y pronunciamiento, lo que supone, a su juicio, un exceso de la condición judicial de tribunal, constreñida a depender de una instancia, y la señal de una “peligrosa pretensión de modificar expansivamente su posición como poder”.<sup>460</sup>

En este tema parece incluso haber ocurrido una evolución: primero se aceptó la posibilidad de analizar los preceptos puestos en tela de juicio, después, controlar otras disposiciones no censuradas en la medida en que fueran inseparables de las reclamadas, hasta llegar a aceptar y verificar la conformidad con la Constitución de toda disposición contenida en la ley recurrida, incluso si es diferente del precepto censurado.<sup>461</sup> Si los jueces pueden fundar sus declaraciones de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso de un proceso; esta circunstancia, como dice Pibernat, “amplía la autonomía procesal del Tribunal hasta un punto en que depende de la propia autolimitación el que no se llegue a sustituir el principio de justicia rogada propia de los órganos jurisdiccionales”.<sup>462</sup> Normalmente esta operación se realiza en aras de la garantía de la supremacía de la Constitución, principio que, a juicio de los propugnadores de esta forma de actuación, supone que el órgano competente para efectuar tal labor realice el examen de la ley sometida a su consideración sin estar limitado a los concretos preceptos que los poseedores de legitimación activa han impugnado.

### 3. *Disposición y norma*

Un problema cuya resolución resulta fundamental para la definición del ámbito sobre el que opera el juez es la determinación del objeto del juicio de constitucionalidad. Esta cuestión parte del reconocimiento de que las disposiciones constitucionales, por su carácter abierto, no tienen una sola interpretación ni un solo significado; al contrario, pueden contener distintas normas y múltiples significados, por lo que el control

<sup>460</sup> Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 435, pp. 9 y 10.

<sup>461</sup> Así sucedió en Francia según, Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación a las técnicas de decisión del Consejo Constitucional francés”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, Valencia, núms. 18-19, 1997, pp. 174 y 175.

<sup>462</sup> Pibernat Domenech, Xavier, “La sentencia constitucional como fuente del derecho”, *RDP*, Madrid, núm. 24, 1987, p. 78.

puede ejercerse en virtud del texto tomado en su conjunto o de algunas de sus disposiciones (artículos, apartados, proposiciones, palabras) o reglas deducibles.<sup>463</sup> Reconocer esto nos coloca en la necesidad de distinguir entre disposición y norma. Para Silvestri, esta última es la disposición interpretada; es decir, la interpretación de un enunciado lingüístico que opera como fuente del derecho. Guastini aclara la diferencia: una disposición es el enunciado que forma parte de un documento normativo y una norma es el enunciado que constituye el sentido o significado adscrito a una disposición. Si bien ambos son enunciados y, en este sentido, entidades homogéneas, “la disposizione e (parte di) un testo ancora *da interpretare*; la norma e (parte di) un testo *interpretato*”; en otras palabras: “la disposizione e un enunciato che costituisce l’oggetto dell’interpretazione. La norma e un enunciato che costituisce el prodotto, o risultato, dell’interpretazione”.<sup>464</sup> La disposición sería la expresión lingüística mediante la cual se manifiesta la voluntad del órgano que emana un determinado acto jurídico. La norma sería el resultado de un proceso interpretativo realizado sobre las disposiciones y que puede conducir a encontrar más de una norma en una sola disposición o una sola norma en varias disposiciones.

Esta distinción entre disposición y norma resulta trascendente, ya que mediante ésta puede separarse la norma del significado lingüístico originario de la disposición cortándose la relación que la liga con el momento de su creación.<sup>465</sup> La no “correspondencia biunívoca” entre disposición y norma también indica que la identificación de las normas de un ordenamiento “no es tarea que se agote en el conocimiento de sus enunciados”. Asimismo, si se acepta esta diferencia, el objeto del control puede ser el texto o sus normas deducibles; sin embargo, parece claro que si

<sup>463</sup> Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, pp. 91 y 92. También Pizzorusso, Alessandro, “El tribunal constitucional...”, *cit.*, nota 443, pp. 283 y 284; *id.*, *op. cit.*, nota 84, p. 20. Las normas no se agotan en su expresión literal, ellas tienen un “ámbito normativo”, es decir, tienen en su interior un amplio contenido que constituye lo que se ha llamado el programa de la norma. García Canales, Mariano, “Notas sobre el método y los límites de la interpretación en derecho constitucional”, *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Universidad de Murcia, 1997, t. I, p. 300.

<sup>464</sup> Guastini, Riccardo, “Disposizione vs. norma”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Milán, 1989, 2a. parte, pp. 4-6.

<sup>465</sup> Rolla, Gincarlo y Groppi, Tania, “Tra politica e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 2, 2000, p. 169.

bien el precepto es el único que puede ser objeto del proceso constitucional, el objeto del pronunciamiento debe ser una de las normas que ésta contiene. Esto significa que el objeto del control de constitucionalidad no es la ley, sino las normas contenidas en el enunciado legal que puede tener una pluralidad de significados.<sup>466</sup> “El control de constitucionalidad se realiza, no comparando los enunciados legales con los constitucionales, sino las normas que, tras interpretarlas, han sido atribuidas a esos enunciados”.<sup>467</sup> Sobre la base del texto, que como escribe Chiarelli, históricamente representa “un pasado”, el intérprete formula la norma que es “el presente” en el momento de la aplicación del derecho. Por ello se puede decir que la interpretación es una selección entre los diferentes significados atribuidos al texto;<sup>468</sup> es decir, una decisión realizada sobre una variedad de opciones. En esta virtud, el legislador no crearía normas, sino disposiciones, aunque disposiciones con un múltiple, a veces involuntario, potencial normativo, que corresponde determinar, por vía hermenéutica, a los operadores prácticos del derecho.<sup>469</sup>

En las ideas de M. Troper encontramos una construcción jurídica derivada de la aceptación de esta diferencia y del reconocimiento de que el juez antes de proceder a la aplicación de una norma debe interpretarla. Para este autor, ambas cuestiones implican reconocer que es el juez, quien al determinar el “auténtico” significado de las normas se convierte en “el verdadero legislador”, relegando de esta posición al autor del enunciado. “El verdadero legislador, dice, no es el autor del texto, sino el intérprete”. Es más, si la interpretación es la elección entre varios significados contenidos en el texto de la norma y es el juez el que define su contenido,<sup>470</sup> éste no está sometido a ella. Así, el legislador no puede

<sup>466</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 78, p. 581.

<sup>467</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Diez años de fallos constitucionales (sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991, p. 122. Una prueba importante sobre el hecho de que es el mandato y no el texto legal el objeto del control es la afirmación de que la reiteración por parte del legislador de un precepto igual al declarado inválido supone un ilícito constitucional. Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 78, p. 581.

<sup>468</sup> Chiarelli, Giuseppe, “Processo costituzionale e teoria dell’interpretazione”, *Studi in memoria di Tulio Ascarelli*, Milán, Giuffrè, 1969, vol. V, p. 2854.

<sup>469</sup> Spadaro, Antonino, *op. cit.*, nota 410, p. 357.

<sup>470</sup> Muy cercana a esta aseveración Horn cuando dice que “en la práctica, la Ley Fundamental rige hoy según la interpretación que le ha dado el máximo tribunal constitucional”. Horn, Wolfgang, “Estado de derecho, democracia y jurisdicción constitucional”, en Theising, Josef (comp.), *Estado de derecho y democracia*, Argentina, CIEDLA, 1999, p. 135.

infringir “la Constitución tal y como la interpreta el juez. El Parlamento no está sometido a un texto, sino a una norma creada por el juez”. Por ello, para Troper, no existe jerarquía entre la Constitución y las decisiones del órgano jurisdiccional, puesto que si la norma constitucional tiene el significado que le atribuye o escoge el juez, éste “no está sometido a una norma emanada del poder constituyente” sino “a sus propias normas, a su propia voluntad”.

La segunda aseveración que hace este autor, derivada de estas consideraciones, es que el órgano jurisdiccional es indudablemente coautor de la ley, ya que su consentimiento es indispensable para su formación. Aceptar que el juez constitucional participa en la formación de la ley trae como consecuencia que se le reconozca como órgano que contribuye, junto con otros órganos, a la expresión de la voluntad general. De este reconocimiento de la participación de múltiples órganos en la elaboración de la ley surge un modelo de Poder Legislativo cuya función la ejercen diversos órganos parciales, lo que indica que la ley no es elaborada en su totalidad por el propio pueblo ni por sus representantes. El juez contribuye a la expresión de la voluntad general porque participa en la formación de la ley. Así concluye Troper: “la ley, expresión de la voluntad general, es elaborada por varios órganos parciales. Las voluntades que éstos expresan contribuyen a formar la voluntad general”. La ley no es expresión de la voluntad de la mayoría, sino de la voluntad general, y ésta no es la del momento de la votación, sino la del momento de la aplicación.<sup>471</sup>

Parece que el despliegue de la jurisdicción constitucional ha conducido a un nuevo paradigma jurídico que incluye un régimen concurrencial de producción de la ley.<sup>472</sup> También Cruz Villalón acepta, aunque desde otra perspectiva, que la ley es resultado de dos funciones: la potestad legislativa y la justicia constitucional; por ello la define como: “la norma tal como resulta de su revisión constitucional o de su control de constitucionalidad”, “el resultado de la interacción de dos funciones constitucionales distintas, la función legislativa y la función de control de constitucionalidad”.<sup>473</sup> De la misma forma, D. Rousseau señala que el juez es un actor del complejo proceso de elaboración de leyes que, a su

<sup>471</sup> Troper, Michel, “Justicia constitucional y democracia”, *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de María Venegas Grau, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 316 y ss.

<sup>472</sup> Así lo expresa D. Rousseau, citado en Acosta Sánchez, José, *op. cit.*, nota 112, p. 298.

<sup>473</sup> Cruz Villalón, Pedro, “Jurisprudencia constitucional y ley”, en López Pina (ed.), *Democracia representativa y parlamentarismo*, *cit.*, nota 88, pp. 135-137. Ahora también

parecer, incluye dos fases: la de determinación, que correspondería al legislador, y otra en donde el juez participaría en la definición de su sentido y contenido. En este proceso, el juez sería un colegislador que colabora en la predeterminación de la norma dictada por el legislador.<sup>474</sup>

Hay otras normas y actos que actualmente pueden ser controlados por el juez constitucional y que amplían sensiblemente sus posibilidades de participar activamente en la función legislativa y que incluso pueden llegar a introducir controles de oportunidad política incompatibles con la naturaleza de la jurisdicción constitucional.<sup>475</sup> Estos objetos, que sin ánimo exhaustivo, sino sólo ejemplificativo, comentaremos en lo que sigue, son los siguientes: las cuestiones políticas, los vicios del procedimiento legislativo y las denominadas omisiones legislativas, a las que dedicaremos las siguientes páginas para comprobar la veracidad de la anterior afirmación.

#### 4. *Las cuestiones políticas*

En el caso *Marbury vs. Madison*, Marshall sostuvo que los actos políticos eran expresión de un poder de naturaleza discrecional no susceptible de control. Estas cuestiones, decía, “no pueden nunca ser traídas ante la Corte”. Estas materias fueron excluidas por la doctrina clásica del control judicial con objeto de conservar cierto ámbito discrecional a los poderes públicos y respetar el principio de división de poderes.<sup>476</sup> Son un “referente negativo de la jurisdicción de la ley”,<sup>477</sup> y se basan en la idea de que existen algunas materias cuya decisión corresponde, por mandato constitucional, únicamente a determinada rama del gobierno y, por tanto, no pueden ser revisadas por ningún otro órgano. No eran justiciables, en virtud de esta doctrina, los temas que fueran objeto del conocimien-

en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 188 y 189.

<sup>474</sup> Citado por Acosta Sánchez, José, *op. cit.*, nota 112, p. 327.

<sup>475</sup> Aguiar de Luque, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *RDP*, Madrid, núm. 24, 1987, pp. 14 y 15.

<sup>476</sup> Schwartz, B., *Los poderes del gobierno*, trad. de J. Olloqui Labastida, México, UNAM, 1966, vol. I, p. 577; Alonso García, Enrique, “El Tribunal Burger y la doctrina de las «political questions» en los Estados Unidos”, *REDC*, Madrid, núm. 1, 1981, pp. 293-299. También, Hughes, Charles E., *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de R. Molina y V. Herrero, México, FCE, 1946, pp. 56-58.

<sup>477</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 108, p. 22.

to discrecional de los poderes Legislativo y Ejecutivo, como podían ser las elecciones, los reglamentos de necesidad o urgencia emanados por el Ejecutivo declarando el estado de sitio o la suspensión de garantías individuales, etcétera; lo que suponía reconocer que existían, dentro de la Constitución, cláusulas no enjuiciables o no aplicables por los jueces por ser actos de soberanía exentos de cualquier actividad de fiscalización, sólo sometidas a la decisión, desarrollo e interpretación de las instancias políticas.<sup>478</sup> Estas cuestiones, escribía Loewenstein, hacen referencia a la posesión del poder político o a la soberanía sobre la cual deciden el gobierno o el congreso y ligan irremediamente a los tribunales, que en estos casos no pueden sustituir la inactividad o el ejercicio anticonstitucional de otro órgano. El poder político que lo ejerce es responsable sólo ante el país y su conciencia, como decía Marshall. En la base de esta actitud de los tribunales, de no conocer de cuestiones políticas, estaba la decisión de autoimponerse límites para no caer en el torbellino de la vida política, y, como escribe Wolfe, el reconocimiento de que el poder de control judicial no es un poder general para anular todos los actos del Ejecutivo o del Legislador.<sup>479</sup> Las *political questions* exigen prudencia y auto restricción a los jueces. Por ello, Horn, hace algunos años, pudo decir que el sistema de justicia constitucional funda su autoridad en la imparcialidad, pero también en su reserva frente a la tentación de intervenir en asuntos políticos.<sup>480</sup>

<sup>478</sup> Loewenstein, Karl, “La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, trad. de M. Medina, *REP*, Madrid, núm. 133, 1964, p. 7. Las Constituciones no sólo han impuesto límites respecto de la cuestiones políticas, sino en ocasiones han excluido parte de sus preceptos de la jurisdicción de los Tribunales. Es el caso de países como la India, en el que se excluye tomar como parámetro de constitucionalidad de alguna ley, las declaraciones de principios de política social contenidos en la Constituciones, o el caso de Suiza que excluye de cualquier control las leyes aprobadas por la Asamblea Federal. Wheare, K. C., *op. cit.*, nota 369, p. 107. Como ha de recordarse, hasta hace pocos años, la mayoría de las Constituciones latinoamericanas prohibían u omitían la procedencia de la revisión judicial en caso de las disposiciones que establecían el estado de emergencia y de las que se derivaban de él. Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio Héctor, “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, Madrid, núm. 2, 1986, p. 115.

<sup>479</sup> Wolfe, Christopher, *op. cit.*, nota 91, p. 153.

<sup>480</sup> Horn, Hans-Rudolf, “República Federal de Alemania: justicia y defensa de la Constitución”, *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, p. 617. En un artículo escrito en 1983, Vergottini señalaba que uno de los factores que hacía precaria e ineficaz la obra de los jueces en Iberoamérica era “la tendencia expansiva de las cuestiones polí-

Ahora se sostiene que tampoco estos actos pueden desconocer los límites que la Constitución señala, y que la abstención de los jueces ante ellos representa un perjuicio a la política y un obstáculo a la evolución de la justicia constitucional. La división entre cuestiones justiciables y no justiciables aparece como una fabricación inconstitucional. Como escribe Cruz Villalón, los jueces han venido demostrando que no están dispuestos “a abdicar de su cometido esencial, la custodia de la Constitución, ante supuestas «razones de estado o «political questions»”.<sup>481</sup> Es más, paralelamente a la reducción del número de cuestiones no justiciables se sostiene que si en un sistema determinado éstas son demasiadas, sólo existirá un régimen parcial de control de constitucionalidad. Y aun cuando se considera que existen ciertos actos políticos que no pueden ser susceptibles de control judicial, esta afirmación cede si el acto pone en riesgo la vigencia de un derecho fundamental. Es precisamente el peligro que pueden sufrir los derechos y libertades públicas la causa por la que ha decaído el principio de no control de los actos políticos. Así, aquellos que todavía pugnan por la necesidad de su vigencia no tienen más remedio que aceptar que la regla de no conocer este tipo de cuestiones debe ser respetada, pero no en todos los casos.

Sin embargo, y aunque se esté de acuerdo con esta tendencia, no puede dudarse que otorgar influencia y participación a los jueces en estas cuestiones puede perturbar “el desenvolvimiento del libre juego de las fuerzas políticas” y hacer que se caiga en excesos, como sucede con propuestas tales como dejar a los jueces el control de la dirección de las relaciones internacionales. Al respecto, Scoditti señala que la incardinación de los tribunales en cuestiones políticas hace que éstas sean resueltas por órganos que tienen una legitimación estrictamente técnica no democrática y a los que no se les puede exigir responsabilidad política. De esta forma se sustrae la política de los órganos representativos que cuentan con legitimidad democrática, y se deja a los órganos que tienen legitimación exclusivamente técnica la resolución de las cuestiones políticas. Para este autor, esto es una grave distorsión del proceso político democrático cuyo

tivas sustraídas al control jurisdiccional”. Vergottini, Giuseppe de, “Sobre la efectividad del control jurisdiccional de constitucionalidad en los ordenamientos iberoamericanos”, trad. de J. Jiménez Campo, *REDC*, Madrid, núm. 8, 1983, p. 100.

<sup>481</sup> Cruz Villalón, Pedro, “¿Reserva de Constitución?”, *La curiosidad del jurista persa...*, *cit.*, nota 473, p. 134.

resultado es la paradoja de una política sustraída a la democracia y gobernada por los técnicos.<sup>482</sup>

### 5. *Los vicios del procedimiento legislativo*

Según la doctrina más tradicional, los vicios producidos por la ley en el iter legislativo de su creación configuran un “área exenta” a cualquier tipo de control judicial. Además de que la tutela e interpretación de las normas parlamentarias corresponde a los propios legisladores, existe un ámbito autónomo reservado exclusivamente al legislador que no puede ser sometido a controles externos en virtud de su posición dentro del sistema jurídico. En consecuencia, el desarrollo del procedimiento legislativo sólo puede estar sujeto al control del propio Parlamento. Lo que era la más auténtica expresión y garantía de su autonomía y libertad de acción. No puede olvidarse que en los orígenes y motivos de la elaboración doctrinal de esta figura están los esfuerzos de garantizar la autonomía del Parlamento frente al monarca.

Pero en tiempos recientes se ha comenzado a aceptar que el incumplimiento de los preceptos constitucionales en materia de formación de leyes lleva consigo su invalidez; también que ésta se produce si se violan los reglamentos parlamentarios, y que las cámaras están obligadas a su observancia por su carácter de normas interpuestas e integradoras; lo que hace que constituyan una condición de validez de las leyes.<sup>483</sup> Una vez que se ha aceptado lo anterior, como escribe Torres Muro, algunos órganos judiciales han ido más allá y han pasado a controlar los actos administrativos y de ejecución o empleo de los presupuestos o fondos públicos, hablándose ahora de interna corporis procedimentales, financieros y administrativos,<sup>484</sup> que complementan el control de constitucionalidad material, competencial y procedimental. La justificación para el control de este tipo de actos vuelve a ser la idea de la Constitución como norma suprema y la afirmación de que si ésta tiene efectivamente carácter

<sup>482</sup> Scoditti, Enrico, *op. cit.*, nota 268, pp. 2 y 3.

<sup>483</sup> Biglino Campos, Paloma, “Los vicios en el procedimiento legislativo: la postura del Tribunal Constitucional en la sentencia 97/87”, *REDC*, Madrid, núm. 24, 1988, pp. 213 y 220; *id.*, “Los vicios en el procedimiento legislativo”, en Garrorena Morales, A. (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, *cit.*, nota 407, pp. 205-208.

<sup>484</sup> Torres Muro, Ignacio, “El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana”, *REDC*, Madrid, núm. 17, 1986, pp. 194, 195 y ss.

vinculante no existe objeción válida al control de los actos de formación de las leyes.

La cuestión que de inmediato sigue a la aceptación del control de los “interna corporis” es saber cuáles vicios pueden ser controlados, o, concretamente, cuál es el objeto de control en estos casos. No puede pasarse por alto que si bien se acepta que los tribunales, en su mayoría, controlan el respeto de los actos legislativos a las normas reglamentarias que regulan el procedimiento legislativo, “los criterios que pueden fijarse con carácter general respecto a la delimitación del control en sede constitucional de los vicios de procedimiento son bastante imprecisos”.<sup>485</sup> Tan difícil resulta determinar el objeto a controlar en estos casos que la respuesta que parece ser más efectiva es, como dice Garrorena, en quien se detectan claramente el eco de las ideas de Kelsen, que una vez aceptada la controlabilidad de los interna corporis se debe “iniciar una ponderada y prudente construcción jurisprudencial que depure progresiva y casuísticamente... qué vicios de forma debe ser, son efectivamente esenciales, invalidantes... y cuales no”. Es decir, para determinar con precisión cuáles son los actos que pueden ser objeto de control, no queda otra más que realizar “un análisis casuístico de los distintos preceptos infringibles”.<sup>486</sup>

Los “interna corporis” se han visto sometidos a un importante proceso de disminución”. Las violaciones de las normas constitucionales referidas al procedimiento legislativo y las de los reglamentos parlamentarios han pasado a formar parte de los objetos de control de los jueces constitucionales. Lo anterior podría significar que el Parlamento no realiza sus funciones en completa libertad y autonomía ni con garantía de absoluta autoorganización. Al controlar la forma en que el legislador desarrolla su labor legislativa, los jueces se inmiscuyen y entrometen en su autonomía e independencia. Parte de la doctrina opina que este control puede desembocar en la imposición al legislador de una racionalidad controlable jurisdiccionalmente al forzarlo a adoptar una metodología óptima que choca con la configuración de la función legislativa.<sup>487</sup> Asimismo, la

<sup>485</sup> Aguiar de Luque, Luis, *op. cit.*, nota 475, p. 22.

<sup>486</sup> Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 435, p. 14. Recuérdese que ya Kelsen se preguntaba si no sería oportuno “autorizar al Tribunal Constitucional a anular un acto por vicio de forma, es decir, por irregularidades en el procedimiento” pero “únicamente si este vicio es particularmente importante, esencial”. Biglino Campos, Paloma, *op. cit.*, nota 483, p. 227.

<sup>487</sup> Figueruelo Burrieza, Ángela, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, *REP*, Madrid, núm. 81, 1993, p. 56.

aceptación de este control es considerada una muestra más de la constitucionalización de los ámbitos jurídicos, concretamente del derecho parlamentario, que deriva de la normatividad de la Constitución y su carácter vinculante para todos los poderes públicos, que se impone sobre la propia autonomía del legislador. No es que se sostenga que los tribunales con el control de los actos legislativos eliminen por completo la esfera de discrecionalidad y libertad de decisión de que goza el Parlamento en el ejercicio de sus funciones, sólo que es indudable que los jueces han ganado espacios también dentro del proceso de formación de las leyes, acto esencial, motivo de ser, del órgano legislativo.

### 6. *Las omisiones del legislador*

Paladín señalaba que una de las características de la función legislativa era que no podía ser constreñida. Decía que sólo desde un punto de vista formalista podía concebirse como obligación del legislador hacer operantes las directrices y los principios constitucionales; éstos no representan obligaciones por cumplir, sino programas que hay que evaluar según oportunidades concretas. La única sanción ante la inercia del legislador es la responsabilidad política: “e per l'appunto sul piano politico, e non sul piano formale, chi si deve apprezzare il discorso sulla doverosità delle leggi d'attuazione costituzionale”.<sup>488</sup> Para Crisafulli, si bien la falta de emanación, por parte de los órganos legislativos, de las normas exigidas por los principios constitucionales era un comportamiento inconstitucional, ésta no podía sancionarse a través del control jurisdiccional porque éste no comprendía la inercia legislativa, sino sólo los comportamientos positivos del legislador; las sanciones a dicha inconstitucionalidad debían imponerse en otros momentos del sistema, concretamente, en aquéllos diseñados para exigir responsabilidad política, como las elecciones, la petición o la iniciativa popular de leyes.<sup>489</sup>

Calamandrei señalaba, que el control de constitucionalidad de las leyes no era un remedio adecuado para atacar la inercia del legislador; si éste, decía, se abstiene, no obstante los propósitos expresos en

<sup>488</sup> Paladín, Livio, “Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale”, *cit.*, p. 313. El ejercicio de la actividad legislativa y reglamentaria es incoercible. Díez-Picazo, Luis M., *op. cit.*, nota 407, p. 163.

<sup>489</sup> Crisafulli, Vezio, “Le norme programmatiche della Costituzione”, *cit.*, pp. 63 y 64, en la misma obra, “Costituzione e protezione sociale”, p. 132.

la Constitución, de dictar las normas de desarrollo, ningún control de legitimidad logrará vencer esta inercia legislativa, dado que la actuación y desarrollo de la Constitución depende de evaluaciones de orden exclusivamente político que escapan a un control creado para garantizar la legitimidad de las leyes que existen, no de aquellas que deben existir. En esta virtud, era imposible que la trasgresión de la obligación del legislador ordinario de emanar leyes de actuación de las normas constitucionales pudiera encontrar remedio y sanción en el control de legitimidad constitucional.<sup>490</sup> En fin, Sandulli aseguraba, refiriéndose al ordenamiento italiano, que era impensable que las omisiones del legislador fueran objeto de juicio, ya que sólo podían ser llevados ante el juez los conflictos positivos y no aquéllos negativos,<sup>491</sup> por lo que era necesario que las normas existieran para poder ser impugnadas. Como falta el acto, que es el presupuesto del control, el no acto no puede ser anulado o removido. Para este autor, así como para Crisafulli, el problema es determinar con qué medios, en qué ámbito y con cuáles efectos poder ejercer un control de este tipo.<sup>492</sup>

Dos convicciones, esencialmente, parecen latir en estas ideas. Primero, el legislador, por su posición dentro del sistema constitucional, tiene la facultad de decidir sobre sus tareas, el momento y la forma de asumirlas.<sup>493</sup> Su autoridad, y “la dignidad del producto de sus funciones”, lo facultan para guardar silencio sin que puedan imponerse sanciones a este comportamiento. La decisión sobre el modo y tiempo que considere oportuno legislar corresponde al propio legislador, quien no puede ser coercionado a desarrollar las normas constitucionales, ya que al pertenecerle la facultad de innovar el ordenamiento jurídico, posee, también, la facultad de llevar a cabo un comportamiento omisivo, que puede significar una actitud positiva ante determinadas materias y, por tanto, una expresión de su voluntad política. Segundo, la certeza de que la conculcación de la Constitución se produce únicamente en los casos de actividades positivas por parte de los órganos estatales, por lo que el objeto del control está concebido para ser realizado contrastando un texto legislativo, siendo inconcebible que se efectúe en ausencia de dicho texto. Es

<sup>490</sup> Calamandrei, Piero, *op. cit.*, nota 390, pp. 29 y 30.

<sup>491</sup> Sandulli, Aldo M., *op. cit.*, nota 78, p. 15.

<sup>492</sup> Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, nota 435, p. 143.

<sup>493</sup> Denninger, Erhardo, “El lugar de la ley”, en López Pina (ed.), *Democracia y parlamentarismo*, *cit.*, nota 88, p. 56.

decir, la actividad del juez debe realizarse a partir de un texto normativo preestablecido, siendo imposible que opere con normas inexistentes o vacíos jurídicos.

Sin embargo, la solución que indica la posibilidad de controlar toda la actividad de los poderes públicos, incluidas sus omisiones, va ganando terreno.<sup>494</sup> Se considera que la omisión es impugnabile y su control se coloca al mismo nivel que cuando se refiere a una acción positiva asegurándose que la inexistencia en un ordenamiento de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por omisión revela “un déficit injusto en la jurisdicción constitucional”.<sup>495</sup> En el derecho positivo, fue la ex República Socialista Federativa de Yugoslavia la que primero consagró, en su texto constitucional de 1974, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por omisión. Le siguieron Portugal, con sus Constituciones de 1976 y 1982; Brasil, con su Constitución de 1988; la Carta de la Provincia de Río Negro en la Argentina en el mismo año y, posteriormente, Chile. Asimismo, como escribe Fernández Segado, la moderna dogmática constitucional “ha desarrollado encomiables esfuerzos en la dirección de habilitar mecanismos con los que hacer frente a aquellas ilegitimidades constitucionales que tienen su origen en la inercia de los órganos legislativos en orden a la efectiva y necesaria concretización de los principios establecidos en la Norma Fundamental”.<sup>496</sup> Pero además de la dogmática, también los jueces han actuado en este ámbito cada vez con mayor frecuencia.<sup>497</sup>

Según sus pugnadores, el objeto del control de las omisiones legislativas es “el incumplimiento de la Constitución por ausencia de las medidas legislativas necesarias para hacer realidad los mandatos

<sup>494</sup> Zagrebelsky, Gustavo, “El Tribunal Constitucional italiano”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, cit., nota 89, p. 450.

<sup>495</sup> Bidart Campos, Germán, “La jurisdicción constitucional. Entorno político, limitaciones y alcances”, *Externado, Revista Jurídica*, núm. 2, 1995, p. 61.

<sup>496</sup> Bidart Campos, Germán, “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *La Justicia*, México, núm. 601, t. XXXVI, p. 429.

<sup>497</sup> Así, por ejemplo, Cortés Campos, Josefina, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en España”, *Anuario de Derecho Público*, México, núm. 2, 2000, p. 313. Dice Bazán que “doctrinaria y jurisprudencialmente, la figura de la inconstitucionalidad por omisión tuvo desarrollo inicial en la República Federal de Alemania”. Bazán, Víctor, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la constitucionalidad omisiva”, en Bazán, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 195.

constitucionales”.<sup>498</sup> Como escribe Silvestri, la falta de emanación de leyes ordinarias en función de la actuación de institutos o principios contenidos en la carta constitucional. En virtud de que los jueces, a través de este control, están en posibilidad de verificar el no cumplimiento de las normas constitucionales por inejecución legislativa de las mismas. Lo inconstitucional sería la abstención del órgano, y el objetivo, la activación del legislador; es decir, hacerlo cumplir su deber de dictar las normas necesarias para el desarrollo de la Constitución. Dicho control de las omisiones del legislador se justifica, normalmente, con el argumento de asegurar la plena aplicación de la Constitución, hacer vigentes y operativas las normas constitucionales, realizar la voluntad constituyente y defender la Constitución; justificación que hace que dicho control aparezca como un control objetivo, ya que, como señala Aguiar, la admisión de esta competencia parece lógica: si la función del órgano de justicia constitucional es controlar la regularidad constitucional del actuar del legislador, tan inconstitucional es una actuación positiva vulneradora del orden constitucional como la no actuación cuando constitucionalmente está prevista, o, en otros términos, “tan alterada queda la plenitud del texto constitucional y tan negada la voluntad del constituyente con un actuar contrario a la Constitución como con un no actuar”.<sup>499</sup>

La aceptación de la inconstitucionalidad por omisión ha propiciado la posibilidad de distinguir diversos tipos de omisiones legislativas. Mortati, que sigue a Wessel, ha diferenciado entre omisiones legislativas absolutas y relativas.<sup>500</sup> Las primeras se dan “en los casos en que el incumplimiento de la Constitución se debe a la omisión de las medidas legislativas necesarias para convertir en ejecutables ciertas disposiciones constitucionales, precisamente aquellas que exigen para su efectividad la intervención del legislador ordinario”.<sup>501</sup> Así, hay omisión absoluta cuando falta todo el desarrollo legislativo que exige una norma constitucional. La *omisión relativa* deriva de actuaciones parciales que disciplinan un tema para algunas relaciones y no para otras idénticas. Se trata de regulaciones hechas

<sup>498</sup> Nunes de Almeida, Luis, “Portugal”, en Aja, E. (ed.), *Las tensiones entre el tribunal constitucional...*, cit., nota 83, p. 222.

<sup>499</sup> Aguiar de Luque, Luis, *op. cit.*, nota 475, p. 25.

<sup>500</sup> Mortati, C., “Appunti per uno studio dei remedi giurisdizionale contro comportamenti omissivi del legislatore”, *Raccolta di Scritti*, Milán, 1972, vol. III, pp. 923 y ss.

<sup>501</sup> Nunes de Almeida, Luis, *op. cit.*, nota 498, p. 213.

por el legislador de forma incompleta, no idónea o insatisfactoria.<sup>502</sup> Estas omisiones se producen, a juicio de Vecina Cifuentes, cuando la norma legal, al regular ciertos supuestos, omite incluir en la misma regulación o someter al mismo tratamiento jurídico, casos idénticos, violándose el principio de igualdad. En ellas hay una conducta del legislador, pero es incompleta, y sus defectos pueden ocasionar situaciones inconstitucionales.

Desde otra perspectiva, Silvestri distingue entre omisiones que determinan lagunas *institucionales* en el sentido que hacen imposible el funcionamiento práctico de órganos o entes previstos en la Constitución, y lagunas *normativas*, que se presentan cuando determinados hechos no están regulados, en todo o en parte, según los principios constitucionales o cuando no han sido puestos en operación institutos delineados de forma general por la misma norma básica.<sup>503</sup> Sagüés, por su parte, distingue entre omisiones de actos individuales y omisiones de normas generales.<sup>504</sup> Fernández Segado, que se apoya en Canotilho, señala que existe inconstitucionalidad por omisión en los siguientes casos: cuando la obligación de legislar se deriva de mandatos constitucionales concretos, no se procede a la regulación de las normas de escasa densidad operativa, no se desarrollan los preceptos que ordenan la regulación de una institución, y cuando si bien existe la norma legislativa, sus carencias son de tal magnitud que resulta insuficiente para cumplir con el mandato exigido en la Constitución.<sup>505</sup>

<sup>502</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *Estado social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983, p. 53.

<sup>503</sup> Silvestri, Gaetano, “Le sentenze normative della Corte Costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, Italia, 1981, t. I, p. 1705.

<sup>504</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Argentina, Depalma, 1998, p. 176.

<sup>505</sup> Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socio-económica?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Carabobo*, Venezuela, 1995, pp. 423-427. Resulta interesante constatar que la jurisprudencia alemana ha suscrito que pueden ser objeto de recurso de queja constitucional las omisiones relativas del legislador. En España, la vulneración de derechos ocasionada por la omisión legislativa puede ser reconocida por el juez ordinario que planteará la cuestión de inconstitucionalidad por vía de amparo o mediante un conflicto de competencias. Cortés Campos, Josefina, *op. cit.*, nota 497, p. 316. En este país, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la inconstitucionalidad por omisión sólo se da en los casos en que la propia Constitución impone al legislador la obligación de dictar normas de desarrollo y el legislador no lo hace. “En Alemania y en España se produce un efecto de control de las omisiones sólo en materia de derechos fundamentales y por

Pero la cuestión de la omisión no parece terminar con el señalamiento de la misma ya que si se comprueba su existencia “non si puo non indicare *quale* norma manca”. El juez, además de constatar la omisión debe determinar la norma faltante, por lo que su pronunciamiento se desdobra; es decir, se considera insuficiente sólo señalar que la omisión es contraria a la Constitución, por lo que el efecto positivo se hace derivar de un pronunciamiento posterior que puede ser de varios tipos: un mandato al legislador para que proceda a realizar su actividad y regular determinada materia; la imposición de un plazo para que cumpla con la sentencia dictada; la regulación de la materia, a través de la propia sentencia, supliendo la omisión legislativa, y la “integración del orden normativo”. Bidart señala que este segundo pronunciamiento puede ser de tres tipos: el dictado de la norma reglamentaria omitida; el emplazamiento al legislador a emanar la regulación omitida, y la constatación de la existencia de una laguna en el ordenamiento y, como consecuencia, la integración del orden normativo mediante la auto o heterointegración. En otras palabras, ante la falta de normación del legislador, el juez constitucional tendrá la posibilidad de librar una orden al legislador o un mandato de ejecución para que proceda a realizar su actividad normativa en un tiempo determinado, y si no cumple, será el propio juez quien procederá a cubrir la laguna, ya que la hipótesis de la inconstitucionalidad por omisión no difiere en nada de cualquier otro caso en que una carencia normativa provoca el deber de los jueces de integrar el orden jurídico mediante la elaboración o creación de la norma (sentencia) que confiera solución al caso.<sup>506</sup>

la vía del recurso de amparo, cuando la ausencia de la ley prevista por la Constitución acarrea la subsistencia de un obstáculo que supone la vulneración del derecho fundamental; pero la técnica que se utiliza para su remedio no es el control de la constitucionalidad sino la protección del derecho mediante la aplicación directa de la Constitución, aunque ello implica una urgente llamada al legislador para que apruebe la ley correspondiente”. Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, p. 282. En Hungría, el Tribunal Constitucional hasta 1997 había dictado en siete casos declaraciones de inconstitucionalidad por omisión por parte del legislador. El Tribunal austriaco, por su parte, no acepta, en principio, la impugnación de los vacíos legislativos, sin embargo, ya ha derogado, en base al principio de igualdad, “regímenes jurídicos que, en comparación con otras situaciones equivalentes, debían haber incluido determinados aspectos, pero que por no hacerlo se declararon inconstitucionales”, lo que indica, a juicio de Schäffer y Haas, que se acepta la corrección en caso de inactividad parcial del legislador. Schäffer, Heinz y Haas, Thomas, *op. cit.*, nota 427, pp. 17, 18 y 45.

<sup>506</sup> Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, nota 495, p. 61, y nota 496, p. 29.

Sagüés, percatándose de la falta de consideración al principio democrático que implican las soluciones anteriores, propone otro camino. Para este autor, el problema está centrado en las normas programáticas consignadas en la Constitución. Respecto a éstas, hay que distinguir, dice, entre las normas de cumplimiento discrecional y obligatorio. Entre estas últimas, a su vez, pueden diferenciarse (aunque el mismo autor señala que esta distinción no “siempre es nítida ni cuestionable”) las normas cuya garantía puede cumplirse de manera relativamente sencilla porque llevan un mensaje definido y concreto y aquellas otras cuyo cumplimiento es más complejo por sus imprecisiones y dificultades técnicas. En el primer caso, el juez puede sustituir al legislador, “saltar por encima de la ley” y cumplimentar la norma constitucional aun si no existe ley regulatoria previa, transformando la norma programática en operativa. En el segundo caso, Sagüés reconoce que es muy difícil que el juez pueda reparar la omisión legislativa desarrollando las exigencias que impone la norma; considerar que el juez pueda hacer esto, opina, “parece escapar al sentido común y aproximarse, además, a lo irrealizable o al absurdo”. Sin embargo, propone una solución: habilitar al afectado una vía indemnizatoria judicial, por daños y perjuicios, contra el legislador que omite cumplir las obligaciones que derivan de una norma programática; el punto de partida de esta propuesta es la certeza de que la no regulación por parte del legislador de una norma constitucional causa daños a los derechos de las personas, ya que no pueden ejercerlos. Así, dice: “la no sanción de la norma infraconstitucional reglamentaria priva al titular de un derecho constitucional su legítimo ejercicio. Al afectado, le toca alegarlo y probarlo. A la judicatura, regularlo prudencialmente”. De esta forma, la cuestión de la omisión legislativa se convierte en una privación o afectación de derechos individuales o colectivos que daría lugar a una acción (quizá el amparo) para solicitar la reparación por daños y perjuicios.<sup>507</sup> Esta propuesta está muy cerca de aquella que sostiene que existe un derecho subjetivo a que el legislador legisle, es decir, un derecho a exigir una actuación positiva del legislador, y, por tanto, de que cualquiera que se sienta afectado en sus derechos por una omisión legislativa está legitimado para interponer una acción judicial.

La inconstitucionalidad por omisión “deviene cada vez más procedente en un auténtico estado constitucional de derecho”, ya que, se afirma, el principio de supremacía constitucional está por encima de lo que piensa

<sup>507</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 504, pp. 188-193.

el electorado y opinen los representantes populares.<sup>508</sup> Dicho control se presenta como el medio adecuado para dar verdadera fuerza normativa a la Constitución y restablecer su imperio en caso de una agresión por omisión del legislador a sus normas. El juez constitucional aparece, a su vez, como el encargado de hacer funcionales, operativas, aplicables y efectivas las normas constitucionales bajo la convicción de que “tanto se vulnera la Constitución cuando no se hace lo que ella manda, como cuando se hace lo que ella veda”. De esta forma, se asegura, además de salvaguardarse la supremacía constitucional, se ensancha el horizonte garantista de la Constitución, se rompe con el “trasfondo de indemnidad e irresponsabilidad” que tiene el Estado, y se erige un valladar contra las “ínfulas quiméricas” de los constituyentes que se explayan plasmando promesas en las Constituciones.<sup>509</sup>

Hemos dicho que el legislador es, dentro del sistema estatal, quien debe llevar a cabo la innovación del ordenamiento, y que esa potestad, constitucionalmente asignada, comprende la posibilidad de no actuar. Independientemente de las dificultades de carácter procesal que la atribución de constatar una inconstitucionalidad por omisión conlleva, no se puede negar que puede propiciar la sustitución del legislador por el órgano de justicia constitucional,<sup>510</sup> ya que, como hemos señalado, con esta competencia éste puede obligarlo a dictar determinada normativa, señalarle el modo en que debe realizar su actividad o bien poner él mismo en funcionamiento la norma no reglamentada llenando la laguna dejada por la omisión. Esto significa que puede constreñir al legislador a actuar, incitarlo a tomar decisiones políticas, imponerle límites temporales en la realización de su actividad y determinar el contenido de las normas que debe reglamentar. En general, el objeto de la censura puede ser la decisión política del legislador de no legislar, aunque ésta sea tomada conscientemente, lo que, como resulta claro, implica el control jurídico de una decisión política. Al considerarse que no existe otra alternativa más que obligar al legislador a legislar, o bien sustituirlo en sus funcio-

<sup>508</sup> *Ibidem*, pp. 191 y 197.

<sup>509</sup> Para Sagüés, este instituto deviene al mismo tiempo, contra el legislador constituyente y el ordinario, ya que su objetivo es, por un lado, moderar al primero en el momento de inscribir promesas en la Constitución y, por el otro, imponer al legislador ordinario la obligación de desterrar la pereza y hacerle cumplir sus deberes constitucionales. *Ibidem*, p. 198; Bazán, Víctor, *op. cit.*, nota 497, pp. 175 y 195.

<sup>510</sup> Aguiar de Luque, Luis, *op. cit.*, nota 475, p. 26; Figueruelo Burrieza, Ángela, *op. cit.*, nota 487, p. 66.

nes, se niega su autonomía política y se le convierte en mero ejecutor de la Constitución.<sup>511</sup> Más que un control jurídico, mediante esta acción se efectúa un control político, donde el juez realiza un juicio de oportunidad. La voluntad del sujeto que controla se impone sobre la voluntad del sujeto controlado. La voluntad del juez se sobrepone a la del legislador: “salta por encima de la ley”.

Como se deduce de todo lo señalado en este párrafo, hay una gran ampliación o “allargamiento” de las normas objeto del escrutinio de los órganos de control, lo que trae como consecuencia la extensión de las atribuciones de la justicia constitucional. No hay normas sustraídas, exentas o inmunes a la verificación del juez constitucional como era normal, por ejemplo, en la España de 1931. Tampoco hay normas, como también sucedía en los primeros años de operación del control de constitucionalidad en Europa, que resulten inimpugnables después de un cierto tiempo de su publicación (así sucedía en Checoslovaquia en 1920), o bien que por ser derecho emanado con anterioridad a la propia Constitución queden exentas del mismo.<sup>512</sup> Pueden ser objeto de control casi todos los actos de los poderes públicos, los emanados en ejecución directa de la Constitución, y en ejercicio de facultades constitucionales<sup>513</sup> tanto del Parlamento como del gobierno e incluso las sentencias pronunciadas por los jueces.

Por lo anterior, se puede afirmar, categóricamente, que los tribunales son los órganos que deciden sobre la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos. El juez constitucional es el “juez de la acción legislativa”, como lo llama Bon, pero también es el juez de la acción estatal y, más aún, con algunos instrumentos comienza también a controlar las actividades desarrolladas por los ciudadanos. Además, hay que considerar que muchos de los actos que los jueces controlan no constituyen atribuciones señaladas en los textos legales. Es verdad, por tanto, que “el control de constitucionalidad parece abrirse a espacios en principio

<sup>511</sup> Véanse al respecto las interesantes reflexiones de Villaverde, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 8, 1996, pp. 120-124.

<sup>512</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, p. 358. Al respecto, recuérdese que tanto en Checoslovaquia (1920) como en España (1931) existía un grupo de normas que “en base a una referencia temporal, quedan sustraídas al control de constitucionalidad; normas, pues, que dejan de constituir un posible *objeto* del control, pero sin que por ello pasen a formar parte integrante del sujeto o parámetro del control”. Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 298, p. 126.

<sup>513</sup> Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, nota 75, pp. 555 y 556.

no explícitamente previstos por el derecho positivo y que, sin embargo, la práctica constitucional parece ir consolidando”,<sup>514</sup> ya que se considera saludable que no exista un número muy amplio de actos estatales o particulares que no estén sujetos a control. Mientras más actos sean controlables, se piensa, más eficaz es el sistema constitucional. Pero como dice Pibernat, la progresiva ampliación del control judicial entraña el peligro de la suplantación del poder constituyente por el juez constitucional, o en último extremo, la sustitución del gobierno de los representantes del pueblo por el gobierno de los jueces.<sup>515</sup> Esto se aprecia con claridad en aquellos casos en los que el control del objeto se convierte en el control del sujeto y se controla al legislador, no a sus actos.

Y es precisamente porque los sistemas de control actuales son, en su mayoría, sistemas totales o plenos, en el sentido de que verifican toda la acción normativa de los órganos del Estado, por lo que, a diferencia del pasado, puede definirse a la justicia constitucional integrada por “todo procedimiento judicial de control de constitucionalidad de los actos estatales”. De esta definición se deduce que por medio de la jurisdicción constitucional se determina la conformidad o inconvincencia de *un acto*, cualquiera, con la Constitución.<sup>516</sup> Su función es asegurar la constitucionalidad de las actividades jurídicamente relevantes de los poderes públicos; enjuiciar toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución; es decir, la constitucionalidad tanto de las leyes como de la actividad del Ejecutivo y de la aplicación de la ley por parte de los jueces (la “microconstitucionalidad” como se le ha llamado ilustrativamente).<sup>517</sup> Este concepto, en gran medida construido a partir del objeto del control, nos indica el significado actual de la jurisdicción constitucional y nos fuerza a pensar que estrechar nuestro concepto a su vertiente referida al control constitucional de las leyes, resulta actualmente una concepción “insuficiente”, “simplista” y “convencionalmente limitado”.

<sup>514</sup> Aguiar de Luque, Luis, *op. cit.*, nota 475, p. 14.

<sup>515</sup> Pibernat Domenech, Xavier, *op. cit.*, nota 462, p. 75.

<sup>516</sup> Acosta Sánchez, José, *op. cit.*, nota 112, pp. 341 y 342.

<sup>517</sup> Seguimos en esta definición a Rubio Llorente, Francisco, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en Rubio Llorente, F. y Jiménez Campo, J., *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp. 156 y 157.

## V. EL ÓRGANO Y LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL

1. *El sistema difuso y concentrado de control de constitucionalidad*

Brevemente nos referiremos al enfoque denominado “subjetivo” del control de constitucionalidad de las leyes; es decir, al que hace referencia a los órganos que ejercen la función de tutela de la Constitución.<sup>518</sup> Pero, más que al órgano propiamente dicho, a la forma de elección de sus miembros, integración, composición, etcétera, aludiremos al tipo de órgano que ejerce el control y a la forma en que está concebido para mostrar el sustrato y fundamento de los modelos a través de los cuales puede ejercerse la función de garantía de la Constitución. Así, al aspecto “subjetivo” del control le añadiremos lo que Cappelletti ha denominado su aspecto formal, “o sea el análisis de la *forma* en que pueden suscitarse las cuestiones de constitucionalidad de las leyes ante los jueces competentes para decidir las...”, o bien los “canales de activación” o “vías a través de las cuales el control mismo se pone en funcionamiento”<sup>519</sup> y se procede a defender y conseguir la vigencia de la ley fundamental y la expulsión de la norma contraria a la misma. En pocas palabras, señalaremos los medios mediante los cuales pueden hacerse efectivas las normas previstas en la Constitución. Cuestión de gran importancia para calificar el valor de la función de control y aclarar el sentido de afirmar que a través de estos procedimientos el juez se muestra como defensor del Estado de derecho, de la supremacía constitucional y la división de poderes.<sup>520</sup>

Los procedimientos de control de normas, núcleo esencial y razón de ser de la jurisdicción constitucional, son aquellos por medio de los cuales el juez enjuicia la conformidad con la Constitución de las normas sujetas

<sup>518</sup> Al respecto véase Biscaretti di Ruffia, Paolo, “Il problema de la «giurisdizione costituzionale» e la sua recente soluzione in Italia”, *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, Padova, CEDAM, 1951, vol. I, p. 126.

<sup>519</sup> Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de C. Gómez Lara y H. Fix-Zamudio, México, UNAm, 1966, p. 53; Galeotti, Serio y Rossi, Bruno, “El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución Española: medios de impugnación y legitimados para actuar”, trad. de F. González, *REDC*, Madrid, núm. 7, 1979, p. 122.

<sup>520</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 367, p. 768; Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 449, p. 55; Arnold, *op. cit.*, nota 282, p. 139.

a su control.<sup>521</sup> Estos procedimientos, independientemente de sus reglas específicas y diferenciadas y sus peculiaridades, tienen carácter objetivo, ya que su finalidad es la garantía de la primacía de la Constitución, ya sea de forma directa o indirecta,<sup>522</sup> y su preservación frente a la actuación arbitraria del legislador. Así, puede afirmarse que en la jurisdicción constitucional “prima, por encima de la resolución definitiva de un conflicto entre distintos intereses, su carácter de juicio en defensa objetiva de la Constitución”.<sup>523</sup> En palabras de Jiménez Campo, el punto de identidad de estos procedimientos, en cuanto a su carácter, finalidad y alcance, es su carácter objetivo ajeno a cualquier debate sobre situaciones subjetivas. No se desconoce, al señalar lo anterior, que a dichas formas o procedimientos de control pueden corresponder distintas razones institucionales, diferente origen, determinadas reglas específicas de procedimiento y distinta naturaleza jurídica, sólo consideramos necesario advertir que en ellos siempre existe una identidad teleológica, que es la preservación de la superioridad de la Constitución.<sup>524</sup>

Como escribe Pizzorusso, las experiencias modernas de justicia constitucional tienen como origen dos intuiciones profundamente diversas tanto por la técnica jurídica empleada como por las orientaciones ideológicas que presuponen.<sup>525</sup> La distancia que separa el sistema de control difuso del concentrado se considera irreducible no tanto por ser alternativas técnicas para garantizar la superioridad de la Constitución, sino sobre todo porque están fundados sobre premisas teóricas diversas.<sup>526</sup> El punto de partida del sistema americano es la existencia de un control de constitucionalidad detentado por todos los tribunales y jueces integrantes del Poder Judicial. El sistema europeo, por su parte, implica la concentración de la apreciación de inconstitucionalidad en un órgano *ad hoc*, “en cuya función asume una posición de monopolio”, creado en orden al desempeño de, al menos, esta función específica.<sup>527</sup> Baste decir, por el momento,

<sup>521</sup> Weber, Albrecht, “La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: una comparación”, *REDC*, núm. 17, 1986, p. 58.

<sup>522</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 108, p. 16.

<sup>523</sup> Pibernat Domenech, Xavier, *op. cit.*, nota 462, pp. 62-66.

<sup>524</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 78, pp. 571 y 572.

<sup>525</sup> Pizzorusso, Alessandro, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quaderni Costituzionali*, Italia, núm. 3, 1982, p. 521.

<sup>526</sup> Mezzanotte, Carlo, “La Corte Costituzionale: esperienze e prospettive”, *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Tempi Nuovi, 1979, p. 150.

<sup>527</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 298, p. 135.

con Favoreau, que el Tribunal Supremo del tipo americano está situado en la cima de un edificio institucional único y desempeña una autoridad definitiva sobre el conjunto, mientras que los tribunales constitucionales del tipo de los europeos son jurisdicciones constituidas específicamente para conocer litigios constitucionales independientes del sistema jurisdiccional ordinario.<sup>528</sup>

Calamandrei escribía, con gran claridad, que los caracteres que distinguían los diversos sistemas de justicia constitucional estaban necesariamente agrupados por exigencias lógicas. Así, el control judicial era, decía, necesariamente difuso, incidental, especial y declarativo, mientras que el control autónomo sería concentrado, principal, general y constitutivo; donde el control es atribuido a un juez ordinario, que lo ejercita en vía prejudicial en una controversia concreta no existe un órgano especial que pueda anular *erga omnes* las leyes inconstitucionales, éstas sólo podrán ser modificadas cuando los órganos legislativos, en vista de los repetidos pronunciamientos de los jueces, consideren oportuno abrogarlas; donde existe órgano especial, los jueces no tienen ninguna injerencia, en vía incidental, sobre la cuestión de inconstitucionalidad, hasta que este órgano, directamente llamado en vía principal, no haya declarado de forma general la ilegitimidad.<sup>529</sup>

Desde este punto de vista, los sistemas de justicia constitucional se diferencian básicamente entre aquellos en que la facultad de control es ejercida por todos los órganos judiciales, y aquellos otros que confían dicha facultad a un órgano único. Unos ejercen dicha facultad únicamente en vía principal, mientras que los otros sólo en vía incidental, unos por acción, otros por excepción. El primero es característico del sistema europeo, y el segundo, del sistema americano. Estos dos sistemas o modelos originarios surgen de forma independiente uno de otro, “sin aparentes lazos de contacto y sin influencias recíprocas”.

En el sistema difuso, todos los jueces, independientemente de su jerarquía, y en virtud del principio de supremacía constitucional, tienen la facultad, el poder y el deber de examinar, inaplicar y declarar la inconstitucionalidad de las leyes en ocasión de la resolución de un caso concreto. Este sistema se denomina “difuso”, precisamente porque todos los órganos judiciales tienen la obligación de inaplicar las leyes inconstitucio-

<sup>528</sup> Favoreau, Luis, *op. cit.*, nota 378, p. 18.

<sup>529</sup> Calamandrei, Piero, *op. cit.*, nota 390, pp. 5, 6, 35 y 36.

nales o pronunciarse sobre su constitucionalidad en los casos o procesos de que conocen o en las controversias suscitadas por ellas, y la resolución que dicten sólo tiene efectos para el caso concreto (desaplicación), siendo el precedente el vínculo que mantiene la estabilidad jurisprudencial. Las divergencias suscitadas entre los distintos órganos judiciales son solucionadas, con carácter vinculante, por los órganos judiciales superiores.

En este sistema, los órganos encargados del control no realizan funciones exclusivamente constitucionales ni ejercen su función mediante un procedimiento especial, sino que, explica Cappelletti, se llega a él a través de impugnaciones y recursos.<sup>530</sup> Como dice Grant,<sup>531</sup> en el control difuso no existe un procedimiento especial para controlar la constitucionalidad de las leyes, éste se realiza de forma incidental y con base en un caso concreto, por lo que es un error buscar su esencia en algún juicio, acción, auto o recurso. Esta característica nos indica que, como escribe Kelsen, “solamente la violación del interés particular pone en movimiento el procedimiento del control constitucional”,<sup>532</sup> es decir, el juicio opera sólo cuando una de las partes lo solicita, en una causa determinada y el alcance de la resolución es relativa por lo que el juez nunca entra en conflicto directo con el legislador ni la ley es atacada ni se expone a las “agresiones de los partidos”. La causa de esta organización del control fue explicada de forma sumamente clara por Tocqueville:

Si el juez hubiera podido atacar las leyes de una manera teórica y general, si hubiera podido tomar la iniciativa y censurar al legislador, hubiera entrado brillantemente en la escena política convertido en campeón o adversario de un partido, suscitando todas las pasiones que dividen al país a tomar parte en la lucha. Pero cuando el juez ataca la ley en un debate oscuro y sobre una aplicación particular, oculta en parte a las miradas del público la importancia del ataque. Su fallo sólo tiene por objeto lesionar un interés individual, pero la ley no se siente herida más que por casualidad.<sup>533</sup>

<sup>530</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 274, pp. 452 y 453.

<sup>531</sup> Grant, J. A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, 1963, pp. 34 y 39.

<sup>532</sup> Kelsen, Hans, “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriaca y norteamericana”, trad. de D. García Belaunde, *Dereito*, núm. 1, 1995, p. 225.

<sup>533</sup> Tocqueville, Alexis, *op. cit.*, nota 290, p. 109.

Éstas son, resumidamente, las razones por las que el control que se establece en los Estados Unidos es a posteriori, concreto e incidental.

Como hemos dicho antes, y es suficientemente conocido, la Constitución estadounidense de 1787 no explicitó en su texto la facultad del *judicial review*, sino que ésta fue consecuencia, además, de la influencia de la doctrina inglesa, principalmente la proveniente del juez Coke, de varias decisiones judiciales dictadas antes de su promulgación hasta llegar a la decisiva sentencia del juez Marshall en 1803, que se apoyó básicamente en las opiniones que Hamilton vertió en *El federalista*, aunque también en los debates de la Convención Constituyente, donde se expresó la necesidad de la existencia de un medio para hacer efectivas las disposiciones constitucionales y se señaló que el mejor instrumento era la potestad conferida a los tribunales de hacer a un lado las leyes que la contravinieran. En Estados Unidos, la instauración del control constitucional es considerada desde el inicio de su historia jurídica como algo consustancial al concepto de Constitución, y si bien originalmente no fue consagrado como elemento integrante de la estructura del sistema judicial, fue contemplado como “parte del ejercicio ordinario de la función judicial”, consecuencia necesaria de su función “natural” de resolver casos y litigios concretos.<sup>534</sup>

Hamilton sostuvo que una Constitución limitada solamente puede ser mantenida a través de los tribunales de justicia “cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución”. Cuando existan dos leyes incompatibles, es a los jueces a quienes corresponde esclarecer y fijar su significado y alcance y realizar una selección de la norma. “Si es posible que una interpretación razonable las concuerde y armonice, la razón y el derecho aconsejan de consuno que así se haga; pero si ello es impracticable, se impone la necesidad de aplicar una con exclusión de la otra”.<sup>535</sup> John Marshall, en *Marbury vs. Madison*, se basará en un razonamiento similar: los jueces, en su deber de declarar lo que es derecho, en el momento de aplicar una ley tienen, como dato previo, que interpretarla; si esta ley entra en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables al caso particular, la tarea esencial y, es más, el deber de la Corte, será señalar cuál de las dos normas en conflicto es aplicable al caso concreto. La conclusión es obvia si se considera

<sup>534</sup> Rubio Llorente, Francisco, “La concepción de la jurisdicción constitucional en Estados Unidos y Europa”, *cit.*, nota 291, p. 401.

<sup>535</sup> Hamilton, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 122, pp. 331 y 332.

que la Constitución es superior a los actos legislativos ordinarios: “es la Constitución, y no esa ley ordinaria, la norma que debe regir el caso al cual ambas se aplican”. Los sujetos encargados de la aplicación del derecho antes que estar sujetos a las leyes están sujetos a la Constitución. La facultad de los jueces para ejercer el *judicial review* deriva de la consideración de la Constitución como una ley más fuerte que una ley ordinaria. Así, como decía Tocqueville en 1835: “escoger entre las disposiciones legales aquellas que lo atan más estrechamente es, en cierto modo, el derecho natural del magistrado”.<sup>536</sup> Los jueces, al tener como “facultad natural” decidir los conflictos de leyes que se presentan en relación con los asuntos concretos de que conocen, poseen la capacidad de declarar la prevalencia de la ley superior.<sup>537</sup>

Es importante señalar, como agudamente lo hace Gargarella, que en el fondo de la instauración del control constitucional en Estados Unidos se encuentran conflictos de naturaleza económica aumentados por el control del Poder Legislativo, que en algunos Estados de la Unión Americana asumió el grupo de personas que permanecieron con deudas después de la guerra de independencia. Por ello se ha podido afirmar que la jurisdicción constitucional surge como “reacción cautelar conservadora” ante la desmesura de las actuaciones del Poder Legislativo y con el objetivo de proteger a las minorías acaudaladas.

Esta protección provendría principal, aunque no exclusivamente, del Poder Judicial. El razonamiento subyacente en esta convicción era, creo, el siguiente: si *a*) los jueces son elegidos de modo indirecto, *b*) las elecciones indirectas garantizan la elección de miembros del sector minoritario (deudores (sic), propietarios), *c*) la minoría constituye un grupo homogéneo, y *d*) los miembros de esta minoría se hallan fundamentalmente motivados (lo mismo que cualquier persona racional) por el interés propio, entonces, *e*) la minoría se hallará protegida, ya que los jueces (miembros del grupo minoritario) estarían interesados en proteger al grupo al cual pertenecen.<sup>538</sup>

<sup>536</sup> Tocqueville, Alexys de, *op. cit.*, nota 290, p. 108.

<sup>537</sup> Shapiro, Martín, “Revisión judicial a priori y a posteriori: los modelos norteamericano y europeo”, trad. de A. M. Silva Jiménez, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, 1993, p. 476.

<sup>538</sup> Gargarella, Roberto, “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, en Elster, J. (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 333; *id.*, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 17-47; *id.*, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, *Isonomía*, México, núm. 2, 1995, pp. 100-102.

García Cotarelo ha ilustrado, con gran lucidez, la relación estructural que media entre la representatividad democrática y la revisión judicial en el proceso constituyente americano. Para este autor, las experiencias de excesos e injusticias ocurridas en los trece Estados que integraban la Unión Americana en el periodo que media entre 1776 y 1787, producto de la filosofía política que inspiró los inicios del proceso revolucionario que otorgaba preeminencia dentro de la estructura estatal al órgano representativo, considerado el instrumento para la implementación de radicales reformas socioeconómicas, hizo surgir recelos y desconfianzas sobre la actuación del Poder Legislativo democráticamente legitimado.

La ilimitación con que el entusiasmo democrático había configurado las legislaturas en las Constituciones de los distintos Estados fue la cuestión más unánimemente criticada por los miembros de la Asamblea Constituyente. De hecho, puede afirmarse que la propia convocatoria de la Convención fue producto precisamente de los excesos a los que la ilimitación del poder condujo a las legislaturas estatales.

De ello derivó la exigencia de la necesaria vinculación del Parlamento a normas escritas indisponibles aun para la mayoría y la creación de barreras contra sus posibles extralimitaciones o excesos. La *judicial review* americana en sus inicios puede ser considerada, por consiguiente, un “instrumento con objetivos esencialmente políticos” cuyos fundamentos estaban en el “interés de conservación del *status quo* socio-económico” y por ello la protección que ofrece “se orienta en contra del legislador democrático que, en opinión también de todos los constituyentes, es el núcleo de toda posible desestabilización”.<sup>539</sup>

Fioravanti también explica que tanto para Hamilton como para Madison el poder más temible era el Legislativo, por reunir las prerrogativas estatales más relevantes y su tendencia a absorber a los otros poderes; el control de constitucionalidad, por estas razones, debía tener, como uno de sus objetivos esenciales, impedir que aquél pudiera “aspirar a cubrir y representar todo el espacio de la constitución, identificándose con su fun-

<sup>539</sup> García Cotarelo, Juan, “Los fundamentos socio-políticos de la jurisdicción constitucional”, *RDP*, Madrid, núm. 3, 1991, pp. 30-39. Es interesante señalar que en los debates del Congreso Constituyente mexicano de 1857, uno de los fundamentos que sirvieron para la consagración del juicio de amparo mexicano fue “el peligro que para los derechos del hombre representaba «la tiranía de los legisladores»”. Así lo describe, citando a Ponciano Arriaga, Carrillo Flores, Antonio, “Reflexiones con motivo del sesquicentenario de la Suprema Corte de Justicia”, *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1980, p. 114.

damento primero, con el mismo pueblo”.<sup>540</sup> Por todo ello, autores como Walton H. Hamilton han señalado que el año de 1787 representó un momento de involución conservadora en la historia de los Estados Unidos, pues el *judicial review* significó la instauración del gobierno de los jueces.

Por otro lado, y como señala De Otto, son tres las características básicas del sistema concentrado de constitucionalidad de la leyes.<sup>541</sup> *a)* el juez ordinario no puede hacer valer las consecuencias de la superioridad normativa de la Constitución, de otra forma, se dice, quedaría desligado de la ley; por ello el control de las leyes está confiado únicamente a un tribunal especial; *b)* el control se configura como control abstracto, puesto que el juicio de constitucionalidad es consecuencia de un recurso dirigido directamente contra la ley, y no contra un caso concreto, y es esa misma ley la que ha de ser subsumida en el supuesto que contemple la norma constitucional; la garantía jurisdiccional no puede ser activada por un particular porque sus derechos no provienen de la Constitución, sino de la ley, así el Tribunal Constitucional “asegura el cumplimiento de obligaciones sin proteger el derecho de nadie en concreto”,<sup>542</sup> y *c)* el principio del control abstracto y la anterior situación de no proteger el derecho de nadie en concreto trae como consecuencia la limitación de los sujetos que pueden poner en marcha el proceso de enjuiciamiento constitucional.

Como se ha dicho, este sistema se caracteriza por “la concentración en un órgano ad hoc de la función de apreciar la inconstitucionalidad de las normas con rango legal, al margen de cualquier incidencia procesal y con efectos vinculantes *erga omnes*”. Existe un órgano constitucional especial, distinto a los tres poderes clásicos y, por tanto, del Poder Judicial, creado con la facultad exclusiva de ejercer la función de control de constitucionalidad, poseedor, en consecuencia, del monopolio de rechazo de la constitucionalidad de las leyes.<sup>543</sup> El control se ejercita en vía principal a través de un proceso específico y autónomo iniciado ad hoc por

<sup>540</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, pp. 108 y 109.

<sup>541</sup> Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 2, pp. 144 y 145.

<sup>542</sup> Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *cit.*, nota 291, p. 508.

<sup>543</sup> Brewer-Carías, Allan R., “Bases del sistema concentrado de justicia constitucional”, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 52, 1992, pp. 26, 31 y 38. Crisafulli decía, con razón, que este sistema “toglie anche qualcosa ai giudici comuni”. Crisafulli,

medio de una demanda especial,<sup>544</sup> la acción es *abstracta*, ya que la ley impugnada es tomada en consideración por aquello que prescribe independientemente de sus concretas aplicaciones, por ello se dice que tiene carácter preventivo o cautelar, y sus elementos, contenido y ámbito prescriptivo son identificados por los recurrentes de modo casi hipotético, como propuestas o sugerencias interpretativas.<sup>545</sup> La falta de precedentes sobre la forma de interpretar o aplicar la norma impugnada demuestra que es la ley y no el interés del sujeto el objeto del recurso.<sup>546</sup> Los jueces ordinarios no pueden realizar ningún control sobre la validez de las leyes, la acción no corresponde a los particulares y el pronunciamiento importa la anulación *ex nunc* de la ley impugnada. “En esta concepción de la jurisdicción constitucional como control abstracto de la actuación del legislador, el objeto inmediato y único del juicio no es ni puede ser otro que el enunciado promulgado por el legislador positivo y la única decisión posible del juez es la de mantenerlo o anularlo”.<sup>547</sup>

El sistema europeo, producto de la genialidad de Kelsen, se distingue en sus inicios por la existencia de un recurso directo contra las leyes, desvinculado por completo de los casos concretos, accionado siempre, como escribe Cappelletti, en vía principal, es decir, en vía de acción, mediante una demanda autónoma especial, y a través de un proceso autónomo específico ante la Corte Constitucional.<sup>548</sup> En virtud de que, en los primeros años de funcionamiento, no se concedió a los jueces ordinarios la facultad de plantear las cuestiones de constitucionalidad, éstas debían ser introducidas, necesariamente, por los órganos legitimados para ello. De forma congruente con el principio anterior, y como enseña Cruz Villalón, el sistema establecido en la República de Checoslovaquia en 1920 fue “pura y exclusivamente de control abstracto; la norma es impugnada directamente y en cuanto tal ante el Tribunal Constitucional por una serie de órganos facultados, con total desvinculación de la oca-

Veio, “La Corte Costituzionale tra Magistratura e Parlamento”, *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958, vol. IV, p. 286.

<sup>544</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 519, pp. 54 y 55.

<sup>545</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 78, p. 573; Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 367, p. 769.

<sup>546</sup> “Una interpretación de la ley ajena a cualquier problema singular de aplicación tiene siempre... algo de aventura”. Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 78, p. 581.

<sup>547</sup> Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *cit.*, nota 291, p. 509.

<sup>548</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 519, p. 55.

sional aplicación de la misma a cualquier supuesto o persona”, por lo que estaba excluida cualquier posibilidad de control concreto o por vía de excepción.<sup>549</sup> Se puede comprender que este tipo de control se refiere, como dice Arnold, a un examen sobre la norma misma.<sup>550</sup> Gascón lo dice con suma precisión: “el rasgo definidor del sistema kelseniano residía en la rigurosa exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez de constitucionalidad; su tarea quedaba así circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referencia fáctica, la constitución y la ley”.<sup>551</sup> Esto era así porque se consideraba que el conocimiento por parte del tribunal de hechos o intereses concretos necesariamente contendría elementos de libre creación, por lo que dicho recurso era una forma de evitar que este interfiriera en el ámbito de la discrecionalidad legislativa.<sup>552</sup> Por estas razones se puede asegurar que en los orígenes del sistema era posible realizar una diferenciación nítida entre el método americano de control judicial, efectuado exclusivamente en vía incidental, y el método austriaco, que era realizado exclusivamente en vía de acción.<sup>553</sup>

Es digno de señalar que este sistema de control de normas no protege de forma directa, sino indirecta al particular afectado, precisamente porque su objetivo es controlar, de manera objetiva, la constitucionalidad de las normas, sin colocar en primer lugar la protección del individuo eventualmente lesionado en sus derechos. “Dado que se persigue el saneamiento del orden jurídico mediante la eliminación de normas inferiores en discordancia con una norma superior, la cuestión de un perjuicio o de un beneficio subjetivo de un particular carece de relevancia como supuesto para la procedencia del control de normas”.<sup>554</sup> El mismo Kelsen subraya que su sistema era un método de control objetivo de normas independiente de la protección de los particulares, cuando afirma que “el interés en la constitucionalidad de la legislación es... un interés

<sup>549</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 298, p. 133. No se puede dejar de mencionar que tampoco la Constitución italiana previó originalmente un control concreto de normas, sino que éste fue incorporado en una sucesiva ley constitucional de 1948.

<sup>550</sup> Arnold, *op. cit.*, nota 282, p. 101.

<sup>551</sup> Gascón, Marina, “La justicia constitucional entre legislación y jurisdicción”, *REDC*, núm. 4, 1994, p. 314.

<sup>552</sup> Prieto Sanchis, Luis, *op. cit.*, nota 425, pp. 314 y 315.

<sup>553</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 519, pp. 60 y 61.

<sup>554</sup> Frisch Philipp, Walter, *op. cit.*, nota 417, pp. 131, 137 y 138.

público que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas”.<sup>555</sup> Es el interés público el que “merece la protección de un proceso especial, en conformidad con su carácter especial”; la protección de los derechos fundamentales, individuales o colectivos, se realiza sólo de forma eventual y de reflejo.<sup>556</sup> Lo anterior se demuestra claramente, por ejemplo, en la circunstancia de que los recursos una vez presentados no pueden ser retirados, pues el interés general reclama una decisión del tribunal.

Ahora bien, en Europa, una vez aceptada la necesidad de establecer la competencia de control de la actividad del legislador, a pesar de las dudas sobre una institución que no se conformaba adecuadamente con la lógica de la democracia liberal, la discusión se centró en el órgano que iba a realizarlo. Rechazada la posibilidad del control por parte del Parlamento y una vez superado el temor de la garantía efectuada un órgano jurisdiccional, la mayoría de los países europeos, en su momento, estuvieron tentados a adoptar el sistema americano, pero finalmente lo rechazaron de manera perfectamente consciente, y prefirieron, en medio de “largos y tormentosos debates”, la opción kelseniana de establecer un órgano especial que realizara esa función.<sup>557</sup>

La elección de una jurisdicción constitucional concentrada, dice Elia, fue una selección difícil, pero necesaria; ¿por qué?, ¿por qué no se confió

<sup>555</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 532, p. 225.

<sup>556</sup> Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 525, p. 530.

<sup>557</sup> Favoreau, Louis, *op. cit.*, nota 294, p. 16. Al decir de Biscaretti, cuando se excluye al juez ordinario para conocer de los conflictos constitucionales se abren dos vías que surgen como posibilidades: a) brindar dicha competencia a un órgano político como el legislativo, o bien b) configurar y crear órganos especiales de naturaleza político-judicial. Biscaretti di Ruffia, Paolo, “Il problema de la “giurisdizione costituzionale” e la sua recente soluzione in Italia”, *cit.*, nota 518, pp. 134 y 135. Dice Horn que en Alemania durante algún tiempo dominó la idea de un tribunal superior mayor que “decidiera en última instancia sobre todas las cuestiones jurídicas, inclusive constitucionales”. Horn, Hans-Rudolf, “Justicia constitucional y consenso básico”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, 1988, t. II, p. 1070. Recuérdese a este respecto la crítica de Schmitt, quien señalaba que el modelo del tribunal supremo americano no podía ser “adaptado sin más requisitos a la situación, política y socialmente distinta, de un Estado constitucional europeo. La posición del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha desarrollado en el ámbito de un Estado anglo-sajón de tipo judicialista, que... se halla en evidente oposición a los Estados del Continente europeo”. Para Schmitt, todo intento de adaptación y divinización del Tribunal Supremo americano era “insensato”. Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 397, 1983, pp. 44 y 46.

al Poder Judicial el control de constitucionalidad?, ¿por qué se sustrajo tan importante función de su competencia y se optó por atribuirle a un órgano constitucional ad hoc que detentara el monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales?, ¿por qué extraña razón, como se pregunta incisiva y sugestivamente Cappelletti, la Constitución austriaca de 1920 prefirió realizar un sistema concentrado de control de constitucionalidad que confiaba dicha función a un Tribunal situado fuera del Poder Judicial si tenía como ejemplo el carácter lineal, la coherencia y simplicidad del modelo americano?,<sup>558</sup> ¿por qué se prefirió la construcción de un sistema artificial? Las respuestas a estas preguntas resultan muy interesantes para constatar el “esfuerzo de racionalización” que representó la instauración del control de constitucionalidad de las leyes en ordenamientos jurídicos diferentes del norteamericano y el esfuerzo que significó, también, la intención de corregir los que se consideraban defectos de este sistema.<sup>559</sup>

Fueron razones históricas, políticas, técnicas y estructurales las que determinaron esta exclusión. Entre las primeras, que nos muestran la íntima relación que existe entre la naturaleza del control de constitucionalidad y la conducta de los órganos judiciales, podemos mencionar la tradicional desconfianza hacia la actitud conservadora de los jueces,<sup>560</sup> la idea de su falta de capacidad y calificación técnica y política y, también, como escribe Rubio, el temor al activismo judicial. Este juicio sobre los jueces derivaba de que en su mayoría pertenecían a una clase determinada, estaban educados en la disciplina de recibir órdenes superiores y representaban, como escribe Neumann: “la alianza entre la corona, el ejército, la burocracia, los terratenientes y la burguesía”,<sup>561</sup> pero además, estaban

<sup>558</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 519, pp. 38 y 45, y nota 274, pp. 445 y 446. M. Hauriou, por ejemplo, optaba francamente a favor del establecimiento de un sistema como el americano de control de constitucionalidad: “La verdadera solución práctica, decía, es que el juez ordinario entienda en materia de la constitucionalidad de la ley, cuando tenga que aplicar ésta a un litigio”. Hauriou, Maurice, *op. cit.*, nota 332, p. 354. Consideré esta pregunta desde la visión de Crisafulli para quien la aceptación del principio de control de constitucionalidad de las leyes correspondía en abstracto a todos los jueces y con la creación de un Tribunal específico les era sustraída esta competencia concentrándola en un solo órgano. Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, nota 543, p. 286.

<sup>559</sup> Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 292, p. 555.

<sup>560</sup> Bon, Pierre, “El Conseil Constitutionnel francés y el modelo de cortes constitucionales europeas”, trad. de F. J. Ezquiaga Ganuzas, *RVAP*, España, núm. 31, 1991, p. 38.

<sup>561</sup> Neumann, Franz, *op. cit.*, nota 313, p. 50.

acostumbrados a interpretar la ley con una técnica hermenéutica muy distinta a la que exige el control constitucional. En esto último insiste Cappelletti, para quien los jueces eran magistrados de carrera poco aptos para cumplir la tarea del control de normas que, por tener como objeto la interpretación de leyes constitucionales no ordinarias, es inevitablemente creadora, rebasa la función tradicional de mero intérprete y fiel servidor del legislador y requiere “una actitud difícilmente compatible con las tradicionales debilidad y timidez del juez del modelo continental” cuyo cuerpo formaba, dice, un conjunto de funcionarios burocráticos, anónimos, que sentían como misión la aplicación de la ley, no su crítica, con lo cual las normas de valor de la Constitución corrían el riesgo de quedarse en letra muerta.<sup>562</sup>

Mortati señaló, en 1949, que la naturaleza de las controversias constitucionales y la peculiaridad de los criterios a adoptar para sus resoluciones exigían no sólo un particular conocimiento o información sobre hechos y situaciones controvertidas, sino, además, una especial capacidad interpretativa, sensibilidad, actitud y forma mental de la cual el juez ordinario, por su preparación y por la naturaleza de la tarea que le era normalmente confiada, estaba en general desprovisto. La forma tan genérica con que están redactadas las normas constitucionales exigen del

<sup>562</sup> Cappelletti, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, cit., nota 89, p. 603. Este argumento está ampliamente desarrollado en su trabajo: “Gli organi di controllo della legittimità costituzionale delle leggi”, cit., nota 274, pp. 454-457. También, “Comunicación oral”, cit., pp. 655 y 666. No cualquier juez, dice este autor, está preparado para la interpretación y aplicación de la norma constitucional mucho menos aquellos “formados en las salas cerradas de los tribunales, a los cuales llega frecuentemente sólo los atenuados ecos de los acontecimientos tumultuosos y de las palpitantes exigencias de la sociedad”. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., nota 519, p. 46. También en América Latina la consideración de los jueces como sujetos no aptos, por diversos motivos, ha tenido una función importante en la conformación de la facultad de control constitucional. Así, para el Perú lo explica García Belaunde, Domingo, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo. La justicia constitucional a finales del siglo XX”, *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, Huancayo, núm. 6, 1998. En México también la desconfianza hacia los jueces, por su falta de independencia, se muestra en la centralización que se produjo de todos los asuntos judiciales en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, proceso que se desarrolló desde finales del siglo XIX. Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional”, en Pérez Nieto, L. (comp.), *Reformas constitucionales de la renovación nacional. Hacia un nuevo derecho constitucional*, México, Porrúa, 1987, pp. 521 y 522.

juez, aseguraba, un poder de valoración muy amplio, lo que requiere una específica preparación y sensibilidad, “una capacita ben diversa da quella da una macchina sillogizzante, nella quale da una parte si introduce una monetina e dall'altra esce la decisione”.<sup>563</sup> En suma, y como dice Fernández Segado, la opción por un órgano *ad hoc* se justifica, y para este autor esta es “la razón decisiva”, por “la especificidad de la hermenéutica constitucional”, peculiaridad proveniente de la diferencia que existe entre las normas constitucionales y las normas legales<sup>564</sup> y por la incompreensión de los jueces de la época de la estructura, valor y eficacia de la Constitución. Así, se puede decir que existía una convicción ampliamente difundida: los jueces no eran sujetos idóneos para administrar los nuevos valores y procesos constitucionales cargados de importantes implicaciones éticas y políticas.<sup>565</sup>

Ante esta situación, escribe Bon, nada parecía estar más contraindicado que confiar el control de constitucionalidad a los jueces, pues ello y, en general, la instauración de una jurisdicción difusa podía tener, al decir de Zagrebelsky, dos posibles consecuencias: una excesiva timidez de los jueces, que por tradición y formación cultural eran poco propensos a evaluar críticamente la obra del legislador, o bien una actitud conservadora, que impediría las reformas políticas y sociales promovidas por éste. Así, y como señalaba Calamandrei, la forma de actuación de los encargados de ejercer la jurisdicción ordinaria sería uno de los argumentos más importantes para sostener que la justicia constitucional debía ser una actividad particular del Estado distinta de los tres clásicos poderes y, en especial, diferente del Poder Judicial.<sup>566</sup>

Pero no sólo convicciones intelectuales, ideológicas y de formación profesional de los jueces impulsaron a tomar la decisión a favor de un control concentrado de constitucionalidad. La estructura y organización de los órganos judiciales y sus reglas tradicionales de procedimiento contribuyeron también a excluir al orden judicial de la tarea del control

<sup>563</sup> Mortati, Costantino, “La Corte Costituzionale e i presupposti per la sua vitalità”, *Raccolta di scritti*, Milán, Giuffrè, 1972, vol. IV, pp. 683 y 684; Calamandrei, Piero, *op. cit.*, nota p. 460.

<sup>564</sup> Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 292, p. 47.

<sup>565</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 367, p. 762.

<sup>566</sup> Algunas experiencias de países europeos con el modelo difuso como Weimar e Italia (1942 a 1956) no fueron afortunadas precisamente por la pasividad, debilidad y timidez con que realizaban su actividad los jueces de carrera continentales. Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 562, pp. 603 y 610.

de leyes. Kelsen señala concretamente los siguientes motivos e inconvenientes por los que el control se estableció concentrado y no difuso: *a)* el peligro de la falta de uniformidad de las cuestiones constitucionales debido a la organización de los tribunales de la época; *b)* la falta de eficacia vinculante u obligatoriedad de las decisiones de los tribunales supremos sobre las instancias judiciales de menor jerarquía; *c)* la inexistencia de un principio parecido al *stare decisis* que obligara al propio Tribunal Supremo a seguir sus decisiones anteriores, lo que podría provocar “una grave situación de *incertidumbre del derecho*, perjudicial tanto para los individuos como para la colectividad e inclusive para el Estado”,<sup>567</sup> y *d)* las posibles dudas sobre los efectos jurídicos de las leyes declaradas inconstitucionales.

Kelsen justificó la creación de un órgano concentrado de control en la desventaja que a su juicio representaba la solución norteamericana de conceder a cada tribunal la facultad de apreciar la constitucionalidad de las leyes, ya que ésta podía ocasionar que los distintos órganos que las aplicaran tuvieran distintas opiniones al respecto provocando falta de uniformidad o prácticas contradictorias poniendo en peligro la autoridad de la norma suprema.<sup>568</sup> El riesgo relativo a la falta de unidad o uniformidad en las decisiones era especialmente importante en aquella época por la forma en que estaba organizada la estructura judicial. Un órgano especial se consideró necesario para resolver los problemas constitucionales de modo más unitario y sistemático en sus diversos aspectos y direcciones.<sup>569</sup> Como afirma Zagrebelsky, influyó la existencia de un sistema judicial fuertemente burocratizado en el que no encontraba acogimiento la regla de *stare decisis*, lo que podría ocasionar, en caso de adoptarse el control difuso, gran inseguridad o incertidumbre jurídica,<sup>570</sup> puesto que su introducción podía tener como consecuencia que una misma ley o disposición fuera desaplicada por inconstitucional por algunos jueces, mientras que otros la aplicaran por considerarla perfectamente constitucional. Es más, podría ocurrir que el mismo órgano judicial que ayer había desaplicado una ley, la aplicara después, cambiando de opinión sobre el problema de su legitimidad, o que existieran contradicciones entre órganos judiciales de diverso tipo o grado. La consecuencia de

<sup>567</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 519, p. 40.

<sup>568</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 532, pp. 217, 218, 221 y 224, y nota 73, p. 125.

<sup>569</sup> Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, pp. 19 y 20.

<sup>570</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 519, pp. 39 y ss.

todo esto, concluye Cappelletti, sería “una grave situación de conflictos entre órganos y de incerteza del derecho, situación perniciosa tanto para los individuos como para la colectividad y el estado”.<sup>571</sup> Por todo esto, como dice Kelsen, “una centralización del control constitucional de las leyes era altamente deseable, en salvaguardia de la autoridad de la Constitución” y la unidad de la jurisdicción.

En el centro de esta construcción está la necesidad de unificar y uniformar el entendimiento de la Constitución, hacer que su interpretación fuera la más adecuada para lograr su comprensión,<sup>572</sup> evitar “el peligro de una práctica contradictoria por los órganos que aplican las leyes”, propiciar la igualdad en la aplicación de las normas a todos los ciudadanos, extender la certeza del derecho, la seguridad jurídica y la previsibilidad de las decisiones. A partir de aquí puede entenderse lo que respecto a este tema señala La Pergola. Para este autor, Kelsen, que es un racionalizador convencido, se percata de la dificultad de recrear modelos extranjeros fuera de su ambiente natural. Las raíces del *judicial review* son anglosajonas y difícilmente pueden transplantarse a otro suelo. En aquella época, en los Estados Unidos había un Poder Judicial prestigioso e independiente dirigido a crear y a formular antes que a aplicar el derecho, que encarnaba la idea de un poder igual a los otros dos, funcionaba a través del principio de *stare decisis*, y sus sentencias vinculaban a los tribunales inferiores. Lo que hizo Kelsen no fue proponer un sistema opuesto, sino racionalizar el modelo americano a un ordenamiento político diferente en diversos aspectos a éste, por lo que puede decirse que el sistema de control concentrado es en el fondo la versión racionalizada del control difuso.<sup>573</sup>

Entre las razones estructurales que se tuvieron para adoptar este sistema de control podemos decir, siguiendo a Mezzanotte, que hay dos que destacan y que sólo pueden ser entendidas conjuntamente, ya que si se toman de manera aislada resultan ser explicaciones parciales: para garantizar la superioridad de la Constitución y para que el concepto tradicional de “ley” no resultara afectado. No hace falta insistir en la extensión de la idea de la superioridad de la Constitución, de la cual ya hemos hablado, que así como está en la base del esquema de Marshall también está en el de Kelsen. Con respecto a la segunda razón, dice Modugno que el modelo

<sup>571</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 274, pp. 446 y 447.

<sup>572</sup> Pierandrei, Franco, *op. cit.*, nota 85, pp. 881, 887 y 896.

<sup>573</sup> Pergola, Antonio la, *op. cit.*, nota 272, pp. 38, 39 y 42.

difuso fue desatendido porque está fundado sobre una concepción que entiende la Constitución como la codificación de unas pocas y precisas reglas sobre la organización del Estado y los clásicos derechos de libertad del ciudadano y frente a la cual la ley, creada en el Parlamento soberano, mantenía su primacía y validez; mientras que la intención prevaleciente en las experiencias posteriores a la Segunda Guerra eran las opuestas, es decir, delinear una Constitución como programa para la acción estatal de intervención y transformación social o como suma de principios y garantías de los derechos preexistentes y de salvaguardia de las autonomías, de manera que “la scelta de una costituzione lunga *si combino* cosi alla scelta del controllo accentrato di costituzionalita delle leggi”.<sup>574</sup>

Esta segunda razón es la más relevante para entender el núcleo de la idea de establecer un control concentrado de constitucionalidad de las leyes. Como escribe Mezzanotte, el hecho de que el poder de controlar la ley sea atribuido a un órgano único y especial, y que, como consecuencia, los otros órganos jurisdiccionales estén sujetos a la ley ordinaria y no puedan hacer valer las consecuencias de la superioridad normativa de la Constitución, es indicio de que este principio no es tan intenso como para eliminar las clásicas concepciones dominantes en Europa desde el siglo XVIII.<sup>575</sup> La construcción kelseniana tiene como propósito la afirmación de la supremacía de la Constitución y, al mismo tiempo, la subordinación de los jueces a la ley. El objetivo que pretende cumplir con el establecimiento de un tribunal que detenta el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad es doble: subordinar al legislador a la Constitución sin que ello suponga su subordinación orgánica al Poder Judicial. Los jueces pueden examinar la constitucionalidad de las leyes, pero no emitir un juicio sobre ellas, ya que ello implicaría un juicio al legislador.

<sup>574</sup> Modugno, Franco, “La funzione legislativa complementare della Corte Costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, parte I, p. 1647; *id.*, “Corte Costituzionale e potere legislativo”, en Barile, P. *et al.*, *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Milán, Societa editrice il Mulino, 1982, p. 31. Por ello para algunos autores es precisamente de la proclamación y consolidación del Estado social de donde deriva el control material de constitucionalidad de las leyes. Díez-Picazo, Luis M., *op. cit.*, nota 407, p. 147.

<sup>575</sup> Para demostrar su aseveración, este autor señala que basta pensar en el peculiar arreglo o conformación del Poder Judicial en estos ordenamientos jurídicos, concebido como un sistema diárquico donde coexisten dos órdenes jurisdiccionales: por un lado, la Corte Constitucional como juez de constitucionalidad y, del otro, la Corte de Casación como juez de legalidad. Mezzanotte, Carlo, *op. cit.*, nota 526, pp. 159 y 160.

Así se logra protegerlo de la posibilidad de que los jueces ordinarios no respeten las normas producidas por el mismo.

Esta monopolización de la facultad resolutoria a favor de un tribunal, que conoce de cuestiones constitucionales, escribe Müller, recalca la gran autoridad que tiene el Poder Legislativo dentro de estos sistemas constitucionales. “Únicamente un Tribunal que por sí mismo ocupa una posición privilegiada en el ámbito del derecho constitucional es el llamado a poseer la facultad de declarar inconstitucionales actos emanados del legislador”.<sup>576</sup> Con la existencia de una jurisdicción encargada del control de normas se instaura una “justicia especial de la ley. Ésta tiene tal precedencia que postula su propia jurisdicción, su propio «fuero»; es la ley como norma «aforada»”.<sup>577</sup> El fundamento de este monopolio no es, sin embargo, dice Jiménez Campo, la cualidad intrínseca de la ley, sino el *tipo de enjuiciamiento* en que consiste el examen de constitucionalidad, trasunto de la específica relación que media entre Constitución y ley. Esta relación depara un ámbito de libre disposición para el legislador, y es precisamente ese ámbito de autodeterminación el que resulta protegido a través del “privilegio” que constituye el núcleo del control concentrado.

De ello se puede advertir que el juicio de constitucionalidad en dicho sistema no es un simple contraste lógico entre dos disposiciones, y que en la base del mismo está el reconocimiento al legislador de su función creadora y conformadora del ordenamiento. Lo que se protege no es la *voluntad del legislador*, sino su *posición* ante la Constitución.<sup>578</sup> Esta idea nos permite señalar que todos los instrumentos que integran, lo que Cruz Villalón denomina, elementos básicos del control europeo de constitucionalidad, deben entenderse como “privilegios jurisdiccionales de la ley”. Como escribe Prieto Sanchís, el modelo kelseniano de justicia constitucional pretende expresar el máximo nivel de compatibilidad entre las ideas de constitucionalidad y el principio de legalidad: la configuración del tribunal, sus competencias, restricciones, alcances, “son todas caute-las al servicio de las prerrogativas del legislador”.<sup>579</sup> La solución europea del control de constitucionalidad demuestra, a la vez, como observa Pli-ner, un celo riguroso por el cumplimiento de la Constitución y una fle-

<sup>576</sup> Müller, Gebhard, *op. cit.*, nota 379, p. 232.

<sup>577</sup> Cruz Villalón, Pedro, “Nota: legitimidad de la jurisdicción constitucional y principio de mayoría”, *La curiosidad del jurista persa...*, *cit.*, nota 473, p. 490.

<sup>578</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 441, pp. 28 y 29.

<sup>579</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 425, p. 315.

xibilidad muy grande “para no herir demasiado la susceptibilidad de los parlamentos omnipotentes”. Y, en esta “solución de compromiso”, el juez aparece no sólo como defensor de la Constitución, sino también de la ley.

Esto indica que en estos sistemas, las fuentes de producción normativa no convergen en un principio unitario, sino que están polarizadas en torno a dos principios distintos y en cierto modo opuestos: la superioridad de la Constitución, y la fuerza de ley. Ambos principios, sin embargo, con dicha construcción pierden parte de su virtualidad. La ley, a pesar de que es producto de un sólo órgano, está sujeta a control y, por tanto, no es ni ilimitada ni omnipotente. La Constitución, por su parte, no es siempre inmediatamente aplicable con preferencia a las leyes que pudieran contrastar con la misma. Todos los órganos, a excepción del que ejerce el control constitucional, tienen el deber de aplicar las leyes aunque sean ilegítimas, por lo que éstas siguen funcionando como el punto de referencia principal para los sujetos que deben aplicar el derecho a casos concretos. Como advierte De la Quadra, la idea de un control concentrado pretende superar los defectos de un concepto de Constitución, entendido como norma programática no directamente invocable ni aplicable y, al mismo tiempo, evitar los riesgos de un control difuso que debilitara la fuerza de la ley y la función del Poder Legislativo, minusvalorando, en consecuencia, el papel del pluralismo.<sup>580</sup> Puede decirse, en suma, que en este sistema, el principio de la superioridad de la Constitución se afirma de forma parcial sin sustituir el viejo dogma iluminístico de la ley, al contrario, recuperándolo y convirtiéndolo en uno de sus fundamentos,<sup>581</sup> por lo que, como señala Díez-Picazo, la introducción de un sistema de control de constitucional en Europa no alteró la “esencia legalista de los ordenamientos receptores”.

## 2. *Los sistemas mixtos de control de constitucionalidad*

Los modelos actuales de justicia constitucional parecen ya no responder a las características técnicas que los singularizaban tradicionalmente. Incluso se ha dicho que no existen sistemas que recojan dichos modelos originales de forma pura y que imperan aquellos que combinan elementos y criterios provenientes de ambos paradigmas.<sup>582</sup> Ya no puede hablarse,

<sup>580</sup> Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 54, p. 142.

<sup>581</sup> Mezzanotte, Carlo, *op. cit.*, nota 526, pp. 151-153.

<sup>582</sup> Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 525, p. 522.

en consecuencia, como hacía Calamandrei en los años cincuenta, de sistemas que se excluyen y distinguen mutuamente, al contrario, parecen predominar los sistemas mixtos o híbridos que combinan las técnicas del control difuso y concentrado, aconsejándose incluso, desde la teoría, la conveniencia de su integración en interés de la “armonía y racionalidad” del sistema y de los fines que cada uno de ellos está llamado a cumplir. Es recomendable y preferible, se arguye, el empleo de métodos diversos de control de constitucionalidad en vez del empleo de uno de ellos.<sup>583</sup>

Esta “tendencia creciente a la aproximación de los principios estructurales y de organización de los diferentes tribunales” que ejercen la función de control constitucional<sup>584</sup> indica, como dice Aragón, la relativización de las diferencias entre los modelos difuso y concentrado. Dicha convergencia se advierte en la adopción, que hacen varios ordenamientos, de “aspectos tutelares de diversa naturaleza”, y, específicamente, en cuestiones tales como las vías de acción, competencias, categorías y técnicas, vías procesales, formas de pronunciamiento y efectos de las decisiones.<sup>585</sup> En virtud de esto se han clasificado los sistemas de control en modelos *derivados*, llamados así por ser consecuencia de los originarios, que comprenderían a los modelos *mixtos* y *duales* o *paralelos*. El primero, se dice, “es aquel que nace como producto de una mixtura o fusión de otros sistemas, creando uno nuevo, distinto al originario, quizá sin la misma consistencia teórica, pero eficaz en el mundo de la práctica”. El segundo es un sistema que en sí mismo encierra a dos o más modelos, “que coexisten sin interferencias... ya que en su seno alberga a dos sistemas originarios, sin mezclarse, por lo que no puede llamarse mixto, pues la mixtura supone fusión, y, en este caso tal fusión no existe”.<sup>586</sup>

<sup>583</sup> *Ibidem*, p. 532.

<sup>584</sup> La cita es de McWhinney, E. y la recogemos de Acosta Sánchez, José, *op. cit.*, nota 112, p. 342.

<sup>585</sup> Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 517, p. 159. Esto y lo que sigue se dice con independencia de que, como ha constatado Aguiar, incluso si se aceptan las diferencias técnicas en el modo de desarrollar las funciones que existen entre los variados modelos de justicia constitucional hay una gran afinidad en las soluciones que se alcanzan a la hora de dar respuesta a los problemas que se les plantean, “lo que ha provocado una extraordinaria aproximación en el modo de entender los principios y valores fundamentales del régimen constitucional y representativo”. Aguiar de Luque, Luis, *op. cit.*, nota 275, p. 22.

<sup>586</sup> García Belaunde, D., “La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 181-182, 1992, p. 64.

Es claro que actualmente no existe en Europa la aplicación ortodoxa del sistema austriaco de control de constitucionalidad, e, incluso, hay aspectos en los que estos sistemas se acercan al modelo de control difuso, siendo la principal y más significativa muestra de esta tendencia, iniciada a partir de la Segunda Guerra, la introducción del control incidental mediante el que se legitima al juez ordinario para llevar una cuestión constitucional al ámbito de la Corte Constitucional. Hoy en día, los sistemas europeos de justicia constitucional, que habían adoptado el modelo austriaco, además de la acción directa de inconstitucionalidad cuentan con una vía incidental o prejudicial que, por cierto, resulta ser, como se demuestra en los últimos años, la más efectiva y funcional.<sup>587</sup>

En términos generales, el control incidental supone que cuando en el curso de algún proceso surja la duda de que una disposición es inconstitucional y dicha norma condiciona el sentido del fallo, el juez debe suspender el proceso y promover el recurso ante el Tribunal Constitucional, único competente para conocer sobre la legitimidad del precepto. El juez, al evaluar la relevancia del caso y decidir si este puede o no ser resuelto sin antes resolver la cuestión de la legitimidad de la ley aplicable, evalúa inicialmente su constitucionalidad y tiene la facultad y el poder de iniciar un juicio ante el Tribunal Constitucional. El juez no puede declarar la invalidez de la norma, sino que una vez que ha verificado su inconstitucionalidad debe someterla a control, junto con los razonamientos que lo conducen a dicha conclusión, para que sea el Tribunal quien decida sobre su validez. El juicio suspendido se reanudará una vez que aquél emita la decisión sobre la validez de la norma. La promoción de la cuestión está configurada como un deber cuando el juzgador tiene dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable.

En virtud de que en el procedimiento el juez examina la constitucionalidad de una norma que será aplicada en un caso concreto, se dice que es prejudicial. Es un control diferido, ya que se realiza en razón de la aplicación concreta del precepto que se considera viciado; es, además, un control incidental, porque la norma es sometida al Tribunal Constitucional, el cual conoce del proceso únicamente por esta causa, por invocación del juez que debe aplicarla para decidir el caso específico, quedando suspendido el proceso hasta que se produce la decisión del Tribunal.

<sup>587</sup> Scavone, Angelo, "Tendenze della giurisprudizione costituzionale", *Diritto e Società*, núm. 3, 1986, p. 580.

Como se observa, hay una relación muy estrecha entre este tipo de control y el proceso particular, pues éste da lugar a aquél y normalmente presupone la afectación de los derechos de una persona.<sup>588</sup> Mediante esta vía, el juez puede acudir al Tribunal Constitucional en cualquier momento. Como escribe Pibernat: “lo específico de la cuestión es que deja abierta siempre la posibilidad de enjuiciar la constitucionalidad de una ley” aunque ésta ya haya sido resuelta por el mismo Tribunal. La tendencia es facilitar que el juez ordinario presente el mayor número de cuestiones, ya que de esta forma se amplía la tutela que ofrece el recurso y se hace más efectiva la garantía que conlleva. No podemos olvidar que este método de control se dirige principalmente a la tutela de las posiciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos, y ha pasado a constituir “una de las defensas de carácter general más penetrantes y eficaces contra las violaciones de los principios constitucionales”.<sup>589</sup> Por ello se puede afirmar que la inclusión de la vía incidental ha permitido a los jueces proteger directamente los derechos, actualizar y adaptar la Constitución a los cambios sociales, acercarse a los asuntos concretos que se presentan en la vida de las personas y ponerse en conexión y confrontar los casos con el programa prescriptivo de las normas. Como escribe Schlaich, con este instrumento los órganos de control “fa i conti con tanti piccolo casi della vita quotidiana”.

La introducción de la cuestión de constitucionalidad en estos sistemas ha proporcionado a los jueces “le chiavi per aprire la porta del giudizio costituzionale”, haciéndolos participar en la depuración del ordenamiento e inaplicar las normas que consideren inconstitucionales. Por ello, Fernández Segado señala, citando a Trujillo, que la jurisdicción concentrada en un órgano *ad hoc* no es un monopolio riguroso ya que “los órganos inferiores intervienen, indirectamente, en el ejercicio de la función de control en la medida en que tienen el poder y el deber de suspender el curso de un proceso en el que se ha planteado una cuestión de constitucionalidad respecto de la ley aplicable, hasta que decida el Tribunal Constitucional al que se ha de deferir la resolución de la misma”.<sup>590</sup>

<sup>588</sup> Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 836.

<sup>589</sup> Galeotti, Serio y Rossi, Bruno, *op. cit.*, nota 519, p. 141. Como afirma Punset, el instituto de la cuestión de inconstitucionalidad “sólo adquiere auténtico sentido y razón de ser en orden a la defensa de los preceptos constitucionales sustantivos”. Punset Blanco, Ramón, *op. cit.*, nota 407, p. 84; Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 525, p. 529.

<sup>590</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 519, p. 207.

El juez sí efectúa un enjuiciamiento de la constitucionalidad de la ley, aunque no puede hacer valer la Constitución frente a la misma, cuestión que deja en manos del Tribunal Constitucional.<sup>591</sup> Como con gran precisión afirman Galeotti y Rossi, esta forma de control, que no está sometida a límites de tiempo, permite al juez constitucional “efectuar una valoración de la conformidad o no a la Constitución de las normas impugnadas y no ya de manera abstracta sino en base a las aplicaciones concretas de dichas normas y adecuar la propia interpretación a los cambios de la realidad social, a fin de garantizar la continua funcionalidad de los principios constitucionales respecto a la realidad misma”.<sup>592</sup>

Todo esto implica que en la práctica, como dice De la Quadra, los sistemas concentrados dotan a los jueces y tribunales ordinarios de un importante poder de inaplicar las leyes, sin anulación formal, en virtud de la observancia del principio de interpretación conforme a la Constitución, que provoca que la aplicación de la ley sea efectuada no únicamente por el órgano especializado creado al efecto, sino por todos los tribunales y jueces del Estado. Por ello, para este autor, a pesar de que se hable de un sistema concentrado de control, todos los órganos judiciales participan en el mismo, existiendo, realmente, un control difuso en la medida en que aplican la ley, según lo que cada tribunal entiende que es conforme con la Constitución.<sup>593</sup> Prieto Sanchís comparte la afirmación anterior. Para él, la apertura de los tribunales constitucionales a la resolución de casos concretos ha supuesto “tanto que el Tribunal Constitucional deja de ser un juez “abstracto” como que los tribunales ordinarios dejan de encarnar una justicia de mera legalidad para convertirse también en una justicia de constitucionalidad”. Ha desaparecido, por tanto, la distinción entre el juicio de constitucionalidad reservado a un órgano especialísimo y el juicio de legalidad reservado a la jurisdicción ordinaria, “es absolutamente evidente que la jurisdicción ordinaria aplica la Constitución, y no sólo cuando plantea la cuestión, sino cuando no lo hace”.<sup>594</sup>

<sup>591</sup> Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 7, p. 146.

<sup>592</sup> Galeotti, Serio y Rossi, Bruno, *op. cit.*, nota 519, pp. 141 y 142.

<sup>593</sup> Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 68, p. 29, y nota 54, pp. 140 y 141. Comentarios similares respecto a la jurisdicción italiana en Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 341, pp. 532 y 533.

<sup>594</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 425, pp. 317, 323 y 324. Por ello se ha podido decir que “tanto la configuración de la cuestión de inconstitucionalidad como el recurso de amparo son claramente contradictorios con la concepción kelseniana”. Gutiérrez Zarza,

Esto indica que existe una marcada tendencia al rompimiento del monopolio de la justicia constitucional en un solo órgano, ya que inevitable y necesariamente los jueces ordinarios también desempeñan el papel de jueces constitucionales.<sup>595</sup> Como observa Pizzorusso, en los sistemas concentrados los jueces comunes se han revelado no tanto como el “guardaportoni” de las cortes, sino como los verdaderos promotores del control, y la vía incidental, por su importancia para la protección de los derechos, constituye “la vera “via europea” del controllo di costituzionalità delle leggi”.<sup>596</sup> Esto ha ocurrido así porque el reconocimiento de la Constitución como ley suprema vinculante para todos los poderes constituidos y fuente inmediata de derechos y obligaciones impone que, a fin de asegurar dicha supremacía, el juez ordinario la interprete y aplique y no pueda “dejar de hacer justicia constitucional”.<sup>597</sup> Al respecto, Martínez Sospedra señala: “la lógica de la supremacía constitucional nos lleva no sólo a que todo juez es *eo ipso* juez constitucional, sino también a que el juez ordinario debe poseer la facultad de excluir del ordenamiento la ley inconstitucional, con lo cual no puede existir el monopolio de rechazo”, pasando la exclusividad que pregonan los tribunales constitucionales europeos a ser una utopía.<sup>598</sup> De esta forma, todos los jueces de ambos sistemas, difuso y concentrado, son jueces de la Constitución.

La experiencia hace evidente que “en el escenario fundamental de la recepción del modelo kelseniano, esto es, el europeo, ninguno de los sistemas de control de constitucionalidad instrumentados en las democracias liberales después de 1945 sigue fielmente el modelo kelseniano”.<sup>599</sup> Estos sistemas, tanto por sus competencias como por sus funciones y su organización, se han acercado al modelo difuso, por lo que en este contexto, como escribe Rubio Llorente, la contraposición entre ambos resulta inútil. También hay que tomar en cuenta la diversificación de los propios

María de los A., “Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, núm. 3, 1995, p. 1029.

<sup>595</sup> Martínez Sospedra, Manuel, “Constitución y justicia constitucional. Sobre las relaciones entre el concepto de Constitución y el sistema de justicia constitucional”, *Revista General de Derecho*, Valencia, núm. 634-635, 1997, p. 8712.

<sup>596</sup> Pizzorusso, Alessandro, “Giurisdizione costituzionale e diritti fondamentali”, *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, 1981, pp. 341, 342 y 348.

<sup>597</sup> Martínez Sospedra, Manuel, *op. cit.*, nota 595, p. 8728.

<sup>598</sup> *Ibidem*, pp. 8729 y 8732.

<sup>599</sup> *Ibidem*, pp. 8711 y 8712.

sistemas europeos, al grado que, como se ha dicho, “hablar hoy de *un* sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre unos y otros de ellos que entre algunos de ellos y el norteamericano”.<sup>600</sup> En estos sistemas si bien se acepta el predominio del modelo kelseniano y se reconoce su acercamiento con el modelo difuso es muy difícil poder hablar de un modelo europeo único de justicia constitucional, pues “la disciplina del control sobre la constitucionalidad de las leyes es largamente diversificada”. En otras palabras, si bien se reconoce que en Europa el modelo kelseniano es el más influyente, con el pasar de los años y la difusión de los ordenamientos inspirados en la ideología liberal democrática, no se puede hablar de un modelo europeo único de justicia constitucional porque hay una gran variedad de ellos.<sup>601</sup> Es en este sentido en el que ahora se pregona en el continente la existencia y extensión de un sistema mixto o de transición y se puede decir que los sistemas europeos están situados a la mitad del camino de las tradiciones americana y austriaca.

En América, como sostiene Fix-Zamudio, en los últimos años se observa la influencia del sistema europeo o austriaco de jurisdicción constitucional. Su introducción ha sido paulatina: primero, como señala García Belaunde, se dio en una de sus variantes, que hizo a estos modelos mixtos; posteriormente, se introdujeron tribunales especializados fuera de la clásica división tripartita de poderes, lo que propició una “experiencia jurídica amplia y matizada”.<sup>602</sup> En general, la evolución de estos sistemas, nacidos de la matriz representada por el modelo norteamericano, se ha dirigido hacia “la modalidad del control concentrado de constitucionalidad basado en la creación de un órgano constitucional especial, una corte o un tribunal para actuar como juez constitucional dotado del poder original y exclusivo para anular las leyes y otros actos de rango y efectos similares”.<sup>603</sup> Situación que se comprueba con la creación, en las últimas décadas, de varias cortes o tribunales constitucionales especializados en varios ordenamientos, como son Guatemala (1965 y 1985), Chile (1971 y 1983), Ecuador (1948-1984-1998), y Perú (1979 y 1993), que conforman

<sup>600</sup> Rubio Llorente, Francisco, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, *cit.*, nota 291, p. 160.

<sup>601</sup> Bartole, Sergio, “Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell’Europa centro-orientale”, *Quaderni Costituzionali*, núm.2, 1996, pp. 230 y 231.

<sup>602</sup> García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, nota 586, p. 67.

<sup>603</sup> Brewer-Carías, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, CEPC, 1997, p. 136.

órganos situados fuera del Poder Judicial; Colombia (1991) y Bolivia (1994), cuyo órgano judicial actúa como Tribunal Constitucional, y Costa Rica (1989), El Salvador (1983 y 1991), Paraguay (1992), Venezuela (1999) y Nicaragua (1995), que han constituido salas constitucionales dentro de su órgano judicial superior, ante las que se plantea de forma directa la impugnación de actos presuntamente inconstitucionales y cuyas decisiones, cuando se trata de normas generales, tienen efectos *erga omnes*.

En la introducción de estos tribunales, y del sistema concentrado, se ha considerado como una de las más importantes ventajas, que un cuerpo especializado en la temática constitucional interpretará y aplicará mejor a la Constitución que un órgano con funciones jurídicas múltiples;<sup>604</sup> es decir, la especialización y la división del trabajo entre diversos tribunales estatales beneficiaría a la misma Constitución. Lo característico en estas experiencias es que al lado de la declaración general de inconstitucionalidad subsiste la desaplicación de las disposiciones legislativas en los procesos concretos “por lo que permanece el control difuso al mismo tiempo que el concentrado”,<sup>605</sup> es decir, la introducción del modelo europeo en América Latina no ha propiciado la desaparición de los modelos anteriores, sino más bien ha coadyuvado a la pluralidad de sistemas. Por ello se afirma que existe un sistema mixto de jurisdicción constitucional conformado por los principales elementos de los sistemas predominantes.<sup>606</sup> No se equivoca Brewer-Carías cuando señala que “por lo general, los sistemas de control de la constitucionalidad que se han desarrollado en América Latina durante los últimos 40 años se han ido orientado progresivamente hacia sistemas mixtos de control de la constitucionalidad, en los cuales coexisten el sistema difuso y el sistema concentrado”.<sup>607</sup>

<sup>604</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “Tribunal constitucional e interpretación constitucional”, *Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes*, Perú, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 19.

<sup>605</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Los tribunales y salas constitucionales en América Latina”, *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, pp. 59 y ss.

<sup>606</sup> García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, nota 586, p. 66; Garro, Alejandro M., “Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado”, en Smith James, F. (coord.), *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, México, UNAM, 1990, p. 500.

<sup>607</sup> Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, nota 543, p. 32. De la misma forma, Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1919”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2001, pp. 5 y 6.

### 3. *El control previo de constitucionalidad de las leyes*

En este contexto, es muy significativo e importante señalar la propagación, dentro de la doctrina, pero también en el derecho positivo, del control previo de constitucionalidad de las leyes, que tampoco toma en cuenta, como dice Bouzat, la incidencia de la aplicación de las normas en casos particulares, dejando que el juez se desenvuelva en un grado de abstracción similar al del legislador al sancionar la ley. El control de una ley en la fase anterior a su promulgación es particularmente destacable si consideramos que en los inicios de las experiencias de control de constitucionalidad únicamente había sistemas de control represivo y sucesivo “es decir, un control que opera siempre sobre leyes ya perfectas y no sobre proyectos en mayor o menor avanzado estado de tramitación parlamentaria”.<sup>608</sup> Así era, por ejemplo, en la Austria de 1920.<sup>609</sup> Actualmente, el control previo, es decir, el que opera antes de la promulgación de las leyes, en el curso del procedimiento de elaboración de las normas y, por tanto, de la producción de sus efectos, es una realidad en muchos ordenamientos, y casi una práctica generalizada y hasta obligatoria en el caso de convenios y tratados internacionales.<sup>610</sup>

La presencia en un sistema de justicia constitucional de un control de este tipo hace que el juez se interfiera en el desarrollo de la labor legislativa, ya que a las fases normales del proceso legislativo se agrega una nueva de “pendencia” del proyecto de ley aprobado definitivamente por las cámaras.<sup>611</sup> Esto es así porque cuando se presenta el recurso se produce la suspensión “de la tramitación ordinaria del proceso de producción normativa”, y si el Tribunal constata una inconstitucionalidad en el pro-

<sup>608</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, p. 414. Rodolfo Reyes ya señalaba en 1934 que el remedio *post-eventum*, “recaído a hecho pretérito subsanable... es lo factible por ahora en nuestras medidas sociales y políticas”. Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional. Recursos de inconstitucionalidad y amparo*, Madrid, Espasa-Calpe, 1934, p. 128.

<sup>609</sup> En la reforma constitucional de 1925 se introduce una modalidad de consulta previa a través de la cual se concede al Tribunal la competencia de pronunciarse con carácter vinculante sobre la titularidad de una competencia o sobre un proyecto de ley o reglamento ya formulados antes de que esta haya sido asumida o puesto en vigor por la Federación o por un Länder. Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, pp. 381 y 386-388.

<sup>610</sup> Así lo señala para los países iberoamericanos Caamaño Domínguez, Francisco, “Informe general”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997, p. 30.

<sup>611</sup> Alba Navarro, Manuel, “El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Ley Orgánica”, *RDP*, Madrid, núm. 16, 1982-1983, p. 174.

yecto de ley, éste no puede ser sancionado hasta que dichos vicios sean suprimidos o modificados, lo que significa que queda bajo la decisión del juez, además de reabrir el procedimiento legislativo en su parte más importante, “dar por terminada la tarea de las Cámaras o hacer que éstas tengan que trabajar de nuevo sobre los principios que la propia Corte fija”.<sup>612</sup> La resolución del tribunal aparece como la condición para que se cierre o continúe la tramitación del procedimiento legislativo. Figueruelo describe las consecuencias de este tipo de control muy claramente. La intervención del tribunal, dice, supone un veto suspensivo del procedimiento legislativo, que se vuelve a poner en marcha cuando el recurso es resuelto. Si la sentencia es estimatoria, exigirá una nueva intervención del Parlamento, pero no podrá decirse que la expresión de su voluntad será libre en cuanto a sus fines y contenidos, pues estará condicionada o predeterminada por la decisión previa del tribunal, que puede imponerle principios o normas obligatorias y, es más, puede vincularlo mediante la imposición de una determinada interpretación de la ley.<sup>613</sup>

Como fácilmente puede comprenderse de lo anterior, con esta forma de control, el órgano judicial se inserta en el procedimiento legislativo de creación de leyes haciéndose corresponsable y colocándose en paralelo con el Parlamento en el momento de creación de la ley. Pero no sólo eso, sino que al tiempo que asume dicha posición se convierte en “un filtro político adicional en las cuestiones políticas de la máxima trascendencia que se desarrollan en el proceso legislativo”. Esto es así porque en este tipo de control, cuando el juez declara la inconstitucionalidad de las normas, en ocasiones, además de limitar la continuación de su tramitación, elimina algunas normas del proyecto legislativo o indica al legislador modificaciones a las mismas, verificándose una delegación a éste para que actúe en determinado sentido, otorgue a las normas cierto contenido o incluya criterios al reformular los artículos que debe modificar. El control previo, en consecuencia, suele permitir al juez corregir al legislador, darle indicaciones, sugerencias, orientaciones, imponerle obligaciones y determinar el sentido de las normas y valores constitucionalmente reconocidos, como escribe Pérez Royo. Por ello se ha dicho que con este re-

<sup>612</sup> *Ibidem*, pp. 176 y 177.

<sup>613</sup> Figueruelo Burrieza, Ángela, *op. cit.*, nota 487, pp. 52 y 53. Como sostenía R. Reyes, convertir la defensa constitucional de tipo judicial “orgánicamente preventiva significaría en lo principal estar sometiendo la función legislativa a tamices y vistos buenos advisorios”. Reyes, Rodolfo, *op. cit.*, nota 608, p. 128.

curso los tribunales desempeñan una función más próxima a la legislativa que a la jurisdiccional, y que las sentencias dictadas en virtud del mismo son actos que, por su carácter vinculante y por enmarcarse en el proceso de formación de la ley, asumen de éste su misma naturaleza legislativa.<sup>614</sup> Así, con el control previo, el juez rebasa sus límites funcionales invadiendo el ámbito que corresponde al legislador; vulnera, como señala Rubio Llorente, el principio de separación de poderes; opera como tercera cámara con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las leyes; sustituye en sus funciones al legislador, e, incluso, invade la esfera reservada al Poder Constituyente.

Este tipo de control, además, puede contribuir a la distorsión del proceso político, debido a que la decisión del tribunal necesita de mucho tiempo para ser emitida retrasando la decisión tomada por el legislador y, por tanto, la entrada en vigor de la ley, convirtiendo dicho recurso en instrumento de obstruccionismo por parte de las minorías y en límite para el desarrollo del programa de las mayorías.<sup>615</sup> Otra importante objeción a su implementación es que este recurso normalmente considera a la norma susceptible de una sola interpretación, además de que puede hacer inútiles disposiciones valiosas, o bien validar leyes contrarias a la Constitución “cuyo vicio no se advirtió precisamente porque se la juzgó en abstracto y bajo el apremio de términos angustiosos”.<sup>616</sup> Éste es, a nuestro parecer, y si apreciamos la funcionalidad del principio del mantenimiento de las normas, un argumento importante contra su introducción. Resulta indudable, también, que la politicidad del tribunal aumenta con la asignación de esta facultad. No se trata de desconocer el contenido político

<sup>614</sup> Figueruelo Burrieza, Ángela, *op. cit.*, nota 487, p. 54; Alba Navarro, Manuel, *cit.*, nota 611, pp. 179 y 181. Como dice Pérez Royo, no es un hecho casual que la mayoría de los sistemas de control hayan optado por un sistema de control a posteriori “por la imposibilidad casi absoluta en la práctica de que un TC no acabe cayendo en la tentación de invadir la esfera del legislador, trastocando el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por el constituyente”.

<sup>615</sup> Pérez Royo, Javier, “Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas”, *REDC*, Madrid, núm. 17, 1986, pp. 158 y 161. Considérese el problema que puede generar una amplia legitimación para presentar el recurso lo que puede abrir la puerta al obstruccionismo parlamentario por parte de dichas minorías legitimadas que con la presentación de dicho recurso previo detienen la aprobación de la ley. También, Moderne, Franck, “El control previo de constitucionalidad en la Europa contemporánea”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 2-3, 1993, t. I, p. 416.

<sup>616</sup> Pliner, Adolfo, *op. cit.*, nota 125, p. 30.

de las sentencias de aquel, sino de que este contenido es mayor al normal que se produce cuando el control es sucesivo. Es de considerar, además, que este tipo de control alienta la utilización del escenario judicial como espacio de la lucha política y trae consigo la interferencia dentro del proceso legislativo de un órgano no proveniente del voto ciudadano. “Dicho tipo de control implica una suerte de elitismo que presupone que un reducido grupo de expertos están mejor capacitados que el Parlamento para solucionar los conflictos valorativos que plantea la declaración de inconstitucionalidad de una ley”.<sup>617</sup> No hay que olvidar, por último, que, como escribe Pérez Royo, el control preventivo responde a una lógica específica derivada de todo el entramado jurídico del sistema en donde opera, por lo que “no es compatible, sin grandes perturbaciones, con el control represivo *o a posteriori*”. Los tribunales no están concebidos, señala González Pérez, para decidir de forma preventiva o *a priori* sobre la inconstitucionalidad de un proyecto normativo.<sup>618</sup>

<sup>617</sup> Bouzat, Gabriel, *op. cit.*, nota 242, p. 281.

<sup>618</sup> Alba Navarro, Manuel, *op. cit.*, nota 611, p. 170. Debemos decir que muy cerca del control previo está la actividad consultiva; ambas se diferencian porque esta última, a diferencia del primero, no es vinculante. Lo interesante es constatar que, como nos recuerda Wolfe, uno de los límites al Poder Judicial que surgieron de su propia naturaleza al principio de su puesta en operación era la de negarse a dar opiniones consultivas. Así lo hizo la Suprema Corte de los Estados Unidos en sus comienzos cuando el presidente Washington le pidió una opinión acerca de una serie de problemas relacionados con unos tratados firmados por el Gobierno Federal. “La Corte considera inadecuado exponer opiniones sobre cuestiones que no hubieran surgido de pleitos sometidos a su conocimiento”. La Corte rechazaba cualquier opinión sobre cuestiones constitucionales que cuando no tuviera que decidir un caso o una controversia reales. Hughes, Charles E., *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de R. Molinar y V. Herrero, México, FCE, 1946, pp. 53 y 54. La razón aducida era la existencia del principio de separación de poderes y el hecho de que los miembros del Tribunal eran jueces de un órgano de último recurso. “Cualquier opinión extrajudicial, podría comprometer la actuación de los jueces en su papel más fundamental de decidir casos imparcialmente”. Wolfe, Christopher, *op. cit.*, nota 91, p. 146. A pesar de la existencia de estas razones hoy en día encontramos esta facultad extendida con alguna amplitud. Por ejemplo, en Austria, el Gobierno Federal o un Länd pueden solicitar a la Corte Constitucional decidir si un acto legislativo o administrativo es competencia de la Federación o de los Länder. Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, pp. 51 y 52. En Canadá, esta institución se ha desarrollado con profusión particularmente a partir de 1949. En este país la opinión judicial consultiva consiste en la atribución que se otorga a la Suprema Corte y a los Tribunales Superiores de los Estados para que, a petición del Gobernador de la Unión o vicegobernadores de una de las provincias, o de las autoridades legislativas, tanto de la Unión como de las provincias, se pronuncie sobre la constitucionalidad de una ley o de un proyecto de ley. Esta opinión

Los diversos procedimientos a los que nos hemos brevemente referido permiten la defensa directa de la Constitución y, con ella, la protección inmediata de los intereses públicos. Lo que aquí hemos pretendido es destacar que en la actualidad los instrumentos a través de los cuales se realiza el control de constitucionalidad forman un “complejo amplio y articulado”. La existencia de una doble vía de acceso al enjuiciamiento de la ley se ha convertido en “arquetípico” de la mayoría de los ordenamientos. El control únicamente abstracto se considera inadecuado para la protección de los intereses básicos que establece la norma constitucional, por lo que los ordenamientos han pasado a regular sistemas mixtos, ambiguos o flexibles que combinan elementos de los diversos modelos. La constatación de que los sistemas de control normalmente se componen de dos vías de carácter general ha ocasionado que algunos tratadistas afirmen que éstos ahora se diferencian principalmente por el relieve que tenga ya sea el control abstracto o el concreto, lo que implica una contraposición entre los sistemas en los que prevalece el carácter jurídico y jurisdiccional del control sobre su carácter político y aquéllos en el ámbito del cual el carácter político es predominante.<sup>619</sup> De forma parecida, Pérez Royo ha señalado que los tribunales ven “acentuada su naturaleza de órgano político cuanto mayor sea el grado abstracto que establece la Constitución y la ley que lo regula, y menos acentuada cuando menor el grado de control abstracto y mayor el de control concreto”.<sup>620</sup>

admite apelaciones contra cualquier resolución. Su desarrollo ha ido extendiéndose y se regula su tramitación a través de leyes específicas. Fix-Zamudio, Héctor, “Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965”, *cit.*, nota 351, p. 24. En Francia el Consejo Constitucional ejerce funciones consultivas en caso de aplicación de medidas excepcionales por parte del presidente de la República. Weber, Albrecht, “La jurisdicción constitucional en Europa occidental: una comparación”, *op. cit.*, p. 77. También en Francia la consulta al Consejo Constitucional sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales tiene efectos constitutivos, por disposición del artículo 54 de la Constitución. El texto original de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional alemán lo autorizó a emitir opiniones judiciales consultivas en materia constitucional, pero como algunas provocaron muchos debates, se suprimió esta facultad con las reformas de 1956. Horn, Hans-Rudolf, “República Federal de Alemania: justicia y defensa de la Constitución”, *cit.*, nota 480, p. 588.

<sup>619</sup> Así, por ejemplo, Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 525, pp. 527-530.

<sup>620</sup> Pérez Royo, Javier, “La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad: su influencia sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional en la Constitución Española de 1978”, *El Tribunal Constitucional*, vol. III, pp. 2191 y 2192.

En esta virtud, los sistemas de justicia constitucional no pueden considerarse de forma pura, ya que existe, como señala Fix-Zamudio, una tendencia a su combinación a través de sistemas mixtos que “utilizan las ventajas de ambos y eluden los inconvenientes de su estructura rígida”.<sup>621</sup> Al decir de Rolla y Groppi, estos sistemas han superado las diferencias existentes entre los dos tradicionales modelos teóricos dando vida a un *tertium genus* o sistema híbrido abierto a la influencia de ambos grandes modelos. Por ello actualmente no se pueden contraponer de manera frontal los originales sistemas de justicia constitucional. La antigua visión de arquetipos ha dejado el paso a una visión mucho más pragmática e integrada.<sup>622</sup> Así, García Belaunde clasifica los modelos existentes en modelos originarios y derivados; entre los primeros estarían los sistemas clásicos: concentrado y difuso, y dentro de los segundos los que se han formado por imitación o recepción de otros sistemas y de los que hay muchas variantes, sobre todo en América Latina, donde se han desarrollado modelos diversos a partir de la aplicación de los institutos creados en otras partes y de los cuales el autor citado encuentra, como hemos dicho atrás, modelos mixtos y duales o paralelos caracterizados porque hacen converger los modelos difuso y concentrado sin llegar a fusionarse, es decir, “ni un modelo ni otro; tampoco una síntesis o mixtura, sino una coexistencia pacífica sin interferencias de modelos distintos”.<sup>623</sup>

En resumen, podemos decir que estamos ante la combinación de modelos y la asunción de los mismos en diferentes sistemas jurídicos. Pero hay una explicación que nos parece la más certera para entender las causas de dicha cercanía de fondo entre los sistemas existentes: todos parten de la consideración de la Constitución como norma suprema.<sup>624</sup> Por ello, como señala Rubio, lo definitivo y primordial al momento de explicar lo anterior no es el análisis de los modos de organización de los sistemas de justicia constitucional y de sus elementos provenientes de diversas in-

<sup>621</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad”, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Porrúa, 1987, p. 343. Es verdad que una naturaleza híbrida de combinación de elementos del sistema europeo y del americano se encuentra ya en el Tribunal de Garantías Constitucionales español de 1931. Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 298, p. 145.

<sup>622</sup> Rodríguez Bereijo, Álvaro, *op. cit.*, nota 275, p. 15.

<sup>623</sup> García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, nota 562, pp. 144, 147 y 152.

<sup>624</sup> Aragón, Manuel, “La justicia constitucional en el siglo XX. Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, *cit.*, nota 262, pp. 177 y 178.

fluencias, sino la recepción general de un determinado concepto de Constitución. La convergencia de los dos modelos de jurisdicción es un hecho generalmente admitido y motivado por un acercamiento en la concepción sobre el significado de la Constitución. El cambio de esta concepción tiene como consecuencia la modificación en la organización de los órganos de control.<sup>625</sup> Si partimos de esta idea, estaremos en condiciones de entender con precisión las razones de fondo de la actual separación de los sistemas de control de constitucionalidad de sus modelos originarios y la consiguiente formación y expansión de sistemas de control híbridos.<sup>626</sup>

#### 4. *La cuestión de la legitimación*

El tema de los procedimientos de control está sumamente relacionado con *la cuestión de la legitimación*, es decir, con la cuestión formal de responder “dónde se sitúa la capacidad de impulsar o provocar un juicio de inconstitucionalidad”, o, en otras palabras, en determinar quiénes son los que pueden instar un procedimiento de control frente al juez. Recuérdese que ya Kelsen afirmaba que de la solución adoptada en la cuestión de la legitimación depende la medida en la que el Tribunal podrá cumplir su misión de garante de la Constitución. Hay un nexo muy estrecho entre el número de intervenciones de los jueces, el ámbito de normas susceptibles de ser objeto de control, los casos de inconstitucionalidad y el aumento de sujetos legitimados. Como dice Cruz Villalón, el régimen de legitimación condiciona los caracteres del sistema y proporciona la medida del grado de incidencia de la jurisdicción constitucional en la vida de los individuos, ya que su eficacia social está en “función directa de las posibilidades de que éstos dispongan para acudir ante ella y que, en consecuencia, resulta mayor cuanto más amplia es la legitimación y más extenso el elenco de los actos impugnables”.<sup>627</sup>

Uno de los elementos básicos del original sistema de control concentrado de constitucionalidad era la restricción del número de sujetos legitimados para provocar un procedimiento de control de normas. Como en estos primeros intentos de formación de sistemas autónomos

<sup>625</sup> Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 37, pp. 470 y 472.

<sup>626</sup> Martínez Sospedra, Manuel, *op. cit.*, nota 595, pp. 8724 y 8725.

<sup>627</sup> Rubio Llorente, Francisco, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *La forma del poder, cit.*, nota 37, p. 581.

de control la preocupación era el sistema de distribución de competencias entre el Estado central y los periféricos, había una “excesiva limitación” en materia de legitimación activa estando sólo autorizados para reclamar la constitucionalidad de las leyes el gobierno federal contra las leyes regionales y los gobiernos regionales contra las leyes federales.<sup>628</sup> Los jueces, como hemos dicho antes, no podían solicitar a la Corte Constitucional que realizara el control sobre las leyes, por lo que debían aplicar aun aquéllas manifiestamente inconstitucionales. Así ocurría en Austria, Checoslovaquia y España.<sup>629</sup>

Hay que subrayar que la causa de la limitación de la legitimación era que el control de constitucionalidad se ejercía únicamente en vía principal, con exclusión del control concreto, pero sobre todo porque era considerado un instrumento para la salvaguardia de las competencias atribuidas entre los miembros del Estado federal. La exclusión de los sujetos no involucrados en la distribución de competencias, incluso los propios tribunales, era un elemento lógico en un sistema que tenía como centro al legislador y que se había establecido para ejercer una función arbitral en-

<sup>628</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 519, pp. 56-58. En otras palabras, el órgano de justicia constitucional podía controlar la constitucionalidad de una ley federal sólo a instancia de un gobierno de un Länd y se podía impugnar una ley de una Länd sólo a instancias del Gobierno federal. Oehlinger, *op. cit.*, nota 439, pp. 538 y 541.

<sup>629</sup> Aunque también se establecía un control de oficio por parte del mismo Tribunal y los tribunales ordinarios podía recurrir la constitucionalidad de los reglamentos. En 1929 se amplió la legitimación, llevándola al ámbito jurisdiccional, en virtud de una reforma al art.140 constitucional, a los órganos judiciales superiores, es decir, al Tribunal Supremo de Justicia y al Tribunal Administrativo siendo la decisión de someter al Tribunal Constitucional el control de una ley una decisión adoptada por el Pleno de los mismos tribunales y la constitucionalidad de la misma presupuesto de la sentencia que debe dictar el Tribunal en un asunto pendiente ante el mismo, es decir, se trataba de un control en vía de excepción que dio participación en el proceso de control instaurado ante la Corte Constitucional a las partes del proceso *a quo*. Este sistema reservaba sólo a los órganos judiciales superiores la facultad de someter ante el Tribunal Constitucional la cuestión de constitucionalidad. En 1975 el derecho a contestar una ley se extendió a todos los tribunales de segunda instancia y a los individuos, y el recurso directo, a un tercio de los miembros del Consejo Nacional. Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, notas 296 y 298, pp. 384, y 138 y 139, respectivamente; Oehlinger, *op. cit.*, nota 439, p. 543; Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, p. 53. En Checoslovaquia, las partes legitimadas estaban notablemente reducidas y limitadas y no existía “el menor rastro de “acción popular”, lo que se veía agravado por el carácter exclusivamente *abstracto* del control” y, más aún, por la “realidad constitucional” que impulsó a pensar a algunos autores que el fracaso de esta experiencia se hallaba en la regulación de la legitimación.

tre la Federación y las regiones o provincias.<sup>630</sup> Así se refleja la vertiente política y la función que estaba llamado a cumplir el control de constitucionalidad en esta época, y se explica, además, por qué en ningún Estado se legitimaba a las minorías u oposición parlamentaria. Cruz Villalón lo señala con certeza: en esta época “tan intensa como la coincidencia en la necesidad de una justicia constitucional que dirima los conflictos poder central/poderes territoriales autónomos es la ignorancia de las posibilidades de la justicia constitucional en la dialéctica mayoría/minoría, Gobierno/oposición”.<sup>631</sup>

No podemos dejar de señalar que Kelsen había llamado la atención desde 1920 sobre la necesidad de “conceder a una minoría el derecho de plantear la constitucionalidad de la ley adoptada por la mayoría, mediante una demanda hecha ante el Tribunal Constitucional”, y que, en 1928, sostuvo que era extremadamente importante conceder el derecho de presentar el recurso contra leyes a las minorías porque la justicia constitucional también tenía como función esencial proteger a éstas, y la

simple amenaza del recurso al tribunal constitucional puede constituir, en manos de la minoría, un instrumento adecuado para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente los intereses jurídicamente protegidos de aquella y para oponerse así, en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría.<sup>632</sup>

Esta iniciativa, que traía consigo un cambio en la concepción de las funciones del control de constitucionalidad, encontraría su realización durante la segunda posguerra.

Actualmente en la mayoría de los Estados existe un amplio número de sujetos que pueden acceder a los órganos de control y, como escribe Jiménez Campo, una interpretación amplia de las reglas de legitimación<sup>633</sup> que obviamente varía según el tipo de proceso de que se trate. Brevemente diremos que en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales, tanto nacionales como extranjeros, pueden recurrir a los procesos que se siguen ante las distintas jurisdicciones. El cri-

<sup>630</sup> Öehlinger, Theo, *op. cit.*, nota 293, pp. 48 y 49.

<sup>631</sup> En esta época no hay rastro de legitimación de la oposición parlamentaria dice Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, p. 415.

<sup>632</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 73, p. 147, también, nota 532, p. 229.

<sup>633</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 441, pp. 19 y 20.

terio general en esta vertiente es que el acceso depende de la titularidad del derecho cuya lesión se invoca, por lo que “no existen, en principio, diferencias entre personas físicas o jurídicas a los efectos de la legitimación... la pauta general es la inexistencia de limitaciones en el acceso a la jurisdicción constitucional en atención a la condición de persona física o jurídica del demandante”.<sup>634</sup> Incluso, la acción se puede ejercer por cualquier persona en representación de la afectada, es decir, se pueden defender derechos de titularidad ajena. En el control concreto realizado por vía incidental, la legitimación puede corresponder al juez que conozca de la causa,<sup>635</sup> a una de la partes del proceso y, en ocasiones, al Ministerio Público. En los conflictos de competencias, en orden al territorio, están legitimados para defender sus competencias, además del gobierno federal, los gobiernos locales, regionales y/o municipales y, en los conflictos de atribuciones entre órganos estatales, la legitimación corresponde, precisamente, a los diversos órganos que ejercen funciones públicas.

Es destacable que a través de la acción directa de inconstitucionalidad se otorga legitimación a cierto número de diputados y senadores que “pueden actuar no sólo en defensa de los intereses de las minorías, sino también de los intereses públicos generales”.<sup>636</sup> Pero la acción directa ha dado entrada a cada vez más sujetos legitimados para interponerla.<sup>637</sup>

<sup>634</sup> Caamaño Domínguez, Francisco, “Informe general”, *cit.*, nota 610, pp. 45 y 46.

<sup>635</sup> En Italia, por ejemplo, el juez que puede someter a control la cuestión de inconstitucionalidad puede ser cualquier autoridad que admita la definición de juez. Como señala Favoreau, la Corte Constitucional ha optado por una concepción muy amplia que admite la remisión por toda autoridad integrada en la jerarquía jurisdiccional, incluso si el carácter jurisdiccional de sus funciones es dudoso, y por toda autoridad situada fuera del aparato jurisdiccional cuando su función es jurisdiccional. Esto, como fácilmente puede comprenderse, da lugar a una gran variedad de autores de impugnaciones. Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 92.

<sup>636</sup> Galeotti, Serio y Rossi, Bruno, *op. cit.*, nota 519, p. 127.

<sup>637</sup> Otra vez podemos poner el ejemplo francés, donde en 1974 se registró una ampliación del número de legitimados para presentar su característico recurso directo. Esta reforma, que se ha considerado esencial para el sistema de justicia constitucional en Francia abrió la legitimidad para interponer el recurso a sesenta diputados y sesenta senadores lo que “rappresenta una vera e propria rivoluzione copernica per la giustizia costituzionale in Francia” que ha aumentado el número de recursos presentados ante el Consejo de 54 adoptadas del periodo de 1954 a 1974 a más de 300 adoptadas de 1974 a 1996, la politicidad de los propios recursos y una más intensa apreciación del contenido de las leyes. La revisión de 1974, aunque sigue conservando la titularidad del poder de impugnación únicamente a sujetos institucionales, constituyó en Francia el cambio del

Por medio de ella se ha legitimado al titular del Ejecutivo, secretarios de Despacho, Corte Suprema de Justicia, presidentes de las asambleas que integran las cámaras representativas, procuradores de Justicia, ministerios públicos, ejecutivos estatales, órganos regionales, asambleas representativas estatales e incluso al ombudsman, cuya legitimación, se dice, otorga la posibilidad a un órgano que tiene atribuida la función institucional de defender los derechos fundamentales de “someter inmediatamente al juicio del Tribunal Constitucional las normas primarias que considere lesivas de estos derechos, de modo que quede asegurada la rápida tutela de los mismos”.<sup>638</sup> En general, puede decirse que dotar a órganos independientes de la influencia del gobierno y del Parlamento de la posibilidad de accionar de oficio estos recursos cuando consideren determinados actos jurídicos como irregulares es una forma de crear un defensor de la Constitución, en el sentido propuesto por Kelsen.

También existen ordenamientos en los que a través de esta acción se han legitimado a colegios profesionales, asociaciones de derecho público o entidades de relevancia pública, como son los partidos políticos, los colegios de abogados, las confederaciones sindicales o gremios o entidades de clase de ámbito nacional. Se propone, asimismo, la ampliación de la legitimación para presentar recurso directo a sujetos colectivos o formaciones sociales y a los entes a los cuales la Constitución reconoce explícitamente autonomía.<sup>639</sup> Se ha legitimado también a un número determinado de ciudadanos y hasta a individuos particulares. En ocasiones se va más allá y sólo se alude a una condición general de legitimación, como ser afectado en sus personales y legítimos intereses, y, es más, hay Estados en que la acción directa ni siquiera requiere un legítimo interés para poder ser interpuesta pudiéndose alegar la defensa de la colectividad o de intereses difusos. Existen experiencias en las que este recurso está

Consejo Constitucional de defensor del ejecutivo en garante de las relaciones entre los poderes del Estado y de la supremacía constitucional. Así lo observa Amirante, Domenico, *Giudice costituzionale e funzione legislativa. L'esperienza francese*, Padova, CEDAM, 1991, p. 26.

<sup>638</sup> Galeotti, Serio y Rossi, Bruno, *op. cit.*, nota 519, p. 128. Aunque con mucha razón también se ha dicho que la legitimación de un órgano como éste para interponer la acción de inconstitucionalidad “nada tiene que ver con la función específica marcada por la Constitución”, “se trata de una incoherencia gratuita y que no aporta nada”. Pérez Royo, Javier, “La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad”, *cit.*, nota 620, p. 2194.

<sup>639</sup> Spadaro, Antonino, “La giustizia costituzionale”..., *cit.*, nota 262, p. 324.

constituido como una *actio popularis* (Colombia, Venezuela, Panamá, El Salvador, Nicaragua, Ecuador), mediante la cual todo gobernado, aunque no tenga interés jurídico ni sea ciudadano, puede impugnar la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas y obtener una declaración con efectos generales. Este último sistema ha llegado a ser considerado el “más acabado sistema de control de constitucionalidad de las leyes”,<sup>640</sup> ignorando por completo lo señalado por Kelsen cuando decía que si bien una *actio popularis* demostraría el interés político que tiene la eliminación de los actos irregulares, no era recomendable “porque la misma entrañaría un peligro excesivo de acciones temerarias y el riesgo de una sobrecarga insoportable de procedimientos”.<sup>641</sup>

En términos generales puede decirse que la tutela de la constitucionalidad de las leyes y de los intereses públicos fundamentales está confiada a cada vez más número de entes. En la mayoría de los casos, la legitimación es “generosa” y está “configurada en términos muy amplios”, siendo la causa de ello la idea de que cada esfera de intereses constitucionalmente protegidos, precisamente porque encuentran su razón de ser en la norma básica, deben ser defendidos por el juez constitucional. Desde esta perspectiva, la ampliación de la legitimación significa la consolidación del Estado de derecho,<sup>642</sup> e indica la intención de que un gran número de personas experimenten materialmente el “valor existencial” de la Constitución y se refuerce la conciencia de su fuerza normativa, pues, como escribe Häberle, a un mayor grado de legitimación corresponde un mayor grado de vinculación.

Pero hay otra razón igual de importante que parece explicar la ampliación de la legitimación para acceder a los órganos jurisdiccionales. Bajo

<sup>640</sup> Es notorio el caso de Hungría, que acepta la acción popular y mediante ella los ciudadanos pueden impugnar la constitucionalidad de las normas jurídicas en cualquier momento sin tener un interés propio en la anulación; así “la población ha aprovechado ávidamente esta amplia oferta del Estado de derecho, y de los 3927 casos que han sido presentados al Tribunal Constitucional para su resolución en el bienio 1990-1991, 3284 procedían de una acción popular”, en relación con ésta, el Tribunal Constitucional ha dictado 237 decisiones de fondo y ha anulado total o parcialmente, cien preceptos jurídicos por inconstitucionales. Brunner, Georg, *op. cit.*, nota 353, p. 141. La acción popular puede verse como una institución dirigida a producir “una mayor efectividad práctica de los derechos fundamentales”. Häberle, Pedro, en su colaboración a la obra *La garantía constitucional de los derechos fundamentales.... cit.*, nota 9, pp. 336 y 337.

<sup>641</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 73, p. 146; Brunner, Georg, *op. cit.*, nota 353, p. 142.

<sup>642</sup> Öehlinger, Theo, *op. cit.*, nota 439, p. 542.

la idea de que la aceleración del proceso de democratización de la sociedad en la dirección de un pluralismo integral implica la transformación de la justicia constitucional de límite en instrumento de la democracia y, por lo tanto, el reforzamiento de sus funciones y la ampliación de sus canales de acceso,<sup>643</sup> se señala la necesidad de convertir la tarea judicial en representativa, próxima y sensible a las necesidades de la población. La extensión de la legitimación estaría determinada por la estructura de la sociedad actual, que exige que el juez tenga mayor contacto con las necesidades e intereses de las partes que participan en los litigios. Esto impele a otorgar oportunidad de expresarse a la mayoría de las personas o grupos de la sociedad, máxime si consideramos que las normas constitucionales pueden afectar, por su carácter abierto, a estas personas o grupos de manera desigual, o propiciar diferentes criterios de entender su normatividad. No debe limitarse la participación en los procesos a las partes directamente afectadas por la decisión, aunque ésta tenga como materia dirimir un conflicto entre particulares, ya que, generalmente, al ser sus efectos generales, todos sus miembros pueden considerarse participantes interesados.<sup>644</sup> Por ello se pretende introducir en el juicio no sólo a las partes, sino a los distintos portadores de intereses. Considérese que si existe un elemento fundamental de la democracia, éste consiste en hacer que todos tengan acceso al sistema jurídico y, sobre todo, a sus formas de tutela.<sup>645</sup> Entendiendo a los procedimientos de control de constitucionalidad como orientados a propiciar la confrontación más amplia de intereses, se pretende hacer efectivo el “núcleo fundamental de democracia”<sup>646</sup> que tienen los procesos jurisdiccionales, y extender la participación de los sujetos interesados de manera que el juez pueda evaluar de la manera más completa posible los intereses en liza.

Desde esta perspectiva, la ampliación de los sujetos legitimados para poner en marcha el control de constitucionalidad sería un elemento que reforzaría la representatividad y democracia del sistema político.<sup>647</sup> Este

<sup>643</sup> Spadaro, Antonino, *op. cit.*, nota 262, p. 324.

<sup>644</sup> Saavedra López, Modesto, *op. cit.*, nota 247, p. 98.

<sup>645</sup> Cappelletti, Mauro, “La justicia constitucional y supranacional”, *Dimensiones de la justicia constitucional en el mundo contemporáneo. Cuatro estudios de derecho comparado*, México, Porrúa, 1993, p. 76.

<sup>646</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>647</sup> Interesantes matizaciones a esta idea pueden verse en Favoreau, Louis, “Reflexiones sobre algunos problemas planteados por la justicia constitucional”, trad. de A. López Castillo, *Revista Jurídica Castilla-La Mancha*, núm. 3-4, 1988, p. 53.

impone la exigencia de otorgar acceso a los órganos jurisdiccionales a todos los sujetos individuales y colectivos que han visto obstaculizada su presencia en los lugares tradicionales de representación para que puedan expresar sus puntos de vista.<sup>648</sup> Se extiende la legitimación activa para otorgar protección, a aquellas personas o grupos que no tienen representación dentro del Parlamento. Se considera que el juez es capaz de proteger a aquellos grupos que no tienen la posibilidad de acceder a las ramas políticas, “los grupos marginales, dice Shapiro, pueden esperar encontrar en el tribunal un apoyo político que no hallarán en ninguna otra parte”.<sup>649</sup> No puede, sin embargo, desconocerse que el aumento de la capacidad de las cortes para ser receptivas de las necesidades de los ciudadanos ha ocasionado que comience a señalarse que “mientras la llave para abrir las puertas de los tribunales se viabiliza por una demanda; resulta mucho más difícil y misterioso llegar a los estrados de una Cámara Legislativa”,<sup>650</sup> y, es más, en virtud de la circunstancia de que los jueces, a través de sus fallos, hacen participar a cada vez más intereses, no ha faltado quienes afirmen que la naturaleza imparcial de sus decisiones y las cualidades deliberativas del proceso judicial aventajan a las del proceso político democrático.<sup>651</sup>

La importancia que conlleva la legitimación ha llevado a Bartole a señalar que el criterio de diferenciación entre los juicios constitucionales puede ser el diverso papel asignado a las partes que participan en los mismos y la relativa ponderación de los intereses; en otras palabras, se puede establecer una distinción entre los diversos juicios constitucionales tomando como criterio de diferenciación la diversa titularidad del poder de instaurar el control sobre la legitimidad de la ley. La titularidad del recurso puede ser el factor central para repensar las clasificaciones en materia de justicia constitucional. Así, dice, cuando de la acción resultan titulares órganos del Estado o sujetos públicos, el juicio de constitucionalidad estaría dirigido, esencialmente, a la definición de las controversias entre poderes, o bien a asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Cuando son sujetos privados los que pueden tomar la iniciativa o

<sup>648</sup> Bergalli, Roberto, “Protagonismo judicial y representatividad política”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 440 y 443.

<sup>649</sup> *Cit.* por Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 562, p. 626.

<sup>650</sup> Hitters, Juan Carlos, “Legitimación democrática del Poder Judicial y control de constitucionalidad”, *Justicia*, Barcelona, núm. 11, 1987, p. 430.

<sup>651</sup> Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 93, p. 178.

ser parte del juicio sobre la constitucionalidad de las leyes, la atención se centraría en la tutela de los derechos fundamentales asumiendo relevancia el interés de los individuos a un ejercicio regular de las funciones públicas respecto a la situación de ventaja garantizada por las normas constitucionales.<sup>652</sup> Así parece constatarse la clásica disyuntiva señalada por Cruz Villalón en el tema de la legitimación: ésta, o bien se centra “en la dialéctica del conflicto de competencia legislativa entre el poder central y los periféricos”, o en “la dialéctica mayoría/oposición parlamentaria”.<sup>653</sup>

Así, y como dicen Galeotti y Rossi, tanto las acciones como los legitimados para actuar forman un complejo amplio y articulado que permite, en relación con las diversas funciones atribuidas a los jueces constitucionales, “la intervención de una pluralidad de sujetos y órganos portadores de intereses privados o de intereses públicos, haciendo posible de esta manera la práctica de la garantía constitucional”.<sup>654</sup> Pero no es desconocido que un amplio ámbito material de impugnación puede generar conflictos políticos importantes. Por ello no es casualidad que actualmente exista la preocupación por administrar adecuada y “racionalmente el acceso a la jurisdicción constitucional”, debido, precisamente, a que existe una amplísima legitimación para acceder a los procedimientos de los que conocen las cortes constitucionales. Es necesario, se señala, tomar medidas restrictivas para salvaguardar la capacidad operativa de los tribunales, ya que al “elevar su capacidad de tramitación cuantitativa”, se puede propiciar que no exista una deliberación sustantiva sobre los recursos ni una preparación adecuada de las resoluciones o que sus sentencias no satisfagan adecuados niveles de exigencia o calidad ni exista una “deliberación continua y fluida”. Con la práctica actual “la idea de una jurisdicción constitucional se sacrifica a favor de la mera cantidad... se exprime a la institución hasta su agotamiento”.<sup>655</sup>

<sup>652</sup> Bartole, Sergio, *op. cit.*, nota 601, pp. 233-235.

<sup>653</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, p. 43.

<sup>654</sup> Galeotti, Serio y Rossi, Bruno, *op. cit.*, nota 519, p. 140.

<sup>655</sup> Wahl, Rainer y Wieland, Joachim, “La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al Bundesverfassungsgericht”, trad. de Pablo López Pietsch, *REDC*, Madrid, núm. 51, 1997, p. 14. Estos autores proponen, para evitar lo referido, el reforzamiento de la jurisdicción constitucional de los entes territoriales del Estado mediante el establecimiento de cláusulas de subsidiariedad y la introducción del procedimiento estadounidense de libre admisión, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

## VI. AUMENTO DE COMPETENCIAS

Junto a la amplia difusión y generalización de los mecanismos de control dentro del Estado constitucional existe un desbordamiento del ámbito originario de la institución clásica en el sentido de que ya no sólo cumple una función de control de normas, sino una función de justicia constitucional que incluye una amplia gama de materias. Es característico de estos órganos el constante aumento de las competencias que entran dentro de su ámbito de acción. Ya no se configuran como entes que controlan única y exclusivamente normas, como sucedía, por ejemplo, en los inicios del Tribunal checoslovaco de 1920, que, como se recordará, era un órgano “exclusivamente de control de constitucionalidad” que dejaba a otros órganos ejercer las futuras materias integrantes de la denominada justicia constitucional, o el Tribunal de Weimar, que sólo tenía la función de resolver las cuestiones referidas a controversias suscitadas entre el Reich y los Länder. Ahora puede escribirse que “un tribunal Constitucional difícilmente puede consolidarse cuando su jurisdicción se agota en el exclusivo control de constitucionalidad de las leyes”, por lo que, de forma normal, casi natural, se les encomienda una pluralidad de funciones de la vida jurídica estatal<sup>656</sup> que provocan su intervención en campos y materias en las que antes no participaban. Esto resulta ser de gran importancia si pensamos en que el grado de influencia de los tribunales en la vida del Estado está en función, precisamente, de la extensión e importancia de las competencias que se les asignen y que muchas de las que integran su campo de acción propiciarán el desarrollo del derecho constitucional. Como dice Böckenförde, la función del juez constitucional sólo puede determinarse a partir de las competencias que le son atribuidas; de ahí la importancia de señalar y analizar, aunque sea brevemente, sus tareas y cometidos,<sup>657</sup> es decir, referirse a la perspectiva formal que, con gran sencillez, pero con suma precisión, Rubio ha definido como “todo lo que hacen” los órganos de la jurisdicción constitucional.<sup>658</sup>

Hay que advertir antes que la amplitud competencial no es una novedad de los últimos años en la conformación de estos órganos. Como se sabe, el Tribunal austriaco de 1920 y el español de Garantías Consti-

<sup>656</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, pp. 378 y 412; *id.*, nota 298, p. 135.

<sup>657</sup> Böckenförde, Ernest-Wolfang, *op. cit.*, nota 262, p. 132.

<sup>658</sup> Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 291, p. 157.

tucionales de 1931, tenían amplias competencias.<sup>659</sup> Es necesario también considerar que muchas de las atribuciones que les son otorgadas en cada país al órgano de control tienen razones específicas dadas por la experiencia histórica, por lo que, como señala Weber, resulta imposible una clara delimitación de las competencias integrantes de las distintas jurisdicciones constitucionales, pues cualquier sistematización que se intente debe tomar en cuenta la diversidad histórica de cada Estado<sup>660</sup> y sus variadas circunstancias sociales y políticas. No puede tampoco soslayarse que, en ocasiones, es el mismo legislador quien decide, al configurar los tribunales, que éstos tengan una muy importante presencia dentro del Estado, y los inmiscuye directamente en los procesos de decisión política en el momento en que los dota de competencias. En otros ordenamientos, el campo de atribuciones de estos órganos ha sido extendido no por normas constitucionales, sino por disposiciones legales, en virtud de que es el propio constituyente quien deja abierta la posibilidad de asignación de nuevas competencias mediante cláusulas en blanco o la falta de una adecuada regulación permitiendo su extensión a través de leyes de desarrollo.<sup>661</sup>

<sup>659</sup> Ya Alcalá-Zamora señalaba que el Tribunal de Garantías Constitucionales tenía una “competencia amplísima, lo que no quiere decir, ni mucho menos, que en su determinación se haya procedido con acierto, ya que entiende en materias que tal vez no debieran estarle confiadas, y en cambio, no se le reconoce intervención en asuntos donde pareciera obligada”. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, *Reus*, Madrid, 1933, p. 8. Rodolfo Reyes, respecto al mismo Tribunal señalaba que la heterogeneidad de sus funciones provenía de que entre sus competencias constitucionales se combinaban los medios preventivos, represivos y reparadores de defensa de la Constitución. Decía este autor respecto a este Tribunal: “aterrea la heterogeneidad y peso político de las funciones concedidas” a este “superpoder”; “la suma heterogénea, poderosa e intensa de las funciones que se han unido para constituir una especie de cuarto Poder, que en cierto sentido... es casi la Constitución misma”. Y más adelante: “las funciones conferidas al Tribunal son complejas, heterogéneas, múltiples, propicias a llevarlo a peligrosa hegemonía”. Reyes, Rodolfo, *op. cit.*, nota 608, pp. 127 y 144-149.

<sup>660</sup> Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 521, p. 78; Vega, Pedro de, “Problemi e prospettive attuali della giustizia costituzionale in Spagna”, en Lombardi, G. (cura), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Italia, Maggioli Editore, 1985, p. 131.

<sup>661</sup> Así, como escribe Embid Irujo, si nos atenemos a la descripción constitucional de las competencias de los tribunales no abarcaríamos todas, pues puede ser que las Constituciones dejen abiertas las puertas a nuevas atribuciones. “Este cajón abierto puede, en ocasiones, ser causa de entorpecimiento en la labor del tribunal y, a veces, hasta de deformación de su función”. Así sucedió, por ejemplo, en España con el recurso previo

Cappelletti, en un trabajo publicado hace unas décadas, señalaba que no debían subsumirse, bajo una sola categoría y mediante un tratamiento unitario, las diversas funciones realizadas por los órganos de la jurisdicción constitucional.<sup>662</sup> Sin embargo, se puede decir que entre ellos existe una identidad desde el punto de vista funcional, un común denominador que les otorga una sustancial identidad material y que se refleja en tres órdenes de competencias: el control de constitucionalidad de las normas y actos con valor de ley; la resolución de conflictos interorgánicos o interterritoriales, y la tutela y protección de los derechos fundamentales.<sup>663</sup> Así, el núcleo de las competencias que se les atribuyen a estos órganos normalmente está relacionado con el carácter rígido de la Constitución, la organización territorial del Estado y la protección de los derechos fundamentales. A estas tres funciones básicas, que constituyen el “fondo” de la justicia constitucional, se les han ido agregando otras distintas que, como se ha dicho, son un añadido a su razón de ser.<sup>664</sup> Algunas pueden quedar agrupadas dentro de lo que se denomina justicia constitucional, pero otras no forman parte de ella ni aunque se le otorgue a esta noción un sentido amplio.

Entre estas competencias añadidas podemos subrayar, siguiendo a Beugin, las siguientes: contencioso cuasi penal, que incluye la acusación por alta traición contra el presidente de la República; prohibición de los

de inconstitucionalidad de las Leyes Orgánicas y los Estatutos de Autonomía, que vinieron a aumentar las competencias originarias del Tribunal y, por tanto, a ampliar los límites establecidos en la Constitución. También el artículo 93.5 de la Ley Fundamental alemana establece que, además de las competencias constitucionales, el Tribunal Constitucional es competente en los otros casos señalados en la Ley Federal reguladora. Lo mismo la Constitución de Hungría que deja a la ley la atribución de otras competencias al Tribunal entre las que se deducen las de participar, junto con el presidente del Parlamento y el primer ministro en la declaración del estado de guerra y la suspensión del Parlamento. Torres Pérez, Mercedes y Flores Juberías, Carlos, *op. cit.*, nota 359, p. 243.

<sup>662</sup> Cappelletti, Mauro, “La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico (naturaleza tendencialmente discrecional de la providencia de actuación de la norma constitucional)”, trad. de S. Sentís Melendo y T. A. Banzhaf, *La justicia constitucional*, México, UNAM, p. 117,

<sup>663</sup> Caamaño Domínguez, Francisco, *op. cit.*, nota 610, p. 23. Así también para Friesenhahn y Weber, las competencias que integran el núcleo de la jurisdicción constitucional en las democracias basadas en el Estado de derecho y la división de poderes son: el control de constitucionalidad de normas; los conflictos federales o cuasifederales, y los recursos de amparo de los derechos fundamentales, con ocasión de la violación directa o indirecta de la Constitución. Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 521, p. 58.

<sup>664</sup> Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, pp. 28 y 29.

partidos políticos que atenten contra el orden liberal y democrático; revocación de los magistrados que violen el orden constitucional; pérdida de los derechos fundamentales de los ciudadanos que abusen de su libertad, y el contencioso electoral.<sup>665</sup> Como puede verse, y señala Öehlinger, para Austria, la esfera de las atribuciones de los jueces constitucionales supera por mucho el concepto de jurisdicción constitucional contenido en el término “corte constitucional”, es decir, el control judicial de la legitimidad de los actos del Estado. Este autor señala, entre otras competencias: *a)* salvaguardia del ordenamiento federal; *b)* resoluciones de controversias entre órganos; *c)* competencia para el control de elecciones, referéndum y propuesta de leyes de iniciativa popular<sup>666</sup> y declara-

<sup>665</sup> Citado por Bon, Pierre, “El Conseil Constitutionnel francés y el modelo de cortes constitucionales europeas”, trad. de F. J. Ezquiaga Ganuzas, *RVAP*, núm. 31, 1991, p. 55. La competencia electoral tiene un carácter político muy amplio y puede incluir: intervenir en la preparación y desarrollo de las operaciones electorales; conocer de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los parlamentarios; resolver los contenciosos de las principales elecciones políticas (en ocasiones, como sucede en Austria, se incluye el control de las elecciones de los órganos de las corporaciones profesionales legales representativas con facultad de fijar sus propios estatutos); verificar la atribución de los poderes de los miembros de los órganos legislativos; proclamar los resultados; examinar las reclamaciones; decidir sobre la regularidad de las elecciones; entre otras. A través de esta competencia los tribunales se pronuncian sobre temas vitales para la comunidad política.

<sup>666</sup> Interviene para resolver la regularidad de las iniciativas populares y referéndums pero también puede tener facultad para pronunciarse sobre la posibilidad misma de organizarlos, de manera que su decisión es uno de los controles que pasa la iniciativa de referéndum antes de que pueda ser convocado. Lo que normalmente le corresponde al Tribunal es verificar si la ley que se propone derogar entra o no entre las materias que, de acuerdo con la Constitución, no pueden ser objeto de estas consultas. Establecido en Italia en 1953, opera cuando se han recogido quinientas mil firmas a favor de alguna iniciativa. Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 90. Mediante esta competencia los tribunales resuelven las dudas que puedan suscitarse sobre el respeto recíproco entre las esferas de competencia del Parlamento y el cuerpo electoral, cuando actúa en formas de democracia directa. Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 84, p. 11. En el ejercicio de esta competencia la Corte se halla en la necesidad de conjugar dos principios institucionales tendencialmente opuestos: por un lado, debe garantizar la soberanía popular frente a maniobras fraudulentas del legislador, y, por otro lado, tiene que evitar que un instrumento esencial de la democracia directa sea transformado en un distorsionado instrumento de democracia representativa. Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 49. D’Orazio, Giustino, “Aspectos y problemas de la justicia constitucional italiana”, trad. de A. Sainz Arnaiz, *RVAP*, 31, 1991, pp. 62 y 63. Esta competencia, como escribe Zagrebelsky, se diferencia notablemente de otras porque no es una atribución judicial e implica al juez directamente en la dinámica política. Sin embargo se le atribuye a la Corte debido a su colocación constitucional

ción de pérdida de mandato; d) jurisdicción por ilícitos constitucionales; e) control normativo; f) recursos constitucionales para la protección de los derechos, y g) control del derecho internacional.<sup>667</sup>

La amplitud de las funciones atribuidas a los tribunales ha dado lugar a que sean clasificadas en sentido finalista, es decir, según los objetivos en vista de los cuales le son asignadas las competencias. Así procede Silvio Lessona, para quien las competencias de los tribunales pueden ser divididas en las siguientes:<sup>668</sup> a) *Funciones dirigidas a la tutela de la Constitución y la estructura de la República libre y democrática*, entre las que se incluyen: declarar la pérdida de los derechos fundamentales de quienes abusan de los derechos de libertad por combatir la estructura fundamental libre y democrática de la República,<sup>669</sup> juzgar y declarar inconstitucional el comportamiento de los partidos políticos que, por tales o por el comportamiento de sus afiliados, tiendan a subvertir las leyes de la República o pongan en peligro su existencia,<sup>670</sup> asegurar la

suprapartes. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 367, p. 790. Esta atribución se justifica, dice Pizzorusso, en la medida en que el Tribunal puede desplegar una función arbitral entre la esfera de competencias del Parlamento y la que corresponde al cuerpo electoral. Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 84, p. 30. Este es un caso de jurisdicción objetiva que está, como se ha dicho, en el límite de la función consultiva. Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 49.

<sup>667</sup> Ölingher, Theo, *op. cit.*, nota 293, pp. 44-46.

<sup>668</sup> Lessona, Silvio, “La funzione del Tribunale Costituzionale Federale della Repubblica tedesca”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milán, núm. 4, 1964, pp. 808 y ss.

<sup>669</sup> El Tribunal Constitucional alemán puede declarar la pérdida de derechos fundamentales para quienes abusen de los mismos. Esta competencia, junto con la declaración de inconstitucionalidad de los partidos políticos, se incrustan dentro de lo que se ha llamado democracia militante o combativa, y tiene como objeto la protección de la democracia en libertad, es decir, de una determinada ideología, y aunque materialmente se trata de actos de jurisdicción, las sentencias recaídas en estos casos tienen un alto valor político e, incluso, se ha podido decir que constituyen actos de gobierno. Leibholz, Gerard, “El Tribunal Constitucional de la República Federal alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, IEP, 1971, pp. 168 y 169. Con estas competencias, el juez constitucional se convierte, se ha dicho, en juez de la libertad. Sin embargo, para algunos comentaristas esta competencia significa la apropiación por parte del Estado parlamentario de una técnica que pertenece a los regímenes totalitarios. Pergola, Antonio la, *op. cit.*, nota 272, pp. 43 y 44.

<sup>670</sup> El artículo 21 de la Ley Fundamental de Bonn señala que son anticonstitucionales los partidos políticos que, ya sea en sus objetivos, ya por el comportamiento de sus seguidores, se propongan dañar o eliminar el orden fundamental liberal y democrático o pongan en peligro la existencia de la República Federal de Alemania. Su inconstitucionalidad

regularidad de la composición de los cuerpos representativos; conocer de las acusaciones contra el presidente de la República por violación a la Constitución o de otras leyes federales, y, en su caso, declarar la pérdida del cargo,<sup>671</sup> resolver las divergencias sobre los deberes del Estado y las

es declarada por el Tribunal Constitucional Federal. En este campo, en Alemania se ha procedido con extrema cautela y sólo se han presentado dos casos en 1952 y 1956 en los que se declaró anticonstitucional el Partido Socialista del Reich y el Partido Comunista de Alemania, respectivamente. También en Portugal es competencia del Tribunal Constitucional declarar la prohibición de los partidos fascistas. Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 521, p. 77. En Albania y Bulgaria también el Tribunal decide sobre la constitucionalidad de los partidos y organizaciones políticas. El carácter político de esta función es obvia pues como dice Richter, la contradicción de los fines y programas de un partido con los principios constitucionales “debe basarse necesariamente, no tanto sobre los estatutos o los actos oficiales del partido mismo, sino esencialmente respecto de la actividad que desarrolle, los métodos que adopte y su presumible comportamiento futuro”. Stella Richter, Mario, “La organización y las funciones de la Corte Federal Constitucional y de la Corte Federal, de Alemania Occidental”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 31-32, 1958, p. 287.

<sup>671</sup> Con respecto a esta competencia, ya Kelsen había escrito que “puede ser oportuno, si se presenta el caso, hacer también del tribunal constitucional un Alto Tribunal de Justicia, encargado de juzgar a los ministros sometidos a acusación, un tribunal de conflictos central o atribuirle otras competencias para evitar instituir jurisdicciones especiales”. Esto debe ser así pues es preferible “reducir lo más posible el número de autoridades supremas encargadas de aplicar el derecho”. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 73, p. 137. Ésta es una de las funciones en que divide la actividad de la Corte Constitucional. Pierandrei, Franco, *op. cit.*, nota 85, pp. 874 y 875. En estos procedimientos, el juez constitucional decide sobre demandas de declaración de responsabilidad constitucional de los órganos superiores del Estado y de las provincias por infracciones a la legalidad cometidas en el ejercicio de su cargo (Austria. Artículo 142.2). En Italia hay establecido en el artículo 134 de la Constitución un juicio sobre la acusación contra el presidente de la República por delitos graves que resulta, como escribe Zagrebelsky, acentuadamente político, por la composición de la Corte en el ejercicio de esta competencia. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 367, p. 764. Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 89. También en Alemania está establecida una acusación contra el presidente federal y los magistrados federales realizada por el Bundestag o el Bundesrat cuando se considere que el presidente haya violado con intención la Ley Fundamental o el derecho federal. Como escribe Pizzorusso, estas acciones tienen en su ejercicio y desarrollo concreto una fuerte influencia política, no sólo por el hecho de tener como protagonistas a sujetos políticos destacados sino también porque las contravenciones imputadas se habrán realizado en el ejercicio de poderes políticos. Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 84, pp. 29 y 30. Como señala Schäffer, los órganos de la jurisdicción constitucional conocen de una competencia para casos muy especiales que debe afrontar el sistema político con lo que se les concede funciones sancionatorias de la comisión de determinados ilícitos constitucionales. Si bien es una competencia de especial importancia para la democracia puede generar muchos problemas tanto para el ámbito político como al jurisdiccional. Las competencias

regiones, particularmente en orden a la observancia del derecho federal; decidir todas las competencias de derecho público entre el Estado y las regiones, entre las regiones o en el interior de las regiones, y resolver sobre las controversias de naturaleza constitucional que sobrevengan en el interior de las regiones cuando las leyes regionales dispongan en ese sentido. b) *Funciones dirigidas a la observancia de la Constitución y la certeza del derecho en manera objetiva*. Aquí se incluyen: 1) control abstracto de normas; 2) control concreto de normas; 3) decidir si un juez es transferido a otro cargo o cesado, en caso de que se comporte contra los principios fundamentales de la Constitución; 4) decidir si una regla de derecho internacional constituye parte integrante del derecho federal y si crea directamente derechos y deberes hacia los individuos; 5) mantener la unidad de la interpretación jurisdiccional constitucional; 6) decidir si una norma jurídica preconstitucional pertenece al ordenamiento jurídico vigente. Por último, c) *todas las funciones dirigidas a la tutela individual de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución*.

Dentro de sus competencias también están contempladas, en algunos casos, las siguientes: otorgar opiniones consultivas; participar en la decisión de permitir el ejercicio de poderes excepcionales; entender de los conflictos surgidos entre las diversas jurisdicciones del Estado<sup>672</sup> o con las autoridades administrativas; conocer de actuaciones administrativas cuando lesionan un derecho constitucionalmente garantizado (con esta facultad se habla de que este órgano se convierte en una jurisdicción administrativa especial); opinar sobre la existencia y alcance de una regla general de derecho internacional público cuando exista un litigio al respecto,<sup>673</sup> declarar la existencia de un convenio entre la Federación y

referidas a acusaciones sobre cargos públicos, decisiones de inconstitucionalidad de los partidos políticos y la pérdida de los derechos fundamentales por abuso de los mismos, pueden entrar en lo que se ha denominado la “competencia penal de los tribunales constitucionales”. Cascajo Castro, José Luis, “Aproximación al tema de las funciones del Tribunal Constitucional”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, vol. I, 1981, p. 638. Con estas tres competencias el juez constitucional se convierte tanto en juez de la ilegitimidad como de la ilicitud constitucional con la posibilidad de aplicar sanciones diversas para uno y otro caso. Pergola, Antonio la, *op. cit.*, nota 79, p. 6.

<sup>672</sup> En Austria, por ejemplo, por disposición del artículo 138 de la Constitución, el Tribunal Constitucional conoce de los conflictos de competencia que se puedan presentar entre tribunales y órganos administrativos; entre el Tribunal Administrativo y los restantes tribunales incluyendo, especialmente, el Tribunal Constitucional, así como entre los tribunales ordinarios y los otros tribunales.

<sup>673</sup> Arnold, *op. cit.*, nota 282, p. 109.

los estados o los estados entre sí y el cumplimiento de las obligaciones de él dimanantes,<sup>674</sup> resolver sobre la existencia de responsabilidad patrimonial de un ente territorial cuando no existe otro órgano competente administrativo o judicial para ello; constatar la incapacidad del jefe de Estado para realizar sus funciones; intervenir en los casos de vacancia de la Presidencia de la República; apreciar la incapacidad del presidente; opinar sobre las iniciativas de reforma constitucional; dirigir mensajes al Congreso en sesión conjunta y presenciar el juramento del presidente de la República, y, en fin, sancionar por la comisión de determinados ilícitos constitucionales.<sup>675</sup>

La enorme cantidad de competencias que tienen los jueces constitucionales, que en ocasiones “sobrepasan en gran medida las que se entienden normalmente atribuibles a un tribunal constitucional”, hace que la mayoría de éstos sean considerados como poseedores de jurisdicciones generales o reforzadas, “a tutto raggio in materia costituzionale”. Basta

<sup>674</sup> En tales convenios las partes contratantes se obligan a la adopción de leyes o reglamentos para transformar el contenido del convenio “por lo que una decisión simplemente declarativa del Tribunal acerca del cumplimiento o no de las obligaciones derivadas del convenio que podría tener considerables consecuencias políticas sobre el legislador afectado en cada caso”. Artículo 138 a: 1) A instancia del Gobierno federal o del Gobierno de un Land, el Tribunal Constitucional se pronunciará acerca de la concurrencia de algún acuerdo en el sentido del artículo 15 a, párrafo 1 y de si las obligaciones resultantes de tal acuerdo, excepto las de tipo patrimonial, han sido cumplidos por un Land o por la Federación. 2) Cuando esté previsto en un acuerdo en el sentido del artículo 15 a, párrafo 2, el Tribunal Constitucional se pronunciará además acerca de la concurrencia de tal acuerdo y de si las obligaciones resultantes del mismo, excepto las de tipo patrimonial, han sido cumplidas.

<sup>675</sup> Con los pronunciamientos como el de la admisibilidad del referéndum o con competencias como si las normas de derecho interno se conforman con las del derecho internacional o en consultas sobre competencias o en la resolución de dudas sobre si las reglas de derecho internacional son o no parte integrante de la ley fundamental o en los casos de control preventivo, en controversias sobre el alcance de los derechos y obligaciones de un órgano federal supremo o en el reglamento interno de un órgano federal supremo o en las diferencias de opinión o dudas sobre la compatibilidad formal y material del derecho federal o de los Länder con la Constitución o la compatibilidad del derecho de los Länder con otras normas de derecho federal, a instancia del Gobierno federal, del Gobierno de un Land o de un tercio de los miembros de la Dieta Federal o en las diferencias de opinión, sobre derechos y obligaciones de la Federación y de los Länder, especialmente en relación con la ejecución del derecho federal por los Länder y el ejercicio de la supervisión federal se comprueba que una de las atribuciones de estos tribunales es su función declarativa donde diversas instancias requieren del Tribunal una labor meramente interpretativa prescindiendo de un conflicto y que se sitúa en la frontera con un dictamen de órgano consultivo. Cascajo Castro, José L., *op. cit.*, nota 671, pp. 637 y 638.

enumerar todas las competencias que les son asignadas para darnos cuenta de su robusta institucionalización dentro del cuadro de poderes del Estado y entender por qué se dice que las mismas “llegan hasta lo más hondo de las bases democráticas”.<sup>676</sup> Como decía Posada en 1944, y lo confirmaba Alcalá Zamora, estos órganos, por sus atribuciones, son no sólo tribunales constitucionales, sino tribunales de conflictos, electorales e instancias para perseguir altas responsabilidades, además de tribunal de ciudadanos, de legalidad, administrativo, juez de la libertad, de la ilegitimidad e ilicitud constitucional.<sup>677</sup> Luther confirma la idea al señalar que su función no es sólo justicia constitucional, sino “justicia política, justicia de las leyes, justicia federal, justicia de los poderes y justicia social”. En virtud de lo anterior ha podido decirse que este órgano es vigilante de la efectividad de la Constitución, defensor de la estructura del Estado y del adecuado funcionamiento de sus instituciones; conciliador o mediador entre partes en conflicto; protector del Estado; “juez de paz de la federación”; protector de los derechos fundamentales y principios del Estado de derecho; garante del pluralismo institucional; árbitro de los conflictos políticos y constitucionales del Estado; impulsor de la pacificación de las distintas esferas políticas estatales; árbitro del balance de poderes; garante de la unidad y equilibrio del Estado,<sup>678</sup> defensor de la unidad nacional y del Estado democrático; artífice de la seguridad jurídica, y encargado de la unidad jurídica en el derecho constitucional

<sup>676</sup> Por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán llega a contar dieciséis ámbitos de competencias; esta “competenze veramente notevole” ha sido llamada “un avance revolucionario en la materia”, “verdadera salvaguardia del estado de derecho”. Listl ha dicho respecto a este Tribunal que ninguno del mundo dispone de poderes tan intensos y de competencias tan amplias. Acosta Sánchez, José, *op. cit.*, nota 112, p. 263.

<sup>677</sup> Con respecto al recurso contra la violación de derechos individuales, en algunos ordenamientos llamado amparo, y que forma parte de la denominada “jurisdicción constitucional de las libertades”, su objeto es de una importancia tan fundamental que provoca la conversión del Tribunal Constitucional en un tribunal de ciudadanos pues le permite, precisamente, imponer la fuerza de obligar de los derechos fundamentales. Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 834. Como escribe Prieto, el amparo convierte al tribunal en una jurisdicción para los ciudadanos, al grado de que sin esta competencia sólo sería una jurisdicción para los órganos estatales, no garantizaría la posición jurídica de los individuos, sino sólo las competencias, procedimientos y límites de la actividad de los poderes públicos. Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1994, p. 216; Torres Pérez, Mercedes y Flores Juberías, Carlos, *op. cit.*, nota 359, p. 222.

<sup>678</sup> Pierandrei señalaba que la función de la Corte era ser el centro del equilibrio de todo el ordenamiento, a ello tendía esa función de controlar la actividad y comportamiento de los diversos órganos del Estado. Pierandrei, Franco, *op. cit.*, nota 85, p. 360.

y de mantener “en toda su pureza e integridad el ordenamiento jurídico liberal”.<sup>679</sup> En suma: “guardián y defensor del derecho”.

La atribución de tan variadas competencias se justifica, como señala el mismo Cappelletti, en el hecho de que a pesar de las profundas diferencias estructurales que existen entre ellas todas tienen como presupuesto común “la función de la tutela y actuación judicial de los preceptos de la suprema Ley Constitucional”.<sup>680</sup> Con todas estas competencias, que diseñan, en términos generales, la actual forma “de ser” de estos tribunales, que están comunicadas íntima e intensamente desde muy diferentes vías, se pretende asegurar el respeto a la Constitución y “la garantía de su fuerza normativa”, por lo que tienen, en conjunto, “un carácter de defensa objetiva” de la misma, aunque garantizan dicha fuerza vinculante de muy distinto modo, con perspectivas y sentidos diferentes.

A nuestro parecer, el incremento de las competencias del juez constitucional refleja la convicción de que todos los sectores de la Constitución tienen que ser vigilados por el mismo órgano encargado de su guardia y custodia. Se les confiere múltiples competencias porque se considera que poseen una mayor y especial sensibilidad política para valorar adecuadamente la dimensión institucional de ciertos hechos,<sup>681</sup> pero, sobre todo, porque se les concibe como los únicos aptos para asegurar la regular actuación del ordenamiento jurídico constitucional. Es decir, se tiene la idea de que todas o gran parte de las funciones que conlleva la protección de la Constitución tienen que otorgarse, para una mayor eficacia de la función, a un solo órgano, por lo que, como explicaba T. Martines, se hace que coincidan la justicia constitucional en sentido subjetivo y objetivo.<sup>682</sup>

A nadie se oculta, sin embargo, que muchas de las competencias que se les asignan resultan ser bastante dispares, e incluso extrañas a la esencia de la justicia constitucional.<sup>683</sup> Algunas de ellas parecen incluso no ser una función propia de estos órganos, ya que no tienen por objeto el con-

<sup>679</sup> Müller, Gebhard, *op. cit.*, nota 379, pp. 223, 225 y ss.

<sup>680</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 519, p. 9.

<sup>681</sup> Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 84, p. 11.

<sup>682</sup> Martines, Temistocle, *op. cit.*, nota 347, p. 90.

<sup>683</sup> Cuando Martines se refería a la competencia de la Corte para pronunciar la pérdida de derechos fundamentales decía que dicha competencia causaba perplejidad y que además de ser una innovación de la Constitución de Bonn, inexistente en otro sistema, únicamente podía hallarse en conexión con el sistema jacobino de subordinar todo a la seguridad del Estado. Nunca hasta ahora, decía, un Estado para tutelar los principios

trol del poder, sino el de sus titulares, el de personas, como explica Rubio Llorente, lo que propicia su conversión en órganos que ejercen justicia política.<sup>684</sup> Asimismo, como señala Pizzorusso, no puede desdeñarse que muchas de las competencias que les son atribuidas tienen muchas incertezas teóricas y presentan dificultades de funcionamiento práctico y que no hay explicación o razón satisfactoria para atribuir a estos órganos una plétora de atribuciones que poco o nada tienen que ver con la justicia constitucional. Si a favor de la asignación de algunas competencias, dice, como las controversias penales o electorales, está el alto prestigio del que gozan los jueces, no puede dejar de considerarse el peligro de contaminación de su actividad derivada del hecho que ésa venga empleada para funciones extrañas a aquéllas para el ejercicio de las cuales ha sido pensada.<sup>685</sup> Las competencias en exceso pueden causar un desvío de los tribunales en la realización de sus funciones sustanciales y un obstáculo en el desarrollo de otras.

Tampoco puede dejar de señalarse que la atribución de un conjunto heterogéneo de competencias hace que el órgano de control se interfiera en el ámbito de los otros órganos del Estado distorsionando el tradicional régimen de división de poderes<sup>686</sup> por su participación en las cuestiones políticas fundamentales, porque un Tribunal dotado de amplios poderes y legitimado indirectamente por los órganos político democráticos, de manera inevitable se ve inmerso en el proceso político frente al legislador.<sup>687</sup> La atribución a los jueces de amplias competencias les otorga participación en numerosas controversias aumentando su influencia en la dirección política del Estado. Pues como decía Schmitt: “figura entre los fenómenos típicos de la vida constitucional el hecho de que un organismo que hace conciente uso de su influencia política, extienda cada vez más su influencia política”.<sup>688</sup> Pero lo que más llama la atención es que aunque esto se reconoce abiertamente cada vez con más persistencia

sobre los cuales se funda había retenido necesario sancionar una norma que sancione la pérdida de un derecho de libertad. *Ibidem*, p. 95.

<sup>684</sup> Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 84, pp. 29 y 30.

<sup>685</sup> Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 525, p. 532.

<sup>686</sup> Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 846.

<sup>687</sup> Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 449, p. 58.

<sup>688</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 397, p. 94. También Barile pensaba que estos tribunales tienen la tendencia a extender la esfera de sus poderes y su competencia normativa. Barile, Paolo, “Legami fra la Corte Costituzionale e le funzioni esecutiva e legislativa e influenza di queste su quella”, *Scritti di Diritto Costituzionale*, Padova, CEDAM, p. 461.

se señala que mientras más competencias se les atribuyan a los órganos jurisdiccionales más adelantado es el sistema de justicia y con más solidez se construye una “verdadera salvaguardia del estado de derecho”. Esto se vislumbra con claridad en el caso de los tribunales que se han creado recientemente y que están siendo concebidos con multitud de competencias, erigiéndose concientemente como pilares del Estado de derecho.

La cada vez mayor atribución de competencias a los órganos de control ha propiciado su conversión en verdaderos órganos de la justicia constitucional si atendemos a la concepción de Cappelletti y a su afirmación de que todas las competencias que la integran son ulteriores al control de constitucionalidad de las leyes. Podemos decir, en consecuencia, con Cruz Villalón, que los actuales tribunales constitucionales no son sólo órganos jurisdiccionales de control de normas, sino órganos a los que se les encomienda las diferentes funciones de la llamada justicia constitucional en sentido amplio. Por ello, este autor señala que cada vez más justicia constitucional se encomienda a la jurisdicción constitucional, circunstancia que provoca que los órganos que la ejercen ocupen un lugar preeminente dentro del marco de la estructura constitucional del Estado.<sup>689</sup>

## VII. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

En la concepción clásica y con objeto de no desvirtuar las competencias de otros órganos estatales, específicamente, para respetar las del órgano legislativo,<sup>690</sup> las resoluciones de los jueces constitucionales sólo podían producir dos órdenes de consecuencias: la nulidad de la norma enjuiciada o la declaración de conformidad de la misma con las normas constitucionales. Este esquema inicial planteaba una alternativa rígida: la respuesta a una cuestión sobre la constitucionalidad de una ley era positiva o negativa, una ley es constitucional o inconstitucional. Esta secuencia inflexible entre inconstitucionalidad y nulidad indicaba que la ley

<sup>689</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, p. 375; también, “Justicia constitucional y jurisdicción constitucional”, *cit.*, pp. 487-493; Müller, Gebhard, *op. cit.*, nota 379, pp. 215 y 221.

<sup>690</sup> Requejo Pagés, Juan Luis, “Constitución y remisión normativa. Perspectiva estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales”, *REDC*, núm. 39, 1993, pp. 150 y 151.

podía ser anulada, “pero sólo anulada”, por el juez constitucional.<sup>691</sup> El modelo estaba ideado de forma lineal, unilateral, con una sola alternativa en el momento de resolver la duda de constitucionalidad.<sup>692</sup> Este efecto de las sentencias está, como se puede comprender, en íntima relación con la configuración de las funciones y relaciones que debían existir entre el legislador y el juez. Recuérdese que, para Kelsen, el órgano encargado de ejercer la función de control realizaba una función legislativa, ya que su actividad se dirigía a la anulación de leyes inconstitucionales. Anular una ley significaba:

... dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa. Un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo. La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo entre dos órganos.<sup>693</sup>

Para Kelsen, el Tribunal “no produce sino que anula una norma, realiza el acto contrario a la producción jurídica”. Al anular una norma actúa como legislador negativo. Como señalaba Tomás y Valiente: “la jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos: lo que no puede hacer es decirle al legislador que debe añadir a las Leyes para que sean constitucionales. Si actúa así se convierte en un legislador positivo”.

De lo anterior puede inmediatamente colegirse la existencia de un binomio inseparable en la forma de actuar de los órganos de justicia constitucional: éstos se moverán necesariamente dentro de la rígida e incondicional alternativa inconstitucionalidad-nulidad en la que está excluida cualquier modificación textual o interpretativa. La función judicial de protección del ordenamiento se efectuará mediante la elaboración de un juicio de compatibilidad lógica que resolverá únicamente sobre la adecuación o inadecuación de las normas legislativas con la Constitución, y las resoluciones, en consecuencia, sólo declararán la validez o invalidez de una ley, procediendo a la desestimación o estimación del recurso pre-

<sup>691</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 441, pp. 33 y 34.

<sup>692</sup> Modugno, Franco, *op. cit.*, nota 370, p. 16.

<sup>693</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 73, p. 130.

sentado y, en este último caso, dejando al legislador la facultad de proceder a cubrir el vacío jurídico que se produzca. Esto significa que ante una decisión de inconstitucionalidad y, por tanto, de nulidad (considerada la mejor y más eficaz garantía de la Constitución) el legislador estará en una situación de completa libertad: será su responsabilidad volver a legislar sobre la materia o abstenerse de hacerlo. Pues, como escribe Jiménez Campo, si no proceden la anulación de la ley ni la interpretación de la misma de forma conforme a la Constitución, tampoco la reparación de inconstitucionalidad puede alcanzarse, de forma inmediata, a través de la sentencia constitucional. La declaración y la reparación de inconstitucionalidad corresponden a órganos distintos: la primera al Tribunal y la segunda al legislador, solución impuesta por la propia distribución de funciones dentro del Estado constitucional. “De la jurisdicción constitucional no cabe esperar legislación positiva sino, precisamente, jurisdicción”,<sup>694</sup> ya que, como decía el propio Kelsen, esta actividad es de aplicación “y sólo en una débil medida de creación del derecho”. Su función es declarar la inconstitucionalidad de las leyes, es decir, una actividad ligada a la jurisdicción y no a la legislación. Desde esta perspectiva, actuar la Constitución significa, para el juez, aplicar una ley, no participar en la legislación constitucional.<sup>695</sup>

Sin embargo, podemos constatar que se ha producido un profundo cambio en el modo de actuar de los órganos jurisdiccionales convirtiéndose la dicotomía constitucionalidad-nulidad, en una ingenua visión de los constituyentes, ya que el juez, escapando del “excesivo corsé” que le fue impuesto, interviene, no sólo en negativo, aplicando los principios constitucionales, sino también positivamente imponiendo normas, indicaciones y prescripciones<sup>696</sup> mediante la creación y utilización de diversos mecanismos procesales que consienten la eliminación y conservación de las leyes, pero también su transformación, adecuación, modificación e integración.<sup>697</sup> Como escribe Pizzorusso, la gran mayoría de los tribunales ha desarrollado un rol normativo no sólo negativo, sino también positivo adoptando sus decisiones la misma eficacia normativa

<sup>694</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 108, p. 54. También, por ejemplo, Ancora, Tullio, “La Corte Costituzionale e il potere legislativo”, *Giurisprudenza Costituzionale*, primera parte, 1987, p. 3841.

<sup>695</sup> Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 296, pp. 582 y 583.

<sup>696</sup> Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 274, p. 10.

<sup>697</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 367, p. 776.

que las leyes u otras fuentes jurídicas a esta equiparada lo que constituye una “novedad de la mayor importancia”.<sup>698</sup>

Esta actuación positiva se constata claramente en el uso de instrumentos procesales construidos, en la mayoría de los casos, por los mismos tribunales, y que, como se ha dicho, constituyen, hoy en día, un verdadero “armamento” de los mismos; a través de ellos, el juez realiza una actividad cuasilegislativa o de colegislación que pone en entredicho su actividad únicamente limitadora, la capacidad exclusiva del legislador para crear derecho y, en general, el principio de corrección funcional, que, como hemos dicho antes, exige que el intérprete no modifique la distribución de funciones entre los órganos del Estado a través del ejercicio de sus facultades. Dichos instrumentos procesales se expresan en sentencias denominadas genéricamente “intermedias” o *anomale*, términos con los que se pretende subrayar tanto la imposibilidad de que el juez declare siempre, en el marco de las normas constitucionales y de los complejos problemas sociales actuales, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas legislativas, como su participación en la creación del derecho y en actividades sustancialmente legislativas.

Este tipo de sentencias, o como escribe Canosa, este “abundante bagaje de técnicas interpretativas” de las que se han equipado los tribunales constitucionales para resolver los casos que se les presentan, no están, en la mayoría de las ocasiones, consignadas en los textos constitucionales y legales y, a pesar de ello, se han generalizado y vuelto, por su cantidad, “poco menos que incontrolables”,<sup>699</sup> no pudiéndose ocultar que dicha ausencia de previsiones legales sobre esta clase de sentencias positivas, y su consiguiente impredecibilidad, atenta contra la seguridad jurídica. La importancia de estos pronunciamientos ha llevado, incluso, a diferenciar entre aquellos sistemas en los que la expansión de los órganos jurisdiccionales se realiza a través de instrumentos tipificados y codificados, y los sistemas en los cuales dicha expansión se desarrolla en modos y tiempos que los mismos tribunales escogen. Es decir, para diferenciar entre tribunales activistas o no activistas habría que distinguir entre aquellos que encuentran en las leyes reguladoras de su funcionamiento los instrumentos para realizar su tendencia expansiva y aquellos otros que cuentan con instrumentos fijados en términos rígidos de anulación o validez de las

<sup>698</sup> Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 525, pp. 522-525.

<sup>699</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, p. 274; Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 56, p. 43.

leyes, pero que el mismo desarrollo y praxis de sus funciones les ha permitido la utilización de determinados medios gozando de una importante libertad de maniobra para señalar los modos de intervención y adecuar el juicio de constitucionalidad a las diversas situaciones concretas.<sup>700</sup>

El origen de estas técnicas interpretativas se encuentra en la aplicación de los principios de interpretación conforme, conservación de las normas, protección de la ley, respeto a la voluntad del legislador y en los efectos negativos que, en determinados casos, podría traer como consecuencia la declaración de nulidad de las leyes (*horror vacui*). Esto quiere decir, concretamente, que la presunción de constitucionalidad de las leyes, el principio de conservación de la ley y de interpretación conforme han sido, aunque pueda parecer paradójico, por lo que señalamos en el capítulo precedente, el origen de las distintas sentencias y reglas procesales creadas por los jueces constitucionales.<sup>701</sup> La aplicación de estos principios, que exigen a los jueces preservar al máximo los textos legislativos y eliminar sólo aquellas partes que resulten contrastantes con la Constitución, ha conducido a los tribunales a elaborar, más allá de la alternativa fundada-infundada, técnicas interpretativas cada vez más refinadas que, sobre la base de la distinción entre norma y disposición, forman una rica tipología de sentencias.<sup>702</sup> Así, la actividad cuasilegislativa de los jueces ha surgido de la obligación que tienen de interpretar las normas de conformidad con la Constitución, del riesgo de producir, mediante sus decisiones de anulación, vacíos normativos en el ordenamiento jurídico y de la falta de instrumentos procesales idóneos para realizar sus funciones.<sup>703</sup>

Puede decirse que la expansión de la influencia de los tribunales ha sido provocada por el principio de supremacía constitucional y las exigencias que impone la técnica jurídica. El primero, como hemos señalado, obliga al juez a buscar una interpretación de la ley conforme a la Constitución y a conservarla dentro del ordenamiento. Si asumimos hasta el extremo esta perspectiva, la creatividad judicial sería una ac-

<sup>700</sup> Cheli, Enzo y Caretti, Paolo, *op. cit.*, nota 259, p. 25; Cheli, Enzo, “Giustizia costituzionale e sfera parlamentare”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 2, 1993, p. 274.

<sup>701</sup> Alonso García, Enrique, *op. cit.*, nota 121, pp. 201 y 202; Gutiérrez Zarza, María de los A., *op. cit.*, nota 594, p. 1031.

<sup>702</sup> Pierandrei, Franco, *op. cit.*, nota 85, p. 881.

<sup>703</sup> Mezzanotte, Carlo, *op. cit.*, nota 526, pp. 161; Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, p. 278.

tividad instrumental, como escribe Elia, condicionada a la adecuación del derecho legislativo a la Constitución y se explicaría, precisamente, por su subordinación a alcanzar el objetivo de la *adequatio*.<sup>704</sup> Así, el principio de interpretación conforme se expresaría, tomando en cuenta la alternativa constitucionalidad-nulidad, como una “variante de la normación”, que, como dice Jiménez Campo, no merecería ningún reparo, siendo la única cuestión importante el “reconocimiento de sus condiciones y límites”,<sup>705</sup> máxime si se piensa que ha sido esta regla la que ha propiciado la posibilidad de otorgar a las normas un alcance y sentido diferente al querido por el legislador<sup>706</sup> alterándose el principio que lo reconoce como el único competente para derogar o modificar las leyes producto de la voluntad popular. No puede pasarse por alto que el hecho de que el juez, a través de algunas sentencias, cree derecho con el pretexto de adecuar el contenido normativo de la norma impugnada a las normas constitucionales, significa que interfiere, como escribe Hesse, en las competencias del legislador incluso con más intensidad que en el supuesto de una declaración de nulidad, puesto que en aquella es él mismo quien conforma positivamente el texto mientras que en ésta la nueva configuración sigue siendo asunto del legislador.<sup>707</sup>

La preocupación por no crear “agujeros negros” dentro del ordenamiento acompaña, de forma determinante, el proceso de ampliación de la tipología de las decisiones de los jueces.<sup>708</sup> La dicotomía validez-nulidad ha resultado excesivamente rígida, y se ha considerado que de seguirse literalmente puede provocar que la sentencia anulatoria de la ley genere efectos más perniciosos que su mantenimiento, por lo que los tribunales deciden adoptar medidas para limitar o corregir sus consecuencias.<sup>709</sup> En gran medida, las sentencias creativas se apoyan en los efectos negativos que podría tener una declaración de nulidad, como pudiera ser un vacío jurídico que traería como consecuencia la creación de situaciones de más grave inconstitucionalidad que la que pudiera representar una legislación inconstitucional, problema que, como tam-

<sup>704</sup> Elia, Leopoldo, “Il potere creativo delle Corti Costituzionali”, *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, CEDAM, 1988, p. 224.

<sup>705</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 83, p. 189.

<sup>706</sup> Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 54, p. 133.

<sup>707</sup> Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 47, pp. 52 y 53.

<sup>708</sup> Modugno, Franco, *op. cit.*, nota 574, p. 45.

<sup>709</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, p. 260.

bién hemos subrayado, no puede ser ignorado por el juez.<sup>710</sup> Así como éste no puede aplicar normas de las cuales tiene fundadas sospechas de inconstitucionalidad, tampoco puede correr el riesgo de crear situaciones de inconstitucionalidad peores de las que existían antes de su intervención.<sup>711</sup> Las sentencias que crean derecho, pues, no sólo se han justificado con el argumento de que tratan de evitar vacíos normativos, sino también con el de que intentan eliminar resultados inconstitucionales más negativos de aquellos de los que se parte. Ante la posibilidad de que la declaración de invalidez de una norma genere mayor inconstitucionalidad, los jueces no permanecen indiferentes y adoptan decisiones intermedias en las que no declaran la ley inconstitucional, sino que actúan sobre ella.<sup>712</sup>

Estas exigencias prácticas han propiciado el esfuerzo por justificar, desde algunos sectores de la doctrina, estos nuevos tipos de sentencias, cuyo dictado, afirma Crisafulli, es más imperioso cuando el legislador no está presto a colmar los vacíos dejados por las decisiones de nulidad pura y simple o no está solícito a adecuar a la Constitución las leyes que los jueces salvan a través de otros tipos de decisiones. Desde esta perspectiva, como escribe Modugno, la búsqueda y elaboración de instrumentos decisorios intermedios, diversos y sofisticados, respecto a aquéllos paradigmáticos de las decisiones de simple rechazo o estimatorios, son inherentes, *ratione officii*, a la función garantista y promocional de los tribunales, a su función de control de la realización concreta del dictado constitucional, y responden a la exigencia de conciliar la eficacia del control de constitucionalidad con la seguridad jurídica y la certeza del derecho.

Zagrebelsky ha señalado que el juez constitucional interviene en la actividad legislativa como legislador y colegislador. Mediante la primera participa directamente en la función innovadora del ordenamiento jurídico, y a través de la segunda, indirectamente crea derecho mediante

<sup>710</sup> *Ibidem*, p. 276.

<sup>711</sup> Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 341, p. 527. El deber de anular las leyes inconstitucionales está acompañado del deber de cuidar no producir situaciones de mayor inconstitucionalidad, de ahí que la necesidad de evitar peligrosos vacíos normativos tenga un elevado valor constitucional. Modugno, Franco, “I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale”, *Quaderni Costituzionali*, Italia, núm. 1, 1989. Citado por Vecina Cifuentes, J., “Las sentencias aditivas del T. C. y el respeto al legislador”, *Justicia*, Madrid, núm. III-IV, 1993, p. 484.

<sup>712</sup> Öehlinger, *op. cit.*, nota 439, p. 552.

la indicación de la vía correcta de legislar en un caso determinado; es decir, colabora con el legislador obligándolo a legislar o prefigurando la opción que debe adoptar. La función paralegislativa del juez constitucional se desarrolla en estas dos direcciones.<sup>713</sup> En la primera forma, para dicho autor, existe una sustitución del legislador, y en la segunda, una influencia en la dirección política del Estado. A través de ambas influye e interviene en la función legislativa realizando una actividad que contrasta con aquella que le es propia de anular las normas no conformes con la Constitución.<sup>714</sup>

Ilustrativa de esta tendencia general es la clasificación que realiza Favoreau de los diversos tipos de interpretación que realizan los jueces. Éstas se dividirían en interpretaciones neutralizantes, constructivas y directivas. La primera ocurre, según este autor, cuando el juez impone la interpretación de una determinada norma vaciándola de “su veneno”, lo que permite considerarla como constitucional; mediante su intervención priva de efectos jurídicos a cualquier disposición considerada “peligrosa” que hubiera podido ser declarada inconstitucional; es decir, borra los efectos nocivos de ciertas disposiciones afirmando que no tienen determinado significado o que están desprovistas de efectos jurídicos. La interpretación *constructiva* ocurre cuando el juez completa la ley aportando adiciones que permiten considerarla constitucional, y la interpretación *directiva* tiene lugar cuando dirige exhortaciones a las autoridades encargadas de aplicar la ley, tanto al legislador como a otros jueces y autoridades administrativas, señalándoles una línea de conducta. La existencia de estos tipos de interpretación, dice este autor, hace evidente que el juez utiliza diversos medios para privar de efectos a ciertas disposiciones, añadir los elementos de que carezcan para ser conformes con la Constitución y señalar la manera idónea de aplicar la ley.<sup>715</sup>

<sup>713</sup> Modugno, Franco, *op. cit.*, nota 370, p. 21.

<sup>714</sup> La misma distinción puede verse en Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 341, p. 224. Asimismo, Aguiar de Luque, L., *op. cit.*, nota 475, pp. 12 y 13; también Ancora, Tullio, *op. cit.*, nota 694, p. 3828.

<sup>715</sup> Favoreau, Louis, *op. cit.*, nota 647, pp. 63 y 64; también, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 109; Bon, Pierre, “Francia”, en Aja, E. (ed.), *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador*, *cit.*, nota 83, p. 162.

### 1. *El juez como legislador*

La actividad creadora de los jueces se desarrolla, en rigor, en dos planos distintos: constitucional y legal. Lo que hace que Elia distinga dos momentos de creación judicial del derecho: 1) en la interpretación o concreción del contenido de la norma constitucional, y 2) en la interpretación del texto revisado por el juez constitucional.<sup>716</sup> Ruiz Miguel señala que los jueces constitucionales crean derecho de tres maneras: *a)* formalmente, cuando a través de sus sentencias introducen una nueva norma en el sistema; *b)* materialmente, cuando en las sentencias no aplican mecánicamente el derecho y proceden a innovar, bien eligiendo una de las posibles interpretaciones que tenga la norma aplicable o estableciendo nuevos criterios inexistentes previamente, y *c)* cuando la sentencia produce efectos no sólo para el caso concreto, sino *erga omnes*. Sin embargo, como señala Rubio, habitualmente se habla de creación del derecho por parte de los jueces haciéndose “referencia sólo a la creación en el plano legal, esto es a la eliminación con eficacia *erga omnes* de enunciados o normas con fuerza de ley como consecuencia necesaria de su contradicción con una norma constitucional”.<sup>717</sup>

Aunque no vamos a extendernos en las consecuencias de la anulación simple de las leyes, antes de continuar es preciso señalar que ésta puede producir importantes efectos creativos e innegables consecuencias modificadoras e innovadoras en el ordenamiento por el cambio que podría ocasionar a su contenido; cualquier modificación del sistema normativo crea reglas nuevas y así ocurre cuando se anula un enunciado legal. Para apreciar dichos efectos creativos basta con mencionar los siguientes supuestos en que se declara la nulidad y se produce una modificación en el contenido de la norma:<sup>718</sup> *a)* *declaración de nulidad parcial*, en la que se proclama la ilegitimidad constitucional de parte de una disposición o norma elaborada a través de la interpretación de una o más disposiciones legislativas; en estas decisiones, los tribunales sólo anulan una palabra o una frase del conjunto normativo impugnado, “pero con ello cambian la

<sup>716</sup> Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 704, pp. 222-224. La misma división en Rivero, Jean, *op. cit.*, nota 291, p. 675.

<sup>717</sup> Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *cit.*, nota 291, p. 524.

<sup>718</sup> Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 56, p. 35; Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 108, pp. 37-41.

norma, el sentido del precepto”;<sup>719</sup> b) *nulidad cualitativa parcial* en que se suprimen del texto enjuiciado incisos o palabras que alteran o innovan su sentido,<sup>720</sup> y c) casos en que la *nulidad* de una norma provoca la resurrección o revivificación de la que fue expresamente derogada por la declarada inconstitucional y nula. Recuérdese, al respecto, que la regla es que la ley es válida hasta su anulación por parte del órgano competente, por lo que “ésta no debe tampoco, en principio, llevar consigo la recuperación de la vigencia de las normas que fueron derogadas por aquélla”.<sup>721</sup> Sin embargo, los jueces, en ocasiones, ordenan que las disposiciones declaradas derogadas por la norma inconstitucional entren de nuevo en vigor, es decir, declaran que las normas, todas o algunas, que constituían la anterior regulación reingresen al ordenamiento jurídico.<sup>722</sup> En virtud de estos supuestos, nos parece inobjetable que la supresión o anulación simple de las leyes puede tener una importante virtualidad transformadora.

Sin embargo, ahora lo que nos interesa es señalar cómo los jueces constitucionales han asumido francamente tareas positivas de creación de normas. A través de sus sentencias, de forma distinta y con diferente intensidad innovativa, crean derecho de manera inmediata, apareciendo como auténticos legisladores. A este complejo tipo de sentencias se les ha denominado “sentencias-ley, integrativas” o de “revisión constitucional”, ya que completan o incorporan normas; también se les ha llamado “unilaterales”, porque “remedian inmediatamente la inconstitucionalidad modificando la norma considerada inconstitucional”, es decir, resuelven la inconstitucionalidad con la incorporación a la ley de algún elemento normativo nuevo.<sup>723</sup> Se trata de decisiones autoaplicativas, como las llama Zagrebelsky, ya que para alcanzar sus fines no necesitan de la interposición de actos realizados por otros sujetos normativos. El criterio para individualizar el carácter de innovación positiva de los pronunciamientos de

<sup>719</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, p. 277.

<sup>720</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 108, p. 38.

<sup>721</sup> Alegre Martínez, Miguel Ángel, “Control difuso y control concentrado de constitucionalidad: características diferenciales”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique-Furió Cerriol*, Valencia, núm. 6, 1994, p. 127.

<sup>722</sup> “En el ejercicio de esta competencia, que puede ser, como en Austria, una facultad discrecional de la misma corte, se confiere a esta tomar en cuenta consideraciones de política del derecho y decidir si el vacío originado por la declaración de inconstitucionalidad de la ley debe ser llenado por las leyes que le antecedieron”. Frisch Philipp, Walter, *op. cit.*, nota 417, p. 144.

<sup>723</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, pp. 275 y 277.

los órganos jurisdiccionales, dice este autor, debe ser el cuadro normativo producido después de la resolución. Si en él resultan inscritas prescripciones o decisiones político-legislativas nuevas, que tengan como origen la exclusiva voluntad del juez y no una precedente evaluación política hecha en la sede adecuada, la sentencia debe ser considerada legislativa.<sup>724</sup> La cuestión, entonces, no es determinar si el juez realiza o no una actividad creadora, sino indagar si esa actividad corrige o no la función de conformación y dirección que sólo compete a la ley como expresión de la voluntad del Parlamento y si con ello se altera el sistema formal de fuentes del derecho.<sup>725</sup>

Algunos autores, como Crisafulli, han aseverado que dicha actividad positiva no conlleva la creación de normas nuevas, sino de normas derivadas de las propias reglas constitucionales. Los jueces, en estos casos, dice, no crean derecho, sino descubren, extienden, explican o especifican contenidos preexistentes o comprendidos en el sistema normativo. En todo caso, se trata de sentencias *a rime obligate*,<sup>726</sup> es decir, sin alternativa, exigidas por el mismo ordenamiento para proteger adecuadamente algún valor. La misma idea parece sostener Pizzorusso cuando afirma que estas decisiones no están basadas en una voluntad política que tienda a la modificación del ordenamiento, sino en el empleo de ciertas técnicas interpretativas, por lo que sería el propio principio de interpretación conforme el que provocaría dicha actividad legislativa. Sin embargo, a la gran mayoría de la doctrina no le queda duda de que con este tipo de sentencias, el juez actúa como verdadero legislador positivo, innovando el ordenamiento, produciendo modificaciones legislativas, realizando una actividad legislativa complementaria y sustituyendo al legislador en su facultad de crear derecho. “Más aún, habrían asumido la posición de un superlegislador, dado el efecto *erga omnes* de sus sentencias”.<sup>727</sup> En esta virtud, se comienza a hablar de suplencia del legislador, lo que

<sup>724</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 367, pp. 106 y 107.

<sup>725</sup> Rodríguez-Zapata y Pérez, Jorge, “Desviación de poder y discrecionalidad del legislador”, *RAP*, Madrid, núms. 100-102, 1983, p. 1537; Pizzorusso, Alessandro, “Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, 1981, vol. I, p. 287.

<sup>726</sup> Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, nota 543, p. 84.

<sup>727</sup> Estas palabras forman parte del Informe del Tribunal Constitucional italiano presentado en la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos y está citado en Acosta Sánchez, José, *op. cit.*, nota 112, p. 294.

implica un exceso ilícito respecto de las funciones que la Constitución le atribuye.<sup>728</sup>

### A. *Las sentencias interpretativas*

A través de estas sentencias, el juez constitucional crea derecho, con el pretexto de adecuar el contenido normativo de la regla impugnada a las normas constitucionales. Las mismas tienen su fundamento, como ya hemos señalado, en el principio de conservación de las normas, en la obligación que tiene el órgano jurisdiccional de reducir al mínimo las lagunas del ordenamiento,<sup>729</sup> y en la distinción entre el enunciado legal y las posibilidades interpretativas que ofrece. Mediante ellas, los jueces declaran que un determinado precepto es constitucional o inconstitucional, siempre que su significado se entienda de una determinada manera. De esta forma, el juez impone una interpretación de la ley y condiciona su permanencia dentro del ordenamiento jurídico a dicha interpretación que es, a su juicio, la adecuada y legítima. Esta operación se realiza por dos vías principalmente: declarando la inconstitucionalidad de todas las interpretaciones contrarias, expulsando o excluyendo explícitamente del ordenamiento aquellas que considera inconstitucionales, o mencionando expresamente cuál es la interpretación o interpretaciones consideradas constitucionalmente legítimas.<sup>730</sup> Es decir, o se eliminan interpretaciones o se imponen las únicas aceptables; o se fijan las interpretaciones inconstitucionales o se señalan las interpretaciones conformes a la Cons-

<sup>728</sup> Romboli, Roberto, *op. cit.*, nota 368, p. 114.

<sup>729</sup> Rubio Llorente, Francisco, *La forma de poder, cit.*, nota 291, p. 480.

<sup>730</sup> Gutiérrez Zarza, María de los A., *op. cit.*, nota 594, p. 1020. En su calidad de órgano jurisdiccional, todas las decisiones de los órganos de control constitucional son interpretativas. Crisafulli, Vezio, “Le sentenze interpretative della Corte Costituzionale”, *Studi in memoria di Tulio Ascarelli*, Milán, Giuffrè, vol. V, 1969, p. 2871. En la medida en que para la resolución de los conflictos de que conocen tienen que aplicar normas, y esta operación exige atribuir significados a estas normas, tanto a la de grado constitucional como a la que es objeto de su juicio de legitimidad: “todo control de constitucionalidad exige necesariamente la interpretación de los enunciados constitucionales y legales, por lo que, en este sentido, todas las sentencias recaídas en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad son interpretativas”. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 467, pp. 121 y 122. Ninguna sentencia deja de ser interpretativa, dice Jiménez Campo. Todas las sentencias son interpretativas en el sentido de que el juez debe atribuir un significado a las proposiciones lingüísticas que expresan el material normativo que hay que aplicar al caso concreto. Silvestri, Gaetano, *op. cit.*, nota 503, p. 1684.

titución.<sup>731</sup> El resultado concreto es que la ley sólo puede ser considerada conforme a la Constitución si es interpretada de un modo específico y es inconstitucional si es interpretada de otra manera. En estas sentencias la interpretación no es premisa, sino objeto del fallo constitucional.<sup>732</sup>

El juez realiza una “manipulación” de los textos legislativos y extrae normas de las disposiciones a fin de seleccionar aquellas que sean compatibles con la Constitución y aquellas otras que resultan inconstitucionales.<sup>733</sup> El texto permanece, sin producirse vacío jurídico, aunque en ocasiones, “su significado, su campo semántico, ya no coincide de modo pleno con el inicialmente querido por el legislador”.<sup>734</sup> Este tipo de sentencias también han sido llamadas “condicionales”, porque establecen como condición para que las normas no sean declaradas inconstitucionales que se las entienda o no se les interprete de determinada manera. Díez-Picazo y Latorre las han llamado sentencias desestimatorias condicionales, porque

No aprecian la inconstitucionalidad del precepto controlado, si bien de forma condicionada a su *interpretación* de una determinada manera, o a su *no interpretación* de algún otro modo. La sentencia interpretativa es una sentencia *desestimatoria*, con independencia de que la declaración interpretativa tenga el sentido de vedar o de imponer una determinada interpretación.<sup>735</sup>

Se ha distinguido entre sentencias interpretativas *di accoglimento* y *di rigetto*. Las primeras excluyen o expulsan las normas consideradas inconstitucionales; las segundas señalan las interpretaciones de la norma conformes a la ley fundamental, y su característica principal, es como dice Crisafulli, que declaran infundada la cuestión de inconstitucionalidad, pero siempre que la disposición impugnada se entienda en determi-

<sup>731</sup> A través de estos pronunciamientos los jueces señalan, o bien el sentido que deben tener los preceptos para poder ser considerados como constitucionales o el sentido o sentidos en que no pueden ser interpretados para ser considerados constitucionales, es decir, el sentido o sentidos en que el precepto es inconstitucional. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 467, pp. 125 y 133.

<sup>732</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 441, p. 34.

<sup>733</sup> Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 725, p. 287.

<sup>734</sup> Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 435, p. 24.

<sup>735</sup> Latorre Segura, A. y Díez-Picazo, L., *op. cit.*, nota 442, p. 203.

nado sentido y no en otro.<sup>736</sup> Ambos tipos de sentencias tienen naturaleza sustancialmente legislativa, aunque el carácter legislativo de las sentencias interpretativas *di rigetto* es más acentuado que el de las sentencias *di accoglimento*, ya que en las primeras el efecto legislativo es directo, y en las segundas indirecto.<sup>737</sup>

Díez-Picazo y Latorre Segura han distinguido, analizando las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional español, tres tipos de sentencias interpretativas: a) los “fallos interpretativos” o sentencias *genuinamente interpretativas* que incluyen una declaración interpretativa en el fallo o parte dispositiva de la sentencia, donde explícitamente se determina la exégesis o entendimiento válido de la norma sometida a control constitucional, es decir, la interpretación condicionada de la misma,<sup>738</sup> b) sentencias interpretativas de *remisión* que contienen en el fallo una remisión expresa a la interpretación inscrita en los fundamentos jurídicos y que tienen dos variantes: las que se remiten, genéricamente, a los fundamentos jurídicos de la sentencia (*sentencias interpretativas de remisión genérica*) y las que se remiten de forma específica a uno o varios de sus fundamentos jurídicos (*sentencias interpretativas de remisión concreta*), y c) sentencias en cuyos fundamentos jurídicos se contiene una interpretación conforme del precepto, sin que en el fallo aparezca referencia interpretativa alguna.<sup>739</sup>

Estas sentencias definen el significado del texto legal; determinan las interpretaciones válidas y vinculantes de la norma interpretada, fijando, en ocasiones, el único sentido que se considera conforme con el dictado constitucional cerrando otros significados,<sup>740</sup> operan como normas de selección o exclusión y tienen carácter *declarativo* porque se limitan a realizar una interpretación conforme a la Constitución del enunciado legal y a desechar otra u otras por su incompatibilidad con ella sin añadir a aquél determinación positiva alguna. El juez realiza así discriminaciones o proscripciones interpretativas; escoge entre interpretaciones

<sup>736</sup> Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, nota 730, p. 2874.

<sup>737</sup> Silvestri, Gaetano, *op. cit.*, nota 503, p. 1688.

<sup>738</sup> Así, por ejemplo, y citando a Santos Vijando, véase Ortiz Herrera, Silvia, “Articulación del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial en la labor interpretativa de la Constitución. Especial referencia a las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, núm. 12, 1997, pp. 633 y 634.

<sup>739</sup> Latorre Segura, A. y Díez-Picazo, L., *op. cit.*, nota 442, pp. 205 y ss.

<sup>740</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, p. 264.

adecuadas y no adecuadas a la Constitución; señala en qué sentido debe ser entendida una norma para ser considerada legítima; afirma la constitucionalidad de una de las normas identificables en el enunciado legal.<sup>741</sup> Lo importante ahora es señalar, con Jiménez Campo, que la operación consistente en excluir, por su contradicción con la Constitución, una o varias de las interpretaciones que el texto admite, entraña, estrictamente, una declaración de inconstitucionalidad de tales normas, canceladas así del ordenamiento pese a la pervivencia del enunciado que las hace posibles. Por ello se ha dicho que estas sentencias, fundamentadas en el principio del mantenimiento de la ley, “tienen siempre, cualquiera que sea la formulación de su fallo, un alcance materialmente estimatorio, en la medida en que, de modo directo o indirecto, excluyen o niegan la constitucionalidad de una norma deducible del enunciado legal a partir de los cánones hermenéuticos establecidos con carácter general”.<sup>742</sup>

Ollero advierte que estas sentencias contradicen el normativismo kelseniano para el que cada una de las alternativas abiertas por una norma no tendría ni más ni menos validez formal que cualquier otra; las sentencias interpretativas, por el contrario, establecen qué alternativa o alternativas cabrá asumir y cuáles no, para que la norma pueda seguir siendo considerada constitucional.<sup>743</sup> Laporta señala que si el juez puede dictar sentencias interpretativas que perfilen un concepto o atribuyan un sentido a la norma constitucional, se puede llegar a concluir que es más importante la norma dictada por el juez a través de la sentencia, que la norma constitucional de referencia. Si aceptamos que la misión del juez es, dice, determinar si el sentido que el legislador otorga a un precepto o concepto constitucional al desarrollarlo normativamente es uno de sus sentidos posibles, cuando, mediante una sentencia interpretativa, valida uno de esos sentidos como el único constitucional, por fuerza elige “entre los varios caminos legales de desarrollar la Constitución”, con lo que toma una decisión política.<sup>744</sup>

<sup>741</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 78, pp. 580 y 581; Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 84, p. 53.

<sup>742</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 108, p. 45.

<sup>743</sup> Ollero, Andrés, “Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. XI, 1994, p. 96.

<sup>744</sup> Laporta, Francisco J., *op. cit.*, nota 81, p. 39.

Parece indudable que mediante este tipo de sentencias el juez realiza legislación positiva, ya que cuando declara que una norma es legítima si es interpretada de un cierto modo existe la posibilidad de otro resultado con una interpretación distinta. El tribunal se arroga la facultad de definir cuál es la interpretación adecuada, verdadera y vinculante de la norma, apareciendo el riesgo de limitar la evolución normativa y petrificar el contenido de la norma. Por eso, Fernández Rodríguez señala que el hecho de que sea el juez quien establezca la única solución interpretativa adecuada “es altamente criticable y puede convertirse en una pesada traba para la evolución aplicativa de esa normativa, evolución que es esencial para disciplinar con corrección la realidad a la que está destinada y que cambia con el paso del tiempo”.<sup>745</sup> Así, parece no ser verdad, como quería Crisafulli, que con estas sentencias el juez sólo se limite a encontrar o hacer explícita una norma ya existente en el ordenamiento, más bien, como dice Silvestri, con ellas el material normativo es usado por el juez para construir una entidad cualitativamente distinta y nueva respecto a la existente.<sup>746</sup> Se puede decir, en consecuencia, que cuando el juez dicta estas sentencias opera como fuente del derecho, y como tal entra en concurrencia con las leyes dictadas por el Parlamento,<sup>747</sup> apartándose del marco teórico en que se encuadra el sistema tradicional de justicia constitucional.

### B. Otras sentencias creadoras de normas jurídicas

Hay otras sentencias por medio de las cuales los jueces introducen en las normas significados que cuando fueron dictadas por el legislador no contenían. Entre ellas se encuentran las denominadas “manipulativas” y “sustitutivas”. Las primeras transforman la ley sometida a control, cambiando o reorientando la voluntad del legislador mediante la creación de normas distintas de las aprobadas por éste o la extensión de su alcance a través de la introducción de contenidos normativos. La manipulación se produce, como enseña Ezquiaga, eliminando por inconstitucional una parte del enunciado legal, de forma que se crea una norma completamente nueva que amplía o restringe el campo de aplicación del enunciado

<sup>745</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 461, p. 168.

<sup>746</sup> Silvestri, Gaetano, *op. cit.*, nota 503, p. 1688.

<sup>747</sup> Igartua Salaverria, Juan, “La interpretación de la Constitución (notas introductorias)”, *RVAP*, núm. 9, 1984, p. 12.

original. Las sentencias sustitutivas, por su parte, condicionan la vigencia de la norma a la interpretación del juez, introduciendo una nueva norma dentro del precepto. Estas sentencias cambian el sentido de la ley, eliminan una norma e introducen otra que se aprecia más conforme a la Constitución. El juez actúa sustituyendo una norma elaborada por el legislador por otra elaborada por él mismo dando una nueva redacción a los artículos elaborados por aquél.

En las denominadas “sentencias aditivas”, el juez declara la constitucionalidad de la norma siempre y cuando se entienda añadido un significado que se considera omitido por el legislador. Operan un cambio en el enunciado normativo mediante la incorporación de un elemento nuevo, produciéndose también, como consecuencia, una modificación en el significado de la norma. En otras palabras, el juez incorpora significados que no estaban contenidos, por lo menos originalmente, en el texto, extendiendo “el contenido normativo de un precepto a un supuesto de hecho no previsto, de forma que suponen la introducción de una norma distinta a la aprobada por el legislador”.<sup>748</sup> Estas resoluciones no sólo actúan sobre el significado de las normas, sino sobre su tenor literal añadiendo algo no previsto por el legislador. Silvestri señala que este tipo de sentencias se construyen mediante tres pasos lógicos: *a)* el análisis del texto existente y el reconocimiento de su insuficiencia, *cosi com’è*, de resistir la censura de inconstitucionalidad; *b)* la abstracta figuración de aquello que debería ser, *e non c’è*, para que el texto pueda considerarse ilegítimo, y *c)* la adición del *quid* necesario para volver legítimo el texto.<sup>749</sup>

El fundamento de estas sentencias es la existencia de una omisión relativa por parte del legislador, y, por tanto, la consideración de que en la norma dictada por éste *manca qualcosa* y “el defecto de formulación textual redundante en defecto de contenido o alcance o de capacidad normativa de la disposición”.<sup>750</sup> Por ello, el juez adiciona una nueva norma en el enunciado normativo extendiendo la regulación vigente a situaciones no previstas por el legislador o “vacías de regulación” en las que es muy difícil recurrir al principio de interpretación conforme al no presentar, la disposición impugnada, alternativas interpretativas, sino sólo una interpretación, precisamente aquélla contradictoria con la Constitución. Su

<sup>748</sup> Gutiérrez Zarza, María de los A., *op. cit.*, nota 594, p. 1007.

<sup>749</sup> Silvestri, Gaetano, *op. cit.*, nota 503, p. 1693.

<sup>750</sup> D’Orazio, Giustino, “Aspectos y problemas de la justicia constitucional italiana”, trad. de A. Sainz Arnaiz, *RVAP*, 31, 1991, pp. 71-73.

finalidad, por tanto, suele ser remediar las lesiones que las omisiones relativas del legislador ocasionan al principio de igualdad.<sup>751</sup>

Junto a esta lesión del principio de igualdad se considera que la norma legal tiene un contenido normativo inferior del constitucionalmente exigible, por lo que, como señala Rubio, la contrariedad con la Constitución no se produce por lo que la norma dice, sino por lo que no dice.<sup>752</sup> En esta virtud, el juez tiende a reestablecer el orden constitucional perturbado en esos supuestos,

de ahí que su adecuación al texto constitucional la realice el Tribunal mediante una doble y sucesiva operación, que por un lado es demolitoria o ablativa de la disposición legislativa en la que ésta tiene de norma excluyente, y, por otro, reconstructiva, en cuando aumenta el inicial contenido normativo de la disposición, introduciendo una norma positiva sustitutiva de la originariamente negativa.<sup>753</sup>

El juez anula el enunciado que contiene la norma legal e incorpora en el texto una norma nueva que a su juicio compone la anterior situación restableciendo el orden constitucional vulnerado. En otras palabras, las sentencias aditivas declaran la inconstitucionalidad de una disposición no por aquello que prevé, sino por aquello que no prevé, introduciéndose normas nuevas que no se pueden recabar del texto normativo ampliando la esfera de eficacia de la disposición. Es, por tanto, una omisión formal, textual, la que constituye el fundamento de este tipo de pronunciamientos aditivos, omisión que no existe en el plano objetivo y sustancial, por lo que la extensión que produce la sentencia se presenta como “lógicamente necesitada”.<sup>754</sup>

<sup>751</sup> Vecina Cifuentes, J., *op. cit.*, p. 478.

<sup>752</sup> Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *cit.*, nota 291, p. 521.

<sup>753</sup> Vecina Cifuentes, J., *op. cit.*, nota 711, pp. 478 y 479.

<sup>754</sup> Tómese en cuenta que este tipo de sentencias extiende o amplía normalmente los beneficios a otras categorías de personas que han sido excluidas de la regulación por el legislador, aunque también pueden hacer desaparecer privilegios injustos o arbitrarios. Las consecuencias de este modo de actuar pueden ser graves, o como se ha escrito, “perversas”, particularmente cuando provocan la erogación de nuevos gastos para el Estado. Como el juez no puede indicar los medios a través de los cuales se puede hacer frente a las nuevas erogaciones imponen, además, al legislador, la búsqueda de dichos medios y la regulación de la normativa a través de la cual hacerles frente. Esta obligación de dictar

Este tipo de sentencias representan una de las expresiones más directas de la forma en que el juez rebasa sus funciones originarias. Al adicionar una norma no indicada u omitida por el legislador, lo suplanta en sus funciones, ya que, en estos casos, como señala Ezquiaga, no se trata de la deducción del componente normativo inherente a todo fallo interpretativo, sino de dictar, no sólo la norma, sino incluso el enunciado inexistente. Al agregar a la norma un *quid novi*, se introduce una distinta comprensión de las funciones del órgano encargado de controlar las normas, traspasando sus límites e invadiendo facultades que corresponden al legislador. Es indudable que con estas sentencias el juez realiza una actividad paralegislativa asumiendo funciones propias del Parlamento mediante la introducción de nuevas disposiciones normativas.<sup>755</sup> Como escribe Crisafulli, este tipo de sentencias, que hacen decir a las disposiciones algo diverso o de más a su significado originario, constituyen el punto extremo de expansión de los poderes del juez constitucional, son poco respetuosas

una nueva normativa que haga frente a las nuevas erogaciones no constituiría una obligación en sentido estricto para el órgano legislativo, pero son evidentes las consecuencias políticas que provocaría la falta de emanación de dicha normativa, más aún si se tiene en cuenta las legítimas expectativas que generan en la categoría interesada e incluida en la resolución del juez. Sobre estos efectos “perversos” y su posible solución son interesantes las observaciones de Rizzo A. *et al.*, *op. cit.*, nota 367, pp. 175 y ss. Sobre las consecuencias financieras, Gutiérrez Zarza, María de los A., *op. cit.*, nota 594, pp. 1039 y 1040. Asimismo, hay que considerar que las personas a las que se extienden los beneficios no han participado, en muchas ocasiones, en el mismo juicio. Es muy interesante, al respecto, constatar que las sentencias aditivas han propiciado sobre todo la concreción de los derechos sociales proclamados en las Constituciones. Elia por ello ha hablado de la existencia de sentencias aditivas de prestación que son aquellas que determinan la adquisición a favor de determinadas categorías de sujetos (personas dependientes, pensionados, etcétera) de un derecho de contenido patrimonial (retribución, indemnización, pensiones, etcétera) o a prestaciones de servicio de la cual eran excluidos con anterioridad determinando, de este modo la obligación de una (nueva o mayor) prestación, es decir, una situación de dar o de hacer. *Cit.* por Bongiovanni, Giorgio, “Diritto sociali e giurisprudenza della Corte Costituzionale: il rapporto Corte/Potere legislativo nel mutamente costituzionale”, en Gozzi, G. (cura), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 346. Se puede decir que, en general, la forma en que el tribunal actualiza el principio de igualdad es a través de las sentencias aditivas. Elia, Leopoldo, *op. cit.*, p. 470. Los tribunales, especialmente el italiano, han aplicado las disposiciones de derechos sociales sin hacerse cargo de los efectos de sus decisiones; en los años ochenta fue frecuente el recurso a las decisiones de tipo aditivo, que además de incidir en la esfera del legislador tuvieron un relevante impacto en el gasto público. Rolla, G. y Groppi, T., *op. cit.*, nota 465, p. 176.

<sup>755</sup> Gutiérrez Zarza, María de los A., *op. cit.*, nota 594, p. 1038.

del legislador y configuran una violación del principio de división de poderes, fundamento de toda la arquitectura constitucional.<sup>756</sup>

## 2. *El juez como colegislador*

De acuerdo con el esquema tradicional, los jueces no pueden indicar al legislador las líneas a través de las cuales debe realizar sus funciones. Su actividad estaría caracterizada por resolver conflictos concretos, y no por dar directivas a otros órganos, mucho menos al legislador,<sup>757</sup> que tiene libertad de apreciación política y no está sujeto, en la realización de su actividad, a la directriz de ningún otro poder. Sin embargo, un diverso tipo de condicionamiento e influencia en el proceso legislativo ha estado presentándose, en diversas experiencias, a través de recomendaciones, sugerencias, indicaciones o directivas dadas por los jueces al legislador. Aquéllos, a través de algunas sentencias, de distinta forma y con diversa eficacia, tratan de dirigir la actividad del legislador y orientar sus decisiones solicitándole, por ejemplo, su intervención para la modificación e integración de determinada normativa, la regulación de alguna materia o la eliminación de algunas disposiciones. Son sentencias que no crean derecho directamente, pero que tienen efectos normativos indirectos, ya que indican al legislador, normalmente en la parte de motivación, una dirección a seguir, propiciando la participación de los jueces en el proceso legislativo y en la creación de normas.<sup>758</sup> Zagrebelsky ha denominado a estas resoluciones “sentencias-directriz”. Aja y González Beilfuss las llaman “sentencias bilaterales” por la doble intervención del juez constitucional y el legislador para solucionar la inconstitucionalidad de la ley. Su característica principal es que no solucionan inmediatamente la invalidez de la ley, sino que llaman a la colaboración del legislador suponiendo la enmienda de la inconstitucionalidad por el conjunto de dos decisiones. Como en otro tipo de resoluciones, también en éstas el juez suele justificar su dictado en el respeto a la discrecionalidad del legislador, en su lentitud para llevar a cabo su actividad legislativa y en la función que tiene atribuida de ser el garante de la Constitución.<sup>759</sup>

<sup>756</sup> Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, nota 435, p. 141; Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *cit.*, nota 291, p. 523.

<sup>757</sup> Pliner, Adolfo, *op. cit.*, nota 125, p. 46.

<sup>758</sup> Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 704, p. 224.

<sup>759</sup> Modugno, Franco, *op. cit.*, nota 370, pp. 20 y 21.

Hay algunos tipos de sentencias en las que claramente se contempla la situación descrita con anterioridad.

*A. Sentencias que declaran que la ley es todavía constitucional*

Mediante estos pronunciamientos, los jueces declaran que la ley no es inconstitucional al momento de dictar la sentencia, que es conforme a la Constitución, pero que el legislador debe cambiarla porque puede devenir inconstitucional en el futuro. El tribunal hace una llamada, una advertencia o apelación al legislador, constatando una inconstitucionalidad próxima, para que transforme la norma en plenamente constitucional y evite a tiempo, a través de medidas legislativas, la declaración de invalidez. Se trata de sentencias desestimatorias que apelan al legislador para que modifique el régimen jurídico, a veces señalando un determinado plazo,<sup>760</sup> lo que implica, entre otras cosas, la imposición de un término preciso para que proceda a una nueva reglamentación.<sup>761</sup> A estas decisiones se les ha llamado “apelativas”, en Alemania, y *admoniciones al legislador*, en Italia.

Dice Schlaich que estas sentencias son usadas en casos o situaciones particularmente complejas, y mediante ellas se escinde la declaración de inconstitucionalidad y la remoción de la norma; el juez amonesta y advierte al legislador que la disposición examinada es ilegítima y que, por tanto, tiene que ser modificada, por lo que pospone la anulación a un pronunciamiento ulterior, otorgándole un margen de acción suplementario, que el juez se reserva emitir si no se siguen sus instrucciones.<sup>762</sup> Como escribe Aja: “considerando que la apelación al legislador carece de valor jurídico, estas sentencias encierran la amenaza de que si no se modifica la norma, la Corte podría declararla inconstitucional en una futura sentencia, supuesto que fácilmente puede darse porque cualquier juez la volverá a cuestionar si no se ha cambiado”.<sup>763</sup> Para Romboli, mediante

<sup>760</sup> Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 449, p. 80; Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 89, p. 199; Schäffer, Heinz y Haas, Thomas, *op. cit.*, nota 427, p. 36.

<sup>761</sup> Schäffer, Heinz y Haas, Thomas, *op. cit.*, nota 427, p. 36; Romboli, Roberto, *op. cit.*, nota 368, p. 112.

<sup>762</sup> Pergola, Antonio la, *op. cit.*, nota 79, p. 5; Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 89, pp. 201 y 202.

<sup>763</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, p. 280.

estas resoluciones, el juez “informa al legislador que si su inactividad se prolonga en el tiempo, en una ocasión posterior en que la Corte sea llamada a enjuiciar las mismas disposiciones declarará ciertamente su inconstitucionalidad”.<sup>764</sup>

Esta forma de actuar demuestra, al decir de Zagrebelsky, la intención de los jueces de desarrollar una función ulterior respecto de aquella que tienen asignada. Se trata de una técnica de anulación diferida mediante la cual la ley se convierte en inconstitucional de forma progresiva debido a la evolución social o jurídica, circunstancia que hace que el tribunal no anule la ley, sino que la ponga en duda, indicándole al legislador que sólo es constitucional provisionalmente y ordenándole que la modifique.<sup>765</sup> La mayoría de los autores coinciden en señalar que estas sentencias provocan que el derecho constitucional se manifieste como derecho político y se reduzcan las diferencias del órgano jurisdiccional con respecto a los órganos de dirección política por la libertad que aquel tiene para reaccionar ante posibles violaciones a la Constitución.

#### B. *Posposición de la entrada en vigor de los efectos de la inconstitucionalidad*

Kelsen, en su momento, señaló la conveniencia de que el tribunal pudiera decidir que la anulación de una ley no entrara en vigor sino después de transcurrido un cierto plazo a contar del día de su publicación, “para dar al Parlamento la posibilidad de sustituir la ley inconstitucional por una ley conforme a la Constitución, sin que la materia regulada por la ley anulada permanezca sin regulación durante un periodo relativamente largo de tiempo”.<sup>766</sup> A partir de entonces, esta solución se ha tratado de poner en vigor aceptándose que la declaración de inconstitucionalidad de una norma no tenga efectos inmediatos, sino que pueda ser aplazada haciendo surgir las denominadas sentencias “con plazo de espera”. Sus objetivos son, como señalaba Kelsen, hacer que subsista una norma aplicable a los supuestos regulados por ella sin tener que sufrir los inconvenientes de un vacío legal y darle al Parlamento tiempo suficiente para modificar o sustituir la normativa inconstitucional otorgándole la posibi-

<sup>764</sup> Romboli, Roberto, *op. cit.*, nota 368, pp. 110 y 111.

<sup>765</sup> Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 78.

<sup>766</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 73, p. 149; *id.*, “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa”, en Geraci, C. (cura), *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, p. 26.

lidad de preparar, antes de la derogación de esta, una nueva regulación que desarrolle el mismo objeto de forma constitucional.<sup>767</sup> Durante el plazo que va de la declaración de inconstitucionalidad a su derogación, y con el fin de asegurar la integridad del principio de seguridad jurídica, la ley sigue aplicándose a todos los casos, con excepción del que ha dado lugar a dicha declaración.

Para algunos autores, con este tipo de resoluciones se evitan las dañosas consecuencias que ocasiona un vacío jurídico en el sistema respetándose los límites políticos que impiden que el juez declare la inconstitucionalidad de una norma. “Esta técnica resulta respetuosa con la función respectiva del Tribunal Constitucional y el legislador... racionalizadora de una división de poderes moderna, porque el Tribunal Constitucional se limita a controlar la inconstitucionalidad, el legislador la repara y además se evitan los inconvenientes del vacío normativo”.<sup>768</sup> Sin embargo, la circunstancia de que sea el mismo órgano jurisdiccional quien decide, tomando en cuenta el caso concreto, si fija un plazo y acepta la vigencia temporal de una norma inconstitucional, o bien acepta los inconvenientes derivados de un vacío legal, hacen pensar que desempeña una función de legislador positivo.<sup>769</sup> Como afirma Oehlinger, desde el momento en que un tribunal tiene la facultad de hacer inimpugnable una norma declarada inconstitucional dentro de un determinado tiempo ejercita una verdadera y propia función legislativa, en este caso, una función de legislador *ad interim*, pero legislativa al fin.<sup>770</sup>

<sup>767</sup> Schäffer, Heinz y Haas, Thomas, *op. cit.*, nota 427, p. 32. Ésta es la única justificación que encuentra La Pergola para la existencia de este tipo de sentencias. Pergola, Antonio la, *op. cit.*, nota 79, p. 4.

<sup>768</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, p. 280; Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 56.

<sup>769</sup> Ermacora, Félix, “El Tribunal Constitucional austriaco”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, *cit.*, nota 89, pp. 274 y 282.

<sup>770</sup> Oehlinger, *op. cit.*, nota 439, pp. 546 y 547. En el artículo 139.2 de la Constitución austriaca se ha dispuesto la facultad de la Corte de prorrogar, hasta por un plazo de seis meses, la subsistencia de un Reglamento declarado ilegal o de doce meses para el caso de una ley. El Tribunal austriaco actúa sin duda como legislador positivo desde el momento en que tiene la facultad de determinar autónomamente los efectos de sus sentencias. Como se sabe, a partir de 1975, éste puede establecer un término para la entrada en vigor de la anulación de una ley que ha sido considerada inconstitucional, término que puede ser hasta de un año. En tales circunstancias la ley debe ser aplicada a todos los casos que se presenten dentro de ese término y no puede ser impugnada antes de la entrada en vigor de la anulación. Además, la Constitución prevé que las normas jurídicas derogadas

### C. Declaración de inconstitucionalidad sin nulidad

En estas sentencias, denominadas de “incompatibilidad sin nulidad”, de “mera inconstitucionalidad” o de “inconstitucionalidad simple”, se reconoce que existe una contradicción entre la disposición legislativa y la Constitución, pero no se declara su nulidad, sólo la incompatibilidad de la norma controlada. Es decir, si bien el juez afirma que la normativa impugnada está en contraste con los principios constitucionales, no obstante ello y basándose en diversos argumentos, no declara inconstitucionales las normas. El objetivo de estas resoluciones es ejercer presión sobre el legislador para que remueva la inconstitucionalidad por considerar que la variación de las circunstancias fácticas en que se desenvuelve la norma propiciará su inconstitucionalidad; para ello se fija un término de validez de la norma y una vez fenecido opera su anulación.

Es muy importante resaltar que la declaración de inconstitucionalidad se hace en la motivación de la sentencia, no en el fallo, porque no se efectúa una declaración de nulidad sino de incompatibilidad que contiene “la amenaza de que si no se modifica la norma, la Corte podría declararla inconstitucional en una futura sentencia”,<sup>771</sup> pero que deja la disposición en vigor. En palabras de Romboli, la motivación de estas sentencias se argumenta en términos de inconstitucionalidad, pero la declaración de ésta es diferida.<sup>772</sup>

en virtud de la ley reconocida inconstitucional retornen en vigor con la publicación de la sentencia de la Corte de Justicia. Aún así, ésta puede ordenar lo contrario, por lo que es a ella a quien corresponde, una vez declarada la inconstitucionalidad de una ley, determinar la situación jurídica vigente. Asimismo, éste asume una actividad de legislador en el ámbito del control preventivo de las leyes que, como hemos dicho, opera en cuestiones de competencia. En este caso el Tribunal emite los motivos de su decisión en una fórmula jurídica que será publicada en el Boletín Oficial teniendo aquélla el valor de una ley constitucional federal. *Ibidem*, pp. 546 y 547.

<sup>771</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, p. 280.

<sup>772</sup> Romboli, Roberto, *op. cit.*, nota 368, p. 112. En Alemania, estas sentencias son muy conocidas e incluso a partir de 1970 están reguladas en la ley que rige el funcionamiento del Tribunal Constitucional aunque hay que hacer notar, como lo hace Schlaich, que éste ha creado este tipo de decisiones sin autorización legislativa e incluso en contradicción con la propia ley pues se tomaba como punto de partida la existencia de un vínculo necesario entre la inconstitucionalidad y la nulidad de la norma. Es más, a pesar de las reformas de 1970 estas sentencias carecen de un régimen jurídico preciso porque sólo mencionan la posibilidad de ser dictadas. Por ello este autor dice que el reconocimiento por ley ha seguido en esta ocasión a la jurisprudencia. Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 89,

Algunos autores han señalado que estas sentencias son una medida favorable al Poder Legislativo,<sup>773</sup> porque le otorgan plena libertad para escoger los medios a través de los cuales hacer cesar el contraste de la norma con la Constitución, lo que indicaría el respeto a su libertad de configuración y el otorgamiento al juez de un margen de acción para hacer justicia, propiciando, además, entre ambos actores, un verdadero diálogo. Las complicaciones comienzan cuando se reconoce que estas resoluciones diferencian e incluso separan la inconstitucionalidad y la nulidad y que la mayoría de los tribunales no tiene atribuida competencia para realizar estas operaciones ni prevén sus consecuencias.<sup>774</sup> Tampoco puede soslayarse que si bien a través de la declaración de incompatibilidad la norma inconstitucional sigue manteniéndose dentro del entramado normativo, es en el legislador sobre quien recaen las consecuencias más vinculantes, ya que le imponen la obligación de aprobar, incluso a veces necesariamente y “sin demora ni vacilación”, dentro de un determinado plazo, una regulación que sea constitucional. Vuelve a ser claro que a través de estas sentencias el juez impone obligaciones al legislador consistentes en legislar, o bien en suprimir las situaciones que aprecia como inconstitucionales.<sup>775</sup> El “llamado al legislador”, incluido en estas resoluciones, es una verdadera obligación de ejercer su función de manera concreta y en un plazo de tiempo definido. Así, el juez actúa como auténtico “legislador durante el periodo transitorio hasta la elaboración del nuevo derecho”.<sup>776</sup>

pp. 194 y 195. De la misma forma Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *La forma del poder, cit.*, nota 37, p. 522.

<sup>773</sup> Arnold, *op. cit.*, nota 282, pp. 111 y 112.

<sup>774</sup> Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 89, p. 195.

<sup>775</sup> *Ibidem*, p. 197. Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 449, p. 80; Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 276, p. 575.

<sup>776</sup> Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 89, p. 198. En Austria está regulada en la Constitución la posibilidad de aplazar la pérdida de validez de la sentencia y la vigencia de la ley. En estos casos, la ley será siendo aplicada por los operadores jurídicos, pero el legislador cuenta con un plazo determinado para reconstruir la norma de acuerdo con la Constitución. Como nos informa Rubio, estas sentencias son utilizadas con gran soltura por el Tribunal Constitucional alemán, al grado de que existe en el Ministerio de Justicia “una oficina encargada de preparar los cambios sugeridos por el Tribunal”. Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *cit.*, nota 37, p. 522.

### 3. Sentencias con mandatos y recomendaciones al legislador

Otra de las formas que han encontrado los jueces para intervenir en la órbita del legislador es incluyendo en las motivaciones o razonamientos jurídicos de las sentencias, líneas de actuación, propuestas, invitaciones, observaciones, orientaciones, sugerencias o mandatos sobre el contenido de alguna ley futura. Estas recomendaciones, como señala Tomás y Valiente, no son exigencias del juez al legislador para que realice su función de la forma que aquel lo indica, son más bien, “observaciones no vinculantes de inmediato tendentes a orientar al legislador en una determinada dirección o, incluso, a impulsarle a que siga la orientación indicada”.<sup>777</sup> Son consejos, advertencias, sugerencias de lo que el tribunal considera más conveniente sobre el sentido que debe tener una regulación legal y

El criterio principal para valorarlas es el diferente nivel de presión que puedan presentar para el legislador. El máximo sería cuando contienen mandatos que la futura ley debe respetar para adecuarse a la Constitución, como amenaza encubierta de una futura declaración de inconstitucionalidad en caso de incumplimiento. Aunque el legislador podría seguir o no tales orientaciones, la mayor parte de los Parlamentos las respeta, incluso con fidelidad.<sup>778</sup>

A través de estas resoluciones, los jueces pueden efectuar diversos tipos de indicaciones o sugerencias, por ejemplo, señalar los principios sobre los cuales debe versar la legislación sobre determinada materia; sugerir dictar o reformar una ley, sustituir una norma inconstitucional por otra acorde con la norma básica y regular alguna cuestión siguiendo determinados criterios. Asimismo, estas proposiciones e invitaciones han servido para que el juez indique al legislador la regulación adecuada de una normativa defectuosa; insista en la necesidad de eliminar incongruencias presentes en alguna disciplina; señale los problemas irresolubles en la normativa dictada; brinde soluciones legislativas admisibles y constitucionales<sup>779</sup> o indique los principios que tiene que contener la normativa

<sup>777</sup> Tomás y Valiente, Francisco, “A modo de sugerencia. (Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador)”, en Garrorena (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones*, cit., nota 407, p. 18. Reproducido en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1993, p. 103.

<sup>778</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, p. 282.

<sup>779</sup> Schäffer, Heinz y Haas, Thomas, *op. cit.*, nota 427, p. 37.

que regule la materia que desarrollaba la ley declarada inconstitucional, para que sea compatible con los principios constitucionales.<sup>780</sup> Todo lo anterior puede darse de forma específica y puntual, con indicaciones de plazos más o menos breves, o bien de forma genérica y flexible.<sup>781</sup> Es decir, se puede tratar de invitaciones genéricas para volver a regular una disciplina defectuosa, pero no inconstitucional, o bien de señalizaciones puntuales de problemas irresueltos en la normativa legislativa.<sup>782</sup>

Pero tal parece que cuando con más intensidad los jueces intervienen en el espacio de libertad política del legislador a través de estas sentencias, ocurre cuando le indican las líneas o principios que deben uniformar determinada disciplina para que sea considerada correcta constitucionalmente, acentuándose el carácter de estas indicaciones cuando, además, se especifican las condiciones mínimas que debe cumplir la nueva normativa. En estos casos, que implican sugerencias sobre el contenido de las decisiones legislativas que regulan una materia determinada y pretenden la vinculación de la actividad normativa del legislador, parece no haber duda que las resoluciones judiciales son dictados de las normas que debe contener la normativa a establecer por el legislador y no sólo recomendaciones o advertencias al mismo. Por ello se dice que las recomendaciones tienen la tendencia a convertirse “en instrucciones detalladísimas que no dejan al Parlamento más tarea que la de dar a aquellas decisiones forma articulada”.<sup>783</sup> Existe la posibilidad, claro está, de que el legislador no tome en cuenta los criterios establecidos por el juez en el momento de dictar la ley, pero ello podría traer como consecuencia que aquel declare la inconstitucionalidad de esa norma fundamentando su decisión en el argumento de que sus indicaciones son las condiciones mínimas que deben regular la materia para que sea conforme con la Constitución. Estas decisiones, por tanto, implican un constreñimiento al legislador para que realice su actividad de un modo determinado y, en todo caso, el respeto a sus indicaciones “está garantizado por la posibilidad de que esta retorne a examinar la nueva disciplina sobre la base de los puntos de vista expresados anteriormente”.<sup>784</sup>

<sup>780</sup> Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 443, p. 262.

<sup>781</sup> Romboli, Roberto, *op. cit.*, nota 368, p. 108.

<sup>782</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 494, p. 135.

<sup>783</sup> Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, nota 435, p. 24.

<sup>784</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 494, pp. 136 y 137.

Para Zagrebelsky, existen directivas constitucionales e inconstitucionales. Las primeras son indicaciones al legislador que consisten en afirmaciones y explicaciones de obligaciones directamente extraídas de la Constitución. Sin embargo, dice, su aceptación se opone a la naturaleza de la jurisdicción constitucional, ya que a través de éstas, cualquiera que sea su eficacia, se abre la entrada a un rol consultivo, preventivo y abstracto contrario al sistema positivamente sancionado, que es un rol sucesivo, represivo y concreto. Las directivas inconstitucionales son aquellas que se originan en puntos de vista políticos que nada tienen que ver con la exigencia de respeto a la Constitución. Cuando esto sucede, los jueces se hacen promotores de una dirección de naturaleza política alterando el juego parlamentario y convirtiéndose en actores políticos que intervienen para reforzar o debilitar orientaciones presentes en las formaciones parlamentarias. Esto repugna a su posición institucional, la cual exige la sustracción de ésta respecto a la libertad de configuración política del legislador.<sup>785</sup>

Tomás y Valiente ha realizado una tipología de las recomendaciones al legislador, entresacándola de las decisiones del Tribunal Constitucional español. Ésta resume las diversas formas en que dicho Tribunal ha realizado recomendaciones al legislador encontrando las siguientes: *transaccionales*, en las que el juez no declara la inconstitucionalidad, pero advierte de los riesgos que tiene la regulación escogida por el legislador; *cautelares*, por medio de las cuales el juez recomienda una reforma legislativa y advierte de las consecuencias que ocasionaría no llevar a cabo dicha modificación; *correctivas*, que se sugieren en virtud de la existencia, en el texto legal, de normas ambiguas, imperfecciones o imprecisiones técnicas, circunstancia que crea dificultades interpretativas, por ello el Tribunal sugiere que se precise el alcance y sentido de las normas y se elimine la ambigüedad del texto; *orientadoras*, que se producen cuando el juez señala orientativamente algunos criterios que puede seguir el legislador en el momento de trabajar sobre determinado asunto si bien deja a su elección escoger la opción que considere adecuada. Hay, a juicio del mismo autor, otro tipo de recomendaciones: las que tratan de estimular o incitar al legislador a que remedie situaciones donde existe desigualdad material.<sup>786</sup>

<sup>785</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>786</sup> Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, nota 777, pp. 104 y ss.

Para Crissafulli, estas directivas no pretenden vincular al legislador, sólo indicarle lo que se puede y no se puede hacer, o lo que se debe hacer para no incurrir en censura de inconstitucionalidad. Mediante ellas, el Tribunal sólo propone, indica, aconseja, sugiere, pero queda bajo la decisión del legislador si interviene, cuándo y cómo lo hace, o bien si opta por seguir un camino distinto desatendiendo lo dicho por aquél. Al fin, dice, dependerá de las circunstancias si la nueva ley es denunciada ante un juez y si éste, que no está vinculado por sus decisiones precedentes, confirma la inconstitucionalidad declarada en ocasión anterior. Para este autor, la hipótesis de que la ley será anulada si el legislador no respeta las indicaciones del Tribunal no es una consecuencia jurídica necesaria sino una eventualidad histórico-política que depende de numerosos factores, tales como su composición, la variación del cuadro legislativo o la interpretación del parámetro constitucional,<sup>787</sup> por lo que este tipo de sentencias, en vez de representar una invasión a la soberanía del legislador, deben ser vistas como un instrumento de comunicación y una forma de colaboración entre ambos.<sup>788</sup> Este modelo de colaboración implicaría la intervención directa del juez en la elaboración y fijación de la opción legislativa, mediante la imposición de la obligación de ponerse en acción o la prefiguración de su opción legislativa alterándose con ello, por esta incardinación del juez, el propio procedimiento legislativo.

Para Modugno, no hay que olvidar que cualquier pronunciamiento judicial, principalmente si está centrado en la interpretación de un principio constitucional, asume un carácter más o menos vinculante, imprescindible y relevante y, por tanto, condicionante para la función legislativa futura, modulando el ámbito de su disponibilidad. Las decisiones del juez, asegura, se manifiestan siempre como una influencia en el ámbito del legislador, por lo que es perfectamente congruente con el sistema que pronuncie sugerencias, indicaciones, directivas, prescripciones, o recomendaciones al legislador, que si bien no lo vinculan plena y automáticamente influyen en su actividad como producto de la función garantista que tiene asignada el juez de la ley.<sup>789</sup>

Modugno señala que las recomendaciones y orientaciones del juez constitucional no tienen valor de obligación jurídica, pero tampoco son inútiles, ya que mediante ellas se puede orientar al legislador sin vincu-

<sup>787</sup> Modugno, Franco, *op. cit.*, nota 708, p. 51.

<sup>788</sup> Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, nota 343, p. 80.

<sup>789</sup> Modugno, Franco, *op. cit.*, nota 370, pp. 19 y 20.

larlo, aconsejarlo sin obligarlo.<sup>790</sup> Sin embargo, como afirma Zagrebelsky, es una contradicción estimar eficaces y útiles estas recomendaciones y, al mismo tiempo, no lesivas de la esfera de discrecionalidad política del legislador. Si estas recomendaciones son eficaces, opina, se limita la discrecionalidad del legislador; si, por el contrario, se sostiene que la discrecionalidad no es limitada, las indicaciones son inútiles. Pero como dice Tomás y Valiente, aunque carecieran de la eficacia vinculante propia de un fallo, “para algo se dicen y algo puede que valgan”. El problema, en consecuencia, es establecer si las limitaciones, influencias o interferencias de este tipo son admisibles.<sup>791</sup>

Es verdad que, como escribe este autor, en las recomendaciones existe siempre una dosis de intención de respetar la libertad de configuración del legislador soberano. Pero no se puede desconocer que con éstas el juez rebasa su posición de mero órgano aplicador de leyes y pasa a tomar la iniciativa en la formulación de las mismas, ya que a través de ellas dicta directivas precisas al legislador para la realización de su tarea; indica la forma en que debe regular una materia determinada; crea límites y vínculos a su actividad; señala principios y criterios; obliga a legislar y “generalmente con buenos resultados”; todo ello de forma incompatible con la libertad de configuración política del legislador y la esfera de discrecionalidad que le corresponde.

Con las directivas, escribe Silvestri, si bien el juez no obra de forma innovadora, constriñe y determina los márgenes de la legislación. Éstos no sirven sólo para prevenir y evitar desbordamientos fuera de la Constitución, sino que “tracciano in anticipo el cammino da seguire per la sua attuazione”. La consecuencia de esto es que el Parlamento, al efectuar sus labores, no debe tener en cuenta sólo la norma constitucional y sus posibles interpretaciones, sino la interpretación que el juez le atribuyó. “La Corte di fatto ordina al parlamento di andare in una direzione piuttosto che in un'altra. In definitiva, la corte non si limita a dire cio che il legislatore *non doveva fare*, ma enuncia cio che lo stesso *dovra fare*”.<sup>792</sup> De esta forma, la libertad del legislador se ve condicionada por la dirección que el juez establece, convirtiéndose, como ha dicho Pedrieri, en un mero “legislador delegado”, ya que sus decisiones tienen la estructura de leyes

<sup>790</sup> Modugno, Franco, “La funzione legislativa complementare della Corte Costituzionale”, *cit.*, nota 574, p. 1653.

<sup>791</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 494, p. 141.

<sup>792</sup> Silvestri, Gaetano, *op. cit.*, nota 503, p. 1718.

basadas en los principios dictados por los jueces. Se trata de una especie de delegación implícita al legislador para crear derecho; lo que hace que se convierta en un órgano de mera actuación de la Constitución.<sup>793</sup> Por ello, Denninger escribe, refiriéndose al Tribunal Constitucional alemán, que la tendencia de éste de emitir sugerencias al legislador, a efectos de elaborar soluciones conformes a la Constitución, ha conducido a que en una serie de áreas se vea degradado a la condición de mero alumno del preceptor de Karlsruhe.<sup>794</sup>

El cada vez mayor número de instrumentos procesales utilizados por los tribunales, creados, en ocasiones, por ellos mismos, sin intermediación legal, caracterizados por su ductibilidad, y completamente extraños a las experiencias iniciales del control de constitucionalidad, indica que se ha rebasado la alternativa, tan rígidamente dispuesta, de aceptación o rechazo de la inconstitucionalidad. No más la relación lineal entre Tribunal y legislador que suponía la conexión entre validez y nulidad de la ley. Imposible considerar a los jueces únicamente legisladores negativos, como proponía el modelo kelseniano. A través de diversas técnicas jurisprudenciales crean normas jurídicas e inciden positivamente en el ordenamiento ocupando una posición cada vez más destacada en el proceso de creación del derecho y, en general, en el sistema jurídico, agudizándose, como escribe Requejo, la tendencia de convertirse en los artífices del contenido de las normas que lo integran.<sup>795</sup>

Este tipo de pronunciamientos también ha permitido que los jueces participen en el proceso legislativo ejerciendo un auténtico rol colegislativo y asumiendo un lugar relevante en la dirección política del Estado. Mediante ellos han podido transformar, realizando operaciones directas en el texto legislativo, una ley ilegítima en legítima, o bien, al intentar hacer la reparación inmediata de los vicios de inconstitucionalidad, producir una nueva ordenación abstracta, materialmente legislativa.<sup>796</sup> En otras ocasiones, y a través de diversos medios, los jueces influyen sobre la actividad parlamentaria fijando principios y dando indicaciones,<sup>797</sup>

<sup>793</sup> Occhiocupo, Nicola, “La Corte Costituzionale como giudice di “opportunita” delle leggi”, en Occhiocupo, Nicola (cura), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realta sociale*, Bologna, Il Mulino, pp. 51-56.

<sup>794</sup> Denninger, Erhardo, *op. cit.*, nota 493, p. 62.

<sup>795</sup> Requejo Pagés, Juan Luis, *op. cit.*, nota 690, p. 154.

<sup>796</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 108, p. 54.

<sup>797</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 367, p. 777.

señalando los criterios que el legislador debe tomar en cuenta en el momento de realizar su función y advirtiéndolo sobre la necesidad de revisar determinada normativa con el fin de hacerla constitucional. Así, los jueces extienden su influencia, introducen principios, “meten al orden del día” del debate político o del calendario legislativo de labores determinado tema, y provocan y fuerzan la intervención del legislador ejerciendo una función de impulso. En virtud de ello, puede decirse que realizan una función propulsiva, de iniciativa y estímulo<sup>798</sup> que los convierte en custodios de los valores fundamentales consignados en la Constitución, árbitros de los conflictos sociales y órganos impulsores de los procesos de innovación legislativa.<sup>799</sup> Esta es, sin duda, una de las características de la actual fase de relaciones entre el legislador y el juez constitucional.

La justificación de estos pronunciamientos, como hemos dicho antes, está, en la mayoría de los casos, en los principios de interpretación conforme y presunción de validez de la ley.<sup>800</sup> Lo que hace evidente que su aplicación puede provocar más interferencia en la libertad legislativa que las declaraciones de nulidad. La práctica ha confirmado, como advierte Ezquiaga, que estos principios ponen un enorme poder en manos de los tribunales constitucionales, dándose,

Por tanto, la curiosa circunstancia de que el principio de conservación de las normas (que exige interpretar la normas de conformidad con la Constitución, para lo que se usan los fallos interpretativos) se justifica por el respeto debido al legislador y a su obra (los enunciados legislativos), pero el mismo principio lleva inevitablemente a *manipular* el discurso normativo del legislador para mantener sus enunciados en el ordenamiento jurídico, aun a costa de proclamar normas completamente distintas de las queridas por el órgano legislativo.<sup>801</sup>

Una de las formas de comprobar la existencia de una práctica de toma de decisiones que no sólo llena huecos legales, sino que representa un “auténtico desarrollo constructivo del derecho”<sup>802</sup> es verificando que las declaraciones determinantes en los diversos tipos de sentencias que emiten los jueces no figuran en el fallo, sino en las *rationes decidendi*, lo que

<sup>798</sup> Modugno, Franco, *op. cit.*, nota 708, p. 63.

<sup>799</sup> Cheli, Enzo, *op. cit.*, nota 260, p. 50.

<sup>800</sup> *Ibidem*, p. 53. Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 276, p. 576.

<sup>801</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 467, p. 132.

<sup>802</sup> Habermas, Jürgen, “Derecho y moral”, *Facticidad y validez... cit.*, nota 11, p. 552.

implica la atribución de valor vinculante no sólo al dispositivo, sino a la motivación o razones de la decisión. La doctrina contenida en las sentencias pasa a ser tan vinculante como el *decisum*.<sup>803</sup> Tradicionalmente, en atención a las reglas de teoría del proceso, a la naturaleza de la actividad judicial y al carácter lógico de la argumentación del juez, la autoridad y eficacia de las sentencias recaía exclusivamente en el dispositivo. La autonomía de éste era suficiente para considerarlas verdaderos actos del Estado e, incluso, se advertía que el problema del valor y eficacia de la motivación emergía como más interesante cuando la argumentación no repercutía de forma tangible en el dispositivo.<sup>804</sup> Con los diversos tipos de sentencias que dictan los jueces, ahora no sólo resultan vinculantes los fallos, sino también poseen fuerza obligatoria las motivaciones que los preceden y fundamentan, los razonamientos vertidos en los considerandos. Y en virtud de la íntima conexión entre el fallo y la motivación o fundamentación de la sentencia, la decisión se transforma “en un todo en el que es prácticamente imposible distinguir los motivos de la decisión a la que conducen”.<sup>805</sup> Como dice Spadaro, la motivación aparece tan vinculante como el dispositivo y ambos inescindibles, por lo que la norma extraída de la interpretación del enunciado jurídico no sólo se compone de su significado sino también de la motivación o justificación que sirvió de base a dicha atribución de significado. Así, una norma será el contenido de cada decisión motivada, jurídicamente vinculante, que descende de un texto fuente, es decir, “interpretazione argomentata di un testo-fonte”.<sup>806</sup>

Es importante decir que, para Schlaich, atribuir carácter obligatorio a los motivos que están en la base de las decisiones judiciales puede tener

<sup>803</sup> Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *cit.*, nota 37, pp. 516-520.

<sup>804</sup> Pizzorusso, Alessandro, “La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale: comandi o consigli?”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milán, núm. 2, 1963, p. 350.

<sup>805</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 467, p. 117.

<sup>806</sup> Spadaro, Antonino, *op. cit.*, nota 410, p. 359. En Francia también el Consejo Constitucional ha atribuido autoridad a las motivaciones que sostienen la parte dispositiva de las sentencias pues son su sostén necesario y constituyen su fundamento mismo. Es interesante al respecto señalar que esto puede implicar dos cuestiones distintas: que las decisiones del tribunal tengan autoridad de cosa juzgada y que por lo mismo se impongan (las decisiones) a todas las autoridades públicas; y que tengan autoridad de cosa interpretada que implica que no sólo la decisión, sino también la jurisprudencia del Tribunal se impone a las diferentes autoridades públicas. Bon, Pierre, *op. cit.*, nota 715, pp. 168 y 169.

resultados insatisfactorios por las siguientes razones: 1) no se sabe cuáles motivos son verdaderamente la base de las decisiones; 2) el órgano jurisdiccional puede formular, a través de las motivaciones, un derecho constitucional obligatorio para los poderes públicos; 3) contradice el carácter abierto de la Constitución, ya que impele a comprender a la jurisprudencia constitucional como una interpretación obligatoria en el mismo plano que aquella e incluso como acto constitucional de carácter constitutivo; 4) contribuye a que el Tribunal se aleje del significado otorgado a los derechos fundamentales y que en su lugar se vincule a concepciones jurídicas más generales; 5) reduce las posibilidades de reacción del legislador respecto a las decisiones del Tribunal, y 6) pone en peligro, a largo plazo, la consideración del Tribunal como jurisdicción suprema.<sup>807</sup> En suma, dice este autor, la vinculación a las *ratio decidendi* de las sentencias constituye una violación a los límites funcionales de la jurisdicción constitucional.<sup>808</sup>

Hay que considerar que, como dice Zagrebelsky, no hay fundamento o principio constitucional para justificar la pretensión de los jueces de indicar ellos mismos, y por todos, el modo de concretar los valores constitucionales del ordenamiento, mucho menos, el modo de reconstruir interpretativamente el sistema legislativo.<sup>809</sup> Así también opina Silvestri, para quien este tipo de sentencias no tiene fundamento teórico ni práctico. Están exentas de fundamento teórico porque el principio de conservación de las leyes no está contenido en ninguna disposición jurídica, y de fundamento práctico, porque lejos de evitar el mayor de los males lo provoca, dado que las disposiciones sujetas a control de legitimidad son, al menos desde una perspectiva hermenéutica, inconstitucionales y, sin embargo, el juez las acepta y, todavía más, exonera al legislador de su deber de proveer rápidamente y de modo conforme a la Constitución.<sup>810</sup>

No desconocemos que, como comentan Groppi y Rolla, las nuevas técnicas de decisión han partido de la necesidad de dar respuestas a específicas exigencias prácticas, enfrentar los acuciantes problemas que se presentan en la sociedad, ponderar los efectos de las decisiones judiciales y calibrarlas sobre la base del impacto que puedan provocar no sólo sobre el ordenamiento jurídico, sino también sobre las relaciones con otros

<sup>807</sup> Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 89, pp. 212-214.

<sup>808</sup> Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 449, p. 74.

<sup>809</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>810</sup> Silvestri, Gaetano, *op. cit.*, nota 503, p. 1687.

poderes del Estado.<sup>811</sup> Sin embargo, por ello mismo estos diversos tipos de sentencias tienen serios inconvenientes dogmáticos: no pueden prever los diferentes aspectos de las normas que emiten; provocan inseguridad jurídica, ya que no hay reglas para deducir cuando se van a producir; presentan dificultades en su determinación y conocimiento, puesto que la norma nueva no figura en el fallo de las sentencias, sino en la motivación o en los fundamentos jurídicos; e imponen una sola interpretación de la ley, lo que afecta a todos los operadores jurídicos.<sup>812</sup>

Claro está que, como escribe Favoreau, la influencia de las técnicas de interpretación depende de la autoridad que alcancen en la esfera de los poderes públicos.<sup>813</sup> Si analizamos el tema desde esta perspectiva, podemos percatarnos de que en la mayoría de los casos esta situación es aceptada sin resistencia y casi de forma general por el Poder Legislativo. Como dice Sandulli, éste parece estar dispuesto a aceptar, *secundum eventum*, una política del juez constitucional invasiva de su propia esfera. Las reacciones contra el contenido de las sentencias son ocasionales, de breve duración y acordes con los diversos intereses de los grupos políticos.<sup>814</sup> Las razones de dicha pasividad son esencialmente políticas. Las decisiones de los jueces pueden suscitar críticas que normalmente dividen a las formaciones parlamentarias de mayoría y oposición. Es muy difícil y políticamente riesgoso formar un frente compacto entre la mayoría y la oposición para inducir al tribunal a evitar ocasiones legislativas. Como observan Schaffer y Haas, a menudo el legislador, en vista de que su regulación no está del todo madura, lo que concientemente quiere es que el juez constitucional corrija su obra y la inserte sistemáticamente en el ordenamiento, pues tomando “en cuenta la existencia de un control a posteriori de las normas y la creciente predisposición de los particulares a recurrir, frecuentemente se aprueban normas sin examinar cuidadosamente sus efectos a largo plazo y su acomodación al ordenamiento jurídico y a la Constitución”.<sup>815</sup>

Una cuestión parece ser clara en relación con todo lo expuesto: los diversos pronunciamientos de los jueces han generado por lo menos

<sup>811</sup> Rolla, G. y Groppi, T., *op. cit.*, nota 465, p. 169.

<sup>812</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, pp. 277 y 278.

<sup>813</sup> Favoreau, Louis, *op. cit.*, nota 378, p. 50. El mismo planteamiento en el artículo de Rivero, Jean, “A modo de síntesis”, *cit.*, nota 291, p. 676.

<sup>814</sup> Sandulli, Aldo M., *op. cit.*, nota 273, pp. 399-401.

<sup>815</sup> Schäffer, Heinz y Haas, Thomas, *op. cit.*, nota 427, p. 30.

confusión en el papel que dentro del sistema constitucional le corresponde a cada uno de los poderes estatales; tienden a borrar los diferentes roles de los órganos públicos y las diversas funciones que les corresponden. Asimismo, evidencian que se difumina el respeto que cada uno de ellos debe tener a la esfera de competencias de los otros, la pluralidad de lógicas que regulan las diversas funciones constitucionales y la existencia de esferas de poder individualizadas e inconfundibles. No con facilidad puede aceptarse que un órgano del Estado tenga el derecho de señalar a otro las directrices en virtud de las cuales debe efectuar su actividad.