

## CAPÍTULO PRIMERO

### REFLEXIONES PRELIMINARES

- I. Universalización de la justicia constitucional. Sus antecedentes históricos . . . . . 1
- II. Pérdida de la capacidad analítica de la bipolaridad “modelo americano *versus* modelo europeo-kelseniano” . . . . . 7

## CAPÍTULO PRIMERO

### REFLEXIONES PRELIMINARES

#### I. UNIVERSALIZACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Uno de los fenómenos más relevantes de los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo ha sido el de la universalización de la justicia constitucional. Aunque es lugar común retrotraer la preocupación por el diseño de mecanismos de defensa del orden constitucional al momento mismo (fines del siglo XVIII) en que dicho orden hace su acto de aparición, es lo cierto que la idea de la defensa de un determinado orden supremo es casi consustancial a la historia de la humanidad, y en ella podemos encontrar, lejanamente, algunos intentos de institucionalización en esta misma dirección. Tal podría ser el caso de los Eforos espartanos o del Aerópago y los Nomofilacos en la antigua Atenas, en donde también surgió la diferenciación entre normas superiores (*Nomoi*) y los decretos ordinarios (*Psefismata*).

Roma no sería ajena a esta preocupación, de lo que constituye buena prueba la existencia de instituciones tales como la doble magistratura, el Senado o el Tribunado en la época republicana. En la Edad Media nos encontramos con la superioridad de la ley divina y del derecho natural sobre el derecho positivo. Y la gran Escuela iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que va de Hugo Grocio a Jean Jacques Rousseau, sustentaría la existencia de derechos innatos, inmanentes al ser humano, intangibles e irrenunciables, o lo que es igual, la existencia de límites frente al *ius cogens* proveniente del mismo legislador.<sup>1</sup>

En este ámbito de inquietudes históricamente compartidas no ha de extrañar la conocida doctrina formulada por el juez Edward Coke en el célebrísimo “Bonham’s case” (1610), en defensa del *common law* y de su tradicional supremacía frente al Parlamento. Ciertamente, tras el triunfo de la “Glorious Revolution”, esta doctrina quedará relegada al olvido en Inglaterra, en donde se impondrá sin paliativos la doctrina de la soberanía parlamentaria. Sin embargo, el pensamiento del Juez Coke no será olvidado en las colonias inglesas de los territorios

<sup>1</sup> Cfr. al efecto, Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1978 (ristampa inalterata), pp. 34-41.

de América del Norte. La reivindicación del juez Coke en orden a la atribución a los jueces de la tarea de garantizar la supremacía del *common law* frente a los posibles arbitrios del rey y del Parlamento será plenamente recepcionada en las Colonias, primero, y en el nuevo Estado independiente, más tarde. Y si los jueces, en un primer momento, se habían encargado de velar por las cartas coloniales, una suerte de normas constitucionales de las Colonias, aprobada la Constitución de 1787, a la que, como es sobradamente conocido, se dota de una *supremacy clause*, no deberá extrañar que esos mismos jueces se encarguen ahora de velar por la primacía de la Constitución, que operará, como dice Luther,<sup>2</sup> como *superior paramount law* que debe ser *looked into by the judges*. Velar por la Constitución será tanto como salvaguardar la libertad y un amplio conjunto de valores sobre los que se asienta la convivencia social, y, por lo mismo, el gobierno de la colectividad, un “gobierno limitado” por la Constitución, un *constitutional government*, como lo definió Wilson<sup>3</sup> a principios del siglo XX.

<sup>2</sup> Luther, Jörg, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Turín, G. Giappichelli editore, 1990, p. 24.

<sup>3</sup> Wilson, Woodrow, *Constitutional Government in the United States*, Columbia, 1908. Obra ésta, como es sabido, que agrupa las conferencias dictadas por su autor, en 1907, en la Universidad de Columbia.

De lo que acaba de decirse pareciera desprenderse la idea de que la justicia constitucional es hija de la cultura del constitucionalismo, esto es, de una concepción de la democracia que en cuanto sustentada en un conjunto de valores sociales presididos por la idea y el valor de la libertad, propicia un “gobierno limitado” por la Constitución, entendida como *higher law*.

Ahora bien, si se tiene en cuenta, como afirma Baldassarre,<sup>4</sup> que la Constitución votada por el pueblo norteamericano (“We, the people...”) no es otra cosa que el *pactum associationis vel subiectionis* del iusnaturalismo, y iusnatural es asimismo el complejo armazón del sistema constitucional establecido: una forma de gobierno basada en el principio de *checks and balances*, dirigida a prevenir la tiranía de la mayoría y a evitar que los poderes de decisión política asumieran formas y contenidos arbitrarios, se puede llegar a la conclusión de que el pensamiento contemporáneo sobre la defensa de las normas constitucionales es heredero de una larga y persistente tradición a través de los siglos, pues en el fondo, como bien advierte Fix-Zamudio,<sup>5</sup> no es sino un

<sup>4</sup> Baldassarre, Antonio, “Parlamento e giustizia costituzionale nel diritto comparato”, texto mecanografiado, pp. 3 y 4.

<sup>5</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La Constitución y su defensa” (ponencia general), en el colectivo, *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, pp. 11 y ss., en concreto, p. 12.

reflejo de la permanente lucha de los seres humanos por su libertad frente al poder político, a través de un orden jurídico superior. Y esta idea intemporal sigue teniendo plena vigencia, como, por lo demás, corrobora la imbricación entre la justicia constitucional y la democracia, con su corolario de la incompatibilidad entre la primera y los regímenes dictatoriales o autoritarios.<sup>6</sup>

Desde esta perspectiva, la mundialización de la justicia constitucional, rasgo característico del último cuarto del siglo XX, adquiere su más plena comprensión, pues entonces se pone en estrecha sintonía con la universalidad de la idea de libertad, con la expansión sin fronteras de un sentir que ve en el respeto de la dignidad de todo hombre y de los

<sup>6</sup> Recuerda Cappelletti cómo, recepcionada la justicia constitucional en la República de Weimar, por la vía del modelo difuso, tras el famoso fallo del *Reichsgericht* (Tribunal Supremo), de 4 de noviembre de 1925, sustentado no en una precisa norma constitucional, sino en la intrínseca fuerza del principio de que, si en la jerarquía de las fuentes va primero la norma constitucional, ésta debe prevalecer sobre la norma ordinaria, la justicia constitucional desaparecerá de inmediato en la Alemania del *Führer*. Y otro tanto podrá afirmarse en la Austria del *Anschluss* y en la España de Franco. Cappelletti, Mauro, “El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo”, en la obra del propio autor *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 193 y ss., en particular, p. 197.

derechos inviolables que le son inherentes, la regla rectora de todo gobierno democrático y de cualquier convivencia social civilizada.

Bien significativo es al respecto el hecho de que la caída de gobiernos autoritarios siempre haya ido seguida de la creación de mecanismos de justicia constitucional, como testimonian, entre otros muchos casos, Alemania, Italia y Japón tras la Segunda Guerra Mundial, los países de la Europa meridional (Grecia, Portugal y España), tras la caída de sus sistemas autoritarios de gobierno, gran número de países de América Latina, tras la desaparición de sus gobiernos militares, y los países de Europa oriental, tras la desaparición de los sistemas comunistas.

Esta expansión sin límites de la justicia constitucional, como no podía acontecer de otro modo, ha incidido frontalmente sobre la clásica contraposición bipolar a la que durante bastante tiempo trataron de ser reconducidos los distintos sistemas de justicia constitucional: el sistema americano y el europeo-kelseniano, o si se prefiere, el modelo de la *judicial review of legislation* y el de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

Esta bipolaridad ya quedó sustancialmente afectada a raíz de los originales modelos de justicia constitucional creados tras la segunda posguerra en Italia y Alemania, en cuanto que los mismos partie-

ron de una idea de Constitución muy próxima a la norteamericana, configuraron a sus respectivos tribunales constitucionales como una jurisdicción más que como un “legislador negativo” en la línea kelseniana, aunque esta idea-fuerza siguiera estando presente y a la misma se anudaran ciertas consecuencias jurídicas, y, finalmente, introdujeron un elemento difuso en un modelo de estructura y organización concentrada, como consecuencia de la constitucionalización (artículo 100 de la *Bonnergrundgesetz* —Ley Fundamental de Bonn—, y 134 de la Constitución italiana) del instituto procesal de la cuestión de inconstitucionalidad (las denominadas en Italia *questioni di legittimità costituzionale*).

## II. PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD ANALÍTICA DE LA BIPOLARIDAD “MODELO AMERICANO *VERSUS* MODELO EUROPEO-KELSENIANO”

La enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos, supuestamente contrapuestos antaño, de los dos tradicionales sistemas de control de la constitucionalidad de los actos del poder.



La resultante de todo ello es la pérdida de gran parte de su utilidad analítica de la tan generalmente asumida bipolaridad “modelo americano *versus* modelo europeo-kelseniano”. Como dice Rubio Llorente,<sup>7</sup> hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre algunos de ellos y el norteamericano.

Consecuentemente con lo anterior, se hace necesaria la búsqueda de una nueva tipología que nos ofrezca una mayor capacidad analítica de los sistemas de justicia constitucional.

La nueva tipología que proponemos, anticipémoslo ya, aunque sustentada en un conjunto de variables en su mayor parte dicotómicas, encaminadas a mostrar con un cierto grado de abstracción, que ha de propiciar a su vez una más amplia capacidad analítica, la heterogeneidad y complejidad de los sistemas de control de constitucionalidad de los actos de poder, se ha de asentar en la diferenciación primaria entre el control de constitucionalidad de la ley y aquel otro control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley. La primera

<sup>7</sup> Rubio Llorente, Francisco, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en la obra colectiva, *Manuel Fraga. Homenaje académico*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997, vol. II, pp. 1411 y ss., en particular, p. 1416.

modalidad de control presupone que el control de constitucionalidad se pone en manos de la jurisdicción constitucional en ausencia no ya de un litigio preexistente ante un juez ordinario, sino, más ampliamente aún, de todo conflicto de intereses. Como es obvio, el control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley presupone justamente lo contrario.