

CAPÍTULO TERCERO

LA OBSOLESCENCIA DE LA CLÁSICA POLARIDAD “SISTEMA AMERICANO” *VERSUS* “SISTEMA EUROPEO-KELSENIANO”

I. Los binomios contrapuestos de Calamandrei.	25
II. El valor explicativo de los adjetivos <i>difuso</i> y <i>concentrado</i> ha perdido importancia en la actualidad	27
III. La reforma constitucional austriaca de 1929 y la cuestión de inconstitucionalidad	28
IV. El constitucionalismo europeo de la segunda posguerra: su profundización en la dirección trazada en Austria en 1929	33
V. Relatividad de la diferenciación concerniente al carácter incidental o principal del control de la constitucionalidad . .	35

VI. Relatividad de la diferenciación atinente a los efectos de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de la norma impugnada	41
VII. La disminución de la distancia que antaño separaba la eficacia del precedente en Norteamérica respecto de los efectos <i>erga omnes</i> de las sentencias de los tribunales constitucionales	45
VIII. Efectos retroactivos (<i>ex tunc</i>) de las declaraciones generales de inconstitucionalidad de algunos tribunales constitucionales europeos	48
IX. Aproximación de las funciones de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos a las de los tribunales constitucionales europeos	52
X. Función creadora de los tribunales constitucionales europeos	55

CAPÍTULO TERCERO

LA OBSOLESCENCIA DE LA CLÁSICA POLARIDAD “SISTEMA AMERICANO” VERSUS “SISTEMA EUROPEO-KELSENIANO”

I. LOS BINOMIOS CONTRAPUESTOS DE CALAMANDREI

En una caracterización bien conocida, Calamandrei²² vino a connotar por una serie de binomios contrapuestos a los dos grandes sistemas de control de constitucionalidad (o de legitimidad constitucional, en la expresión italiana): el sistema judicial o difuso (*judicial review of Legislation*) y el sistema autónomo o concentrado (la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana).

²² Calamandrei, Piero, “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en su obra *Instituciones de derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Librería El Foro, 1996, vol. III, pp. 21 y ss.; en concreto, pp. 32 y 33.

El *sistema difuso* era caracterizado como incidental (sólo lo puede proponer en vía prejudicial quien es parte en una controversia concreta), *especial* (la declaración de inconstitucionalidad conduce tan sólo a negar la aplicación de la ley al caso concreto) y *declarativo* (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente y, por tanto, con efectos *ex tunc*), y obviamente presupone que todos los órganos jurisdiccionales (de la autoridad judicial, como dice Calamandrei) puedan ejercitarlo.

El *sistema concentrado*, además de ser ejercido tan sólo por “un único y especial órgano constitucional”, es caracterizado como *principal* (el control se propone como tema separado y principal de la petición, cuestionando directamente la legitimidad de la ley en general, sin esperar que se ofrezca la ocasión de una controversia especial), *general* (la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidación de la ley *erga omnes*, haciéndole perder para siempre su eficacia normativa general) y *constitutivo* (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como anulación o ineficacia *ex nunc*, que vale para el futuro, pero respeta en cuanto al pasado la validez de la ley inconstitucional).

II. EL VALOR EXPLICATIVO DE LOS ADJETIVOS *DIFUSO Y CONCENTRADO* HA PERDIDO IMPORTANCIA EN LA ACTUALIDAD

La virtualidad didáctica de los adjetivos “difuso” y “concentrado” es grande; de ello no cabe la menor duda. Sin embargo, hoy no se puede decir que retraten la realidad de la institución considerada, por lo que su valor explicativo es bastante dudoso.

Más aún, incluso desde una perspectiva histórica resulta que la completa vigencia práctica de los postulados teóricos en que se sustentaba la bipolaridad sistema difuso/sistema concentrado o, con más rigor, *judicial review of Legislation/Verfassungsgerichtsbarkeit*, fue más bien escasa, produciéndose muy pronto una cierta relativización de algunos de sus rangos más característicos. No será necesario esperar a la nueva concepción sustentada por los constituyentes europeos de la segunda posguerra, si bien a partir de este momento el proceso relativizador de los binomios precedentemente citados se acentuará de modo notable. En efecto, ya la muy relevante reforma constitucional austriaca de 1929 (la *Zweite Bundesverfassungsnovelle*, del 7 de diciembre de 1929) agrietará la supuesta solidez de las diferencias binomiales. A juicio de Cappelletti,

que compartimos, tras la *Novelle*, el sistema austriaco-kelseniano presenta ya un carácter híbrido.²³

Por lo demás, una opinión doctrinal muy extendida en nuestros días, si es que no casi generalizada, subraya la existencia de una clara tendencia convergente entre los dos clásicos modelos. Es el caso, entre otros muchos, de Cappelletti,²⁴ para quien el control jurisdiccional de las leyes, en su funcionamiento en el mundo contemporáneo, revela el hundimiento de las antiguas dicotomías, hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno solo, en proceso, en definitiva, de unificación.

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL AUSTRIACA DE 1929 Y LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El primero de los rasgos diferenciales entre ambos modelos atañe al órgano legitimado para llevar a cabo el control. Es de sobra sabido que en el siste-

²³ Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità...*, cit. nota 1, p. 95.

²⁴ Cappelletti, Mauro, “Judicial Review on Comparative Perspective”, *California Law Review*, vol. 58, núm. 5, octubre de 1970, pp. 1017 y ss. Manejamos la traducción francesa, “Le contrôle juridictionnel des lois en Droit comparé”, en la obra de recopilación de artículos del propio autor, *Le pouvoir des juges*, París, Economica-Presses Unviersitaires d’Aix-Marseille, 1990, pp. 179 y ss.; en concreto, p. 213.

ma norteamericano todos los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes con ocasión de las controversias o litigios suscitados ante ellos. En el sistema austriaco-kelseniano, un órgano *ad hoc* es el encargado de llevar a cabo el control de constitucionalidad, que, de esta forma, es monopolizado por el Tribunal Constitucional.

Este monopolio, aunque formalmente no se vea alterado, sufrirá un embate considerable con la ya mencionada reforma constitucional austriaca de 1929. Ya el texto de 1920 (artículo 89.2) habilitaba a los tribunales, en el caso de que les surgieran dudas acerca de la ilegalidad de un reglamento que hubieren de aplicar, para suspender el procedimiento y requerir al Tribunal Constitucional su anulación por un vicio de ilegalidad. Sin embargo, el planteamiento de esta cuestión se circunscribía a los reglamentos, no abarcando a las leyes.

La reforma constitucional de 1929, que daba una nueva redacción al artículo 140 de la Constitución, ampliaba la legitimación para recurrir las leyes ante el *Verfassungsgerichtshof* (VfGH), por vicios de inconstitucionalidad, al Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) y al Tribunal de Justicia Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). Cualquier parte de una “litis” o controversia de la que estuviera conociendo uno de esos dos altos órganos jurisdicciona-

les ordinarios podía plantear ante ellos el problema de la constitucionalidad de una ley aplicable al caso concreto, si bien la cuestión constitucional propiamente dicha se había de plantear por la exclusiva decisión del alto órgano jurisdiccional.²⁵

El origen de esta reforma se ha visto²⁶ en la facultad de que dispuso el VfGH, desde su diseño inicial en 1920, de proceder de oficio al control de constitucionalidad de una ley o de un reglamento, cuando hubiere de aplicar una de esas normas en otro caso distinto pendiente de su conocimiento. Sin embargo, y al menos adicionalmente, a nuestro entender, no puede olvidarse aquí la nítida postura kelseniana favorable a la fórmula acuñada constitucionalmente en 1929, en la que el gran jurista nacido en Praga ve un cauce para la introducción de una muy atenuada *actio popularis*.

²⁵ “Las partes, diría Kelsen (en *El control de la constitucionalidad de las leyes*, cit. nota 18, p. 88), no tenían derecho a exigir tal proceso. Era exclusivamente el interés público protegido por los tribunales y no el interés privado de las partes, lo que era decisivo desde el punto de vista procesal”.

²⁶ Öhlinger, Theo, “La giurisdizione costituzionale in Austria”, *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, diciembre de 1982, pp. 535 y ss., en concreto, p. 542.

Recordemos ahora que Kelsen, en 1928, admitía²⁷ que la mayor garantía en orden al desencadenamiento del procedimiento de control de constitucionalidad consistía ciertamente en la previsión de una *actio popularis*, de acuerdo con la cual el VfGH habría de proceder al control a instancias de cualquiera. “C’est incontestablement de cette façon que l’intérêt politique qu’il y a à l’élimination des actes irréguliers recevrait la satisfaction la plus radicale”. A partir de tal reconocimiento, Kelsen considera no recomendable esta solución, porque la misma entrañaría un muy considerable peligro de acciones temerarias “et le risque d’un insupportable encombrement des rôles”.²⁸ Sin embargo, casi de inmediato, el jurista de la Escuela de Viena se manifiesta favorable a un acercamiento del recurso de inconstitucionalidad a la *actio popularis*, a cuyo efecto postulará que se permita a las partes de un proceso judicial o administrativo provocar tal con-

²⁷ Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle...”, *cit.* nota 20, p. 245.

²⁸ En análogo sentido, Charles Eisenmann, uno de los más fieles seguidores y discípulos de Kelsen, de modo rotundo, consideraba que la prohibición de la vía directa a los particulares constituía una necesidad práctica casi absoluta. Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*, ed. de 1928, París, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, p. 188.

trol de constitucionalidad frente a actos de autoridades públicas (resoluciones judiciales o actos administrativos) cuando entendieren que tales actos, aun siendo inmediatamente regulares, se hubieren realizado en ejecución de una norma irregular (ley inconstitucional o reglamento ilegal). Se trataría, en definitiva, como reconoce Kelsen,²⁹ no de un derecho a recurrir abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del Tribunal Constitucional.

En definitiva, la reforma constitucional de 1929, aun no rompiendo formalmente el monopolio del control de constitucionalidad por parte del VfGH, alteraba el significado del mismo, convirtiéndolo en un monopolio de rechazo por cuanto, de algún modo, los dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios que quedaban legitimados para plantear ante el Tribunal Constitucional la pertinente “demanda” (en los términos del artículo 140.1 de la Constitución),³⁰ antes de decidir su planteamiento, debían ló-

²⁹ Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle...”, *cit.* nota 20, p. 246.

³⁰ Manejamos el texto publicado en la obra de Boris Mirkin-Guetzévitch, *Las nuevas Constituciones del mundo*, Madrid, Editorial España, 1931. El texto de la Ley constitucional federal del 7 de diciembre de 1929 puede consultarse en las pp. 177 y ss.

gicamente llevar a cabo un primer juicio de constitucionalidad en el que sustentan el planteamiento de la cuestión. Como bien señala Rubio Llorente,³¹ la cuestión de inconstitucionalidad implica siempre un doble juicio de constitucionalidad: uno provisional y negativo, efectuado por el juez o tribunal que la suscita, y otro, definitivo y coincidente o no con aquél, que es el que lleva a cabo el Tribunal Constitucional. De ahí que allí donde existe el instituto procesal conocido en España como “cuestión de inconstitucionalidad” se afirme que el Tribunal Constitucional sólo dispone de un monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales (que en el caso austriaco habría que ampliar a los reglamentos ilegales).

IV. EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO DE LA SEGUNDA POSGUERRA: SU PROFUNDIZACIÓN EN LA DIRECCIÓN TRAZADA EN AUSTRIA EN 1929

El constitucionalismo europeo de la segunda posguerra ha profundizado en esta dirección. Como des-

³¹ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 588.

taca Pizzorusso,³² una de las novedades emergentes de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda posguerra es la constatación de la posibilidad de combinar la técnica del control incidental (de tipo norteamericano) con la técnica del control concentrado (de tipo austriaco-kelseniano) mediante el empleo del instituto procesal de la *pregiudizialità*, esto es, mediante la facultad que algunos ordenamientos reconocen a los órganos jurisdiccionales ordinarios, no para decidir autónomamente las cuestiones constitucionales, pero sí para elevar a la decisión del Tribunal Constitucional normas sospechosas de vulnerar la Constitución, que hayan de ser aplicadas en una litis concreta de la que estén conociendo.

Alemania, Italia y España nos ofrecen buen ejemplo de esta técnica. Y otro tanto se puede decir de Austria, en donde una nueva reforma constitucional de 1975 vino a legitimar, en orden al desencadenamiento del control por parte del VfGH, a todos los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, lo que encerraba una enorme relevancia en aquellos supuestos en que no estaba previsto un recurso ante el Tribunal Supremo. Si se advierte que

³² Pizzorusso, Alessandro, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, diciembre de 1982, pp. 521 y ss.; en concreto, p. 522.

siempre es posible un recurso contra una sentencia dictada en primera instancia, se puede comprender, como constata Öhlinger,³³ que la reforma de 1975 abrió posibilidades prácticamente ilimitadas de control de constitucionalidad de las leyes con ocasión de su aplicación.

En definitiva, este instituto procesal ha venido a hacer partícipes del proceso de control de constitucionalidad de las leyes a todos los jueces, relativizando de esta forma el primer binomio diferencial que separa los dos grandes modelos. Sin embargo, su impacto aún será más amplio.

V. RELATIVIDAD DE LA DIFERENCIACIÓN CONCERNIENTE AL CARÁCTER INCIDENTAL O PRINCIPAL DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Una segunda diferencia entre ambos sistemas atañe al carácter incidental o principal del control. En el sistema de la *judicial review of Legislation*, la ley sospechosa de inconstitucionalidad no es susceptible de impugnación directa. La presunta inconstitucionalidad sólo puede hacerse valer como cuestión

³³ Öhlinger, Theo, *La giurisdizione costituzionale in Austria*, cit. nota 26, p. 543.

incidental de cuya resolución depende la decisión que sobre el caso principal ha de adoptar el juez competente por quien es parte en una controversia concreta. El control tiene, pues, carácter incidental o, como otros sectores doctrinales sostienen, quizá con mayor impropiedad, el control se lleva a cabo a través de la vía procesal de la excepción de inconstitucionalidad.

En el sistema europeo-kelseniano de la *Verfassungsgerichtbarkeit*, el procedimiento ante el Tribunal Constitucional se inicia mediante la presentación de una acción o recurso de inconstitucionalidad. Nos hallamos, pues, ante un procedimiento de impugnación directa, en vía principal. La impugnación no se vincula a la existencia de una litis, facilitándose de esta forma la anulación de leyes inconstitucionales que, sin embargo, pueden no suscitar controversia, si bien, por lo general (si bien ello admite excepciones), dentro de un determinado plazo.

En 1942, Kelsen sostuvo³⁴ que la mayor diferencia entre el sistema norteamericano y el austriaco radicaba en el procedimiento a través del cual una ley podía ser declarada inconstitucional por el órgano competente, subrayando el hecho de que, en principio, en el sistema americano sólo la violación

³⁴ Kelsen, Hans, *El control de la constitucionalidad de las leyes*, cit. nota 18, p. 87.

del interés de un particular podía desencadenar el procedimiento de control constitucional, lo que de alguna forma significaba la postergación del interés público que el control de constitucionalidad de las normas entraña, que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas.

Ciertamente, el control, en el sistema americano, se ha vinculado siempre a la previa existencia de una controversia. Hughes³⁵ recuerda cómo la Supreme Court ha rechazado las insinuaciones del Congreso para que opinase sobre cuestiones constitucionales cuando no tenía que decidir un *case* o una *controversy* reales. En tal sentido se pronunciaría, por ejemplo, en 1911, en el Caso *Muskrat vs. United States*. Sin embargo, como el propio Kelsen recuerda,³⁶ una Ley del 24 de agosto de 1937 “para

³⁵ En el caso a que alude Hughes (*Muskrat vs. U.S.*), el Tribunal Supremo decidió que el Congreso no se hallaba facultado para aprobar una ley que atribuía competencia al Tribunal de Reclamaciones (*Court of Claims*) y, en apelación, al Tribunal Supremo, para decidir sobre la validez de las leyes del Congreso relativas a asuntos de los indios, sin un “caso” o “controversia”, únicos asuntos a los que, según la Constitución, se extiende el Poder Judicial. Hughes, Charles Evans, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2a. ed. española, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 54.

³⁶ Kelsen, Hans, “Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine”, *cit.* nota 18, p. 25.

proveer la intervención del Gobierno de los Estados Unidos, en apelación directa al Tribunal Supremo y la regulación de la expedición de *injunctions* en algunos casos referentes a la constitucionalidad de las leyes del Congreso y para otros propósitos”, vino a reconocer el interés público en el control jurisdiccional de las leyes federales. Esta Ley concedió al Ejecutivo el derecho de recurrir ante el Tribunal Supremo una sentencia por la que una ley federal fuera declarada contraria a la Constitución, lo que posibilitaba al Ejecutivo federal el derecho de intervenir en cualquier acción entre particulares, convirtiéndose en una de las partes a los efectos de la presentación de pruebas y de la argumentación de la cuestión constitucional. Ello significaba una cierta relativización de la diferencia advertida por Kelsen y anteriormente mencionada.

Pero aún hay algo más. La recepción constitucional en algunos ordenamientos europeos de la segunda posguerra de la cuestión de inconstitucionalidad entraña la introducción de un elemento incidental en un sistema concentrado en el que el control tiene carácter principal. Ello es importante porque, como advierte Pizzorusso,³⁷ va a atribuir carácter “concreto” al control realizado por el Tribunal

³⁷ Pizzorusso, Alessandro, “I sistemi di giustizia costituzionale...”, *cit.* nota 32, p. 525.

Constitucional cuando conoce de una cuestión de inconstitucionalidad.

Bien es verdad, añadiríamos por nuestra cuenta, que este carácter “concreto”, contrapuesto a la “abstracción” ínsita en el carácter principal del control, sólo puede admitirse en un sentido impropio que se vincula con el planteamiento de la cuestión.

La abstracción significa que el proceso de constitucionalidad surge al margen de un caso judicial. La concreción deriva de la relación de prejudicialidad que, en conexión con la “relevancia” (constatada en el oportuno “juicio de relevancia”) de la cuestión de inconstitucionalidad, se establece entre los dos juicios con base en que mientras en uno tal norma constituye el objeto del control de constitucionalidad, en el otro, es tal norma la que ha de ser aplicada en orden a la resolución del caso, lo que vincula la decisión del Tribunal Constitucional a un caso concreto en cuyo ámbito la norma controlada ha de encontrar aplicación.

Esta concreción en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad convive con la abstracción del enjuiciamiento llevado a cabo por el Tribunal Constitucional. Éste no va a dejar de confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción a través de un conjunto de operaciones lógico-silogísticas. Sin em-

bargo, como bien se ha señalado,³⁸ la concreción en el planteamiento de origen no parece que haya de carecer de una cierta repercusión en el propio juicio constitucional, pues, llegado el momento de determinar el sentido de los enunciados normativos, puede llegar a ejercer un cierto influjo, por pequeño que sea, el caso litigioso en suspenso en el que se ha suscitado el problema de constitucionalidad y sobre el que posteriormente se ha de pronunciar el juez *a quo*.

Ello constituye una prueba más del progresivo entremezclamiento de elementos de uno y otro sistema, prueba que se acentúa si se advierte que en algunos países, como es el caso de Alemania, los jueces ordinarios han venido controlando la constitucionalidad de las leyes preconstitucionales, y que en otros varios, como acontece en España, a esos mismos órganos jurisdiccionales ordinarios corresponde, por la vía del control de legalidad, controlar la constitucionalidad de las normas infralegales.

³⁸ Jiménez Campo, Javier, “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, en el colectivo, *La jurisdicción constitucional en España. (La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994)*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 71 y ss.; en concreto, pp. 77 y 78.

VI. RELATIVIDAD DE LA DIFERENCIACIÓN ATINENTE A LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPUGNADA

Una última y doble diferencia atañe a la extensión y naturaleza de los efectos de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

En el modelo americano, en sentido estricto, el juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente, por lo que se limita a inaplicar la ley que considera contradictoria con la Constitución (sentencia declarativa). En sintonía con ello, los efectos de la declaración son retroactivos (*ex tunc*) y, dado el carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto (*inter partes*); dicho de otro modo, y en términos de Calamandrei, se trata de un control “especial”, no “general”.

En la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales no ejerce propiamente una verdadera función jurisdiccional, aunque tenga, por la independencia de sus miembros, la organización de un tribunal. A partir de la diferencia que Kelsen considera determinante entre la función jurisdiccional y la función legislativa: mientras la última crea nor-

mas generales, la primera no crea sino normas individuales, el maestro de la Escuela de Viena resuelve el problema del significado de la anulación de una ley decidida por el Tribunal. Aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes inconstitucionales, sostendrá Kelsen,³⁹ el Tribunal Constitucional no genera, sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que oficia de legislador negativo. En definitiva, la decisión del Tribunal de anular una ley tiene el mismo carácter que una ley abrogativa de otra norma legal. Es un acto de legislación negativa.

En la caracterización del Tribunal como “legislador negativo” no se ha de ver, como advierte Giovannelli,⁴⁰ una acentuación del carácter político de la función desempeñada por el VfGH, sino más bien el intento kelseniano de asimilarla a la función legislativa, con vistas, particularmente, al otorgamiento de efectos *erga omnes* al pronunciamiento

³⁹ Kelsen, Hans, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1931. Manejamos el texto traducido por Roberto J. Brie, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 36 y 37.

⁴⁰ Giovannelli, Adriano, “Alcune considerazioni sul modello...”, *cit.* nota 15, pp. 388 y 389.

del juez constitucional y a la exclusión de la fuerza retroactiva de la resolución judicial, es decir, a dotar a la sentencia constitucional de efectos *ex nunc*. Kelsen⁴¹ consideró que difícilmente podía justificarse tal fuerza retroactiva, no sólo por las consecuencias criticables de todo efecto retroactivo, sino, especialmente, porque la decisión concernía a un acto del legislador, y éste también estaba autorizado para interpretar la Constitución, aun cuando estuviese sometido en este aspecto al control del Tribunal Constitucional. En definitiva, mientras el juez constitucional no declarase inconstitucional una ley, la opinión del legislador, expresada en un acto legislativo, tenía que ser respetada. De todo ello se infería, como es obvio, la naturaleza constitutiva de las sentencias de inconstitucionalidad.⁴²

La primera relativización que debe ser advertida con relación a esta pareja de binomios caracterizadores de uno y otro sistema atañe al sistema ameri-

⁴¹ Kelsen, Hans, “Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative...”, *cit.* nota 18, p. 20.

⁴² Kelsen (en “Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative...”, *cit.* nota 18, p. 20) admite una sola excepción frente a la regla general de exclusión de fuerza retroactiva de la sentencia: la ley anulada por la sentencia constitucional no puede ya ser aplicada al caso que dio lugar al control jurisdiccional y subsiguiente anulación de la ley.

cano. Recordemos, ante todo, que la base de todo el derecho de creación judicial, característico de los sistemas de *common law*, se encuentra en la regla del precedente (*the rule of precedent*), que fundamenta la obligación que pesa sobre el juez de atenerse en sus fallos a los precedentes judiciales o normas elaboradas por los órganos jurisdiccionales con anterioridad (*stare decisis et quia non move-re*). De esta forma, aunque formalmente los efectos se circunscriben a las partes de la litis, la incidencia del principio *stare decisis* puede llegar a alterar notablemente este rasgo. La vinculación del precedente se acentúa aún más con relación a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores. Así, la existencia de un Tribunal Supremo único, cual, a diferencia de otros países, como Alemania, acontece en los Estados Unidos, y la obligación de seguir los precedentes establecidos por los tribunales jerárquicamente superiores, otorga al sistema norteamericano, en el punto que nos ocupa, una operatividad semejante a la de un control en vía principal, terminando, indirectamente, por desencadenar una verdadera eficacia *erga omnes*, análoga a la de la abrogación de la ley, bien diferente a la de una mera desaplicación de la ley en un caso singular con la posibilidad, empero, de que en otros supuestos la ley sea nuevamente aplicada. Como afir-

ma Cappelletti,⁴³ ciertamente, si una ley es inaplicada por el Tribunal Supremo norteamericano por considerarla inconstitucional, la ley, formalmente, continuará formando parte del ordenamiento jurídico, pero la regla del *stare decisis* la convertirá en letra muerta. En definitiva, la inaplicación, en la realidad, se transforma en anulación, que, según precisa de nuevo Cappelletti,⁴⁴ es “définitive, incontestable, et qui vaudra pour toute espèce à venir”.

VII. LA DISMINUCIÓN DE LA DISTANCIA QUE
ANTAÑO SEPARABA LA EFICACIA
DEL PRECEDENTE EN NORTEAMÉRICA
RESPECTO DE LOS EFECTOS *ERGA OMNES*
DE LAS SENTENCIAS
DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Un nuevo elemento de convergencia entre ambos sistemas, en relación con el binomio inmediatamente antes referido, puede apreciarse en la disminución de la distancia que antaño separaba la eficacia del precedente en Norteamérica, en virtud de la regla del *stare decisis*, de la eficacia de los efec-

⁴³ Cappelletti, Mauro, “Le contrôle juridictionnel des lois en droit comparé”, *cit.* nota 24, pp. 202 y 203.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 203.

tos *erga omnes* de las sentencias de los tribunales constitucionales. Ello ha sido posible porque el contenido de muchos de los pronunciamientos de estos últimos órganos es básicamente interpretativo.

El *horror vacui* del juez constitucional se ha traducido en la voluntad de éste de compaginar la provocación de una suerte de *big bang* de los valores constitucionales, facilitando su penetración en todas las ramas del ordenamiento jurídico, con el soslayamiento de la creación simultánea de agujeros negros en el ordenamiento jurídico.⁴⁵ Ello ha conducido a las sentencias interpretativas, que, como subraya Crisafulli,⁴⁶ “sono nate da un’esigenza pratica, e non da astratte elucubrazioni teoriche”. Y esa exigencia práctica es, precisamente, la de evitar vacíos (*vuoti*) en el ordenamiento. Si a ello se añade la aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos (en íntima relación con la exigencia práctica precedente), que a su vez casa a la perfección con el de seguridad jurídica, y el hecho de que algunos tribunales constitucionales han utilizado este tipo de sentencias para tratar de dar una doble interacción

⁴⁵ Di Manno, Thierry, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions ‘interpretatives’ en France et en Italie*, París, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1997, p. 74.

⁴⁶ Crisafulli, Vezio, “La Corte Costituzionale ha vent’anni”, *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXI, 1976, fasc. 10, pp. 1694 y ss., en particular, p. 1703.

interpretativa a las normas constitucionales y a las legislativas, ensamblándolas de modo dinámico,⁴⁷ se puede comprender la gran expansión que este tipo de sentencias ha tenido. Tales sentencias han terminado, en la práctica, por dar lugar a la eficacia del precedente en términos semejantes a como sucede en el modelo norteamericano.⁴⁸

⁴⁷ Silvestri, refiriéndose a la Corte Costituzionale, recuerda que con este tipo de sentencias se ha propiciado una doble interacción hermenéutica: de la norma constitucional sobre la disposición legislativa y de la evolución de las condiciones socioculturales (reflejadas, aunque sólo sea en parte, en la legislación) sobre las mismas disposiciones constitucionales. Silvestri, Gaetano, “Le sentenze normative della Corte Costituzionale”, en el colectivo, *Scritti su la giustizia costituzionale. In onore...*, cit. nota 15, pp. 755 y ss., en particular, p. 757.

⁴⁸ Pizzorusso, Alessandro (en “I sistemi di giustizia costituzionale...”, cit. nota 32, p. 527) ha vinculado la progresiva menor relevancia diferencial entre los dos clásicos sistemas, de la eficacia *erga omnes* de las sentencias estimatorias —y en Alemania, también de las de rechazo—, a la vinculación de la sentencia al hecho con respecto al cual se suscita la cuestión de inconstitucionalidad, circunstancia que tiende a conferir siempre mayor importancia al carácter interpretativo de la sentencia, logrando que su eficacia como precedente sobrepase en importancia a su eficacia de cosa juzgada.

VIII. EFECTOS RETROACTIVOS (*EX TUNC*) DE LAS DECLARACIONES GENERALES DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EUROPEOS

En el sistema europeo-kelseniano, como ya vimos con anterioridad, la eficacia *erga omnes* de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad opera con efectos *ex nunc*, respetando en cuanto al pasado la validez de la ley declarada inconstitucional. Sin embargo, si este rasgo se ha mantenido en Austria, no puede decirse lo mismo de otros países europeos.

En Alemania, cuando el Tribunal Constitucional Federal llega a la conclusión de que una ley es incompatible con la *Grundgesetz*, declara su nulidad, lo que, según la doctrina tradicional, significa que la norma inconstitucional es inválida desde el momento de su creación y, por tanto, inexistente. En consecuencia, como destaca Weber,⁴⁹ la nulidad se retrotrae al momento de creación de la norma y, por ello, se define como nulidad *ex tunc*. La regulación alemana refleja, pues, la doctrina germana de la nu-

⁴⁹ Weber, Albrecht, “Alemania”, en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 53 y ss.; en particular, p. 75.

lidad de la norma desde el momento de su creación, y se opone a la regulación austriaca, que permite retrasar los efectos de la nulidad a un momento posterior.

A este respecto, conviene recordar que ya el mismo Kelsen,⁵⁰ a fin de evitar los inconvenientes dimanantes del vacío jurídico desencadenado por la anulación de una norma, defendería la conveniencia de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un determinado plazo contabilizado a partir de la publicación de la sentencia de anulación. En coherencia con este planteamiento, el artículo 140.3 de la Constitución austriaca habilitó al Tribunal Constitucional para prever una prórroga para la entrada en vigor de los efectos de la sentencia de anulación, prórroga que no podía exceder de seis meses, que en la reforma de 1929 se amplió a un año (según el actual artículo 140.5 de la vigente Constitución austriaca, tal prórroga puede alcanzar los dieciocho meses), y cuya razón de ser, como reconoció el propio Kelsen,⁵¹ era permitir al Parlamento reemplazar la ley cuestionada por una nueva confor-

⁵⁰ Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle...”, *cit.* nota 20, p. 243.

⁵¹ Kelsen, Hans, “El control de la constitucionalidad...”, *cit.* nota 18, p. 84.

me a la Constitución, antes de que la anulación fuere efectiva.

De alguna manera, también en Italia se puede hablar de efectos *ex tunc*. Como señala Romboli,⁵² en la actualidad es absolutamente pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia que la disposición declarada inconstitucional no puede aplicarse en procesos futuros, en el juicio *a quo* ni en los pendientes, con excepción solamente de las denominadas relaciones ya agotadas, esto es, las relativas a decisiones jurisdiccionales, o bien a actos que, en general, ya han aplicado la disposición declarada ilegítima y que ya se han convertido en definitivos al ser firmes o no susceptibles de recurso alguno.

Análoga es la solución que se ha seguido en Bélgica, donde la Cour d'Arbitrage ha recordado en diversas ocasiones el doble alcance temporal de sus sentencias:

Les arrêts d'annulation rendus par la Cour ont autorité absolue de chose jugée à partir de leur publication au *Moniteur belge*. L'annulation a, par

⁵² Romboli, Roberto, "Italia", en Aja Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador...*, cit. nota 49, pp. 89 y ss.; en concreto, p. 118.

ailleurs, effet rétroactif, ce qui implique que la norme annulée, ou la partie annulée de la norme, doit être considérée comme n'ayant jamais existé.⁵³

En España, hoy, se admite de modo bastante generalizado que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal entraña su nulidad y, con ello, su eficacia *ex tunc*, dentro de los márgenes legalmente establecidos: imposibilidad de revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de la ley, disposición o acto inconstitucional, salvo en los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

En definitiva, en este punto concreto, la solución más comúnmente adoptada en los ordenamientos europeos se encuentra mucho más próxima a la acuñada en el modelo norteamericano que a la defendida por Kelsen.

⁵³ Simonart, Henri, “Le contrôle exercé par la Cour d’Arbitrage”, en el colectivo *La Cour d’Arbitrage (actualité et perspectives)*, Bruylant, Bruselas, 1988, pp. 121 y ss.; en concreto, p. 191.

IX. APROXIMACIÓN DE LAS FUNCIONES DE LA CORTE SUPREMA FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS A LAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EUROPEOS

El elenco de circunstancias reveladoras de la notabilísima relativización de las antaño nítidas divergencias antinómicas entre los dos modelos no termina aquí. Algunos otros argumentos pueden aportarse al efecto tanto en relación con la Corte Suprema norteamericana como con los tribunales constitucionales de corte kelseniano.

En el sistema americano, la Supreme Court presenta una configuración cada vez más acentuada como órgano casi exclusivamente de justicia constitucional. Por la vía del *writ of certiorari*, la Supreme Court se ha venido limitando progresivamente a ejercer su control tan sólo en lo concerniente a las cuestiones de mayor relevancia, que son, por lo general, cuestiones constitucionales.

Conviene recordar que el notable aumento del número de casos de que había de conocer el tribunal supremo norteamericano a fines del siglo XIX motivó las quejas de los magistrados por la sobrecarga de trabajo, impeditiva de un desarrollo efectivo de su función. Dos leyes del Congreso trataron de sol-

ventar el problema. La primera, la Ley del Tribunal de Apelación, de 1891, concedió por primera vez a la Supreme Court, jurisdicción discrecional sobre una elevada proporción de casos. La segunda, la Ley Judicial de 1925, dispuso que la mayoría de los casos llegaran al Tribunal en forma de peticiones de revisión, que el Tribunal podía rechazar, en vez de en forma de apelaciones vinculantes. La consecuencia de todo ello sería una considerable ampliación de la capacidad de la Supreme Court para decidir la admisión a trámite.

Una nueva reforma llevada a cabo en 1988 ha eliminado de facto la jurisdicción de apelación, de naturaleza obligatoria, respecto de los tribunales federales. Por todo ello, puede afirmarse que la revisión no constituye una cuestión de derecho, sino de discreción judicial, y únicamente es concedida por el tribunal cuando entiende que existen razones especiales e importantes para ello, lo que le permite una elección *ad libitum* y enteramente discrecional, circunstancia que ha posibilitado que la Supreme Court se convierta en “el árbitro efectivo de la forma de gobierno federal”,⁵⁴ acentuándose por todo ello su rol como órgano político.

⁵⁴ Baum, Lawrence, *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Barcelona, Bosch, 1987, p. 152.

Hace cincuenta años, constataba Baum en 1981,⁵⁵ la mayor proporción de los casos presentados ante el tribunal supremo eran de naturaleza civil. A partir de entonces, los casos penales fueron en aumento. En la actualidad, los casos de naturaleza constitucional dominan la agenda de este Tribunal, y la mayor parte de ellos suscitan temas de libertades civiles.

A la vista de la evolución de la Supreme Court y de su situación actual, se ha podido constatar por amplios sectores de la doctrina⁵⁶ que es grande la proximidad de este órgano con los tribunales constitucionales.⁵⁷

⁵⁵ *Ibidem*, p. 148.

⁵⁶ Este es el caso, entre la doctrina española, de Rubio Llorente, para quien la Supreme Court es, en razón de la selección de los asuntos que ella misma hace, un tribunal constitucional (Rubio Llorente, Francisco, *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*, cit. nota 7, p. 1416). Y en el mismo sentido, entre otros, se manifiesta Pegoraro, para quien “negli ultimi anni, la Corte suprema s’è trasformata... in una vera e propria corte costituzionale e cioè in un organo dotato di competenze specializzate” (Pegoraro, Lucio, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1998, p. 21).

⁵⁷ Mayores matices presenta la posición de Cappelletti, bien que la exprese en 1970. Para el procesalista italiano (en “Le contrôle juridictionnel des lois en droit comparé”, cit. nota 24,

Pero aún puede señalarse algo más. La apertura de vías procesales antes inexistentes, como es el caso, por ejemplo, de la acción declarativa, que posibilita plantear la impugnación de la constitucionalidad de normas legislativas y el empleo de categorías y técnicas decisorias ajenas a la tradición de la Supreme Court, conducen, según un sector de la doctrina,⁵⁸ a que este “Tribunal Constitucional” adopte modos y formas propios de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

X. FUNCIÓN CREADORA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EUROPEOS

Una última reflexión se hace necesaria en esta ocasión con relación a los tribunales constitucionales de corte kelseniano.

pp. 205-206), el tribunal supremo norteamericano y, entre otros, su análogo japonés en la Constitución de 1947, se hallan lejos de equivaler a los tribunales constitucionales europeos, en tanto que su competencia no se limita a cuestiones constitucionales. Esta posición es matizada, por no decir que contradicha, en el mismo trabajo (p. 211), al reconocer Cappelletti que la Supreme Court, por la vía del *writ of certiorari*, se limita cada vez más a ejercer su control tan sólo en las cuestiones más relevantes, que, por lo general, son de naturaleza constitucional, aproximándose así, de hecho, a los tribunales constitucionales europeos.

⁵⁸ Rubio Llorente, Francisco, “Tendencias actuales...”, *cit.* nota 7, p. 1416.

El sistema difuso ha encontrado su mayor receptividad en los sistemas jurídicos de *common law*; ello no obstante, en los sistemas de la familia romano-germánica, como los denomina David,⁵⁹ la *judicial review of Legislation* ha ejercido asimismo una fuerte sugestión, lo que se ha traducido en una cierta transposición, en el *modus operandi* de los tribunales constitucionales europeos, de técnicas jurídicas, y lo que aún importa más, de actitudes mentales que en cierta medida recuerdan a la Supreme Court, que ha sabido forjarse a lo largo de su dilatada historia de los instrumentos idóneos en orden a la asunción de un rol verdaderamente creativo, incluso frente a la resistencia del legislador.

A este respecto, y sin ánimo de entrar ahora en la cuestión que abordaremos más adelante, es del mayor interés recordar el notabilísimo enriquecimiento que han experimentado los fallos de los tribunales constitucionales, que ya no se limitan a una función puramente negativa, sino que han asumido en plenitud una función creadora mediante el recurso a técnicas jurídicas muy dispares, propias de la *judicial review*, como ha sido el caso de la diferenciación entre disposiciones y normas: éstas serían la resultante de un proceso hermenéutico de la dis-

⁵⁹ David, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 7a. ed., París, Dalloz, 1978.

posición que puede conducir a extraer varias normas de una sola disposición, mientras que las disposiciones constituirían la expresión formalizada de la voluntad del órgano del que emana un determinado acto jurídico; dicho de otro modo, y siguiendo el concepto kelseniano, la norma sería el significado de un acto, lo que revela meridianamente que, a la inversa de la disposición, la norma no es una cosa, sino un sentido. A partir de esta diferenciación, los tribunales constitucionales han disociado en muchas ocasiones inconstitucionalidad y nulidad.

Refiriéndose a Italia (referencia, desde luego, extrapolable a otros países), Zagrebelski⁶⁰ ha constatado la notable aproximación entre el modo de funcionamiento de la Corte Costituzionale y el que caracteriza a los sistemas de control difuso, primigeniamente el que rige en los Estados Unidos, donde el tribunal supremo no lleva a cabo un control de la ley con abstracción de su necesidad de aplicación, sino que, a través de una valoración de la conformidad entre fuentes de diverso grado, “si rivolge alla enucleazione della regola da adottare per la risoluzione della controversia in modo costituzionalmente legittimo”. En este modo de proceder, Zagre-

⁶⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 152 y 153.

belsky encuentra la *ultima ratio* que ha conducido a la Corte Costituzionale a admitir una declaración de inconstitucionalidad tan sólo de la norma (no de la disposición de la que aquélla proviene) y a la frecuente utilización de este instrumento.