

## CAPÍTULO PRIMERO

Los sistemas de justicia constitucional. Un esbozo .....	1
I. Preliminar .....	1
II. El modelo estadounidense .....	3
1. Razonamiento de Marshall .....	6
2. Elementos característicos del modelo .....	12
3. Las fases históricas del Tribunal Supremo .....	16
4. Actualidad del modelo y circulación .....	20
III. El modelo austriaco .....	21
1. Razonamiento de Kelsen .....	21
2. Elementos característicos del modelo .....	27
3. Las atribuciones de los tribunales constitucionales de la primera posguerra .....	31
4. Los tribunales constitucionales de la segunda posguerra y sus atribuciones .....	36
5. Democratización, ampliación competencial y circulación de los tribunales constitucionales en la actualidad .....	41
IV. La hibridación de los modelos originales .....	47

## CAPÍTULO PRIMERO

### LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. UN ESBOZO

Una Constitución no es producto de un gobierno sino del pueblo que constituye un gobierno, y el gobierno sin Constitución es poder sin derecho.

Thomas Paine

#### I. PRELIMINAR

El desenvolvimiento histórico de la justicia constitucional es un tema que, sin estar agotado, tiene elementos que la doctrina ha mostrado en toda su magnitud. Por tanto, lo que podemos aportar en este párrafo, más allá de un recuento secuencial de la formación de los modelos desenvueltos en América y Europa en torno a los cuales se ha erigido la institución contemporánea de la justicia constitucional como concepto amplio,<sup>1</sup> es cómo en sus inicios la *Judicial Review* se presentó como un mecanismo de defensa de la supremacía de la Constitución en sentido restringido por su carácter eminentemente concreto; esto es, por la posibilidad de que un juez pudiese

<sup>1</sup> Manuel Aragón distingue los términos de justicia y jurisdicción constitucional. “El primero no está basado en una comprensión formal, sino material, de tal manera que se refiere a la totalidad de la actividad judicial de aplicación de la Constitución, ya sea realizada por tribunales especializados o por tribunales ordinarios, ya sea practicada de manera concentrada o difusa. El segundo, en cambio, se corresponde con un entendimiento formal, de tal modo que se identifica con un tribunal especializado cuyo cometido es aplicar la Constitución...”. Por ser este un esbozo en el cual habrán de analizarse algunas características tanto del modelo americano como del europeo, creemos más oportuno utilizar en todo el trabajo el primero de los términos propuestos por el autor. “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, p. 166.

desaplicar una norma por considerarla contraria a la Constitución únicamente al fragor de una controversia litigiosa y de manera incidental. Contrario a lo acontecido por el modelo de control concentrado que apareció por primera ocasión en su manifestación orgánica más consistente en la Constitución austriaca de 1920, donde la noción de control se ve notablemente ampliada por su naturaleza abstracta, debido a que sin estar sometidos a un juicio propiamente dicho, existe la posibilidad de demandar la inconstitucionalidad de una ley.

Lo que pretendemos destacar en este apartado es precisamente la metamorfosis de una primera concepción de control organizada institucionalmente, a otra notablemente ampliada del mismo. El hilo de nuestro razonamiento tratará de demostrar el paulatino acrecentamiento y expansión de esa noción de control hasta ubicar el momento en que las condiciones sociopolíticas y las necesidades jurídicas motivaron la mixtificación de ambos sistemas, para desembocar en el reforzamiento actual de la justicia constitucional cuya cobertura intenta alcanzar la totalidad de manifestaciones que han pretendido y pretenden erigirse en contraposición al orden constitucional.

Lo anterior con el solo objetivo de arribar al conocimiento de la problemática presente, donde la superación de las tres etapas anteriores, claramente identificadas las unas de las otras, han motivado que el juez constitucional —en sentido genérico— se encuentre en la posibilidad de expurgar donde antes no lo hacía, de ir más allá de donde antes iba en la interpretación de la Constitución; de dejar de lado su condición de legislador negativo para ostentar la de legislador *a secas*. En fin, la posibilidad de que el juez intente desentrañar el contenido axiológico de los valores constitucionales con la responsabilidad que supone dotar de contenido político, ideológico o moral a los preceptos constitucionales y el peligro que conlleva tal actitud, puesto que abre la puerta a una eventual neutralización, o en el extremo contrario, a un reforzamiento de la carga ideológica de la Constitución, abriendo el portal que puede conducir a un franco enfrentamiento con el Parlamento que, a diferencia de aquél, se encuentra legitimado directamente por la voluntad democrática del pueblo.

A reserva de abordar la objeción democrática a la justicia constitucional en otro lado, el recorrido histórico que aquí se hace tiene como único objetivo mostrar el fortalecimiento paulatino de las nociones de control tratando de ubicar el momento y las circunstancias históricas que condicionaron su aparición. Ello nos dará una orientación precisa de lo que la defensa de la Constitución ha representado para el Estado constitucional, pero sobre todo

nos ayudará a esclarecer la fase del desenvolvimiento de la justicia constitucional en la actualidad, lo que nos permitirá esbozar los avatares a que se encuentra sometida en el tiempo presente, que sin duda serán los retos que tendrá que afrontar en un futuro inmediato.

El apartado tiene la intención de mostrar cómo la riqueza material de los ordenamientos constitucionales ha condicionado que se introduzcan dentro de ellos sendos instrumentos para defender la supremacía de sus contenidos. La conclusión, que aquí adelantamos, es que en la práctica las instituciones y procedimientos de control, disímiles en América y Europa, han desembocado en resultados similares debido a que su ámbito de protección alcanza a cubrir gran parte de la totalidad de las manifestaciones del poder que pueden ser vulneratorias de la Constitución. Dichos resultados se han obtenido a través del paulatino acercamiento entre las técnicas de uno u otro modelo, fenómeno calificado en reiteradas ocasiones bajo la expresión *hibridación*. Ésta es el resultado de la necesidad de eficientar la eficacia de la institución, intentando conseguirse, como ya hemos dicho, mediante la conjunción de técnicas y métodos de ambos modelos históricos.

Como en la actualidad los sistemas originales no funcionan en el estado puro con el que fueron concebidos, daremos solamente algunas nociones de lo que significa la hibridación para evidenciar cómo se ha ido avanzando en el estudio de la justicia constitucional, a grado tal que entre la doctrina comienzan a manifestarse posiciones a favor de sustituir la clásica contraposición entre el modelo estadounidense y el modelo europeo, a efecto de encuadrar una nueva nomenclatura científicamente más acorde con las mutaciones que se han sucedido.

## II. EL MODELO ESTADOUNIDENSE

La estructuración orgánica del control judicial de las leyes en Estados Unidos de Norteamérica surge históricamente de la mixtificación de un conjunto de elementos liberados en buena medida de los traumas que supuso el rompimiento de los esquemas de dominación política que ancestralmente se fueron unificando y fortaleciendo en Europa, con particular preponderancia en Inglaterra y Francia.

Esa concatenación de elementos tiene que ver con el modo en que se concebía en América y en Europa la idea de Estado y su correspondiente noción de Constitución, con el grado de despersonalización del poder que

existía en cada continente, con la tradición jurídica de la que provenían históricamente y con la particular representación de democracia adoptada, matizada por los teóricos en que se apoyó su estructuración.

La estatización del derecho que se produce a partir del pensamiento de Hobbes en Europa y la aceptación unánime de que sólo es derecho el que proviene del Parlamento, hubo de confrontarse con la idea de la existencia de un derecho natural y, por ende, de una pluralidad de fuentes del derecho, entre ellos el emanado de la función judicial anglosajona —*common law*—, todo ello inmerso en un debate de más largo alcance que tiene que ver con la naturaleza, fundamentación y titularidad de la soberanía.

Estas diferencias fundamentales alcanzaron a la idea misma de Constitución. Mientras que para los estadounidenses la Constitución debía ser suprema por contenerse en ella un pacto social indisponible para los poderes públicos, en Europa, o bien se sostenía la prevalencia de unos usos y costumbres que por su arraigo social no necesitaban estar traducidos en documento escrito pues la misma profundidad de su arraigo constreñía a todos a su respeto y observancia (Inglaterra), o se consideraba el acuerdo momentáneo de un pueblo soberano, activo políticamente, que regía en tanto el mismo sujeto no se decidiese a ejercitar sus potestades de creación constitucional para transformar de nuevo su sistema de organización política (Francia).

El papel y desempeño del Poder Judicial en ambos continentes destaca también como elemento diferenciador. En Francia, la judicatura representaba un mero reflejo de la sociedad estamental,<sup>2</sup> mientras que en Inglaterra se concebía como una organización independiente creadora de derechos, cuya sustancia sería transportada a Norteamérica en esa misma dimensión. Como consecuencia de lo anterior, la función atribuida al juez se entendió en sentidos diversos. Allá como un ente confinado a pronunciar las palabras de la ley de acuerdo con la famosa expresión de Montesquieu,<sup>3</sup> aquí como un ente liberado capaz de desentrañar el contenido intrínseco de las normas, en un entendimiento dispar de otro de los dogmas en que descansa

<sup>2</sup> Vega, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Estudios político constitucionales*, México, UNAM, p. 283; también Cappelletti, Mauro, “El ‘formidable problema’ del control judicial y la contribución del análisis comparado”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 13, 1980, pp. 65-66.

<sup>3</sup> Cappelletti, M., “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 17, 1986, pp. 21 y ss.

la organización liberal: la división de poderes. Ello sin olvidar que en los Estados Unidos el principio fue sustituido por la expresión *checks and balances* que reflejaba en mayor medida la situación de equilibrio que pretendía crearse.<sup>4</sup>

La propia concepción de ley termina por mostrarnos cómo las ideas chocan en el devenir histórico de sus tradiciones jurídicas.<sup>5</sup> La ley en su configuración roussoniana significará, como es de sobra conocido, la expresión de la voluntad general. Para la concepción contraria, antiformalista en extremo, será aquélla que obviando los trámites de su expedición está incrustada en la conciencia de las personas por su contenido material.<sup>6</sup> En este último caso, aun cuando medie ese reconocimiento, no podrá olvidarse que sobre esa ley existe otra de un alcance superior por establecer los mínimos de organización política y las formas de expedición de las leyes mismas.

Sin acudir a detallar cada uno de estos elementos,<sup>7</sup> pues ello se apartaría de lo pretendido en este trabajo, lo cierto es que los modos de configuración de los dos modelos de control que hoy se conocen, el americano y el europeo, aparecidos bajo una distancia de más de un siglo el uno del otro, obedecieron a razones diferenciadas, impulsadas por circunstancias históricas, políticas, sociales, jurídicas y culturales particulares.

Como es bien conocido, el proceso conformador de las colonias inglesas americanas en un Estado constitucional en sentido moderno, vino configurado por la quiebra de los esfuerzos por traspolar al otro lado del Atlántico la soberanía de la nación inglesa. La idea de nación, producto del desenvolvimiento histórico de un proceso añejo, con normas, instituciones y prácticas arraigadas en la conciencia social se desmoronaría una vez acaecida la independencia, para dar lugar a un conjunto de estados soberanos que cederían terreno para constituir una unidad coronada por un ordenamiento fundamental de características totalmente opuestas a las que existían en

<sup>4</sup> Sobre el particular atiéndase a Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder*, ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 19 y ss.

<sup>5</sup> Sobre el particular llama la atención Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 18.

<sup>6</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 4, p. 25.

<sup>7</sup> Para una exposición amplia y detallada de los precedentes históricos que condicionaron la aparición de la justicia constitucional acúdase a los trabajos de Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado*, México, UNAM, 1987; Blanco Valdés, Roberto, *Il valore della Costituzione. Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*, Padua, CEDAM, 1997, esp. pp. 88 y 179.

Inglaterra.<sup>8</sup> Los estadounidenses, tratando de dejar más que clara esa ruptura, optaron por dar consistencia tangible a un ordenamiento que pretendía estatuir poderes limitados en clara actitud precautoria frente al posible desbordamiento del Parlamento, no encontrando solución más adecuada que elevar la Constitución al máximo peldaño normativo para evitar su maleabilidad futura por parte de los poderes que se estaban constituyendo. Surge entonces la cláusula de supremacía que a pesar de explicitarse en el texto será reforzada mediante la expresa mención de la rigidez constitucional.<sup>9</sup>

### 1. *Razonamiento de Marshall*

Dentro de una estructura política coronada bajo la supremacía del orden fundamental, como veremos la característica más importante de la tradición jurídica americana,<sup>10</sup> será el razonamiento lógico del juez Marshall el que concretizará una de las piezas de arqueología constitucional sobre las cuales se ha erigido el Estado constitucional moderno. Como es de sobra conocido y por paradójico que parezca, la Constitución estadounidense no formalizó en ninguno de sus escasos artículos un mecanismo de defensa jurisdiccional de su normativa fundamental.<sup>11</sup> Tuvo que ser, entre otras cosas, la pretensión de extender defensivamente la jurisdicción federal<sup>12</sup> lo que motivó un ejercicio de interpretación para consagrar el axioma en virtud del cual: *Lex superior derogat legi inferiori*.<sup>13</sup> Nos referimos obviamente al famoso caso *Marbury versus Madison* de 1803.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Estados soberanos que, como advierte Pegoraro, tenían Constituciones de carácter rígido. Pegoraro, Lucio, *Lineamenti de giustizia costituzionale comparata*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1998, p. 17.

<sup>9</sup> Sobre la supremacía constitucional como una creación del constitucionalismo americano véase García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 50. También, Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes para una historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 2001, p. 127 y ss.

<sup>10</sup> Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 9, p. 75 y ss.

<sup>11</sup> Véase Cicconetti, Stefano Maria, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1999, p. 6.

<sup>12</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2a. ed. ampliada, Barcelona, Ariel, 1976, p. 312. También Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 3a. ed., Nueva York, Foundation Press, 2000, vol. 1, p. 254.

<sup>13</sup> *Cfr.* Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 2, p. 283.

<sup>14</sup> Una explicación más amplia de la naturaleza del caso *Marbury vs Madison* puede verse en la extraordinaria compilación de Kermit L. Hall titulada *The Supreme Court in*

Para fundamentar la sentencia y confirmar de una vez y para siempre la superioridad normativa de la Constitución, había que indagar en un poder implícito contenido en ésta. A tal conclusión sólo podía arribarse mediante la articulación constitucional de varios de sus artículos,<sup>15</sup> destacando entre ellos el artículo 3o., sección primera y segunda —sobre la competencia del Poder Judicial—, 6o. sección segunda —de la supremacía de la Constitución,<sup>16</sup> que compromete a su vez a los jueces de los estados a atenerse a sus mandatos—, y sección tercera —de la obligación de las autoridades para prometer el sostenimiento de la Constitución—, así como del 5o. —referido a la rigidez de la misma—.<sup>17</sup>

Apoyado en las anteriores disposiciones, el Tribunal Supremo sentenció que ante un eventual conflicto de normas de rango diferenciado debe subsistir la aplicación de aquélla que tiene mayor jerarquía; en obvia, prima la Constitución sobre la ley. Bajo este razonamiento, liso y llano a la luz del pensamiento contemporáneo, pero brillante, innovador y sobre todo decidido para el momento histórico en que se produjo, se erigió histórica-

*American Society*, Nueva York-Londres, Garland Publishing Inc, 2000; una serie compuesta de diez tomos en los que se analizan a conciencia los problemas más relevantes de la corte desde su configuración constitucional hasta la actualidad. Para el caso que nos ocupa pueden ser de utilidad Engdal, David E., “John Marshall’s “jeffersonian” concept of Judicial Review”, *Judicial Review and Judicial Power in the Supreme Court*, t. IV, p. 89 y ss; en el mismo tomo, el trabajo de Hall, Kermit L., “Think Things, not Words. Judicial Review in American Constitutional History”, p. 225 y ss. Asimismo, Snowiss, Sylvia, “From Fundamental Law to the Supreme Law of the Land: A reinterpretation of the Origin of Judicial Review”, p. 263 y ss. Del tomo I titulado *The Supreme Court, in and of the Stream of Power* puede consultarse a Low Bloch, Susan y Marcus, Maeva, “John Marshall’s selective use of History in *Marbury v. Madison*”, p. 251 y ss. Una síntesis en español se encuentra en Fernández Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en García Belaúnde, D., y Fernández Segado, F., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 56 y ss.

<sup>15</sup> La articulación constitucional consiste en la conexión gramatical y sintáctica de las expresiones constitucionales que manifiestan la coherencia lingüística y lógica de las normas fundamentales enunciadas en el texto básico. Cfr. Lucas Verdú, Pablo, *Teoría general de las articulaciones constitucionales*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 27 y ss.

<sup>16</sup> Es interesante reparar en la crítica de Bickel en torno a si la cláusula de supremacía del artículo VI está bien interpretada y también en torno a la teoría de que la competencia de la *Judicial Review* fue usurpada. Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of Politics*, Indianápolis, 1978, p. 8 y ss.

<sup>17</sup> Una explicación detallada de los fundamentos en que se apoyó Marshall para resolver el tan conocido caso puede encontrarse en Tribe, Laurence H., *op. cit.*, nota 12, p. 207 y ss.



mente el principio de la revisión judicial de las leyes.<sup>18</sup> El razonamiento del juez Marshall, empero, va más allá y constituye propiamente un ejercicio de puntualización de lo que la Constitución, en el seno del Estado liberal que se inauguraba en aquel momento, estaba llamada a representar.<sup>19</sup> En este sentido dirá:

La Constitución, o es una ley superior no alterable por los métodos ordinarios, o está equiparada a los actos legislativos ordinarios, y al igual que otras leyes es alterable a discreción de la legislatura. Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si es cierta la última parte, entonces las Constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitado. Ahora bien, una Constitución escrita ha sido considerada siempre como la ley fundamental y superior de la nación, y consecuentemente la teoría de tales gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo. Esta teoría está vinculada a las Constituciones escritas y en consecuencia, ha de ser considerada por este Tribunal como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad.

Si dos leyes están en conflicto entre sí, ha de decidir la aplicación de cada una. Así, si una ley está en oposición a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución son aplicables al caso particular, el Tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso. Tal es la esencia del deber judicial. Si los Tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican, ya que otra cosa sería subvertir el verdadero fundamento de todas las Constituciones escritas. Sería declarar que un acto que, de acuerdo con los principios y teorías de nuestro gobierno, es enteramente nulo, sin embargo, es en la práctica completamente obligatorio, prescribiría límites y declararía que aquellos límites pueden ser rebasados a discreción. Reduciría a la nada lo

<sup>18</sup> Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè Editore, 1968, p. 59.

<sup>19</sup> Sobre Marshall pueden verse las observaciones de Brown-Scott, Wendy, "Justice Thurgood Marshall and the Integrative ideal", en Hall, Kermit L., *The Supreme Court in American Society*, t. II: *The Justices, Judging, and Judicial Reputation*, Nueva York-Londres, Garland Publishing Inc, 2000, p. 1 y ss. En el mismo tomo, Wolfe, Christopher, "John Marshall and Constitutional Law", p. 149 y ss. Igualmente Schwartz, Bernard, "Supreme Court Superstars: The Ten Greatest Justices", p. 315 y ss.

que hemos considerado como el mayor progreso de las instituciones políticas: una Constitución escrita.<sup>20</sup>

La doctrina del juez Marshall puede constituir, sin asomo de duda, un primer esfuerzo intelectual de teorizar sobre la Constitución en su naciente faceta normativa. Destaca en su argumentación la concepción eminentemente liberal de Constitución como límite al poder de parte del pueblo y la supremacía del ordenamiento fundamental que configura a la nación por su cualificación diferenciada de las demás leyes, con la posibilidad de sobreponerse a cualquier acto que pretenda atacar su fuerza jurídica.

El hecho de que la doctrina de la *Judicial Review* no esté cobijada por la Constitución desde el inicio de su vigencia, no quiere decir que sus fundamentos y la oportunidad de su adopción hayan pasado desapercibidos en la Convención Constituyente de 1787 o en sus debates previos.<sup>21</sup> Es ahí donde, inclusive, deben encontrarse los indicios formales que no vestigios de la institución; vestigios que la doctrina con toda razón empeña en mostrar bajo experiencias anglosajonas —por ejemplo en la resolución del *Bonham's case* por el juez Edward Coke—<sup>22</sup> o más ampliamente bajo el desarrollo del pensamiento político y constitucional del hombre en su esfuerzo por arrojarse de una organización política acorde a sus necesidades.<sup>23</sup> El problema es que de seguir un hilo conductor histórico como el que hace parcialmente Cappelletti, las nociones de control judicial de la constitucionalidad podrían retrotraernos más de 2500 años atrás para fijar la vista en determinadas características de la democracia ateniense que desde entonces distinguía

<sup>20</sup> El texto íntegro de la sentencia en lengua castellana se encuentra en Morris, Richard B., *Documentos fundamentales de la historia de los Estados Unidos de América*, México, Limusa, 1986, p. 134 y ss.

<sup>21</sup> Snowiss señala que la *Judicial Review* se desarrolló durante tres distintos periodos. De la independencia de los Estados Unidos a la aparición del *El federalista*, del mismo *federalista* a la interpretación de Marbury y de esa interpretación a la propia de Marshall adoptada en *Marbury vs Madison*. Snowiss, Sylvia, *op. cit.*, nota 14, p. 265 y ss.

<sup>22</sup> Entre otros véase a García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 9, p. 124. Cappelletti, M., *op. cit.*, nota 18, p. 42 y ss. También a Reposo, A., "I prototipi: dal Bonham's case al judicial review of legislation negli Stati Uniti d'America", en Morbidelli, G. *et al.*, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2a. ed., Bolonia, 1997, p. 848 y ss.

<sup>23</sup> Cappelletti se retrotrae al análisis de los teóricos que desde la antigüedad, el medioevo y el periodo contemporáneo intentaron evidenciar la existencia de leyes superiores que en todo caso podían servir de parámetro para confrontarse con las demás de inferior jerarquía. *Cfr. op. cit.*, nota 18, p. 28 y ss.

cierta jerarquía dentro del derecho.<sup>24</sup> No obstante, como acertadamente expresa Pedro de Vega desde una perspectiva formalista, hablar de justicia constitucional sólo cobra sentido en el marco de Constituciones aderezadas con el ingrediente de la rigidez, que es el elemento que permite su diferenciación jerárquica del conjunto de las demás.<sup>25</sup> Es claro que bajo esta óptica, todo estudio sobre el control judicial de las leyes debe partir históricamente de las experiencias norteamericanas previas a la instauración de la Constitución de 1787,<sup>26</sup> de la experiencia posterior a este ordenamiento, y más de un siglo después de la experiencia austriaca y checoslovaca que con el paso del tiempo se extendería por doquier.

Si a mediados del siglo XVIII James Otis y John Adams sentenciaban con toda razón que “una ley contraria a la Constitución es nula” invocando, como señala Pegoraro,<sup>27</sup> el pensamiento del juez Coke, será precisamente en los intentos legitimadores de la Constitución americana, básicamente en

<sup>24</sup> En efecto, en Atenas cualquier ciudadano estaba legitimado para demandar la ilegalidad de las decisiones —leyes o decretos— expedidas por la máxima autoridad política —asamblea o *ekklesia*—, bien por cuestiones técnicas —que hoy pueden ser entendidas como defectos en el procedimiento de creación—, o bien por cuestiones sustantivas, cuando se atacaban los principios democráticos básicos sobre los que se erigía la comunidad ateniense. Lo curioso del caso es que la demanda se dirigía contra el iniciador ante la asamblea de la disposición que se consideraba ilegal para que, de fallar el tribunal en su contra —el tribunal *dikastai* era un órgano político y no jurisdiccional, compuesto por centenares de individuos—, se procediera a fijarle multa, o en algunos casos, a privarle de sus derechos civiles. Lo importante del asunto es que el procedimiento generaba efectos colaterales, esto es, de determinarse la ilegalidad de la ley o decreto automáticamente se anulaban sus efectos, y por ende, dejaban de formar parte de su sistema jurídico. Para esa determinación se llevaba a cabo un proceso en cuyas etapas el iniciador tenía la oportunidad de defenderse frente a un acusador que habría de demostrar los vicios del acto en cuestión. Como es de suponerse, esta práctica histórica puede configurar una de las primeras ideas del control de los actos de los órganos deliberantes de parte de un tribunal, en este caso específico, por un órgano político. Sobre el particular *Cfr.* Hansen, M. H., *The Athenian Democracy in the Age of Demósthene*, Oxford, Basil Blackwell, citado por Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 33 y ss.

<sup>25</sup> Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 2, p. 283. Para mostrar la conexión entre Constitución rígida y control de constitucionalidad y ensalzar la construcción norteamericana, véase Grant, James A. C., “El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 1963, p. 29 y ss.

<sup>26</sup> Pues como señala Pegoraro, las Constituciones de algunos de los estados independientes regulaban institutos similares a los modernos tribunales constitucionales, *op. cit.*, nota 8, p. 17.

<sup>27</sup> *Idem.*

las aportaciones periodísticas de Hamilton, Madison y Jay donde puede encontrarse un primer intento de justificar la introducción de la *Judicial Review*. Como ya hemos dicho, ese intento no prosperó; pero lo que queremos traer a colación aquí son los argumentos que se esbozaron en aquel loable esfuerzo para después analizar brevemente los elementos que se desprenden de la sentencia *Marbury vs Madison* que contribuyó a institucionalizar el sistema de revisión de la constitucionalidad de las leyes.<sup>28</sup>

En el primero de los artículos que Hamilton publica para destacar la función del Poder Judicial en la estructura constitucional estadounidense, recalca con contundencia que la interpretación de las leyes es una función inherente a los tribunales. Es obvio que si la ley se considera en su sentido formal, se concluye que los jueces no tienen la posibilidad de interpretar una norma de rango más elevado como la Constitución; sin embargo Hamilton ataja el razonamiento al sostener que la Constitución es una ley cuya peculiaridad radica en su fundamentalidad. Este carácter de fundamentalidad es el punto de diferenciación que los jueces han de tomar en consideración cuando exista confusión entre dos leyes, pues mientras una procede de un cuerpo constituyente a través del cual el pueblo manifiesta su intención, otra es llanamente el producto de un cuerpo legislativo instituido precisamente en manifestación de esa intención, pero producida por la representación indirecta del pueblo. Ante cualquier discrepancia no habrá asomo de duda para que el juez prefiera la ley que tiene una validez superior.<sup>29</sup>

La apuesta por el control judicial de las leyes es evidente en Hamilton. Su posición, empero, no contempla la posibilidad de que la naturaleza misma de esa potestad de control pueda configurarse en una supremacía de hecho del Poder Judicial sobre el Legislativo. Recordemos que si en algo pusieron énfasis los federalistas fue en la necesidad de fragmentar el poder para distribuirlo. Madison,<sup>30</sup> entendiendo la división de poderes de modo diverso al pensamiento francés, será el gran promotor de una distribución horizontal del poder diferente a la propuesta por el pensamiento de Montesquieu; idea que finalmente logró concretizar en su diferenciación entre régimen

<sup>28</sup> Sistema que sólo quedaría regulado, positivizado, racionalizado y limitado bajo el modelo europeo. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 32.

<sup>29</sup> Hamilton, A. *et al.*, *El federalista*, Bolonia, Il Mulino, 1997; artículo 78 de Hamilton, p. 621 y ss.

<sup>30</sup> Remitimos especialmente a los artículos 47, 48 y 51 de *El federalista*, *ibidem*, pp. 434 y ss., y 456 y ss.

democrático y régimen republicano para ser éste uno de los elementos característicos de la Constitución estadounidense.<sup>31</sup> Esta noción es trascendental, pues esa conciencia de equilibrio entre poderes es lo que constituirá el dique al que habrá de enfrentarse el razonamiento final de Marshall para estimar que si bien la función del Tribunal Supremo es salvaguardar la supremacía de la Constitución, no está autorizado como poder del Estado a derrumbar la labor de otro de los poderes del mismo, y mucho menos aquella que se desprende de la institución que representa la voluntad popular. Es así como se entiende que aun cuando una ley haya sido tachada por vicios de inconstitucionalidad, permanezca siendo parte del sistema jurídico norteamericano.

Con estos antecedentes es fácil advertir la conclusión final a la que llega Marshall para consagrar la *Judicial Review of legislation*. Viendo que la oportunidad de su establecimiento estaba ya presente en una contundente mayoría de los miembros de la convención federal,<sup>32</sup> teniendo de otro lado las reflexiones de los federalistas encaminadas en el mismo sentido, y estando conciente que en la práctica de los estados miembros existían sólidos antecedentes de desaplicación de normas consideradas inconstitucionales, no será difícil que Marshall sostenga que el Congreso, como órgano constituido, tiene límites en el desenvolvimiento de su función impuestos por el máximo ordenamiento, correspondiendo al alto tribunal, por él representado, velar porque ningún acto pueda producirse en violación a la norma que da fundamento y legitimidad a todo el orden jurídico.

## 2. *Elementos característicos del modelo*

Ahora bien, partiendo de la argumentación de Marshall, y una vez vista la fuente de su pensamiento constitucional, cabe preguntarse ¿cuáles son los elementos característicos de este primer tipo de control de la constitucionalidad?

En primer lugar, la característica que merodea esta institución es su nacimiento como control judicial de constitucionalidad de las leyes, obtenida

<sup>31</sup> Las concepciones sobre la democracia y la división de poderes en Francia y Norteamérica pueden verse en Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 4, p. 15 y ss; para un estudio más esquemático Bouzat, Gabriel, “El control constitucional. Un estudio comparativo”, *Fundamentos y alcances del control judicial de la constitucionalidad, Cuadernos y Debates*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 29, 1991, p. 82 y ss.

<sup>32</sup> Así lo demuestra Reposo, A., *op. cit.*, nota 22, p. 848.

de la premisa mayor que confiere al Poder Judicial el deber de aplicar la ley. De ahí que su implementación devenga en principio por vía incidental,<sup>33</sup> esto es, que cuando el juez se encuentre frente a una ley que deba utilizar para resolver un juicio, pueda inmediatamente desaplicarla si la encuentra en contraste con la Constitución.<sup>34</sup> Como es lógico suponer, cuando esto sucede cualquier juez, con base en la característica de la difusión, antes de resolver sobre el fondo del litigio, deberá hacerlo sobre la contraposición que se supone existe entre Constitución y ley. La valoración de referencia le proferirá la posibilidad de optar por una sola supremacía y en consecuencia lo constreñirá a tutelar lo mandado por la primera, en orden a que expresa directamente una voluntad superior —la del pueblo—, y no una voluntad pasajera basada en el principio de la mayoría parlamentaria.<sup>35</sup>

La operación lleva indexada otra serie de ideas que implícitamente determinan que el Congreso, como órgano constituido por aquella disposición suprema, cuenta con un ámbito de atribuciones restringido, de forma tal que cuando sobrepasa los límites que le son impuestos sobreviene una actuación posterior de un órgano jurisdiccional para desestimar el resultado del exceso parlamentario, pues lo contrario llevaría a sostener el absurdo de que dicha actuación pudiese no respetar o, en el extremo, modificar el entramado normativo de donde desprende su legitimidad. Así, se llega a la consideración final en donde la *lógica de Marshall* parece encontrarse en apuros, toda vez que se encuentra perdida dentro de dos conceptos que le producen confusión: el de nulidad y el de anulabilidad de las normas.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 18, p. 90.

<sup>34</sup> Véase Ruggeri, Antonio, y Spadaro, Antonio, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1998, p. 27.

<sup>35</sup> La idea delineada por Hamilton fue después recogida por Bruce Ackerman para formular su teoría del *dualismo democrático* que distingue entre las decisiones políticas tomadas por el pueblo y las tomadas por el gobierno. La distinción conduce a otorgar plena legitimidad al Poder Judicial y a la Corte Suprema para el ejercicio del control de constitucionalidad, en el entendido de que dicha instancia deberá velar por la preservación de las decisiones tomadas por el pueblo frente a las tomadas por el gobierno que pudiesen quebrantarlas. “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, *Yale Law Journal*, núm. 93, 1984, pp. 1013-1016; del mismo autor “Constitutional Politics/ Constitutional Law”, *Yale Law Journal*, núm. 99, 1989, p. 453 y ss.

<sup>36</sup> Para un planteamiento general del problema véase Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988. Referido al control de la constitucionalidad, con particular énfasis en lo que Nino denomina la *lógica de Marshall* véase “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Fundamentos y alcances del control judicial de la constitucionalidad*, Cuadernos y Debates, Madrid, Centro de Estu-

Con todo, es precisamente dentro de la contradicción conceptual de Marshall donde se presenta una de las mayores debilidades de la institución de la *Judicial Review*. Y es que si recordamos brevemente, su planteamiento original consistía en concebir una actuación legislativa materializada en ley como inexistente al momento de comprobarse su incoherencia con el texto constitucional. Pero contrariamente a aquella idea, la actuación de la organización judicial lo que en verdad realizó a partir de ese momento fue la desaplicación de un precepto de ley tachado de inconstitucional al caso concreto, no asistiéndose nunca a un acto de desestimación en cuanto ley en su aspecto formal como parecía suponer el primer razonamiento. De esta forma a lo que se acude en el modelo, en sus primeros intentos frente a la realidad de la práctica litigiosa, es a ignorar y no derogar una disposición normativa y por ende a dejar sobre el escenario jurídico un conjunto de leyes de marcada inconstitucionalidad dentro de un sistema que como cualquier otro debía procurar la unidad y cohesión de su ordenamiento normativo.<sup>37</sup>

Lo que en un principio debía ser considerado jurídicamente no gestado, según el razonamiento de Marshall, se transformó en una consideración diferente en la práctica; era normatividad nacida con vida y aunque en algunos casos se consideraba *muerta* por su marcado vicio de nacimiento, no era fundamento suficiente para privarle de su existencia.<sup>38</sup> En este sentido, las disposiciones tachadas de inconstitucionales siguen siendo leyes formales dentro de la lógica del sistema jurídico norteamericano, aplicándose por tanto mientras un acto jurisdiccional particular no señale lo contrario. El respeto hacia la labor del legislador, por la perfecta equidistancia con que se propusieron diseñar el esquema de poderes, motivó tal situación en principio confusa e inaceptable. Es cierto que el principio *stare decisis* ha venido a resolver la cuestión, pero ello no es óbice para que disposiciones viciadas sigan deambulando dentro de un orden jurídico que forza a acudir a la

dios Constitucionales, núm. 29, 1991, p. 97 y ss. Igualmente véase a Kelsen, quien más de un siglo después abordará este problema para fijar los alcances de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Cfr. *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, México, UNAM, 2000, p. 82.

<sup>37</sup> Actualmente la discusión entre los dos puntos de vista mencionados, que se refieren a la concepción de los conceptos de nulidad y anulabilidad, persiste todavía en la doctrina estadounidense según la argumentación que sobre el particular ofrece Tribe, Laurence H., *op. cit.*, nota 12, pp. 213-216.

<sup>38</sup> Cfr. Cicconetti, Stefano Maria, *op. cit.*, nota 11, p. 8.

jurisdicción para que una norma no se aplique en un caso determinado pero sí en todos los demás.<sup>39</sup>

Como puede apreciarse, el surgimiento histórico de la institución del control en Estados Unidos quedaría condicionado desde sus inicios por las características del asunto del que deviene. Efectivamente, el hecho de que el caso *Marbury vs Madison* se haya presentado como un asunto particular en forma de juicio, repercutió para que en adelante sólo mediante esa vía un órgano jurisdiccional pudiese conocer de asuntos en los que hipotéticamente se planteaba la contradicción entre una ley y la Constitución. En consecuencia, al resolver el asunto el resultado era una sentencia que ponía punto final a la litis y sólo si aquella contradicción era determinante para la resolución el tribunal se pronunciaba incidentalmente por la inconstitucionalidad y consecuente desaplicación de la norma de rango inferior. La aplicación judicial de la Constitución nace, por tanto, con carácter concreto por ser producto de un pleito, de manera difusa por posibilitar la desaplicación a cualquier juez o tribunal, y con efectos restringidos al dirigirse a las partes participantes del proceso.<sup>40</sup>

Las características son más que conocidas, no ahondaremos en ellas; sin embargo lo que debe apreciarse es la restricción en cuanto a la vía de acceso al órgano jurisdiccional para pronunciarse sobre la contradicción entre normas. Sólo es posible acercarse a un pronunciamiento de esa naturaleza a instancia de parte, cuando existe un *case* o *controversy*. La enunciación representa uno de los principios en los que descansa el Poder Judicial norteamericano.<sup>41</sup> Si la vía es restringida, el objeto del control no lo es. Al ejercer

<sup>39</sup> Como es sabido el principio del *stare decisis*, proveniente de la tradición anglosajona, ha actuado de correctivo en la hipótesis de una probable divergencia entre interpretaciones normativas. Implica un principio de supremacía dentro de la interpretación constitucional de suerte que las decisiones que emanan de los tribunales superiores vinculan obligatoriamente a los tribunales inferiores. Por tanto, cuando una sentencia del Tribunal Supremo estadounidense desaplica por inconstitucional una norma en aplicación a este principio, se produce en la práctica su anulación general aun cuando desde el punto de vista formal sigue formando parte del sistema jurídico. Al respecto, Pizzorusso, A., *Curso de derecho comparado*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 171 y ss. Por el contrario, R. A. Posner sostiene que la vinculación de los tribunales a las sentencias de la Corte Suprema se encuentra en la concepción unitaria de jurisdicción y en la jerarquía que dentro de ella ostenta el máximo tribunal, y no así en el principio *stare decisis* que no incorpora dentro de sí la idea de jerarquía. *The Federal Courts. Crisis and Reform*, Cambridge, Massachusetts, 1985, p. 251.

<sup>40</sup> *Cfr.* Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 18, p. 90.

<sup>41</sup> En efecto, representa un principio de la organización judicial norteamericana, pero a la vez como señala Tribe, representa una importante limitación al ejercicio del Poder Judicial federal. Tribe, Laurence H., *op. cit.*, nota 12, p. 311.



su actividad, la jurisdicción valora la constitucionalidad no sólo de la ley sino de toda clase de disposiciones reglamentarias y legislación delegada, sea del orden federal o local, y al hacerlo extiende sus atribuciones para, de paso, valorar si los órganos de donde emanaron sendas disposiciones eran los competentes para producirlas. Por tanto, a la par de la inspección formal y material de las leyes en sentido amplio, se produce un control orgánico dirigido a salvaguardar las competencias de los órganos del Estado. Bajo esta cobertura la judicatura se convierte, según Manuel García Pelayo, en árbitro de la mayor o menor extensión de los poderes constitucionales, de la contracción de unos y de la dilatación de otros, de la ampliación o de la limitación de las competencias federales o estatales.<sup>42</sup>

La conclusión de una vía restringida y un objeto amplio nos conduce inexorablemente a los efectos restringidos sobre los que ya hemos hecho alusión. Efectos que como también hemos notado han tratado de ser corregidos pero, con todo, implícitamente dejan al descubierto una falta de lógica en donde se ha superpuesto la comodidad de una costumbre centenaria a la posibilidad de un replanteamiento en el plano normativo. En la actualidad, la configuración de la *Judicial Review* ha sufrido cambios de enorme trascendencia por lo que algunos de los comentarios hechos en este apartado pueden dejar de tener sentido; sobre ello volveremos más adelante.

### 3. *Las fases históricas del Tribunal Supremo*

Con lo dicho hasta aquí comienzan a vislumbrarse las competencias que han sido atribuidas al Tribunal Supremo. La *Judicial Review*, como hemos destacado, surge como un poder implícito, pero ello no obsta para que se consideren otras facultades expresas que se confieren a dicho órgano. Por ejemplo, la denominada jurisdicción originaria le da competencia para conocer de los casos que afecten a embajadores, ministros, cónsules y aquellos en los que el Estado sea parte.<sup>43</sup> Es igualmente una corte de apelación debido a que conoce en última instancia de los recursos que se generan en los tribunales inferiores.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Universidad Textos, p. 424.

<sup>43</sup> Así se establece en el artículo 3o., sección 2.2, de la Constitución estadounidense.

<sup>44</sup> Véase Beck, Leland E., “Constitution, Congress, and Court: On the Theory, Law, and Politics of Appellate Jurisdiction of the United States Supreme Court”, en Hall, Kermit

Centrando la atención en la competencia relativa a la revisión judicial de las leyes, cabe señalar que en virtud de los embates que sufrió la corte después de la sentencia histórica de 1803, y en concordancia con los principios establecidos por ella y de los cuales da cuenta puntual Charles Evans Hughes,<sup>45</sup> sobrevino una dramática disminución de los asuntos en los que como resultado final se declaró la ilegitimidad de las leyes aprobadas por el congreso. Sólo por aportar un dato, dentro de la primera gran época histórica de la corte (1789-1865) solamente se declararon nulas dos leyes.<sup>46</sup>

Dentro de esta primera etapa, fue tarea fundamental de la corte definir su rol dentro de las relaciones entre la nación y los estados, al tiempo de establecer la legitimidad de la *Judicial Review*.<sup>47</sup> La sentencia *Martín vs Hunter's Lesse* en 1816 comenzó el reforzamiento en favor de los tribunales federales para controlar la constitucionalidad de los actos de las autoridades locales,<sup>48</sup> amalgamándose finalmente con la resolución del caso *Cohens vs Virginia* en 1821.<sup>49</sup> Se amplió notoriamente el control de las leyes, como puede apreciarse, no sólo a las de carácter federal, sino también las de origen local.

Dentro de la segunda época histórica, que comprende el periodo que va desde la culminación de la guerra civil hasta el primer tercio del siglo XX y el advenimiento del *New Deal*, 53 leyes fueron desestimadas por la misma razón.<sup>50</sup> Incremento sustancial que se debe, básicamente, a que las enmiendas constitucionales derivadas de aquel acontecimiento motivaron la

L. (ed.), *The Supreme Court in American Society*, t. V: *The Least Dangerous Branch. Separation of Powers and Court-Packing*, Nueva York-Londres, Garland Publishing Inc, 2000, p. 40 y ss.

<sup>45</sup> Circunscritos a que la actividad judicial se desplegaría durante el conocimiento de *casos y controversias*, que no entraría al conocimiento de cuestiones de naturaleza puramente política, de su abstención para decidir cuestiones sobre la validez constitucional de la legislación, a menos que estas cuestiones se planteen y tengan que ser resueltas y, finalmente, su negativa a ocuparse de la revisión de cuestiones de política legislativa. Hughes, Charles Evans, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 53 y ss.

<sup>46</sup> Hall señala que la corte norteamericana ha transitado a través de tres épocas históricas claramente definidas. De 1789 a 1865, de 1865 a 1937 y de 1937 al presente. Hall, Kermit L., "Think Things...", *cit.*, nota 14, p. 230.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>48</sup> *Cfr.* Barron, Jerome A. *et al.*, *Constitutional Law: Principles and Policy. Cases and Material*, Virginia, Contemporary Legal Education Series, The Michie Company, 1987, p. 20.

<sup>49</sup> Hughes, Charles Evans, *op. cit.*, nota 45, p. 99.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 103.

judicialización de asuntos en los que se debatió el alcance de los contenidos constitucionales renovados, la competencia de los órganos legislativos que emitieron disposiciones normativas para concretarlos, y los límites materiales a que éstos debían sujetarse. Un ejemplo concreto está representado por la enmienda XIV, introducida en 1868 justo al final de la guerra de secesión. A partir de ella, se comenzó a interpretar la cláusula del *due process* en sentido sustantivo y no solamente procedimental como había venido interpretándose bajo la enmienda V. Lo importante es que bajo la renovada lectura tomarán una dimensión inimaginada conceptos de contenido eminentemente axiológico que la misma Constitución consagra difusamente —vida, libertad, propiedad— y que constituirán el punto de partida para el poder creador del tribunal y para fortalecer el papel protector de los derechos fundamentales. El reforzamiento es evidente si se observa que, entre 1790 y 1941, existieron 658 casos de leyes locales contrarias a la Constitución.<sup>51</sup>

La tercer época histórica para el Tribunal Supremo se inauguró tras la confrontación histórica que, con motivo de las medidas económicas dirigidas a afrontar la crisis económica estadounidense, hoy conocidas como *New Deal*, encararían al máximo tribunal con el presidente Roosevelt. Recordemos que a partir de 1905 el Tribunal Supremo abrió una nueva faceta de entendimiento de la cláusula del proceso debido, ahora proclamada en su dimensión económica. Llevando la cláusula hasta sus últimas consecuencias, los jueces del tribunal defendieron a capa y espada la libertad contractual, lo que sin lugar a dudas reforzó el entendimiento liberal del ordenamiento. Las primeras tres décadas del siglo estuvieron condicionadas por un rechazo absoluto a cualquier intención de coartar la libertad contractual, situación que precisamente conduciría al tribunal a un enfrentamiento radical con el presidente Roosevelt luego de invalidar doce leyes que formaban parte del *New Deal*.

Fue precisamente ese enfrentamiento lo que motivó una nueva reorientación de la Constitución y de su interpretación. Entendiendo que no podía seguir sosteniendo el liberalismo a ultranza, un tribunal completamente renovado se mantendrá al margen permitiendo la protección de grupos sociales específicos como el sector laboral y, lo más importante, asintiendo expresamente su ilegitimidad para entorpecer el proceso político, reconociendo

<sup>51</sup> Acúdase a los datos de Pritchett, Herman C., *La Constitución americana*, Buenos Aires, Tipográfica editora Argentina, 1965, p. 193.

que tales atribuciones, las reservaba la propia ley fundamental a la esfera de los poderes Legislativo y Ejecutivo.<sup>52</sup>

El esplendor de la justicia constitucional difusa, fuera de consideraciones estructurales, vino dado desde un ángulo eminentemente funcional, esto es, guiada de la mano de la interpretación. Nada nuevo destacamos cuando decimos que tan trascendental avance se produjo bajo la impronta de los jueces Warren —mediante el reforzamiento de las doctrinas del *new equal protection* y de las *preferred freedoms*—<sup>53</sup> y Burger —quien retomó la doctrina del *substantive due process of law*—, ambas centradas lógicamente en el área de los derechos fundamentales.<sup>54</sup> Durante estas dos gestiones la labor creativa del Tribunal Supremo será más que significativa. Teniendo como centro de atención el fortalecimiento de los derechos de autonomía individual, el tribunal creó, propiamente hablando, el derecho a la privacidad e incluyó en su protección a todos aquellos derechos que no estando expresamente señalados en el *Bill of Rights* ayudasen a materializarlo y darle existencia efectiva, tal y como parece sugerirlo la enmienda número IX. Bajo la reorientación constitucional a favor de los derechos de libertad individual se abordaron casos tan conflictivos ideológicamente hablando como los relativos al uso de anticonceptivos, al aborto, al matrimonio, la inmunidad corporal, etcétera.<sup>55</sup>

La *revolución judicial* iniciada por los jueces en mención originó toda una estrategia política para paliar sus ímpetus, llegando al extremo que, durante la campaña del presidente Reagan en 1980, el tema de la función del Tribunal Supremo sería prioritario. Lo que se buscaba no era otra cosa que tratar de impulsar jueces conservadores que equilibraran la balanza al interior del colegio de jueces con la intención de impedir que los liberales mantuvieran su activismo judicial, algo que desde la óptica política impul-

<sup>52</sup> Sustain Cass, R., “Constitutionalism after the New Deal”, *Harvard Law Review*, vol. 101, diciembre de 1987, p. 421 y ss; también Baker, *Back to Back: the duel between F. D. Roosevelt and the Supreme Court*, Nueva York, 1967.

<sup>53</sup> Sobre el Tribunal Warren véase Cox, A., *The Warren Court. Constitutional decision as an instrument of reform*, Cambridge, Massachussets, 1971.

<sup>54</sup> Sobre el Tribunal Burger véase Alschuler, Albert W., “Failed Pragmatism: Reflexions on the Burger Court”, *Harvard Law Review*, vol. 100, diciembre de 1987, p. 1436 y ss.

<sup>55</sup> Entre otros consúltese a Tribe, Laurence H., *op. cit.*, nota 12, p. 896 y ss; Wolfe, C., *La transformación de la interpretación constitucional*, trad. M. Gracia Rubio y S. Valcárcel, Madrid, Civitas, 1991, p. 183 y ss; Schwartz, B., *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Madrid, Civitas, 1980, p. 85 y ss; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 286 y ss.

sada por Reagan y sus partidarios se concebía como un ejercicio desbordado e indeseable.

#### 4. *Actualidad del modelo y circulación*

Como hoy señalan publicistas italianos, la Corte Suprema estadounidense goza casi de manera exclusiva de atribuciones de control de constitucionalidad.<sup>56</sup> El cambio de rumbo en su función y atribuciones tiene su origen en las reformas legales mediante las cuales se privó a la corte del conocimiento de asuntos en apelación, dándole completa libertad y discrecionalidad mediante el *writ of certiorari* para elegir los asuntos a conocer que, como hemos dicho, son en su mayoría aquéllos en los que se debate la constitucionalidad de la ley y que tienen trascendencia para la totalidad del sistema jurídico. Esta característica, aunada al principio *stare decisis* cuyo efecto constriñe a todos los tribunales a seguir las pautas interpretativas del máximo tribunal, conduce a sostener el notable acercamiento experimentado entre la institución norteamericana y los tribunales constitucionales de estirpe europea.<sup>57</sup>

Por otro lado, ¿ha circulado el modelo estadounidense fuera de los confines dentro de los cuales se generó? Evidentemente. No cabe duda y los datos lo comprueban. El modelo tuvo una gran influencia en los ordenamientos latinoamericanos, expandiéndose también a los sistemas en donde el *common law* y el *civil law* estaban arraigados.

En Latinoamérica, la circulación del modelo estadounidense llegó a la totalidad de los países de la región luego que, independizados de España y Portugal, comenzaran a difundirse las líneas maestras de la *Judicial Review* de la mano de las obras de Tocqueville y de los federalistas. Es así como paulatinamente la revisión judicial de las leyes realizada por cualquier juez empezó a difundirse, comenzando en igual medida la importación y posterior adecuación del *Habeas Corpus* como institución fundamental para la

<sup>56</sup> Morbidelli, G., “Il potere giudiziario”, en Morbidelli, G. *et al.*, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2a. ed., Bologna, 1997, p. 711 y ss. También Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 8, pp. 20-21.

<sup>57</sup> Algo que Kelsen observó en su estudio comparativo “Il controllo de costituzionalità delle legge. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana”, en Geraci, C. (ed.), *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, p. 301.

tutela de la libertad personal.<sup>58</sup> La adecuación de la que hablamos tiene lugar a través de un proceso de incorporación tanto de instituciones del modelo difuso como del modelo concentrado, adaptadas a las necesidades particulares de los países que los incorporaron. Por ello, hoy en día, una pluralidad de países conjugan elementos de ambos modelos configurando un sistema mixto. Dentro de ellos incorporan elementos importantes del modelo difuso: Guatemala, Perú, Ecuador, Argentina, Brasil, México, Honduras, Nicaragua, Bolivia, Venezuela y Uruguay. Fuera de América, el sistema se impuso en Japón al término de la Segunda Guerra Mundial; dentro de Europa ha tenido cobijo principalmente en Suiza, funcionando también en forma híbrida en modelos como el de Portugal, Grecia, Noruega, Suecia y Dinamarca; su adopción en ordenamientos del *common law* como Canadá, Irlanda y Australia es más fácil de entender.<sup>59</sup>

### III. EL MODELO AUSTRIACO

#### 1. *Razonamiento de Kelsen*

Si Marshall realizó sus argumentaciones sobre la *Judicial Review* desde un punto de vista, podemos decir, de Teoría de la Constitución —por cuanto mezclaba el elemento de la validez con el de la legitimidad, aun cuando es de sobra conocido que la Teoría de la Constitución no se articulaba entonces como una ciencia diferenciada de la Teoría del Estado y el derecho constitucional—,<sup>60</sup> Hans Kelsen, artífice del modelo europeo de control de constitucionalidad, lo haría desde el punto de vista neopositivista de la Teoría del derecho, basado exclusivamente en el criterio de la validez.<sup>61</sup> Es

<sup>58</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en América Latina”, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 92 y ss.

<sup>59</sup> Para la circulación del modelo difuso véanse entre otros a Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 29-30; Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 18, p. 53; Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 8, p. 50.

<sup>60</sup> Como ha sostenido Pablo Lucas Verdú, “La aparición de la Teoría de la Constitución con perfiles propios se debe, como ocurrió antes con la Teoría general del Estado, a la doctrina alemana. Ocurre este hecho a partir de 1928, fecha de aparición de dos obras importantes: la *Teoría de la Constitución*, de Carl Schmitt, y *Constitución y derecho constitucional*, de Rudolf Smend”, *Curso de derecho político*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1986, vol. II, pp. 403-404.

<sup>61</sup> Acúdase a Volpe, G., *L'ingiustizia delle leggi*, Milán, Giuffrè, 1977, p. 122 y ss.

cierto que la noción de supremacía y la articulación del sistema de control en Estados Unidos no pasaron desapercibidas para Kelsen, como lo es también que para su propia construcción las dejaría de lado, realizando su argumentación, podemos decir, desde cero.<sup>62</sup>

Las bases de su teoría jurídica se encuentran en una serie de trabajos,<sup>63</sup> en los que pone de relieve básicamente su intención de procurar un sistema jurídico autosuficiente, sin contradicciones internas, sin incompatibilidades.<sup>64</sup> De ahí su particular interés en resaltar el criterio de la validez entre grados u órdenes del sistema jurídico, hecho que lo llevará a concluir la impostergable necesidad de asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales mediante una determinada garantía jurisdiccional de la Constitución a la que desde entonces adjetivó como justicia constitucional.<sup>65</sup> El razonamiento es por todos conocido, no intentaremos explicarlo en su totalidad,<sup>66</sup> baste por lo pronto esbozar en grandes pinceladas la construcción doctrinal del jurista nacido en Praga.<sup>67</sup>

La teoría en comento parte de la consideración del sistema jurídico como un orden, podemos decir, desdoblado. Para Kelsen, el orden jurídico representa un conjunto de normas que no se encuentran ubicadas dentro de un

<sup>62</sup> Sobre la influencia que el propio autor señala acúdase a Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 57, p. 307. Versión castellana “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriaca y norteamericana”, trad. Domingo García Belaúnde, nota introductoria de Francisco Fernández Segado, *Dereito*, núm. 1, vol. IV, p. 226.

<sup>63</sup> Son del todo conocidas sus obras. Las que nos sirven de base para estas reflexiones son: Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, UNAM, 1965., *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995. También la edición italiana, Kelsen, Hans, *La giustizia costituzionale*, edición de C. Geraci, Milán, Giuffrè, 1981, en donde se encuentran, por ejemplo, sus clásicos, “Chi dev’essere il custode della Costituzione?”, “La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)”, “Il controllo de costituzionalità delle legge. Studio comparato delle Costituzioni austriaca e americana”.

<sup>64</sup> Así Ruggeri, Antonio, *op. cit.*, nota 34, p. 31.

<sup>65</sup> Utilizamos aquí la versión castellana, Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 36, p. 10.

<sup>66</sup> El razonamiento kelseniano está magistralmente expuesto por Giovannelli, Adriano, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milán, Giuffrè Editore, 1983, p. 93 y ss. Debe verse también el clásico estudio de Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 28, p. 232 y ss.

<sup>67</sup> Es curioso advertir cómo el lugar de nacimiento y las circunstancias políticas, sociales y culturales de los pueblos pueden condicionar el pensamiento de los hombres. Eso le sucedió a Kelsen, por lo cual es interesante el estudio que hace Francisco Serra Jiménez sobre el ambiente en el que se desarrolló quien es considerado el mejor jurista del siglo XX, “Kelsen en Kakania. Cultura y política en el joven Kelsen”, *Derecho y política*, Madrid, Arges, 1998, p. 69 y ss.

plano normativo horizontal, acomodadas una a lado de la otra porque sencillamente bajo una consideración así, sería imposible determinar la norma que es fundamento de validez de la otra. Se observa lo contrario si se les ve ordenadas en un plano vertical, pues desde este punto de vista se presupone la existencia de una jerarquía normativa ya que las normas se encuentran alineadas una debajo de la otra.

El punto de unión del sistema se centra en el fundamento de validez de las normas. Dentro del acomodamiento normativo, la norma de mayor jerarquía determinará la creación de la que está justamente debajo de ella y ésta, a su vez, será la que otorgue la validez a la que se encuentra más abajo y así sucesivamente hasta llegar a la norma de menor jerarquía dentro del orden jurídico. Visto el proceso de modo contrario se contempla un concatenamiento ordenado y coherente de normas, alineadas una sobre otra en donde la norma de grado más elevado se convertirá en el elemento cohesionador y unificador del sistema por la validez que otorga a la totalidad del entramado normativo. Esa norma es, sin lugar a dudas, la Constitución. La cualidad de suprema no la ve Kelsen en la existencia de elementos extrajurídicos; no reconoce, por ejemplo, que la fundamentalidad de la norma sea producto del ejercicio de la soberanía del pueblo tangibilizada mediante la actuación de un Poder Constituyente. Ve esa cualidad en el hecho de representar la Constitución como la norma de apertura y de cierre del ordenamiento, debido a que toda concreción normativa parte y se reconduce a ella. Se genera, en consecuencia, la *Stufentheorie* o teoría de la jerarquía normativa, quedándose entre nosotros a efecto de reconocer la pertenencia de una norma a un sistema jurídico determinado.<sup>68</sup>

Partiendo de esta noción de orden jurídico jerarquizado, cohesionado bajo el elemento de la validez, será fácil desprender el resto del razonamiento.<sup>69</sup> El desdoblamiento que supone la concreción material de la Constitución deja sobre el escenario un conjunto de grados del orden jurídico en el que se practica un ejercicio de producción de derecho respecto del grado inferior, y una reproducción frente al grado superior.<sup>70</sup> La regularidad será entonces el elemento de correspondencia dentro de la dualidad de grados

<sup>68</sup> Cabe señalar que Volpe refiere la génesis de la teoría al pensamiento de Adolf Merkl, véase Volpe, G., *op. cit.*, nota 61, p. 125.

<sup>69</sup> Las dos características acá esbozadas son expuestas en toda su extensión en Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado...*, *cit.*, nota 63, p. 306 y en su *Teoría general del derecho y del Estado...*, *cit.*, nota 63, pp. 128 y 271 y ss.

<sup>70</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 36, p. 14.



que hacen coherente un orden con otro; dentro de esta línea argumental, destacarán como garantías de regularidad, la legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes, sin que ello obste para considerar que esa noción subsiste y se emplea para los actos jurídicos individualizados.<sup>71</sup> Sin embargo, y aquí Kelsen será enfático, garantías de la Constitución serán básicamente aquéllas que se avoquen a constatar la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la ley fundamental.<sup>72</sup>

En la noción de orden jurídico jerarquizado en conjunción con la idea de regularidad, referidas a un concepto de Constitución, destacan tres aspectos básicos como: la determinación de las reglas sobre los órganos y procedimientos de la producción legislativa, las reglas que tratan de los órganos ejecutivos supremos —expresión que incorpora la actividad ejecutiva y judicial en el entendido de que ejecutan un derecho preestablecido—, y la determinación de las relaciones fundamentales entre el Estado y sus súbditos —básicamente mediante el establecimiento de un catálogo de derechos fundamentales—.<sup>73</sup> Esto llevará a concluir a Kelsen que la medida más eficaz para garantizar la regularidad de las funciones estatales es la anulación del acto que expresa una incoherencia entre grados del orden jurídico, especialmente entre la Constitución y la ley,<sup>74</sup> y que dicha irregularidad ha de ser pronunciada por un órgano diferente al que ha dictado la norma cuestionada; consecuencia lógica y razonable si se observa que confiar la anulación de los actos irregulares al mismo órgano que los ha realizado es condenar a la idea de control al más estrepitoso de los fracasos.<sup>75</sup>

Kelsen expone la incógnita de quién ha de llevar a cabo la anulación de la norma cuestionada una vez desechada la posibilidad de que sea el propio Parlamento el que, ante un primer ejercicio de creación y sobrevenida una declaración de irregularidad por un tercer órgano, se le constriña a realizar un posterior acto de anulación. La solución, por tanto, habrá de buscarla en otro órgano, diferente e independiente de aquél, así como de cualquier otra autoridad estatal. Optará entonces por una jurisdicción o Tribunal Constitucional.<sup>76</sup>

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 37 y ss.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 52.

El Tribunal Constitucional estará en aptitud de conocer sobre la inconstitucionalidad de las leyes, de los reglamentos inmediatamente subordinados a la Constitución y de los tratados internacionales que también deben buscar su legitimidad en ella.<sup>77</sup> Entrado en cuestiones prácticas y después de desestimar una *actio popularis* para iniciar la marcha de la jurisdicción constitucional, Kelsen aporta un conjunto de fórmulas por medio de las cuales se podría autorizar a todas las autoridades públicas a incitar la actuación del órgano de control, reducir las a las autoridades supremas o, aún más, restringirlas exclusivamente a los tribunales.<sup>78</sup> Opta al final porque, en determinadas circunstancias, se permita a los particulares acudir al tribunal cuando son parte en un proceso judicial; en Estados de composición federal se decanta por la participación de los gobiernos de los Estados miembros para impugnar los actos de la federación y también el derecho de ésta para inconformarse contra los actos de los Estados miembros. Finalmente, destaca la importancia de legitimar a una minoría parlamentaria para impugnar una ley, en lo que se entiende como una garantía para las minorías.<sup>79</sup> El resultado de la operación de revisión de la constitucionalidad del acto atacado será, como habíamos adelantado, su anulación y salida inmediata del orden jurídico con efectos pro futuro (*ex nunc*).<sup>80</sup>

La compleja construcción teórica colisionó, como se sabe, con dos principios fundamentales seguidos en todo el siglo XIX y principios del XX en Europa. No obstante, para evadir dichos obstáculos, Kelsen se verá constreñido a contraargumentar. ¿Cómo lo hace? Básicamente no reconociendo ningún poder hacedor de la Constitución, esto es, no reconociendo el poder soberano del pueblo. Dicha argumentación no partía de la nada, ya Jellinek había avanzado intentando construir la noción de soberanía del Estado. A

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 59 y ss.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 87 y ss.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>80</sup> Un estudio sintético de la reflexión kelseniana se encuentra en Giovannelli, Adriano, “Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione “politica” della Corte costituzionale”, *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, Padua, Cedam, 1985, t. I, p. 381 y ss. También el de Fernández Segado, Francisco, “El nacimiento del modelo autónomo de la constitucionalidad en Europa. El control de constitucionalidad en la Europa de entreguerras”, *La actualidad de la defensa de la Constitución, memoria del Coloquio Internacional en celebración del Sesquicentenario del acta de Reformas Constitucionales de 1847, origen federal del juicio de amparo mexicano*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, 1997, p. 33 y ss.

partir de ahí Kelsen concentrará sus esfuerzos en teorizar a favor de la soberanía del orden jurídico y, en consecuencia, de la Constitución.<sup>81</sup>

Pero Kelsen es consciente también, por paradójico que pueda parecer, de que considerar al Estado como persona jurídica atribuida de soberanía significaba coadyuvar a la negación absoluta del principio democrático, fundamento y base del Estado constitucional. De ahí que en su “Essenza e valore della democrazia”<sup>82</sup> reconozca explícitamente la pluralidad de intereses que se representan en la sociedad, fijando la atención en la esencia pluralista de la democracia.<sup>83</sup> No es de extrañar entonces cómo este elemento se introduce de lleno en la reelaboración que hace de su concepto de Constitución, advirtiendo que “lo que se entiende siempre y ante todo por Constitución —y la noción coincide en este sentido con la forma de Estado— es que la Constitución constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado...”<sup>84</sup>

Cuando el equilibrio ideal representado por la Constitución se rompe y una de las fuerzas políticas pretende imponer su hegemonía, basada en una momentánea y pasajera mayoría parlamentaria, es entonces cuando la justicia constitucional se legitima al máximo debiendo hacerse presente para eliminar el acto que desequilibra el acuerdo político ínsito en la norma fundamental, tratando en lo posible de restituirlo. La esencia de la democracia y más aún, de la democracia constitucional, es conservar ese acuerdo, ese equilibrio. Cuando alguna de las partes que lo sostienen pretenden sobrepasarlo, sencillamente están coadyuvando a legitimar la función de la justicia constitucional.<sup>85</sup> Es así como en la parte final de la teorización kelseniana puede observarse una corrección a su formalismo. La Constitución es invariablemente una norma madre. De ella deben emanar las demás normas que configuran al Estado. Pero también es la norma que instituye el equilibrio político y social. Por tanto, la justicia constitucional tiene encomendada

<sup>81</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 140 y ss, y 154 y ss.

<sup>82</sup> Kelsen, Hans, “Essenza e valore della democrazia”, *I fondamenti della democrazia*, 3a. ed., Bolonia, Il Mulino, 1970, p. 5 y ss.

<sup>83</sup> En el reconocimiento de esta pluralidad de intereses sociales Pedro de Vega ve una rectificación de Kelsen a su doctrina del formalismo jurídico. Vega, Pedro de, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, UNAM, 2000, p. 16

<sup>84</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 36, p. 21

<sup>85</sup> Para profundizar más sobre este argumento acúdase a Fioravanti, *op. cit.*, nota 81, p. 158.

una labor de verificación de la congruencia jurídica entre órdenes normativos y una importante función mediadora en el ámbito político-social.<sup>86</sup>

## 2. Elementos característicos del modelo

Una vez realizado este recorrido sobre la argumentación kelseniana configuradora del control autónomo de constitucionalidad que se extendió en Europa al finalizar la Primera Guerra Mundial, después de la memorable controversia intelectual entre el propio Kelsen y Carl Schmitt,<sup>87</sup> lo que nos interesa destacar en el presente apartado son los rasgos característicos del modelo que estamos abordando. Este modelo muestra significativas diferencias respecto de su correspondiente estadounidense y propiamente conduce a una noción ampliada de control; algo que por ese sólo hecho nos lleva a considerar, siguiendo a Cappelletti, que el modelo europeo es más completo que el de su similar estadounidense.<sup>88</sup> Esto básicamente por los sujetos legitimados para instar la labor de la jurisdicción constitucional, por las características del órgano en que ha de confiarse tal atribución, por los instrumentos procesales que se establecen, configurados como procesos autónomos de constitucionalidad, y por los efectos de las sentencias en caso de estimar la ilegitimidad de la ley.<sup>89</sup> Expliquemos un poco más.

El modelo de Kelsen, por paradójico que parezca, no se llegó a aplicar en su concepción pura.<sup>90</sup> Su teoría fue exclusivamente punto de partida

<sup>86</sup> Como Kelsen lo dejó claro en su respuesta a Schmitt. *Cfr.* Kelsen, Hans, “Chi dev’essere...” *cit.*, nota 63, p. 260.

<sup>87</sup> Como es bien conocido, la polémica se desarrolló entre 1929 y 1931. Se debatía como punto central quien debería ser el defensor de la Constitución. Para Kelsen debía ser el Tribunal Constitucional, y para Schmitt debía ser el jefe de Estado —presidente del Reich en Alemania—. Acúdase al prólogo de Pedro de Vega en la versión española de la obra de Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1998. La respuesta de Kelsen se encuentra en su clásico, “Chi dev’essere il custode della Costituzione?”, *cit.*, nota 63, pp. 231-291. En lengua castellana véase *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995. La explicación sintética de la polémica puede consultarse en Pinna, Pietro, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1999, p. 7 y ss.

<sup>88</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 18, p. 101.

<sup>89</sup> Acúdase a las características del sistema europeo esbozadas por Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 28, p. 33.

<sup>90</sup> Tal vez el modelo que más se acercó al pensamiento de Kelsen fue el de Checoslovaquia, precisamente el primer Estado que introdujo el sistema europeo de control de consti-

para la creación de la jurisdicción constitucional en Europa, iniciando históricamente en las experiencias austriaca y checoslovaca, pero ni en la primera, en donde participó de manera decisiva, se logró establecer un modelo fiel al que delineó en su teoría. Como construcción doctrinal, la tarea de Kelsen fue señalar los rasgos esenciales del modelo, por lo que sostenía que las modalidades particulares de la justicia constitucional debían atender las necesidades directas de cada Estado.<sup>91</sup> En este tenor no debe causar asombro el porqué, dentro de las circunstancias políticas en que se desarrolló la introducción de la institución en Europa, son manifiestas las diferencias que existen entre sistemas; sin embargo, ninguna de ellas tan marcada como para dudar de la pertenencia del órgano al modelo europeo de justicia constitucional. Sin duda alguna, dentro de la heterogeneidad de elementos técnicos que caracterizan a los modelos hay puntos de confluencia que de hecho los identifican.<sup>92</sup> Sobre ellos habremos de centrar la atención.

Un primer punto que identifica a la jurisdicción constitucional es la potestad que se atribuye a un tribunal especializado para que en uso de su posición y competencia constitucional tenga el monopolio no de la aplicación, pero sí del pronunciamiento de inconstitucionalidad de la ley.<sup>93</sup> A él y sólo a él le corresponderá ser el guardián de la Constitución<sup>94</sup> que, sin ser una simple contraposición de términos, significará la ampliación de la noción de control de constitucionalidad que se tenía hasta entonces y que se

tucionalidad, unos meses antes de su recepción en Austria; sin embargo, el tribunal no llegó a conocer de ningún recurso de inconstitucionalidad y cuando se acudió a él ya no estaba constituido. *Ibidem*, p. 286 y ss.

<sup>91</sup> A manera de ejemplo véase la confrontación entre el modelo kelseniano y la corte constitucional italiana, Broglio, Costanza M., “La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano”, *Quaderni Costituzionali*, Bolonia, Il Mulino, año XX, núm. 2, agosto de 2000.

<sup>92</sup> Al respecto véanse las características comunes de los tribunales constitucionales expuesta por Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 5, p. 27 y ss.

<sup>93</sup> Para Louis Favoreu “los tribunales constitucionales son jurisdicciones constitucionales a tiempo completo situados fuera del aparato jurisdiccional ordinario, e independientes de éste, a los que la Constitución atribuye el monopolio del control de la constitucionalidad de las leyes”. “Los tribunales constitucionales”, trad. José Julio Fernández Rodríguez, en García Belaúnde, D., y Fernández Segado, F., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 105.

<sup>94</sup> Véase la diferencia que al respecto establece De Vega sobre el traspaso de la noción justicia constitucional del mero silogismo en donde la Constitución es *lex superior*, como en Estados Unidos, a la función de guardián de la misma que bajo el nuevo modelo pretende instaurarse en Europa. Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 2, p. 299.

refería exclusivamente a la institución de la *Judicial Review* y al control que en Suiza y Alemania se producía de las leyes de los Estados miembros frente al derecho federal.<sup>95</sup>

Aparejada a la ampliación de competencias que supone la introducción de la jurisdicción constitucional respecto del modelo estadounidense, aparecerá la idea de que la protección global del ordenamiento fundamental conduce a aceptar, primeramente, que los embates contra este orden pueden venir de una pluralidad de direcciones en la que ninguna escapa a la delimitación que el juego político tiene en la Constitución misma. Bajo el entendimiento de que todos aquellos órganos del Estado que crean o aplican derecho a partir de la Constitución, pueden infringirle un daño, precisamente por dejar de observar lo que aquélla expresa, y cobrará sentido abrir un conjunto de mecanismos para salvaguardar su fuerza y vigencia.

Es así como aparece una segunda distinción que se observa a través de la pluralidad de mecanismos, ahora denominados instrumentos procesales de control constitucional,<sup>96</sup> que tienen por objeto asegurar la supremacía de la Constitución. Un elemento más, que se desprende directamente del anterior, es la ampliación de los entes legitimados para promover jurisdiccionalmente estos artilugios de la imaginación constitucional, teniendo como nota distintiva otro dato caracterizador del modelo europeo: los efectos genera-

<sup>95</sup> En Suiza, la Constitución federal Helvética de 1848 instauró un sistema de control concentrado referido a analizar exclusivamente la constitucionalidad de las leyes de los Cantones. En Alemania, la Constitución de Bismarck de 1871 negará la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes del Reich pero permitirá el control de las leyes de los Länder en virtud de la cláusula de primacía del derecho federal sobre el local. Situación semejante recogerá la Constitución de Weimar de agosto de 1919, pero en ese caso, será la interpretación judicial, de forma parecida a lo que ocurrió en Estados Unidos, la que establecerá la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes del Reich. Sobre el particular, Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 28, pp. 49 y 71 respectivamente.

<sup>96</sup> La denominación viene aparejada a la de la disciplina científica que nació con la obra de Kelsen y que se denomina *derecho procesal constitucional*. Su proceso de conformación como rama autónoma puede verse a través de las obras de González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1979; Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, San José, Editorial Juricentro, 1995; Gozaini, Alberto Oswaldo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995; Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Derecho procesal constitucional*, Lima, Editora jurídica Grijley, 1997; y García Belaúnde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 2a. ed., Lima, Editora jurídica Grijley, 2000. De igual manera los trabajos que se incluyen en libro coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor denominado *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, 2001.

les de las resoluciones y la consecuente desaparición del sistema jurídico de la norma tildada de inconstitucional.<sup>97</sup>

El riesgo que día con día enfrenta la Constitución frente a los actos desmedidos del poder, vuelve a poner en evidencia la actualidad del pensamiento de Schmitt, quien al inicio de *Il custode della Costituzione* sostiene que la demanda de un protector de la Constitución es, generalmente, indicio de situaciones críticas para la Constitución.<sup>98</sup> Y en esa lógica puede decirse que, desde el momento en que la ley suprema se desprende de sus creadores, empieza a padecer los embates de los detentadores del poder que ella misma crea y legitima, lo que la lleva a permanecer durante el largo recorrido de su vigencia en una situación de acoso sistemático.

Visto lo anterior, la jurisdicción constitucional tiene el primer cometido de representarse como una institución desalentadora de los actos de poder mal encaminados *a priori*, como ya el mismo Kelsen lo pensaba, y como herramienta correctora *a posteriori*, una vez que no se haya podido desalentar el acto por la sola coerción psicológica que supone la existencia de un órgano de control que en última instancia podrá derribar el acto cuando haya tomado forma jurídica. En este contexto, los entes legitimados para solicitar su protección en algunos casos son lo que, en otros, pueden causar una violación a sus directivas.

Por tanto, la legitimación en el sistema europeo rompe la consideración del proceso judicial como vía única para solicitar la intervención del Tribunal Constitucional para acudir a una ampliación considerable del abanico de accesos para conseguir que los actos del poder tengan un control oportuno. Los tribunales constitucionales nacen como instancias que, fuera de juzgar hechos concretos por la vía de un juicio, lo que realmente llevan a cabo es una labor de control abstracto de compatibilidad entre una norma constitucional y otra infraconstitucional.<sup>99</sup> En este sentido, no es necesario que exista un derecho o un interés concreto vulnerado para acudir a la juris-

<sup>97</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 18, p. 85 y ss. También Ruggeri, Antonio, *op. cit.*, nota 34, p. 38.

<sup>98</sup> Schmitt, Carl, *Il custode della Costituzione*, edición de A. Caracciolo, Milán, Giuffrè, 1981, p. 9.

<sup>99</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 28, p. 43. También Jiménez Campo, Javier, "Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español", en Varios autores, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 76 y ss.

dicción constitucional —la excepción es el amparo— sino que es suficiente una legitimación orgánica que acuda a él en *interés de la Constitución*.<sup>100</sup>

### 3. *Las atribuciones de los tribunales constitucionales de la primera posguerra*

Si como característica originaria del modelo austriaco se establece su capacidad para conocer en vía principal todos aquellos conflictos en los que de por medio se encuentre la constitucionalidad de un acto o disposición normativa, es coherente que existan vías procesales específicas que determinen modos de acceso particularizados al Tribunal Constitucional, de acuerdo con la naturaleza del conflicto de que se trate.

El instrumento que inaugura la distinción entre el modelo americano y el modelo europeo en el periodo de entreguerras es el que encarna el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, conocido comúnmente como recurso o acción de inconstitucionalidad. La institución es una construcción cien por ciento kelseniana en su afán de construir un sistema jurídico sin incongruencias internas,<sup>101</sup> ajeno, como ya destacábamos, a discrepancias normativas en virtud de que en teoría debe existir una regularidad impecable entre las normas de mayor rango y las que nacen a partir de ellas. Por tanto, el proceso constitucional se pone en marcha por determinados recurrentes que suelen ser órganos del Estado y no personas, ante la ausencia de intereses particulares, y de un único interés común: defender de manera abstracta la fundamentalidad de la norma madre. La diferenciación básica entre el modelo europeo y el norteamericano vendrá dada entonces por la disociación del control en casos concretos y por la posibilidad de plantear el recurso en forma *principal* y no como una mera situación *incidental* como se originó en los Estados Unidos de América.<sup>102</sup>

El conocimiento de los conflictos constitucionales entre órganos superiores del Estado, y entre éstos y los entes mediante los cuales se descentraliza el ejercicio del poder, es también una competencia primigenia de los

<sup>100</sup> Rubio Llorente, Francisco, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 551.

<sup>101</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1988, p. 169.

<sup>102</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 18, p. 49 y ss.



tribunales constitucionales.<sup>103</sup> Según se ha constatado históricamente, tal atribución existe desde tiempos en los que todavía no se encontraba estructurado y racionalizado el sistema europeo.<sup>104</sup> Fuera de resolver un litigio concreto en el que dos o más órganos del Estado se atribuyen la competencia o titularidad de una materia determinada, su misión es delimitar de manera abstracta el sistema competencial que la Constitución determina y que es, como se sabe, una de sus funciones esenciales por responder y legitimarse sobre la base del principio liberal.<sup>105</sup>

Lógicamente los sistemas de la primer posguerra no nacen exclusivamente con estas dos atribuciones, aunque como hemos señalado, son las que de hecho los distinguen. A pesar de ello y como el mismo Kelsen lo previera, los sistemas constitucionales podían, como de hecho lo hicieron, adaptar su marco competencial de acuerdo a necesidades políticas y sociales particulares.<sup>106</sup> A continuación se hace un pequeño esbozo de las atribuciones con que, de acuerdo con el pensamiento anterior, fueron investidos los primeros tribunales constitucionales.

Históricamente encontramos la articulación del sistema de control concentrado de la constitucionalidad en la Constitución austriaca del 1 de octubre de 1920.<sup>107</sup> Ahí se sentará en primera ocasión la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la inconstitucionalidad de las leyes de los *land* a instancia del gobierno federal y de aquella que se impute a las leyes federales a instancia de uno de los gobiernos de los *land*. El tribunal conocía además de las controversias competenciales entre órganos del Estado, del recurso de amparo como mecanismo para salvaguardar los dere-

<sup>103</sup> Véase Luther, Jörg, “Cenni di diritto comparato sui conflitti di attribuzioni tra potere dello Stato”, en Anzon, A. *et al.*, (eds.), *La Corte Costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1993, p. 99 y ss.

<sup>104</sup> Norbert Lösing señala que en el siglo XIX, bajo la Constitución de la Federación Alemana de 1815, existían ya procedimientos especiales para la resolución de controversias o conflictos de competencia. *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Fundación Konrad Adenauer-Editorial Dykinson, 2002, p. 37.

<sup>105</sup> Pedro de Vega nos recuerda que la Constitución normativa se basa en la mixtura histórica del principio democrático, del principio liberal y del principio de supremacía constitucional. “Constitución y democracia”; en López Pina, A. (ed.), *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 44 y ss.

<sup>106</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 36, p. 69.

<sup>107</sup> Para el caso austriaco acúdase a Öhlinger, Theo, “L’evoluzione della giustizia costituzionale in Austria”, *Costituzione e giustizia costituzionale nell diritto comparato*, Giorgio Lombardi, con la colaboración de Franco Pizzetti, Rimini, Maggioli editore, 1985, p. 39 y ss.

chos constitucionales, de los contenciosos electorales, de la responsabilidad penal de los altos órganos tanto de la federación como de los *land*, y de las violaciones al derecho internacional. Por reforma constitucional de 1929 se introdujo la primera articulación de lo que más tarde se conocerá como la *cuestión de inconstitucionalidad*.<sup>108</sup>

La experiencia de Checoslovaquia va indisolublemente ligada a la de Austria por razones de tiempo histórico, circunstancia política y probablemente padrinazgo doctrinal.<sup>109</sup> En esa república, el control concentrado se configura a partir de la creación de un Tribunal Constitucional por la *Ley Introductoria a la Carta Constitucional de la República Checoslovaca de 29 de febrero de 1920*, cuya encomienda principal y única sería apreciar la conformidad de las leyes de la república con las disposiciones de la carta expedida en esa misma fecha. Control que de acuerdo con la opinión de Cruz Villalón serviría, entre otras cosas, para controlar la constitucionalidad de las leyes de la autonomía territorial que se había concedido a la población rutena con base en el tratado de protección de las minorías. Desde este punto de vista, el control de constitucionalidad tenía una fuerte dosis de control competencial entre los órganos centrales y los del órgano autónomo allí reconocido. Empero, como es sabido, el tribunal austriaco quedó sin integrarse de 1931 a 1938, fecha en que volvió a constituirse sólo para ser testigo impotente del desmantelamiento del régimen constitucional.<sup>110</sup>

Por otro lado, España, otro de los tres Estados que junto a Austria y Checoslovaquia contribuyó a la formación del sistema europeo de control constitucional, instituirá en el título IX de la Constitución republicana de 1931 la instancia denominada *Tribunal de garantías constitucionales*.<sup>111</sup> Su competencia se extendía a conocer el recurso de inconstitucionalidad de las leyes como control abstracto, la consulta judicial —uno de los principales antecedentes de la cuestión de inconstitucionalidad— como control *concreto*, los conflictos de competencia Estado-regiones, y los recursos de amparo por

<sup>108</sup> Para diversas explicaciones, Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 28, p. 232 y ss., especialmente 251 y 266. También Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 5, p. 48 y ss. Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 80, pp. 50 y 51. Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 8, p. 25.

<sup>109</sup> Cruz Villalón señala que no es posible, a diferencia de lo que sucede con Austria, encontrar los antecedentes precisos en los que se funda la introducción del modelo concentrado en Checoslovaquia, *op. cit.*, nota 28, p. 287.

<sup>110</sup> *Ibidem*, pp. 287-290.

<sup>111</sup> Sobre este órgano consúltese a Ruiz Lapeña, R., *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la Segunda República*, Barcelona, Bosch, 1982.

violación a derechos fundamentales. Accesoriamente conocía de la validez de las actas de los compromisarios en la elección presidencial y de la responsabilidad criminal de las supremas magistraturas ejecutivas y judiciales.<sup>112</sup>

Se traen a colación las tres experiencias anteriores por ser las primeras que lograron articular consistentemente mecanismos para la salvaguarda de sus ordenamientos fundamentales. Como es bien sabido, todas ellas tuvieron una corta duración. Los inicios de su consolidación fueron truncados con el advenimiento del nacionalsocialismo alemán y del falangismo español, pues como certeramente señala Cappelletti, los regímenes autoritarios-totalitarios jamás se han conciliado con los sistemas de control del poder.<sup>113</sup>

¿Qué se destaca de esta primigenia articulación de la primera posguerra? Básicamente que empiezan a tomar forma los instrumentos procesales que la Constitución estatuyó para su defensa. Por un lado aparece el control abstracto para desechar del ordenamiento normas de marcada ilegitimidad; por otro, el denominado control *concreto*,<sup>114</sup> mediante lo que hoy se conoce como cuestión de inconstitucionalidad, que entonces se manejaba como *consulta*, para solicitar al Tribunal Constitucional la revisión de la constitucionalidad de una disposición específica a través de la cual había de resolverse un determinado proceso judicial. Además aparece la jurisdicción competencial para resolver conflictos entre órganos de poder con motivo del ejercicio indebido de una atribución y, finalmente, los primeros antecedentes de lo que más tarde se llamará la jurisdicción de la libertad cuyo objetivo será, ni más ni menos, la salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales recogidos en la Constitución frente a cualquier acto o manifestación de poder.<sup>115</sup>

<sup>112</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 28, pp. 315 y 316.

<sup>113</sup> Cappelletti, Mauro, “La justicia constitucional y supranacional”, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 1993, pp. 51-52.

<sup>114</sup> Que de acuerdo con varios especialistas no es un control concreto, sino un control todavía abstracto. Jiménez Campo, Javier, “Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, en Varios autores, *Los procesos constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 41, 1992, colección Cuadernos y Debates, p. 13 y ss. y el debate allí generado. También Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 479. Igualmente Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 28, p. 43.

<sup>115</sup> Reproducimos aquí la denominación que Cappelletti utiliza en su ya clásico, *La giurisdizione costituzionale della libertà*, Milán, Giuffrè, 1955.

La ampliación de los instrumentos procesales viene acompañada de una ampliación de los entes legitimados para instar la labor de inspección. A *grosso modo* podemos decir que la legitimación se abrió a quienes ostentaban autoridad en el ejercicio horizontal y vertical del poder. Por ejemplo, el control abstracto en Austria podía ejercitarse tanto por el gobierno de los *land* como por el federal; lo mismo sucedía para ejercitar las controversias competenciales. En tanto, la legitimación para interponer el mismo recurso en Checoslovaquia estaba conferido a los tribunales superiores del Estado y a las asambleas legislativas, en donde figuraban la Cámara de Diputados y de Senadores del Parlamento nacional. Para la resolución de las controversias competenciales la legitimidad se extendía no sólo a los gobiernos sino también a las asambleas legislativas. En España siguió ampliándose la legitimación para ejercer el denominado control concreto ahora al Ministerio Fiscal, a los jueces y tribunales, al gobierno, a las regiones y también a toda persona individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada.<sup>116</sup>

Queda claro entonces que si se deseara realizar la comparación de las primeras etapas de formación de los modelos americano y europeo, aun cuando haya mediado un siglo de diferencia entre la aparición de uno y otro, es el segundo el que logra que la noción de control de constitucionalidad se represente como una noción ampliada que comienza a configurar la idea de que los tribunales constitucionales no sólo son legisladores negativos como señalaba Kelsen, sino verdaderos guardianes de la Constitución.<sup>117</sup> La idea de guardián se configura por la mera contraposición de las características esenciales del sistema europeo con el de su similar estadounidense, de donde se desprende que en el primero el control es principal y no incidental, se ejerce a través de un conjunto de instrumentos procesales de diversa naturaleza y no de uno solo que se interpone por un número ciertamente restringido de órganos políticos y de personas físicas, y no sólo por las partes de un proceso judicial, pero sobre todo porque los efectos de las sentencias se expanden de modo general y no particularizado.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 28, p. 380 y ss.

<sup>117</sup> La idea de *guardián* puede conducir ciertamente a presuponer que existen enemigos y no simples infractores de la Constitución. Una argumentación interesante al respecto es la de Otto, Ignacio de, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 1 y ss.

<sup>118</sup> El acercamiento entre ambos modelos de control lo analizamos más adelante.

#### 4. *Los tribunales constitucionales de la segunda posguerra y sus atribuciones*

El desenlace de la Segunda Guerra Mundial y la consecuente caída de los regímenes fascistas abrió nuevas posibilidades para la expansión de la justicia constitucional en Europa.<sup>119</sup> La necesidad de articular y recomponer a la sociedad misma y la organización del poder después de su desmembramiento por el episodio bélico por todos conocido,<sup>120</sup> activó sendos procesos constituyentes principalmente en Japón, Italia y Alemania; en Austria, sin necesidad de ese proceso, recobró su fuerza la Constitución de 1920.<sup>121</sup>

Como nota distintiva del constitucionalismo de la posguerra sobresale por su importancia, la vuelta definitiva a la institución de la rigidez constitucional para configurar a la Constitución como verdadera norma fundamental de garantía.<sup>122</sup> Dicho elemento técnico tendrá la labor específica de confirmar la superioridad normativa de los ordenamientos constitucionales nacientes a efecto de evitar que uno de los órganos que ella constituye pueda destruirlos como la historia reciente había puesto en evidencia dramáticamente. A partir de ese presupuesto, lo que se buscará de forma acuciante, tras la fatídica experiencia vivida, es el conjunto de mecanismos jurídicos encaminados a racionalizar y controlar el ejercicio del poder.<sup>123</sup> Un poder que de no delimitarse y someter a estrictos controles, bien políticos o jurisdiccionales, podría con toda facilidad volver a desbordarse con las mismas o peores consecuencias.<sup>124</sup> Dentro de este sentido precautorio, no pudo encontrarse mejor instrumento que la justicia constitucional. Era el modelo que se tenía más a la mano ante la dificultad de acoger el complejo sistema americano.<sup>125</sup>

<sup>119</sup> Sobre el sentido de la expansión, Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 3, p. 13 y ss.

<sup>120</sup> Véase Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 101, p. 25.

<sup>121</sup> Una referencia específica y detallada sobre la evolución de la jurisdicción constitucional en la segunda posguerra puede encontrarse en Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 186 y ss.

<sup>122</sup> Sobre ello Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 9, p. 127 y ss.

<sup>123</sup> Algo que Boris Mirkine-Guetzévitch señalaba ya como tendencia de los sistemas políticos desde el periodo de entreguerras. *Modernas tendencias del derecho constitucional*, trad. Sabino Álvarez, Madrid, Reus, 1934, p. 31.

<sup>124</sup> Controles políticos que podían venir dados desde la configuración misma de los órganos de poder. Sobre la relación entre la división de poderes y el Tribunal Constitucional véase Pérez Royo, Javier, *Tribunal constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 39 y ss.

<sup>125</sup> *Cfr.* García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 9, p. 133.

Como sostiene Pedro de Vega, es así que aparecerán los tribunales constitucionales coronando la estructura del Estado constitucional moderno;<sup>126</sup> su misión consistirá en desvelarse como auténticos vigilantes y guardianes de los recién gestados ordenamientos fundamentales. Producto de la reintroducción del principio de rigidez aderezado de una institución efectiva para hacer valer la diferenciación normativa que éste supone dentro del sistema jurídico, no quedará otra posibilidad que considerar a la Constitución como verdadera norma jurídica vinculante para todos, sean órganos de poder o particulares.<sup>127</sup> La protección constitucional se fortalecerá en doble medida por la necesidad de custodiar el orden de valores que aparece dando unidad y consistencia ideológica al ordenamiento.<sup>128</sup> Normas que mediante una textura especial expresan los fines que la sociedad pretende conseguir a través del Estado, señalando los derroteros por donde habrán de transcurrir todos los esfuerzos políticos y sociales a fin de materializar dichas aspiraciones. Se unen en un solo documento las vertientes que Fioravanti denomina *Constitución como norma fundamental de garantía* y *Constitución como norma directiva fundamental*,<sup>129</sup> cuya mixtura supone una nueva dimensión para los afanes proteccionistas de la justicia constitucional.<sup>130</sup>

La recuperación histórica de lo mejor de las tradiciones jurídicas americana y francesa se unen para dejar sobre el escenario un modelo de Constitución que al tiempo de considerarse suprema, aparece con nuevos contenidos normativos rompiendo el indiferentismo axiológico de las Constituciones que hasta entonces habían estado en vigencia. No cabe duda que esta característica es una de las mayores aportaciones del constitucionalismo de la posguerra, representando a su vez uno de los mayores retos a los que se enfrenta la justicia constitucional en la actualidad.<sup>131</sup>

<sup>126</sup> Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 83, p. 36.

<sup>127</sup> Sobre el particular, Aragón Reyes, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 166.

<sup>128</sup> La naturaleza de los nuevos derechos contenidos en las Constituciones modernas puede verse en Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 112 y ss.

<sup>129</sup> Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 9, pp. 55 y 75 respectivamente.

<sup>130</sup> Véase este argumento en el *excursus* sobre la Constitución, al que remitimos para una explicación más detallada.

<sup>131</sup> Carlos Ollero interpretó de manera diferente este hecho. El autor argumenta que la Segunda Guerra Mundial fue combatida en nombre de los principios democráticos y liberales en que se asentaba el constitucionalismo de la época, por tanto, la caída de los regímenes

Llegados a este punto, vale la pena detenernos para distinguir, de forma apretada, las características de la renovada jurisdicción constitucional adoptada básicamente por cuatro países cuyo conocimiento es esencial para advertir la ampliación entre las nociones de control manejadas en la primera y la segunda posguerra: Austria mediante la reimplantación del Tribunal Constitucional creado al amparo de la Constitución de 1920, Italia con su Constitución de 1947, Alemania con la ley fundamental de Bonn de 1949 y Francia con su ordenamiento de 1958.

El caso austriaco representa la reintroducción del modelo que estaba vigente con la Constitución de 1920. Únicamente asistió a su actualización con la introducción de algunas modificaciones que ampliaron considerablemente sus competencias por reforma de 1975; por ejemplo, la introducción de una forma de amparo y el fortalecimiento del control incidental. Bajo la reforma, el tribunal conoce de la inconstitucionalidad de las leyes federales y estatales, de los conflictos de competencia entre ambos centros de decisión política, de los recursos de queja por inconstitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo y de las controversias que se generen por violaciones al derecho internacional. El tribunal controla igualmente la legalidad de las elecciones y los referéndums, al tiempo de conocer de oficio la constitucionalidad de una ley cuando haya de utilizarla para la resolución del caso que esté sustanciando.<sup>132</sup>

El Tribunal Constitucional italiano carece de precedentes previos a su instauración en la Constitución de 1947,<sup>133</sup> sin que por ello pueda expresar-

totalitarios debía entenderse como la restauración de los sistemas constitucionales que habían sido destruidos, y no como un momento histórico que podía servir de punto de inflexión para buscar nuevos ropajes para la organización constitucional. La tesis es aceptable si se considera que fueron los derechos individuales los que resultaron ampliamente protegidos bajo las jurisdicciones constitucionales surgidas al término de la Segunda Guerra Mundial y no así los derechos sociales que en ellas se introdujeron también. Al respecto véase Ollero, Carlos, *Derecho constitucional de la posguerra*, Barcelona, Bosch, 1949, p. 45 y ss.

<sup>132</sup> Cfr. Caravita, B., *Corte giudice a quo e introduzione del giudizio sulle leggi. I, La Corte costituzionale austriaca*, Padua, CEDAM, 1985. También Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y Europa", *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 4, 2000, p. 271; Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 5, p. 48 y ss.

<sup>133</sup> La excepción puede ser el control concentrado para derogar las disposiciones sancionadoras por violación a las leyes financieras a cargo del Tribunal de casación, que nunca llegó a tener aplicación en la práctica. Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, t. II, p. 1.

se que se desconocía toda forma de control.<sup>134</sup> La normativa en que se basa el funcionamiento global de la institución nos indica que el juicio en vía principal o de acción, como suele llamarlo la doctrina italiana, se da básicamente cuando existe la necesidad de compulsar la legitimidad constitucional de las normas del Estado central, las regionales o los actos con fuerza de ley. Es competente también para conocer los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado y aquéllos que se den entre el Estado y las regiones, o entre las regiones mismas.<sup>135</sup>

El juicio sobre la constitucionalidad de las leyes se divide en dos vertientes. A la vía principal o de acción se acompaña una vía incidental que inaugura una colaboración estrecha entre los jueces de la jurisdicción constitucional con aquéllos que ejercen la ordinaria mediante el instituto de la cuestión de inconstitucionalidad.<sup>136</sup> Así, en ocasión de un caso concreto en el que se estime que la norma mediante la cual ha de resolverse el litigio pueda ser inconstitucional, los jueces o tribunales están en posibilidad de solicitar a la Corte Constitucional que se pronuncie sobre la concordancia de aquélla frente a la Constitución. Su desprendimiento de una litis particular hace que el proceso de control se entienda como un segmento del proceso ordinario, y por tanto se argumente que constituye un control concreto de constitucionalidad.<sup>137</sup> La corte tiene además atribuciones para conocer cuestiones en materia electoral, como el juicio sobre la admisibilidad del referéndum derogatorio, y en materia penal, toda vez que está facultada para conocer de los ilícitos penales cometidos por el presidente y por los ministros.<sup>138</sup>

Respecto al Tribunal Constitucional alemán, hay que destacar que su competencia es mucho más amplia que la de su predecesor italiano. Como expresa Häberle, podría decirse que dispone de manera potencial y actual de casi todos los instrumentos imaginables para proteger a la Constitu-

<sup>134</sup> Como el control formal, y en ocasiones material, tratándose de reglamentos de tipo material como demuestra Calamandrei, P., “La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile”, en Cappelletti, M. (ed.), *Opere giuridiche*, Nápoles, Morano Editore, 1968, vol. III, pp. 351-352.

<sup>135</sup> Acúdase a Cicconetti, Stefano Maria, *op. cit.*, nota 11, p. 74 y ss. Ruggeri, Antonio, *op. cit.*, nota 34, p. 301 y ss. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 101, pp. 101 y 333.

<sup>136</sup> Cfr. Onida, Valerio *et al.*, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1998, t. I, p. 6 y ss.

<sup>137</sup> Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 133, pp. 9 y ss., específicamente 33 y ss.

<sup>138</sup> Véase el esquema de atribuciones en Ruggeri, Antonio, *op. cit.*, nota 34, pp. 235-236. También Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 5, p. 89. Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 8, p. 30.



ción.<sup>139</sup> Los mecanismos creados por la ley fundamental de Bonn amplían considerablemente la noción de control debido a que prevé el control abstracto de la constitucionalidad mediante el recurso directo de inconstitucionalidad, el control concreto mediante la cuestión de inconstitucionalidad, el control sobre la división territorial del poder entre el Estado y los Länder o éstos entre sí, y el control funcional basado en los alcances de los derechos y obligaciones de un órgano constitucional federal en relación con otro al cual la ley fundamental haya dotado de derechos propios.<sup>140</sup>

La *reina* de las vías de acceso al Tribunal Constitucional, como califica Häberle al recurso de amparo, no fue considerado en el proceso constituyente alemán, fue incorporado por las sucesivas reformas de 1951 y 1969,<sup>141</sup> constituyendo en la actualidad uno de los instrumentos característicos de esa jurisdicción. En adición a estas competencias hay que añadir las de carácter *extraordinario*,<sup>142</sup> que se refieren a la acusación contra el presidente o contra los jueces, los procedimientos por abuso de los derechos fundamentales y el importante procedimiento para la prohibición de los partidos políticos cuando se compruebe objetivamente que tienen el propósito de dañar o suprimir el orden fundamental de libertad y democracia, o poner en peligro la existencia de la República Federal Alemana; competencia cuyo resultado ha sido visto en las sentencias de 1952 y 1956 que suprimieron al Partido Socialista del Reich y al Partido Comunista de Alemania.<sup>143</sup>

Un caso más, intermedio entre esta segunda ola expansiva de la jurisdicción constitucional en Europa y la que vendrá con posterioridad en la década de los setenta, es el del Consejo constitucional francés, concebido en la Constitución de De Gaulle de 1958. La tradición histórica francesa no ha permitido la adopción de una noción ampliada de justicia constitucional, no obstante se han dado grandes pasos en ese sentido.<sup>144</sup> Cappelletti destaca

<sup>139</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, estudio introductorio de Diego Valadés, traducción e índices de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, p. 287.

<sup>140</sup> Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 5, p. 67 y ss. También Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 8, p. 33.

<sup>141</sup> Häberle, Peter, “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, trad. Carlos Ruiz Miguel, en García Belaúnde, D., y Fernández Segado, F., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 236 y ss.

<sup>142</sup> Lösing, Norbert, *op. cit.*, nota 104, p. 40.

<sup>143</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 139, pp. 290-291.

<sup>144</sup> Sobre la experiencia francesa acúdase a Amirante, D., *Giudizio costituzionale e funzione legislativa. L'esperienza francese*, Padua, CEDAM, 1991.

cómo desde 1971 el consejo se ha impuesto como un órgano independiente, casi judicial, con la responsabilidad de revisar la constitucionalidad de la legislación emitida por un Parlamento al que históricamente se le viene profesando una deferencia especial.<sup>145</sup> Inclusive ahora, ese desarrollo ha posibilitado que el consejo conozca preventiva y obligatoriamente de la legitimidad constitucional de las leyes orgánicas y reglamentos parlamentarios, y facultativamente de las leyes y tratados internacionales. Igualmente tiene atribuciones para verificar la legitimidad de las elecciones presidenciales, de diputados y senadores, al igual que del referéndum. Opina en igual sentido sobre la constitucionalidad del ejercicio de los poderes excepcionales del presidente.<sup>146</sup>

Vistos estos modelos, vale apuntar que aunque su aparición dio un impulso fundamental a la idea de defensa global de los ordenamientos constitucionales, todavía no se alcanzaba un grado de ampliación tal que llevase a expresar tajantemente que a partir de la década de los sesenta la Constitución se encontraba flanqueada en sus cuatro lados por instrumentos idóneos para resarcir cualquier intento de vulneración de sus postulados. Dentro de los sistemas revisados hasta el momento, el que sin duda se encontraba más fortalecido era el alemán; su jurisdicción nace como una de las más amplias, particularidad que en la actualidad, con su proceso evolutivo, mantiene dentro del escenario europeo.

##### 5. *Democratización, ampliación competencial y circulación de los tribunales constitucionales en la actualidad*

A principios de los años setenta, el sistema que llevaba la batuta en cuanto a la extensión de la noción de control era sin duda el alemán; algo congruente con el deseo proteccionista que inspiró a sus constituyentes después de la debacle de la guerra, y también con la cualidad de los nuevos contenidos incorporados a la ley fundamental de Bonn con apelaciones a la inviolabilidad de los derechos fundamentales y al reconocimiento de la dignidad de la persona. Así era aun cuando la década de los sesenta mostró una avanzada de la segunda *ola* expansiva de la justicia constitucional —la primera se refiere a las experiencias de la primer posguerra— que produjo

<sup>145</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 3, p. 28.

<sup>146</sup> Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 5, p. 104 y ss. Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 8, pp. 14-15.

la introducción de sistemas de control de constitucionalidad en Chipre en 1960, Turquía en 1961, Yugoslavia en 1963, Malta en 1964, hasta llegar a Suecia y Dinamarca en 1970.<sup>147</sup>

La culminación de sendos procesos de transición democrática producto del desechamiento del régimen de los coroneles en Grecia en 1975, del régimen de Salazar en Portugal en 1976 y del propio Franco en España en 1978, dio impulso a la *tercera ola*, poniendo de nuevo en evidencia la conexión existente entre democracia y justicia constitucional. Las tendencias, motivaciones y reflexiones que dieron lugar a la aparición de la justicia constitucional en los años veinte no se rompen, más bien se adecuan al tiempo y a la circunstancia histórica. Como nota distintiva de las tres nuevas Constituciones que surgen del intercambio autoritarismo-democracia, se revela la coherente recuperación del principio democrático de la soberanía popular, principio base para la edificación de cualquier Estado que pretenda adjetivarse bajo la categoría de democrático y constitucional. En concordancia con esa vocación democrática, se advierte la adopción de jurisdicciones constitucionales avocadas a salvaguardar el compromiso pluralista expresado en el acto constituyente.

Destacan por su trascendencia los tribunales constitucionales portugués y español, básicamente porque son punto de partida y de retorno para quienes deseen indagar en la noción ampliada de control jurisdiccional que se maneja en la actualidad, de la cual forman parte indiscutible los sistemas de los que ya hemos hablado en el punto precedente.

El Tribunal Constitucional portugués, con las peculiaridades que lo definen actualmente producto de las reformas constitucionales de 1982 y 1989,<sup>148</sup> tiene competencia para conocer en vía de acción de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes u otros actos con la misma fuerza, bien de manera preventiva o bien represiva. Dentro de la vertiente represiva es competente para conocer la inconstitucionalidad de cualquier norma jurídica y la legalidad de las normas con fundamento en la violación del estatuto regional o de la ley general de la república, o bien por la violación de los derechos de una región consagrados en su estatuto. En vía de omisión co-

<sup>147</sup> Véase Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 5, p. 4; Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 3, p. 16. También Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 101, pp. 33-34.

<sup>148</sup> Sobre el Tribunal Constitucional portugués véase Ferreira de Almeida, J. M., *A justiça constitucional em Portugal. Notas para um estudo*, Lisboa, 1985. De manera sintética, Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 5, p. 126 y ss.

noce de la acción por omisión legislativa, fiscaliza la cuestión de inconstitucionalidad que interpongan de manera difusa jueces y tribunales de la jurisdicción común, así como la constitucionalidad o legalidad de los actos de los mismos tribunales.<sup>149</sup>

La entrada en funcionamiento del Tribunal Constitucional español puso en entredicho la afirmación de la doctrina alemana que decía contar con el sistema más amplio y avanzado de justicia constitucional. Habiendo podido recoger la rica experiencia de los demás países se presenta, al momento, como la más refinada y completa realización de la justicia constitucional en Europa, como certeramente ha apuntado Zagrebelsky.<sup>150</sup> Siguiendo claramente la articulación constitucional alemana e italiana,<sup>151</sup> el guardián de la Constitución española tiene confiado el conocimiento del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, tanto de las que provengan del Estado como de aquéllas que puedan darse en las comunidades autónomas. El recurso indirecto o incidental puede ser planteado por cualquier juez o tribunal ante la duda de constitucionalidad. Conoce del recurso de amparo interpuesto por los particulares frente a la violación de sus derechos fundamentales. Tiene atribuida la competencia para sustanciar los conflictos constitucionales, tanto los que se generen por la descentralización del ejercicio del poder entre el Estado y las comunidades autónomas o éstas entre sí, como aquéllos que se generen por la distribución horizontal del poder entre los órganos superiores del Estado. Finalmente cuenta con un control *a priori*, al parecer tomado

<sup>149</sup> González Rivas, Juan José, *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 93 y ss.

<sup>150</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 101, p. 34. García de Enterría es de la misma opinión. En el análisis que hace al respecto sostiene que el español carece de la facultad de controlar a los partidos políticos, pero en cambio cuenta con la atribución, nada desdeñable, de controlar la constitucionalidad de los sistemas autonómicos, García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 9, p. 136. La expresión no se aplica en la actualidad debido a que el Congreso de los Diputados aprobó una ley de partidos políticos con la clara intención de ilegalizar a uno ellos, vinculado con la organización terrorista ETA: Batasuna. Aunque la competencia se confiere al Tribunal Supremo no dudamos que será el Tribunal Constitucional el que terminará manifestándose sobre el particular debido a que la Constitución española protege, entre otras cosas, al pluralismo político como un valor que inspira la totalidad del ordenamiento.

<sup>151</sup> Vega, Pedro de, “Problemi e prospettive attuali della giustizia costituzionale in Spagna”, en Lombardi, Giorgio (ed.), *Costituzione e giustizia costituzionale nell diritto comparato*, Rimini, Maggioli editore, 1985, p. 129 y ss.

del modelo francés, tratándose de ratificación de tratados internacionales, estatutos de autonomía y leyes orgánicas.<sup>152</sup>

A la par de la ampliación de las vías que se concretan para la defensa de la Constitución en el ordenamiento español, se produce una sensible ampliación de los entes legitimados para promover la actuación del tribunal, por ejemplo, al defensor del pueblo. Cuestión importante también es que, con el objeto de proteger los derechos de la minoría parlamentaria, la legitimación para interponer el recurso directo se concede a 50 diputados o senadores, número más flexible en comparación a la porción que se exige en su correspondiente alemán.

La asunción de la aplicación judicial de la Constitución como la técnica más eficaz encontrada hasta ahora para procurar que todas las manifestaciones del poder se conduzcan por los cauces establecidos por la norma suprema, no se detiene sino que continúa su expansión a lo largo de las últimas dos décadas del siglo XX. El prestigio alcanzado después de observar como ha potenciado la estabilidad y gobernabilidad de las naciones que han introducido el modelo en cualquiera de sus variantes, ha sido punta de lanza para que, hasta los que se habían mostrado más reacios y escépticos a su incorporación, finalmente hayan cedido a tal propósito. No por nada Manuel Aragón, siguiendo a Favoreu y Fromont, destaca como en la actualidad puede hablarse válidamente de la *universalización* de la justicia constitucional.<sup>153</sup>

Para muestra de esa universalización están los casos ya citados, y los que por falta de tiempo y espacio hemos dejado de estudiar más a fondo, pero que han jugado un rol muy importante para la estabilidad constitucional de sus Estados. Por ejemplo, están las experiencias de México, que por virtud de las últimas reformas constitucionales de 1988, 1994 y 1996 se

<sup>152</sup> Entre la vasta bibliografía son representativos los escritos de Tomás y Valiente, Francisco, "El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias", *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 23 y ss.; Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional en España", *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 417; Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 1054 y ss; Aragón Reyes, Manuel, "El Tribunal Constitucional. Significado, composición y competencias", *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 137 y ss. También, García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 9, p. 153 y ss.

<sup>153</sup> Cfr. Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 175.

han atribuido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación facultades propias de un Tribunal Constitucional;<sup>154</sup> de Colombia, que mediante la Constitución de 1991 ha incorporado un Tribunal Constitucional; de Chile, que mediante la Constitución de 1980 abraza el mismo objetivo; de Ecuador, con su Constitución de 1978 reformada en 1983, 1992 y 1996 donde sucede prácticamente lo mismo; de Guatemala, donde la Constitución de 1985 crea la Corte de Constitucionalidad; Perú, en su Constitución de 1993 y Bolivia mediante la Constitución de 1967, reformada en 1994, instituyen sendos Tribunales Constitucionales. Costa Rica, a partir de la reforma constitucional de 1989, optó por una solución diferente: creó una sala especializada, la Sala de lo Constitucional, dentro de la Corte Suprema; Venezuela siguió idéntica pauta con la reciente Constitución chavista de 1999 que estableció una instancia de la misma naturaleza; Paraguay con su Ley suprema de 1992 y el Salvador con la Constitución de 1983, reformada en 1991, atendieron al mismo criterio.<sup>155</sup>

La fuerza expansiva ha llegado hasta los últimos confines de Europa donde tras el nacimiento de naciones independientes producto de la culminación de procesos transicionales, luego del desmembramiento de la Unión Soviética, se han levantado sendos Estados deseosos de vivir en democracia bajo el rigor del Estado constitucional. Inaugurando una *cuarta ola expansiva*<sup>156</sup> aparecen los casos de la propia Rusia bajo la Constitución de 1993, Hungría en 1989, Serbia en 1990, Macedonia, Bulgaria, Croacia, Rumania, y Eslovenia en 1991, Eslovaquia, Yugoslavia, Albania, Lituania,

<sup>154</sup> Acúdase al amplio estudio de Fix-Zamudio, Héctor *et al.*, “La jurisdicción constitucional en México”, en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 261 y ss.

<sup>155</sup> Para el estudio de la jurisdicción constitucional en estos países y en general en Iberoamérica, García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997; Restrepo Piedrahita, Carlos (comp.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, 1984; Soberanes Fernández, José Luis y García Laguardia, Jorge Mario (comps.), *Justicia constitucional comparada*, México, 1993; Fix-Zamudio, Héctor, “Los tribunales y salas constitucionales en América Latina”, *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1997, p. 59 y ss. Recientemente ha aparecido el libro de Norbert Lösing que contempla, aparte de los países que cuentan con la justicia constitucional más desarrollada, aquéllos cuyo estudio no es tan frecuente como los casos de Panamá, República Dominicana, Cuba y Puerto Rico. Véase Lösing, Norbert, *op. cit.*, nota 104.

<sup>156</sup> Así lo sugiere Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 59, p. 30.

nia y Estonia en 1992, República Checa en 1993, Armenia en 1996, Polonia en 1997, Ucrania en 1996 y Bosnia-Herzegovina en 1997.<sup>157</sup> Todos ellos con el propósito de ahuyentar *demonios pasados*, según la descriptiva expresión de Cappelletti, han acudido a la solución que con gran éxito ha funcionado para aquellos países que en su momento decidieron liberarse del yugo totalitario mediante la adopción de la justicia constitucional concentrada.<sup>158</sup> Esto es, siguiendo en uno u otro modo, las líneas maestras del modelo kelseniano.<sup>159</sup>

Finalmente, en Asia se presentan también experiencias de justicia constitucional concentrada como en los casos de Uzbekistán, Tayikistán, Kazakistán, Azerbaiyán y Tailandia. Resta decir que inclusive África, donde por otra parte, las Constituciones se quedan frecuentemente en simples proclamaciones sin aplicación efectiva, se registran ejemplos análogos en Angola, Algeria, El Congo, Chad, Mali y Togo, todas ellas influenciadas por el sistema imperante en Francia debido a la dominación política que ejerció sobre estos países.<sup>160</sup> Una de las últimas experiencias, interesante por su proceso evolutivo, es la representada por la Constitución de Sudáfrica de 1996 que creó un Tribunal Constitucional, el cual, inclusive, tuvo a cargo la vigilancia del proceso constituyente como consecuencia de las atribuciones conferidas por la Constitución transitoria de 1993.<sup>161</sup>

<sup>157</sup> Para los casos de Europa centro-oriental con especial referencia a los países que formaban parte de la Unión Soviética, a los países de la zona de los Balcanes y a los de Europa central, acúdase a los orientadores estudios contenidos en De Vergottini, Giuseppe (ed.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell'Europa centro-orientale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2000. Véase igualmente Bartole, S., "Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell'Europa centro-orientale", *Quaderni Costituzionali*, Bolonia, Il Mulino, año XVI, núm. 2, agosto de 1996, p. 229 y ss. También Mazza, M., *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Padua, CEDAM, 1999. Ilustrativa es la lista comparativa que Favoreu realiza sobre la composición de los tribunales constitucionales de Europa Central y Oriental. *op. cit.*, nota 5, p. 115.

<sup>158</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 3, p. 16.

<sup>159</sup> Véase el análisis que sobre los tribunales constitucionales de Europa del Este realiza al comienzo de su ponencia Arne Mavcic, "The specialities of Slovenian Constitutional Review", en De Vergottini, G. (ed.), *op. cit.*, nota 157, p. 161 y ss. Para un estudio más a fondo sobre la organización de estos tribunales, véase a Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 59, p. 37 y ss.

<sup>160</sup> *Cfr.* Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 8, pp. 46 y 56.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 52.

#### IV. LA HIBRIDACIÓN DE LOS MODELOS ORIGINALES

En la década de los cincuenta, cuando los sistemas de control concentrado de la segunda posguerra estaban asentándose, tomando cauce y forma, el procesalista florentino Piero Calamandrei dio cuenta puntual de los rasgos que diferenciaban y, de hecho, oponían a los sistemas de justicia constitucional al sostener que el control *judicial* era un sistema difuso, incidental, especial y declarativo, mientras que el control *autónomo*, como lo llamaba, se caracterizaba por ser concentrado, principal, general y constitutivo.<sup>162</sup>

Hoy día, sin embargo, parece que las notas identificadoras de uno y otro han ido diluyéndose, a grado tal, que más allá de configurarse un tercer modelo, diferenciado por el elemento de la incidentalidad o bien de la mixtificación,<sup>163</sup> ha llegado a hablarse de una multiplicidad de sistemas definidos cada uno por particularidades que los hacen únicos y no del todo compatibles con las características de los sistemas primigenios.<sup>164</sup>

Como se ha dicho, el sistema estadounidense de justicia constitucional se establece como un poder implícito a partir de 1803. La sentencia *Marbury vs Madison* sentó en un solo acto las características del modelo, ciertamente puesto en práctica y teorizado años atrás. Modelo que con el arribo de nuevas interpretaciones constitucionales fue cambiando básicamente para ampliar sus posibilidades y llegar al día de hoy con las peculiaridades que lo conocemos.

Un camino diferente se recorrió en Europa. Fuera de las experiencias de control en Estados compuestos para asegurar la legitimidad de las leyes locales frente al derecho federal, el modelo fue producto del entendimiento de la supremacía constitucional al estilo estadounidense, teorizado y pue-

<sup>162</sup> Calamandrei, P., *op. cit.*, nota 134, p. 350.

<sup>163</sup> La diferenciación entre los modelos incidentales y los sistemas mixtos puede verse en Pegoraro, Lucio, “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 6, 2002, p. 398 y ss.

<sup>164</sup> Rubio Llorente señala al respecto que en la actualidad carece de sentido hablar de un sistema europeo porque existen más diferencias entre los mismos modelos europeos que entre algunos de ellos y el estadounidense. “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en Varios autores, *Manuel Fraga. Homenaje académico*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997, vol. II, p. 1416 y ss.



to en práctica casi en el mismo momento por su autor. En esa teorización quedaron expuestas con especial pulcritud las líneas maestras de lo que sería el modelo contrapuesto al sistema americano, aun cuando la base de su fundamentación era la misma, si bien es cierto entendida y explicada de manera diversa. Ni qué decir acerca de que Kelsen fue cuidadoso al plantear punto por punto la problemática de la justicia constitucional en Europa, siendo capaz de contraargumentar y convencer aun en los supuestos en los que su razonamiento colisionaba de manera frontal con los grandes dogmas del derecho constitucional europeo. Además, fue consciente de que cada país por su tradición, cultura, historia, o por sus requerimientos políticos, jurídicos o sociales necesitaba adaptar su sistema de justicia constitucional a la propia realidad.<sup>165</sup> De ahí que el modelo nazca con una gran dosis de ductilidad, no representando una construcción rígida aplicable exclusivamente bajo los dictados teóricos de su autor. Por el contrario, desde sus inicios aparece como un modelo dócil, condescendiente, que en aras de su flexibilidad se puede acomodar al conjunto de peculiaridades que condicionan al sistema en que pretende establecerse.

Por otro lado es cierto que de cada sistema pueden desprenderse elementos rígidos, inamovibles.<sup>166</sup> Pero sucede que si ellos fueran intercambiables, lejos se estaría de configurar un modelo particular y específico. Kelsen mismo hace la diferenciación entre aquellos elementos insustituibles y aquéllos que sí lo son. Baste acudir a su clásico ensayo para determinar que entre los primeros está el tribunal encargado de conocer la inconstitucionalidad de las leyes como órgano independiente, que los procesos constitucionales que conoce los tramita en vía principal, que los entes legitimados para acudir al tribunal deben ser preferentemente órganos del Estado y que las resoluciones del tribunal tienen una doble implicación: tienden a privar de eficacia a la norma tildada de inconstitucional y esa pérdida de eficacia suele expandirse de manera general y no particularizada.<sup>167</sup> Dentro de aquéllos que no son esenciales está la forma de elección de los jueces, la integración del propio tribunal, los requisitos exigibles para ser magistrado, las facultades accesorias del tribunal, es decir aquéllas que pueden atribuirsele

<sup>165</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 36, p. 69.

<sup>166</sup> Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 101, p. 170.

<sup>167</sup> Acúdase a Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 28, p. 33. También Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 5, p. 27 y ss.

y que son adicionales a la competencia principal, reconducida a conocer del recurso de inconstitucionalidad, entre otros.<sup>168</sup>

A partir de las directrices señaladas, la primera exposición del modelo con la realidad se dará, como también lo hemos expresado, en la Constitución de Austria de 1920. Lo mismo se puede decir de las experiencias de Checoslovaquia y España. Los sistemas generados a partir del constitucionalismo de la segunda posguerra instituyen como garantía jurisdiccional de la Constitución sistemas que obedecen, sin duda alguna, las líneas maestras aportadas por el jurista de Praga.<sup>169</sup> Sin embargo, la conexión que dichos sistemas hacen, básicamente el italiano, alemán y después el español, entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional a través del instituto de la cuestión de inconstitucionalidad, ha llevado a los juristas a establecer un tercer apartado en la clasificación de los modelos de justicia constitucional para situar al modelo que llaman *incidental*, y un cuarto para situar al modelo *mixto*.<sup>170</sup>

La solución de la incidentalidad había podido estudiarse en virtud de que había pasado algún tiempo entre la instauración de las primeras experiencias de justicia constitucional, permitiendo, en alguna medida, la asimilación de los elementos más significativos de los modelos originales que hasta entonces funcionaban. Los constituyentes tuvieron la oportunidad de valorar la incorporación de componentes del modelo de control difuso dentro de la columna vertebral aportada por el modelo concentrado. La experiencia de los modelos austriaco, checo y español había dejado en claro que existían dos jurisdicciones completamente separadas que no tenían puntos de intersección.<sup>171</sup> Las disfuncionalidades que se observaron sirvieron para optar por mantener esa doble jurisdicción separada, la ordinaria y la constitucional, pero introduciendo un elemento de conexión representado por la institución de la cuestión de inconstitucionalidad.

<sup>168</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 36, pp. 58-59. Para el análisis de las nuevas encomiendas de los tribunales constitucionales, véase Baldin, Serena, *Le "altre" funzioni delle corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all'est europeo*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2000, esp., p. 45 y ss.

<sup>169</sup> La influencia del modelo kelseniano en la confección de la Corte Constitucional italiana la señala Volpe, G., *op. cit.*, nota 61, p. 253 y ss. Un análisis que muestra esta influencia a través de la doctrina italiana más calificada es el de Broglio, Costanza M., *op. cit.*, nota 91.

<sup>170</sup> Cfr. Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 8, p. 27.

<sup>171</sup> Cfr. Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 127, p. 165.

Es a partir del arribo de la institución cuando empieza a teorizarse la irrupción de un nuevo modelo señalando que su composición obedece, invariablemente, a elementos del sistema estadounidense y del austriaco; ello aun cuando es evidente que el único elemento que se incorpora dentro de los sistemas que siguen observando las grandes líneas maestras del sistema kelseniano, es la difusión que existe entre jueces y tribunales para solicitar la intervención del órgano especializado que tiene la competencia para anular una norma contraria a la Constitución.

Como es de sobra conocido, la diferencia esencial entre ambos sistemas es la posibilidad de que sea un órgano especial o sean todos los órganos judiciales quienes decidan la inconstitucionalidad de las leyes. La decisión de Kelsen es también conocida. Y lo es porque la gran apuesta del autor se da luego de un nuevo entendimiento de su concepto de Constitución. Por ello, sin alejarse de su formalismo fue capaz de destacar que la Constitución no es solamente norma jurídica sino también equilibrio político.

Bajo esta premisa, salta a la vista que el autor trató de equilibrar también el sistema institucional para que la introducción de la justicia constitucional no causara un desajuste de proporciones mayores. Por ello dio un lugar preponderante al Parlamento, estableciendo que sólo en casos de extrema exigencia se legitimaba la función del *legislador negativo* para eliminar los excesos de la mayoría. La intención de fortalecer a la ley, como mediadora entre la Constitución y los actos particulares, lo llevó a constreñir a la totalidad de los jueces a su apego irrestricto a la ley. Empero, él mismo destacó la oportunidad de que los tribunales interrumpieran sus procesos y elevaran sus dudas sobre la constitucionalidad de un precepto ante el Tribunal Constitucional para que fuera éste quien juzgase su compatibilidad o no con la Constitución. Es cierto que dicho consejo se dio no para incentivar la colaboración entre jurisdicciones, sino más bien, para sobresaltar la jerarquía de la jurisdicción constitucional frente a la ordinaria pues era la única que estaba en posibilidades de realizar una interpretación homogénea del texto y de dar integridad y coherencia a la totalidad del sistema.<sup>172</sup> Pero ya no es más parte de su construcción porque en el fondo existía una notable desconfianza en el juez ordinario dentro de Europa continental.<sup>173</sup>

El consejo kelseniano fue retomado en la reforma austriaca de 1929. De esta manera, se incorpora un primer elemento que se puede considerar ex-

<sup>172</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 36, p. 88.

<sup>173</sup> Sobre ello da cuenta, referido al caso italiano, Volpe, G., *op. cit.*, nota 61, p. 253.

traño al modelo, al atribuirse al Tribunal Constitucional un control concreto a través de la cuestión de inconstitucionalidad, limitando al Tribunal Supremo y al Tribunal Administrativo como órganos legitimados para plantearla.<sup>174</sup> La solución atenuará la contraposición modelística según Cappelletti,<sup>175</sup> y en voz de Fernández Segado, agrietará la supuesta solidez de las diferencias binomiales.<sup>176</sup>

El elemento de conexión entre jurisdicciones es un dispositivo, dentro de muchos otros, que se incorpora al sistema de defensa jurisdiccional de la Constitución luego de la acogida que los textos constitucionales dieron a la noción de Constitución como norma de garantía, esto es, como ley suprema.<sup>177</sup> Como ya se sabe, el hecho elevó la cualidad normativa de la Constitución al punto de modificar el sistema tradicional de fuentes del derecho. La ley cedió finalmente el paso a la Constitución y a partir de ahí todas las autoridades deberán vincularse a ésta, teniendo la obligación de respetarla. El juez, como aplicador de la ley, tendrá igualmente que supeditarse a ella pero ya no mecánicamente como antes, presumiendo sin más su constitucionalidad. A partir de este momento el juez puede y debe interpretar la norma antes de aplicarla para ver si su contenido es legítimo o no. Existe, por ende, una doble vinculación a la Constitución y a la ley.<sup>178</sup>

No obstante, las mismas razones históricas que se impusieron para retrasar la entrada de la justicia constitucional en Europa, volvieron a manifestarse con toda su intensidad a efecto de que el juez no se vinculara solamente a la Constitución para poder, por sí mismo, desaplicar la ley.<sup>179</sup> Mencionábamos ya que el mismo Kelsen en su intento de equilibrio confería un papel predominante al Parlamento dentro del sistema constitucional. Así, para no denigrar por completo la ley, luego del golpe asestado con la irrupción de la normatividad constitucional, se decidió seguir vinculando a los jueces a la ley pero fortalecer la vía para que, en caso de duda, solicitaran la intervención de la jurisdicción constitucional a efecto de

<sup>174</sup> Véase Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 28, p. 267.

<sup>175</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 18, p. 100.

<sup>176</sup> Véase Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Bolonia, Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Lecture Series, Librería Bonomo Editrice, núm. 5, 2003, p. 13.

<sup>177</sup> Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 9, p. 127 y ss.

<sup>178</sup> Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 127, pp. 166-167.

<sup>179</sup> Acúdase a García Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 9, pp. 55-59.

que sea ésta quien se encargue de la valoración y eventual anulación de la norma en cuestión.

La cuestión de inconstitucionalidad se instala entonces para tratar de equilibrar el principio parlamentario con el principio de supremacía constitucional. La tarea que dentro de este equilibrio corresponde jugar a la jurisdicción ordinaria no es nada despreciable. Tiene, en primer lugar, reconocido el derecho a interpretar la Constitución y a generarse una convicción propia de la legitimidad o ilegitimidad de las normas que aplica. Convencida de esa legitimidad puede aplicar una norma sin problema alguno, pero convencida de lo contrario su deber será elevar el asunto al conocimiento de la jurisdicción constitucional junto a su particular reflexión jurídica a efecto de que sean sopesadas de manera abstracta por el Tribunal Constitucional. Es en la posibilidad del juez, de todo juez para ejercitar la función descrita, donde se deja entrever en toda su intensidad el elemento de la difusión al que nos venimos refiriendo.<sup>180</sup>

Es verdad que la institución de la cuestión de inconstitucionalidad da posibilidad a que se pueda hablar de un control incidental, similar al que se desenvuelve en el sistema estadounidense.<sup>181</sup> Pero esa similitud se manifiesta únicamente en el hecho de que la cuestión emana de un litigio particular y que de la resolución del incidente depende el sentido de la sentencia dictada por el juez ordinario. No alcanza al órgano que la decide, ni la forma en que lo hace, que es en donde reside la diferencia esencial.<sup>182</sup> Existen quienes destacan, siguiendo la nomenclatura alemana, que lo que realiza el Tribunal Constitucional es un control concreto debido a que juzga hechos particulares tal y como sucede en Estados Unidos.<sup>183</sup> Frente a esta lectura existe una más, a la que nos adherimos, en el sentido de que una vez trasladada la cuestión de constitucionalidad al juez, se opera bajo las mismas categorías normativas —Constitución y ley—, su actuación sirve a un mismo objetivo —salvaguardar el estatus de superioridad de la Constitución— y las consecuencias jurídicas son idénticas: la expulsión del siste-

<sup>180</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 99, p. 76.

<sup>181</sup> Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 8, p. 27.

<sup>182</sup> Acúdase a Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 101, p. 175.

<sup>183</sup> Faller, Hans Joachim, “Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal Alemana”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 7, enero-febrero de 1979, p. 53. Pizzorusso, A., “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quaderni Costituzionali*, Bolonia, año II, núm. 3, diciembre, 1982, p. 525. También a Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 5, p. 104.

ma jurídico de la norma inconstitucional.<sup>184</sup> La conclusión a la que se llega entonces es que la actitud del juez constitucional al resolver la cuestión es la misma que despliega cuando conoce del control abstracto.

En este sentido es evidente que si la jurisdicción constitucional no valora elementos fácticos tal y como expresamente lo señala el artículo 81 de la Ley sobre el Tribunal Federal Alemán que determina “El Tribunal Constitucional Federal resuelve únicamente sobre la cuestión de derecho”, entonces es necesario reconocer también que parte de las tesis kelsenianas siguen vigentes hoy día debido a que los mismos tribunales siguen, en estos casos, ejerciendo un control abstracto.

Con lo anterior es de destacarse que el pretendido acercamiento de los sistemas actuales debe verse no como una ruptura de las bases comunes de donde desprenden su origen histórico, sino más bien como la completa racionalización de los sistemas con su correspondiente acoplamiento a las circunstancias imperantes en los países en donde actúa.<sup>185</sup> Nosotros mismos hemos señalado en otra parte de este trabajo que la contraposición a rajatabla de los modelos originales para destacar sus diferencias, es hoy un punto de referencia falso para quienes deseen conocer a fondo las características de ambas instituciones.

Es necesario conocer los sistemas en su estado original y al mismo tiempo su evolución específica. Sólo realizado lo anterior se podrá advertir que en efecto, existen técnicas e instituciones que tradicionalmente han correspondido a un modelo y que por su eficacia han sido integradas al sistema opuesto y viceversa.<sup>186</sup> No cabe duda hoy que no existen sistemas en estado puro que sigan al pie de la letra las líneas maestras de los modelos originales. Pero tampoco existe una mezcla sin más que haya llegado al extremo de no identificar los pilares fundamentales que en la actualidad siguen siendo funcionales al momento de identificar la pertenencia de un sistema al modelo estadounidense o al modelo austriaco.<sup>187</sup> La hibridación es real, pero no creemos que ello deba orillarnos a sostener que el modelo europeo se ha americanizado ni tampoco que el americano se

<sup>184</sup> Véase Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 152, p. 479.

<sup>185</sup> Ese es el sentido que Cappelletti da a la introducción de la cuestión de inconstitucionalidad en Italia y Alemania, *op. cit.*, nota 18, p. 100.

<sup>186</sup> Así lo sostiene Pizzorusso, *op. cit.*, nota 183, p. 522.

<sup>187</sup> *Cfr.* Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 127, p. 166. También Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 101, p. 170.

ha europeizado sin anteponer los comentarios que la cautela y la prudencia recomiendan.<sup>188</sup>

Sostener una lectura extremista podría llevar a reconocer, sin los matices adecuados, que el Tribunal Supremo de Estados Unidos es en la actualidad un Tribunal Constitucional debido a que conoce exclusivamente de cuestiones de constitucionalidad a partir de la eliminación de sus facultades en jurisdicción de apelación, y las resoluciones tienen efectos *erga omnes* como consecuencia del principio *stare decisis*.<sup>189</sup> O en el caso opuesto, señalar que por conocer de manera incidental de la constitucionalidad de las leyes, por tener atribuidas competencias en materia de amparo, por tener como objeto de interpretación una norma *rematerializada* con valores y principios, o porque su rol ha dejado de ser aquel de legisladores negativos para convertirse en auténticos legisladores positivos, los tribunales constitucionales europeos se han americanizado.

Como puede verse, no existe un consenso sobre esta problemática. Por tanto, los argumentos en que se basan quienes intentan demostrar la cercanía del modelo europeo a su similar estadounidense deben seguir presentándose hasta lograr convencer al auditorio. Mientras tanto, es mejor seguir aceptando que ambos modelos fueron concebidos con un alto grado de ductilidad y que las pretensiones sostenidas en ambos lados del Atlántico por eficientar los sistemas de justicia constitucional son las que han llevado a valorar los desarrollos, tensiones, incongruencias, éxitos, fracasos, aciertos y errores de ambos modelos para evitarlos o potenciarlos.

Si hay una razón poderosa para entender la aproximación entre modelos, no cabe duda que es la convergencia teleológica entre ellos como sabia-

<sup>188</sup> García de Enterría trata de destacar con gran insistencia la influencia del modelo estadounidense sobre los modelos europeos actuales, llegando a decir, inclusive, que “el Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano”. *Cfr. op. cit.*, nota 9, p. 123. Opinión similar, en la doctrina italiana, puede verse en Pizzorusso, A., *op. cit.*, nota 183, p. 527. En la doctrina española es interesante reparar en la reciente reflexión sobre el particular de Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 176. Pegoraro reconoce que aún cuando pueda hablarse de un *tertium genus*, es evidente que el control de constitucionalidad permanece sólidamente en las manos de un órgano central, y el elemento de *difusión* se da sólo en la fase introductoria del proceso, no en la decisoria. Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 8, p. 39.

<sup>189</sup> Sostienen el acercamiento con las modulaciones propias del caso en Italia, Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 8, p. 21. En España, Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 164, p. 1416, y Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 176, p. 27.

mente evidenció Tomás y Valiente.<sup>190</sup> Sin embargo, fuera de buscar respuestas a la hibridación desde el punto de vista de las técnicas de cada modelo, creemos que es más conveniente explicarla desde el concepto de Constitución. Si aceptamos lo anterior debe decirse, como lo notó puntualmente Forsthoff, que la justicia constitucional presupone una determinada idea de Constitución.<sup>191</sup> Entonces, si la Constitución de la actualidad es *híbrida* por recoger lo más significativo del constitucionalismo histórico estadounidense y francés mediante la recomposición teórica de sus principios fundadores de parte de Schmitt y de Kelsen,<sup>192</sup> veremos que a este particular tipo de Constitución debía añadirse, en lógica pura, un particular sistema de justicia constitucional. El hecho está comprobado por la forma como emerge la *Judicial Review* en Estados Unidos y la lectura de su Constitución de parte de Marshall, y luego sucede en Europa en donde Kelsen sigue el modelo liberal de Constitución justamente en el momento en que comenzaba a fracturarse mediante el advenimiento de los primeros embates del Estado social en la Constitución de Weimar de 1919. Si esto es así, lógicamente cambia también la función de la justicia constitucional debido a que su actuación no será la misma operando bajo un ordenamiento representativo del Estado liberal, que uno representativo del Estado social o del Estado constitucional. Debía, y así se hizo en el constitucionalismo de la posguerra, adaptarse una solución de justicia constitucional híbrida que respondiera y fuera coherente con las características del sistema constitucional que estaba llamado a garantizar, pues no es lo mismo defender una simple compatibilidad formal entre normas jurídicas, a inspeccionar la constitucionalidad de una ley tomando como parámetro un valor o un sistema de valores recogidos por la Constitución.

Si el concepto y la función de la justicia constitucional han mutado en respuesta a la metamorfosis ocurrida dentro de las Constituciones, las técnicas de uno y otro se conservan; pero en aras de la armonización de sus competencias y eficientación de sus alcances, se han entremezclado a efecto de intentar salvaguardar un documento que por sus contenidos materiales está expuesto a ser violentado reiteradamente, dejando entrever la necesi-

<sup>190</sup> Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, nota 152, p. 53.

<sup>191</sup> Forsthoff, “La trasformazione della legge costituzionale”, en Amirante (ed.), *Stato di diritto in trasformazione*, Milán, Giuffrè, 1973, p. 232.

<sup>192</sup> Esta idea de Constitución la sostenemos en el *excursus* sobre el particular, al cual remitimos.



dad de ampliación de los objetos de control a fin de proteger a la Constitución desde todos sus ángulos.

Ahora bien, si por hibridación se entiende no sólo la incidentalidad sino también la capacidad de conjuntar dentro de un solo sistema los dos modelos históricos estableciéndose un órgano de cierre constitucional, pero permitiéndose una difusión en la desaplicación de normas inconstitucionales por cualquier juez, entonces cabe decir que lo que Cappelletti denominó *sistemas mixtos* o *intermedios*<sup>193</sup> pueden agruparse perfectamente dentro de este apartado de la hibridación. La hibridación se manifiesta en dos sistemas particulares al combinar las técnicas y características de los modelos europeo y americano dando lugar al *tertium genus* y al *quartum genus* de que habla Pegoraro.<sup>194</sup> Dentro de los modelos que acogen la vía incidental son ya clásicas las referencias a Austria, Italia, Alemania y España.<sup>195</sup> Entre los mixtos se cuentan las experiencias de Portugal, Grecia, Malta y Chipre,<sup>196</sup> siendo frecuente encontrar sistemas de este tipo en América Latina debido al primer influjo del constitucionalismo estadounidense y a la posterior recepción del modelo austriaco. Así conjugan características de ambos, países como Perú, Ecuador, Paraguay, Guatemala, Nicaragua, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Brasil, Bolivia, Venezuela y México, entre otros.<sup>197</sup>

La multiplicidad de formas en que puede racionalizarse la justicia constitucional —por ejemplo el hecho de que en América Latina países como Costa Rica, Honduras y Guatemala tengan características del modelo incidental y del sistema mixto, haciendo difícil su ubicación en cualquiera de los dos apartados— ha desembocado en nuevos esfuerzos de la doctrina para intentar consolidar una nueva tipología del control constitucional. Es así como se sugiere, fuera de la superada división entre control político y control jurisdiccional, un criterio temporal de control (control *a priori* o *a posteriori*), uno que atienda a la naturaleza del interés constitucional prote-

<sup>193</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 18, p. 51.

<sup>194</sup> Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 8, p. 39 y ss.

<sup>195</sup> González Rivas, Juan José, *op. cit.*, nota 149. También Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 8, p. 28 y ss.

<sup>196</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 59, p. 33.

<sup>197</sup> Remitimos a los estudios sobre la jurisdicción constitucional en Latinoamérica compilados por García Belaúnde, y Fernández Segado (coords.), *op. cit.*, nota 155. De manera concentrada y dentro de la misma compilación acúdase al trabajo de Brewer-Carias, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, pp. 116-161.

gido (control *objetivo* o *subjetivo*), al tipo de enjuiciamiento (control *abstracto* o *concreto*), o la organización específica del órgano que ha de declarar la inconstitucionalidad (control *difuso* o *concentrado*). Sin existir un consenso tal que lleve a apartarse totalmente de las virtudes didácticas que muestran los modelos históricos, cabe decir que son interesantes las posiciones que en este sentido exponen Rubio Llorente<sup>198</sup> y Fernández Segado<sup>199</sup> en España, Pegoraro<sup>200</sup> y Pizzorusso<sup>201</sup> en Italia, Fromont<sup>202</sup> y Rousseau<sup>203</sup> en Francia, Weber en Alemania<sup>204</sup> y García Belaúnde en Latinoamérica.<sup>205</sup> El debate sobre la justicia constitucional se encuentra en la búsqueda de una genealogía renovada y coherente que explique en mejor modo sus alcances y posibilidades. Las aportaciones de Marshall y Kelsen forman parte ya de las entelequias del constitucionalismo de los siglos XIX y XX; el Estado constitucional como realidad universalizada a partir de 1989 y la justicia constitucional, como uno de sus componentes genéticos, se encuentran a la caza de nuevos receptáculos explicativos de las modalidades a través de las cuales pretende conseguirse el difícil empeño del control del poder.

<sup>198</sup> Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 164.

<sup>199</sup> Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 176.

<sup>200</sup> Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 8.

<sup>201</sup> Pizzorusso, Alejandro, *op. cit.*, nota 183.

<sup>202</sup> Fromont, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, Dalloz, 1996.

<sup>203</sup> Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, París, Montschrestien, 1996.

<sup>204</sup> Weber, Albrecht, "Tipos de jurisdicción constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 6, 2002, p. 583 y ss.

<sup>205</sup> García Belaúnde, Domingo, "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", en Morodo, Raúl, y Vega, Pedro de (coords.), *Estudios de Teoría del Estado y de derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, México, Madrid, UNAM-UCM, 2000, t. II, p. 1423 y ss.