

La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano
(extracto del libro: *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Editor: **Francisco Fernández Segado**)

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO*

SUMARIO

1. REFLEXIONES PRELIMINARES
2. LA ÚLTIMA «RATIO» DE LA BIPOLARIDAD: LA CONCEPCIÓN DEL «LEGISLADOR NEGATIVO» Y LA REAFIRMACIÓN KELSENIANA DEL PRINCIPIO DE SUJECCIÓN DE LOS JUECES A LA LEY
3. LA OBSOLESCENCIA DE LA CLÁSICA POLARIDAD «SISTEMA AMERICANO» VERSUS «SISTEMA EUROPEO-KELSENIANO»
4. LA CENTRALIDAD DEL MODELO AMERICANO EN EL PROCESO DE CONVERGENCIA DE LOS DOS TRADICIONALES SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
5. LA QUIEBRA FRONTAL DE LA CONCEPCIÓN KELSENIANA DEL «LEGISLADOR NEGATIVO»
6. LA MIXTURA E HIBRIDACIÓN DE LOS ACTUALES SISTEMAS JURISDICCIONALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
7. A LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA DE LAS VARIABLES CONFORMADORAS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

* Nacido en Cartagena (1950). Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Catedrático de Derecho Constitucional durante trece años en la Universidad de Santiago de Compostela y, desde abril de 2000, catedrático de la misma disciplina en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Honorario de catorce Universidades de América Latina. Autor de diecisiete libros y varios cientos de artículos publicados en revistas u obras colectivas de Alemania, Francia, Italia, Polonia, Portugal y de casi todos los países de América Latina, además de España. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid) (desde 1979) y miembro honorario de una treintena de instituciones académicas y científicas de distintos países. Miembro de la European Association of Legislation, así como de las Asociaciones Argentina, Peruana y Venezolana de Derecho Constitucional y de la Asociación Uruguaya de Derecho Público. Director del «Anuario Iberoamericano de Justi-

1. REFLEXIONES PRELIMINARES

Uno de los fenómenos más relevantes de los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo ha sido el de la universalización de la justicia constitucional. Aunque es lugar común retrotraer la preocupación por el diseño de mecanismos de defensa del orden constitucional al momento mismo (fines del siglo XVIII) en que dicho orden hace su acto de aparición, es lo cierto que la idea de la defensa de un determinado orden supremo es casi consustancial a la historia de la humanidad, y en ella podemos encontrar, lejanamente, algunos intentos de institucionalización en esta misma dirección. Tal podría ser el caso de los Eforos espartanos o del Aerópago y los Nomofilacos en la antigua Atenas, en donde también surgió la diferenciación entre las normas superiores (*Nomoi*) y los decretos ordinarios (*Psefísmata*). Roma no sería ajena a esta preocupación, de lo que constituye buena prueba la existencia de instituciones tales como la doble magistratura, el Senado o el Tribunado en la época republicana. En la Edad Media, nos encontramos con la superioridad de la ley divina y del Derecho natural sobre el Derecho positivo. Y la gran Escuela iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que va de Hugo Grocio a Jean Jacques Rousseau, sustentaría la existencia de derechos innatos, inmanentes al ser humano, intangibles e irrenunciables, o, lo que es igual, la existencia de límites frente al *ius cogens* proveniente del mismo legislador.¹

En este ámbito de inquietudes históricamente compartidas, no ha de extrañar la conocida doctrina formulada por el Juez Edward Coke en el celeberrimo *Bonham's case* (1610), en defensa del *common law* y de su tradicional supremacía frente al Parlamento. Ciertamente, tras el triunfo de la *Glorious Revolution*, esta doctrina quedará relegada al olvido en Inglaterra, en donde se impondrá sin paliativos la doctrina de la soberanía parlamentaria. Sin embargo, el pensamiento del Juez Coke no será olvidado en las colonias inglesas de los territorios de América del Norte. La reivindicación del Juez Coke en orden a la atribución a los jueces de la tarea de garantizar la supremacía del *common law* frente a los posibles arbitrios del Rey y del Parlamento será plenamente receptionada en las Colonias, primero, y en el nuevo Estado independiente, más tarde. Y si los jueces, en un primer momento, se habían encargado de velar por las Cartas coloniales, una suerte de normas constitucionales de las Colonias, aprobada la Constitución de 1787, a la que, como es sobradamente conocido,

cia Constitucional», editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Miembro de la Junta Electoral Central (1994-2000), órgano superior de la Administración Electoral en España. Ha recibido varias condecoraciones, entre ellas, la Gran Cruz del Mérito Naval, concedida por el Ministerio español de Defensa (1998) Y la Orden Venezolana «Francisco de Miranda» concedida por el Presidente de la República de Venezuela, Dr. Rafael Caldera (1997).

¹ CAPPELLETTI, Mauro. Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato. Milano: Giuffrè, 1978. (Ristampa inalterata). Págs. 34-41.

se dota de una *supremacy clause*, no deberá extrañar que esos mismos jueces se encarguen ahora de velar por la primacía de la Constitución, que operará, como dice Luther², como *superior paramount law* que debe ser *looked into by the judges*. Velar por la Constitución será tanto como salvaguardar la libertad y un amplio conjunto de valores sobre los que se asienta la convivencia social y, por lo mismo, el gobierno de la colectividad, un «gobierno limitado» por la Constitución, un *constitutional government*, como lo definiera Wilson³ a principios del siglo XX.

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

Ahora bien, si se tiene en cuenta, como afirma Baldassarre⁴, que la Constitución votada por el pueblo americano (“*We, the people...*”) no es otra cosa que el *pactum associationis vel subiectionis* del iusnaturalismo y iusnatural es, asimismo, el complejo armazón del sistema constitucional establecido, una forma de gobierno basada en el principio de *checks and balances*, dirigida a prevenir la tiranía de la mayoría y a evitar que los poderes de decisión política asumieran formas y contenidos arbitrarios, se puede llegar a la conclusión de que el pensamiento contemporáneo sobre la defensa de las normas constitucionales es heredero de una larga y persistente tradición a través de los siglos, pues en el fondo, como bien advierte Fix-Zamudio⁵, no es sino un reflejo de la permanente lucha de los seres humanos por su libertad frente al poder político, a través de un orden jurídico superior. Y esta idea intemporal sigue teniendo plena vigencia, como, por lo demás, corrobora la imbricación entre la justicia constitucional y la democracia, con su corolario de la incompatibilidad entre la primera y los regímenes dictatoriales o autoritarios⁶.

² LUTHER, Jörg. *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990. Pág. 24.

³ WILSON, Woodrow. *Constitutional Government in the United States*. Columbia, 1908. Esta obra, como es sabido, agrupa las conferencias dictadas por su autor, en 1907, en la Universidad de Columbia.

⁴ BALDASSARRE, Antonio. *Parlamento e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato*, texto mecanografiado. Págs. 3-4.

⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor. “La Constitución y su defensa” (Ponencia general), en el colectivo, *La Constitución y su defensa*. México: UNAM, 1984. Págs. 11 y sigs.; en concreto, pág. 12.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. “El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo”, en la obra del propio autor *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*. México: UNAM, 1987. Págs. 193 y sigs.; en particular, pág. 197. Recuerda Cappelletti cómo, recepcionada la justicia constitucional en la República de Weimar, por la vía del modelo difuso, tras el famoso fallo del *Reichsgericht* (Tribunal Supremo), de 4 de noviembre de 1925, sustentado no en una precisa norma

Desde esta perspectiva, la mundialización de la justicia constitucional, rasgo característico del último cuarto del siglo XX, adquiere su más plena comprensión, pues, entonces, se pone en estrecha sintonía con la universalidad de la idea de libertad, con la expansión sin fronteras de un sentir que ve en el respeto de la dignidad de todo hombre y de los derechos inviolables que le son inherentes, la regla rectora de todo gobierno democrático y de cualquier convivencia social civilizada. Bien significativo es al respecto el hecho de que la caída de gobiernos autoritarios siempre haya ido seguida de la creación de mecanismos de justicia constitucional, como testimonian, entre otros muchos casos, Alemania, Italia y Japón tras la Segunda Guerra Mundial, los países de la Europa meridional (Grecia, Portugal y España), tras la caída de sus sistemas autoritarios de gobierno, gran número de países de América Latina, tras la desaparición de sus gobiernos militares, y los países de Europa oriental, tras la desaparición de los sistemas comunistas.

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

Esta bipolaridad ya quedó sustancialmente afectada a raíz de los originales modelos de justicia constitucional creados tras la segunda postguerra en Italia y Alemania, en cuanto que los mismos partieron de una idea de Constitución muy próxima a la norteamericana, configuraron a sus respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como un «legislador negativo» en la línea kelseniana, aunque esta idea-fuerza siguiera estando presente y a la misma se anudaran ciertas consecuencias jurídicas, y, finalmente, introdujeron un elemento difuso en un modelo de estructura y organización concentrada, como consecuencia de la constitucionalización (arts. 100 de la *Bonnergrundgesetz* y 134 de la Constitución italiana, desarrollado por el artículo 1º.1 de la Ley constitucional de 9 de febrero de 1948, «Norme sui giudizi di legittimita costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale») del instituto procesal de la cuestión de inconstitucionalidad (las denominadas en Italia *questioni di legittimita costituzionale*).

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

constitucional, sino en la intrínseca fuerza del principio de que, si en la jerarquía de las fuentes va primera la norma constitucional, ésta debe prevalecer sobre la norma ordinaria, la justicia constitucional desaparecerá de inmediato en la Alemania del *Führer* y otro tanto podrá afirmarse en la Austria del *Anschluss* y en la España de Franco.

La resultante de todo ello es la pérdida de gran parte de su utilidad analítica de la tan generalmente asumida bipolaridad «modelo americano *versus* modelo europeokelseniano». Como dice Rubio Llorente⁷, hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre algunos de ellos y el norteamericano.

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

La nueva tipología que proponemos, anticipémoslo ya, aunque sustentada en un conjunto de variables en su mayor parte dicotómicas, encaminadas a mostrar con un cierto grado de abstracción, que ha de propiciar a su vez una más amplia capacidad analítica, la heterogeneidad y complejidad de los sistemas de control de constitucionalidad de los actos de poder, se ha de asentar en la diferenciación primaria entre el control de constitucionalidad de la ley y aquel otro control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley. La primera modalidad de control presupone que el control de constitucionalidad se pone en manos de la jurisdicción constitucional en ausencia no ya de un litigio preexistente ante un juez ordinario, sino, más ampliamente aun, de todo conflicto de intereses. Como es obvio, el control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley presupone justamente lo contrario.

2. LA ÚLTIMA “*RATIO*” DE LA BIPOLARIDAD: LA CONCEPCIÓN DEL “LEGISLADOR NEGATIVO” Y LA REAFIRMACIÓN KELSENIANA DEL PRINCIPIO DE SUJECCIÓN DE LOS JUECES A LA LEY

2.1. La recepción en Europa del sistema de justicia constitucional, como es sobradamente conocido, tendrá lugar en los aledaños de la primera postguerra. Por un lado, la Constitución de Weimar propiciará un desarrollo de la jurisdicción constitucional que nos ofrece, como advierte Simon⁸, una imagen contradictoria y polícroma, bien que, en sintonía con la tradición alemana, las competencias de tal jurisdicción se orientan fundamentalmente a los problemas dimanantes de la estructura federal del Estado.

Por otro lado, la Constitución de la República Federal Austriaca (*Oktoberverfassung*), de 1 de octubre de 1920, diseñará un nuevo sistema de control de constitucionalidad, obra maestra de Kelsen, que diferirá del modelo americano

⁷ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en la obra colectiva, *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, vol. II. Madrid: Fundación Cánovas del Castillo, 1997. Págs. 1411 y sigs.; en particular, pág. 1416.

⁸ SIMON, Helmut. “La Jurisdicción Constitucional”, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996. Págs. 823 y sigs.; en concreto, pág. 826.

no sólo en la atribución a un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional, de la facultad de verificar el control de constitucionalidad de las normas generales, sino en un conjunto de rasgos de incuestionable relevancia que tienen mucho que ver con la peculiar naturaleza de “legislador negativo” que Kelsen atribuirá al Tribunal Constitucional.

2.2. La Constitución de Weimar hacía suyo el instituto de la *Staatsgerichtsbarkeit*, un instrumento de resolución procesal de conflictos entre aquellos órganos que concurren a la formación de la voluntad estatal, conflictos de naturaleza sustancialmente política.

La concepción de la jurisdicción constitucional como cauce de resolución de conflictos entre órganos supremos (*Organstreit*), que llega hasta nuestros días, a juicio de Volpe⁹, encontrará su concreción emblemática en el *Staatsgerichtshof*, previsto por el artículo 108 de la Constitución weimariana y desarrollado por una Ley de 9 de julio de 1921.

En cuanto al control de compatibilidad de las normas de los *Länder* respecto del Derecho del *Reich*, contemplado por el párrafo segundo del art. 13 de la Constitución, que no precisaba, sin embargo, el órgano competente para llevarlo a cabo (se aludía tan sólo a que la competencia recaería en una jurisdicción suprema del *Reich*), sería encomendado por una Ley de 8 de abril de 1920 al *Reichsgericht*.

La Constitución de Weimar, por el contrario, omitió toda referencia al control de constitucionalidad material de la ley, lo que en modo alguno ha de entenderse en el sentido de que la cuestión fuera ignorada o suscitara indiferencia. Bien al contrario, a un intenso debate doctrinal en torno a los fundamentos de dicho control¹⁰ se unió la que Sontheimer¹¹ denominara “batalla para el examen jurisdiccional de las leyes” (*der Kampf um das richterliche Prüfungsrecht*), contienda que se libró con ocasión de la reivindicación jurisdiccional de la realización de un control material de la constitucionalidad de la ley que venía posibilitado por la determinación del artículo 109, párrafo primero, de la Constitución, a cuyo tenor: “Todos los alemanes son iguales ante la ley”, en tanto en cuanto se consideró que ese principio de igualdad no había de ser interpretado en un mero sentido formal, sino también, y primigeniamente, como un principio material que había de vincular al propio legislador. Así lo expondría Erich Kaufmann, entre otros muchos, resumiendo la posición mayoritaria, en el In Congreso de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Asociación de Profesores alemanes de Derecho Público), celebrado en Münster entre el 29 y

⁹ VOLPE, Giuseppe. *L'ingiustizia delle leggi* (Studi sul modellí di giustizia costituzionale). Milano: Giuffrè, 1977. Pág. 166.

¹⁰ BÉGUIN, Jean-Claude. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*. París: Economica, 1982. Págs. 16-21.

¹¹ SONTHEIMER, Kurt. *Antidemokratischen Denken in der Weimarer Republik*. München, 1968. Pág. 75. Cit. por Giuseppe VOLPE, en «L'ingiustizia...», op. cit., pág. 100.

30 de marzo de 1926¹², al interpretar que el principio de igualdad constitucionalizado por el art. 109 imponía primariamente al legislador tratar de modo igual situaciones iguales en la realidad y de modo desigual situaciones diversas en la realidad, lo que obviamente convertía dicho principio en un límite frente al posible arbitrio o discrecionalidad del legislador.

Si se nos permite el *excursus*, quizá convenga recordar que, en la Alemania de fines del siglo XIX y primeros lustros del XX, habían arraigado algunos sectores doctrinales que defendían la peligrosa pretensión de reconocer a los jueces la facultad de inaplicar la ley en nombre de valores sustancialmente extraños al ordenamiento jurídico. Tal sería el caso de la “Escuela libre del Derecho” (*Freirechtsbewegung*), movimiento cuyo inicio coincide con la publicación, en 1885, de la obra de Oskar van Bulow, *Gesetz und Richteramt* (“La Ley y la Magistratura”), o de la teoría de la “comunidad del pueblo” (*Volksgemeinschaft*), deudora en el plano jurídico de la concepción romántica del “espíritu del pueblo” (*Volksgeist*), que concibe al Derecho como una forma de vida de la colectividad popular, como el auténtico y esencial ordenamiento del pueblo.

En este ámbito de pensamiento, el Estado de Derecho pasó a concebirse como Estado sujeto al Derecho, que no a la Ley, circunstancia a la que se anudaba, como inexcusable consecuencia, la sustitución del principio de legalidad (*Gesetzmaßigkeit*) por el de juridicidad (*Rechtsmäßigkeit*). El principio positivista de que el Derecho era el producto propio y exclusivo del legislador quedaba así absolutamente degradado y relativizado.

No debe extrañar por lo que acaba de exponerse que en el Congreso celebrado en Münster, en 1926, todos los teóricos de la *Volksgemeinschaft* postularan el fin de la soberanía de la Ley. Como recuerda Volpe¹³, el principio de igualdad ante la Ley era sustituido por el principio de igualdad ante Dios. De esta forma, la vertiente material del principio de igualdad se instrumentalizó como un mecanismo de rango constitucional que propiciaba la transfusión a las normas legislativas del “espíritu del pueblo”, correspondiendo a los operadores jurídicos, particularmente a los jueces, la tarea de decidir si las valoraciones realizadas por el legislador en relación con el principio de igualdad encontraban su correspondencia en la “naturaleza de las cosas” (*Natur der Sache*) y resultaban justas en cuanto acordes a un orden superior de valores sentido por la conciencia popular que remitía a conceptos tan amplios e imprecisos como el bien o la verdad.

¹² TRIEPEL. *Staatsrecht und Politik*, en su traducción española “Derecho público y política”. Madrid: Civitas, 1974. Pág. 19. Entre otros conocidos defensores de la misma tesis, habría que recordar a Heinrich Triepel, quien, como recuerda CARRO en el prólogo a la obra de TRIEPEL, no sólo defendió la necesaria vinculación del legislador al principio de igualdad, sino, asimismo, el reconocimiento de un derecho de control judicial de las normas bajo el prisma de los derechos fundamentales, todo ello en el mismo III Congreso de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho público.

¹³ VOLPE, Giuseppe. *L'ingiustizia delle leggi*, op. cit., págs. 103-104.

Poco tiempo antes del Congreso de Münster, el *Reichsgericht*, en una celeberrima Sentencia de su 5ª Cámara Civil, de 4 de noviembre de 1925, se iba a plantear formalmente la cuestión del control de constitucionalidad material de la Ley, resolviendo que la sumisión del Juez a la Ley no excluye que el propio Juez rechace la validez de una Ley del *Reich* o de algunas de sus disposiciones, en la medida en que las mismas se opongan a otras disposiciones que hubieren de considerarse preeminentes, debiendo, por ello mismo, ser observadas por el Juez. Quedaba reconocido así un derecho de control judicial que Schmitt¹⁴ caracterizaría como un control “accesorio” que constituye una competencia ocasional, ejercitándose tan sólo de modo eventual, *incidenter*, en una sentencia judicial y conforme a las posibilidades de cada Juez, es decir, en forma “difusa”, término que Schmitt propondría para designar el concepto opuesto al derecho de control “concentrado” en una sola instancia.

2.3. La Constitución austríaca de 1920 iba a consagrar un nuevo sistema de control de constitucionalidad que es deudor de la concepción de Kelsen. El gran jurista de la Escuela de Viena se situaba en una posición radicalmente antagónica a la sustentada por la teoría de la “comunidad del pueblo” (*Volks-gemeinschaft*). Su postura quedaba nítidamente expuesta en el propio Congreso de Münster al replicar a Kaufmann que él era positivista, siempre y pese a todo positivista. Kelsen sería muy claro al advertir de los peligros a que conducía el romanticismo jurídico asentado en una función de intuición sentimental del espíritu jurídico de la comunidad popular: al triunfo del subjetivismo más radical. Más aun, Kelsen, siempre en el Congreso de 1926, se refería a las tendencias doctrinales que rechazaban que el Juez hubiera de limitarse a aplicar la Ley a través de meras operaciones lógico-silogísticas, conectando tales tendencias con las posiciones más hiper-conservadoras, cuando no, lisa y llanamente, por entero ajenas al marco democrático. Así, Kelsen vinculará “la clara tendencia a disminuir el valor y la función de la autoridad legislativa positiva” con “el cambio en la estructura política del órgano legislativo”, constatando que “el orden judicial ha permanecido casi insensible a los cambios en la estructura política que se manifiestan en la composición de los Parlamentos”¹⁵.

La preocupación que se manifiesta en las anteriores reflexiones de Kelsen sería compartida pocos años después por Heller, quien subrayaría lo emblemático y significativo del hecho de que la interpretación del principio de igualdad como límite y medio de control jurisdiccional frente a la libre capacidad de

¹⁴ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Traducción de Manuel Sánchez Sarta. Madrid: Tecnos, 1983. Pág. 52.

¹⁵ GIOVANNELLI, Adriano. “Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte Costituzionale”, en el colectivo, *Scritti su la Gillsstizia Costituzionale (In onore di Vezio Crisafulli)*, vol. I. Padova: CEDAM, 1985. Págs. 381 y sigs.; en concreto, pág. 395.

elección del poder legislativo fuese concebida por los sectores antidemocráticos de la doctrina jurídica alemana¹⁶.

De todo lo anteriormente expuesto parece desprenderse con relativa nitidez que, al delinear su teoría de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, que presupone que el Tribunal Constitucional se limite a confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción por medio de meras operaciones lógico-silogísticas, Kelsen estaba rechazando el subjetivismo radical implícito en las teorías jurídicas de la “Escuela libre del Derecho” y de la “comunidad del pueblo” y reivindicando la búsqueda de la objetividad y de la racionalidad perdidas en amplios sectores jurídicos y judiciales de la Alemania de Weimar.

A su vez, al sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constitucionalidad de las leyes y normas generales, el gran jurista vienés pretendía evitar el riesgo de un “gobierno de los jueces”, peligro sentido por amplios sectores de la doctrina europea de la época, como revela el clásico libro de Lambert¹⁷, en cuanto que tal dirección se conectaba con posiciones mayoritariamente conservadoras cuando no, lisa y llanamente, antidemocráticas.

El propio Kelsen admitiría de modo expreso¹⁸ que, aunque, con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución austríaca de 1920, los Tribunales austríacos tenían la facultad de apreciar la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos, limitándose, por el contrario, en lo que al control constitucional de las leyes se refería, al estrecho marco o límite de verificar su correcta publicación, y una de las metas de la Constitución de 1920 era la ampliación del control de constitucionalidad de las leyes, no se consideró, sin embargo, aconsejable conceder a cada Tribunal el poder ilimitado de apreciar la constitucionalidad de las leyes. El peligro de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales era, a juicio del maestro de la Escuela de Viena, demasiado grande, y tal peligro, habría que añadir, no podía ser combatido en Austria, un país con un sistema jurídico de *civil-law*, por intermedio de la regla del *stare decisis*, característica de los países de *common law*. Y como trasfondo del peligro en cuestión se hallaban las tendencias antidemocráticas de ciertos sectores jurisdiccionales, existentes en Alemania y que bien podían extenderse a Austria.

¹⁶ HELLER, Hermann. *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tübingen, 1930. Cit. por Giuseppe VOLPE, “L’ingiustizia...”, op. cit., pág. 102.

¹⁷ LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. París: Giard, 1921.

¹⁸ KELSEN, Hans. “Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, en *The Journal of Politics*, vol. 4, mayo de 1942, núm. 2, págs. 183 y sigs. Manejamos aquí tanto la traducción española de Domingo García Belaunde (“El control de la constitucionalidad de las leyes”, en *Ius et Veritas*. Lima: Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú, junio de 1993. Págs. 81 y sigs.; en concreto, pág. 83), como la traducción francesa de Louis Favoreu (“Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine”, en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 1, 1990. Págs. 17 y sigs.).

Pero aún habría de añadirse algo más. El monopolio que el Tribunal Constitucional asume en relación con el control de constitucionalidad de las leyes y, por encima de ello, la peculiar naturaleza de “legislador negativo” con que Kelsen concibe tal órgano no sólo pretende mostrar la complementariedad que respecto del poder legislativo estaba llamado a asumir el Tribunal Constitucional, sino que, más allá de ello, tal concepción revelaba bien a las claras que el modelo de control diseñado por Kelsen no se hallaba animado por una actitud de desconfianza frente al Parlamento sino, muy al contrario, por un deseo de reforzarlo, protegiéndolo frente a los Jueces¹⁹.

Al entender Kelsen que la anulación de una ley no puede consistir en su mera desaplicación en el caso concreto, como acontece en la *judicial review* norteamericana —“annuler une loi, dirá Kelsen²⁰, c’est poser une norme générale”—, por cuanto la anulación tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, estará convirtiendo al Tribunal Constitucional en un órgano del poder legislativo, en un “legislador negativo”, llamado ciertamente a colaborar, por decirlo quizá impropriamente, con dicho poder, al venir a reafirmar tal órgano el principio de sujeción de los Jueces a la Ley sin fisura alguna, lo que, ciertamente, suponía un refuerzo del órgano parlamentario frente al poder judicial. Por lo demás, de esta caracterización del Tribunal Constitucional como “legislador negativo” derivarán las más acusadas diferencias entre ambos modelos, el norteamericano y el europeo-kelseniano.

En último término, conviene no olvidar que las divergencias entre ambos modelos de control de constitucionalidad dimanaban de unos presupuestos histórico-políticos e ideológicos contrapuestos que constituyen la última y más profunda *ratio* de su bipolaridad. Volpe lo expone con claridad meridiana²¹. El sistema norteamericano halla su razón de ser en la voluntad de establecer la supremacía del poder judicial (el denominado «gobierno de los jueces») sobre los restantes poderes, particularmente sobre el poder legislativo, lo que constituye un acto de confianza en los Jueces, no encuadrados en una carrera burocrática y, al menos a nivel de los Estados, de elección popular en su mayor parte, a la par que de desconfianza en el legislador. La *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana representa, por contra, un acto de desconfianza en los Jueces, encaminado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y a restablecer la supremacía del Parlamento, puesta en serio peligro por la batalla iniciada por amplios sectores del mundo jurídico en favor del control jurisdiccional (difusa) de las leyes, lo que entrañaba dejar en manos de una casta judicial, en amplia medida de extracción aristocrática y vocación autoritaria, un instrumento de extraordinaria relevancia en la vida de un Estado de Derecho.

¹⁹ GIOVANNELLI, Adriano. *Alcune considerazioni sul modello...*, op. cit., pág. 395.

²⁰ KELSEN, Hans. “La garantie juridictionnelle de la Constitution» (La Justice constitutionnelle), en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, tome quarante-cinquième, 1928. Págs. 197 y sigs.; en concreto, pág. 200.

²¹ VOLPE, Giuseppe. *L’ingiustizia delle leggi*, op. cit., págs. 157 y sigs.

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

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

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

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

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

Más aun, incluso desde una perspectiva histórica, resulta que la completa vigencia práctica de los postulados teóricos en que se sustentaba la bipolaridad sistema difuso / sistema concentrado o, con más rigor, *judicial review of Legislation / Verfassungsgerichtsbarkeit*, fue más bien escasa, produciéndose muy pronto una cierta relativización de algunos de sus rasgos más característicos. No será necesario esperar a la nueva concepción sustentada por los constituyentes europeos de la segunda postguerra, si bien a partir de este momento el proceso relativizador de los binomios precedentemente citados se acentuará de modo notable. En efecto, ya la muy relevante reforma constitucional austríaca

²² CALAMANDREI, Piero. “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en su obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil (Estudios sobre el proceso civil)*, traducción de Santiago Sentís Melendo, vol. III. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. Págs. 21 y sigs.; en concreto, págs. 32-33.

de 1929 (la *Zweite Bundesverfassungsnovelle*, de 7 de diciembre de 1929) agrietará la supuesta solidez de las diferencias binomiales. A juicio de Cappelletti, que compartimos, tras la *Novelle*, el sistema austríaco-kelseniano presenta ya un carácter híbrido²³.

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

3.3. El primero de los rasgos diferenciales entre ambos modelos atañe al órgano legitimado para llevar a cabo el control. Es de sobra sabido que en el sistema norteamericano todos los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes con ocasión de las controversias o litigios suscitados ante ellos. En el sistema austríaco-kelseniano, un órgano *ad hoc* es el encargado de llevar a cabo el control de constitucionalidad, que, de esta forma, es monopolizado por el Tribunal Constitucional.

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

La reforma constitucional de 1929, dando una nueva redacción al artº 140 de la Constitución, ampliaba la legitimación para recurrir las leyes ante el *Verfassungsgerichtshof* (VfGH), por vicios de inconstitucionalidad, al Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) y al Tribunal de Justicia Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). Cualquier parte de una "litis" o controversia de la que estuviera conociendo uno de esos dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios podía plantear ante ellos el problema de la constitucionalidad de una ley aplicable al caso concreto, si bien la cuestión constitucional propiamente dicha se había de plantear por la exclusiva decisión del alto órgano jurisdiccional²⁵.

²³ CAPPELLETTI, Mauro. Il controllo giudiziario di costituzionalità... op. cit., pág. 95.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. "Judicial Review on Comparative Perspective", en *California Law Review*, vol 58, núm. 5, octubre 1970, págs. 1017 y sigs. Manejamos la traducción francesa, "Le contrôle juridictionnel des lois en Droit comparé", en la obra de recopilación de artículos del propio autor, *Le pouvoir des juges*. París: Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990. Págs. 179 y sigs.; en concreto, pág. 213.

²⁵ KELSEN, Hans. *El control de la constitucionalidad de las leyes*, op. cit., pág. 88. "Las partes, diría KELSEN no tenían derecho a exigir tal proceso. Era exclusivamente el interés

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

Recordemos ahora que Kelsen, en 1928, admitía²⁷ que la mayor garantía en orden al desencadenamiento del procedimiento de control de constitucionalidad, consistía ciertamente en la previsión de una *actio popularis*, de acuerdo con la cual el VfGH habría de proceder al control a instancia de cualquiera. “Cest incontestablement de cette façon que l'intérêt politique qu'il y a à l'élimination des actes irréguliers recevrait la satisfaction la plus radicale”. A partir de tal reconocimiento, Kelsen considera no recomendable esta solución porque la misma entrañaría un muy considerable peligro de acciones temerarias «et le risque d'un insupportable encombrement des rôles»²⁸. Sin embargo, casi de inmediato, el jurista de la Escuela de Viena se manifiesta favorable a un acercamiento del recurso de inconstitucionalidad a la *actio popularis*, a cuyo efecto postulará que se permita a las partes de un proceso judicial o administrativo provocar tal control de constitucionalidad frente a actos de autoridades públicas (resoluciones judiciales o actos administrativos) cuando entendieren que tales actos, aun siendo inmediatamente regulares, se hubieren realizado en ejecución de una norma irregular (ley inconstitucional o reglamento ilegal). Se trataría, en definitiva, como reconoce Kelsen²⁹, no de un derecho a recurrir abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del Tribunal Constitucional.

En definitiva, la reforma constitucional de 1929, aun no rompiendo formalmente el monopolio del control de constitucionalidad por parte del VfGH, alteraba el significado del mismo, convirtiéndolo en un monopolio de rechazo por cuanto, de algún modo, los dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios que quedaban legitimados para plantear ante el Tribunal Constitucional la perti-

público protegido por los Tribunales y no el interés privado de las partes, lo que era decisivo desde el punto de vista procesal”.

²⁶ THEO ÖHLINGER, Theo. “La giurisdizione costituzionale in Austria”, en *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, diciembre 1982. Págs. 535 y sigs.; en concreto, pág. 542.

²⁷ KELSEN, Hans. *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 245.

²⁸ EISENMANN, Charles. *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche* (1ª. ed. de 1928). París: Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986. Pág. 188. En análogo sentido, Charles Eisenmann, uno de los más fieles seguidores y discípulos de Kelsen, de modo rotundo, consideraba que la prohibición de la vía directa a los particulares constituía una necesidad práctica casi absoluta.

²⁹ KELSEN, Hans. *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 246.

nente “demanda” —en los términos del artº 140.1 de la Constitución³⁰—, antes de decidir su planteamiento, debían lógicamente llevar a cabo un primer juicio de constitucionalidad en el que sustentar el planteamiento de la cuestión. Como bien señala Rubio Llorente³¹, la cuestión de inconstitucionalidad implica siempre un doble juicio de constitucionalidad: uno provisional y negativo, efectuado por el Juez o Tribunal que la suscita, y otro, definitivo y coincidente o no con aquél, que es el que lleva a cabo el Tribunal Constitucional. De ahí que allí donde existe el instituto procesal conocido en España como “cuestión de inconstitucionalidad” se afirme que el Tribunal Constitucional sólo dispone de un monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales (que en el caso austríaco habría que ampliar a los reglamentos ilegales).

3.4. El constitucionalismo europeo de la segunda postguerra ha profundizado en esta dirección. Como destaca Pizzorusso³², una de las novedades emergentes de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda postguerra es la constatación de la posibilidad de combinar la técnica del control incidental (de tipo norteamericano) con la técnica del control concentrado (de tipo austríaco-kelseniano) mediante el empleo del instituto procesal de la *pregiudizialità*, esto es, mediante la facultad que algunos ordenamientos reconocen a los órganos jurisdiccionales ordinarios, no para decidir autónomamente las cuestiones constitucionales, pero sí para elevar a la decisión del Tribunal Constitucional normas sospechosas de vulnerar la Constitución, que hayan de ser aplicadas en una *litis* concreta de la que estén conociendo.

Alemania, Italia y España nos ofrecen buen ejemplo de esta técnica. Y otro tanto se puede decir de Austria, en donde la nueva reforma constitucional de 1975 vino a legitimar, en orden al desencadenamiento del control por parte del VfGH, a todos los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, lo que encerraba una enorme relevancia en aquellos supuestos en que no estaba previsto un recurso ante el Tribunal Supremo. Si se advierte que siempre es posible un recurso contra una sentencia dictada en primera instancia, se puede comprender, como constata Öhlinger,³³ que la aplicación de dicha reforma abrió posibilidades prácticamente ilimitadas de control de constitucionalidad de las leyes.

En definitiva, este instituto procesal ha venido a hacer partícipes del proceso de control de constitucionalidad de las leyes a todos los jueces, relativizan-

³⁰ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Las nuevas Constituciones del mundo*. Madrid: Editorial España, 1931. El texto de la Ley constitucional federal de 7 de diciembre de 1929. Págs. 177 y sigs.

³¹ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Pág. 588.

³² PIZZORUSSO, Alessandro. “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alta prassi”, en *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, diciembre de 1982. Págs. 521 y sigs.; en concreto, pág. 522.

³³ ÖHLLINGER, Theo. *La giurisdizione costituzionale in Austria*, op.cit., pág. 543.

do de esta forma el primer binomio diferencial que separa los dos grandes modelos. Sin embargo, su impacto aún será mucho más amplio.

3.5. Una segunda diferencia entre ambos sistemas atañe al carácter incidental o principal del control. En el sistema de la *judicial review of Legislation*, la ley sospechosa de inconstitucionalidad no es susceptible de impugnación directa. La presunta inconstitucionalidad sólo puede hacerse valer como cuestión incidental de cuya resolución depende la decisión que sobre el caso principal ha de adoptar el Juez competente por quien es parte en una controversia concreta. El control tiene, pues, carácter incidental o, como otros sectores doctrinales sostienen, quizá con mayor impropiedad, el control se lleva a cabo a través de la vía procesal de la excepción de inconstitucionalidad.

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

En 1942, Kelsen sostuvo³⁴ que la mayor diferencia entre el sistema norteamericano y el austríaco radicaba en el procedimiento a través del cual una ley podía ser declarada inconstitucional por el órgano competente, subrayando el hecho de que, en principio, en el sistema americano, sólo la violación del interés de un particular podía desencadenar el procedimiento de control constitucional, lo que, de alguna forma, significaba la postergación del interés público que el control de constitucionalidad de las normas entraña, que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas.

Ciertamente, el control, en el sistema americano, se ha vinculado siempre a la previa existencia de una controversia. Hughes³⁵ recuerda cómo la *Supreme Court* ha rechazado las insinuaciones del Congreso para que opinase sobre cuestiones constitucionales cuando no tenía que decidir un *case* o una *controversy* reales. En tal sentido se pronunciaría, por ejemplo, en 1911, en el Caso *Muskrat vs. United States*. Sin embargo, como el propio Kelsen recuerda³⁶,

³⁴ KELSEN, Hans. *El control de la constitucionalidad de las leyes*, op.cit., pág.87.

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

³⁶ KELSEN, Hans. *Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine*, op. cit., pág.25.

una Ley de 24 de agosto de 1937 “para proveer la intervención del Gobierno de los Estados Unidos, en apelación directa al Tribunal Supremo y la regulación de la expedición de *injuncti*ons en algunos casos referentes a la constitucionalidad de las leyes del Congreso y para otros propósitos” vino a reconocer el interés público en el control jurisdiccional de las leyes federales. Esta Ley concedió al Ejecutivo el derecho de recurrir ante el Tribunal Supremo una sentencia por la que una Ley federal fuera declarada contraria a la Constitución, lo que posibilitaba al Ejecutivo federal el derecho de intervenir en cualquier acción entre particulares, convirtiéndose en una de las partes a los efectos de la presentación de pruebas y de la argumentación de la cuestión constitucional. Ello significaba una cierta relativización de la diferencia advertida por Kelsen y anteriormente mencionada.

Pero aún hay algo más. La recepción constitucional en algunos ordenamientos europeos de la segunda postguerra de la cuestión de inconstitucionalidad entraña la introducción de un elemento incidental en un sistema concentrado en el que el control tiene carácter principal. Ello es importante porque, como advierte Pizzorusso³⁷, va a atribuir carácter «concreto» al control realizado por el Tribunal Constitucional cuando conoce de una cuestión de inconstitucionalidad.

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

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

Esta concreción en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad convive con la abstracción del enjuiciamiento llevada a cabo por el Tribunal Constitucional. Este no va a dejar de confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción a través de un conjunto de operaciones lógico silogísticas. Sin embargo, como bien se ha señalado³⁸, la concreción en el planteamiento de origen no parece que haya de carecer de una cierta repercusión en el propio juicio constitucional, pues, llegado el momento de determinar el sentido de los enunciados normativos, puede llegar a ejercer un

³⁷ PIZZORUSSO, Alessandro. *I sistemi di giustizia costituzionale...*, op. cit., pág. 525.

³⁸ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español», en el colectivo, *La Jurisdicción Constitucional en España (La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 1979-1994)*. Madrid: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995. Págs. 71 y sigs.; en concreto, págs. 77-78.

cierto influjo, por pequeño que sea, el caso litigioso en suspenso en el que se ha suscitado el problema de constitucionalidad y sobre el que posteriormente se ha de pronunciar el juez *a quo*.

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

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

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

En la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales no ejerce propiamente una verdadera función jurisdiccional, aunque tenga, por la independencia de sus miembros, la organización de un Tribunal. A partir de la diferencia que Kelsen considera determinante entre la función jurisdiccional y la función legislativa: mientras la última crea normas generales, la primera no crea sino normas individuales, el maestro de la Escuela de Viena resuelve el problema del significado de la anulación de una Ley decidida por el Tribunal. “Aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes inconstitucionales, sostendrá Kelsen³⁹, el Tribunal Constitucional no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que oficia de “legislador negativo”. En definitiva, la decisión del Tribunal de anular una ley tiene el mismo carácter que una ley abrogativa de otra norma legal. Es un acto de legislación negativa.

En la caracterización del Tribunal como “legislador negativo” no se ha de ver, como advierte Giovannelli⁴⁰, una acentuación del carácter político de la función desempeñada por el VfGH, sino más bien el intento kelseniano de asimilarla a la función legislativa, con vistas, particularmente, al otorgamiento de

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

⁴⁰ GIOVANNELLI, Adriano. *Alcune considerazioni sul modello...*, op. cit., págs. 388-389.

efectos *erga omnes* al pronunciamiento del Juez constitucional y a la exclusión de la fuerza retroactiva de la resolución judicial, es decir, a dotar a la sentencia constitucional de efectos *ex nunc*. Kelsen⁴¹ consideró que difícilmente podía justificarse tal fuerza retroactiva, no sólo por las consecuencias criticables de todo efecto retroactivo, sino, especialmente, porque la decisión concernía a un acto del legislador, y éste también estaba autorizado para interpretar la Constitución, aun cuando estuviese sometido en este aspecto al control del Tribunal Constitucional. En definitiva, mientras el Juez constitucional no declarase inconstitucional una ley, la opinión del legislador, expresada en un acto legislativo, tenía que ser respetada. De todo ello se infería, como es obvio, la naturaleza constitutiva de las sentencias de inconstitucionalidad⁴².

La primera relativización que ha de ser advertida en relación a esta pareja de binomios caracterizadores de uno y otro sistema, atañe al sistema americano. Recordemos, ante todo, que la base de todo el Derecho de creación judicial, característico de los sistemas de *common law*, se encuentra en la regla del precedente (*the rule of precedent*), que fundamenta la obligación que pesa sobre el Juez de atenerse en sus fallos a los precedentes judiciales o normas elaboradas por los órganos jurisdiccionales con anterioridad (*stare decisis et quia non movere*). De este modo, aunque formalmente los efectos se circunscriben a las partes de la *litis*, la incidencia del principio *stare decisis* puede llegar a alterar notablemente este rasgo. La vinculación del precedente se acentúa aun más en relación con la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores. Así, la existencia de un Tribunal Supremo único, cual, a diferencia de otros países como Alemania, acontece en los Estados Unidos, y la obligación de seguir los precedentes establecidos por los Tribunales jerárquicamente superiores, otorga al sistema norteamericano, en el punto que nos ocupa, una operatividad semejante a la de un control en vía principal, terminando, indirectamente, por desencadenar una verdadera eficacia *erga omnes*, análoga a la de la abrogación de la Ley, bien diferente a la de una mera desaparición de la Ley en un caso singular con la posibilidad, empero, de que en otros supuestos la Ley sea nuevamente aplicada. Como afirma Cappelletti⁴³, ciertamente, si una Ley es inaplicada por el Tribunal Supremo norteamericano por considerarla inconstitucional, la Ley, formalmente, continuará formando parte del ordenamiento jurídico, pero la regla del *stare decisis* la convertirá en letra muerta. En definitiva, la inaplicación, en la realidad, se transforma en anulación, que, según

⁴¹ KELSEN, Hans. *Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative...*, op. cit., pág. 20.

⁴² KELSEN, Hans. *Le contrôle de constitutionnalité des lois...*, op. cit. pág. 20. Hans Kelsen admite una sola excepción frente a la regla general de exclusión de fuerza retroactiva de la sentencia: la Ley anulada por la sentencia constitucional no puede ya ser aplicada al caso que dio lugar al control jurisdiccional y subsiguiente anulación de la Ley.

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. *Le contrôle juridictionnel des lois en Droit comparé*, op. cit. págs. 202-203.

precisa de nuevo Cappelletti⁴⁴ es “définitive, incontestable, et qui vaudra pour toute espèce à venir”.

3.7. Un nuevo elemento de convergencia entre ambos sistemas, en relación con el binomio inmediatamente antes referido, puede apreciarse en la disminución de la distancia que antaño separaba la eficacia del precedente en Norteamérica, en virtud de la regla del *stare decisis*, de la eficacia de los efectos *erga omnes* de las sentencias de los Tribunales Constitucionales. Ello ha sido posible porque el contenido de muchos de los pronunciamientos de estos últimos órganos es básicamente interpretativo.

El *horror vacui* del Juez constitucional se ha traducido en la voluntad de éste de compaginar la provocación de una suerte de *big bang* de los valores constitucionales, facilitando su penetración en todas las ramas del ordenamiento jurídico, con el soslayamiento de la creación simultánea de agujeros negros en el ordenamiento jurídico⁴⁵. Ello ha conducido a las sentencias interpretativas, que, como subraya Crisafulli⁴⁶, “sono nate da un’esigenza pratica, e non da astratte elucubrazioni teoriche”. Y esa exigencia práctica es, precisamente, la de evitar vacíos (*vuoti*) en el ordenamiento. Si a ello se añade la aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos (en íntima relación con la exigencia práctica precedente), que a su vez casa a la perfección con el de seguridad jurídica, y el hecho de que algunos Tribunales Constitucionales han utilizado este tipo de sentencias para tratar de dar una doble interacción interpretativa a las normas constitucionales y a las legislativas, ensamblándolas de modo dinámico,⁴⁷ se puede comprender la gran expansión que este tipo de sentencias ha tenido. Tales sentencias han terminado, en la práctica, por dar lugar a la eficacia del precedente en términos semejantes a como sucede en el modelo norteamericano.⁴⁸

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 203.

⁴⁵ DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions ‘interpretatives’ en France et en Italie*. París: Economique-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1997. Pág. 74.

⁴⁶ CRISAFULLI, Vezio. “La Corte Costituzionale ha vent’ anni”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXI, 1976, fasc. 10, págs. 1694 y sigs., en particular, pág. 1703.

⁴⁷ SILVESTRI, Gaetano. “Le sentenze nonnative della Corte Costituzionale”, en el colectivo, *Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore...*, op. cit., págs. 755 y sigs., en particular, pág. 757. Silvestri, refiriéndose a la *Corte Costituzionale*, recuerda que con este tipo de sentencias se ha propiciado una doble interacción hermenéutica: de la norma constitucional sobre la disposición legislativa y de la evolución de las condiciones socio-culturales (reflejadas, aunque sólo sea en parte, en la legislación) sobre las mismas disposiciones constitucionales.

⁴⁸ PIZZORUSSO, Alessandro. *I sistemi di giustizia costituzionale...*, op. cit., pág. 527. Pizzorusso ha vinculado la progresiva menor relevancia diferencial entre los dos clásicos sistemas, de la eficacia *erga omnes* de las sentencias estimatorias -y en Alemania, también de las de rechazo-, a la vinculación de la sentencia al hecho con respecto al cual

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

En Alemania, cuando el Tribunal Constitucional Federal llega a la conclusión de que una ley es incompatible con la *Grundgesetz*, declara su nulidad, lo que, según la doctrina tradicional, significa que la norma inconstitucional es inválida desde el momento de su creación y, por tanto, inexistente. En consecuencia, como destaca Weber⁴⁹, la nulidad se retrotrae al momento de creación de la norma y, por ello, se define como nulidad *ex tunc*. La regulación alemana refleja, pues, la doctrina germana de la nulidad de la norma desde el momento de su creación y se opone a la regulación austríaca, que permite retrasar los efectos de la nulidad a un momento posterior.

A este respecto, conviene recordar que ya el mismo Kelsen⁵⁰, a fin de evitar los inconvenientes dimanantes del vacío jurídico desencadenado por la anulación de una norma, defendería la conveniencia de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un determinado plazo contabilizado a partir de la publicación de la sentencia de anulación. En coherencia con este planteamiento, el artº 140.3 de la Constitución austríaca habilitó al Tribunal Constitucional para prever una prórroga para la entrada en vigor de los efectos de la sentencia de anulación, prórroga que no podía exceder de seis meses, que en la reforma de 1929 se amplió a un año (según el actual artº 140.5 de la vigente Constitución austríaca, tal prórroga puede alcanzar los dieciocho meses), y cuya razón de ser, como reconoció el propio Kelsen⁵¹, era permitir al Parlamento reemplazar la ley cuestionada por una nueva conforme a la Constitución, antes de que la anulación fuere efectiva.

De alguna manera, también en Italia se puede hablar de efectos *ex tunc*. Como señala Romboli⁵², en la actualidad es absolutamente pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia que la disposición declarada inconstitucional no puede aplicarse en procesos futuros, en el juicio *a quo* ni en los pendientes, con excepción solamente de las denominadas relaciones ya agotadas, esto es, las relativas a decisiones jurisdiccionales o bien a actos que, en general, ya han

se suscita la cuestión de inconstitucionalidad, circunstancia que tiende a conferir siempre mayor importancia al carácter interpretativo de la sentencia, logrando que su eficacia como precedente sobrepase en importancia a su eficacia de cosa juzgada.

⁴⁹ WEBER, Albrecht. "Alemania", en Eliseo AJA (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Editorial Ariel, 1998. Págs. 53 y sigs.; en particular, pág. 75.

⁵⁰ KELSEN, Hans. *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 243.

⁵¹ KELSEN, Hans. El control de la constitucionalidad..., op. cit., pág. 84.

⁵² ROMBOLI, Roberto. "Italia", en Eliseo AJA (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador...*, op. cit., págs. 89 y sigs.; en concreto, pág. 118.

aplicado la disposición declarada ilegítima y que ya se han convertido en definitivos al ser firmes o no susceptibles de recurso alguno.

Análogo es la solución que se ha seguido en Bélgica, donde la *Cour d'arbitrage* ha recordado en diversas ocasiones el doble alcance temporal de sus sentencias: "Les arrêts d'annulation rendus par la Cour ont autorité absolue de chose jugée à partir de leur publication au *Moniteur belge*. L'annulation a, par ailleurs, effet rétroactif, ce qui implique que la norme annulée, ou la partie annulée de la norme, doit être considérée comme n'ayant jamais existé"⁵³.

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

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

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

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

Conviene recordar que el notable aumento del número de casos de que había de conocer el Tribunal Supremo norteamericano a fines del siglo XIX motivó las quejas de los magistrados por la sobrecarga de trabajo, impeditiva de un desarrollo efectivo de su función. Dos Leyes del Congreso trataron de solventar el problema. La primera, la Ley del Tribunal de Apelación de 1891, concedió por primera vez a la *Supreme Court* jurisdicción discrecional sobre una elevada proporción de casos. La segunda, la Ley Judicial de 1925, dispuso que la mayoría de los casos llegaran al Tribunal en forma de peticiones de

⁵³ SIMONART, Henri. "Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage", en el colectivo *La Cour d'Arbitrage (Actualité et Perspectives)*. Bruxelles: Bruylant, 1988. Págs. 121 y sigs.; en concreto, pág. 191.

revisión, que el Tribunal podía rechazar, en vez de en forma de apelaciones vinculantes. La consecuencia de todo ello sería una considerable ampliación de la capacidad de la *Supreme Court* para decidir la admisión a trámite.

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

Hace cincuenta años, constataba Baum en 1981⁵⁵, la mayor proporción de los casos presentados ante el Tribunal Supremo eran de naturaleza civil. A partir de entonces, los casos penales fueron en aumento. En la actualidad, los casos de naturaleza constitucional dominan la agenda de este Tribunal, y la mayor parte de ellos suscitan temas de libertades civiles.

A la vista de la evolución de la *Supreme Court* y de su situación actual, se ha podido constatar por amplios sectores de la doctrina⁵⁶ que es grande la proximidad de este órgano con los Tribunales Constitucionales⁵⁷.

Pero aún puede señalarse algo más. La apertura de vías procesales antes inexistentes, como es el caso, por ejemplo, de la acción declarativa, que posibilita plantear la impugnación de la constitucionalidad de normas legislativas y el empleo de categorías y técnicas decisorias ajenas a la tradición de la *Supreme*

⁵⁴ BAUM, Lawrence. *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*. Barcelona: Librería Bosch, 1987. Pág. 152.

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 148.

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

⁵⁷ CAPPELLETTI, MAURO. *Le controle juridictionnel des lois en Droit comparé*, op. cit., págs. 205-206. Mayores matices presenta la posición de CAPPELLETTI, bien que la exprese en 1970. Para el procesalista italiano, el Tribunal Supremo norteamericano y, entre otros, su análogo japonés en la Constitución de 1947 se hallan lejos de equivaler a los Tribunales Constitucionales europeos, en tanto que su competencia no se limita a cuestiones constitucionales. Esta posición es matizada, por no decir que contradicha, en el mismo trabajo (pág. 211), al reconocer Cappelletti que la *Supreme Court*, por la vía del *writ of certiorari*, se limita cada vez más a ejercer su control tan sólo en las cuestiones más relevantes, que, por lo general, son de naturaleza constitucional, aproximándose así, de hecho, a los Tribunales Constitucionales europeos.

Court, conducen, según un sector de la doctrina⁵⁸, a que este «Tribunal Constitucional» adopte modos y formas propios de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

3.10. Una última reflexión se hace necesaria, en esta ocasión en relación a los Tribunales Constitucionales de corte kelseniano.

El sistema difuso ha encontrado su mayor receptividad en los sistemas jurídicos de *common law*; ello no obstante, en los sistemas de la familia romano-germánica, como los denomina David⁵⁹, la *judicial review of Legislation* ha ejercido asimismo una fuerte sugestión, lo que se ha traducido en una cierta transposición, en el *modus operandi* de los Tribunales Constitucionales europeos, de técnicas jurídicas, y lo que aún importa más, de actitudes mentales que en cierta medida recuerdan a la *Supreme Court*, que ha sabido forjarse a lo largo de su dilatada historia los instrumentos idóneos en orden a la asunción de un rol verdaderamente creativo, incluso frente a la resistencia del legislador.

A este respecto, y sin ánimo de entrar ahora en la cuestión de la superación del rol kelseniano del “legislador negativo”, tema que abordaremos más adelante, es del mayor interés recordar el notabilísimo enriquecimiento que han experimentado los fallos de los Tribunales Constitucionales, que ya no se limitan a una función puramente negativa, sino que han asumido en plenitud una función creadora mediante el recurso a técnicas jurídicas muy dispares, propias de la *judicial review*, como ha sido el caso de la diferenciación entre disposiciones y normas: éstas serían la resultante de un proceso hermenéutico de la disposición que puede conducir a extraer varias normas de una sola disposición, mientras que las disposiciones constituirían la expresión formalizada de la voluntad del órgano del que emana un determinado acto jurídico; dicho de otro modo, y siguiendo el concepto kelseniano, la norma sería el significado de un acto, lo que revela meridianamente que, a la inversa de la disposición, la norma no es una cosa sino un sentido. A partir de esta diferenciación, los Tribunales Constitucionales han disociado en bastantes ocasiones inconstitucionalidad y nulidad.

Refiriéndose a Italia —referencia, desde luego, extrapolable a otros países—, Zagrebelsky⁶⁰ ha constatado la notable aproximación entre el modo de funcionamiento de la *Corte Costituzionale* y el que caracteriza a los sistemas de control difuso, primigeniamente el que rige en los Estados Unidos, donde el Tribunal Supremo no lleva a cabo un control de la Ley con abstracción de su necesidad de aplicación, sino que, a través de una valoración de la conformidad entre fuentes de diverso grado, “si rivolge alla enucleazione della regola da adottare per la risoluzione della controversia in modo costituzionalmente legittimo”. En este modo de proceder, Zagrebelsky encuentra la última *ratio* que ha

⁵⁸ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *Tendencias actuales...*, op. cit., pág. 1416.

⁵⁹ DAVID, René et JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de Droit contemporains*, 11ª ed., París: Dalloz, 2002. Pág. 25.

⁶⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1977. Págs. 152-153.

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

4. LA CENTRALIDAD DEL MODELO AMERICANO EN EL PROCESO DE CONVERGENCIA DE LOS DOS TRADICIONALES SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

4.1. El acercamiento entre los dos grandes sistemas tradicionales de control de constitucionalidad no sólo posibilita encontrar una progresivamente mayor unidad entre los dos modelos históricos, sino que, como bien advierte Pizzorusso⁶¹, opinión ciertamente compartida por otros sectores doctrinales, viene a revelar que entre ellos es el sistema americano el que se nos presenta con una posición verdaderamente central, no entrañando el modelo concentrado europeo-kelseniano más que modificaciones estructurales respecto de aquél.

Esta centralidad del sistema americano no es casual, sino que responde a concretas circunstancias históricas, que mucho tienen que ver con el hecho de que en Alemania e Italia haya sido el legislador la principal amenaza para las libertades durante un crucial período histórico, lo que explicará el diseño por los constituyentes de ambos países de la segunda postguerra de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes encaminado a precaverse frente a una hipotética legislación arbitraria y vulneradora de los derechos y libertades.

A ello se unirá una concepción de la Constitución muy próxima a la norteamericana, esto es, una percepción que la concibe, como la visionara Corwin en un trabajo clásico⁶², como *the higher Law*, como la Ley superior, como un complejo normativo de igual naturaleza que la Ley pero con una eficacia capaz de desencadenar la invalidez de las normas contrarias a la constitucional.

Esta eficacia normativa superior de la Constitución no podrá explicarse, como advirtiera Bachof⁶³, más que por la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de la Constitución, por un orden de valores que vincula directamente a los tres poderes del Estado, tal como se manifiesta expresamente en la regulación de los derechos fundamentales, por un orden de valores que las Constituciones vienen a considerar anterior a ellas mismas, en cuanto que, además, no ha sido creado por ellas, que se limitan a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo último fundamento de validez se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, en una idea del hombre que descansa en estos valores.

⁶¹ PIZZORUSSO, Alessandro. *I sistemi di giustizia...*, op. cit., pág. 527.

⁶² CORWIN, Edward S. "The 'Higher Law' background of American Constitutional Law", en *Harvard Law Review*, XLII, 1928-1929, págs. 149 y sigs. y 365 y sigs.; posteriormente reimpresso. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1955.

⁶³ BACHOF, Otto. *Grundgesetz und Richtermacht*. Tübingen: JCB Mohr (Paul Siebeck), 1959. Manejamos la traducción española, *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1985. Págs. 39-40.

A partir de estas premisas, la concepción de la Constitución como *lex superior*, el carácter “limitado” del gobierno, esto es, de los poderes constituidos, magistralmente expuesto por Hamilton en el artículo LXXVIII de «El Federalista»⁶⁴, y que Marshall tomaría como punto central de apoyo de su célebrima Sentencia⁶⁵, y en perfecta sintonía con todo ello, el diseño de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes, los constituyentes germanos e italianos pondrán la vista tanto en el modelo de la *judicial review of Legislation* como en el de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* que diseñara la Constitución austríaca de 1920, que había proyectado su influencia en el constitucionalismo de entreguerras.

Zagrebelky⁶⁶ ha recordado cómo en Italia el atractivo ejercido por el modelo del Tribunal Supremo norteamericano era casi un lugar común del antifascismo liberal y democrático, siendo tal modelo referencia obligada y reiterada en las discusiones constituyentes sobre el sistema de justicia constitucional a adoptar.

Sin embargo, lo cierto es que tanto en Italia como en Alemania pareció optarse por el modelo austríaco-kelseniano, opción, como ha señalado García de Enterría⁶⁷, que fue tributaria de la dificultad de acoger el sistema americano originario, lleno de convenciones, prácticas y sobreentendidos, como producto vivo de una historia perfectamente singular y propia, pero que, precisamente por ello, se circunscribirá, en lo esencial, a la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. El propio autor, de modo rotundo, sostiene⁶⁸ que no se acoge el modelo kelseniano del “legislador negativo”, sino el americano de jurisdicción. Desde luego, en la *Bonner Grundgesetz*, no deja de ser significativo que el Tribunal Constitucional encabece la lista de órganos integrantes del Poder Judicial en la norma de apertura (artº 92) del Capítulo noveno, dedicado a la Jurisdicción (*Die Rechtsprechung*)⁶⁹.

La estructura por la que finalmente se opta: una jurisdicción concentrada, no dejará de tener consecuencias procesales importantes, como el diseño de una acción directa de inconstitucionalidad o los efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una ley, que si bien son el trasunto de la concepción kelseniana del Tribunal como “legislador negativo”,

⁶⁴ HAMILTON, MADISON Y JAY. *El Federalista*. México: FCE, 1ª reimpr. de la 2ª ed. española, 1974. Págs. 330-336.

⁶⁵ PRITCHEIT, C. Herman. *The American Constitution*. New York: McGraw-Hill, 1959. Manjamos la traducción española, *La Constitución Americana*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1965. Pág. 191.

⁶⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, op. cit., pág. 321.

⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1981. Págs. 133-134.

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 134.

⁶⁹ Constitución austríaca de 1920. Recordemos que el Tribunal Constitucional era objeto de regulación en el Título VI, relativo a las “garantías de la Constitución y de la Administración”, mientras la jurisdicción era objeto de una Sección dentro del Título III, relativo al Ejecutivo federal.

lo cierto es que, en algún caso, como los *efectos erga omnes*, vienen exigidos por la necesidad de articular el monopolio de rechazo que tiene el Tribunal Constitucional y su necesaria relación con los demás órganos jurisdiccionales.

Cuanto acaba de señalarse no debe hacernos olvidar que la concepción kelseniana del “legislador negativo” ha operado como una auténtica “idea-fuerza” que ha impregnado durante mucho tiempo la idea que de los Tribunales Constitucionales se ha tenido; pese a su relativización, los rescoldos de tal idea aún siguen ejerciendo una cierta acción calorífica.

4.2. Esta concepción constitucional tan próxima a la norteamericana: una Constitución concebida como *higher Law* cuya fortaleza última se encuentra en un conjunto de valores superiores a los que se encadena una declaración de derechos, en un conjunto normativo al que se sujetan todos los poderes del Estado, incluyendo el poder legislativo, explica también el nuevo rol que los órganos del poder judicial van a asumir en el marco constitucional. Ciertamente, a diferencia del sistema americano, la sujeción a la Ley sigue siendo un principio indiscutible, pues a los jueces alemanes o italianos (después de 1956, año en que iniciaría su andadura en Italia la *Corte Costituzionale*) no les cabe inaplicar una Ley cuando la consideren contraria a la Constitución, pero ello no obsta a que el rol constitucional de los jueces se vea notabilísimamente potenciado.

La magistratura, dirá Heyde⁷⁰ refiriéndose a la República Federal Alemana, va a gozar de una posición de excelencia en el Estado libre de Derecho que ha querido la *Grundgesetz* y en sintonía con ello, frente a los criterios exclusivamente formales del artº 103 de la Constitución de Weimar⁷¹, el artº 92 de la *Grundgesetz*, norma de apertura del Capítulo dedicado a la jurisdicción⁷², contiene un plus de garantías constitucionales del poder judicial, lo que ha conducido a una opinión doctrinal y jurisprudencial (del *Bundesverfassungsgericht*) casi unánime en tomo a que la *Bonner Grundgesetz* parte de un concepto material de jurisdicción. Ello va a tener mucho que ver con la cláusula de protección jurisdiccional del artº 19.4 GG, a tenor de cuyo inciso primero, “si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales”. Los órganos del poder judicial se convierten de este modo en los garantes de los derechos, o por lo menos en los garantes ordinarios, pues a ellos se sumará, primero por la vía de las previsiones legales, y desde 1968 por las determinaciones de la propia *Grundgesetz*, el Tribunal Constitucional, por

⁷⁰ HEYDE, Wolfgang. “La Jurisdicción”, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*, op. cit., págs. 767 y sigs.; en concreto, págs. 769 y 772.

⁷¹ Constitución de Weimar. El artº 103 se limita a decir que: “La justicia se ejerce por el Tribunal del *Reich* (*Reichsgericht*) y por los Tribunales de los *Länder*”.

⁷² De acuerdo con el artº 92 de la *Grundgesetz*: “El poder judicial se confía a los jueces, siendo ejercido por el Tribunal Constitucional, por los Tribunales federales ordinarios previstos en esta Ley Fundamental y por los Tribunales de los *Länder*”.

intermedio del instituto procesal de la *Verfassungsbeschwerde* o recurso de queja constitucional.

También en Italia el nuevo contexto histórico se traducirá en una nueva visión del poder judicial. A ella se refiere Mortati⁷³, que la sustenta, de un lado, en la naturaleza sustantiva de la interpretación judicial resultante del elemento de creatividad en ella implicado, y de otro, en la inexcusable sujeción al control de legalidad ejercido por los órganos jurisdiccionales de todos los actos de los poderes públicos, aun cuando el propio autor precise que esta expansión de las intervenciones del poder judicial ni ha alterado de modo sustancial la naturaleza de su función: la conservación del orden jurídico establecido, ni ha conducido a un “Estado de jurisdicción”. Quizá con una mayor introspección, Martines⁷⁴ pone de relieve que aunque no existe una función de dirección política (*indirizzamento politico*) por parte de los jueces (o de la magistratura), sí puede hablarse de los jueces como operadores políticos (*operatori politici*), en cuanto institucionalmente llamados a incidir sobre la realidad social, en el bien entendido de que esta cualidad de “operador político” tiene como última razón de ser la exclusión de la función jurisdiccional de la simple tarea *di meccanico formulatore di sillogismi giudiziari* que la filosofía positivista venía atribuyendo a los jueces, no queriendo en modo alguno significar la conversión del poder judicial en un instrumento activo del proceso político.

En definitiva, los casos alemán e italiano ejemplifican perfectamente lo acontecido en el constitucionalismo de la segunda postguerra que, en el punto que nos ocupa, va a venir caracterizado por la revitalización del poder judicial, al que va a convertir en una de las piezas centrales del Estado de Derecho. La sujeción de los jueces a la Ley no impedirá que a ellos se encomiende, con carácter ordinario, la tutela de los derechos, pudiendo aplicar de modo inmediato y directo la Constitución, como norma limitadora de la actuación de los poderes públicos, y que, aun estándoles vedada la inaplicación de aquellas normas legales que, con ocasión de su aplicación en una *litis* de la que estén conociendo, interpreten contradictorias con la *Lex superior*, puedan, sin embargo, tras el pertinente juicio de constitucionalidad realizado por ellos mismos, paralizar el litigio antes de dictar sentencia y plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que, de este modo, pierde el monopolio del control de constitucionalidad, residenciándose en él tan sólo un monopolio de rechazo, tal y como ya destacamos precedentemente.

En resumen, los hechos históricos de los años previos a la Segunda Guerra Mundial, que revelan que es el legislador el más peligroso enemigo del ordenamiento constitucional de los derechos, propiciarán un giro radical por parte de los constituyentes alemanes e italianos, y de resultas, en décadas sucesivas,

⁷³ MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo 11, 9ª ed. Padova: CEDAM, 1976. Págs. 1248-1250.

⁷⁴ MARTINES, Temistocle. *Diritto Costituzionale*, 8ª ed. Milano: Giuffrè, 1994. Pág. 522.

de los de otros países, que para tratar de evitar los peligros de años atrás, vuelven la vista al constitucionalismo norteamericano, esto es, a una Constitución regida por valores materiales que ha de imponerse a todos los poderes públicos, también al legislador, a cuyo efecto, en una clara aproximación al modelo anglosajón, se considerará necesario fortalecer notablemente el rol constitucional de los jueces, de unos jueces que ya no levantan las suspicacias que suscitaran en la Alemania weimariana y que, aun hallándose sujetos a la Ley, asumirán una función relevante en lo que al control de constitucionalidad de las leyes se refiere.

En este nuevo contexto, se entiende que aunque, por razones en alguna medida de orden práctico, en la línea kelseniana, el control de constitucionalidad se siga acomodando a una estructura concentrada en un órgano, el Tribunal Constitucional, que tendrá la última palabra en lo que al mismo se refiere, ya no se considere necesaria la conversión del Tribunal en un “legislador negativo”, como modo de articular su colaboración con el “legislador positivo”, y todo ello frente al poder judicial. La praxis de los Tribunales Constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección, certificando la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo.

5. LA QUIEBRA FRONTAL DE LA CONCEPCIÓN KELSENIANA DEL “LEGISLADOR NEGATIVO”

5.1. Uno de los rasgos de mayor relieve que emerge de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda postguerra consiste en la demostración de la aptitud de los pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales en su cotejo o análisis de las normas vigentes sujetas a su control para desarrollar un rol normativo no sólo negativo, en la estela kelseniana, sino también positivo. Ello representa una notabilísima novedad por cuanto, a juicio de Pizzorusso⁷⁵, ni en el sistema americano (en donde los pronunciamientos judiciales constituyen precedentes susceptibles de asumir una cierta eficacia persuasiva en virtud de la regla *stare decisis*, pudiendo en cuanto tales asumir el carácter de fuente, bien que sólo en la misma medida en que pudiera asumir tal carácter cualquier decisión jurisprudencial conformadora del *common law*), ni menos aun en el austríaco-kelseniano, las decisiones de los jueces constituían fuentes del Derecho en sentido propio.

Esta apreciación, aunque sustancialmente suscribible, quizá deba matizarse recordando el hecho de que la *judicial review* es realizada por un juez de *common law* que dispone de todo el poder y de toda la libertad de interpretación creadora que se encuentra en el ámbito del *judge-made-law*. Ello no obsta para reconocer que es en un modelo de control concentrado, que por regla general arraiga en un sistema jurídico de *civil law*, donde una más notable novedad

⁷⁵ PIZZORUSSO, Alessandro. *I sistemi digiustizia costituzionale...*, op. cit., pág. 522.

supone la asunción por el Juez constitucional de un rol propio, o próximo por lo menos, de un legislador positivo.

En su diseño de un modelo de justicia constitucional, como ya expusimos, Kelsen trató de limitar la intervención del Tribunal Constitucional a la función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, expulsando del ordenamiento aquellas normas que considerara contrarias a la Constitución, que de esta forma, como dice García de Enterría⁷⁶, viene a operar en el modelo kelseniano como un simple parámetro de un quintaesenciado proceso nomofiláctico. Al impedir que el Tribunal enjuicie supuestos de hecho y casos o controversias concretas, manteniendo su juicio en el plano de la pura abstracción, Kelsen, como antes se dijo, estará dando coherencia a ese rol peculiar, complementario del Parlamento, de «legislador negativo», que ha de asumir el Tribunal Constitucional. Asimismo, al evitar que el Tribunal conozca de *cases and controversies*, estará impidiendo que dicho órgano haya de entrar en la apreciación de hechos e intereses y, de resultas de ello, en la valoración y pasión inseparables de la decisión de tales casos concretos y, por ende, pueda llegar a un enjuiciamiento sustentado más en el terreno de la oportunidad que en el de la normatividad, invadiendo de esta forma las funciones propias del legislador.

Sin embargo, algún aspecto del diseño kelseniano vendrá a relativizar ese rol de mero “legislador negativo” que se atribuye al Tribunal. Así, a fin de evitar las indeseadas consecuencias que, en ocasiones, pueden desencadenar los vacíos jurídicos subsiguientes a la anulación de una norma⁷⁷, Kelsen postula la conveniencia de facultar al Tribunal Constitucional para establecer —conjuntamente con la resolución que anula la norma general— que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor, correspondiendo al mismo órgano la decisión de los casos en que se puede hacer uso de esta facultad de restablecimiento del anterior *état de droit*⁷⁸. A esta concepción kelseniana respondería la cláusula del artº 140 de la Constitución austríaca (en la actualidad, artº 140.6) a tenor de la cual: “Si una ley fuese anulada por el Tribunal Constitucional por inconstitucionalidad, entrarán de nuevo en vigor el día en que empiece a producir efectos la anulación, si la sentencia no estableciere otra cosa, todas las disposiciones que hubiesen sido derogadas por la Ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En la publicación de la anulación de la Ley, se mencionarán también si entran de nuevo en vigor disposiciones legislativas y cuáles”. Con esta previsión, introducida por vez primera (dentro del artº 140.3) por la reforma constitucional de 1929, la decisión

⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma...*, op. cit., pág. 61.

⁷⁷ KELSEN, Hans. *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 243. KELSEN se manifiesta en estos términos: “Il résulte de l’annulation pour ainsi dire une sphère vide de droit. Une matière qui était jusqu’alors réglée cesse de l’être; des obligations juridiques disparaissent; la liberté juridique leur succède”.

⁷⁸ KELSEN, Hans. *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., págs. 243-244.

del Tribunal Constitucional por la que no sólo se anulaba una Ley sino que también se decidía acerca de la reviviscencia de una norma anterior, derogada por la Ley inconstitucional, no era tan sólo un acto negativo de legislación, sino también uno positivo, como el propio maestro de la Escuela de Viena reconocería⁷⁹.

Esta capacidad de decidir la reviviscencia de normas derogadas por las leyes ulteriormente declaradas inconstitucionales, como considera en relación a Italia Zagrebelsky⁸⁰, no debiera ser tarea propia de un Tribunal Constitucional, sino, más bien, de todos los operadores jurídicos, particularmente de los órganos jurisdiccionales ordinarios, no obstante lo cual, también en Italia, al igual que en Austria, de la *Corte Costituzionale* han emanado decisiones restauradoras (*ripristinatorie*) a través de las cuales se ha pretendido dar vigor a normas legislativas anteriores que habían sido derogadas por las ulteriormente consideradas contrarias a la *Lex superior*.

En la raíz de esta problemática se encontrarían, como advierte un sector de la doctrina⁸¹, las mismas exigencias, embrionariamente advertidas por el propio Kelsen, que, intentando superar la rígida alternativa entre sentencias estimatorias y sentencias de rechazo, conducirán, *de jacto*, a los Tribunales Constitucionales contemporáneos a forjar un conjunto de dúctiles y sofisticados instrumentos jurídicos a través de los cuales han logrado desempeñar un rol no meramente negativo, sino también una función en cierto sentido creadora, positiva, aunque se trate, como dijera Crisafulli⁸², “di una legislazione *a rime oblige*”, pues el Tribunal no inventa algo, sino que extiende, explícita o específica cualquier cosa que, si bien en estado latente, ya se hallaba comprendida en el sistema normativo en vigor.

5.2. Hoy, no cabe la más mínima duda de la superación de la concepción kelseniana del “legislador negativo”; a lo que ha coadyuvado decisivamente, tal y como antes señalamos, esa nueva concepción de los Tribunales Constitucionales como verdaderas jurisdicciones.

Por lo demás, estos órganos, lejos de circunscribir su función a la mera anulación de normas, desempeñan una función positiva que, como ya tiempo atrás advirtiera Calamandrei⁸³, se manifiesta en una doble vertiente: por medio de una acción de estímulo frente al legislador y mediante una cooperación activa al *indirizzo político*.

⁷⁹ KELSEN, Hans. Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative..., op. cit., pág. 29.

⁸⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, op. cit., pág. 160.

⁸¹ GIOVANNELLI, Adriano. *Alcune considerazioni...*, op. cit., pág. 391.

⁸² CRISAFULLI, Vezio. *La Corte Costituzionale ha vent' anni*, op. cit., pág. 1707.

⁸³ CALAMANDREI, Piero. “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, I, págs. 7 y sigs.; recogido en la obra del propio autor, *Studi sul processo civile*, vol. 6°. Padova: CEDAM, 1957. Págs. 210 y sigs.; en concreto, págs. 254-258.

En efecto, aunque la función de la *Corte Costituzionale* (aunque ello, como regla general, es predicable respecto de otros muchos órganos de igual naturaleza) es, esencialmente, una función de anulación, de depuración del ordenamiento jurídico de aquellas normas contrarias a la Constitución, la *Corte*, según ya en los años cincuenta (es decir, muy poco tiempo después de su entrada en funcionamiento) exponía Calamandrei, puede ejercer una *azione stimolatrice* que puede manifestarse tanto frente a la inactividad del legislador (así, mediante la anulación por vicios de inconstitucionalidad de las normas preconstitucionales, la *Corte*, al crear vacíos normativos, sitúa al legislador en la tesitura urgente de rellenar tales vacíos), como frente a su discrecionalidad (y ello, pese a la previsión del artº 28 de la Ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87, por la que se aprueban normas sobre la constitución y el funcionamiento de la *Corte*, que excluye toda fiscalización sobre el uso de los poderes discrecionales del Parlamento), a fin de, en este supuesto específico, controlar si tal poder discrecional ha sido ejercido según la finalidad constitucionalmente requerida, censurando como violación constitucional todo exceso del poder legislativo⁸⁴.

Por otra parte, según el propio procesalista italiano⁸⁵, las decisiones de la *Corte Costituzionale* no tendrán sólo el efecto aparentemente negativo, expresado en su parte dispositiva, de anular la Ley contraria a la Constitución; a la par, tendrán un significado positivo de cooperación activa al *indirizzo político* por las consideraciones que el Tribunal efectúa en los fundamentos jurídicos de sus sentencias.

La doctrina italiana es pacífica al respecto. Así, Modugno⁸⁶ considera que la *Corte Costituzionale* desempeña no tanto una función sustitutiva de la legislación parlamentaria cuanto más bien colateral, que se manifiesta en la formación de los criterios inspiradores de las iniciativas legislativas necesarias para colmar las eventuales lagunas subsiguientes a las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad o para, más ampliamente, desarrollar de un modo operativo los principios contenidos en las sentencias, incluso en las de rechazo. La conclusión del citado autor es inequívoca: la *Corte* asume una función que técnicamente puede ser caracterizada como de impulso y de iniciativa calificada⁸⁷.

⁸⁴ MODUGNO, Franco. "Corte Costituzionale e potere legislativo", en BARILE, Paolo; CHELI, Enzo y GRASSI, Stefano (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*. Bologna: Il Mulino, 1982. Págs. 19 y sigs.; en concreto, págs. 47-48. El control de constitucionalidad, afirma Modugno, ha sobrepasado los inciertos límites entre la legitimidad (o constitucionalidad) y la oportunidad de una ley, a lo que ha coadyuvado notablemente el control en sede constitucional del respeto del principio de igualdad, entendido no sólo en una perspectiva amplia, sino en el sentido de un principio general de racionalidad, lo que ha abierto una vía para un control de oportunidad en sede constitucional del conjunto de la legislación.

⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. *Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*, op. cit., pág. 258.

⁸⁶ MODUGNO, Franco. *Corte Costituzionale e potere legislativo*, op. cit., págs. 54-55.

⁸⁷ *Ibidem*, pág. 63.

Las reflexiones inmediatamente anteriores son perfectamente proyectables al Tribunal Constitucional español. A título de ejemplo puntual, pero que encuentra otras manifestaciones semejantes, podríamos recordar cómo el Tribunal, en su Sentencia 35/1983, de 11 de mayo, estableció las pautas o líneas maestras del derecho de rectificación, que muy poco tiempo después haría suyas el legislador a través de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

En una posición próxima a las expuestas, Zagrebelsky⁸⁸ visualiza el rol normativo de la *Corte Costituzionale* en un doble sentido: en el de producción inmediata de reglas jurídicas no legislativas (la *Corte-Legislatore*) y en el de participación en el proceso legislativo (la *Corte-co-Legislatore*). En sintonía con esta doble función, se sitúan dos tipos de instrumentos operativos: las *sentenze-legge*, esto es, aquellas sentencias a cuyo través, con distinta intensidad innovadora, la *Corte* crea ella misma Derecho, al tratarse de decisiones, como se las suele denominar, autoaplicativas, esto es, decisiones que para alcanzar su fin no necesitan de la intermediación de otros sujetos normativos, y las *sentenze-indirizzo*, esto es, aquellas sentencias que en forma y con eficacia diversa, sin crear *per se* nuevo Derecho, persiguen poner en marcha a los órganos legislativos, orientando al unísono sus decisiones.

Zagrebelsky, con evidente razón a nuestro entender, se muestra muy crítico con las que se conocen como «sentencias manipuladoras» (*sentenze manipolatrici*), categoría en la que se habrían de ubicar todas aquellas decisiones estimativas que modifican el alcance normativo de un determinado texto, particularmente, dentro de ellas, las decisiones que pretenden operar positivamente, innovando el ordenamiento a través de la introducción de normas diferentes a las expresas en un texto normativo o a las que pueden entresacarse del mismo (*sentenze aggiuntive e sostitutive*).

La *Corte* italiana recurre a este tipo de sentencias cuando una disposición tiene un alcance normativo menor del que constitucionalmente debería tener, en cuyo caso el Tribunal declara inconstitucional la disposición “en la parte en la que no prevé algo”. Tras ello, la *Corte*, mediante la interpretación, crea una norma, por adición o sustitución. Estas decisiones son consideradas por el mismo autor⁸⁹ inadmisibles, no sólo por el hecho de que entrañan “una *funzione sostanzialmente paralegislativa*”, sustitutiva de la función parlamentaria y extraña a las funciones propias de un Tribunal Constitucional, sino, asimismo, porque la concreción vinculante de la norma que debe sustituir a la declarada inconstitucional es una operación —y coincidimos en ello— que debe corresponder, más que al Tribunal Constitucional, al conjunto de los operadores jurídicos, particularmente a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

⁸⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. “La Corte Costituzionale e il legislatore”, en BARILE, Paolo; CHELI, ENZO y GRASSI, Stefano (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo...*, op. cit., págs. 103 y sigs.; en particular, págs. 103-105.

⁸⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, op. cit., págs. 158-159.

El rol normativo a que acabamos de referirnos no es ni mucho menos exclusivo de la *Corte Costituzionale* italiana, aunque sea tal órgano el que quizá en mayor medida lo haya desarrollado. La doctrina científica de distintos países suele coincidir en esta apreciación.

En Austria, el *Verfassungsgerichtshof* (VfGH) dispone de algunas facultades reconducibles al ámbito del legislador. Así, la fijación de un plazo para la entrada en vigor de la sentencia de anulación de una ley inconstitucional, como señala Öhlinger⁹⁰, que, por nuestra parte, ya tuvimos oportunidad de indicar, le lleva a desarrollar la función de un legislador *ad interim*.

También en Alemania, la técnica de la interpretación conforme a la Ley Fundamental (*Die verfassungskonforme Auslegung*) interfiere, en mayor medida que la declaración de nulidad, la libertad del legislador, en cuanto tiene efectos *erga omnes*, lo que se traduce en que la Ley, en el futuro, habrá de ser interpretada en el sentido fijado por el Tribunal Constitucional y no como hubiera querido el legislador. Y aunque el artº 31.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*. BVerfG), texto actualizado de 11 de agosto de 1993, atribuye a las sentencias en materia de control normativo “fuerza de ley” (*Gesetzkraft*), lo que, como advierte Schlaich⁹¹, favorece el equívoco de que el control normativo desemboque en una especie de legislación negativa, lo cierto es que, como el propio autor admite, más bien debería hablarse de “legislación positiva” cuando una Ley viene reformulada de modo conforme a la Constitución o cuando el BVerfG adopta previsiones que disciplinan las consecuencias jurídicas de sus fallos, pero que, en realidad, lo que vienen es a sustituir a la Ley declarada nula. De modo más rotundo, Béguin⁹² cree que la interpretación conforme aparece comúnmente como una operación de rectificación normativa que ha de permitir borrar las rebabas de la producción normativa sin necesidad de remitir la Ley al taller. Y en una visión de carácter global, el propio autor llega a la conclusión⁹³ de que la interpretación que el BVerfG efectúa de la Constitución contribuye a desarrollar el Derecho programado por la *Grundgesetz*, propiciando una colaboración con el legislador con vistas a optimizar la normatividad constitucional.

También en Francia las llamadas “declaraciones de conformidad bajo reserva”, en las que el *Conseil Constitutionnel*, más que anular una disposición legislativa lo que hace es declarar que la misma es conforme con la Constitución, bajo la reserva de respetar un determinado número de exigencias, que precisa en los fundamentos de su decisión, se han multiplicado notablemente,

⁹⁰ ÖHLINGER, Theo. La giurisdizione costituzionale in Austria, op. cit., pág. 547.

⁹¹ SCHLAICH, Klaus. “Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, en *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, diciembre 1982. Págs. 557 y sigs.; en concreto, pág. 582.

⁹² BÉGUIN, Jean Claude. Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne. París: Economica, 1982. Pág. 207.

⁹³ *Ibidem*, pág. 295.

lo que no ha dejado de suscitar, al igual que en otros países, la acusación al *Conseil* de invadir la esfera reservada al Parlamento, bien que esta técnica, al operar en el marco de un control preventivo, como es el modelo vigente en Francia, permite al poder legislativo volver a analizar la Ley a fin de corregirla en consonancia con las indicaciones del Juez constitucional.

De cuanto se acaba de exponer se desprende cómo la caracterización kelseniana del Tribunal Constitucional ha sido objeto de fuertes embates que han contribuido a su notable relativización, a su desnaturalización si se quiere, aunque no, desde luego, al eclipse total de su influjo y proyección.

En efecto, la virtualidad de la concepción kelseniana del Tribunal como “legislador negativo” ha sido tan grande, ha impactado tanto, que ni la ambigüedad de la expresión, ni el notabilísimo influjo de la recepción del concepto norteamericano de Constitución en el constitucionalismo europeo de la segunda postguerra, con lo que ello, como ya vimos, supuso para la figura del Tribunal Constitucional, ni tan siquiera el escepticismo que la realidad o experiencia práctica puede arrojar sobre su validez, han logrado, aun hoy, desvirtuar por completo el sentido limitador de la máxima, como bien se ha advertido en relación a España.⁹⁴ Bien es verdad que quizá en España esta concepción haya tenido, y en alguna medida siga teniendo, un mayor peso específico que en otros países europeos por lo tanto de los estrictos márgenes de maniobrabilidad que al Tribunal ofrece su Ley reguladora, como por la propia actitud que ha orientado la actuación del “intérprete supremo de la Constitución”: la autorrestricción, la aconsejable *self-restraint* o, como dijera Tomás y Valiente⁹⁵, la prudencia, que se ha traducido en que la conciencia del límite siempre haya estado viva, aunque la percepción de su dibujo no siempre haya sido clara.

5.3. A modo de recapitulación, se puede comenzar señalando que la enorme fortaleza de la concepción kelseniana del Tribunal como legislador negativo, verdadera idea-fuerza de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, que encuentra su razón de ser no sólo en la sólida y racional construcción del maestro vienés, sino también en la evolución del constitucionalismo europeo posterior a la Revolución Francesa y en el propio pensamiento liberal decimonónico, asentado en la sacralización de la Ley, no ha perdido del todo su virtualidad, reflejándose, por lo general, en las normaciones constitucionales y legislativas de estos órganos llamados a centralizar el control de la constitucionalidad y a monopolizar, al menos, el rechazo de la norma legal cuando la consideren afectada por un vicio de inconstitucionalidad.

⁹⁴ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley», en Eliseo AJA (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador...*, op. cit., págs. 171 y sigs.; en concreto, págs. 181-182.

⁹⁵ TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: CEC, 1993: Pág. 97. Aunque, a juicio de este mismo autor, otra actitud permanente del Tribunal haya sido la de no eludir problemas, es lo cierto que quien fuera su presidente reconoce que nunca se quiso incurrir en activismo judicial.

Esta función negativa, de mera anulación, no ha de entenderse, como es lógico, en el sentido de que las decisiones del Tribunal en ningún caso innovan el ordenamiento, pues además está decir que la anulación de una norma y su subsiguiente expulsión del ámbito ordinamental es obvio que producen una alteración, una innovación en dicho ordenamiento, pero dicha modificación responde a la misma esencia de la anulación, por lo que en modo alguno subvierte la naturaleza puramente negativa de la intervención del Tribunal.

La gran novedad del último medio siglo reside en la progresivamente mayor asunción por los Tribunales Constitucionales de funciones que, desbordando los estrictos límites del “legislador negativo”, caen de lleno en el ámbito de las funciones creadoras de Derecho propias de un legislador positivo.

El horror a los vacíos normativos; el principio de conservación de la norma, en coherencia con las exigencias dimanantes del principio de seguridad jurídica; la conveniencia de evitar problemas mayores de los que se tratan de atajar con las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad, con la subsiguiente búsqueda de fórmulas más flexibles que la pura dicotomía validez/nulidad⁹⁶; la multiplicación del número de leyes, de lo que constituye buena muestra el fenómeno de las *leggine* italianas; la nueva naturaleza objetiva de los derechos, que exige su interpretación como un orden objetivo de valores; la extraordinaria relevancia que ha asumido el principio de igualdad en su doble vertiente formal y material; y, bien que desde luego sin ánimo exhaustivo, un conjunto de razones estructurales que tienen bastante que ver con las nuevas exigencias del Estado social y democrático de Derecho de nuestro tiempo, y entre ellas, con los problemas redistributivos del Estado social, respecto a los cuales, como afirma Weber⁹⁷ en relación al Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) —si bien su reflexión, a nuestro juicio, puede proyectarse perfectamente a otros órganos análogos—, este órgano siempre debe incidir con carácter correctivo, tanto en el reconocimiento de prestaciones como en su recorte; son otras tantas razones que explican esta función positiva que hoy vienen asumiendo con toda naturalidad los Tribunales Constitucionales, que, como advirtiera hace ya bastantes lustros Crisafulli, en ocasiones parecen transformarse de jueces en legisladores⁹⁸, lo que no sólo se vislumbra por la creación de normas llamadas a integrar la disciplina declarada inconstitucional, sino que también se trasluce en la formación y aplicación de orientaciones, latentes

⁹⁶ MODUGNO, Franco. *Corte Costituzionale e potere legislativo*, op. cit, pág. 48. Como afirma Modugno, la estricta alternativa “*accoglimento/rigetto*” dispuesta en el diseño constituyente italiano, no fue sino fruto de la ingenuidad (quizá también, añadiríamos por nuestra parte, del influjo de esa “idea-fuerza” del “legislador negativo”), pues las sentencias interpretativas, en su variada tipología, representan una respuesta realista y siempre flexible frente a los requerimientos de un diseño abstracto y rígido.

⁹⁷ WEBER, Albrecht. “Alemania”, en Eliseo AJA (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador*, op. cit, págs. 53 y sigs.; en particular, pág. 84.

⁹⁸ CRISAFULLI, Vezio. *La Corte Costituzionale ha vent' anni*, op. cit, pág. 1704.

en la fundamentación de sus sentencias, que propician un *indirizzo político* o, como dice Pizzorusso⁹⁹, el nacimiento de una *policy* que les es característica.

En definitiva, el profundo quebrantamiento de la concepción kelseniana del “legislador negativo”, bien que los rescoldos de esta idea-fuerza aún sigan activos y humeantes, no puede dejar de incidir en el proceso de degradación de las diferencias antitéticas que antaño contraponían a los dos tradicionales sistemas de control de constitucionalidad.

6. LA MIXTURA E HIBRIDACIÓN DE LOS ACTUALES SISTEMAS JURISDICCIONALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

6.1. La opción de los constituyentes de los primeros códigos constitucionales subsiguientes a la Segunda Guerra Mundial en favor de un modelo de Constitución que sigue de cerca los pasos de la Constitución americana, con las consecuencias que de ello se derivaron en relación con el control de constitucionalidad, a las que ya nos referimos, propiciará una hibridación del modelo kelseniano, que en lo sustancial seguirá prestando su estructura centralizada, con el control difuso, hibridación que encuentra su más significada manifestación en la introducción del instituto procesal de las llamadas en Italia *questioni di legittimità costituzionale*¹⁰⁰ que, como señala Silvestri¹⁰¹, introducirán una variante destinada a tener relevantes consecuencias sobre el núcleo esencial de la jurisdicción constitucional.

Ciertamente, ya la *Novelle* austríaca de 1929 había introducido este instituto, pero, como ya indicáramos, con sensibles diferencias, tanto en lo que a los órganos legitimados atañe (sólo los dos órganos jurisdiccionales supremos), como en lo que se refiere a su razón de ser (aproximar la legitimación a una *actio popularis* siquiera fuera indirectamente, en sintonía con el ya expuesto pensamiento kelseniano).

A partir de ese primer momento constituyente que sigue al fin de la Segunda Guerra Mundial, la multiplicidad de variantes no ha hecho más que crecer y con ellas se ha ido acentuando ese proceso de mixtura e hibridación. Como dice Pegoraro¹⁰², “a seguito della impetuosa espansione del costituzionalismo e della forma di Stato liberal democratica, i modi di fare giustizia costituzionale si sono ancor più mescolati e complicati”.

⁹⁹ PIZZORUSSO, Alessandro. “Le contrôle de la Cour Constitutionnel sur l’usage par le législateur de son pouvoir d’appréciation discrétionnaire”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 11, 1986. Págs. 35 y sigs.; en concreto, pág. 50.

¹⁰⁰ Además ya de la Constitución de 1947, la Ley constitucional de 9 de febrero de 1948, núm. 1, “*norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte Costituzionale*”, aprobada por la propia Asamblea Constituyente el 31 de enero de 1948, ya contemplaba y normaba este instituto.

¹⁰¹ SILVESTRI, Gaetano. “La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo”, en *Storia d’Italia - Annali*, vol. 14. Torino: Einaudi, 1998. Págs. 941 y sigs.; en concreto, pág. 969.

¹⁰² PEGORARO, Lucio. *La circolazione, la recezione e l’ibridazione dei modelli di giustizia*

El propio Pegoraro¹⁰³ visualiza una especie de tercer modelo, una suerte de *tertium genus*, que compendiaría rasgos del sistema americano y del kelseniano, encerrando una mixtura de fórmulas o mecanismos procesales cuyo denominador común consistiría en que el control de constitucionalidad permanece en manos de un órgano centralizado, ubicándose el elemento “de difusión” en la fase introductoria del proceso, que no en la decisoria.

Sin embargo, ni siquiera la identificación de este *tertium genus* agotaría la clasificación de los muy dispares sistemas de control que los ordenamientos de nuestro tiempo nos muestran. Prueba de ello es que la misma doctrina¹⁰⁴ avanza la existencia de un *quartum genus* que abarcaría países tales como Grecia, Portugal y algunos latinoamericanos en los que, básicamente, puede decirse que coexiste el control difuso con el control concentrado, si es que se puede seguir tomando como punto de referencia esta bipolaridad.

Desde luego, si los constituyentes y legisladores diseñaran los respectivos sistemas de justicia constitucional con la finalidad de alcanzar el máximo posible de armonía y de racionalidad, no cabe duda, como dice Pizzorusso¹⁰⁵, de que habrían de proceder a combinar fórmulas de uno y otro de los dos tradicionales modelos. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los ordenamientos positivos en la materia son fruto de la estratificación de textos normativos, de orientaciones políticas, de la propia y peculiar evolución histórica, de influencias culturales, en fin, de un dispar conjunto de variables difícilmente reconducibles a criterios racionales unívocos. De ahí las dificultades, diríamos que insuperables, de dar vida a un *tertium genus* constituido por la suma o hibridación de dos modelos bipolares¹⁰⁶.

6.2. No pretendemos ahora llevar a cabo un análisis casuístico de la realidad actual de los sistemas de justicia constitucional de nuestro tiempo, sino tan sólo bosquejar, en un muy somero recorrido, algunos de los rasgos característicos de esos sistemas, con la finalidad fundamental de mostrar cómo los mismos acogen rasgos propios de uno y otro modelo histórico, entremezclándolos a veces confusamente, dificultando así, de modo casi insuperable, todo intento de sistematización que siga teniendo como referente la tipología tradicional.

costituzionale. Trabajo publicado en el Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 6, 2002. Manejamos, antes de traducirlo, el texto original italiano mecanografiado remitido por el autor, pág. 2. En su traducción al español, “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, págs. 393 y sigs., en concreto, pág. 395.

¹⁰³ PEGORARO, Lucio. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998. Pág. 27.

¹⁰⁴ *Ibidem*, págs. 39-45.

¹⁰⁵ PIZZORUSSO, Alessandro. “I sistemi...”, op. cit., págs. 530-531.

¹⁰⁶ ROLLA, Giancarlo. “El control de constitucionalidad en Italia. Evolución histórica y perspectivas de reforma”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, enero-abril 1998, págs. 137 y sigs.; en concreto, pág. 177.

Un buen número de sistemas de justicia constitucional europeo-occidentales corrobora la precedente reflexión. En realidad, sólo en Francia hallamos un sistema de control homogéneamente diseñado, pues se trata de un control de la ley que se lleva a cabo al margen de su aplicación, con carácter preventivo y monopolizado por el *Conseil Constitutionnel*, bien que este órgano, a nuestro juicio, se halle todavía lejos de poder ser asimilado a un Tribunal Constitucional. El modelo francés, tributario de la propia tradición histórica gala, conformado al margen del modelo kelseniano y, por supuesto, también del norteamericano, no entremezcla por ello mismo elementos de los dos clásicos sistemas de control. De ahí que no le falte razón a Fromont¹⁰⁷ cuando considera que, si se atiende al funcionamiento real de la justicia constitucional, la bipolaridad tradicional habría de dar paso a la contraposición entre, de un lado, el sistema francés, que no confía al *Conseil* más que el control de constitucionalidad de las futuras leyes y de algunos asuntos relativos al funcionamiento de los poderes públicos, y de otro lado, al sistema norteamericano y alemán (que vendrían a representar a los sistemas de control difuso y concentrado), que confían “a une juridiction placée au sommet de la hiérarchie judiciaire” el control del respeto a la Constitución por todos los tribunales y, por ello mismo, indirectamente, por todos los órganos del Estado.

No puede afirmarse que exista la homogeneidad a que antes nos referíamos en otros muchos países de Europa occidental. En Austria, Alemania, Italia, España y Bélgica coexiste un control de la ley, al margen de su aplicación, con un control que se realiza con ocasión de su aplicación en una *litis* concreta, que desencadena el juez que conoce de la misma y que ha de resolver la controversia concreta, siendo éste, en algún supuesto (como es el caso de Italia), el procedimiento con gran diferencia más relevante de control de constitucionalidad.

Este control con ocasión de la aplicación de la ley se manifiesta asimismo, en Austria, Alemania y España, por intermedio de aquellos recursos (el *Beschwerde* austríaco o recurso por infracción de derechos constitucionalmente garantizados, contra resoluciones administrativas; el *Verfassungsbeschwerde* alemán o recurso de queja constitucional, que cualquier persona puede presentar ante el BVerfG, invocando que ha sido lesionada por la autoridad en uno de sus derechos fundamentales, y el recurso de amparo español, que protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de derechos y libertades tutelados por esta vía, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos) especialmente diseñados para hacer frente a la violación de derechos constitucionales (en Alemania y España, no frente a la violación de cualquier derecho, sino tan sólo de los constitucionalmente garantizados por esta vía; en Austria, cuando la esfera jurídica de un ciudadano se vea inmediata y actualmente afectada por aplicación de un decreto o tratado ilegales o de una ley inconstitucional).

¹⁰⁷ FROMONT, Michel. *La justice constitutionnelle dans le monde*. París: Dalloz, 1996. Pág. 42.

En otros países europeo-occidentales, las peculiaridades son aun mayores. Tal acontece con Grecia y Portugal.

Grecia, hasta el golpe militar de 1967, tuvo un sistema inspirado en el modelo norteamericano, aunque no propiamente difuso, pues la posible inaplicación de una ley por razón de su inconstitucionalidad quedaba circunscrita al Consejo de Estado y al Tribunal de Casación.

La Constitución griega de 1975 habilita a todos los tribunales para inaplicar las leyes cuyo contenido interpreten que contraría la Constitución; así se infiere de la previsión de su artº 87.2, cuando dispone que en ningún caso serán obligados los jueces a atenerse a normas tendentes a la abolición de la Constitución; ello significa que los tribunales administrativos, con el Consejo de Estado al frente, los tribunales ordinarios, cuya más alta instancia es el Tribunal de Casación, el Tribunal de Cuentas y cualesquiera otros tribunales, pueden verificar un control de constitucionalidad, promoviendo incluso de oficio tal control con ocasión de un proceso administrativo, civil o penal.

El diseño griego venía a romper, según Favoreu¹⁰⁸, el principio de que la justicia constitucional no se divide, pues, aun siendo difusa, se enmarca en el seno de un aparato jurisdiccional único rematado por un solo Tribunal Supremo. Sin embargo, lo cierto es que tampoco en Grecia podría sostenerse que se produce tal división por cuanto el artº 100 de su Constitución instituye un Tribunal Especial Superior cuyas atribuciones, como de nuevo afirma Favoreu¹⁰⁹, bien que no deje de ser discutible su apreciación, semejan extrañamente las de un Tribunal Constitucional, al que se le atribuye (artº 100.1, e/), el enjuiciamiento de los procesos que versen sobre la inconstitucionalidad de fondo o material o sobre el sentido de las disposiciones de una ley formal, en el supuesto de que sobre tales disposiciones hubiesen pronunciado resoluciones contradictorias el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación o el Tribunal de Cuentas.

A la vista de esta fórmula de resolución de las controversias o discrepancias interpretativas, bien podría afirmarse que en ausencia de la unidad interpretativa a que conduce la regla del *stare decisis*, en Grecia, un país con un sistema jurídico de *civil-law*, se recurre a este peculiar órgano que es el Tribunal Especial Superior, que a la vista de su composición y, en especial, de sus funciones, se nos presenta básicamente como una suerte de tribunal arbitral llamado a dilucidar, en lo que ahora interesa, los conflictos interpretativos suscitados entre los más elevados órganos jurisdiccionales. En definitiva, como bien señala Bon¹¹⁰, más que ante una jurisdicción constitucional de tipo europeo, nos encontramos ante un tribunal de conflictos.

¹⁰⁸ FAVOREU, LOUIS. "Reflexiones sobre algunos problemas planteados por la justicia constitucional", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 3-4, abril-agosto 1988. Págs. 47 y sigs.; en concreto, pág. 50.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ BON, PIERRE. "Présentation générale", en la obra colectiva, *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, París: Economica, 1989. Págs. 19 y sigs.; en concreto, pág. 24.

En Portugal, ya desde la Constitución republicana de 1911, fruto de la Revolución de 1910, que acabó con la Monarquía, arraigó el sistema norteamericano de la *judicial review*, quizá por el influjo de la Constitución brasileña de 1891, que introdujo la forma republicana y federal en Brasil y que asimismo recepcionó la *judicial review*¹¹¹. Lo cierto es que, como señala Bon¹¹², la Constitución de 1911 no sólo propiciará la introducción del modelo americano por primera vez en Europa, sino que convertirá a Portugal en el primer país europeo en dotarse de mecanismos jurisdiccionales de control de constitucionalidad, omisión hecha de Suiza, donde pese a que, como recuerda Cappelletti¹¹³, pueden encontrarse ciertas analogías con el modelo americano —que se relativizan notablemente si se recuerda la existencia desde la Constitución de 1874 de un recurso de Derecho público (*Staatsrechtliche Beschwerde*) que cualquier ciudadano podía interponer ante el Tribunal Federal por violación de derechos constitucionales¹¹⁴—, lo cierto es que una limitación tradicional del sistema suizo de control de constitucionalidad ha sido la de excluir del mismo a las leyes federales, circunscribiéndolo, pues, a las leyes cantonales¹¹⁵.

El control difuso se mantendría en Portugal incluso en la Constitución salazarista de 1933¹¹⁶ y, por supuesto, también en la hoy vigente de 1976, objeto de varias reformas, una de ellas la muy relevante, en lo que a la justicia constitucional se refiere, de 1982.

La vigente Constitución, en la tradición histórica portuguesa, contempla el control difuso al disponer en su artº 207 que los tribunales no podrán aplicar a los hechos sometidos a su enjuiciamiento, normas que infrinjan lo dispuesto en

¹¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI (Inconstitucionalidade e garantia da Constituição). Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Pág. 125, nota I. La influencia brasileña fue expresamente reconocida por el presidente de la Comisión del Proyecto de Constitución, el diputado Sr. Francisco Correia de Lemos.

¹¹² BON, Pierre. *Présentation générale*, op. cit., pág. 31.

¹¹³ CAPPELLETTI, Mauro. Il control/o giudiziario di costituzionalità... op. cit., pág. 54.

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*, traducción de Héctor Fix-Zamudio. México: Imprenta Universitaria, 1961, págs. 17-18. Conviene recordar que ya la Constitución de 1848 introdujo un recurso jurisdiccional para la protección de los derechos constitucionales del individuo, algo propugnado por distintos autores (y entre ellos, Pellegrino Rossi) desde lustros antes, si bien canalizó el recurso por intermedio de la Asamblea Federal, que era el órgano que había de remitir al Tribunal Federal la acusación de la violación.

¹¹⁵ En el Derecho suizo se consagró una suerte de poder/deber general de los jueces de inaplicar las leyes cantonales que interpretaran contrarias a la Constitución federal, como consecuencia implícita en el principio *Bundesrecht bricht kantonales Recht*.

¹¹⁶ MIRANDA, Jorge. (En *Manual...*, op. cit., tomo VI, pág. 125) Recuerda que la Constitución de 1933 confirmó el principio de la fiscalización jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, no sin modificaciones importantes, unas positivas y otras que representaron un grave retroceso. Así, por ejemplo, todos los tribunales asumieron la función, que ejercían de oficio, de controlar la constitucionalidad de las normas que hubiesen de aplicar en un caso concreto.

la Constitución o en los principios en ella consignados. Sin embargo, a la par, la Norma suprema crea un Tribunal Constitucional (tras su reforma de 1982) cuyas resoluciones, de acuerdo con el artº 2º de la Ley 28/1982, de 15 de noviembre, sobre organización, funcionamiento y procedimiento del Tribunal Constitucional, prevalecen sobre las de los demás tribunales o sobre las de cualquier otra autoridad. Canotilho¹¹⁷ ha caracterizado globalmente el sistema portugués de control de constitucionalidad como un *sistema misto complexo* en el que, además, todos los tribunales, sin excepción, son órganos de la justicia constitucional.

La amplitud de funciones del Tribunal Constitucional es, por lo demás, muy notable por cuanto tal órgano lleva a cabo un control tanto en vía preventiva como sucesiva, tanto por causa de acción como de omisión. Asimismo, y como cauce de articulación entre el control que llevan a cabo todos los órganos jurisdiccionales ordinarios y el que se residencia en el Tribunal Constitucional, el artº 280 de la Constitución prevé un recurso ante este último contra las decisiones de los tribunales: a) que rehúsen la aplicación de cualquier norma con fundamento en su inconstitucionalidad, y b) que apliquen la norma cuya inconstitucionalidad haya sido invocada durante el proceso.

Como se desprende de lo expuesto, Grecia y Portugal ejemplifican, más que ningún otro país, la mixtura y conjunción de elementos de uno y otro de los dos modelos históricos.

6.3. Esta hibridación se manifiesta profusamente en las nuevas democracias de Europa oriental, que aunque no han mostrado particular interés por el sistema difuso, optando por el contrario por una estructura centralizada de control, que se residencia en un Tribunal Constitucional, con patente influencia en algunos casos de los sistemas alemán y austríaco y del modelo francés en algún otro¹¹⁸, es lo cierto que también han incorporado mecanismos que, en sintonía con los sistemas que sobre ellas han influido, propician que se pueda asimismo hablar de mixtura e hibridación.

Por referimos tan sólo a algunos de esos países, recordaremos que Polonia, las Repúblicas Checa y Eslovaca, Hungría, Rumania, Bulgaria y Rusia, han creado un Tribunal Constitucional. Sin embargo, en todos estos países se halla presente un elemento difuso, pues todos ellos han recepcionado el instituto de la cuestión de inconstitucionalidad. Valga como ejemplo el artº 193 de la Constitución de la República de Polonia de 1997, a cuyo tenor, cualquier jurisdicción puede plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión previa relativa a la

¹¹⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. Pág. 907.

¹¹⁸ MAZZA, Mauro. *La Giustizia Costituzionale in Europa Orientale*. Padova: CEDAM, 1999. Pág. 425. A los modelos de referencia, Mazza añade el sistema griego, que a su juicio también ha ejercido cierto influjo, si bien, a nuestro modo de ver, en su caso, infinitamente menor que los mencionados más arriba.

conformidad de un acto normativo con la Constitución, los tratados ratificados por Polonia o una ley, cuando la solución del juicio *a quo* dependa de la resolución de dicha cuestión.

Por lo general, cualquier juez o tribunal puede, normalmente a instancia de las partes de una *litis* de la que esté conociendo, o bien de oficio, plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Esta regla general convive con algunas particularidades. Es el caso de Bulgaria, donde sólo el Tribunal de Casación y el Supremo Tribunal Administrativo se hallan habilitados para, en el curso de un proceso que se siga ante ellos, constatada la contradicción entre la ley que han de aplicar y la Constitución, suspender el procedimiento y plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, fórmula que recuerda la acuñada por la *Novelle* austríaca de 1929. En Polonia, con anterioridad a la Constitución de 1997, en sintonía con el actual modelo austríaco, sólo el Tribunal Supremo, el Tribunal Administrativo Supremo y los órganos jurisdiccionales de apelación, podían plantear una cuestión de inconstitucionalidad. La citada Constitución introdujo importantes modificaciones en relación a la jurisdicción constitucional¹¹⁹; en la cuestión que ahora nos ocupa, ha legitimado para plantear la cuestión a todas las jurisdicciones, tanto a los tribunales de primera instancia como a los tribunales de apelación o de casación, a las jurisdicciones de derecho común y a las administrativas, como asimismo al Tribunal Supremo.

Por otro lado, si bien como regla general, el planteamiento de la cuestión, como advierte Garlicki refiriéndose a Polonia¹²⁰, es un derecho del órgano jurisdiccional, pero no un deber, una obligación, en Rumania quiebra esa regla por cuanto, como se ha destacado¹²¹, a diferencia de otras legislaciones, el juez *a quo* no puede, cualquiera que fuere el motivo para ello, rechazar el planteamiento ante el Tribunal Constitucional de la excepción de inconstitucionalidad suscitada por una de las partes del proceso *a quo*.

Otra particularidad a destacar respecto a la cuestión de inconstitucionalidad la encontramos en Rumania, en relación a las normas objeto de control. A tenor del artº 23.3 de la Ley núm. 47, de 18 de mayo de 1992, sobre la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional¹²², del control por vía incidental quedan excluidas las disposiciones cuya constitucionalidad haya sido establecida

¹¹⁹ GARLICKI, Leszek Lech. "La Justice Constitutionnelle en Pologne", en VERDUSSEN, Marc (dir.). *La Justice Constitutionnelle en Europe Centrale*. Bruxelles-Paris: Bruylant-LGDJ, 1997. Págs. 87 y sigs.; en particular, págs. 117-120.

¹²⁰ GARLICKI, Leszek. "La réforme de la juridiction constitutionnelle en Pologne", en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XIII, 1997. Págs. 11 y sigs.; en particular, pág. 23.

¹²¹ MURARU, Ioan y CONSTANTINESCU, Mihai. "La juridiction constitutionnelle en Roumanie", en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XI, 1995. Págs. 11 y sigs.; en particular, pág. 17.

¹²² Texto de la Ley romana núm. 47, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, IX, 1993. Págs. 724 y sigs.

de acuerdo con las previsiones del artº 145.1 de la Constitución de 1991, que a su vez consagra una fórmula que presupone sujetar los fallos de inconstitucionalidad del Tribunal dictados en el procedimiento de control previo a un acuerdo adoptado por la mayoría cualificada de los parlamentarios de ambas Cámaras. En efecto, constatada la inconstitucionalidad de una ley en un control preventivo, y tras el oportuno reexamen por las Cámaras, si la ley fuera adoptada en iguales términos por una mayoría, por lo menos, de dos tercios de los miembros de cada Cámara, la objeción de inconstitucionalidad advertida por el Tribunal Constitucional resulta rechazada, convirtiéndose en obligatoria la promulgación de la ley, y no pudiendo ser cuestionada *a posteriori* tal norma por la vía incidental de la cuestión de inconstitucionalidad, mecanismo éste harto discutible por cuanto, en último término, hace primar la voluntad política parlamentaria sobre el criterio jurídico del órgano al que el artº 10.3 de la Ley núm. 47 encomienda como fin o razón de ser la de garantizar la supremacía de la Constitución.

Las modalidades de control, en este conjunto de países, son muy diversas. Así, atendiendo al momento en que se lleva a cabo el control de la ley (obviamente no de su aplicación, que no puede ser sino con posterioridad a su entrada en vigor), o como otros autores dicen, atendiendo al control abstracto de la ley, aunque, como constata Fromont¹²³, en el Derecho comparado el control previo es bastante extraño, lo cierto es que tal modalidad se encuentra con frecuencia en este bloque de países, si bien no en todos, coexistiendo por lo general con el control sucesivo.

El caso más llamativo es Rumania, que sigue de cerca el modelo francés. El control de constitucionalidad de las leyes no puede tener lugar más que con anterioridad a su promulgación, a instancias del Presidente de la República, los Presidentes de la Cámara de Diputados o del Senado, el Gobierno, el Tribunal Supremo de Justicia, 50 Diputados o 25 Senadores. Aunque la Ley núm. 47, reguladora del Tribunal Constitucional, al contemplar el control de constitucionalidad de los Reglamentos parlamentarios (en sus arts. 21 y 22), no precisa plazo ni momento alguno, la doctrina¹²⁴ es unánime en constatar que tal control, a diferencia del de la ley, es siempre sucesivo. Señalemos como divergencias con el modelo francés, además de la evidente de que el control de los Reglamentos de las Cámaras parlamentarias, en Francia, ha de ser “*avant leur mise en application*” (artº 61 de la Constitución), la de que, en Rumania, el control preventivo de la Ley, y con más razón aún de los Reglamentos parlamentarios, no es preceptivo, sino tan sólo potestativo o facultativo. Todo ello al margen ya de que en Rumania, a diferencia de Francia, cabe el control de la aplicación de la ley, vía excepción o cuestión de inconstitucionalidad.

¹²³ FROMONT, Michel. *La justice constitutionnelle...*, op. cit., pág.70.

¹²⁴ MURARU, Ioan y CONSTANTINESCU, Mihai. *La juridiction constitutionnelle en Roumanie*, op. cit., pág. 19. ASIMISMO, BUCUR VASILESCU, Florin. “La Justice Constitutionnelle en Roumanie”, en VERDUSSEN, Marc (dir.), *La Justice Constitutionnelle en Europe*, op. cit., págs. 121 y sigs.; en particular, pág. 143.

En las Repúblicas Checa y Eslovaca, por el contrario, sólo tiene cabida el control sucesivo o *a posteriori*. Así, en la República Checa, refiriéndose al control de los tratados internacionales, Klíma¹²⁵ señala que debe presuponerse que en el momento previo a la ratificación, es el Parlamento quien examina las eventuales contradicciones entre el tratado y las leyes constitucionales. En cualquier caso, si una contradicción surgiera con posterioridad, habría de ser resuelta por el Tribunal, a modo de cuestión previa, conforme a las previsiones del Código procesal civil.

En Polonia y Hungría, coexisten el control preventivo y el sucesivo. En el primer país, desde la reforma constitucional de 1989, al Presidente de la República le cabe la facultad, antes de sancionar una ley, de requerir al Tribunal Constitucional que examine su constitucionalidad. Asimismo, vetada una ley aprobada por la Dieta por el Presidente, y rechazado tal veto presidencial por una mayoría de dos tercios de los votos de la Dieta, el conflicto entre Legislativo y Ejecutivo es resuelto por el Tribunal Constitucional. La Constitución polaca de 1997 ha mantenido el control preventivo de las leyes a iniciativa exclusiva del Presidente de la República, respecto de las leyes aprobadas por el Parlamento antes de su sanción y respecto de los tratados internacionales que el propio Presidente haya de ratificar. Con todo, como advierte Garlicki¹²⁶, el sistema polaco otorga una primacía indiscutible al control *a posteriori*, mientras que el control preventivo tiene un carácter excepcional.

También en Hungría cabe un control previo, a tenor del art 1º, a/de la Ley núm. XXXII, de 1989, sobre el Tribunal Constitucional¹²⁷, sobre ciertas disposiciones de un proyecto de ley, de una ley aprobada pero aún no promulgada, del Reglamento de la Asamblea Nacional y de las disposiciones de las convenciones internacionales. Bien es verdad que ese control *a priori* coexiste con un control sucesivo, abierto a todos y que, por lo mismo, presenta el carácter de una *actio popularis*, circunstancia que no deja de suscitar amplias controversias¹²⁸, control cuya amplitud se acrecienta más aun si se advierte que el Tribunal controla la inconstitucionalidad tanto por acción como por omisión¹²⁹.

En otros países, como es el caso de Bulgaria y Rusia, el control preventivo se circunscribe a un específico tipo de normas: los tratados internacionales.

¹²⁵ KLÍMA, Karel. "La Justice Constitutionnelle en République Tchèque", en VERDUSSEN, Marc (dir.). *La Justice Constitutionnelle...*, op. cit., págs. 193 y sigs.; en concreto, pág. 214.

¹²⁶ GARLICKI, Leszek. *La réforme de la juridiction constitutionnelle en Pologne*, op. cit., pág. 15.

¹²⁷ Texto de la Ley núm. XXXII, del Tribunal Constitucional húngaro, puede verse en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, VI, 1990. Págs. 867 y sigs.

¹²⁸ TRÓCSÁNYI, László. "La Justice Constitutionnelle en Hongrie", en VERDUSSEN, Marc (dir.). *La Justice Constitutionnelle en Europe Centrale*, op. cit., págs. 53 y sigs.; en concreto, págs. 79-80.

¹²⁹ TRÓCSÁNYI, László. "La Justice Constitutionnelle en Hongrie", op. cit., págs. 70-71.

En este amplio conjunto de países europeo-orientales ha tenido una notable recepción el *Verfassungsbeschwerde* alemán, esto es, el recurso de queja constitucional o amparo español, por violación de derechos constitucionales, acogido, bien que con notables restricciones, en Polonia por la Constitución de 1997, que legitima a cualquier persona cuyas libertades y derechos constitucionales hubieren sido violados por una decisión firme de un tribunal o de un órgano de la Administración pública, lo que, entre otros rasgos a destacar, significa que todos los derechos constitucionales (también los de naturaleza socio-económica) pueden ser protegidos por esta vía constitucional. Conviene, sin embargo, significar que la “queja constitucional” en Polonia sólo puede dirigirse contra un acto normativo (por ejemplo, una disposición legal), no pudiendo a través de ella impugnarse directamente la constitucionalidad de las resoluciones individuales. Dicho de otro modo, la queja sólo puede tener por objeto la contradicción de la norma jurídica en la que se ha fundamentado una determinada resolución individual (por ejemplo, una sentencia judicial) con los derechos del recurrente en queja, no posibilitando, por el contrario, la impugnación de la propia resolución por entender, por ejemplo, que el juez ha realizado una interpretación contraria a la Constitución de la norma que ha servido de fundamento a su decisión. De esta forma, las sentencias sobre las quejas constitucionales revisten siempre la forma de un control normativo.

También en la República Checa se admite este instituto procesal de garantía de los derechos. Klíma¹³⁰ recuerda que en la República Checa caben dos tipos de quejas constitucionales: las que pueden plantear las personas físicas o jurídicas contra toda decisión o intervención de un órgano del Estado que viole derechos y libertades fundamentales constitucionalmente garantizados, y aquellas otras que susciten los órganos dotados de autonomía territorial contra las intervenciones ilegales del Estado; en concreto, el Consejo Municipal de un Municipio puede plantear este recurso de queja por violación de la autonomía municipal, bien que dicho recurso esté asimismo al alcance de algún otro órgano de una unidad territorial autónoma superior a la del Municipio.

En la República Eslovaca, la demanda constitucional se puede plantear contra cualquier decisión de un órgano de la administración del Estado, central o local, o de un órgano de la administración territorial autónoma, que atente contra los derechos y libertades de los ciudadanos, en el bien entendido de que la naturaleza de este recurso es subsidiaria. En Hungría, cualquier persona tiene derecho a dirigir una queja constitucional al Tribunal Constitucional por violación de sus derechos, bien que, como pusiera de relieve hace unos años Trócsányi¹³¹, las quejas constitucionales no representaban en Hungría (en el año 1997) más que el 2 por 100 del total de los recursos ante el Tribunal Constitucional.

¹³⁰ KLÍMA, Karel. “La Justice Constitutionnelle en République Tchèque”, op. cit., pág. 218.

¹³¹ TRÓCSÁNYI, László. “La Justice Constitutionnelle en Hongrie”, op. cit., pág. 69.

Finalmente, en Rusia, aun previéndose un recurso individual o colectivo directo ante el Tribunal Constitucional, tal recurso se manifiesta más bien como una suerte de excepción de inconstitucionalidad que el individuo o el colectivo de ciudadanos puede plantear en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional pendiente a fin de que pueda plantearse directamente por el juez una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional¹³².

En definitiva, en este conjunto de países, como regla general, también los procedimientos de protección de derechos constitucionales posibilitan un control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de la ley, que se adiciona al propiciado por la cuestión de inconstitucionalidad.

6.4. América Latina nos ofrece un verdadero laboratorio en lo que a la búsqueda de fórmulas peculiares de justicia constitucional se refiere, laboratorio que ha venido funcionando y gestando tales mecanismos e institutos procesales constitucionales a lo largo de un dilatadísimo proceso histórico¹³³. En cualquier caso, y por lo que ahora interesa, esas fórmulas e institutos no hacen sino confirmar la mixtura e hibridación a que venimos refiriéndonos.

En Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia y Ecuador, por poner algunos concretos ejemplos, coexisten el control concentrado en un Tribunal Constitucional con el control difuso, en cuanto que cualquier órgano jurisdiccional puede directamente inaplicar la norma legal que a su juicio sea incompatible con la Constitución.

Valga como ejemplo de estas previsiones el artº 274 de la Constitución ecuatoriana de 1998, a cuyo tenor, cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. También se puede recordar el artº 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, aprobada por Decreto núm. 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, que, con enorme amplitud, dispone que “en casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación, hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley a efecto de que se declare su inaplicabilidad”, debiendo el tribunal pronunciarse al respecto¹³⁴.

¹³² MAZZA, Mauro. *La Giustizia Costituzionale in Europa Orientale*, op. cit., págs. 200-201.

¹³³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la Independencia hasta 1979”, en Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, 2001. Págs. 3-55.

¹³⁴ CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: *Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad*, Guatemala, 2002. Págs. 209-210. En diversos fallos, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, ha interpretado que la

Las normas constitucionales recurren a distintas técnicas de articulación entre esos fallos de los órganos jurisdiccionales ordinarios, con efectos en el caso concreto, y la condición que al Tribunal Constitucional, allí donde existe, ha de corresponder, que no ha de ser otra que la de intérprete supremo de la Constitución. Así, en el caso de la norma ecuatoriana antes citada, su último párrafo dispone que la declaración del juez o tribunal ordinario no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie, para añadir de inmediato que el juez, tribunal o sala habrá de presentar un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio. A su vez, el artº 272, d/ de la Constitución de Guatemala de 1985, atribuye a la Corte de Constitucionalidad la función de conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados (y ya antes señalados) por la Ley de la materia.

Aunque la regla general en Latinoamérica es la del control sucesivo, tal pauta quiebra en relación a algunas normas concretas, como es el caso de los tratados internacionales, que en Bolivia, por ejemplo, en su caso, han de ser objeto de un control previo a su ratificación¹³⁵, esto es, antes de la prestación del consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente, si bien no faltan excepciones a esta regla, cual acontece en el Perú, donde el control de constitucionalidad de los tratados es posterior a su ratificación por el Presidente de la República (a tenor del artº 26 de la Ley núm. 26435, de 10 de enero de 1995, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el plazo para presentar una acción de inconstitucionalidad frente a un tratado es de seis meses a partir de su publicación, frente a los seis años que es el plazo general para accionar por esta vía).

Pero la generalidad de la regla del control sucesivo, en algunos países, Chile y Colombia principalmente, quiebra aún de modo más amplio.

En Chile, por influencia francesa, el Tribunal Constitucional, básicamente, ejerce un control preventivo, que incluso en el caso de las Leyes interpretativas de la Constitución y de las Leyes orgánicas constitucionales, es preceptivo, siendo facultativo tal control previo respecto de los tratados internacionales y de las Leyes ordinarias. Pero la intervención del Tribunal Constitucional no

acción que autoriza el artº 116 de la Ley requiere: a) que la ley que se impugne total o parcialmente, sea aplicable al caso que el tribunal deba decidir; b) que el fallo a dictarse dependa de la validez o falta de validez de la ley o norma cuestionada, la cual debe ser ley vigente, y c) que el razonamiento suficiente de relación entre la ley o norma atacada y el eventual fallo, evidencie que su aplicación puede transgredir la disposición constitucional que el interesado señala, debiendo ser, por ello, inaplicable (Sentencia de la Corte de 3 de enero de 2001).

¹³⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia (La Ley núm. 1836, de 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional)*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 40. México: UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2002. Págs. 84-85.

agota en Chile el control de constitucionalidad. Por el contrario, su control preventivo de la ley se complementa con un control sucesivo, con ocasión de la aplicación de la ley, concentrado a su vez en la Corte Suprema de Justicia, que, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca directamente o cuyo conocimiento le fuere sometido a través del llamado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puede declarar inaplicable, con efectos en el caso concreto, todo precepto legal que considere contrario a la Constitución. Este doble sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad, concentrado en el Tribunal Constitucional en lo que a la ley se refiere, y siempre con carácter preventivo, facultativo o preceptivo según el tipo de ley de que se trate, y concentrado de igual forma en la Corte Suprema con ocasión de la aplicación de la ley, ha planteado, como afirma Nogueira¹³⁶, numerosos problemas, en la medida que ambos órganos son autónomos respecto del otro, no habiéndose establecido una eficaz articulación entre ellos, lo que ha propiciado que, con frecuencia, establezcan dos parámetros o criterios diferentes para la interpretación de la Constitución, generando una dispersión y anarquización del control de constitucionalidad.

También en Colombia se establece un control preventivo obligatorio respecto de las llamadas Leyes estatutarias (entre otras, las relativas a los derechos y deberes fundamentales, a la administración de justicia, a los partidos políticos...). Cabe asimismo un control preventivo facultativo, pues la Corte Constitucional conoce de la constitucionalidad de los proyectos de ley que sean objeto de una objeción de inconstitucionalidad presentada por el Presidente de la República. Bien es verdad que en Colombia, a diferencia de Chile, el Tribunal Constitucional es también competente para llevar a cabo un control sucesivo de las leyes que puede ser instado, por intermedio de la muy conocida acción popular de inconstitucionalidad, cuyo origen se remonta a mediados del siglo XIX, por cualquier persona física, aunque, según jurisprudencia de la propia Corte, no jurídica.

Los mecanismos de control de constitucionalidad a que acabamos de aludir coexisten, como es bien conocido, con la acción de amparo, tutela o protección —que con todas estas denominaciones, según los países, se la conoce—, de la que, por lo general, pueden conocer la totalidad de los órganos jurisdiccionales, cabiendo, allí donde existe un Tribunal Constitucional, una intervención final de éste. Así, por ejemplo, el artº 202.2 de la Constitución del Perú de 1993 encomienda al Tribunal Constitucional el conocimiento, en última y definitiva instancia, de las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo y, entre otras, hábeas data. A su vez, en desarrollo de tal previsión, el artº 41 de la Ley núm. 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, establece

¹³⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El Tribunal Constitucional chileno", en el colectivo, *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*, Lecturas Constitucionales Andinas, núm. 4. Lima: Comisión Andina de Juristas/Konrad Adenauer Stiftung, 1995. Págs. 111 y sigs.; en concreto, pág. 141.

que el Tribunal Constitucional conoce el recurso extraordinario que se interponga, en última y definitiva instancia, contra las resoluciones de la Corte Suprema o de la instancia que la ley establezca, denegatorias de las acciones antes mencionadas, pudiendo interponer este recurso el demandante, el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo. En Bolivia, el Tribunal Constitucional procede a la revisión de oficio de las sentencias pronunciadas por los órganos jurisdiccionales ordinarios en los recursos de hábeas corpus y de amparo. En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad conoce en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquier tribunal de justicia; asimismo, la propia Corte conoce en única instancia, en calidad de “Tribunal extraordinario de amparo” (artº 272, b/ de la Constitución), de las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y el Vicepresidente de la República. Todo ello presupone una nueva intervención de los Tribunales Constitucionales de control del respeto a los derechos constitucionales con ocasión de la aplicación de la ley, a lo que nada obstan los efectos *inter partes* de estas sentencias.

En algunos países, el amparo fue concebido como una vía procesal encaminada a la reparación del derecho violado, pero no para la verificación de una inconstitucionalidad, concepción ésta que ha ido evolucionado, de lo que ilustra perfectamente el caso argentino. En efecto, la acción de amparo fue concebida en Argentina, como un proceso sumario por medio del cual se podía impugnar un acto lesivo que con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas infringiera un derecho subjetivo constitucionalmente reconocido. Una reiterada doctrina jurisprudencial entendió que el amparo era una vía exclusivamente dirigida a la reparación del derecho violado. La doctrina quebró en los *Casos Outón* (1966) y *Mate Laranjeira Mendes*, al rechazar la Corte Suprema de la Nación el carácter absoluto del postulado de que en un juicio de amparo es siempre improcedente abordar la cuestión constitucional. A juicio de Vanossi¹³⁷, esta doctrina suponía la creación pretoriana por la Corte Suprema de una acción directa de inconstitucionalidad en el orden nacional, algo, evidentemente, bien alejado del modelo de partida, el de la *judicial review of Legislation*, plenamente recepcionado en la Argentina.

La Corte Suprema argentina, ciertamente, volvió a cambiar el sentido de su jurisprudencia en este punto en 1973, retornando a la doctrina establecida en el *Caso Outón* en 1985. La reforma constitucional de agosto de 1994 puso fin a estos cambios jurisprudenciales un tanto arbitrarios, disipando cualquier duda al respecto al habilitar el apartado primero del artº 43 de la Constitución nacional reformada al Juez que conozca del amparo para la declaratoria de la inconstitucionalidad de la norma en la que se funde o sustente el acto u omisión lesiva, lo

¹³⁷ VANOSI, Jorge Reinaldo A. y UBERTONE, Pedro Fermín. “Instituciones de defensa de la Constitución en Argentina”, en el colectivo, *La Constitución y su defensa*. México: UNAM, 1984. Págs. 87 y sigs. ; en concreto, pág. 191.

que, a juicio de Hitters¹³⁸, ha significado la puesta en marcha, a través del amparo, de una acción de inconstitucionalidad en una causa concreta, opinión sustancialmente coincidente con la precedente.

Distinta ha sido la concepción del juicio de amparo en México, en donde, como subrayara Burgoa¹³⁹, el juicio de amparo, como corroboran sus antecedentes históricos, se ha revelado como un medio jurídico de salvaguarda de la constitucionalidad, declarándose procedente, ya en la primera Constitución que lo contempló (la Constitución del Estado de Yucatán de 1841), contra cualquier acto del Gobernador o Ley de la Legislatura del Estado que, en agravio del gobernado, violase la Constitución en cualquiera de sus preceptos, no sólo aquéllos en que se consagraban las garantías individuales. A partir de este precedente se puede entender que a nivel federal se haya admitido el amparo contra leyes, bien que se requiera que tales leyes sean autoaplicativas, hallándose legitimadas para interponer una acción de amparo aquellas personas que, en el momento de la promulgación de la ley, queden automáticamente comprendidas dentro de la hipótesis de su aplicación, disponiendo de un plazo de treinta días, a partir del siguiente a la entrada en vigor de la ley, para su impugnación. Se puede comprender por todo ello, como de nuevo dice Burgoa¹⁴⁰, que el control de la Constitución y la protección del gobernado frente al poder público, sean los dos objetivos lógica y jurídicamente inseparables que integran en México la teleología, esencial del juicio de amparo.

6.5. La mixtura e hibridación que venimos mostrando también se encuentra en aquellos países que han optado por la fórmula de la *judicial review* norteamericana.

Así, en Irlanda, aunque la Constitución de 1937 continua la tradición angloamericana de la *judicial review*, lo cierto es que, a tenor de su artº 34.3, punto segundo, sólo el Alto Tribunal (*High Court*), el más elevado órgano jurisdiccional de primera instancia, dispone de jurisdicción para decidir la validez de cualquier ley en relación a los preceptos de la Constitución, no pudiendo ser planteada ninguna cuestión de tal naturaleza ante cualquier otro tribunal, con la única salvedad del Tribunal Supremo. Es decir, el carácter "difuso" del control queda circunscrito tan sólo a dos órganos jurisdiccionales.

En Brasil, donde desde la Constitución de 1891, como ya se dijo, se impuso el modelo americano, la justicia constitucional ha evolucionado hacia lo que Afonso da Silva¹⁴¹ llama un sistema mixto de control difuso y concentrado, con

¹³⁸ HITTERS, Juan Carlos. «La Jurisdicción Constitucional en Argentina», en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson (y otras Editoriales), 1997. Págs. 283 y sigs.; en concreto, pág. 301.

¹³⁹ BURGOA, Ignacio. *El juicio de amparo*, 20ª ed. México: Editorial Porrúa, 1983. Pág. 145.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pág. 148.

¹⁴¹ AFONSO DA SILVA, José. "O controle de constitucionalidade das leis no Brasil", en GARCÍA

clara tendencia a la ampliación de este último desde la Constitución de 1988. Y así, mientras cualquier juez o tribunal puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, siendo de la competencia del Supremo Tribunal Federal conocer de tal causa mediante recurso extraordinario, a este mismo órgano jurisdiccional supremo compete conocer de la acción directa de inconstitucionalidad (*ação direta de inconstitucionalidade*) de una ley o acto normativo federal o estatal (artº 102.I, a/ de la Constitución), lo que presupone, de modo inequívoco, un control concentrado que se sobrepone al control difuso.

Argentina es quizá el país que más fielmente ha seguido el modelo de la *judicial review*, pudiendo declarar cualquier juez la inconstitucionalidad de cualquier norma de acuerdo con las respectivas reglas atributivas de la competencia jurisdiccional. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por intermedio especialmente del recurso extraordinario, ha asumido un destacadísimo rol que la ha llevado a autodefinirse como “intérprete final de la Constitución”. No en vano el recurso extraordinario es la vía de acceso a la Corte Suprema más frecuente y de mayor relevancia, presentándonos, según Morello¹⁴², como el mecanismo más eficaz, en el orden nacional, del control judicial de constitucionalidad.

Recordemos que la *judicial review* norteamericana se vincula íntimamente con el concepto sobre el que se apoya el sistema judicial, que es el de litigio (*litigation*), que se suscita cuando un caso o controversia es planteado ante un tribunal competente, por lo que, como afirma Abraham¹⁴³, “the solution of an issue in the judicial process depends on the decision handed down by the tribunal having jurisdiction. Consequently, neither the U.S. Supreme Court nor any of the lower constitutional courts can decide an issue unless it is before that court”. A partir de esta idea rectora del proceso judicial y, por ende, de la *judicial review*, el contraste con los tres países a los que acabamos de referirnos, que han seguido más o menos fielmente el modelo norteamericano resulta patente.

Pero aún hay más. La ajenidad del principio del *stare decisis* al espíritu de los sistemas jurídicos romanistas, aun cuando en ellos se reconozca una importancia de primer grado a la jurisprudencia en tanto fuente informal del Derecho (*auctoritas rerum similiter judicatarum*), no ha dejado de tener trascendencia. Así, en los países de *civil-law* que han hecho suyo el modelo norteamericano, aunque en algunos casos se ha admitido la fuerza obligatoria de ciertos precedentes, ello ha venido siendo una regla excepcional de no muy gran alcance, tal y como, por ejemplo, acontece en algunos países de América

BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO (coords.). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, op. cit., págs. 387 y sigs.; en concreto, pág. 394.

¹⁴² MORELLO, Augusto M. “El recurso extraordinario”, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. Pág. 67.

¹⁴³ ABRAHAM, Henry J. *The Judicial Process*, 7ª ed. New York: Oxford University Press, 1998. Pág. 258.

Latina. No debe extrañar, por ello mismo, que la falta de certeza a que, en ocasiones, conduce el propio sistema trate de ser suplida mediante el recurso a ciertos mecanismos procesales, como ha sido el caso de Argentina en relación con la acción declarativa de inconstitucionalidad, una de las piezas más polifacéticas del Derecho procesal constitucional, como reconoce Sagüés¹⁴⁴, lo que viene a entrañar una nueva e importante divergencia frente al modelo norteamericano, del que durante mucho tiempo la Argentina fue considerada como su más fiel seguidora.

6.6. Este repaso de Derecho comparado, que en modo alguno ha pretendido ser exhaustivo como es obvio, creemos que es, sin embargo, suficiente para mostrarnos con alguna claridad las enormes dificultades, si es que no, lisa y llanamente, la absoluta imposibilidad, de reconducir los muy heterogéneos y plurales sistemas de justicia constitucional de nuestro tiempo a una clasificación tradicionalmente sustentada en una única o principal variable, de la que dimanan algunas otras, como es la que tradicionalmente ha venido diferenciando el sistema de la *judicial review of Legislation* del sistema kelseniano (que se tilda, con enormes pretensiones de generalidad, que la realidad no avala, de “europeo”) de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

7. A LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA DE LAS VARIABLES CONFORMADORAS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

7.1. De cuanto llevamos expuesto se desprende, a nuestro juicio sin gran dificultad, la inexcusabilidad de abandonar la tradicional contraposición paradigmática que desde decenios atrás se ha venido utilizando para el estudio comparado de los distintos sistemas de justicia constitucional.

Algunos sectores doctrinales, todavía minoritarios, han venido insistiendo, con muy diversos matices y posiciones, en una dirección análoga. Nos limitaremos ahora a recordar algunos de esos posicionamientos, sin entrar en mayores detalles.

Baldassarre¹⁴⁵ ha diferenciado dos grandes modelos de justicia constitucional: *giurisdizione dei diritti fondamentali* y *giustizia politica*. Mientras este último encontraría su núcleo central en una función de moderación, en sintonía con la cual al Tribunal Constitucional correspondería la tutela de los principios de la forma de gobierno, el primer modelo encontraría su última *ratio* en la nueva concepción constitucional de los derechos, que se nos presentan no sólo

¹⁴⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro. En el Prólogo a la obra de TORICELLI, Maximiliano. *El sistema de control constitucional argentino. La acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de tutela*. Buenos Aires: LexisNexis, Depalma, 2002. Pág. 9.

¹⁴⁵ BALDASSARRE, Antonio. Parlamento e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato, op. cit., págs. 11 y sigs.

como límites respecto de los poderes públicos, sino también como elementos positivos de orientación, integración y dirección, que operan como parámetros de legitimidad del ejercicio de los poderes públicos, particularmente de la función legislativa.

Pizzorusso¹⁴⁶, a su vez, contraponen los sistemas concretos a los sistemas abstractos, binomio que a su juicio encuentra hoy un mayor relieve que el más tradicional entre el sistema americano y los sistemas europeos.

No muy lejos de la precedente dicotomía, precisándola algo más, Rubio Llorente¹⁴⁷ separa el modelo centrado en la ley de aquellos otros modelos de justicia constitucional centrados en la defensa de los derechos.

También Fromont¹⁴⁸ propone una nueva clasificación que se asienta tanto en el procedimiento a cuyo través se apela al juez constitucional como en la naturaleza de la decisión que ha de adoptar. Y así, diferencia el procedimiento constitucional que responde a una lógica subjetiva y concreta (la sentencia constitucional pone fin a la demanda de una persona titular de derechos subjetivos, versando sobre la situación concreta de esa persona) de aquel otro que responde a una lógica objetiva y abstracta (la sentencia constitucional zanja una cuestión planteada por un actor de la vida política relativa a conflictos entre normas u órganos del Estado). Sin embargo, Fromont termina reconociendo que numerosos Estados combinan los dos tipos de procedimientos de justicia constitucional, combinación que se hace en proporciones muy variables según los casos.

7.2. Por nuestra parte, no pretendemos establecer una nueva clasificación a la que hayan de reconducirse los diferentes modelos de justicia constitucional, sino, con una finalidad de mayor alcance analítico, diferenciar un muy plural conjunto de variables, asentadas en la mayoría de los casos, aunque no en todos, en binomios dicotómicos, y sujetas a una cierta articulación, con las que ofrecer pautas explicativas de las muy distintas modalidades del control de la constitucionalidad, modalidades que, por lo general y como ya se ha podido constatar, se presentan entremezcladas en los muy heterogéneos sistemas de justicia constitucional que la realidad nos ofrece.

Anticipemos que no se trata, ni mucho menos, de una construcción acabada, sino de un primer esbozo que ha de seguir desarrollándose. Precisemos de igual forma que no pretendemos ahora desarrollar de modo casuístico el plural conjunto de variables articuladas que a continuación exponemos.

7.3. Hemos de partir, como núcleo central de esta vertebración o, si así se prefiere, como elemento de articulación del conjunto, de la contraposición que

¹⁴⁶ PIZZORUSSO, Alessandro. *I sistemi...*, op. cit., págs. 527-529.

¹⁴⁷ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *Tendencias actuales...*, op. cit., págs. 1416 y sigs.

¹⁴⁸ FROMONT, Michel. *La justice constitutionnelle dans le monde*, op. cit., págs. 42-44.

hoy nos parece de mayor relevancia: la que atiende a si el control de constitucionalidad es un control de la ley, al margen ya de su aplicación, o por el contrario, se trata de un control con ocasión de la aplicación de la ley. En el primer caso, el control constitucional se lleva a cabo en ausencia no sólo de un litigio judicial previo, sino, más ampliamente, de todo conflicto de intereses subjetivos. En el segundo caso, el control podrá desencadenarse a raíz de una *litis* que enfrente intereses subjetivos contrapuestos, pero no siempre sucederá así; pensemos, por ejemplo, en el control que puede desencadenar un conflicto de competencias que oponga al Estado y a un ente territorial descentralizado en un Estado compuesto, que lógicamente surge con ocasión de la aplicación de una norma legal.

Esta diferenciación, que no ha de dejar de tener consecuencias, de mayor o menor relevancia, en el enjuiciamiento, como por lo demás creemos se ha puesto ya de relieve en un momento precedente, aunque con reminiscencias evidentes de la contraposición bipolar “control abstracto / control concreto”, nos parece más pertinente siquiera sea porque, a nuestro juicio, quizá por su mayor abstracción, permite un más nítido encasillamiento del control que posibilita la cuestión de inconstitucionalidad, que no cabiendo duda alguna de que se trata de un control con ocasión de la aplicación de la ley, suscita, por el contrario, alguna mayor complejidad cuando se trata de reconducir al binomio “control abstracto / control concreto”, pues, como ya tuvimos oportunidad de exponer, en la cuestión, la concreción proviene del planteamiento, pero convive con la abstracción del enjuiciamiento.

A partir de aquí, en la primera modalidad de control (*control de la ley*), habría que atender a dos variables cada una de las cuales nos ha de conducir, a su vez, a una diferenciación binómica:

- A) De un lado, el momento de verificación del control, que nos conducirá a diferenciar entre un control *a priori*, previo o preventivo, y otro *a posteriori*, sucesivo o represivo, según que el control se lleve a cabo antes o después de la promulgación de la ley.
Dentro, a su vez, del control sucesivo, quizá tenga cierto interés establecer una nueva diferenciación según que el control se halle delimitado temporalmente o no exista, por contra, límite temporal para su verificación.
- B) De otro lado, la naturaleza del interés constitucional que se trata de salvaguardar por intermedio del control nos conduce a diferenciar entre un control objetivo, o en interés del orden constitucional general, y un control competencial, que en el marco de un Estado compuesto pretende salvaguardar el orden constitucional de competencias establecido en relación con los distintos entes territoriales.

En la segunda modalidad de control, esto es, en el *control de constitucionalidad que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley*, sería preciso, a su vez, atender a tres diversas variables:

- A) La primera de ellas atendería al hecho de que la competencia se atribuya a una pluralidad de órganos o a un órgano único, diferenciando de esta forma un control difuso, en el que cualquier juez o tribunal puede efectuar el control constitucional de una norma que ha de aplicar en un caso litigioso del que está conociendo, y un control concentrado, en el que ese control corresponde a un órgano único, sea un Tribunal Constitucional, sea, como sucede en Uruguay o Panamá (y también en Chile, bien que con la particularidad en un momento precedente expuesta), el Tribunal Supremo.
- B) La segunda variable atiende a la instancia desencadenante del control, pudiéndose diferenciar aquí cuatro modalidades:
- a') El control instado por un órgano jurisdiccional, como es el caso característico, bien frecuente en Europa como ya se vio, de la cuestión de inconstitucionalidad.
- b') El control que insta una persona lesionada en sus derechos o intereses legítimos. Contra lo que pudiera pensarse, esta modalidad de control no se agota en el procedimiento de amparo o queja constitucional; por el contrario, al margen del recurso de amparo, en ocasiones, un individuo puede desencadenar un control de constitucionalidad de una ley que, aun no siendo objeto de un acto de aplicación específico, por su carácter autoaplicativo, afecta la esfera de intereses legítimos del individuo en cuestión. Esta afectación justificaría que esta modalidad de control se ubique dentro del control de constitucionalidad que se realiza con ocasión de la aplicación de la ley, aunque no exista acto expreso de aplicación. Por poner algún ejemplo específico, pensemos en el artº 140.1, *in fine*, de la Constitución austríaca, que habilita a toda persona para presentar ante el Tribunal Constitucional un recurso individual sobre la inconstitucionalidad de una ley, cuando hubiere sido directamente lesionada en sus derechos por tal inconstitucionalidad, siempre que tal lesión se produjere de modo actual e inmediato, sin mediar la previa adopción de una resolución judicial o administrativa. En Uruguay, todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo puede instar de la Corte Suprema, por vía de acción, la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto legislativo formal.

Diferente sería, desde luego, el caso de Colombia, pues la acción popular de inconstitucionalidad no tendría encaje aquí, sino en la modalidad del control de constitucionalidad de la ley, a modo de un control objetivo o en interés del orden constitucional general, dado que, en Colombia, la muy conocida y sexquicentenaria acción popular de inconstitucionalidad, se halla desligada de la afectación de la ley que se impugna a los derechos o intereses de una persona, vinculándose expresamente, como afirma Cifuentes¹⁴⁹, con el dere-

¹⁴⁹ CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. "La Jurisdicción Constitucional en Colombia", en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coords.). *La Jurisdicción Constitucional...*, op. cit., págs. 469 y sigs.; en concreto, pág. 475.

cho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

c') El control instado por los propios órganos constitucionales del Estado, encaminado a la reivindicación de una atribución que, entendiéndola propia, consideren que ha sido indebidamente asumida por otro órgano estatal.

d') Finalmente, el control desencadenado por los entes territoriales, por lo general de un Estado compuesto, dirigido a reivindicar la titularidad de una competencia indebidamente asumida por otro ente territorial.

- C) La última de las variables a las que se ha de atender es la relativa a la eficacia de las sentencias, particularmente de las sentencias estimatorias, habiéndose de distinguir aquí según las sentencias tengan efectos en el caso concreto (*inter partes*) o proyecten sus efectos con carácter general (*erga omnes*).

Podría pensarse que esta última dicotomía es innecesaria en cuanto que quedaría subsumida en la distinción fijada en atención a la pluralidad o unicidad de órganos competentes para realizar el control, en forma tal que en el control difuso los efectos serían *inter partes* y en el control concentrado, *erga omnes*. Esta regla, que desde luego tiende a la generalidad, quiebra sin embargo en algunos casos, haciendo por ello mismo conveniente esta categorización. Así, por poner algunos ejemplos específicos, el control concentrado en manos de la Corte Suprema uruguaya no se traduce en que las sentencias de la misma tengan efectos generales, circunscribiéndose tales efectos al caso concreto. Otro tanto podría afirmarse respecto de la Corte Suprema de Justicia paraguaya (cuya Sala Constitucional conoce tanto de la inconstitucionalidad de las leyes como de la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias). Y lo mismo, finalmente —bien que sin pretensión de exhaustividad—, habría que decir de los efectos de las sentencias de la Corte Suprema chilena dictadas con ocasión de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Estos ejemplos revelan cómo no siempre va unida la concentración del control en un solo órgano y la generalidad de los efectos de sus sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad.

7.4. Hemos de terminar. Y lo hemos de hacer significando que con la categorización expuesta no se pretende en modo alguno agotar la casi inabarcable riqueza y heterogeneidad de los sistemas de control de constitucionalidad de nuestro tiempo, en los que, desde luego, a modo de pauta general, sí se puede apreciar un progresivo deslizamiento del control de constitucionalidad de la ley al control con ocasión de la aplicación de las leyes, rasgo tendencial que a su vez se conecta íntimamente con el cada vez mayor protagonismo de una jurisdicción constitucional de la libertad, en perfecta coherencia con el lugar realmente de privilegio, con la centralidad, que los derechos y libertades ocupan en los códigos constitucionales de nuestro tiempo.

THE SPANISH CONSTITUTION IN THE EUROPEAN CONSTITUTIONAL CONTEXT

