

LA OBSOLESCENCIA DE LA BIPOLARIDAD “MODELO AMERICANO-MODELO EUROPEO KELSENIANO” COMO CRITERIO ANALÍTICO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA

Francisco Fernández Segado

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO*

1. *Introducción.*
2. *La última “ratio” de la bipolaridad: la concepción del “legislador negativo” y la reafirmación Kelseniana del principio de sujeción de los jueces a la ley.*
3. *La obsolescencia de la clásica polaridad “sistema americano” versus “sistema europeo-kelseniano”:*
 - A) *La inicial bipolaridad de los dos sistemas y sus vías de relativización.*
 - B) *La absoluta superación de la contraposición bipolar.*
4. *La quiebra frontal de la concepción kelseniana del “legislador negativo”.*
5. *La mixtura e hibridación de los actuales sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad.*
6. *A la búsqueda de una nueva tipología explicativa de las variables conformadoras del control de la constitucionalidad.*

(*) Discurso de recepción como Académico Correspondiente en España. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). 24 septiembre 2002.

1. Introducción

Uno de los fenómenos más llamativos 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, e incluso, en ella encontramos, lejanamente, algunos intentos de institucionalización en esta misma dirección. Tal sería el caso de los Eforos aspartenos o del Areópago y los Nomofilacos en la antigua Atenas, en donde también surgió la diferenciación entre las normas superiores (Nomoi) y los decretos ordinarios (Psefismata). Roma no sería ajena a esta preocupación, de lo que constituye buena prueba la existencia de instituciones tales como la doble magistratura, el Senado o el Tribunado en la época republicana. En la Edad Media nos encontramos con la superioridad de la ley divina y del derecho natural sobre el derecho positivo. Y la gran escuela iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que va de Hugo Grocio a Jacques Rousseau, sustentaría la existencia de derechos innatos, inmanentes al ser humano, intangibles e irrenunciables, la existencia, en definitiva, de límites frente al *ius cogens*, proveniente del mismo legislador¹.

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 de la atribución a los jueces de la tarea de garantizar la supremacía del *common law*² frente a los posibles arbitrios del Rey y del Parlamento, será plenamente recepcionada en las Colonias, primero, y en el nuevo Estado independiente, más tarde. Y si los

1. Cfr. al efecto, Mauro Cappelletti: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1978 (ristampa inalterata), págs. 34-41.

2. El *common law*, cuya formación se inicia con la conquista de Inglaterra por los normandos en 1066 (*Comune Ley* en normando) vendrá a ser el derecho común a toda Inglaterra establecido por los conquistadores normandos, frente a las costumbres locales, y cuya elaboración se hallará a cargo de los tribunales reales, conocidos a partir del siglo XIII por el nombre de su sede, Tribunales de Westminster. Cfr. al efecto, René David: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Editorial Aguilar, Madrid, 1969, págs. 244-245.

jueces, en un primer momento, se habían encargado de velar por las Cartas coloniales, una suerte de normas constitucionales de las Colonias, aprobada la Constitución de 1787, a la que, como es sobradamente conocido, se dota de una cláusula de supremacía, no deberá extrañar que esos mismos jueces se encarguen ahora de velar por la primacía de la Constitución, que es tanto como velar por la salvaguarda de la libertad y de un conjunto de valores sobre los que se asentará la convivencia social y, por lo mismo, el gobierno de la colectividad, un “gobierno limitado” por la Constitución, un “*constitutional government*”, como la definió Wilson a principios del siglo XX³.

A la vista de lo expuesto, bien puede decirse que la idea de la justicia constitucional parece ser hija de la cultura del constitucionalista, 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 bien señala 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 con Fix-Zamudio⁵ 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 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 ha tenido, y sigue teniendo, en nuestra época 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 dictatoriales⁶.

3. Woodrow Wilson: *Constitutional Government in the United States*, 1908.

4. Antonio Baldassarre: “Parlamento e Giustizia Costituzionale nel Diritto comparato”, texto mecanografiado, págs. 3-4.

5. Héctor Fix-Zamudio: “La Constitución y su defensa” (Ponencia general), en el colectivo, *La Constitución y su defensa*, UNAM, México, 1984, págs. 11 y ss.; en concreto, pág.12.

6. Recuerda Cappelletti cómo, recepcionada la justicia constitucional en la República de Weimar, por la vía del modelo difuso, tras el famoso fallo del Reichsgericht (Tribunal Supremo), de 4 de noviembre de 1925, sustentado no en una precisa norma constitucional, sino en la intrínseca fuerza del principio de que, si en la jerarquía de las fuentes va primera la norma constitucional, ésta debe prevalecer

Desde esta perspectiva, la mundialización de la justicia constitucional, rasgo característico del último cuarto del siglo XX, adquiere su más plena comprensión si se pone en 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 atestiguan, 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 otra forma, ha incidido de modo frontal 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 así se prefiere, el modelo de la *judicial review of legislation* y el de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

Esta bipolaridad ya quedó sustancialmente afectada a raíz de los originales modelos de justicia constitucional creados en Italia y Alemania tras la segunda postguerra, en cuanto que estos sistemas 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 institucionalización del instituto procesal de la cuestión de inconstitucionalidad o de ilegitimidad constitucional, como se conoce en Italia.

La enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva

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. Mauro Cappelletti: “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), UNAM, México, 1987, pág. 193 y ss.; en concreto, pág. 197.

convergencia entre los elementos de los dos antaño tradicionales sistemas de control de constitucionalidad.

La resultante de todo ello ha sido la pérdida de gran parte de su utilidad analítica de la contraposición modelo americano versus modelo europeo-kelseniano. 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 alguno de ellos y el norteamericano.

En resumen, la justicia constitucional, en el nuevo siglo XXI, se nos presenta perfilada por una serie de situaciones peculiares que aunque encontrando su origen en épocas más o menos anteriores, han venido convergiendo y, a la par, acentuando sus rasgos: el proceso de progresiva e ininterrumpida convergencia entre los dos clásicos sistemas de justicia constitucional, la quiebra frontal del modelo kelseniano del “legislador negativo” con el subsiguiente rol creativo de los Tribunales Constitucionales y la enorme heterogeneidad y generalizada mixtura e hibridación de los actuales sistemas de justicia constitucional, han desencadenado la obsolescencia de la clásica bipolaridad “sistema americano - sistema europeo-kelseniano”, haciendo 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 del poder, se ha de asentar en la diferenciación primaria entre el control de constitucionalidad de la ley y aquel otro control que se llevaba 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 todo litigio preexistente ante un juez ordinario, sino, más ampliamente aún, de todo conflicto de intereses. Como es obvio, el control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley presupone justamente lo contrario del anterior.

7. Francisco Rubio Llorente: “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en la obra colectiva, *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, vol. II, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, págs. 1.411 y ss.; en particular, pág. 1.416.

2. La última “ratio” de la bipolaridad: la concepción del “legislador negativo” y la reafirmación kelseniana del principio de sujeción de los jueces a la ley

I. La recepción en Europa del sistema de justicia constitucional, como es sobradamente conocido, tendrá lugar en la primera postguerra. Por un lado, la Constitución de Weimar propiciará un desarrollo de la jurisdicción constitucional que nos ofrece, como bien se ha advertido⁸, una imagen contradictoria y polícroma, bien que, en sintonía con la tradición alemana, las competencias de tal jurisdicción se orienten fundamentalmente a los problemas dimanantes de la Estructura federal del Estado.

Por otro lado, la Constitución de la República Federal Austriaca, de 1º de octubre de 1920, diseñará un nuevo sistema de control de constitucionalidad, obra maestra de Kelsen, que diferirá del modelo americano no sólo en la atribución a un órgano *ad-hoc*, el Tribunal Constitucional, del 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.

II. La Constitución de Weimar de 1919 iba a hacer suyo y a desarrollar 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*¹⁰ previsto por el art. 108 de la Constitución de Weimar y desarrollado por una Ley de 9 de julio de 1921. Las competencias de este órgano girarán, efectivamente,

8. Helmut Simon: *La Jurisdicción Constitucional*, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 1996, págs 823 y ss.; en concreto, pág. 826.

9. Giuseppe Volpe: *L'ingiustizia delle leggi (Studi sui modelli di giustizia costituzionale)*, Giuffrè, Milano, 1977, pág. 166.

10. Aunque Volpe tilda al *Staatsgerichtshof* de Tribunal Constitucional del Reich (op. cit., pág. 171), creemos más apropiado que hablar de Tribunal Constitucional, llamarlo “Tribunal Supremo de Justicia para el Reich”, como se hace en la obra de Boris Mirkin-Guetzevitch, *Las nuevas Constituciones del Mundo*, Editorial España, Madrid, 1931, pág. 79 (al traducir el art. 108 de la Constitución de Weimar).

en torno a la noción de conflicto o controversia constitucional entre órganos que participan en el proceso constitutivo de la formación de la voluntad estatal, con la adición, característica de un Estado de estructura federal, de entender asimismo de los conflictos que se suscitaban entre los poderes centrales y los poderes territoriales, así como (en virtud de la previsión del art. 19 de la Constitución weimariana) de los conflictos que no siendo de derecho privado se suscitaban entre diferentes Länder, e incluso, subsidiariamente, de los contenciosos constitucionales dentro de los propios Länder. Bien es verdad que en el ámbito interno de los órganos constitucionales del Reich, la competencia del St.G.H. se circunscribía, de acuerdo con el art. 59 de la Constitución, a conocer de las acusaciones que el Reichstag formulara contra el Presidente del Reich, su Canciller o los Ministros por violación culpable de la Constitución o de una ley del Reich. Ello explicaría que otros sectores de la doctrina¹¹ consideren que, en Weimar, los conflictos entre órganos del Reich permanecieron, conforme a la tradición, excluidos de cualquier jurisdicción constitucional.

Por otro lado, el 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 llevar a cabo este control (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 Tribunal del Reich (*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 control¹² se unió la que Sontheimer¹³ denominara “batalla para el examen jurisdiccional de las leyes” (*der Kampf um das richterliche Prüfungsrecht*), contienda que se libró al hilo de la reivindicación jurisdiccional de llevar a cabo un control material de la ley que venía posibilitado por la determinación del párrafo primero del art. 109 de la Constitución, a cuyo tenor: “Todos los alemanes son iguales ante la ley”, en tanto en cuanto ese principio de igualdad no habla de ser interpretado en un mero sentido formal, sino también, y primigeniamente, como

11. Helmut Simon: *La Jurisdicción Constitucional*, op. cit., pág. 827.

12. Cfr. a este respecto, Jean-Claude Béguin: *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, París, 1982, en particular, págs. 16-21.

13. K. Sontheimer: *Antidemokratischen Denken in der Weimarer Republik*, München, 1968, pág. 75. Cit. por Giuseppe Volpe: *L'ingiustizia delle leggi*, op. cit., pág. 100.

un principio material que habla de vincular al propio legislador. Así lo expondría Erich Kaufmann, entre otros muchos, resumiendo la posición mayoritaria, en el III Congreso de la “*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*” (Asociación de Profesores alemanes de Derecho Público), celebrado en Münster el 29 y 30 de marzo de 1926¹⁴, 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 a 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” (*Freirechtswegung*), movimiento cuyo inicio se hace coincidir con la publicación, en 1885, de la obra de Oskar von Bülow, *Gesetz und Richteramt*. (La Ley y la Magistratura)¹⁵, o de la teoría de la “comunidad del pueblo” (*Volksgemeinschaft*), deudora en el plano jurídico de la concepción romántica del “espíritu del pueblo” (*Volkgeist*), que concibe al Derecho como una forma de vida de la colectividad popular, como el auténtico y esencial ordenamiento del pueblo, y por ello mismo, más como un “ser” (*Sein*) que como un “deber ser” (*Sollen*), en cuanto que el Derecho no era sino la forma a través de la cual la “comunidad del pueblo” encauzaba de modo unitario su propia vida colectiva.

En este ámbito doctrinal, 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 (*Gesetzsmässigkeit*) 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, ya referido, todos los teóricos de la “*Volksgemeinschaft*”

14. 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 *Staatsrecht und Politik*, en su traducción española, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974, pág. 19), 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 Congreso.

15. Cfr. al efecto, Giuseppe Volpe: *L'ingiustizia...*, cit., págs. 22 y ss.

postularan el fin de la soberanía de la Ley. Como recuerda Volpe¹⁶, 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, y muy 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 sentidos por la conciencia popular y que remitía a conceptos tan amplios e imprecisos como el bien o la verdad.

Poco tiempo antes del Congreso celebrado en Münster, el *Reichsgericht*, en una celeberrima Sentencia de su 5ª Cámara civil, de 4 de noviembre de 1925, se iba a plantear frontalmente 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 han de considerarse preeminentes y que deben ser observadas por el Juez. En cuanto que la Constitución no contenía disposición alguna que privara al Juez de esta facultad, atribuyéndola a otro órgano, el *Reichsgericht*, en lo que ahora interesa, terminaba reconociendo el derecho y el deber del Juez de examinar la constitucionalidad de las leyes del Reich.

Quedaba reconocido de esta forma un derecho de control judicial que Schmitt¹⁷ caracterizaría por los siguientes rasgos: es un control “accesorio” que constituye una “competencia ocasional” (expresión que entresacaría de Triepel), 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 de derecho de control “concentrado” en una sola instancia.

III. La Constitución austriaca de 1920 iba a consagrar un nuevo sistema de control de la constitucionalidad que es deudor de la obra de Kelsen. El gran jurista de la Escuela de Viena se situaba en una dirección radicalmente antagónica a la sustentada por la teoría de la “comunidad del pueblo” (*Volksgemeinschaft*). Su

16. Giuseppe Volpe: *L'ingiustizia delle leggi*, op. cit., págs. 103-104.

17. Carl Schmitt: *La defensa de la Constitución*, traducc. de Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 52.

posición quedaría muy nítidamente expuesta en el 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 radical. Más aún, 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 hiperconservadoras, cuando no ajenas al marco democrático; y así, Kelsen vincula “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”; constata que “no se puede en ningún caso desconocer que los juristas que en el pasado enseñaban el principio de la más estrecha vinculación de los Jueces a la Ley, hoy prefieren conceder a los Jueces, remitiéndose al Derecho natural, una creciente libertad frente a las leyes”, y finalmente constata que “el orden judicial ha permanecido casi insensible a los cambios en la estructura política que se manifiestan en la composición de los Parlamentos”¹⁸.

La preocupación que se manifiesta en las anteriores reflexiones de Kelsen serían compartidas pocos años más tarde por Heller, quien subrayaría lo emblemático del hecho de que la interpretación del principio de igualdad como límite y medio de control jurisdiccional frente a la libre capacidad de elección del poder legislativo fuese concebida y elaborada por los sectores conservadores y antidemocráticos de la doctrina jurídica alemana¹⁹.

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 intermedio 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.

18. Cfr. al efecto, Adriano Giovannelli: “Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte Costituzionale”, en el colectivo, *Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, CEDAM, Padova, 1985, págs. 381 y ss.; en concreto, pág. 395.

19. Hermann Heller: *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tübingen, 1930. Cit. por Giuseppe Volpe: *L’ingiustizia...*, op. cit., pág. 102.

A su vez, al sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constitucionalidad de las leyes y normas generales, Kelsen pretendía evitar el riesgo de un “gobierno de los jueces”, peligro sentido por amplios sectores de la doctrina europea de la época, como revela la clásica obra de Lambert²⁰, en cuanto que tal dirección se conectaba con posiciones mayoritariamente conservadoras cuando no, lisa y llanamente, antidemocráticas.

El propio Kelsen admitiría de modo expreso²¹ que aunque con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución austriaca de 1920, los tribunales austriacos 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 fue 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 jurista 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*.

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 Jueces²². Como bien advierte Volpe²³, la meditación “vienesá” de Kelsen se delinea sobre un fondo caracteri-

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

21. Hans Kelsen: “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 ss. Manejamos aquí la trad. española de Domingo García Belaunde, “El control de la constitucionalidad de las leyes”, en *Ius et Veritas* (Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú), Lima, junio de 1993, págs. 81 y ss.; en concreto, pág. 83.

22. En análogo sentido, Adriano Giovannelli: “Alcune considerazioni sul modello...”, op. cit., pág. 395.

23. Giuseppe Volpe: *L'ingiustizia delle leggi*, op. cit., pág. 138.

zado por la peculiar situación del periodo weimariano, connotada, en lo que ahora interesa, por la conflictividad entre el Parlamento y los jueces, esto es, entre el órgano de producción legislativa y quienes están llamados a la aplicación de las leyes. De ahí que la construcción normativista kelseniana esté regida por la finalidad de lograr superar el conflicto surgido entre los dos poderes, el legislativo y el judicial.

Al logro de tal fin se endereza, en primer término, la relativización que Kelsen va a hacer de la antaño absoluta contraposición entre los tres poderes, particularmente, entre el poder legislativo, de un lado, y el poder ejecutivo y judicial de otro, pues según el maestro vienés, la usual tricotomía se base en realidad en una dicotomía, dado que lo que se exprese en la distinción entre los tres poderes del Estado es la diferencia existente entre creación y aplicación del Derecho²⁴. Y en segundo lugar, el diseño que Kelsen da a las funciones de creación y aplicación de la ley, funciones que no se encuentran coordinadas, sino sub y supraordinadas. Además, no es posible definir las líneas que separan estas funciones entre sí, puesto que la distinción entre creación y aplicación del Derecho tiene sólo un carácter relativo, ya que en su mayoría los actos del Estado son al propio tiempo actos de creación y de aplicación del Derecho²⁵. La unidad del orden jurídico, de este conjunto de normas jerarquizadas en distintos niveles²⁶, vendrá constituida por el hecho de que la creación de una norma (la de grado más bajo) se encuentra determinada por otra (de grado superior), cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. De esta forma, lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico²⁷.

En un orden así concebido, la unidad del ordenamiento exigirá la salvaguarda de la norma suprema, y la garantía de la Constitución vendrá dada por el conjunto de medidas técnicas encaminadas a asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales, en el entendido de que la “regularidad” no será más que la relación de correspondencia de un grado inferior respecto de un grado superior del

24. Hans Kelsen: *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, México, 1949, págs. 268-269.

25. *Ibidem*, págs. 282-283.

26. Recordemos que en el tipo ideal del positivismo kelseniano los grados de la pirámide ordinal, en orden descendiente, son: la Constitución (*Verfassung*), la Ley (*Gesetz*), el reglamento (*Verordnung*), el acto administrativo (*Verwaltungsakt*), las sentencias judiciales (*richterliches Urteil*) y, por último, los actos coactivos (*Vollstreckungsakt*).

27. Hans Kelsen: *Teoría General...*, op. cit., pág. 128.

ordenamiento jurídico²⁸. De esta forma, la legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes podrán concebirse como auténticas garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales. 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 Kelsen²⁹, 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.

De esta caracterización del Tribunal Constitucional como “legislador negativo” derivarán las más acusadas diferencias entre el modelo europeo-kelseniano y el modelo norteamericano.

En todo caso, no conviene olvidar que las divergencias a que a continuación nos vamos a referir, como creemos se desprende de todo lo expuesto, dimanarían de unos presupuestos histórico-políticos e ideológicos contrapuestos que constituyen la última y más profunda *ratio* de la bipolaridad entre ambos modelos. Volpe³⁰ lo expone con claridad meridiana. 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; constituye un acto de confianza en los Jueces, no encuadrados en una carrera burocrática y, por lo 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, encaminada 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 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.

28. Hans Kelsen: “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 ss.; en concreto, pág. 200.

29. *Ibidem*, pág. 244.

30. Giuseppe Volpe: *Lingiustizia delle leggi*, op. cit., pág. 157 y ss.

Kelsen, en algún momento³¹, parecerá apuntar a los inconvenientes prácticos que en un sistema de *civil-law* como el austriaco hubiera supuesto la introducción de un modelo “difuso” como el norteamericano, al carecer de técnicas tales como el principio del *stare decisis* sin dejar de reconocer tales obstáculos, lo cierto es que ellos no serán la causa determinante de la opción kelseniana en favor de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, sino razones ya expuestas de mucho más calado y entidad.

3. La obsolescencia de la clásica polaridad “sistema americano” versus “sistema europeo-kelseniano”

En una caracterización bien conocida, el gran procesalista italiano Piero Calamandrei³² vino a connotar por una serie de binomios contrapuestos a los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad o (según la expresión italiana) de la legitimidad de las leyes: el sistema judicial o difuso y el sistema autónomo o concentrado.

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 vele para el futuro pero respeta en cuanto al pasado la validez de la ley inconstitucional o ilegítima).

31. Hans Kelsen: *El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado...*, op. cit., págs. 84-85.

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

En definitiva, mientras la *judicial review of Legislation* vendría caracterizada por las notas de un control difuso, incidental, especial y declarativo, la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, en su concepción originaria, lo sería por las de un control concentrado, principal, general y constitutivo.

Las notas de estos binomios contrapuestos o bipolares, o algunas de ellas por lo menos, bien pronto serían relativizadas o moduladas (en algún caso, como el carácter “especial” del sistema difuso, desde el mismo nacimiento de la *judicial review of Legislation*). No será necesario esperar a la nueva concepción sustentada por los constituyentes europeos de la segunda postguerra, aunque a partir de este momento el proceso de relativización de los citados binomios se acentuará de modo muy significativo. En efecto, ya la muy importante reforma constitucional austriaca de 1929 (la *Zweite Bundesverfassungsnovelle*, de 7 de diciembre de 1929) abrirá, dentro del modelo kelseniano, el proceso de relativización a que venimos aludiendo. En todo caso, la diferente intensidad de este proceso, según se trate del período de entreguerras o del subsiguiente a la Segunda Guerra Mundial, nos ha conducido a diferenciar en nuestra exposición dos etapas o momentos diferentes.

A) La inicial bipolaridad de los dos sistemas y sus vías de relativización.

I. El primero de los rasgos diferenciales atañe al órgano legitimado para llevar a cabo el control. Es sobradamente 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. Se trata, pues, de una jurisdicción difusa que, sin embargo, y conviene ya matizarlo, no da lugar a una jurisprudencia dispersa o contradictoria, pues la fuerza vinculante del precedente actúa como correctivo del sistema. Recordemos el efecto que la base de todo el Derecho de creación judicial, conocida como la “regla del precedente” (*the rule of precedent*), está fundamentada en la obligación del Juez de atenerse en sus fallos a los precedentes judiciales, o normas elaboradas por los jueces con anterioridad (*stare decisis et quieta non movere*).

En el sistema austriaco-kelseniano, un órgano *ad hoc* es encargado de llevar a cabo el control de constitucionalidad. Esta centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales se justificaría por Kelsen, primigeniamente, como ya se expuso con anterioridad, en base a la consideración de que la inaplicación en el caso concreto por los Jueces, propia del sistema norteamericano, se traducía en la ausencia de una decisión uniforme en torno a la cuestión sobre cuándo una ley era constitucional, lo que entrañaba un gran peligro

para la autoridad de la Constitución³³. Este peligro de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales, resultaba acentuado en Austria, cuyo sistema jurídico, en cuanto ubicado en los moldes propios de los sistemas romano-germánicos, desconocía el principio del *stare decisis*. Y así, en Austria, las decisiones del más alto Tribunal, el *Oberster Gerichtshof*, en relación a la constitucionalidad de una ley o un reglamento, carecían de fuerza obligatoria sobre los tribunales o jueces de inferior jerarquía. El Tribunal Constitucional austriaco asumirá, pues, el monopolio del control de constitucionalidad, aunque ya explicamos que por otras razones de mucho mayor calado que la que se acaba de apuntar.

Este monopolio, aunque formalmente no se vea alterado, sufrirá un embate considerable con la reforma constitucional austriaca de 1929. Ya el texto de 1920 (art. 89.2) habilitaba a los tribunales, en el caso de que les surgieran dudas acerca de la ilegalidad de un reglamento que hubieran 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 art. 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 (*Verwaltungs-gerichtshof*). Cualquier parte de una controversia de la que estuviera conociendo uno de esos dos altos órganos jurisdiccionales podía plantear ante ellos el problema de la constitucionalidad de una ley aplicable en el caso concreto, si bien la cuestión se planteaba por decisión exclusiva del alto órgano jurisdiccional de que se tratara³⁴.

El origen de esta reforma se ha visto³⁵ en la facultad de la 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 debiera de aplicarlas en otro caso distinto pendiente de su conocimiento. Sin embargo, a nuestro entender, no puede olvidarse aquí la nítida posición de Kelsen, favorable a la fórmula acuñada constitucionalmente en 1929, como modo de introducir una suerte de muy atenuada *actio popularis*. Recordemos que Kelsen, en 1928, admitía³⁶ que

33. Hans Kelsen: *El control de la constitucionalidad de las leyes*, op. cit., pág. 83.

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

35. Theo Öhlinger: "La giurisdizione costituzionale in Austria", en *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, diciembre 1982, págs. 535 y ss.; en concreto, pág. 542.

36. Hans Kelsen: *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 245.

la mayor garantía en orden al desencadenamiento del procedimiento de control de constitucionalidad, consistía ciertamente en la previsión de una *actio popularis*, de acuerdo con la cual el VfGH habría de proceder al control a instancias de cualquiera. “C’est incontestablement de cette façon que l’intérêt politique qu’il y a à l’élimination des actes irréguliers recevrait la satisfaction la plus radicale”. A partir de tal reconocimiento, Kelsen considera no recomendable esta solución porque la misma entrañaría un muy considerable peligro de acciones temerarias, “et le risque d’un insupportable encombrement des règles”³⁷. Sin embargo, casi de inmediato, el jurista vienés se manifestaba proclive a un acercamiento del recurso de inconstitucionalidad a la *actio popularis*, a cuyo efecto postulaba que se permitiera 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 Kelsen³⁸, no de un derecho a recurrir abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del Tribunal Constitucional. Kelsen, en resumen, postulaba un año antes de la reforma constitucional de 1929 la cuestión de inconstitucionalidad como cauce indirecto de apertura de la legitimación para instar la intervención del VfGH a los ciudadanos, a los particulares.

La reforma constitucional de 1929 no rompía formalmente el monopolio del control de constitucionalidad por parte del VfGH, pero, de hecho, ese monopolio se convertía en un monopolio de rechazo por cuanto, de alguna manera, los dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios legitimados para plantear la que venimos llamando (al margen de la Ley constitucional federal de reforma del año 1929, que en la nueva redacción que daba al art. 140.1 de la Constitución, se limitaba a hablar de “la demanda” del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia Administrativa) cuestión de inconstitucionalidad, antes de decidir el planteamiento de la demanda, debían lógicamente llevar a cabo un primer juicio de constitucionalidad en el que sustentar su decisión final. Como bien señala

37. 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. Charles Eisenmann: *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*, (primera edición de 1928), Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, París, 1986, pág. 188.

38. Hans Kelsen: *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 246.

Rubio Llorente³⁹, 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. Es por ello mismo por lo que se suele afirmar, allí donde existe la cuestión de inconstitucionalidad, que el Tribunal Constitucional sólo dispone de un monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales (que en el caso austriaco habría que ampliar a los reglamentos ilegales).

Aunque referido a un momento histórico distinto del que estamos ahora mismo contemplando, quizá no sea inoportuno recordar que en 1975, una nueva reforma constitucional vino a legitimar para desencadenar el control del VfGH a todos los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, lo que encerraba una notable relevancia en aquellos supuestos en que no estaba previsto un recurso ante el Tribunal Supremo. Si se advierte que que siempre es posible un recurso contra una sentencia dictada en primera instancia, se puede comprender que la reforma de 1975, como indica Öhlinger⁴⁰, abrió posibilidades prácticamente ilimitadas de control sobre la constitucionalidad de las leyes con ocasión de su aplicación. En términos análogos, la citada reforma habilitó también a las Salas independientes de lo contencioso-administrativo para recurrir al VfGH. Innecesario es decir que requisito inexcusable para que los referidos órganos jurisdiccionales, ordinarios y contencioso-administrativos, pudieran acudir al VfGH era la prejudicialidad de la norma impugnada, esto es, que el órgano jurisdiccional recurrente hubiera de aplicar la norma en cuestión para la decisión de una *litis* de la que estuviera conociendo.

II. La variante organizativa que separa ambos sistemas, y a la que acabamos de referirnos, esto es, la centralización kelseniana del control de constitucionalidad en un órgano especial, *ad-hoc*, el *Verfassungsgerichtshof* (VfGH), establecido por la Constitución austriaca, iba a esconder, como ha significado García de Enterría⁴¹, y por nuestra parte ya destacamos en un momento precedente, una profunda significación por encima de su simple apariencia práctica.

En efecto, para Kelsen⁴², el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales no ejerce propiamente una verdadera función jurisdiccional,

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

40. Theo Öhlinger: *La giurisdizione costituzionale in Austria*, op.cit., pág. 543.

41. Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 57.

42. Hans Kelsen: *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 224.

aún cuando tenga –por la independencia de sus miembros– la organización de un Tribunal. A partir de la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa que Kelsen considera determinante, y que consiste en que mientras esta última crea normas jurídicas generales, la primera no crea sino normas individuales, el gran maestro de la Escuela de Viena se interroga acerca del significado de la anulación de la ley decidida por el Tribunal Constitucional. Ya vimos en un momento anterior cómo 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 negativa⁴³.

En la caracterización del Tribunal como “legislador negativo”, no se ha de ver, como advierte Giovannelli⁴⁴, una acentuación del carácter político de la función desempeñada por el Juez constitucional, sino más bien el intento kelseniano de asimilarla a la función legislativa, con vistas, muy particularmente, al otorgamiento de efectos *erga omnes* al pronunciamiento del Juez constitucional y a la exclusión de la fuerza retroactiva de la resolución judicial.

El rechazo a la caracterización como función judicial de la función de control de constitucionalidad se consolida aún más si se advierte que el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho particular, limitándose a pronunciarse en abstracto sobre la compatibilidad lógica entre un enunciado normativo legal y la norma constitucional, esto es, entre dos normas abstractamente formuladas, al margen de su concreta aplicación.

En coherencia con tal planteamiento, Kelsen sostendrá la validez de la ley hasta tanto la misma no haya sido considerada contraria a la Constitución por el propio Tribunal Constitucional. La resolución de este órgano proclive a anular será efectiva, en principio, sólo *ex nunc*, es decir, no tendrá fuerza retroactiva. Como razonaría Kelsen⁴⁵, esta fuerza retroactiva difícilmente podría ser justificada, 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 judicial. En definitiva, mientras el Juez cons-

43. Aplicando la constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes inconstitucionales, dirá Kelsen en otro momento (en *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1931; trad. de Roberto J. Brie, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 36-37), 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”.

44. Adriano Giovannelli: *Alcune considerazioni sul modello...*, op. cit., págs. 388-389.

45. Hans Kelsen: “El control de la constitucionalidad de las leyes”, op. cit., pág. 84.

titucional 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 del Tribunal Constitucional.

El carácter legislativo de la función atribuida al Tribunal Constitucional aparece reforzado por el hecho de que tras la anulación de una norma, y a fin de evitar las indeseadas consecuencias que, en ocasiones, pueden desencadenar los vacíos jurídicos subsiguientes a tal anulación⁴⁶, 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 citado órgano la decisión de los casos en que se puede hacer uso de esta facultad de restablecimiento del anterior *état de droit*⁴⁷.

A esta concepción kelseniana respondería la cláusula del artº.140 de la Constitución austriaca (en la actualidad, art. 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 estableciese 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”⁴⁸. Con esta previsión, introducida por vez primera (dentro del art. 140.3) por la reforma constitucional de diciembre de 1929, la decisión del Tribunal Constitucional por la que no sólo se anulaba una ley sino que también una norma legal anterior era restaurada, como el propio maestro de la Escuela de Viena habría de reconocer⁴⁹, no era tan sólo un acto negativo de legislación, sino también uno positivo.

En definitiva, de la posibilidad de que en ciertos supuestos al Juez constitucional le correspondiera ejercitar un rol legislativo no meramente negativo, podría entresacarse la idea de que al Tribunal Constitucional no le estaba atribuida tan sólo la tarea de verificar un juicio de contraste en abstracto entre la

46. “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”. Hans Kelsen: “La garantie juridictionnelle...”, op. cit., pág. 243.

47. *Ibidem*, págs. 243-244.

48. Artículo 140.6 de la Constitución Federal de Austria, según el texto de la edición preparada por Germán Gómez Orfanel, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, CEC, Madrid, 1996.

49. Hans Kelsen: *El control de la constitucionalidad...*, pág. 90.

Constitución y la ley, del que, en su caso, y por contradicción con la Norma suprema, había de derivar la anulación de la norma legal, sino que, potencialmente al menos, también le correspondía la tarea de elegir entre los diversos grados de constitucionalidad, actuando positivamente con vistas a alcanzar aquella situación menos incompatible con el interés requerido por la defensa de la Constitución⁵⁰.

En resumen, las reflexiones que preceden muestran, creemos que con cierta nitidez de percepción, cómo a la caracterización del Tribunal Constitucional como “legislador negativo” se anudan consecuencias jurídicas de extraordinaria relevancia, determinantes, en último término, de la peculiar bipolaridad entre el modelo kelseniano y el norte-americano.

III. Retornando a las diferencias que enfrentan a los dos sistemas de control de constitucionalidad, cabe recordar que una segunda contraposición atañe, según Calamandrei⁵¹, a la legitimación de quien puede proponer o instar el control, rasgo que se conecta a su vez a la vía de impugnación.

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 kelseniano, 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, dentro de un determinado plazo. En este sistema, la legitimación para instar el control cambió mucho en función de cada ordenamiento. En cualquier caso, ya tuvimos oportunidad de referirnos a cómo Kelsen, en un plano ideal, consideró que la *actio popularis* era la fórmula

50. En análogo sentido, Adriano Giovannelli: *Alcune considerazioni sul modello...*, op. cit., pág. 390.

51. Piero Calamandrei: *Instituciones...*, op. cit., vol. III, págs. 32-33.

idónea, bien que, en el plano de la realidad, la rechazara por los peligros insitos a la misma, decantándose por la vía indirecta de permitir a los particulares que fueren partes de un procedimiento judicial o administrativo que instaran el desencadenamiento del control de constitucionalidad por intermedio del órgano jurisdiccional o administrativo llamado a conocer del procedimiento⁵². Como ya expusimos, la opción kelseniana no sería constitucionalmente recepcionada sino hasta la reforma de 1929, pero tal opción entrañaba un importantísimo elemento de aproximación al modelo norteamericano.

Al margen de ello, ya circunscribiéndose al marco del Estado federal, Kelsen se decantaba por la legitimación del Gobierno federal y de los Gobiernos de los Estados miembros para combatir, respectivamente, los actos jurídicos de los entes territoriales y de la Federación⁵³.

En el ya varias veces mencionado artículo publicado en 1942, en el que el maestro vienés establece una comparación del control de constitucionalidad en Austria y Norteamérica, Kelsen sostuvo⁵⁴ que la mayor diferencia entre ambos sistemas radicaba en el procedimiento a cuyo través una ley podía ser declarada inconstitucional por el órgano competente, subrayando el rasgo de que, en principio, en el sistema norteamericano, sólo la violación del interés de un particular podía desencadenar el procedimiento de control constitucional. Ello significaba, de alguna forma, la postergación del interés público que el control de constitucionalidad de las leyes entraña, y que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas.

Ciertamente, el control en el sistema norteamericano siempre se ha vinculado a la previa existencia de una controversia. Como recuerda Hughes⁵⁵, la *Supreme Court* ha rechazado las insinuaciones del Congreso para que opinase sobre cuestiones constitucionales cuando no tenía que decidir un “caso” o una “controversia” reales. En tal sentido se pronunciaría, por ejemplo, en 1911 en el *Caso Muskrat vs. United States*. Sin embargo, como el mismo Kelsen recono-

52. Hans Kelsen: *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., págs. 245-246.

53. *Ibidem*, pág. 247.

54. Hans Kelsen: *El control de la constitucionalidad de las leyes*, op. cit., pág. 87.

55. 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. Charles Evans Hughes: *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2ª ed. española, FCE, México, 1971, pág. 54.

ciera⁵⁶, 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 Gobierno 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 Gobierno federal el derecho de intervenir en cualquier acción entre particulares, convirtiéndose en una de las partes a efectos de la presentación de pruebas y de la argumentación de la cuestión constitucional. Esta Ley vino, pues, a relativizar de alguna manera la diferencia advertida por Kelsen.

Pero más allá de esta relativización, lo que hemos de significar es que el elemento diferencial a que alude Kelsen, que sólo la violación del interés de un particular pueda desencadenar el control en el sistema americano, o lo que es lo mismo, que el control siempre se lleve a cabo con ocasión de la aplicación de la ley, como ya hemos advertido con anterioridad, no sólo está presente, como propuesta doctrinal, en el mismo pensamiento kelseniano, sino que, constitucionalmente, hace acto de aparición en la reforma constitucional austriaca de 1929, aún cuando dentro de los límites a los que ya nos referimos.

Una y otra circunstancia no conducen sino a relativizar la que Kelsen consideró como más relevante diferencia entre los dos sistemas de control de constitucionalidad.

IV. La 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 norteamericano, en sentido estricto, el Juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente, por lo que se limita a la inaplicación de la ley que considera contraria a 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*), o control especial, como lo tilda Calamandrei.

Sin embargo, la extensión de los efectos de la sentencia estimatoria ha de ser matizada en el sistema americano, tal y como de algún modo ya se señaló más

56. Hans Kelsen: *El control de la constitucionalidad de las leyes*, op. cit., pág. 87.

atrás. Aunque formalmente los efectos se circunscriben a las partes de la *litis*, la incidencia del principio *stare decisis* puede llegar a alterar esta circunstancia. Como ya se señalara, en virtud de esta regla, los Tribunales deben seguir sus propios precedentes jurisprudenciales y, lo que aún importa más, se hallan vinculados por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores. De esta forma, la existencia de un Tribunal Supremo único, como a diferencia de otros países como Alemania, acontece en Estados Unidos, y la obligación de seguir los precedentes establecidos por los Tribunales jerárquicamente superiores, otorga al sistema, en el punto que nos ocupa, una operatividad semejante a la de un control en vía principal, terminando, indirectamente, por desencadenar una verdadera eficacia *erga omnes*, análoga a la de la abrogación de la ley, bien diferente a la de una mera desaplicación de la ley en un caso singular con la posibilidad, empero, de que en otros supuestos la ley sea nuevamente aplicada. Como afirma Cappelletti⁵⁷, 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 de la ley contraria a la Constitución, anulación, dirá una vez más Cappelletti⁵⁸, “définitive, incontestable, et qui vaudra pour toute espèce à venir”.

En cuanto al sistema kelseniano, la impugnación en vía directa o principal conduce a la cancelación definitiva de la ley o del precepto o preceptos considerados contrarios a la Constitución. Esta eficacia *erga omnes* opera en el sistema austriaco-kelseniano con efectos *ex nunc*, respetando en cuanto al pasado la validez de la ley inconstitucional (sentencia constitutiva), tal y como ya tuvimos oportunidad de exponer, si bien, anticipémoslo ya, ello no ha sido así en otros sistemas, como el alemán, italiano o español, en que el control también se concentra en un Tribunal Constitucional.

Por lo demás, hoy, algunos Tribunales Constitucionales disponen de una cierta autosuficiencia llegado el caso de modular los efectos temporales de sus fallos. Sin embargo, conviene recordar que ya el propio Kelsen⁵⁹, a fin de evitar los inconvenientes dimanantes del vacío jurídico desencadenado por la anula-

57. Mauro Cappelletti: “Le contrôle juridictionnel des lois en Droit comparé”, en la obra de recopilación de artículos del propio autor, *Le pouvoir des juges*, Economica-Presses Universitaires d’ Aix-Marseille, París, 1990, págs. 179 y ss.; en concreto, págs. 202-203.

58. *Ibidem*, pág. 203.

59. Hans Kelsen: *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 243.

ción de una norma, defendería la conveniencia de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un cierto plazo contado a partir de la publicación de la sentencia de anulación. En coherencia con este planteamiento, el art. 140.3 de la Constitución austriaca habilitó al Tribunal Constitucional para prever una prórroga para la entrada en vigor de los efectos de la sentencia de anulación, prórroga que no podía exceder de seis meses, que en la reforma de 1929 se amplió a un año (según el actual art. 140.5 de la Constitución vigente en Austria, tal prórroga puede alcanzar los dieciocho meses), y cuya razón de ser, como reconoció Kelsen⁶⁰, era permitir al Parlamento reemplazar la ley cuestionada por una nueva conforme a la Constitución, antes de que la anulación fuera efectiva.

Si recapitulamos sobre lo que se acaba de exponer, la conclusión nos parece clara: ya desde el primer momento de funcionamiento del modelo kelseniano, pese a las profundas divergencias ideológicas que lo separan del americano, a las que ya aludimos, existen elementos que van a reducir el antagonismo de cada binomio; los apreciamos en el modelo kelseniano, pero también en el americano. Tras la “*Novelle*” (la reforma constitucional austriaca de 1929), Cappelletti cree⁶¹ que el sistema austriaco-kelseniano presenta ya un carácter híbrido, opinión que compartimos y que nos conduce a la conclusión de que el proceso de hibridación de ambos sistemas es anterior al constitucionalismo de la segunda postguerra, bien que con el mismo se acentúe notabilísimamente.

B) La absoluta superación de la contraposición bipolar.

I. La virtualidad didáctica de los adjetivos “difuso” y “concentrado” es grande; de ello no cabe la menor duda. Sin embargo, hoy no se puede decir que retraten la realidad de la institución considerada, por lo que su valor explicativo es bastante dudoso. Más aún, como creemos se desprende de lo hasta aquí expuesto, 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 superación de algunos de sus rasgos más característicos.

Una opinión doctrinal absolutamente extendida en nuestros días ha venido poniendo de relieve, ya desde tiempo atrás, la existencia de una clara tendencia

60. Hans Kelsen: *El control de la constitucionalidad...* op. cit., pág. 84.

61. Mauro Cappelletti: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, settima ristampa, Giuffrè, Milano, 1978, pág. 95.

convergente de ambos modelos. Este es el caso de Cappelletti⁶², 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. Está probado ya ampliamente, señala el mismo autor en otro lugar⁶³, que ciertos contrastes de fondo que en un tiempo se consideraron abismales, entre el *civil law* y el *common law*, han llegado a ser en realidad bastante menos radicales; así, también un atento análisis de la evolución de los dos grandes modelos de control de constitucionalidad demuestra una tendencia evolutiva netamente encaminada en el sentido de una atenuación progresiva, recíproca y convergente de la contraposición.

II. 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 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 del Tribunal 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. En definitiva, la revisión no constituye una cuestión de Derecho, sino de discreción judicial, y únicamente es concedida por el Tribunal cuando existan razones especiales e importantes para ello, lo que le permite una elección *ad libi-*

62. Mauro Cappelletti: "Judicial Review on Comparative Perspective", en *California Law Review*, vol. 58, núm. 5, octubre 1970, pág. 1.017 y ss. Manejamos la traducción francesa, "Le contrôle juridictionnel des lois en Droit comparé", op. cit., pág. 213.

63. Mauro Cappelletti: "El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo", publicado en la obra recopilatoria de trabajos del propio autor, *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, UNAM, México, 1987, pág. 195 y ss.; en concreto, pág. 206.

tum y enteramente discrecional, circunstancia que ha posibilitado que la *Supreme Court* se convierta en “el árbitro efectivo de la forma de gobierno federal”⁶⁴, acentuándose por todo ello su rol como órgano político.

Hace cincuenta años, afirmaba Baum en 1981⁶⁵, 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 doctrina⁶⁶ que es grande la proximidad de este órgano con los Tribunales Constitucionales, bien que no haya faltado alguna cualificada opinión doctrinal divergente⁶⁷.

Pero aún hay algo más. La apertura de vías procesales antes inexistentes, como es el caso, por ejemplo, de la acción declarativa, que posibilita plantear la

64. Lawrence Baum: *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, pág. 152.

65. *Ibidem*, pág. 148.

66. 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 (Francisco Rubio Llorente: “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en el colectivo, *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, vol. II, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, pág. 1.411 y ss.; en concreto, pág. 1.416). Y en el mismo sentido, entre otros muchos, se manifiesta Lucio Pegoraro, a cuyo juicio, “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” (Lucio Pegoraro: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, pág. 21).

67. Es el caso de Cappelletti (en *Le contrôle juridictionnel des lois en droit comparé*, op. cit., págs. 205-206), para quien, bien es verdad que en 1970, 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 la competencia de estos órganos no se limita a cuestiones constitucionales. Más aún, la mayor parte de los asuntos de que conoce la *Supreme Court* lo es a través de la vía procesal de los recursos y no por intermedio de un procedimiento especial. Tampoco, siempre según Cappelletti, para las cuestiones constitucionales se sigue un procedimiento especial. A juicio del citado autor, considerar que los *writs* tales como el *habeas corpus* o el *certiorari* constituyen la base del sistema de control de constitucionalidad es un error fundamental. De todo ello el autor italiano deduce que el Tribunal Supremo norteamericano no se sitúa en el mismo nivel que los Tribunales Constitucionales, aproximándose por el contrario a los Tribunales Supremos que coronan la estructura del Poder Judicial, tales como el *Oberster Gerichtshof* austriaco, el *Bundesgerichtshof* alemán o la *Corte di Cassazione* italiana. No obstante esta posición tan, a simple vista, rotunda, Cappelletti, de modo un tanto contradictorio, en el mismo trabajo (pág. 211), afirma 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.

impugnación de la constitucionalidad de normas legislativas y el empleo de categorías y técnicas decisorias ajenas a la tradición de la Supreme Court, conducen, según Rubio⁶⁸, a que este “Tribunal Constitucional” adopte modos y formas propios de la “*Verfassungsgerichtsbarkeit*”.

III. En Europa, como bien ha destacado Pizzorusso⁶⁹, una de las novedades emergentes de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda post-guerra es la constatación de la posibilidad de combinar la técnica del control incidental (de tipo norteamericano) con la técnica del control concentrado (de tipo austriaco-kelseniano) mediante el empleo del instituto procesal conocido en Italia como la *pregiudizialità*, esto es, mediante la facultad que en varios sistemas se concede a los órganos jurisdiccionales ordinarios, no de decidir las cuestiones constitucionales autónomamente, pero sí de elevar a la decisión del Tribunal Constitucional normas sospechosas de vulnerar la Constitución, que hayan de aplicar en una *litis* concreta de la que estén conociendo, situación que, como ya indicamos, se halla vigente (por lo menos en relación a los órganos jurisdiccionales supremos) desde la *Verfassungsnovelle* austriaca de 1929.

La facultad que se atribuye, en algunos países, a los jueces ordinarios, de plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad respecto de una norma aplicable a una controversia de la que estén conociendo (“de cuya validez dependa el fallo”, se dice en el art. 163 de la Constitución española) viene a imbricar a los órganos jurisdiccionales en el control de la constitucionalidad por cuanto a ellos corresponde llevar a cabo el primer análisis acerca de la constitucionalidad de la norma en cuestión. Como dice Cappelletti⁷⁰, la cuestión de inconstitucionalidad ha venido a hacer partícipes del proceso de control de constitucionalidad de las leyes a todos los jueces, en cuanto que la cuestión implica una decisión preliminar del propio juez ordinario acerca de la razonabilidad de la duda de inconstitucionalidad de la ley a aplicar en la *litis*, introduciendo de esta forma un elemento difuso en un sistema de control concentrado.

Pero aún hay algo más. La cuestión de inconstitucionalidad viene a entrañar la introducción de un elemento incidental en un sistema concentrado, caracteri-

68. Francisco Rubio Llorente: *Tendencias actuales...*, op. cit., pág. 1.416.

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

70. Mauro Cappelletti: “El control de la constitucionalidad de las leyes: su expansión mundial y legitimidad democrática”, en *Ius et Praxis*, núm. 24, Lima, diciembre 1994, págs. 184 y ss.; en particular, pág. 189.

zado por el carácter principal del control. Como ha destacado Pizzorusso⁷¹, ello es importante porque va a atribuir carácter “concreto” al control realizado por los Tribunales Constitucionales cuando conocen de cuestiones de inconstitucionalidad. Bien es verdad que este carácter “concreto” (contrapuesto al carácter “abstracto” del recurso de inconstitucionalidad) 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, correspondiente a la relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad, que 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 concreto caso en cuyo ámbito la norma controlada había de encontrar aplicación. Esta concreción en el planteamiento de la cuestión convive con la abstracción del enjuiciamiento llevado a cabo por el Tribunal, no obstante lo cual, como señala Jiménez Campo⁷², ese planteamiento de origen no parece que haya de carecer de una cierta repercusión sobre el propio juicio constitucional, pues en la determinación del sentido de los enunciados normativos puede llegar a ejercer un cierto influjo, por pequeño que sea, el caso litigioso en suspenso sobre el que posteriormente se ha de pronunciar el juez *a quo*.

La presencia de elementos difusos en los sistemas de control concentrado se acentúa aún más si se advierte que en algunos países, como es el caso de Alemania, son los jueces ordinarios los que pueden controlar la constitucionalidad de las leyes preconstitucionales, y que en otros varios, a esos mismos órganos jurisdiccionales corresponde, por la vía del control de legalidad, controlar la constitucionalidad de las normas infralegales.

IV. El sistema difuso ha encontrado su mayor receptividad en los sistemas de *common law*; ello no obstante, en los sistemas de la familia romano-germánica, como los denomina David⁷³, 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 jurí-

71. Alessandro Pizzorusso: *I sistemi di giustizia costituzionale...*, pág. 525.

72. Javier Jiménez Campo: “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)*, Tribunal Constitucional-CEC, Madrid, 1995, págs. 71 y ss.; en concreto, págs. 77-78.

73. René David: *Les grands systèmes de droit contemporains*, 7ª ed., Dalloz, Paris, 1978.

dicas, y aún 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, sin ánimo de entrar ahora en una cuestión a la que nos referiremos más adelante (la superación del rol kelseniano del “legislador negativo”), si quisiéramos aludir al notabilísimo enriquecimiento de los fallos de los Tribunales Constitucionales, que ya no se limitan a ejercer un rol puramente negativo, sino que han asumido en plenitud la función propia de un legislador positivo, 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.

En relación a Italia, Zagrebelsky⁷⁴ 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 conducido a la *Corte Costituzionale* a admitir una declaración de inconstitucionalidad tan sólo de la norma (no de la disposición de la que aquella proviene), y a la frecuente utilización de este instrumento.

V. Un nuevo elemento de convergencia entre ambos sistemas 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* y la eficacia de los efectos *erga omnes* de las sentencias de los Tribunales Constitucionales. Ello ha

74. Gustavo Zagrebelsky: *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, págs. 152-153.

sido posible porque el contenido de muchos de los pronunciamientos de estos últimos órganos ha sido 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 jurídico⁷⁵. Ello ha conducido a las sentencias interpretativas, que, como subraya Crisafulli⁷⁶, “sono nate da un, esigenza pratica, e non da astratte elucubrationsi 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 anterior), 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 dinámico⁷⁷, se puede comprender la gran expansión que este tipo de sentencias ha tenido. Ellas han terminado, en la práctica, por dar lugar a la eficacia del precedente en términos semejantes a como sucede en el modelo americano⁷⁸.

VI. El acercamiento entre los dos grandes sistemas tradicionales de control de la constitucionalidad que propicia, muy particularmente, el instituto procesal de la cuestión de inconstitucionalidad no sólo hace posible encontrar una más amplia unidad entre los dos modelos históricos, sino que, como bien advierte Pizzorusso⁷⁹, es revelador de que entre ellos es el sistema americano el que se

75. Thierry di Manno: *Le juge constitutionnel et la technique des décisions ‘interprétatives’ en France et en Italie*, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, París, 1997, pág. 74.

76. Vezio Crisafulli: “La Corte Costituzionale ha vent’anni”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXI, 1976, fasc. 10, págs. 1694 y ss.; en particular, pág. 1.703.

77. 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. Gaetano Silvestri: “Le sentenze normative della Corte Costituzionale”, en el colectivo, *Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore...*, op. cit., pág. 755 y ss.; en concreto, pág. 757.

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

79. Alessandro Pizzorusso: *I sistemi di giustizia...*, op. cit., pág. 527.

reafirma con una posición verdaderamente central, no entrañando el modelo concentrado más que modificaciones estructurales respecto de aquél.

Esta centralidad del sistema americano no es casual, sino que responde a unas 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 periodo 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.

Ello irá unido a una concepción de la Constitución muy próxima a la norteamericana, esto es, a una visión que la concibe, como la visionara Corwin en un trabajo clásico⁸⁰, 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 la norma contraria a la constitucional.

Esta eficacia normativa superior de la Constitución no podrá explicarse, como advirtiera Bachof⁸¹, 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.

A partir de estas premisas: la concepción de la Constitución como “ley superior”, el carácter “limitado” del gobierno, esto es, de los poderes constituidos, genialmente expuesto por Hamilton en el artículo LXXVIII de *El Federalista*⁸², y que Marshall tomaría como punto central de apoyo de su celeberrima Sentencia⁸³,

80. Edward S. Corwin: “The ‘Higher Law’ background of American Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, XLII, 1928-1929, pág. 149 y ss., y 365 y ss.

81. Otto Bachof: *Grundgesetz und Richtermacht*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959. Manejamos el texto de la traducc. española, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 39-40.

82. Hamilton, Madison y Jay: *El Federalista*, FCE, 1ª reimpr. de la segunda edición española, México, 1974, págs. 330-336.

83. C. Herman Pritchett: *The American Constitution*, McGraw-Hill, New York, 1959. Manejamos la traducción española, *La Constitución Americana*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, pág.191.

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 que diseñara la Constitución austriaca de 1920, que había proyectado su influencia sobre el constitucionalismo de entreguerras.

Zagrebel'sky⁸⁴ 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 austriaco-kelseniano, opción, como ha señalado García de Enterría⁸⁵, 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 autor⁸⁶ sostiene, de modo rotundo, 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 (art. 92) del Capítulo IX, dedicado a la Jurisdicción (*Die Rechtsprechung*)⁸⁷.

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”, 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.

Esta visión creemos que, en lo sustancial, es suscribible, bien que, como veremos más adelante, la concepción kelseniana del legislador negativo, ha opera-

84. Gustavo Zagrebelsky: *La giustizia costituzionale*, op. cit., pág. 321.

85. Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 133-134.

86. *Ibidem*, pág. 134.

87. Recordemos que en la Constitución austriaca de 1920 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.

do 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.

VII. 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 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 Heyde⁸⁸ en relación a la República Federal Alemana, va a gozar de una posición de excelencia en el Estado libre de Derecho que ha querido la Ley Fundamental. Y en sintonía con ello, frente a los criterios exclusivamente formales del art. 103 de la Constitución de Weimar⁸⁹, el art. 92 de la *Grundgesetz*, norma de apertura del Capítulo dedicado a la Jurisdicción⁹⁰, contiene un plus de garantías constitucionales del poder judicial, lo que ha conducido a una opinión doctrinal y jurisprudencial (del Tribunal Constitucional) casi unánime en torno a que la *Grundgesetz* parte de un concepto material de jurisdicción. Ello va a tener mucho que ver con la cláusula de protección jurisdiccional del art. 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 esta forma en los garantes de los derechos, o por lo menos en los garantes ordinarios, pues a ellos se sumará, primero por las previsiones legales y desde 1968 por la determinación de la propia *Grundgesetz*, el Tribunal Constitucional, por intermedio del instituto procesal de la *Verfassungsbeschwerde* o recurso de queja constitucional.

88. Wolfgang Heyde: “La Jurisdicción”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, op. cit., págs. 767 y ss.; en concreto, págs. 769 y 772.

89. El art. 103 de la Constitución de 1919 se limita a decir que: “La justicia se ejerce por el Tribunal del Reich (*Reichsgericht*) y por los Tribunales de los Länder”.

90. De acuerdo con el art. 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”.

También en Italia el cambio de circunstancias se traducirá en una nueva visión del poder judicial. A ella se refiere Mortati⁹¹, 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, Martines⁹² significará que aunque no existe una función de dirección política (un *indirizzo 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 mecánico 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, el constitucionalismo de la segunda postguerra va a revitalizar el poder judicial, convirtiéndolo en una de las piezas esenciales 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, que puedan aplicar la Constitución como norma limitadora de la actuación de los poderes públicos y que, aún estándoles vedada la inaplicación de aquellas normas legales que, con ocasión de su aplicación en una litis, interpreten contradictorias con la Norma suprema, 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, residiéndose en él tan sólo un monopolio de rechazo, como ya tuvimos oportunidad de destacar.

Insistiendo en una idea reiteradamente expuesta, pero que nos parece clave para la comprensión de este proceso de convergencia de ambos sistemas de control de constitucionalidad, en el trasfondo del trascendental cambio de posición

91. Costantino Mortati: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II, 9ª ed., CEDAM, Padova, 1976, págs. 1248-1250.

92. Temistocle Martines: *Diritto Costituzionale*, 8ª ed., Giuffré, Milano, 1994, pág. 522.

del constituyente de la segunda postguerra, cambio que se expandirá por doquier en las décadas sucesivas, frente, por ejemplo, a la postura del constituyente austriaco en los años veinte, hay que situar los hechos que tanto en Alemania como en Italia convertirán al legislador en el más peligroso enemigo del ordenamiento constitucional de los derechos, propiciando, en una clara aproximación al modelo anglosajón, el fortalecimiento del rol constitucional de los jueces.

VIII. Llegados aquí, pueden comprenderse con mayor facilidad si cabe los procesos de convergencia que se han venido produciendo en el último medio siglo entre los antaño dos contrapuestos sistemas de justicia constitucional. Tales procesos han propiciado que un cierto sector de la doctrina⁹³ visualice 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 decisoria⁹⁴.

Sin embargo, ni siguiera la identificación de este *tertium genus* agotaría la clasificación de los muy dispares sistemas de control que los ordenamientos nos muestran. Prueba de ello es que la misma doctrina⁹⁵ avanza la existencia de un *quartum genus* que abarcaría países tales como Portugal, Grecia 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 señala Pizzorusso⁹⁶, 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 evolución histórica, de influencias culturales, en fin, de un dispar conjunto de variables difícilmente reconducibles a cri-

93. Este es el caso, por ejemplo, de Lucio Pegoraro: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, pág. 27.

94. El propio Pegoraro (Ibidem, pág. 30) entiende que el ordenamiento italiano configura un sistema que puede ser considerado como “mixto” desde diferentes perspectivas.

95. Lucio Pegoraro: *Lineamenti...*, op. cit., págs. 39-45.

96. Alessandro Pizzorusso: *I sistemi...*, op. cit., págs. 530-531.

terios 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 bipolares⁹⁷.

Por otro lado, las transformaciones experimentadas por los otrora clásicos modelos de control de constitucionalidad, su progresiva convergencia, la galopante hibridación y mixtura de fórmulas procesales, de las que nos ofrecen buena muestra no sólo algunos países europeo-occidentales, sino aún más ciertos países latinoamericanos y algunos otros de Europa oriental, son otras tantas razones que explican la pérdida de utilidad analítica de la tradicional contraposición antinómica entre el sistema americano de la *judicial review of Legislation* y el sistema europeo-kelseniano de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

4. La quiebra frontal de la concepción kelseniana del “legislador negativo”

I. 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, como recuerda Pizzorusso⁹⁸, 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 aún en el austriaco-kelseniano, las decisiones de los jueces constituían fuentes del derecho en este sentido.

Esta apreciación, aunque sustancialmente suscribible, quizá debiera matizarse recordando el hecho de que la *judicial review of Legislation* 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*.

97. En análogo sentido se manifiesta Giancarlo Rolla, en “El control de constitucionalidad en Italia. Evolución histórica y perspectivas de reforma”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, enero-abril 1998, pág. 137 y ss.; en concreto, pág. 177.

98. Alessandro Pizzorusso: *I sistemi...*, op. cit., pág. 522.

Desde luego, es en el modelo de control concentrado en un Tribunal Constitucional donde una más notable novedad supone la asunción por el Juez constitucional del rol propio de un legislador positivo.

En su diseño de un modelo de justicia constitucional, como ya se expuso, Kelsen trató de limitar la intervención del Tribunal Constitucional a una función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, expulsando del ordenamiento aquellas normas que dicho órgano considerara contrarias a la Constitución, que de esta forma, como ha dicho García de Enterría⁹⁹, viene a operar en el modelo kelseniano como un simple parámetro de un quitaesenciado 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 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 controversias*, 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 funciones propias del legislador.

Sin embargo, ya hemos tenido oportunidad de exponer cómo algunos aspectos del propio diseño kelseniano entrañarían una cierta relativización de ese rol meramente negativo que teóricamente había de asumir el Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, su facultad de decidir la reviviscencia de normas derogadas por las leyes declaradas inconstitucionales, que, como en relación a Italia considera Zagrebelsky¹⁰⁰, no debiera ser tarea 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 Constitución.

En la raíz de esta problemática se encontrarían, como advierte algún sector de la doctrina¹⁰¹, las mismas exigencias, embrionariamente advertidas por el pro-

99. Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma...*, op. cit., pág. 61.

100. Gustavo Zagrebelsky: *La giustizia...*, op. cit., pág. 160.

101. Adriano Giovannelli: *Alcune considerazioni...*, op. cit., pág. 391.

pio Kelsen, que, intentando superar la rígida alternativa entre sentencias estimatorias y sentencias de rechazo, conducirían de hecho a los Tribunales Constitucionales contemporáneos a forjar un conjunto de dúctiles y sofisticados instrumentos jurídicos a cuyo través han logrado desempeñar un rol no meramente negativo, sino también una función en cierto sentido creadora, positiva, aunque se trate, como dijera Crisafulli¹⁰², “*di una legislazione a rime obbligate*”, pues el Tribunal no inventa algo, sino que extiende, explicita o especifica cualquier cosa que, si bien en estado latente, ya se hallaba comprendida en el sistema normativo en vigor.

En definitiva, la teoría del legislador negativo, pese a responder a una lógica indiscutible, no dejó de presentar ya en la propia teoría kelseniana algún punto de relativización, si es que no de inflexión.

II. 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 ya dijimos, esa nueva concepción de los Tribunales Constitucionales como auténticas jurisdicciones más que como legisladores negativos.

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 Calamandrei¹⁰³, se manifiesta en una doble vertiente: por medio de una acción de estímulo frente al legislador y mediante una cooperación activa al indirizzo político. En efecto, aunque la función de la *Corte Costituzionale* (aunque ello, como regla general, es predicable respecto de otros muchos Tribunales Constitucionales) 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, muy poco 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, situaba al legislador en la tesitura urgente de rellenar tales vacíos), como frente a su discrecionalidad (y ello, pese a la previsión del art. 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

102. Vezio Crisafulli: *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, op. cit., pág. 1.707.

103. Piero Calamandrei: “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, I, pág. 7 y ss. Recogido en la obra del propio autor, *Studi sul processo civile*, vol. 6º, CEDAM, Padova, 1957, págs. 210 y ss.; en concreto, págs. 254-258.

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 legislativo¹⁰⁴.

Por otro lado, según el propio procesalista italiano¹⁰⁵, las decisiones de la Corte Costituzionale no tendrán sólo el efecto aparentemente negativo, expreso 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 es absolutamente concordante al respecto. Modugno¹⁰⁶ considera al efecto que la Corte italiana 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 operativamente los principios contenidos en las sentencias, incluso en las de rechazo. La conclusión es, pues, que la Corte asume una función que técnicamente puede ser caracterizada como de impulso y de iniciativa calificada¹⁰⁷.

Las reflexiones que preceden son perfectamente proyectables al Tribunal Constitucional español. A título de ejemplo muy puntual, pero que ha encontrado otras muchas manifestaciones análogas, 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.

104. 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. Franco Modugno: *Corte Costituzionale e potere legislativo*, en Paolo Barile, Enzo Cheli y Stefano Grassi (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, pág. 19 y ss.; en concreto, págs. 47-48.

105. Piero Calamandrei: *Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*, op. cit., pág. 258.

106. Franco Modugno: *Corte Costituzionale e potere legislativo*, op. cit., págs. 54-55.

107. *Ibidem*, pág. 63.

Zagrebelsky, en una posición próxima a las expuestas, ha visualizado 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 suele decir, 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 a la par sus decisiones¹⁰⁸.

Zagrebelsky se ha mostrado, sin embargo, muy crítico con las 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, y muy particularmente, dentro de ellas, de aquellas 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 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 autor¹⁰⁹ inadmisibles y 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.

108. Gustavo Zagrebelsky: “La Corte Costituzionale e il legislatore”, en Paolo Barile, Enzo Cheli y Stefano Grassi (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo...*, op. cit., pág. 103 y ss.; en particular, págs. 103-105.

109. Gustavo Zagrebelsky: *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 Ohlinger¹¹⁰, y por nuestra parte tuvimos ya 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 medida mayor 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 art. 31.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz Über das Bundesverfassungsgericht. BVerfGG*), 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 Schlaich¹¹¹, 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, Béguin¹¹² 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 un análisis de carácter global, el propio autor llega a la conclusión¹¹³ de que la interpretación que el BVerfG efectúa de la Constitución contribuye a desarrollar el derecho programado por la Bonner Grundgesetz, propiciando una colaboración con el legislador con vistas a optimizar la normatividad constitucional.

110. Theo Ohlinger: *La giurisdizione costituzionale in Austria*, op. cit., pág. 547.

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

112. Jean Claude Béguin: *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, París, 1982, pág. 207.

113. *Ibidem*, pág. 295.

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 bajo la reserva de respetar un determinado número de exigencias, que precisa en los fundamentos de su decisión, se han multiplicado notablemente, 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 ha expuesto se desprende cómo la caracterización kelseniana del Tribunal Constitucional, en países con sistemas de control no coincidentes y en base a circunstancias bien dispares, ha sido objeto de fuertes embates que han propiciado su relativización, su desnaturalización si se quiere, aunque no, desde luego, el eclipse total de su influjo y proyección.

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, aún hoy, desvirtuar por completo el sentido limitador de la máxima, como bien se ha advertido en relación a España¹¹⁴. 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 mor 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 Valiente¹¹⁵, 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.

114. Javier Jiménez Campo: “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en Eliseo Aja (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, págs. 171 y ss.; en concreto, págs. 181-182.

115. Francisco Tomás y Valiente: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 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.

III. A modo de recapitulación, puede comenzar señalándose 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 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.

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 de más está decir que la anulación de una norma y su subsiguiente expulsión del ámbito ordinamental es obvio que produce 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 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 el principio de seguridad jurídica, la conveniencia de evitar problemas mayores de los que se traten de atajar con las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad, con la subsiguiente búsqueda de fórmulas más flexibles que la pura dicotomía validez/nulidad¹¹⁶, la multiplicación del número de leyes, de lo que constituye buena muestra el fenómeno de las *leggine italiane*, 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

116. Como afirma Modugno, la estricta alternativa *accoglimento/rigetto* dispuesta en el diseño constituyente italiano, no fue sino fruto de la ingenuidad (quizá también, diríamos nosotros, 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. Franco Modugno: *Corte Costituzionale e potere legislativo*, op. cit., pág. 48.

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 Weber¹¹⁷ en relación al Tribunal Constitucional Federal alemán (si bien su reflexión, a nuestro juicio, puede proyectarse 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 adviriera hace ya bastantes lustros Crisafulli, en ocasiones, parecen transformarse de jueces en legisladores¹¹⁸, 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 en la fundamentación de sus sentencias, que propician un *indirizzo* político o, como dice Pizzorusso¹¹⁹, el nacimiento de una *policy* que les es característica.

En definitiva, el quebrantamiento profundo 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.

5. La mixtura e hibridación de los actuales sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad.

1. La opción de los constituyentes de la inmediata segunda postguerra 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, iba a propiciar una hibridación del modelo kelseniano, que en lo sustancial seguirá presutando su estructura centralizada, con el control difuso, hibridación que encuentra su más significada manifestación en la introducción de las que en Italia se

117. Albrecht Weber: “Alemania”, en Eliseo Aja (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador*, op. cit., págs. 53 y ss.; en concreto, pág. 84.

118. Vezio Crisafulli: *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, op. cit., pág. 1.704.

119. Alessandro Pizzorusso: “Le contrôle de la Cour Constitutionnel sur l’usage par le législateur de son pouvoir d’appréciation discrétionnaire”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, II, 1986, pág. 35 y ss.; en concreto, pág. 50.

conocen como *questioni di legittimitá costituzionale*¹²⁰, que, como señala Silvestri¹²¹, introducirán una variante destinada a tener relevantes consecuencias sobre el núcleo esencial de la jurisdicción constitucional.

Ciertamente, ya la *Novelle* austriaca 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 Pegoraro¹²², “*a seguito della impetuosa espansione del costituzionalismo e della forma di Stato liberal democratica, i modi di fare giustizia costituzionale si sono ancor piú mescolati e complicati*”.

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 esos sistemas acogen rasgos propios de uno y otro modelo histórico, entremezclándolos a veces confusamente, dificultando con ello, de modo casi insuperable, todo intento de sistematización que siga teniendo como referente la tipología tradicional.

II. Un buen número de sistemas de justicia constitucional en Europa occidental corrobora la precedente reflexión. Sólo en Francia nos encontramos con un control de constitucionalidad 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

120. Además ya de la Constitución de 1947, la Ley constitucional de 9 de febrero de 1948, núm. 1, “*norme sui giudizi di legittimitá costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte Costituzionale*, aprobada por la propia Asamblea Constituyente el 31 de enero de 1948, ya contemplaba este instituto en su art. 1º.

121. Gaetano Silvestri: “La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo”, en *Storia d'Italia*, Annali, vol. 14, Einaudi, Torino, 1998, pág. 941 y ss.; en concreto, pág. 969.

122. Lucio Pegoraro: “La circolazione, la recezione e l'ibridazione dei modelli di giustizia costituzionale”. Trabajo a publicar en el nº 6 del *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Manejamos el texto original italiano mecanografiado, pág. 2.

esté 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, del norteamericano, no entremezcla por ello mismo elementos de los dos clásicos sistemas de control.

No puede afirmarse lo mismo de otros muchos países europeo-occidentales. 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* austriaco 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).

En 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 art. 67.2, 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 fren-

te, 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 Favoreu¹²³, el principio de que la justicia constitucional no se divide, pues aún 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 art. 100 de su Constitución instituye un Tribunal Especial Superior cuyas atribuciones, como de nuevo afirma Favoreu¹²⁴, semejan extrañamente las de un Tribunal Constitucional, al que se le atribuye (art.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, el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación o el Tribunal de Cuentas hubiesen pronunciado resoluciones contradictorias. Podría afirmarse, a la vista de esta opción, que en defecto de la unidad interpretativa a la que conduce la regla del *stare decisis*, en Grecia, un país 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 se ha señalado¹²⁵, más que ante una jurisdicción constitucional de tipo europeo, nos encontramos ante un tribunal de conflictos.

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 1691, que introdujo la forma republicana y federal en el Brasil y que asimismo recepcionó la *judicial review*. Lo cierto es que, como señala Bon¹²⁶, la Constitución de 1911 no sólo propiciará la introducción del modelo americano

123. Louis Favoreu: "Reflexiones sobre algunos problemas planteados por la justicia constitucional", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 3-4, abril-agosto 1988, pág. 47 y ss.; en concreto, pág. 50.

124. *Ibidem*.

125. Pierre Bon: 'Présentation générale', en la obra colectiva, *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, Economica, París, 1989, págs. 19 y ss.; en concreto, pág. 24.

126. *Ibidem*, pág. 31.

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 advierte Cappelletti¹²⁷, 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 constitucionales¹²⁸, 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 cantonales¹²⁹.

El control difuso se mantendría en Portugal incluso en la Constitución salazarista de 1933 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 del país, contempla el control difuso al disponer en su art. 207 que los tribunales no podrán aplicar a los hechos sometidos a su enjuiciamiento, normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o los principios en ella consignados. Sin embargo, a la par, la Constitución crea un Tribunal Constitucional (tras su reforma de 1982), cuyas resoluciones, de acuerdo con el art. 20 de la Ley 26/1982, 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. Canotilho¹³⁰ 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.

127. Mauro Cappelletti: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, 7ª reimpr., Giuffrè, Milano, pág. 54.

128. 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 (Pellegrino Rossi entre ellos) 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. Cfr. al efecto, Mauro Cappelletti: *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*, trad. de Héctor Fix Zamudio, Imprenta Universitaria, México, 1961, págs. 17-18.

129. 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 Kantonaes Recht*.

130. José Joaquim Gomes Canotilho: *Direito Constitucional e Teoría da Constituição*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pág. 907.

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 difuso y el que se reside en el Tribunal Constitucional, el art. 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.

Nos hemos detenido mayormente en Grecia y Portugal porque quizá estos dos países ejemplifiquen más que ningún otro la mixtura y entremezcla de elementos de uno y otro de los dos modelos históricos.

III. 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 atribuye a un Tribunal Constitucional, con patente influencia en algunos casos de los sistemas alemán y austriaco, del modelo francés en algún otro, e incluso, a juicio de Mazza¹³¹, del sistema griego, es lo cierto que también han incorporado mecanismos que, en sintonía con los sistemas que sobre ellos han influido, propician hablar de esa mixtura e hibridación.

Por referirnos 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 está presente un elemento difuso, pues todos ellos han recepcionado el instituto de la cuestión de inconstitucionalidad. Cualquier juez puede, normalmente a instancia de las partes de una litis de la que está conociendo, bien que en Rumania, como advierte Vasilescu¹³², con frecuencia, la excepción de inconstitucionalidad sea planteada de oficio o incluso por el procurador, cuando haya tomado parte en el proceso *a quo*, plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Las excepciones las encontramos en Bulgaria, donde sólo el Tribunal de Casación y el Tribunal Administrativo Supremo están 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

131. Mauro Mazza: *La Giustizia Costituzionale in Europa Orientale*, CEDAM, Padova, 1999, pág. 425.

132. Florin Bucur Vasilescu: "La Justice Constitutionnelle en Roumanie", en Marc Verdussen (dir.), *La Justice Constitutionnelle en Europe Centrale*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1997, págs. 121 y ss., en concreto, pág. 144.

el Tribunal Constitucional, fórmula que recuerda la de la *Novelle* austriaca de 1929, y en Polonia, donde con anterioridad a la Constitución de 1997, en sintonía con el modelo austriaco, sólo el Tribunal Supremo, el Supremo Tribunal Administrativo y los órganos jurisdiccionales de apelación, podían plantear una cuestión de inconstitucionalidad. La Constitución de 2 de abril de 1997, de la República de Polonia, ha introducido importantes modificaciones en lo que atañe a la jurisdicción constitucional¹³³; en lo que ahora nos ocupa, ha legitimado para suscitar la cuestión de inconstitucionalidad a todos los tribunales, incluidos los de primera instancia.

Otra particularidad a destacar en relación a la cuestión de inconstitucionalidad la encontramos en Rumanía, donde el art. 23.3 de la Ley nº. 47, de 18 de mayo de 1992, sobre la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional¹³⁴, excluye del control por esa vía incidental las disposiciones cuya constitucionalidad haya sido establecida de acuerdo con el art. 145.1 de la Constitución de 1991, que a su vez consagra una fórmula que presupone sujetar los fallos de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional 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, o de un reglamento parlamentario, y tras el oportuno reexamen por las Cámaras, si la ley fuera adoptada en iguales términos por una mayoría, al menos, de dos tercios de los miembros de cada Cámara, la objeción de inconstitucionalidad queda rechazada, convirtiéndose en obligatoria la promulgación de la ley, y no pudiendo, como antes se dijo, ser cuestionada tal norma por la vía incidental.

Las modalidades de control son, en este área de países, bien diversas. Así, atendiendo al momento en que el control se lleva a cabo y refiriéndonos al control de la ley (no de su aplicación), en Rumanía, que según Fromont¹³⁵ ha adoptado el sistema francés, lo que es perfectamente válido respecto del control de las leyes, en cuanto que ha de llevarse a cabo con anterioridad a su promulgación, tratándose por tanto de un control preventivo, aunque no lo es respecto de los reglamentos parlamentarios, cuyo control puede ser preventivo o sucesivo. En definitiva, en Rumanía, sin duda por influjo francés, el control de la Ley es preventivo, aunque no preceptivo.

133. Cfr. al respecto, Leszek Lech Garlicki: “La Justice Constitutionnelle en Pologne”, en Marc Verdussen (dir.), *La Justice Constitutionnelle en Europe Centrale*, op. cit., págs. 87 y ss.; en particular, págs. 117-120.

134. Puede verse el texto de esta Ley en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, IX, 1993, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, París, 1995, pág. 724 y ss.

135. Michel Fromont: *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, París, 1996, págs. 25 y 70.

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, Klíma¹³⁶ señala que debe presuponerse que en el momento previo a la ratificación, el Parlamento deberá examinar las eventuales contradicciones entre el tratado y las leyes constitucionales. Sólo si tal contradicción surgiera más tarde, correspondería resolver al Tribunal Constitucional, a título de cuestión preliminar.

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 nueva Constitución polaca de 1997 ha mantenido el control *a priori* de las leyes, a iniciativa exclusiva del Presidente de la República, tal y como acontecía precedentemente. También en Hungría cabe un control previo sobre los proyectos de ley, el Reglamento de la Asamblea Nacional con anterioridad a su adopción, las leyes aprobadas aunque aún no promulgadas y los tratados internacionales. En cualquier caso, conviene precisar que tanto en Polonia como en Hungría, es el control sucesivo el predominante.

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. En este amplio conjunto de países europeo-orientales ha tenido una notable recepción el llamado recurso de queja constitucional (el *Verfassungsbeschwerde* alemán) o recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por violación de derechos constitucionales, acogido en Polonia por la Constitución de 1997 (la queja puede ser planteada por cualquier persona cuyos derechos o libertades constitucionales hayan resultado violados por una decisión firme de un tribunal o de un órgano de la Administración pública), en la República checa (en donde, cuando se formula por una persona física o jurídica, su diseño es muy semejante al del instituto equivalente alemán, si bien cabe asimismo que el Consejo Municipal de un Municipio plantee un recurso de queja por violación de la autonomía municipal, recurso que se halla abierto asimismo a algún otro órgano de una unidad territo-

136. Karel Klíma: "La Justice Constitutionnelle en République Tchèque", en Marc Verduseen (dir.), *La Justice Constitutionnelle...*, op. cit., pág. 193 y ss.; en concreto, pág. 214.

rial autónoma superior a la del Municipio), en la República eslovaca (la demanda constitucional puede ser planteada por cualquier persona física o jurídica contra decisiones de la Administración del Estado, central o local, o de una Administración territorial autónoma, vulneradoras de derechos o libertades fundamentales de los ciudadanos), en Hungría (donde cualquier persona puede dirigir una queja constitucional al Tribunal Constitucional en razón a la violación de sus derechos, bien que, como se pusiera de relieve hace unos años¹³⁷, las quejas constitucionales no representaban más que el 2 por 100 del total de recursos ante el Tribunal Constitucional) y, finalmente, en Rusia, donde, aún contemplándose un recurso individual colectivo directo, 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 Constitucional¹³⁸.

IV. América Latina nos ofrece un verdadero laboratorio en lo que a la búsqueda de fórmulas peculiares de justicia constitucional se refiere, laboratorio que se ha venido gestando a lo largo de un dilatadísimo proceso histórico¹³⁹. En cualquier caso, esas fórmulas no hacen sino confirmar la mixtura e hibridación a que venimos refiriéndonos.

En Guatemala, Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador, entre otros países, 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 art. 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. 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

137. László Trócsányi: “La Justice Constitutionnelle en Hongrie”, en Marc Verdussen (dir.), *La Justice Constitutionnelle...*, op. cit., pág. 53 y ss.; en concreto, pág. 69.

138. Mauro Mazza: *La Giustizia Costituzionale in Europa Orientale*, op. cit., págs. 200-201.

139. Cfr. al efecto, Francisco Fernández Segado: “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*, Editorial Porrúa, México, 2001, págs. 3-55.

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 art. 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 por la Ley de la materia.

Aunque la regla general es la del control sucesivo, salvo en algunos países como Bolivia, donde los tratados internacionales son objeto de un control preventivo, esto es, antes de la prestación por el Estado de su consentimiento para obligarse, no faltan excepciones a dicha regla.

Así, en Chile, por influjo francés, 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 agota en Chile el control de constitucionalidad. Por el contrario, éste se complementa por 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 o cuyo conocimiento le fuere sometido a través del llamado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puede declarar inaplicable con efectos para 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 (control preventivo de la ley, facultativo o preceptivo, según el tipo de ley de que se trate) y en la Corte Suprema de Justicia (control de la aplicación de la ley), ha planteado, como dice Nogueira¹⁴⁰, 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 cri-

140. Humberto Nogueira Alcalá: "El Tribunal Constitucional chileno", en el colectivo, *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*. Lecturas Constitucionales Andinas, n°. 4, Comisión Andina de Juristas--Konrad Adenauer Stiftung, Lima, 1995, pág. 111 y ss.; en concreto, pág. 141.

terios 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 Leyes estatutarias (entre otras, las relativas a los derechos y deberes fundamentales, a la administración de justicia, a los partidos políticos..., etc.). 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, cualquier persona física, aunque, según jurisprudencia de la propia Corte, no jurídica.

Estos mecanismos de control coexisten, como es bien conocido, con la acción de amparo, tutela o protección, 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, en el Perú, de acuerdo con el art. 298.2 de la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional conoce en casación de las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo, agotada la vía judicial.

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 evolucionando, 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 Vanossi¹⁴¹, esta doctrina suponía la creación pretoriana por la Corte Suprema de una acción directa de inconstitucionalidad.

141. Jorge Reinaldo A. Vanossi y Pedro Fermín Ubertone: “Instituciones de defensa de la Constitución en Argentina”, en el colectivo, *La Constitución y su defensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, pág. 87 y ss.; en concreto, pág. 191.

lidad en el orden nacional, algo, evidentemente, bien alejado del modelo de partida, el de la *judicial review of Legislation*.

La Corte Suprema argentina, ciertamente, volvió a cambiar el sentido de su jurisprudencia en este punto en 1973, para retornar a la doctrina establecida en el caso *Outón* en 1985. La reforma constitucional de agosto de 1994 dispuso cualquier duda al efecto al habilitar ahora el apartado primero del art. 43 de la Constitución nacional al juez que conozca del amparo para la declaratoria de la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva, lo que ha significado, según Hitters¹⁴², la puesta en marcha, a través del amparo, de una acción de inconstitucionalidad en una causa concreta.

Distinta ha sido la concepción del juicio de amparo en México, en donde, como subrayara Burgoa¹⁴³, el juicio de amparo, como corroboran sus antecedentes históricos, se ha revelado como un medio jurídico de protección 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 y no únicamente los preceptos en que consagraba las garantías individuales. A partir de este precedente puede entenderse que a nivel federal se haya admitido el amparo contra leyes, bien que se requiera que tales leyes sean autoaplicativas, quedando legitimadas para interponer el juicio 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 del plazo de treinta días, a partir del siguiente de la entrada en vigor de la ley, para su impugnación. Digamos de nuevo con Burgoa¹⁴⁴ que el control de la Constitución y la protección del gobernado frente al poder público, son los dos objetivos lógica y jurídicamente inseparables que integran en México la teleología esencial del juicio de amparo.

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

142. Juan Carlos Hitters: "La Jurisdicción Constitucional en Argentina", en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson (y otras) Madrid, 1997, pág. 283 y ss.; en concreto, pág. 301.

143. Ignacio Burgoa: *El juicio de amparo*, 20ª ed., Editorial Porrúa, México, 1983, pág. 145.

144. *Ibidem*, pág. 148.

Así, en Irlanda, aunque la Constitución de 1937 continúa la tradición anglo-americana de la *judicial review*, lo cierto es que, a tenor de su art. 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 Silva llama un sistema mixto de control difuso y concentrado, con clara tendencia a la ampliación de este último desde la Constitución de 1988¹⁴⁵. 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 (*acao direta de inconstitucionalidade*) de una ley o acto normativo federal o estatal (art. 102.1, 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 destacado 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 importancia, presentándonos, según Morello¹⁴⁶, como el mecanismo más eficaz, en el orden nacional, del control judicial de constitucionalidad.

Basta con recordar que la *judicial review* norteamericana se vincula íntimamente con el concepto sobre el que se apoya el sistema judicial, que es el de liti-

145. José Alfonso da Silva: “O controle de constitucionalidade das leis no Brasil”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, op. cit., págs. 387 y ss.; en concreto, pág. 394.

146. Augusto M. Morello: *El recurso extraordinario*, 2º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 67.

gio (*litigation*), que se suscita cuando un caso o controversia es planteado ante un tribunal competente, por lo que, como dice Abraham¹⁴⁷, “*the solution of an issue in the judicial process depends on the decision handed down by the tribunal having jurisdiction. Consequently, neither the US 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, aún 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 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 a la acción declarativa de inconstitucionalidad, una de las piezas más polifacéticas del Derecho procesal constitucional, como reconoce Sagüés¹⁴⁸, 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.

En definitiva, este repaso de Derecho comparado, que en modo alguno ha pretendido ser exhaustivo como es bien obvio, creemos, sin embargo, que es suficiente para mostrarnos con cierta 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 dimanen algunas otras, como es la que tradicionalmente ha venido diferenciando el sistema de la *judicial review of Legislation* del sistema kelseniano (que se

147. Henry J. Abraham: *The Judicial Process*, 7ª ed., Oxford University Press, New York-Oxford, 1998, pág. 258.

148. Néstor Pedro Sagüés, en el Prólogo a la obra de Maximiliano Toricelli, *El sistema de control constitucional argentino. La acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de tutela*, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 9.

tilda, con enormes pretensiones de generalidad, que la realidad no avala, de “europeo”) de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

6. A la búsqueda de una nueva tipología explicativa de las variables conformadoras del control de la constitucionalidad

I. De cuanto llevamos expuesto se desprende 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 reales de justicia constitucional.

Ciertos 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.

Baldassarre¹⁴⁹ 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 como límites respecto de los poderes públicos, sino también como factores positivos de orientación, integración y dirección, que operan como parámetros de legitimidad del ejercicio de los poderes públicos, particularmente de la función legislativa.

Pizzorusso¹⁵⁰, a su vez, contrapone los sistemas concretos frente 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 Llorente¹⁵¹ separa el modelo centrado en la ley de aquellos otros modelos centrados en la defensa de los derechos.

149. Antonio Baldassarre: *Parlamento e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato*, op. cit., pág. 11 y ss.

150. Alessandro Pizzorusso: *I sistemi ...*, op. cit., págs. 527-529.

151. Francisco Rubio Llorente: *Tendencias actuales...*, op. cit., pág. 1.416 y ss.

Fromont¹⁵², al igual que Pizzorusso, parte de la diferenciación entre procedimientos concretos y abstractos de control; cada uno de ellos responde a una lógica distinta: una lógica subjetiva, los primeros, frente a una lógica objetiva los segundos. Sin embargo, no siempre existe una perfecta concordancia entre el tipo de procedimiento y la lógica que se halla detrás del mismo, lo que conduce a este autor a una clasificación más compleja en la que se entremezclan ambos elementos (el procedimiento y la preponderancia del carácter subjetivo u objetivo del control).

Finalmente, bien que, desde luego, sin ánimo exhaustivo, Pegoraro¹⁵³, como de alguna manera se ha expuesto ya con anterioridad, partiendo de los dos modelos clásicos, diferencia un *tertium genus* que, junto a elementos característicos de la construcción kelseniana (como la concentración de las decisiones en un órgano jurisdiccional y los efectos *erga omnes* de las sentencias), incorporaría algunos rasgos típicamente estadounidenses (un cierto grado de “difusión” de la justicia constitucional y la garantía del carácter incidental del control). Junto a este modelo, Pegoraro¹⁵⁴ identifica un *quartum genus* que visualiza en Portugal, Grecia, Rusia y algunos países latinoamericanos. A su vez, la circulación de estos modelos propiciará una muy amplia pluralidad de situaciones.

II. Por nuestra parte, no pretendemos establecer una nueva clasificación a la que hayan de reconducirse los diversos modelos reales de justicia constitucional, sino, con una finalidad de mayor alcance analítico, diferenciar un muy plural conjunto de variables, asentadas en la mayor parte 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, se presentan entremezcladas en los muy heterogéneos sistemas 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.

Vaya por delante asimismo que no pretendemos ahora desarrollar casuísticamente este plural conjunto de variables articuladas; ésta será una tarea que intentaremos llevar a cabo en otro momento.

152. Michel Fromont: *La justice constitutionnelle dans le monde*, op. cit., pág. 42 y ss.

153. Lucio Pegoraro: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, op. cit., págs. 27-28.

154. *Ibidem*, págs. 39-45.

III. Hemos de partir, como núcleo central de esta vertebración, de una doble modalidad de control de la constitucionalidad: el control de la ley, que presupone que tal control constitucional se lleva a cabo en ausencia de todo litigio judicial previo, así como también de todo conflicto de intereses subjetivos, y el control con ocasión de la aplicación de la ley, que presupone unos rasgos contrapuestos a la anterior modalidad de control.

Esta diferenciación, aunque con reminiscencias evidentes de la contraposición control abstracto/control concreto, nos parece más pertinente siquiera sea porque, a nuestro juicio, permite una más nítida comprensión del control que posibilita la cuestión de inconstitucionalidad, que no cabiendo duda alguna acerca 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 conduce 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 ley¹⁵⁵.

B) De otro lado, la naturaleza del interés constitucional que se trata de salvaguardar por intermedio del control, debiendo diferenciar al respecto 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:

155. Dentro, a su vez, del control sucesivo quizá tenga cierto interés distinguir según que el control se halle delimitado temporalmente o no existe límite temporal para su verificación.

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 puede efectuar el control constitucional de una norma que ha de aplicar en un caso litigioso del que esté conociendo, y un control concentrado, en el que ese control corresponde a un órgano único, sea un Tribunal Constitucional, sea, como sucede por ejemplo en Uruguay o Panamá, 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, y muy frecuente en Europa, 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 es consustancial a un procedimiento de amparo o queja constitucional; por el contrario, al margen del amparo, en ocasiones, un individuo puede desencadenar un control de constitucionalidad directamente contra una ley que aún no siendo objeto de un acto de aplicación, por su carácter autoaplicativo, afecta la esfera de intereses legítimos del individuo en cuestión. En tal caso sería aquí donde tendría encaje el control instado por tal persona. Por poner algunos ejemplos específicos, pensemos en el art. 140.1, *in fine*, de la Constitución austriaca, 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 acción popular de inconstitucionalidad, cuyo origen se remonta a mediados del siglo XIX, se halla desligada de la afectación de la ley a los derechos o intereses de una persona, vin-

culándose expresamente, como afirma Cifuentes¹⁵⁶, con el derecho 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 para llevar a cabo 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. Lo mismo puede afirmarse respecto de la Corte Suprema de Justicia (a través de su Sala Constitucional) de Paraguay. Y otro tanto habría que decir en relación a los efectos de las sentencias de la Corte Suprema chilena (que, recordémoslo, monopoliza el control sucesivo de las leyes) dictadas con ocasión de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

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, sí se puede apreciar un progresivo deslizamien-

156. Eduardo Cifuentes Muñoz: “La Jurisdicción Constitucional en Colombia”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, op. cit., pág. 469 y ss.; en concreto, pág. 475.

to del control de constitucionalidad de la ley al control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de las leyes, pauta 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.

LA OBSOLESCENCIA DE LA BIPOLARIDAD “MODELO AMERICANO-MODELO EUROPEO-KELSENIANO” COMO CRITERIO ANALÍTICO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA

Control de constitucionalidad de la ley.	Según el momento de verificación del control.	Control preventivo. Control sucesivo: - Limitado en el tiempo - Sin límite temporal
	Según la naturaleza del interés constitucional a salvaguardar.	Control objetivo o en interés del orden constitucional general. Control competencial o en interés del orden constitucional de competencias.
Control de Constitucionalidad	Según la pluralidad o unicidad de órganos competentes para controlar.	Control difuso. Control concentrado.
	Según la instancia desencadenante del control.	Control instado por un órgano judicial. Control instado por una persona lesionada en sus derechos o afectada en sus intereses legítimos. Control instado por los órganos constitucionales del Estado. Control instado por los entes territoriales.
	Según la eficacia de las sentencias.	Control con efectos en el caso concreto. Control con efectos <i>erga omnes</i> .
Control de constitucionalidad de la aplicación de la ley.		