

## LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ANTE EL SIGLO XXI

### (La quiebra de la bipolaridad “sistema americano-sistema europeo-kelseniano” y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad)

por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO \*

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

### 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 espartanos 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 Jean 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 legislador <sup>1</sup>.

En este ámbito de inquietudes históricamente compartidas no ha de extrañar la conocida doctrina formulada por el juez Edward Coke en el 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 sería 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* <sup>2</sup> frente a los posibles arbitrios del Rey y del Parlamento, será plenamente recepcionada en las Colonias, primeros y en el nuevo Estado independiente más tarde, Y si los jueces, en un primer momento, se habían encargado de velar por las Cartas coloniales, una suerte de normas constitucionales de las Colonias, aprobada la Constitución de 1787, a la que, como es sobradamente conocido, se dota de una 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 lo definiera Wilson a principios del siglo XX <sup>3</sup>.

A la vista de lo expuesto, bien puede decirse que la idea de la justicia constitucional parece ser hija de la cultura del constitucionalismo, esto es, de una concepción de la democracia que en cuanto sustentada en un conjunto de valores sociales presididos por la idea y el valor de la libertad propicia un “gobierno limitado” por la Constitución entendida como *higher law*.

Ahora bien, si se tiene en cuenta, como bien señala Baldassarre <sup>4</sup> 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-Zamudio <sup>5</sup> 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 lo corrobora la imbricación entre la justicia constitucional y la democracia con su corolario de la incompatibilidad entre la primera y los regímenes dictatoriales <sup>6</sup>.

Desde esta perspectiva, la mundialización de la justicia constitucional, rasgo característico del último cuarto del siglo XX, adquiere su más plena comprensión 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 a 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 post guerra, 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 ella 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 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 Llorente <sup>7</sup>, hablar hoy de un “sistema europeo” carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre 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 lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley. La primera modalidad de control presupone que el control de constitucionalidad se pone en manos de la jurisdicción constitucional en ausencia no ya de 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.

## **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 posguerra. Por un lado, la Constitución de Weimar propiciará un desarrollo de la jurisdicción constitucional que nos ofrece, como bien se ha advertido <sup>8</sup>, una imagen contradictoria y policroma, 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 Austríaca, 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 Volpe <sup>9</sup> encontrará su concreción emblemática en el “*Staatsgerichtshof*” <sup>10</sup> previsto por el art. 108 de la Constitución de Weimar y desarrollado por una ley del 9 de julio de 1921. Las competencias de este órgano girarán efectivamente 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 doctrina <sup>11</sup> 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 del 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 control <sup>12</sup> se unió la que Sontheimer <sup>13</sup> 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 y en cuanto ese principio de igualdad no había de ser interpretado en un mero sentido formal, sino también, y primigeniamente, como un principio material que había de vincular al propio legislador. Así lo expondría Erich Kaufmann, entre otros muchos, resumiendo la posición mayoritaria, en el 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 1926 <sup>14</sup>, 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” (*Freirechtsbewegung*), movimiento cuyo inicio se hace coincidir con la publicación en 1885, de la obra de Oskar von Bulow, *Gesetz und Richteramt (La ley y la magistratura)* <sup>15</sup>, o de la teoría de la “comunidad del pueblo” (*Volksgemeinschaft*), deudora en el plano jurídico de la

concepción romántica del “espíritu del pueblo” (*Volksgeist*), que concibe al derecho como una forma de vida de la colectividad popular, como el auténtico y esencial ordenamiento del pueblo, 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 (*Gesetzmäßigkeit*) por el de juridicidad (*Rechtmässigkeit*). 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*” postularan el fin de la soberanía de la ley. Como recuerda Volpe<sup>16</sup>, 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 éstas 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 Schmitt<sup>17</sup> 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 austríaca 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 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 hiper-conservadoras,

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”<sup>18</sup>.

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 alemana<sup>19</sup>.

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.

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 Lambert<sup>20</sup>, en cuanto que tal dirección se conectaba con posiciones mayoritariamente conservadoras cuando no, lisa y llanamente, antidemocráticas.

El propio *Kelsen* admitiría de modo expreso<sup>21</sup> que aunque con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución austríaca de 1920, los tribunales austríacos tenían la facultad de apreciar la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos limitándose por el contrario, en lo que al control constitucional de las leyes se refería, al estrecho marco o límite de verificar su correcta publicación y una de las metas de la Constitución de 1920 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 jurídica 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, y 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 jueces<sup>22</sup>. Como bien advierte Volpe<sup>23</sup>, la meditación “vieneses” de *Kelsen* se delinea sobre un fondo caracterizado por la peculiar situación del período 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 está 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 basa en realidad en una dicotomía, dado que lo que se expresa en la distinción entre los tres poderes del Estado es la diferencia existente entre creación y aplicación del derecho <sup>24</sup>. 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 derecho <sup>25</sup>. La unidad del orden jurídico de este conjunto de normas jerarquizadas en distintos niveles <sup>26</sup>, 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 y 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 jurídico <sup>27</sup>.

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 ordenamiento jurídico <sup>28</sup>. 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 *Kelsen* <sup>29</sup>, *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 las que a continuación nos vamos a referir, como creemos se desprende de todo lo expuesto, dimanar de unos presupuestos histórico-políticos e ideológicos contrapuestos que constituyen la última y más profunda *ratio* de la bipolaridad entre ambos modelos. *Volpe* <sup>30</sup> 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, encaminado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y a restablecer la supremacía del Parlamento, puesta en serio peligro por la batalla iniciada por amplios sectores del mundo jurídico en favor del control jurisdiccional 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.

Kelsen, en algún momento <sup>31</sup>, parecerá apuntar a los inconvenientes prácticos que en un sistema de *civil-law* como el austríaco 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 Calamandrei <sup>32</sup> 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 lo tanto, con efectos *ex tunc*) y obviamente presupone que todos los órganos jurisdiccionales (de la autoridad judicial como dice Calamandrei) puedan ejercitarlo.

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

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 austríaca 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 al 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 austríaco-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 Constitución<sup>33</sup>. 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 austríaco 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 austríaca 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 (*Verwaltungsgerichtshof*). 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 trataba<sup>34</sup>.

El origen de esta reforma se ha visto<sup>35</sup> 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, admitía <sup>36</sup> que la mayor garantía en orden al desencadenamiento del procedimiento de control de constitucionalidad, consistía ciertamente en la previsión de una “*actio popularis*”, de acuerdo con la cual el VfGH habría de proceder al control a instancias de cualquiera. “*C’est incontestablement de cette façon que l’interêt 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 entrañaría un muy considerable peligro de acciones temerarias, “*et le risque d’un insupportable encombrement des rôles*” <sup>37</sup>. 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 a actos administrativos) cuando entendieren que tales actos, aun siendo inmediatamente regulares, se hubieren realizado en ejecución de una norma irregular (ley inconstitucional o reglamento ilegal). Se trataría, en definitiva, como reconoce *Kelsen* <sup>38</sup> 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 de 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 Rubio Llorente <sup>39</sup>, 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 y que el Tribunal Constitucional sólo dispone de un monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales (que en el caso austríaco habría que ampliar a los reglamentos ilegales).

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 siempre es posible un recurso contra una sentencia dictada en primera instancia se puede comprender que la reforma de 1975, como indica Öhlinger <sup>40</sup>, 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 austríaca, iba a esconder, como ha significado García de Enterría<sup>41</sup>, y por nuestra parte ya destacamos en un momento precedente, una profunda significación por encima de su simple apariencia práctica.

En efecto, para Kelsen<sup>42</sup>, el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales no ejerce propiamente una verdadera función jurisdiccional, aun 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 negativa<sup>43</sup>.

En la caracterización del Tribunal como “legislador negativo”, no se ha de ver, como advierte Giovannelli<sup>44</sup>, 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 además 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 *Kelsen*<sup>45</sup>, 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 autorizada para interpretar la Constitución, aun cuando estuviese sometido en este aspecto al control judicial. En definitiva, mientras el juez constitucional no declarase inconstitucional una ley, la opinión del legislador, expresada en un acto legislativo tenía que ser respetada. De todo ello se infería, como es obvio, la naturaleza constitutiva de las sentencias 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 anulación<sup>46</sup>, *Kelsen* postula la conveniencia de facultar al Tribunal Constitucional para establecer -juntamente 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*”<sup>47</sup>.

A esta concepción kelseniana respondería la cláusula del art. 140 de la Constitución austríaca (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”<sup>48</sup>. 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 reconocer<sup>49</sup>, 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 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 Constitución<sup>50</sup>.

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 norteamericano.

III. Retornando a las diferencias que enfrentan a los dos sistemas de control de constitucionalidad, cabe recordar que una segunda contraposición atañe, según Calamandrei<sup>51</sup>, 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 cambia 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 idónea, bien que, en el plano de la realidad la rechazara por los peligros ínsitos a ésta, decantándose por la vía indirecta de permitir a los particulares que fueran 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 procedimiento<sup>52</sup>. Como ya expusimos, la opción kelseniana

no sería constitucionalmente recepcionada sino hasta la reforma de 1929, pero tal opción extrañaba 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 Federación <sup>53</sup>.

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 sostuvo <sup>54</sup> 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 Hughes <sup>55</sup>, 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 reconociera <sup>56</sup>, 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 *injunctions* en algunos casos referentes a la constitucionalidad de las leyes del Congreso y para otros propósitos”, vino a reconocer el interés público en el control jurisdiccional de las leyes federales. Esta ley concedió al 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 austríaca de 1929, aun 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 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 y 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 Cappelletti <sup>57</sup>, 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 Cappelletti <sup>58</sup>, “*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 austríaco-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 Kelsen <sup>59</sup>, a fin de evitar los inconvenientes dimanantes del vacío jurídico desencadenado por la anulación de una norma, defendería la conveniencia de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un 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 austríaca habilitó al Tribunal Constitucional para prever una prórroga para la entrada en vigor de los efectos de la sentencia de anulación, prórroga que no podía exceder de seis meses, que en la reforma de 1929 se amplió a un año (según el actual art. 140.5 de la Constitución vigente en Austria, tal prórroga puede alcanzar los dieciocho meses), y cuya razón de ser, como reconoció Kelsen <sup>60</sup>, 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 austríaca de 1929), Cappelletti cree <sup>61</sup> que el sistema austríaco-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 él 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 convergente de ambos modelos. Este es el caso de Cappelletti <sup>62</sup>, para quien el control jurisdiccional de las leyes, en su funcionamiento en el mundo contemporáneo, revela el hundimiento de las antiguas dicotomías, hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno solo. Está probado ya ampliamente, señala el mismo autor en otro lugar <sup>63</sup>, 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.

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

Hace cincuenta años, afirmaba Baum en 1981 <sup>65</sup>, 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 y se ha podido constatar por amplios sectores de la doctrina <sup>66</sup> que es grande la proximidad de este órgano con los Tribunales Constitucionales, bien que no haya faltado alguna cualificada opinión doctrinal divergente <sup>67</sup>.

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 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 Rubio Llorente <sup>68</sup>, a que este “Tribunal Constitucional” adopte modos y formas propios de la “*Verfassungserichtsbarkeit*”.

III. En Europa, como bien ha destacado Pizzorusso <sup>69</sup>, una de las novedades emergentes de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda postguerra es la constatación de la posibilidad de combinar la técnica del control incidental (de tipo norteamericano) con la técnica del control concentrado (de tipo austríaco-kelseniano) mediante el empleo del instituto procesal 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* austríaca 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 están 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 Cappelletti <sup>70</sup>, 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 caracterizado por el carácter principal del control. Como ha destacado Pizzorusso <sup>71</sup>, 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 habla 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 Campo <sup>72</sup>, 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 David <sup>73</sup>, la *judicial review of legislation* ha ejercido asimismo una fuerte sugestión, lo que se ha traducido en una cierta transposición, en el *modus operandi* de los Tribunales Constitucionales europeos, de técnicas jurídicas, y 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”), sí 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, Zagrebelsky <sup>74</sup> 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 *ultima ratio* que ha conducido a la Corte Costituzionale a admitir una declaración de inconstitucionalidad tan sólo de la norma (no de la disposición de la que aquélla proviene), y a la frecuente utilización de este instrumento.

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 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 jurídico <sup>75</sup>. Ello ha conducido a las sentencias interpretativas que, como subraya Crisafulli <sup>76</sup>, “*sono nate da un’esigenza pratica, e non da astratta elucubrazioni*

*teoriche*". Y esa exigencia práctica es, precisamente la de evitar vacíos (*vuoti*) en el ordenamiento. Si a ello se añade la aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos (en íntima relación con la exigencia práctica 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 dinámico <sup>77</sup>, 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 americano <sup>78</sup>.

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 Pizzorusso <sup>79</sup>, es revelador de que entre ellos es el sistema americano el que se reafirma con una posición verdaderamente central, no extrañando 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 período histórico, lo que explicará el diseño por los constituyentes de ambos países de la segunda postguerra de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes encaminado a precaverse frente a una hipotética legislación arbitraria y vulneradora de los derechos y libertades.

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 clásico <sup>80</sup>, 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 Bachof <sup>81</sup>, 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 expuesta por Hamilton en el artículo LXXVIII de *El Federalista* <sup>82</sup>, y que Marshall tomaría como punto central de apoyo de su celeberrima sentencia <sup>83</sup> 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 austríaca de 1920, que había proyectado su influencia sobre el constitucionalismo de entreguerras.

Zagrebelsky <sup>84</sup> ha recordado cómo en Italia el atractivo ejercido por el modelo del Tribunal Supremo norteamericano era casi un lugar común del antifascismo liberal y democrático, siendo tal modelo referencia obligada y reiterada en las discusiones constituyentes sobre el sistema de justicia constitucional a adoptar. Sin embargo, lo cierto es que tanto en Italia como en Alemania pareció optarse por el modelo austríaco-kelseniano, opción, como ha señalado García de Enterría <sup>85</sup>, que fue tributario de la dificultad de acoger el sistema americano originario, lleno de convenciones,

prácticas y sobreentendidos, como producto vivo de una historia perfectamente singular y propia, pero que, precisamente por ello, se circunscribirá, en lo esencial, a la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. El propio autor <sup>86</sup> 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 y en la norma de apertura (art. 92) del Capítulo IX, dedicado a la jurisdicción (“*Die Rechtsprechung*”) <sup>87</sup>.

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 operado como una auténtica “idea-fuerza” que ha impregnado durante mucho tiempo la idea que de los Tribunales Constitucionales se ha tenido; pese a su relativización, los rescoldos de tal idea aún siguen ejerciendo una cierta acción calorífica.

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 Heyde <sup>88</sup> 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 Weimar <sup>89</sup>, el art. 92 de la *Grundgesetz*, norma de apertura del capítulo dedicado a la jurisdicción <sup>90</sup>, 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.

También en Italia el cambio de circunstancias se traducirá en una nueva visión del Poder Judicial. A ella se refiere Mortati <sup>91</sup>, 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. Martines <sup>92</sup> 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 y en el bien entendido de que esta cualidad de “operador político” tiene como última razón de ser la exclusión de la función jurisdiccional de la simple tarea “*di meccanico formulatore di sillogismi giudiziari*” que la filosofía positivista venía atribuyendo a los jueces, no queriendo en modo alguno significar la conversión del Poder Judicial en un instrumento activo del proceso político.

En definitiva, el constitucionalismo de la segunda posguerra 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, aun 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, residenciándose 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 del constituyente de la segunda posguerra, cambio que se expandirá por doquier en las décadas sucesivas frente, por ejemplo, a la postura del constituyente austríaco 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 de rol constitucional de los jueces.

VIII. Llegados aquí, pueden comprenderse con mayor facilidad si caben 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 doctrina <sup>93</sup> 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 procesos que no en la decisoria <sup>94</sup>.

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 doctrina <sup>95</sup> 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 Pizzorusso <sup>96</sup> 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... etc., difícilmente reconducibles a criterios racionales unívocos. De ahí las dificultades, diríamos que insuperables, de dar vida a un *tertium genus* constituido por la suma o hibridación de dos modelos bipolares <sup>97</sup>.

#### **4. A la búsqueda de una nueva tipología explicativa de las variables conformadoras del control de la constitucionalidad**

Si de las reflexiones que con una cierta abstracción acabamos de realizar descendiéramos a la normación de un amplio conjunto de ordenamientos jurídicos, en definitiva, a un análisis de derecho comparado, llegaríamos a conclusiones muy parejas, que no son otras que las enormes dificultades, si es que no la absoluta imposibilidad, de reconducir los heterogéneos y muy plurales sistemas de justicia constitucional de nuestro tiempo a una clasificación tradicionalmente sustentada en una única variable (como la que separa el sistema americano del europeo-kelseniano).

Sin pretender ahora entrar en desarrollos doctrinales, sí queremos significar que amplios sectores doctrinales (así, Pizzorusso, Baldassarre y Pegoraro en Italia, Fromont en Francia y Rubio Llorente en España) han postulado la necesidad de avanzar hacia una nueva clasificación de los distintos modelos que, total o parcialmente abandone la vieja contraposición bipolar “sistema americano-sistema europeo-kelseniano”.

En esta misma dirección, por nuestra parte, creemos que sólo atendiendo a una articulación de las distintas variables en presencia podremos conseguir una clasificación capaz de ofrecer una elevada capacidad analítica. Sin ánimo de proceder ahora a una explicación y desarrollo casuístico, sí quisiéramos esbozar, ya para finalizar, qué variables podrían ser articuladas con vistas a ofrecer una explicación coherente de las distintas fórmulas que nos ofrecen los muy plurales sistemas de control de constitucionalidad.

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 éste se lleva a cabo en ausencia de todo litigio judicial previo, como también de todo conflicto de intereses subjetivos, y aquel otro control de constitucionalidad que se verifica con ocasión de la aplicación de la ley, que presupone, como es obvio, unos rasgos contrapuestos al anterior.

A partir de aquí, en la primera modalidad de control, habría que atender a dos nuevas variables: A) De un lado, al momento de verificación del control, que propiciará la diferenciación 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 entrada en vigor de la ley. B) De otro lado, atenderemos a la naturaleza del interés constitucional que se trata de salvaguardar por intermedio del control, debiendo diferenciar así entre un control objetivo o en interés del orden constitucional general, y un control competencial, que, en el marco de un Estado por lo general compuesto, pretende salvaguardar el orden constitucional de competencias establecido en relación con los diferentes entes territoriales.

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

A) La primera de esas variables 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, y un control concentrado, en el que ese control corresponde a un órgano único, sea el Tribunal Constitucional, sea, como acontece por ejemplo en Panamá o en el Paraguay, 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. Pensemos, por poner algunos ejemplos concretos, que el art. 140.1 *in fine* de la Constitución austríaca 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 produjera 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 de control de constitucionalidad de la ley en su vertiente 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, vinculándose expresamente con el derecho de todo ciudadano de 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 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 diferenciación 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 nueva categorización. Así, por poner un ejemplo específico, el control concentrado en manos de la Corte Suprema uruguaya no se traduce en que sus sentencias tengan efectos generales circunscribiéndose tales efectos al caso

concreto. Lo mismo puede afirmarse respecto de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay (a través de su Sala Constitucional). Y otro tanto habría que decir en relación a los efectos de las sentencias de la Corte Suprema chilena, que monopoliza el control sucesivo de las leyes, mientras el Tribunal Constitucional asume igual monopolio preventivamente dictadas con ocasión de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Hemos de terminar poniendo de relieve, a modo de conclusión, las que bien podrían considerarse como dos pautas tendenciales dominantes en la jurisdicción constitucional de estos albores del nuevo siglo: la primera sería la del progresivo deslizamiento del control de constitucionalidad de la ley al control de la aplicación de las leyes; la segunda, la tendencia cada vez más acentuada hacia una jurisdicción constitucional centrada en la defensa de los derechos, lo que no sería sino la resultante obligada del lugar primigenio de la centralidad, de los derechos y libertades en las constituciones de nuestro tiempos.

## Notas

\* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid. Discurso de recepción como académico correspondiente en España, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 24 septiembre de 2002.

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

<sup>2</sup> 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. Confr. al efecto René DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1969, págs. 244-245.

<sup>3</sup> Woodrow WILSON, *Constitutional Government in the United States*, 1908.

<sup>4</sup> Antonio BALDASSARRE, “Parlamento e Giustizia Costituzionale nel diritto comparato”, texto mecanografiado, págs. 3-4.

<sup>5</sup> Héctor FIX-ZAMUDIO, “La Constitución y su defensa” (ponencia general), en el colectivo *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, pág. 11 y ss.; en concreto, pág. 12.

<sup>6</sup> Recuerda Cappelletti cómo, recepcionada la justicia constitucional en la República de Weimarg 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 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)*, México, UNAM, 1987, pág. 193 y ss.; en concreto, pág. 197.

<sup>7</sup> Francisco RUBIO LLORENTE, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa, en la obra colectiva *Manuel Fraga, Homenaje Académico*, vol. II, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997, pág. 1411 y ss.; en particular, pág. 1416.

<sup>8</sup> Helmut SIMON, “La jurisdicción constitucional” en BENDA MAIHOFER, VOGEL, HESSE Y HEYDE, *Manual de derecho constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 823 y ss.; en concreto, pág. 826.

<sup>9</sup> Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi (Studi sui modelli di giustizia costituzionale)*, Milán, Giuffrè, 1977, pág. 166.

<sup>10</sup> 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 Mirkine-Guetzevitch, *Las nuevas constituciones del mundo*, Madrid, Editorial España, 1931, pág. 79 (al traducir el art. 108 de la Constitución de Weimar).

<sup>11</sup> Helmut SIMON, *La jurisdicción constitucional*, op. cit., pág. 827.

<sup>12</sup> Confr. a este respecto Jean-Claude Béquin. “Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne”, París, Económica, 1982, en particular págs. 16-21.

<sup>13</sup> K. SONTHEIMER, *Antidemokratischen Denken in der Weimarer Republik*, München, 1968, pág. 75. Cit. por Giuseppe VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, op. cit., pág. 100.

<sup>14</sup> 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*, Madrid, Civitas, 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.

<sup>15</sup> Confr. al efecto, Giuseppe VOLPE, *L’ingiustizia...*, cit., pág. 22 y ss..

<sup>16</sup> Giuseppe VOLPE, *L’ingiustizia...*, cit., págs. 103-104.

<sup>17</sup> Carl SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983, pág. 52.

<sup>18</sup> Confr. 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 Giustizie Costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, Padua, CEDAM, 1985, vol. I, pág. 381 y ss.; en concreto, pág. 395.

<sup>19</sup> Hermann HELLER, *¿Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tübingen, 1930. Cit. por Giuseppe VOLPE, *L’ingiustizia...*, cit., pág. 102.

<sup>20</sup> Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, Giard, 1921.

<sup>21</sup> Hans Kelsen, “Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, en *The Journal of Politics*, mayo de 1942, N° 2, vol. 4, pág. 183 y ss.. Manejamos aquí la trad. española de Domingo García Belaúnde, “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, pág. 81 y ss.; en concreto, pág. 83.

<sup>22</sup> En análogo sentido, Adriano GIOVANNELLI, “Alcune considerazioni sul modello...” cit., pág. 395.

<sup>23</sup> Giuseppe VOLPE, *L’ingiustizia...*, cit., pág. 138.

<sup>24</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Mayne, México, Imprenta Universitaria, 1949, págs. 268-269.

<sup>25</sup> *Ibidem*, págs. 282-283.

<sup>26</sup> 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*).

<sup>27</sup> Hans Kelsen, *Teoría general...*, cit., pág. 128.

<sup>28</sup> 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, pág. 197 y ss.; en concreto, pág. 200.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pág. 244.

<sup>30</sup> Giuseppe VOLPE, *L’ingiustizia...* cit., pág. 157 y ss..

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

<sup>32</sup> 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)*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Librería El Foro, 1996, vol. III, pág. 21 y ss.; en concreto, págs. 32-33.

<sup>33</sup> Hans Kelsen, *El control de la constitucionalidad de las leyes*, op. cit., pág. 83.

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

<sup>35</sup> Theo ÖHLINGER, “La giurisdizione costituzionale in Austria”, en *Quaderni Costituzionali*, año II, N° 3, diciembre 1982, pág. 535 y ss.; en concreto, pág. 542.

<sup>36</sup> Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 245.

<sup>37</sup> 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* (1ª ed. de 1928), París, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1986, pág. 188.

<sup>38</sup> Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle*, op. cit., pág. 246.



<sup>39</sup> Francisco RUBIO LLORENTE, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 588.

<sup>40</sup> Theo ÖHLINGER, *La giurisdizione costituzionale in Austria*, op. cit., pág. 543.

<sup>41</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pág. 57,

<sup>42</sup> Hans KELSEN, *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 224.

<sup>43</sup> 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?*, Madrid, Tecnos, 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”.

<sup>44</sup> Adriano GIOVANNELLI, “Alcune considerazioni sul modello...”, op. cit., págs. 388-389.

<sup>45</sup> Hans KELSEN, *El control de la constitucionalidad de las leyes...*, op. cit., pág. 84.

<sup>46</sup> “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.

<sup>47</sup> *Ibidem*, págs. 243-244.

<sup>48</sup> 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*, Madrid, CEC, 1996.

<sup>49</sup> Hans KELSEN, *El control de la constitucionalidad...*, pág. 90.

<sup>50</sup> En análogo sentido, Adriano GIOVANNELLI, “Alcune considerazioni sul modello...”, op. cit., pág. 390.

<sup>51</sup> Piero CALAMANDREI, *Instituciones...*, op. cit., vol. III, págs. 32-33,

<sup>52</sup> Hans KELSEN, *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., págs. 245-246.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pág. 247.

<sup>54</sup> Hans KELSEN, *El control de la constitucionalidad...*, op. cit., pág. 87.

<sup>55</sup> 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, México, FCE, 1971, pág. 54.

<sup>56</sup> Hans KELSEN, *El control de la constitucionalidad...*, op. cit., pág. 87.

<sup>57</sup> Mauro CAPPELLETTI, “Le contrôle juridictionnel des lois en droit comparé”, en la obra de recopilación de artículos del propia autor, *Le pouvoir des juges*, d’Aix-Marseille, Paris, Economica-Presses Universitaires, , 1990, pág. 179 y ss.; en concreto, págs. 202-203.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pág. 203.

<sup>59</sup> Hans KELSEN, *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 243.

<sup>60</sup> Hans KELSEN, *El control de la constitucionalidad...*, op. cit., pág. 84.

<sup>61</sup> Mauro CAPPELLETTI, “Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato”, *settima ristampa*, Milán, Giuffrè, 1978, pág. 95.

<sup>62</sup> Mauro CAPPELLETTI, “Judicial Review on Comparative Perspective”, en *California Law Review*, N° 5, octubre 1970, vol. 58, pág. 1017 y ss.. Manejamos la traducción francesa, “Le contrôle juridictionnel des lois en droit comparé”, op. cit., pág. 213.

<sup>63</sup> 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)*, México, UNAM, 1987, pág. 195 y ss.; en concreto, pág. 206.

<sup>64</sup> Lawrence BAUM, *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Barcelona, Librería Bosch, 1987, pág. 152.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pág. 148.

<sup>66</sup> 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*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997, vol. II, pág. 1411 y ss.; en concreto, pág. 1416). 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*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1998, pág. 21).

<sup>67</sup> 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* austríaco, 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.

<sup>68</sup> Francisco RUBIO LLORENTE, *Tendencias actuales...*, op. cit., pág. 1416.

<sup>69</sup> Alessandro PIZZORUSSO, “I sistemi di giustizia costituzionale: dei modelli ella prassi”, en *Quaderni Costituzionali*, año II, N° 3, diciembre 1982. pág. 521 y ss.; en concreto pág. 522.

<sup>70</sup> Mauro CAPPELLETTI, “El control de la constitucionalidad de las leyes: su expansión mundial y legitimidad democrática”, en *Ius et Praxis*, N° 24, Lima, diciembre 1994, pág. 184 y ss.; en particular, pág. 189.

<sup>71</sup> Alessandro PIZZORUSSO, “I sistemi di giustizia costituzionale...”, pág. 525.

<sup>72</sup> 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, Madrid, CEC, 1995, pág. 71 y ss.; en concreto págs. 77-78.

<sup>73</sup> René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 7ª ed., París, Dalloz, 1978.

<sup>74</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1977, págs. 152-153.

<sup>75</sup> THIERRY DI MANNO, “Le juge constitutionnel et la technique des décisions ‘interprétatives’ en France et en Italie”, d’Aix-Marseille, Paris, Economica-Presses Universitaires, 1997, pág. 74.

<sup>76</sup> Vezio CRISAFULLI, “La Corte Costituzionale ha vent’anni”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXI, 1976, fasc. 10, pág. 1694 y ss.; en particular, pág. 1703.

<sup>77</sup> SILVESTRI, refiriéndose a la Corte Costituzionale, recuerda que con este tipo de sentencias se ha propiciado una doble interacción hermenéutica: de la norma constitucional sobre la disposición legislativa y de la evolución de las condiciones socioculturales (reflejadas aunque sólo sea en parte, en la legislación) sobre las mismas disposiciones constitucionales. 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.

<sup>78</sup> 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.

<sup>79</sup> Alessandro PIZZORUSSO, *I sistemi de giustizia...*, op. cit., pág. 527.

<sup>80</sup> Edward S. CORWIN, “The ‘Higher Law’ background of American Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, XLII, 1928-1929, págs. 149 y ss., y 365 y ss..

<sup>81</sup> Otto BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959. Manejamos el texto de la trad. española, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, págs. 39-40.

<sup>82</sup> HAMILTON, MADISON Y JAY, *El Federalista*, 1ª reimpr. de la segunda edición española, México, FCE, 1974, págs. 330-336.

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

<sup>84</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit., pág. 321.

<sup>85</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1961, págs. 133-134.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pág. 134.

<sup>87</sup> Recordemos que en la Constitución austríaca 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 Ejecutivo federal.

<sup>88</sup> Wolfgang W. HEYDE, “La jurisdicción”, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL Y HESSE Y HEYDE, *Manual de derecho constitucional*, op. cit., pág. 767 y ss.; en concreto, págs. 769 y 772.

<sup>89</sup> 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”.

<sup>90</sup> 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”.

<sup>91</sup> Costantino MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., Padua, CEDAM, 1976, t. II, págs. 1248-1250.

<sup>92</sup> Temistocle MARTINES, *Diritto costituzionale*, 8ª ed., Milán, Giuffrè, 1994 pág. 522.

<sup>93</sup> Este es el caso, por ejemplo, de Lucio PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1998, pág. 27.

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

<sup>95</sup> Lucio PEGORARO, *Lineamenti...*, op. cit., págs. 39-45.

<sup>96</sup> Alessandro PIZZORUSSO, *Il sistemi di giustizia costituzionale...*, op. cit., págs. 530-531,

<sup>97</sup> En análogo sentido se manifiesta Giancarlo ROLLA, “El control de constitucionalidad en Italia. Evolución histórica y perspectivas de reforma”, en Cuadernos de Derecho Público, N° 3, enero-abril 1998, pág. 137 y ss.; en concreto, pág. 177.