

LA CIRCULACIÓN, LA RECEPCIÓN Y LA HIBRIDACIÓN DE LOS MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Por LUCIO PEGORARO *

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA.—2. LOS MODELOS CLÁSICOS: A) El modelo francés. B) El modelo americano. C) El modelo austríaco.—3. MODELOS Y SOLUCIONES HÍBRIDAS: A) El control incidental. B) Sistemas difusos-concentrados.—4. EXPORTACIÓN, CIRCULACIÓN Y RECEPCIÓN DE LOS MODELOS: A) Consideraciones introductorias. B) El control preventivo. C) El control difuso en los ordenamientos de *common law*. D) El control difuso en los sistemas de *civil law*. E) La circulación de los modelos de control concentrado.—5. ELEMENTOS DE DIVERSIDAD Y DE UNIFORMIDAD: A) Consideraciones introductorias. B) La jurisdicción de la libertad y de la igualdad. C) Expansión de las motivaciones. D) La ampliación de las competencias. E) Los Tribunales Constitucionales, poder constituyente permanente.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

En el curso de las últimas décadas, la doctrina constitucional comparada ha propuesto diversos modelos de justicia constitucional: desde los más simples y lineales, que se reducen a contraponer los llamados modelos abstractos a los concretos, a aquellos más complejos que, considerando la extraordinaria evolución del control de constitucionalidad, proponen soluciones vinculadas a la fase del control, a la estructura de los Tribunales, al tipo de funciones ejercitadas, al parámetro y al objeto del juicio, o a la eficacia de la sentencia¹.

* Profesor Ordinario (Catedrático) de Derecho Público Comparado en la Universidad de Bolonia.

¹ La literatura sobre el control de constitucionalidad de las leyes es verdaderamente vastísima y ha crecido desmesuradamente, sobre todo en los últimos años. No son, sin embargo,

Como es bien sabido, clasificaciones demasiado simplificadas no alcanzan el objetivo de representar con precisión las tipologías asumidas como objeto de estudio; a la inversa, clasificaciones demasiado articuladas tampoco alcanzan el objetivo de la actividad clasificatoria, que consiste en reagrupar por semejanza cosas (entendidas en modo referencial o no) que, sin embargo, presentan diferencias entre sí².

Cuando en el Derecho comparado el control de la constitucionalidad no era más que en un fenómeno circunscrito a pocos ordenamientos, no era difícil yuxtaponer dos modelos paradigmáticos de control «jurisdiccional»: uno histórico —aquel que se realizó en Estados Unidos a partir de la Sentencia *Marbury vs. Madison*—, y otro que combina teoría y experiencia: la *Verfassungsgerichtsbarkeit* diseñada por Kelsen, y que después recogería la Constitución austríaca de 1920. A estos dos modelos se oponía una tercera tipología diferente, que algunos denominan de control «político», cuyo prototipo estaría representado por el sistema francés y por aquellos otros que presentan al menos las siguientes características: composición no neutral del órgano, carácter preventivo del control y acceso al control a través de un recurso no relacionado con un caso concreto.

La introducción primero en Alemania e Italia y posteriormente en España del control incidental de constitucionalidad ha propiciado que se hable

muchos los volúmenes que versan sobre la justicia constitucional desde una perspectiva comparada amplia (esto es, mundial o cuanto menos continental); además de la contribución de M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, 1968, vid. del mismo autor *Giudici legislatori?*, Milán, 1984 (también en *Le pouvoir des juges*, París, 1990), y *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, reimpresión, 1991. Asimismo, AA.VV., *La jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, 1984; J. J. GONZÁLEZ RIVAS, *La justicia constitucional: Derecho comparado y español*, Madrid, 1985; L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, París, 1992; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, 1996; M. VERDUSSEN, *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruselas, 1997; D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, París, 1998; J. LUTHER-R. ROMBOLI-R. TARCHI (coords.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000; J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, 2002.

Otros trabajos útiles para delimitar el argumento y para comprender la clasificación de los modelos son: en español, F. FERNÁNDEZ SEGADO, «Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad», en D. GARCÍA BELAUNDE-F. FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997; en italiano, A. PIZZORUSSO, «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi», en *Quad. cost.*, 1982, y en L. PEGORARO-A. REPOSO-M. GOBBO (coords.), *Lecture introduttive al diritto pubblico comparato*, Padua, 1998; L. ELIA, «Giustizia costituzionale e diritto comparato», en A. PIZZORUSSO-V. VARANO (coords.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milán, 1985; en francés, L. FAVOREU, «Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale», en *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1984.

² Una explicación más completa se encuentra en L. PEGORARO, «Forme di governo, definizioni, classificazioni», in L. PEGORARO-A. RINELLA (coords.), *Semipresidenzialismi, Quaderni giuridici del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli studi di Trieste*, 1997, n. 3, Padova, 1997, pp. 3 ss. Y en *Studi in onore di L. Elia*, Milán, 1999, pp. 1217 ss.

de *hibridación* de los modelos jurisdiccionales, sin cuestionar, sino hasta hace poco tiempo, la dualidad originaria a la que nos hemos referido, pues en la literatura más antigua el sistema al que nos referimos estaba considerado una mezcla de los otros dos, más que un auténtico modelo. (Hoy no son pocos los que ven en éste un auténtico e independiente *tertium genus*).

Tras la impetuosa expansión del constitucionalismo y de la forma del Estado liberal democrático (en los últimos dos lustros, en América Latina, los países del Este y la antigua Unión Soviética), las formas de justicia constitucional están hoy aún más entremezcladas y son más complejas, de modo que las viejas tipologías necesitan una nueva sistematización, con el fin de crear modelos dotados de prescriptividad. También en el sector de la justicia constitucional —como ha sucedido en la esfera de las formas de gobierno con la aparición de los semipresidencialismos³— la adaptación del modelo histórico (el más prestigioso y a su vez presentado como paradigma) a las exigencias de cada ordenamiento implica la progresiva separación del arquetipo de modelo heurístico, que debe ser forjado por la doctrina jurídica teniendo en cuenta no solo la matriz, sino también a sus «hijas», es decir, a los sistemas derivados.

Es necesaria una última consideración: al clasificar los modelos de justicia constitucional, el acento se ha puesto siempre (o casi siempre) en la composición del tribunal, en la fase de control, en la eficacia de la decisión o, alternativamente, en la mayor o menor relación entre la disposición interpretada y aplicada, esto es la norma, y el caso que se está juzgando. Nos parece que el estudio y la actividad clasificadora no pueden prescindir tampoco de factores ulteriores y diversos (aunque tal vez marginales): entre los que podríamos citar, ante todo, las técnicas del «discurso» de los Tribunales, la entidad de las motivaciones, la relación con la opinión pública. Temas todos ellos relacionados con los cambios que en todas partes han mediado en el objeto del juicio, así como en la ampliación de los parámetros, debido a los avances de las Constituciones en el ámbito de los derechos y de la tutela de la igualdad. En segundo lugar, hemos de señalar que, a efectos clasificatorios, se debe tener en cuenta asimismo el conjunto de funciones ejercitadas por los Tribunales, cuyas competencias siempre tienden a extenderse y a exceder la justicia constitucional en sentido estricto, así como a forjarse en su núcleo histórico.

Después de algunas referencias a los modelos clásicos —que entendemos que son bien conocidos por todos y que simplemente pretenden estructurar el discurso—, intentaremos analizar en qué modo se han difundido y adaptado, hasta modificar las clasificaciones tradicionales, para después exponer algunas conclusiones con respecto al papel de la justicia constitucional en los regímenes liberales democráticos.

³ Además de la obra citada anteriormente, ver A. RINELLA, *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e "circolazione" del modello francese nell'Europa centro-orientale*, Torino, 1996.

2. LOS MODELOS CLÁSICOS

A) El modelo francés

Razones dogmáticas relacionadas con la división de los poderes, y la tradición histórica que siempre la ha acompañado, desaconsejaron al constituyente francés de 1958 que escogiera el camino del control incidental, adoptado una década antes en Italia y en la República federal alemana; igualmente le disuadieron de imitar el sistema basado en el recurso directo «sucesivo», mientras el modelo estadounidense tampoco podía ser tenido en cuenta. Quedó establecido un sistema con muchas peculiaridades, que afectaron a la composición del Tribunal, a la modalidad de acceso y, sobre todo, a la índole preventiva del control, cuya «jurisdiccionalización» se llevó a cabo de una forma más acentuada respecto a experiencias anteriores.

Desde un punto de vista estructural, el *Conseil constitutionnel*, según el artículo 56 Const., se compone de nueve miembros, cuyo mandato no es renovable y cuya duración es de nueve años, por lo tanto más larga que el de cualquier otro cargo de los órganos constitucionales. Esto, por sí mismo, aseguraba una parcial independencia del órgano, mayor y diferente que la de los modelos anteriores, aunque la procedencia de sus miembros es, sin embargo, aún hoy más señaladamente política que en otros ordenamientos. El *Conseil constitutionnel* lleva a cabo el control preventivo obligatorio sobre las leyes orgánicas y los reglamentos parlamentarios, y el control facultativo sobre las leyes y los tratados⁴.

Inicialmente, como es conocido, el control de constitucionalidad podía ser promovido solamente por el Presidente de la República, el Primer Ministro, o por los Presidentes de las dos Cámaras del Parlamento, lo que suponía una notable dificultad de acceso. Por eso hasta 1974, el control ejercitado por el Consejo Constitucional sobre las leyes ha tenido un carácter episódico. Más aún: la llamada técnica de los «vu» y de los «*considérant*» con la que las decisiones venían redactadas, no consentía una explicación adecuada del «*reasoning*» del juez constitucional (*giudice delle leggi*). Finalmente el parámetro de las decisiones aparecía limitado, no comprendiendo más que el texto de la Constitución entendido en sentido estricto, con exclusión, pues, de la normativa que disciplina la libertad, apenas aludida en el «*corpus*».

También recogiendo la influencia de las experiencias extranjeras en el campo de la expansión del control de la constitucionalidad, en los años setenta se produce un radical cambio de dirección en la justicia constitu-

⁴ La Constitución encarga también al *Conseil constitutionnel* de la vigilancia sobre la regularidad de las elecciones presidenciales y de la celebración de referéndum, y las decisiones sobre la regularidad de las elecciones de diputados y senadores, y opinar sobre la asunción de poderes excepcionales por parte del Presidente de la República, ex art. 16.

cional. En primer lugar, como es sabido, el Consejo Constitucional incorporó en el bloque de constitucionalidad el preámbulo de la Constitución, que hace referencia a la Declaración de Derechos de 1789, al preámbulo de la Constitución de 1946 y a los principios fundamentales de las leyes de la República; posteriormente, la facultad de acceder al Consejo se confirió a sesenta Diputados o a sesenta Senadores; de este modo, las minorías parlamentarias, al disponer, tras la introducción de la *saisine parlementaire*, de la posibilidad de plantear una cuestión de constitucionalidad ante el *Conseil Constitutionnel*, propiciaron un inusitado crecimiento cuantitativo y cualitativo del *Conseil Constitutionnel*. Por su parte, el Consejo no dudó en dotarse de una amplia gama de instrumentos procesales y sustantivos (entre los que tiene especial relevancia la ampliación de la tipología de las sentencias), hasta el punto de que se habló de «*spectaculaire augmentation*» de las mismas, madurando además el estilo de las sentencias provistas hoy de motivaciones articuladas y complejas casi como las elaboradas por los Tribunales de otros países.

B) El modelo americano

En EEUU, el nacimiento de la *judicial review* fue paralelo al asentamiento del concepto de Constitución rígida, idónea como tal para ser asumida por los jueces como parámetro de legitimidad de las leyes ordinarias. Así, aunque la competencia de controlar la constitucionalidad de las leyes no está prevista en el texto constitucional norteamericano, éste la reconoce implícitamente, estableciendo una jerarquía de las fuentes normativas, en cuyo vértice se sitúa la Constitución, al ser considerada la ley suprema de la nación⁵, y, sobre todo, atribuyendo la función judicial federal al Tribunal Supremo y al resto de Tribunales, de los que establece de forma detallada el ámbito de sus atribuciones.

En *Marbury vs. Madison*, resuelto en 1803 por la Corte Suprema, el *Chief Justice* Marshall afirmó —repetiendo casi literalmente las expresiones usadas por Hamilton en el número 78 del «*Federalist*»— que la Constitución es una ley y por lo tanto, siendo tarea de cada juez proceder a la interpretación de las leyes para decidir las controversias que se le presentan, también la Corte Suprema tiene el derecho y el deber de interpretar la Constitución para resolver cualquier eventual antinomia o conflicto entre las normas. Así, y ya que el texto constitucional sitúa la propia Constitución como fuente, en un plano superior a las demás leyes, corresponde al Tribunal Supremo (como a cualquier otro juez) verificar si una ley es conforme o no a aquella antes de considerarla aplicable al caso concreto. Si esta conformidad no existe, el juez no podrá hacer otra cosa que declararla

⁵ Se trata de la llamada *supremacy clause*, art. VI, sección 2.^a

nula e ineficaz (con efectos limitados al caso en cuestión, a salvo la fuerza del precedente que, si es establecido por la Corte Suprema, se aplica de hecho con eficacia *erga omnes*).

C) El modelo austríaco

También Kelsen se refería al concepto de Constitución como la norma situada en el lugar superior a todas las demás, y a «la idea de un principio supremo que determina todo el ordenamiento estatal, y la esencia de la comunidad constituida por este ordenamiento», pero dentro de un contexto dogmático —el de la *Stufenbau* (construcción piramidal o escalonada) y los criterios conexos para determinar la invalidez de las normas inferiores— algo ignorado completamente al otro lado del océano.

Según Kelsen, la verificación de la conformidad de las leyes a la Constitución debe estar confiada a un órgano estructurado como tribunal, cuya independencia esté garantizada por la inamovilidad. En cuanto a la forma de control, ha de ser represiva o sucesiva, sin que eso constituya una invasión del poder legislativo dado que el Tribunal Constitucional no ejercita una verdadera función jurisdiccional: «anular una ley», en efecto, «significa establecer una norma general», aunque sea de signo negativo (en definitiva, un *contrarius actus*); así el Tribunal que tiene el poder de anular una ley es «de hecho un órgano del poder legislativo». Según Kelsen, es preferible atribuir a todas las autoridades públicas, llamadas a aplicar una ley que se presume inconstitucional, la facultad de suspender el procedimiento y de someter el asunto ante el Tribunal Constitucional. La otra alternativa sería atribuir esta facultad solamente a alguna autoridad superior o suprema (Ministros, Corte Suprema), o bien a los tribunales. Objeto del juicio deberían ser, además de las leyes, los reglamentos provistos de fuerza de ley, o sea, inmediatamente subordinados a la Constitución, e incluso los meros reglamentos de ejecución, los actos normativos generales y los tratados internacionales. Si se hallara un vicio de forma o de fondo, el Tribunal procederá a anular la ley o sus disposiciones, con efectos *pro futuro*, salvo algunos casos de retroactividad limitada.

Como ya se dijo, la construcción del maestro de Praga, se transformó muy pronto en Derecho positivo en la Constitución austríaca de 1920, y desarrolló una influencia considerable sobre otros textos.

3. MODELOS Y SOLUCIONES HÍBRIDAS

A) El control incidental

Mientras que en EEUU cada juez puede y debe inaplicar la ley inconstitucional, y de acuerdo con la Constitución austríaca, coherentemente con

sus premisas teóricas, el único órgano capacitado para la declaración de inconstitucionalidad, previo recurso, era y sigue siendo hoy el Tribunal Constitucional, la vía intermedia adoptada en Alemania, Italia y España, consiste en que el órgano llamado a ejercer la justicia constitucional es único y especializado, como en Austria, pero, al igual que en Estados Unidos, cada juez está interesado en el ejercicio del control de constitucionalidad: ellos pueden, y en determinadas circunstancias más bien deben, realizar un juicio preliminar de conformidad con la Constitución de la ley a aplicar en un caso concreto y, sólo si tiene dudas (o la certeza racional) de contradicción de la norma con la Constitución, elevará la cuestión al Tribunal Constitucional⁶.

El sistema que hemos descrito brevemente no es el único que mezcla elementos norteamericanos y elementos austríacos; su introducción en otros textos de la postguerra, además de los ya mencionados, no ha supuesto en ningún caso el abandono del sistema basado en el recurso directo: tanto en aquellos lugares en los que el ordenamiento es calificado de «federal», como en los que es definido como «regional», la exigencia de solucionar los conflictos entre el centro y la periferia, en cuanto a sus respectivas competencias legislativas, ha sugerido la introducción junto al control incidental, también del directo, previo recurso de la autoridad gubernativa o, en ocasiones, de las Regiones, *Länder* o Comunidades Autónomas.

La oportunidad, agotadas las soluciones políticas, de resolver los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, ha podido inducir a los mismos ordenamientos a prever también el relativo juicio constitucional, que también se pone en marcha a través de un recurso. Finalmente, la necesidad de otorgar efectividad a los derechos y libertades ha aconsejado a los *framers* (Constituyentes) en Alemania, España y Europa centro-oriental a garantizar la facultad de dirigirse directamente al Tribunal Constitucional a los ciudadanos lesionados en un derecho o libertad fundamental por actos, bien administrativos, legislativos o judiciales, emanados de los poderes públicos o incluso de actos de los particulares.

En este sentido, se puede hablar de una *doble hibridación*: por una parte, algunos ordenamientos han unido elementos de los dos modelos más antiguos, dando lugar a un tercer tipo, el sistema incidental; por otro, ningún ordenamiento (excepto Estados Unidos y pocos más) utiliza ya un solo modelo, sino que se enriquece con elementos de otros sistemas.

El caso más emblemático está representado por la República Federal Alemana, donde, como en Italia, el control de constitucionalidad sobre las leyes es de dos tipos. El primero es el control denominado «concreto»: tiene por objeto una norma concretamente determinada por un juez en el curso de un juicio, en el que se discuten los intereses de varios sujetos, y versa

⁶ Esta es la razón del *nomen* atribuido al modelo, definido como «incidental» porque responde a un incidente o excepción procesal y no a un recurso directo.

sobre la interpretación de la Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo federal, o de otros interesados, a los cuales la misma *Grundgesetz* o el reglamento interno de un órgano supremo federal, habían concedido sus propios derechos. Cada vez que un Tribunal considera inconstitucional una ley, de cuya validez depende la decisión, el proceso debe ser suspendido y la cuestión de constitucionalidad enviada al Tribunal Constitucional del *Land*, si se trata de la violación de la Constitución de un *Land*, o si se considera violada la *Grundgesetz*, al Tribunal Constitucional Federal (competente también para conocer de los conflictos entre las leyes de los *Länder* y las leyes de la Federación)⁷.

El denominado control abstracto no tiene sin embargo origen en un proceso judicial; en él no existe un interés subyacente, sino que se refiere a una mera confrontación entre disposiciones de grado diverso donde se valorará objetivamente la adecuación de las normas inferiores a la superior. Esto ocurre con el recurso del Gobierno federal, del Gobierno de un *Land* o de un tercio de los componentes del *Bundestag*, cuando consideren nula una norma del Estado central o del *Land* por su incompatibilidad formal o de fondo con la *Grundgesetz* (o con otras normas federales), o la consideren válida, después de que un tribunal o una autoridad administrativa o un órgano central o periférico no la hayan aplicado, declarándola contraria a la Constitución o a otras normas federales. El control abstracto es siempre posterior a la promulgación aun cuando, *de facto*, la impugnación siga inmediatamente a la entrada en vigor de la ley.

También en España el acceso en vía incidental se realiza cuando un órgano judicial considere, en el transcurso de un proceso, que una norma con fuerza de ley aplicable al caso, de cuya validez depende la sentencia, pueda ser contraria a la Constitución. El segundo sistema consiste en el recurso directo presentado por el Presidente del Gobierno, por el Defensor del Pueblo, por cincuenta Diputados o cincuenta Senadores, o por los órganos colegiados y ejecutivos de las Comunidades Autónomas. Finalmente, se puede acudir al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, mediante el que la persona física o jurídica que invoque la lesión de una situación jurídica protegida, además del Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, pueden denunciar la violación de los derechos o libertades enunciados en el artículo 14 y en la sección primera del capítulo 2.º del Título I de la Constitución.

⁷ En lugar del control concreto (que tiene por objeto las leyes aprobadas tras la entrada en vigor de la *Grundgesetz*), el juez debe tener la convicción —no basta la sospecha— de que la ley es inconstitucional.

B) Sistemas difusos-concentrados

En los sistemas precedentemente descritos, la evolución hacia un *tertium genus* de justicia constitucional, capaz de configurar un verdadero modelo, no puede ocultar una realidad difícilmente discutible: el control de constitucionalidad queda firmemente en manos de un órgano central y el elemento de «difusión» se sitúa sólo en la fase *introdutiva* del proceso, no en la decisoria.

Existen, sin embargo, situaciones en las cuales la hibridación entre el modelo americano y el austríaco se desarrolla de manera diferente: en algunos ordenamientos, junto al control difuso por parte de los tribunales, se atribuyen competencias especiales a órganos especiales centralizados, llamados a ejercitar de alguna manera el control de constitucionalidad. La excentricidad de las soluciones a las que se recurre consiste precisamente en que se realizan en sistemas de *civil law*, donde sólo en casos esporádicos la inidoneidad de las sentencias de los jueces ordinarios para producir efectos *erga omnes* viene mitigada por la autoridad conferida al precedente jurisprudencial, que vincula raramente a los Tribunales inferiores.

Fuera del ámbito del *common law*, se da un control parcialmente difuso en Portugal, donde tiene una larga tradición, recogida en el artículo 207 de la Constitución. Existe además la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional contra la decisión del juez de no aplicar la ley.

En Grecia, el artículo 93.4 de la Constitución de 1975 establece que «los tribunales no podrán aplicar una ley cuyo contenido sea contrario a la Constitución»; la unidad de la jurisprudencia constitucional, en defecto del vínculo del *stare decisis*, es asegurada en este país por el Tribunal Especial Superior, que tiene competencia (también) para juzgar sobre «los procesos que versen sobre la inconstitucionalidad de fondo o sobre el sentido de las disposiciones de una ley formal, en caso de que, sobre tales disposiciones, el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación o el Tribunal de Cuentas hubiesen pronunciado resoluciones contradictorias».

El artículo 15 de la Constitución rusa (y la ley sobre el ordenamiento judicial) obligan a los jueces a aplicar directamente la Constitución en caso de contradicción con la ley; además la Ley sobre el Tribunal Constitucional de 21 de julio de 1994 les atribuye el derecho —pero según el artículo 101 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional parece que también la obligación— de suscitar cuestiones ante el Tribunal Constitucional. Para resolver esta situación tan ambigua, un decreto del *Plenum* de la Corte Suprema de 31 de octubre de 1995 ha tratado de clarificar los casos en los que el juez debe dejar de aplicar sin más la ley, y cuándo debe plantear la excepción de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional reivindica no obstante la facultad de decidir en exclusiva sobre la inconstitucionalidad de una ley, así como la facultad de interpretar la norma de conformidad con la Constitución.

En Estonia —según una tradición que comparte con otros países escandinavos, bálticos y de la antigua Unión Soviética (como, por ejemplo, Bielorrusia)— «los tribunales declararán inconstitucional toda ley, acto jurídico o procedimiento que viole los derechos y las libertades de los ciudadanos establecidas por la Constitución o que esté de cualquier forma en contradicción con ésta». La Constitución concreta, no obstante, más en general, que en el curso de los procesos los tribunales no aplicarán las leyes y otros actos inconstitucionales, mientras corresponde al Tribunal de la nación el deber de declarar la nulidad en caso de contradicción con «las disposiciones y con el espíritu de la Constitución».

También en América Latina, donde no se puede encontrar un modelo unitario⁸, en algunos ordenamientos —como Perú, Ecuador, Paraguay, Guatemala, Colombia—, junto al control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces, se ha previsto por recientes revisiones constitucionales un control concentrado que se ejerce por un órgano *ad hoc*.

En todos estos casos, y en cualquier otro que presente rasgos análogos, parece encontrar desarrollo una concepción de la justicia constitucional anómala a todas las demás aquí consideradas. (Se nota además que estas Cortes Constitucionales ejercitan en algunas circunstancias otras funciones añadidas, originarias o reservadas, con modalidades cambiantes respecto a los modelos que pueden considerarse como prototipos, como, por ejemplo, el control a través de un recurso, o formas de control preventivo o incluso incidental).

Lo que es necesario que nos planteemos ahora es si es correcto deducir de estas experiencias la existencia de un modelo unitario, ya que todas son bastante distintas entre sí, desde el punto de vista de la génesis y del contexto jurídico bajo el cual actúan (por no mencionar que ninguno de los ordenamientos a los que nos hemos referido representa habitualmente un paradigma para los otros). No obstante, en todos los casos mencionados el constitucionalismo más reciente hace que se plantee una exigencia de uniformización y de especialización del control de constitucionalidad, asegurada de la forma que hemos visto más arriba. Todo lo dicho hasta ahora parece suficiente si no para afirmar la existencia de un modelo independiente sí, al menos, para establecer una hipótesis sobre la existencia de otros modelos y en último caso para excluir que los sistemas en cuestión puedan ser adscritos a otras tipologías más consolidadas.

⁸ F. FERNÁNDEZ SEGADO, «El control de constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el pasado siglo», en J. MIRANDA (org.), *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, II, Coimbra, 1997, pp. 965 ss. R. PIZA ROCAFORT, «Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las Constituciones de Europa y América Latina», en *Rev. Fac. Der. Un. Complutense*, 1989, n. 15, pp. 681 ss.; y el importante volumen de D. GARCÍA BELAUNDE-F. FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, pp. 121 ss.; D. GARCÍA BELAUNDE, *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 2.ª ed., Lima, 2000.

4. EXPORTACIÓN, CIRCULACIÓN Y RECEPCIÓN DE LOS MODELOS

A) Consideraciones introductorias

Resumiendo lo dicho hasta ahora, se ha establecido que la primera distinción se encuentra en la fase en la que se sitúa el juicio de constitucionalidad, que, configurado por lo general como posterior a la entrada en vigor del acto objeto de control, en ocasiones, sin embargo, precede a su promulgación o emanación. En el ámbito del control jurisdiccional, las principales diferencias atienden al carácter difuso o concentrado del control, según los paradigmas desarrollados respectivamente en los Estados Unidos y en Austria; también se registran soluciones híbridas allí donde los jueces pueden o deben plantear una cuestión de constitucionalidad ante el órgano competente para determinar la conformidad de una norma con la Constitución, o en aquellos países en los que conviven diversas modalidades de acceso al control constitucional (directo e incidental, obligatorio y eventual, etc.) o, en fin, en aquellos ordenamientos en los que el control difuso ha sido atemperado por la creación de un Tribunal Constitucional centralizado con competencia especializada.

Muchos ordenamientos —como hemos visto— han optado por uno u otro modelo, y casi siempre por más de uno de ellos para configurar su propio sistema de justicia constitucional. Lo cierto es que lo que parece a primera vista una recepción acrítica, es más bien la maduración de experiencias autóctonas, como el caso del control difuso en el Norte de Europa y en Europa Oriental, menos que una derivación del modelo norteamericano. Aunque sea conocida la influencia que sobre las estructuras constitucionales latinoamericanas ha tenido el constitucionalismo de los Estados Unidos, es de destacar cómo algunas instituciones inherentes al control de constitucionalidad características de los ordenamientos de aquellos países representan creaciones originales. (Pienso, por ejemplo, en la acción popular en Colombia, en el recurso de contrafuero, en el amparo mexicano, en el *mandado de segurança* brasileño, etc.).

En otras circunstancias, por el contrario, la derivación de los modelos es inmediatamente perceptible; lo es sobre todo (aunque no sólo) en las experiencias constitucionales más recientes, especialmente en el período de la segunda postguerra, cuando la maduración de la Ciencia comparada, la circulación de conocimientos, la observación de los resultados obtenidos a lo largo del tiempo, han permitido valoraciones mucho más ponderadas; de aquí que en los nuevos textos constitucionales, junto a los institutos autóctonos, se recepcionaran sólo las soluciones más funcionales y coherentes con la aplicación del texto y con la estructura profunda del ordenamiento jurídico en su conjunto.

B) El control preventivo

En lo relativo a la fase en que se sitúa el control de constitucionalidad, el sistema más seguido en el mundo consiste en establecerlo después de la entrada en vigor de la ley, según los prototipos estadounidense, austríaco, alemán e italiano. El control *a priori* no ha tenido mucha aceptación, salvo entre los ordenamientos que han sufrido la dominación colonial por parte de Francia o que se han visto influidos de cualquier otro modo. Las Constituciones de Argelia, el Congo, Chad, Malí, Togo, etc., contemplan, en efecto —siguiendo el modelo francés, con alguna variante acerca de la extensión del control, su obligatoriedad y los sujetos titulares de la facultad de recurrir— un control preventivo sobre las leyes orgánicas, sobre los reglamentos parlamentarios, sobre los proyectos de ley y los tratados. En general, no sólo en las ex-colonias francesas, sino también en otros ordenamientos, no es infrecuente la existencia de controles sobre actos legislativos u otros actos, efectuados en base a la solicitud de órganos determinados; es, sin embargo, extraño que el control preventivo agote en el ámbito de cada ordenamiento, la tipología del control de constitucionalidad. Es lo que sucede en Francia, pero no en Portugal o Rumanía (donde existe también el control incidental). Otros casos de control preventivo, a solicitud del Presidente de la República, se encuentran por ejemplo en Irlanda, Venezuela, Kazakhstan, Chipre, Hungría, Colombia, Bulgaria, Eslovenia y Ucrania.

El fracaso del control preventivo se atribuye a la exigencia de someter las disposiciones legislativas a la prueba de interpretación. Es la administración pero sobre todo los jueces quienes han de establecer el significado de las palabras de la ley. La jurisprudencia dimana de los enunciados y de los preceptos concretos, y lo hace no solamente siguiendo el significado literal, sino también en función del tejido interior normativo del ordenamiento; lo consigue incorporando la realidad de los casos concretos, en función de los intereses subyacentes, a las palabras de la ley, adaptándolas a menudo a la norma superior. En este sentido se ha expresado, por ejemplo, la Corte Suprema irlandesa, que, como manifestó su *Chief Justice*, por un lado, el control *a priori*, ejercitado al amparo del artículo 26 Const., no le permite bloquear solamente las partes inconstitucionales de una ley, salvando las restantes; por otra parte, el control abstracto conduce a que la ley declarada constitucional no pueda «ser sometida a discusión por ningún otro tribunal»⁹. El control sucesivo resulta entonces más ventajoso desde el punto de vista de la economía jurídica: en primer lugar, permite a los jueces salvar la vigencia de disposiciones que, de otra manera, podrían ser declaradas inconstitucionales en la fase previa. Además y sobre todo, por una parte, evita que casos meramente abstractos relativos a hechos que

⁹ (1983) ILRM 246.

no se dan en la vida cotidiana, y no afectan a los intereses justiciables o justiciados, sean sometidos a la atención de los Tribunales Constitucionales; por otra parte, impide que interpretaciones inconstitucionales de una disposición se escapen al control. (¿Cuántos son los significados que puede tener una palabra o una frase y cuántos aún no tendrán, bien que incompletos, los contextos lingüísticos y extralingüísticos en los cuales operan?). El control preventivo pretende insistir en el significado unívoco de una ley o de una parte de ella, pero no tiene en cuenta los restantes, presentes y futuros.

C) El control difuso en los ordenamientos de *common law*

Entre los ordenamientos más significativos del *common law* que se inspiran en el sistema estadounidense, han de incluirse los de Canadá y Australia, donde la Corte Suprema no ejerce el monopolio del control de la constitucionalidad, que es competencia de cada juez. También en estos ordenamientos, los jueces son nombrados por el Gobernador General, mantienen el cargo hasta la edad de la jubilación, *during good behaviour*, y pueden ser removidos sólo por el mismo Gobernador, con la intervención del Legislativo. Reproducciones de algunos institutos o procedimientos de la *judicial review* estadounidense se pueden también encontrar en algunos países de Asia y de África, antes sometidos al dominio colonial inglés (donde por tanto, junto a formas autóctonas de hacer Derecho, ha arraigado el *common law*), como pasa en Kenya, cuya Constitución confiere a los Tribunales el poder de deferir a la *High Court* aspectos relativos a la interpretación constitucional; Uganda, cuyos Tribunales pueden o, a requerimiento de las partes, deben, deferir cada cuestión relativa a la interpretación de la Constitución a la Corte de apelación «*sitting as a Constitutional Court*»; o Nigeria, donde la Corte Suprema tiene, como en Estados Unidos, competencia exclusiva respecto a las disputas entre la Federación y los Estados. En el continente africano, empero, el caso más interesante está representado por la República de Sudáfrica: un sistema jurídico mixto, donde el *common law* se mezcla con el *roman-dutch law* de los boers y la *Constitution of the Republic of South Africa Act* de 1996 ha otorgado a un Tribunal compuesto por un Presidente y diez miembros la competencia exclusiva sobre todas las materias relativas a la interpretación, a la tutela y a la aplicación de la Constitución, entre ellas las violaciones de los derechos fundamentales, diversos conflictos constitucionales entre órganos del Estado y entre el Estado central y las Provincias, y sobre todo el control de constitucionalidad de las leyes y actos normativos. En otros casos, el Tribunal Constitucional funciona como Tribunal de última instancia. Aun sin ser un Estado que haya rechazado del todo el control difuso, la peculiar

situación de la ex-colonia ha llevado a los *framers* a hibridar el modelo típico de los ordenamientos del *common law*, dando vida a un caso único en el panorama del Derecho comparado.

D) El control difuso en los sistemas de *civil law*

En los ordenamientos de origen romanista faltan —por lo menos en teoría— aquellos formidables elementos de cohesión y de unificación del Derecho representados por el sistema del precedente (sea el mismo *binding o persuasive*) y por el principio del *stare decisis*. Se explica entonces por qué en el área geográfica donde con mayor frecuencia el control de constitucionalidad ha sufrido el influjo del modelo norteamericano (América Latina) se ha recurrido a diferentes sistemas para evitar el problema causado por la inoperancia del principio antes citado.

Aparte de los casos anteriormente mencionados de Perú, Guatemala y Ecuador, donde el control difuso se conjuga con el concentrado, de tal modo que se ha empezado a hablar de una «concepción iberoamericana difuso-concentrada»¹⁰, en Argentina y en Brasil la constitucionalización de institutos autóctonos, como el *amparo* o similares, y la previsión de particulares modalidades procedimentales o relativas a la eficacia de las sentencias, se han acompañado del reconocimiento del control difuso por parte de los jueces; todavía hoy, el artículo 97 de la Constitución brasileña de 1988 confía a los tribunales la facultad de, por mayoría absoluta de sus miembros, «...declarar la inconstitucionalidad de una ley o un acto normativo del Poder Público», quedando reservadas al Supremo Tribunal Federal, como en Estados Unidos, algunas competencias exclusivas u originarias; igualmente, análogas atribuciones de la Corte Suprema están enumeradas en los artículos 116 y 117 de la Constitución Argentina tras su reforma de 1994; basándose en la *supremacy clause* del artículo 31, cada juez puede dejar de aplicar una ley (u otro acto) contraria a la Constitución federal. También en Honduras, «en casos de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez aplicará la primera». Esto no parece haber provocado problemas particulares en la actividad concreta del control de constitucionalidad, ni tampoco se han suscitado preocupaciones en la doctrina; como se ha apuntado, para evitar el problema de la eficacia *inter partes* de las decisiones, ha sido suficiente introducir el simple elemento corrector de conferir a las decisiones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo, efecto vinculante frente a las decisiones de los órganos inferiores. Una solución análoga fue adoptada por la Constitución mexicana, que requiere de

¹⁰ V. R. PIZA ESCALANTE, «Legitimación democrática en la nueva Justicia Constitucional de Costa Rica», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1995, p. 155, citado por F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El control de constitucionalidad en Iberoamérica*, cit., p. 975.

la Ley de Amparo que establezca los casos en los que el precedente judicial asume eficacia obligatoria.

Aunque con toda cautela, parece que el dogma de la imposibilidad de exportar el sistema americano a los países de *civil law* opera, principalmente, como acervo cultural de juristas reticentes a considerar el acercamiento progresivo de las familias del *common law* y del *civil law*, y a tomar nota de la extraordinaria flexibilidad y capacidad de adaptación de la justicia constitucional: capacidad testimoniada, de un lado, por la atenuación de la eficacia vinculante del precedente en Estados Unidos; de otro, por la adquisición de eficacia *erga omnes* de los precedentes judiciales de algunas Cortes Supremas en los ordenamientos del *civil law*.

Igualmente, se ha de recordar cómo en Norteamérica, y en otros lugares, también los Tribunales Supremos (no solamente los Tribunales Constitucionales especializados) tienden a monopolizar (o al menos a concentrar) el ejercicio de la justicia constitucional: esto sucede en Japón, donde el artículo 81 de la Constitución atribuye tal competencia al Tribunal Supremo (tribunal ordinario de última instancia); en Chile, Venezuela y Costa Rica, donde el juicio sobre las leyes es requerido exclusivamente al órgano superior del orden judicial y en particular a Salas especializadas. En el continente africano, una revisión constitucional de 1990 ha confiado a la Corte Suprema de Zaire el control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos con fuerza de ley. En Oceanía, el Tribunal Supremo de Samoa occidental es competente para conocer de las violaciones de la Constitución e interpretarla cada vez que surja una cuestión al respecto. Algo similar sucede, en el área del Caribe, por ejemplo, en Antigua y Barbuda, y hasta en una República abiertamente islámica, como Yemen, la Constitución asigna a la Corte Suprema la tarea de decidir en materia de constitucionalidad de las leyes.

E) La circulación de los modelos de control concentrado

En los sistemas jurídicos de base codicista, en el curso de los últimos años, han aumentado los ordenamientos que —en lugar de confiar a cada juez el control de la constitucionalidad, o de fortalecer el papel de la Corte Suprema como Tribunal Constitucional, o, en fin, de dividir la competencia (del control de la constitucionalidad) entre los jueces ordinarios y un Tribunal Constitucional especializado— han escogido el camino de un Tribunal Constitucional *ad hoc*, llamado a ejercitar en exclusiva tareas de control sobre las leyes y otros actos de los órganos constitucionales o de los entes centrales o periféricos. Además de en algunos países de Centro y Sudamérica, puede recordarse que también en Asia actúan Tribunales Constitucionales, por ejemplo, en Turquía, en el sentido fijado por la Constitu-

ción de 1982, en Uzbekistán, Tayikistán, Kazajstán, Azerbaiján, Armenia y en algún otro ordenamiento surgido del desmembramiento de la URSS, en Tailandia, etc. También en África, donde las Constituciones se quedan a menudo sobre el papel, se registran ejemplos análogos, como en las ex-colonias francesas y en Angola (mientras que en las inglesas operan si acaso Tribunales Supremos que ejercen también la *judicial review*). Es, sin embargo, en el continente europeo donde el modelo de control concentrado, especializado y sucesivo ha conocido la mayor fortuna: parcialmente cambiado —alejado del tipo ideal kelseniano—, además de los sistemas de Alemania, Italia y después España, el modelo ha sido establecido, por ejemplo, en Chipre, en los ordenamientos del Este de Europa y en algunas Repúblicas nacidas de la disolución de la URSS y de Yugoslavia. En la última década, Tribunales Constitucionales han sido instituidos en Rusia, Bulgaria, Lituania, República Checa, República Eslovaca, Rumanía, Hungría, Eslovenia, Polonia, Croacia, Albania, Moldavia, Ucrania, etc.

En todos estos casos, el órgano es *ad hoc*, en el sentido de que a él sólo le compete el control de la constitucionalidad de las leyes y de otros actos normativos, además de las diferentes funciones características de los Tribunales Constitucionales. Como hemos constatado, no existe, sin embargo, un modelo «concentrado» unitario; son múltiples, sobre todo, las variables presentes en el acceso al Tribunal Constitucional, contemplándose a menudo bien el recurso directo de órganos constitucionales, y/o de los ciudadanos, y/o de las minorías parlamentarias, bien el incidente de constitucionalidad por parte de los tribunales, no faltando en alguna ocasión el control preventivo.

El sistema incidental no ha encontrado demasiada fortuna en los países que pertenecen a la ex-Unión Soviética, donde prevalece de lejos el acceso a través del recurso directo, del cual, sin embargo, son titulares también los tribunales situados en la cima del poder judicial; ello no se emplea en América Latina (salvo rarísimas excepciones, como Panamá); lo contrario sucede en África, donde en algunas ex-colonias francesas, como Congo, Chad, Senegal, Togo, ello viene a reforzar el control preventivo. Igualmente, las cuestiones (excepciones) de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional están contempladas por las Constituciones de Rumania y de la República Eslovaca, así como por algunas leyes de desarrollo.

No faltan, en fin, soluciones particularísimas de control concentrado. Casos peculiares están efectivamente representados —además de por el Tribunal Constitucional portugués— por el Tribunal federal suizo y por la «*Cour d'arbitrage*» belga.

5. ELEMENTOS DE DIVERSIDAD Y DE UNIFORMIDAD

A) Consideraciones introductorias

Todo lo que hasta ahora hemos destacado parece confirmar dos circunstancias: por una parte, no sólo la introducción generalizada de la justicia constitucional concurre, en unión de otros factores (la tendencia hacia la valoración de las autonomías, la recepción difusa de las Cartas de Derechos, la recepción de la división de poderes y de la supremacía de la Constitución, etc.) a la uniformidad de los ordenamientos entendidos en su conjunto, y no sólo —en el ámbito del control de constitucionalidad— tal uniformidad se va acentuando cada vez más, a causa de la fusión de elementos recibidos de las experiencias más diversas. Además, parece que asistimos, desde otra vertiente, a una mayor «*magmaticità*» de las disposiciones y funciones de los Tribunales, de su «*modus procedendi*», etc.

B) La jurisdicción de la libertad y de la igualdad

Si, al menos originariamente, el papel arbitral de la Corte o Tribunal Constitucional prevalecía netamente sobre la jurisdicción de la libertad, hoy eso sigue siendo importante, pero la incorporación progresiva a las Constituciones de Cartas de Derechos siempre más extensas, la necesidad de hacer operativo el principio de igualdad, la exigencia de equilibrar y reequilibrar los valores en conflicto cada vez que cambia la sensibilidad del cuerpo social frente a esos valores, ha ido convirtiendo en más agresiva una jurisprudencia constitucional que, dando respuesta a las demandas de los ciudadanos, ha convertido por doquier la tutela de los derechos en el centro de su propia actividad. Técnicamente, esto último puede suceder o de manera plena, directa (donde estén previstos instrumentos como el amparo o la *Verfassungsbeschwerde*, esto es, instrumentos de acceso directo de los ciudadanos a la defensa de sus propios derechos) o casi plena (como en Suiza, donde el recurso puede presentarse sólo contra actos legislativos cantonales), o indirecta (en Italia y en la Federación Rusa, por ejemplo, los derechos son tutelados sólo incidentalmente)¹¹.

C) Expansión de las motivaciones

Cualesquiera que sean los instrumentos utilizados, hoy en día gran parte de los Tribunales, si no todos, son llamados a pronunciarse en gran

¹¹ L. PALADIN, «La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici», en L. CARLASSARE (coord.), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova 1988, pp. 521 ss. Y en L. PEGORARO-A. REPOSO-GOBBO (coords.), *Lecture introduttive al diritto pubblico comparato*, cit., pp. 203 ss.

medida sobre discriminaciones arbitrarias, que, refiriéndose a individuos singulares, vienen a reflejar categorías completas. Quien hojee la Gaceta Oficial italiana, en la parte dedicada a las ordenanzas de remisión, advertirá que, de lejos, la norma-parámetro a la que más se recurre es el artículo 3.º de la Constitución; no sucede de manera diferente en Austria, en Alemania y hasta en Francia, donde el *Conseil Constitutionnel*, como *régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, se ha transformado en órgano de garantía de la libertad y de la igualdad; mientras que en España buena parte de la jurisprudencia constitucional versa sobre la tutela de la efectividad de los derechos, asegurada por el artículo 24 de la Constitución.

A medida que crece la autonomía del proceso decisonal, aumenta también el grado de libertad en la selección de los materiales jurídicos a los que se ha de atender, en la valoración de las consecuencias de la sentencia, en los valores a privilegiar en los tests de ponderación, etc. De modo especial, son los mismos Tribunales los que han de individualizar los valores (decidiendo, pues, qué representa un valor merecedor de tutela) y atribuirles, en un momento histórico dado, una posición privilegiada respecto a otros, según una interpretación de la realidad que no siempre está en sintonía con la que tienen otros órganos o sujetos políticos, pero que se presume conforme con lo que piensa la sociedad.

En la ejecución de estas operaciones, los Tribunales, a menudo, vienen constreñidos a sacrificar las orientaciones morales y políticas inspiradoras de la ley y a ella incorporadas, en beneficio de aquellas otras que el intérprete del Derecho establecido, atendiendo en alguna ocasión a la construcción de una metafísica global, pretende destinar como forjas de elaboración de un nuevo iusnaturalismo¹².

No obstante el *self-restraint* que caracteriza a menudo la jurisprudencia, los Tribunales constitucionales contribuyen, por lo tanto, a un replanteamiento de los textos constitucionales, no sólo actualizando la axiología de los valores, sino realizando auténticas y particulares revisiones del significado de disposiciones singulares y de términos concretos¹³.

¹² Ver en general U. SCARPELLI, «Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie», en U. SCARPELLI, *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976. Sobre los procesos formativos y argumentativos de las decisiones, un planteamiento general, además de la obra antes citada, está otro libro del mismo autor, «Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi», en *L'etica senza verità*, Bolonia, 1982, pp. 251 ss.

¹³ Es emblemática en este punto la transformación del federalismo americano a través de la relectura hecha por la Corte Suprema de la commerce clause (art. I, sec. VIII Const.), según la cual corresponde al Congreso «regular el comercio con las naciones extranjeras, y entre los Estados (miembros de la Unión) y con las tribus indias». Ver G. BOGNETTI, «Commerce clause», en *Digesto*, IV, Torino, 1988.

Además de aplicarse al proceso de decisión (o de invención), esto se aplica también al proceso de justificación (o de validación), produciendo un aumento generalizado de las motivaciones, incluso en Francia, donde la técnica del *vu* y de los *considérant*, no permitía hasta hace poco tiempo un desarrollo adecuado de la parte fundamentadora de las sentencias, y con ello la asunción por parte de aquéllas de un rol orientador y —si se puede decir así— pedagógico frente a los poderes públicos y la opinión pública.

D) La ampliación de las competencias

En casi todos los ordenamientos, el carácter particularísimo de las decisiones de los Tribunales Constitucionales, cuya sustancia es ampliamente discrecional (por no decir política), pero cuya forma se caracteriza por la jurisdiccionalización del proceso, y sobre todo por la posición de terceros con la cual actúan los jueces constitucionales, ha contribuido a concederles (junto al control de constitucionalidad de las leyes y de otros actos, y a la resolución de conflictos entre el centro y la periferia) una serie de funciones que requieren el ejercicio de un papel arbitral. Por su riqueza son emblemáticas las normas establecidas por la *Grundgesetz*, la Constitución italiana y la española, junto a sus respectivas leyes de desarrollo. Estas se ocupan de actividades como —además de la solución de los conflictos entre los poderes del Estado— el control sobre la regularidad de las elecciones o sobre la admisibilidad de un *referéndum*, la suspensión de los derechos, las declaraciones de inconstitucionalidad de los partidos políticos, etc.¹⁴.

En base a las experiencias hasta ahora descritas, diferentes ordenamientos han otorgado (a menudo sobrecargado) al propio Tribunal constitucional otras funciones, que pueden ser reagrupadas como sigue.

Entre ellas, como en los tres países citados, aparecen en primer lugar las relativas a los conflictos entre órganos o «poderes» del Estado. No raramente se contemplan entre los conflictos justiciables también aquellos entre Parlamento y Gobierno, incluso donde la existencia de una relación de confianza sugeriría un arreglo exclusivamente político de los mismos. Prevén esta competencia, además de las ya mencionadas, la Constitución búlgara, croata, eslovena, surafricana, eslovaca, rusa, ecuatoriana, boliviana, georgiana, de Tajikistan, de Senegal, del Chad, de Malí, de Chipre, de la República de Corea, de Costa Rica...

Otra función a menudo atribuida es la vigilancia sobre los procesos electorales políticos o presidenciales o también administrativos y/o las de-

¹⁴ V. S. BALDIN, *Le "altre funzioni" delle Corti costituzionali con particolare riferimento agli ordinamenti dell'Europa centro-orientale*, Trieste, 2000; G. F. FERRARI, «Le forme di controllo di costituzionalità "anomale"», en *Dir. Pubbl. Comp.*, ed. europ., 2000, pp. 351 ss.

cisiones sobre los respectivos recursos (Francia, Alemania, Grecia, Austria, Portugal, Lituania, República Checa y Eslovaca, Eslovenia, Croacia, Rumanía, Bulgaria, Georgia, Moldavia, Kazakhashán, Chile, Chad, Congo, Malí, etc.). Asimismo, los Tribunales constitucionales son llamados a conocer de la regularidad de los procedimientos referendarios o, como en Italia, de la admisibilidad de la correspondiente solicitud.

Los Tribunales Constitucionales son en casi todos los países competentes en los procedimientos de *impeachment* en relación con el Presidente de la República y/o los ministros, los parlamentarios, los jueces u otros funcionarios; así lo establecen, entre otras, las Constituciones de Ucrania, Lituania, Croacia, Chile, la República de Corea, Honduras, Yemen y Zaire. Algunas veces el juicio corresponde al Tribunal Constitucional, llamado a conocer de la cuestión por otros órganos constitucionales; otras veces es requerido sólo para expresar un dictamen, o para instruir la acusación o garantizar el cumplimiento del procedimiento.

En algún ordenamiento, corresponde a los Tribunales declarar la incapacidad temporal o definitiva del Jefe del Estado y sopesar los presupuestos en los que haya que proceder *ad interim*, como por ejemplo en Portugal, Rumania, Lituania, Moldavia, Armenia y Chipre.

En los ordenamientos «protegidos» frente a la actividad de los partidos o asociaciones anticonstitucionales, es frecuente que las decisiones sobre la naturaleza de los mismos, como también, en cualquier caso, la imposición de las correlativas sanciones, sean confiadas al Tribunal Constitucional, considerado más idóneo que otros poderes para asumir una decisión imparcial: la norma más conocida —sobre todo por su aplicación— está contenida en la *Grundgesetz* alemana, pero sobre el modelo de tal texto, otras Constituciones han establecido normas análogas: Portugal, Bulgaria, Rumania, Croacia, Eslovenia, Repúblicas Checa y Eslovaca, Georgia, Polonia, Chile, Corea...

No falta tampoco la atribución de funciones de consulta a varios órganos del Estado, como en Guatemala, Bolivia y la India.

Finalmente, recorriendo los textos constitucionales y la legislación de desarrollo, es fácil descubrir ulteriores disposiciones, que atribuyen a los Tribunales Constitucionales las competencias más variadas: opinar sobre el establecimiento de medidas de emergencia, certificar la muerte o la incapacidad de los candidatos a la Presidencia de la República; decidir sobre la extradición de ciudadanos extranjeros; determinar las circunstancias de la disolución presidencial de las cámaras parlamentarias; verificar las incompatibilidades de los Ministros; pronunciarse sobre las candidaturas a la elección presidencial...

La atribución de competencias que escapan a la justicia constitucional, en sentido estricto, ha contribuido, al ampliar las funciones de los Tribunales Constitucionales, a incrementar su importancia y a desequilibrar (o reequilibrar) a su favor los equilibrios entre los órganos constitucionales.

También si actúan con los instrumentos típicos de la jurisdicción y pudiendo actuar casi siempre, sólo si son instados desde el exterior, los Tribunales asumen, especialmente en algunos casos, decisiones caracterizadas por su elevada carga política.

No nos debe sorprender si, al final de un proceso que ha durado al menos dos siglos, algunas Constituciones han llegado incluso a prever un papel activo de los Tribunales Constitucionales en el ámbito del procedimiento de revisión constitucional, consagrando así su función de «constituyente permanente».

E) Los Tribunales Constitucionales, poder constituyente permanente

Quede claro que sea cual sea el lugar ocupado formalmente por los Tribunales Constitucionales en los mecanismos de revisión, éstos concurren de cualquier modo a la transformación de los textos constitucionales, adaptándolos a las nuevas exigencias de la sociedad. Diversas constituciones han contemplado también su intervención en el proceso de revisión que caracteriza los textos convertidos en rígidos, a través de diversos procedimientos de agravación del *iter legis*¹⁵.

Además de los casos en los que viene codificado el *status* del Tribunal Constitucional como «intérprete oficial» de la Constitución y de las leyes (Rusia y los Estados de la ex-Unión Soviética, Chipre, Samoa occidental, etc.), con todo lo que esta fórmula significa de eficacia vinculante de sus decisiones, las formas de participación de los Tribunales en el procedimiento de reforma pueden reagruparse de la manera siguiente:

a) En primer lugar, aquellas en las que el texto atribuye un verdadero poder para resolver, como en Chile, «cualquier cuestión de constitucionalidad que pueda surgir durante el examen de ... enmiendas constitucionales» o «las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución» (Bolivia). La Constitución de Moldavia establece que los proyectos de ley de revisión constitucional que lleguen al Parlamento deberán ser examinados por la Corte Constitucional, a solicitud de, al menos, cuatro jueces.

b) Para evitar cualquier duda sobre la extensión del poder en cuestión, otras Constituciones —como la colombiana— clarifican que el control de la Corte Constitucional sobre un proyecto de revisión está limitado al examen de los «vicios de procedimiento en su formación» (en el caso en cuestión, en relación a la convocatoria de un referéndum o de una específica Asamblea constituyente).

¹⁵ Ver L. PEGORARO, «Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución», en *Pensamiento Constitucional*, 1999, n. 6, pp. 221 ss. Y en *Revista de las Cortes Generales*, n. 47, 1999, pp. 7 ss.

c) Alguna vez, la Constitución habilita a los Tribunales Supremos (o Constitucionales) inmediatamente después de la iniciativa en el procedimiento de revisión; así lo disponen, o disponían, las Constituciones de Ecuador, Panamá y Perú antes de la reforma de 1993. En tal caso la intervención no se limita a los aspectos formales, o se subordina a la finalidad de respetar los límites expresos o implícitos a la revisión. Al contrario, supone el ingreso del Tribunal Constitucional en el circuito de la dirección política, con la asunción de la responsabilidad consiguiente.

d) La participación de los Tribunales en el proceso de revisión puede llegar también por otras vías transversales, en cuanto sean llamados a ejercer funciones de control en elecciones o referenda, ya que con esta actividad contribuyen, obligatoria o facultativamente, a mejorar el íter de las enmiendas, lo que sucede, por ejemplo, en Francia, donde el Consejo Constitucional, como ya hemos visto, conoce de la regularidad del referéndum, además de la de las elecciones, algo que sucede también en numerosas ex-colonias francesas o en Rumania, un ordenamiento ampliamente deudor del francés. Este mismo modelo incluiría la intervención de la Corte Constitucional en el examen de la regularidad de la iniciativa popular, allí donde también los ciudadanos pueden ejercitar una propuesta de reforma como, nuevamente, se registra en el caso rumano.

e) Un caso peculiar está representado por la intervención del Tribunal Constitucional en los procedimientos provisionales de elaboración de la Constitución. La experiencia de Sudáfrica resulta ejemplificante en este punto, ya que su *Constitution Act*, 1993, establecía, en combinación con el Anexo 4, un detallado mecanismo para la adopción del texto final. Este preveía la elección de una Asamblea Constituyente con competencia para aprobar la Constitución definitiva, que debía ser conforme a treinta y cuatro *Constitutional Principles* enunciados en el citado Anexo. Según el sentido del artículo 71.2, el respeto de tales principios debía ser certificado por la Corte Constitucional, la cual, en efecto, declaró que no todas las disposiciones del texto aprobado por la Asamblea constituyente eran conformes. Modificado el texto, la Corte Constitucional lo aprobó el 5 de diciembre de 1996, permitiendo la entrada en vigor de la nueva Constitución de la República de Sudáfrica.

f) Por último, hemos de referirnos al control que los Tribunales Constitucionales ejercen sobre las leyes orgánicas, asumiéndolas como parámetro de su juicio, allí donde la Constitución contempla esta categoría de las fuentes del Derecho, casi como prolongación de la Constitución: Francia, España, Rumania y algunos ordenamientos de América Latina. En particular, recordemos que en Francia el Consejo Constitucional, por un lado, declaró que las leyes orgánicas no podían violar «*dans le même esprit*» las ordenanzas orgánicas aprobadas por el Gobierno entre 1958 y 1959 para la «*mise en place*» de las instituciones, como si éstas tuvieran valor constitu-

cional; por otro lado, que las leyes orgánicas sirven como parámetro para el control de las leyes ordinarias.

También la elaboración de la teoría según la cual existen «principios supremos de la Constitución», y en cuanto tales, inmodificables incluso por el poder de revisión constitucional y de los que los Tribunales son los auténticos guardianes, pareciera situar al Tribunal no sólo por encima del poder legislativo sino a la altura del poder constituyente. De esta realidad, pensamos que es buena prueba la positivización de su función en el procedimiento de reforma constitucional, establecida de la forma que, de modo un tanto sumario, hemos descrito.

6. CONCLUSIONES

Hemos constatado la impetuosa expansión que el instituto del control de la constitucionalidad ha tenido en el curso del siglo XX, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial y en la década recientemente concluida. Nacida con orígenes diferentes, la idea de un juez constitucional («*giudice delle leggi*») se ha extendido por todas partes; por lo menos en el ámbito de la textualización constitucional, actualmente la hacen propia hasta algunos ordenamientos que desconocen de *iure* o *de facto* la forma de Estado liberal-democrático, en beneficio de disposiciones autoritarias o teocráticas.

Las diferencias estructurales de cada ordenamiento —imputables a la familia jurídica a la que pertenecen, a las tradiciones históricas y culturales, a la forma de gobierno, al nivel de desarrollo, etc.— han aconsejado, después de una fase de recepciones acrílicas, adaptar los modelos originarios a específicas exigencias de funcionamiento. La traslación en bloque del modelo americano o del austríaco está siendo sustituida en todas partes por sistemas más cuidados, dúctiles y poliformes.

No sólo en algunos países de Europa ha sido introducido un *tertium genus* de justicia constitucional, caracterizado por el control incidental, sino que otros ordenamientos particulares han contemplado y todavía prevén varios modos de controlar la ley. Casi por doquier, se mantienen formas de control interno, político, junto a los controles jurisdiccionales. Es frecuente —tanto en el viejo continente como en el nuevo, pero también en Asia, en África y en Oceanía— que al control posterior se le añada en algunos casos el control previo. Allí donde prevalece el control incidental es regla, y no excepción, que la ley pueda ser impugnada también por vía directa. A menudo, antiguas tradiciones de control difuso han sobrevivido a la institución de un Tribunal especializado.

En todos estos casos, no sólo el procedimiento, sino también el objeto del recurso y la tipología de las sentencias, como también la disciplina de los efectos, han aumentado cuantitativa y cualitativamente, gracias también a una mayor circulación de la información y de las noticias y a los intercambios de experiencias siempre más intensas, y ello testimonia una vez más el rol fundamental desarrollado por el estudio del Derecho comparado, también en este delicado sector.

(Traducción del italiano de FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, a partir de un texto inicial de RAFAEL RUBIO NÚÑEZ, revisado y profundamente modificado).