

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EUROPA OCCIDENTAL: UNA COMPARACION (*)

ALBRECHT WEBER

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: NOTA SOBRE EL ORIGEN E ÍNDOLE DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.—II. ELECCIÓN E INDEPENDENCIA DE LOS MAGISTRADOS; «STATUS» DEL TRIBUNAL: A) *Elección de los magistrados*. B) *Independencia y «status» de los magistrados*.—III. ESTRUCTURA Y «STATUS» DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: A) *Estructura y organización*. B) «*Status*».—IV. LAS COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: A) *Tipología*. B) *Formas de control de constitucionalidad de las normas*: 1. Control previo de constitucionalidad. 2. El control represivo de constitucionalidad: a) Objeto. b) Importancia de los instrumentos de control represivo. 3. Efectos de las sentencias: a) Procedimientos de control previo de constitucionalidad. b) Control represivo de constitucionalidad. C) *Control concreto de constitucionalidad*: 1. Requisitos de presentación. 2. Objeto del control. 3. Efectos. 4. Importancia del control concreto. D) *Conflictos federales y cuasifederales de competencia*: 1. Conflictos federales. 2. Conflictos cuasifederales. 3. Importancia. E) *Conflictos de competencia entre órganos del Estado («conflictos orgánicos»)*: 1. Conflictos orgánicos generales. 2. Conflictos orgánicos parciales. F) *El recurso de amparo de los derechos fundamentales*: 1. Violación original por actos del poder ejecutivo y del poder judicial. 2. Violación derivada o indirecta por actos del poder ejecutivo o judicial. 3. El control individual de la constitucionalidad de las normas. 4. Importancia de los recursos individuales. G) *El control de la constitución de órganos supremos del Estado*. H) *Procedimientos de protección de la Constitución*. I) *Otras competencias*.—V. POSICIÓN Y RELEVANCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO POLÍTICO.

(*) Este artículo se basa en un resumen de los resultados de la recopilación de STARCK/WEBER (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, vols. I y II, 1986.

Abreviaturas: CB, Constitución belga; CF, Constitución francesa; CG, Constitución griega; CI, Constitución italiana; CP, Constitución portuguesa; LFB, Ley Fundamental de Bonn.

I. INTRODUCCION: NOTA SOBRE EL ORIGEN E INDOLE DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

Tras las modificaciones constitucionales producidas en Grecia, Portugal y España con el establecimiento de nuevos Tribunales Constitucionales, la jurisdicción constitucional ha alcanzado una notable consolidación en Europa Occidental, confirmada recientemente por la Cour d'Arbitrage belga creada como consecuencia de la reforma constitucional territorial. De este modo, dos tercios de la Comunidad Europea ampliada disponen ya de una jurisdicción constitucional más o menos amplia, lo que a la larga no podrá dejar de hacer sentir su influencia en la posición del Tribunal de Justicia Europeo como garante y guardián de la Constitución comunitaria. Con todo, debe recordarse que, sobre todo Inglaterra, con su tradicional proclamación de la soberanía del Parlamento, Holanda y Luxemburgo siguen siendo una importante excepción. De esta visión de conjunto de la Comunidad Europea se desprende ya la dimensión histórica e ideológica de la jurisdicción constitucional, por más que no sea posible detenerse en esta cuestión (1).

La jurisdicción constitucional es heredera de una tradición europea-americana integrada por distintas líneas de evolución, de influencia recíproca. Condición esencial de la jurisdicción constitucional, cuyo tratamiento por la historia de las ideas se remonta bastante en el tiempo, es el explícito o implícito reconocimiento de la existencia de normas de superior jerarquía o, en términos más modernos, de una «supremacía de la Constitución». En la historia de las ideas esta jerarquía de normas puede advertirse ya en la doctrina del Derecho natural de la Edad Media, con su distinción entre un *ius naturale* y un *ius positivum* (TOMÁS DE AQUINO) (2), la cual, a través del escolasticismo, influiría decisivamente en la moderna doctrina del Derecho natu-

(1) CAPPELLETTI, *Judicial Review in the Contemporary World*, 1971, 25; CAPPELLETTI/RITTERSPACH, «Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung», en *JÖR n. F.*, 20 (1971), pp. 65 ss.; STARCK en STARCK/WEBER (editores), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 1986, pp. 1 ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1982, pp. 39 ss.

(2) THOMAS V. AQUIN, *Summa Theologica* II, q, 60, art. 5; I-II, q, 60, art. 2; E. CORWIN, «The Higher Law background of American Constitutional Law», en *Harvard Law Review*, 42 (1928), pp. 149 ss.

ral (GROTIUS, VATTEL, PUFENDORF), de la inalienabilidad de los derechos humanos y del reconocimiento de ciertas «leyes fundamentales» como fundamento del orden jurídico. Otra línea de evolución es la del Derecho judicial inglés, con su afirmación de la superior jerarquía de los principios del «common law» de creación parlamentaria; así, por ejemplo, la defensa llevada a cabo por COKE, en el famoso Bonhams Case de 1610, de la autoridad del juez frente a la del legislador (3). El control jurisdiccional de las normas legales frente a principios jurídicos más elevados ciertamente no llegaría a lograrse en Inglaterra debido a la afirmación de la soberanía del Parlamento frente al absolutismo monárquico, pero tendría una importante influencia en el desarrollo del constitucionalismo americano; aquí no se aceptaría la supremacía del Parlamento inglés y de sus «colonial charters» («no taxation without representation») (4). Parece una ironía de la historia constitucional el que el mismo sistema inglés de la ilimitada soberanía del Parlamento haya conducido en Norteamérica a un resultado inverso, con el consecuente renacimiento del derecho de revisión judicial frente a los actos del legislador. Según Alexander HAMILTON, coautor de *El Federalista*, la supremacía de la Constitución como «fundamental law» no sólo autoriza al juez a la interpretación y configuración del sentido (contenido) de las leyes, incluida la Constitución, sino que también lo obliga, si el caso lo requiere, a enjuiciar la compatibilidad de las leyes con normas de rango más elevado; la Constitución debería ser situada, así, por encima de las leyes promulgadas, las pretensiones del pueblo encima de las pretensiones de sus representantes (5). El derecho de revisión judicial («judicial review») se encontraba ya anunciada y practicada por la jurisprudencia de los tribunales (6) cuando el juez MARSHALL, en su fundamental sentencia *Marbury vs. Madison*, de 1803, afirmó la supremacía de la Constitución frente a la Ley del Parlamento y el consiguiente derecho de revisión judicial (7). Por lo demás, no cabe olvidar la importancia del orden federal en el desarrollo de la revisión judicial en

(3) Cfr. I. W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History, 1955-1961*, pp. 30 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA (n. 1), p. 52; CAPPELLETTI (n. 1), parágrafo 5.

(4) Documentación en GARCÍA DE ENTERRÍA n. 1), p. 51; CAPPELLETTI (n. 1), p. 39; STARCK (n. 1), p. 8.

(5) *The Federalist*, núm. 58; véase CORWIN, *Court over Constitution. A study of judicial review as an instrument of popular government*, 1963.

(6) GARCÍA DE ENTERRÍA (n. 1), p. 55, con remisión a SCHWARTZ, *A Commentary of the Constitution of the US, I*, 1963.

(7) *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 = Law Ed. US 60, 73 (1803).

los Estados Unidos, como instrumento de delimitación de competencias entre la federación y los Estados miembros.

En Europa no se afirmaría del mismo modo la idea del control judicial del poder legislativo. La idea del control judicial del poder judicial, tal como fue sostenida, por ejemplo, por SIEYÈS bajo la influencia de HAMILTON (8), no prosperaría en Francia debido a la doctrina de la omnipotencia de las leyes como expresión de la voluntad del pueblo; de ahí también la incondicionada vinculación de los jueces a la Ley como consecuencia de la separación de poderes reflejada en el título III, capítulo 5.º, artículo 3.º, de la Constitución de 1791 (9). Ello también explica el que el «Tribunal de Cassation» constituido en 1790 fuese concebido como órgano no judicial para el control de la constitucionalidad, agregado al «Corps législatif» como órgano político de control. Los debates acerca del carácter judicial o político han continuado hasta el siglo xx, influyendo en la constitución del Conseil Constitutionnel en los años iniciales de la V República; sólo hoy día parece encontrarse mayoritariamente aceptado el carácter judicial del control de constitucionalidad (10).

El Reich alemán de 1806 conocía una jurisdicción por el Tribunal Supremo del Reich («Reichsgerichtsbarkeit») a través del «Reichshofrat» y del Tribunal Cameral Imperial («Reichskammergericht»), constituido en 1495; pero ello difícilmente podría clasificarse como jurisdicción constitucional en el sentido moderno, dado que su fundamentación conceptual no era la supremacía de la Constitución, sino el tradicional poder judicial supremo del emperador (11).

No es hasta el siglo xix cuando el control de constitucionalidad es incorporado a la lucha por el Estado constitucional en la Federación y los Estados soberanos alemanes. En tanto los partidarios de la Constitución liberal veían en el control judicial el garante del compromiso constitucional (R. v. MOHL, L. v. STEIN), sus adversarios acentuaban el primado del monarca como titu-

(8) STARCK (n. 1), nota 73, se remite a SIEYÈS, *Opinion sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire proposé le 2 thermidor, prononcé à la Convention Nationale le 18 du même mois, l'an 3 de la République* (1795).

(9) «Estos tribunales no pueden intervenir en la actuación del poder legislativo o intentar la derogación de las leyes ni cualquier otra cosa en contra de la autoridad administrativa o citar los funcionarios administrativos en virtud de su función.»

(10) Véanse las remisiones de LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, 1980, pp. 33 ss.; FAVOREU/PHILIP, *Le Conseil Constitutionnel*, 1978, pp. 119 ss.

(11) HOKE, en STARCK/STERN (editores), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, I, 1983, 1, 31 ss., que no obstante constata ciertas competencias jurídico-constitucionales.

lar del poder estatal (F. v. STAHL, H. ZOEPFL, H. A. ZACHARIAE) (12). La concepción liberal-constitucional vino a plasmarse con mayor nitidez en el proyecto de Constitución de la Paulskirche (Francfort), en 1848, que contenía un capítulo dedicado a un Tribunal Supremo del Reich, que hubiera sido el primer Tribunal Constitucional Federal en sentido moderno: estaba llamado a conocer de los conflictos entre el Gobierno y la representación popular, del control de las leyes del Reich a instancia de los Estados miembros, así como de un recurso de amparo de derechos fundamentales (art. 126, *a-n*). Por el contrario, en la teoría del Estado vigente en el Reich de 1871 la idea de Constitución sufre un retroceso; comprendida la Constitución en buena medida como norma de organización de la cooperación entre las fuerzas sociales, sólo llega a admitirse un control de la constitucionalidad formal (3), control que sería reivindicado por el Tribunal Supremo del Reich con apoyo en la teoría positivista del Estado (14). Durante la República de Weimar proseguiría la discusión sobre el control de constitucionalidad (15); de hecho, el control judicial fue reivindicado por el Tribunal del Reich desde 1925 (16). No llegaría a alcanzarse, sin embargo, la concentración del control judicial en el Tribunal del Estado del Reich («Staatsgerichtshof») de la República de Weimar, a diferencia de lo ocurrido en Austria bajo la Constitución de 1920-1929 (17).

Fundamental, en fin, para la concepción teórica de la jurisdicción constitucional moderna resultaría la Escuela de Viena, bajo KELSEN y MERKL, con su idea de la estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico; la jerarquía de las normas y la ausencia de toda contradicción en el ordenamiento vendría garantizada por un Tribunal Constitucional centralizado dotado del monopolio del control de constitucionalidad (18). El modelo, muy influenciado por KELSEN, de una jurisdicción constitucional concentrada, con mono-

(12) GUSY, *Richterliches Prüfungsrecht, Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung*, 1985, p. 52; J. IPSEN, «Constitutional Review of Laws», en STARCK (ed.), *Main Principles of German Basic Law* (1983), pp. 107 ss.

(13) GUSY (n. 13), pp. 53 ss.; HOKE (n. 12), p. 78.

(14) Sentencias del Reichsgericht en asuntos civiles, RGZ, 9 (1883), pp. 232 ss.

(15) Véase H. WENDENBURG, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, 1984; GUSY (n. 12), pp. 90 ss.

(16) RGZ 111, 320 (322).

(17) J. Ipsen (n. 12), p. 111; HOKE (n. 12), pp. 94 ss.

(18) KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1966, pp. 228 ss.; el mismo en VVdSTRL, 5, pp. 30 ss.; A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923, p. 215.

polio del control, plasmado en la Constitución austríaca de 1920-29, aunque no tuvo excesiva influencia en Weimar, sí fue practicado contemporáneamente en Checoslovaquia (1920) y en la II República Española (1931-1936) (19). Sería sobre todo después de la guerra cuando el sistema comenzó a desplegar su influencia, con el establecimiento de los Tribunales Constitucionales de la República Federal de Alemania (1951), Italia (1956), Chipre (1960), Turquía (1961) y Yugoslavia (1963) (20). Dentro de este sistema pueden ser adscritos, dentro de los países que van a ser objeto de comparación, la República Federal de Alemania, Austria, Italia, España, Francia y Bélgica, en tanto que Suiza y Grecia pueden ser adscritos al llamado «modelo difuso»; el control judicial parece, en cierto modo, más acentuado en Suiza que en Estados Unidos (21). De contornos más difusos es el modelo portugués, que siguiendo el modelo de control judicial tomado de la Constitución brasileña en 1911, a partir de la reforma de la Constitución de 1976 llevada a cabo en 1982, se inclina más bien a favor de una jurisdicción constitucional concentrada (22); este carácter mixto resulta patente en el control concreto (cuestión de inconstitucionalidad). Al igual que Suiza y Grecia, también los países escandinavos (Noruega, Dinamarca, Suecia) podrían adscribirse al modelo difuso (23), pues todos ellos rechazan hasta ahora el control concentrado. La siguiente descripción del Derecho comparado del control de constitucionalidad incluye a Suiza y Grecia, países que, a pesar de integrarse en un modelo distinto, disponen de una jurisdicción constitucional institucional parcialmente autónoma, con tribunales que ostentan competencias propias de un tribunal constitucional; de ahí que su inclusión valga la pena. Por jurisdicción constitucional se entenderá, en este contexto, la función jurisdiccional dirigida a la garantía y preservación de la Constitución, atribuidas bien a un especial Tribunal Constitucional, bien a otro tribunal supremo dotado de competencias especiales (Suiza, Estados Unidos); la jurisdicción constitucional, por lo demás, se concreta en una serie de criterios formales y materiales, relativos al *status* y competencias de la misma.

(19) Cfr. CAPPELLETTI/RITTERSPACH (n. 1), p. 83. *Acerca del Tribunal de Garantías Constitucionales (1934-36)*, véase BASSOLS COMA, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales*, 1981; véase también CRUZ VILLALÓN, REDC, 5 (1982), pp. 115 ss.

(20) CAPPELLETTI (n. 1), p. 51.

(21) AUER, *La jurisdiction constitutionnelle en Suisse*, núm. 37, 1983.

(22) Véase CARDOSO DA COSTA, en STARCK/WEBER (n. 1), introducción.

(23) Véase CAPPELLETTI (n. 1), pp. 48 ss.; AUER (n. 21), núm. 33 ss.

II. ELECCION E INDEPENDENCIA DE LOS MAGISTRADOS;
«STATUS» DEL TRIBUNAL

A) Elección de los magistrados

El número de magistrados del Tribunal Constitucional, en los Estados aquí analizados, varía entre los 9 y los 16 miembros (Francia, 9; Grecia, 11; Bélgica, 12; España, 12; Portugal, 13; Austria, 14; Italia, 15; RFA, 16; Suiza, 13, aproximadamente, de 30 magistrados federales). En la elección de los magistrados participa el Parlamento (con la excepción de Grecia). El órgano de representación popular asume de forma exclusiva la elección en la RFA, Suiza, Bélgica y, en parte, en Portugal, mientras que en Austria, España, Italia y Francia adoptan un sistema de elección basado en la separación de poderes. En Italia y en España participan en la elección, además del poder ejecutivo y del Parlamento, el Consejo General del Poder Judicial (España) o los Tribunales Supremos (Italia). Sólo el Tribunal griego queda integrado por el presidente de los Tribunales Supremos y ocho magistrados designados por sorteo cada dos años, lo que revela el carácter *ad hoc* de su composición. En los Estados federales participan tanto la Cámara unitaria como la federal (RFA, Austria, Suiza); en los demás, las dos Cámaras participan en la elección (Italia, España); en Portugal, la Asamblea Nacional, como Cámara única, asume la elección; en Bélgica, el Senado posee la capacidad de participar en la elección.

En una democracia de partidos, asumida por todos los Estados aquí analizados, la influencia de los partidos, particularmente en el nombramiento de los magistrados, es ineludible. La exigencia de mayorías cualificadas (por ejemplo, de dos tercios en la RFA, Portugal, Italia, Bélgica) lleva a los llamados «compromisos electorales», o «derechos de representación» de ciertos partidos. La necesidad de alcanzar estas mayorías cualificadas ofrece la ventaja de obligar a un cierto consenso, a fin de que el magistrado constitucional pueda gozar de una amplia legitimación parlamentaria; en Suiza la asignación de los magistrados se efectúa conforme a un sistema de representación proporcional de los siete miembros del Gobierno (24). Menor resulta la influencia de los partidos en el sistema francés, donde sólo los presidentes de

(24) HALLER, «Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht», en STARCK/WEBER (n. 1), III, 1.

las dos Cámaras (junto al presidente de la República) intervienen en el nombramiento; el objeto es el de restringir el predominio de los partidos, tal como se producía en el «Comité Constitutionnel» del IV República (25). Junto al equilibrio de los partidos, puede ser también importante cierto equilibrio lingüístico; así, por ejemplo, en Bélgica, donde al grupo lingüístico francés le corresponde nombrar seis magistrados, al igual que al grupo flamenco (26); también en Suiza se considera ineludible el equilibrio entre las tres lenguas oficiales en la designación de los magistrados.

La elección del presidente y del vicepresidente del Tribunal puede tener lugar bien por los propios órganos que intervienen en la elección de los magistrados (RFA, Austria, Suiza, Francia) o bien, como en los demás países, por los propios magistrados; en el primer supuesto son nombrados para la entera duración del cargo de magistrado, en el segundo caso la duración del cargo suele ser más breve (dos, tres años). No suele preverse una edad mínima para acceder al cargo, si bien en la RFA y en Bélgica se exige una edad de cuarenta años; sin embargo, la cualificación jurídica de los magistrados suele encontrarse garantizada a través de la exigencia de una experiencia profesional relativamente larga (Austria, Italia, Bélgica, España); en Suiza sólo se exigen los requisitos generales de elegibilidad para un cargo público. En Francia, el prestigio profesional o el haber desempeñado altos cargos públicos resulta particularmente importante; con todo, no se pone seriamente en duda la cualificación de los magistrados en razón de esta práctica de nombramiento (27).

De cierta importancia en orden a la independencia y la calidad de la jurisdicción son el período de duración del cargo y la posibilidad de reelección. De la duración del cargo depende la continuidad, la petrificación o la capacidad innovativa de la jurisdicción constitucional; pero la independencia no sólo se garantiza a través de un nombramiento vitalicio, sino que también podrá garantizarse por medio de un nombramiento de duración limitada. Más importante, en cambio, para la independencia judicial es la imposibilidad de reelección. En cuanto a la elección vitalicia, ésta sólo se conoce en Austria y Bélgica, si bien con un límite de edad de setenta años; en la RFA el nombramiento es por un período de doce años, sin reelección; en Italia,

(25) FAVOREU/PHILIP (n. 11), p. 13.

(26) Art. 21, 22 de la loi belge portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'Arbitrage (*Moniteur belge* du 8. juillet 1983), (citado Loi Cour d'Arbitrage).

(27) FAVOREU/PHILIP (n. 11), p. 19.

Francia y España, por nueve años; en Suiza y Portugal se prevén nombramientos por períodos más cortos con posibilidad de una reelección (seis años), y en Grecia se efectúan los nombramientos por dos años. Estos países no prevén un específico límite de edad; por excepción, la RFA prevé una edad límite de sesenta y ocho años. Dado el sistema de renovación parcial previsto en Francia, Italia y España, hubo de establecerse en estos países un sistema particular para los primeros tres-seis años de vigencia del sistema.

B) *Independencia y «status» de los magistrados*

La independencia personal y objetiva de los magistrados resulta indispensable en orden al desempeño neutral de su función. Esta independencia se encuentra en algunos casos explícitamente consagrada (art. 65 CF, art. 159.4,5 CE), o bien resulta de la independencia judicial constitucionalmente garantizada de todos los magistrados (así, p. e., art. 97.1 LFB, art. 208 CP, artículo 87 CG). De forma indirecta, la independencia judicial se deduce de la inamovilidad, del fuero jurisdiccional y de la inmunidad, así como de la incompatibilidad (28). Los magistrados son inamovibles por otro poder; normalmente, sólo una decisión del Tribunal puede dar lugar a una dimisión o suspensión, para lo que se suele exigir una mayoría cualificada (p. e., en la RFA, Italia, España). El fuero jurisdiccional de los magistrados como protección frente a un procesamiento por actuaciones oficiales u opiniones emitidas oficialmente, así como la inmunidad como protección frente a un procesamiento penal aparecen garantizadas con regularidad. Junto a ello suelen existir estrictas reglas de incompatibilidad, a fin de asegurar la independencia personal y el principio de la separación de poderes: así, p. e., el cargo de magistrado constitucional es en general incompatible con un mandato parlamentario, o con un cargo público en el Gobierno a escala federal, territorial o regional (art. 57 CF, art. 35.1 CB). Por lo que hace a las actividades profesionales, existen diversas reglamentaciones, si bien en la mayoría de los casos existe incompatibilidad con otro cargo judicial o de funcionario del Estado. En algunos casos existe incompatibilidad con el desempeño de un cargo o de una función directiva en un partido político. En la mayoría de los casos la independencia judicial viene asegurada por el especial *status* del magistrado, así como por adecuados salarios y jubilaciones.

(28) Italia: art. 8 Ley núm. 87/1953. España: art. 19 LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3-X-1979). Bélgica: art. 35, art. 1, de la Loi Cour d'Arbitrage.

III. ESTRUCTURA Y «STATUS» DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

A) *Estructura y organización*

Con excepción de Suiza, los Tribunales Constitucionales aquí analizados cuentan con una jurisdicción constitucional de organización independiente; sólo Suiza atribuye la decisión de cuestiones constitucionales al Tribunal Supremo, pues incluso algunos países que siguen el modelo del control judicial, como Portugal o Grecia, cuentan con una separación institucional. Esta peculiaridad suiza debe ser puesta en conexión con su intenso carácter de sistema de control judicial, el «modelo mixto» de jurisdicción y, en general, la desconfianza de la soberanía popular frente a la jurisdicción constitucional. La estructura de los Tribunales se basa en una o dos Salas. El modelo de dos Salas es el de la RFA, España y Portugal. En la primera la especialización se produce en razón de la materia; en España las Salas sólo conocen de los recursos de amparo; en Portugal, las Salas, de seis magistrados, no se encuentran especializadas. Aparte de ello, en la RFA, en Suiza y en España existen Secciones integradas por tres magistrados para la tramitación sumaria de recursos de amparo, con una esencial misión de «filtro», de tal modo que las Salas puedan concentrarse en los recursos de cierta importancia.

Al presidente de los Tribunales Constitucionales, en general, le incumben funciones directivas, disciplinarias y de representación, en las cuales el vicepresidente actúa como suplente. Estos son asistidos por diverso personal auxiliar, secretarios judiciales, así como por letrados, en orden a la preparación de las resoluciones.

B) «Status»

El *status* de los Tribunales Constitucionales como órgano constitucional equiparado a los restantes, como el Parlamento o el Presidente, debe derivarse inmediatamente de la Constitución (29). Indicio de esta calidad de órgano constitucional es, ante todo, la dedicación de capítulos específicos en los textos de las respectivas normas fundamentales (Austria, Suiza, Italia, Fran-

(29) STERN, *Staatsrecht*, II, 1980, p. 344; M. GARCÍA PELAYO, «El 'status' del Tribunal Constitucional», REDC, 1 (1981), pp. 11 ss. (13), con remisión a JELLINEK y GIERKE.

cia, España, Bélgica) (30), a fin de acentuar de este modo las diferencias frente a otros órganos constitucionales. El que a veces el Tribunal Constitucional aparezca regulado junto a los restantes órganos jurisdiccionales (RFA, Portugal, Grecia) (31) no es obstáculo a su calificación como órgano constitucional, desde el momento en que todo Tribunal Constitucional materialmente también desempeña una función jurisdiccional. En la medida en que la cualidad de órgano constitucional no venga especificada normativamente (32), será necesario recurrir a criterios materiales y formales a fin de determinarla. Así, la independencia externa viene indicada en general por la autonomía reglamentaria, por un propio presupuesto, por la autonomía frente a cualquier inspección jerárquica, así como por el rango protocolario conferido a los miembros del Tribunal. En cuanto a las características materiales del *status* orgánico, son importantes las atribuciones de competencia que forman la base de la jurisdicción constitucional, en cuanto el Tribunal Constitucional se presenta como árbitro entre los poderes públicos y como garante de la Constitución como ordenamiento jurídico fundamental (33); de aquí que resulte esencial la competencia en cuestiones tales como el control, abstracto o incidental, de normas del Derecho federal frente al Parlamento, los conflictos de competencia entre órganos constitucionales y, en Estados de modelo federal o cuasifederal, la resolución de conflictos de competencia.

Bajo estas premisas cabe atribuir materialmente el *status* de órgano constitucional a los Tribunales Constitucionales de la RFA, Austria, Italia, España, Portugal, Francia, Bélgica e, incluso, al Tribunal Supremo de Suiza (34); más problemática aparece esta calificación aplicada al tribunal especial griego, dado que se recluta de entre magistrados de los tribunales supremos y sus competencias son bastante limitadas.

(30) Por ejemplo: Austria, 6 parte principal, B (art. 137 ss. B-VG). Suiza, IV: Organisation und Befugnisse des Bundesgerichts (art. 106 ss. BV). Italia, título VI (Garanzie Costituzionali), inciso I (Corte Costituzionale), art. 134 ss. CI).

(31) RFA, IX: Die Rechtsprechung (art. 92, 93 GG).

(32) Véase art. 1.º de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG); artículo 1.º LOTC.

(33) De manera semejante en STARCK, en *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, I (n. 11), p. 153.

(34) Sobre el Tribunal Constitucional federal alemán véase el informe «Status», en *JöR* n. F. 6 (1957), 109; *BVerfGE* 7, I (14), 40, 356 (360); para el Tribunal Constitucional español véase también GARCÍA PELAYO (n. 29); véase también STC 9/1981, BJC 1981, 177.

IV. LAS COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

A) *Tipología*

La jurisdicción constitucional en sentido material puede ser asumida por otros tribunales, como es, p. e., el caso en un sistema de «judicial review» de tipo americano; del mismo modo, el control constitucional puede ser ejercido también por otros órganos del Estado, como ocurre en Suiza a través del Parlamento y del Gobierno.

Las competencias integrantes de la jurisdicción constitucional pueden ser reducidas a un grupo de materias, que forman el núcleo de la jurisdicción constitucional. En la actual democracia, basada en el Estado de Derecho y en la separación de poderes, este núcleo estaría integrado por las siguientes competencias:

- Control de constitucionalidad de normas federales y/o estatales.
- Conflictos federales o cuasifederales (en la medida en que se trate de Estados federales o bien con estructura regional).
- Conflictos de competencia entre órganos federales supremos.
- Recursos de amparo de los derechos fundamentales, con ocasión de la violación, directa o indirecta, de la Constitución.

Jurisdicción constitucional existe ya con la presencia de una de estas competencias; la presencia de todas ellas delimita la plenitud de competencias de un determinado Tribunal Constitucional.

Junto a estas competencias esenciales cabe citar otras, como las relativas al contencioso electoral, a la adquisición y pérdida de mandatos, las consultas populares, procedimientos especiales de protección de la Constitución, resolución de conflictos entre autoridades administrativas y tribunales de justicia o de éstos entre sí, así como otros procedimientos atípicos.

B) *Formas del control de constitucionalidad de las normas*

1. *Control previo de constitucionalidad*

Procedimientos de control previo o preventivo caben contra toda clase de normas jurídicas de contenido abstracto-general, promulgadas ya sea por el

Estado central o los Estados miembros, ya sea de nivel regional o de nivel municipal. Es, pues, imaginable el control previo frente a leyes, reglamentos, leyes de autorización de la ratificación de tratados. El control previo puede adoptar caracteres diferentes según que el parámetro del control venga integrado por toda la Constitución o bien sólo por las normas relativas a la distribución de competencias entre las diferentes entidades territoriales, es decir, entre el Estado federal y los Estados miembros, o bien entre Estado y las regiones o Comunidades Autónomas. Esta distinción es aplicable tanto al control previo como al control represivo.

El control previo de constitucionalidad existe en Austria, Francia y Portugal, en tanto en España fue abolida esta modalidad en 1985, siendo confirmada la validez de la derogación por el Tribunal Constitucional (35). Lo curioso de esta comparación es que de los Estados que disponen de un control abstracto de constitucionalidad (RFA, Austria, Francia, Bélgica, España, Portugal), sólo Francia y Portugal cuentan con un control previo de constitucionalidad. No obstante, es de tener en cuenta que en Francia el control previo es un elemento definidor del tipo de control ejercido por el «Conseil Constitutionnel», en tanto en Portugal es posible tanto el control previo como el represivo (36). En Austria, por el contrario, el control previo respecto de la distribución de competencias entre la Federación y los Estados miembros, al igual que el control de normas regionales en Italia a instancia del Gobierno, no juega un papel especialmente importante (37).

Si bien en la RFA no existe un recurso previo de inconstitucionalidad, a través de la posible suspensión de la vigencia de la ley, adoptada como medida cautelar por el Tribunal Constitucional, se produce, de hecho, una situación de control previo (38).

En Suiza no existe un control jurisdiccional previo, pero sí existe un control previo llevado a cabo por las dos Cámaras reunidas («Vereinigte Bundesversammlung») frente a leyes federales (39). Mientras en España el

(35) Revisión del artículo 79 LOTC del 6-XII-1984, confirmada por sentencia 66/1985 del 25-V-1985.

(36) Arts. 280, inciso 1; 281, inciso 1, y art. 278, inciso 1 CP.

(37) Art. 138, inciso 2 B-VG; §§ 54-55 VerfGG; art. 127 CI.

(38) La verdadera importancia de las medidas cautelares no se produce tanto respecto del control abstracto de constitucionalidad como más bien del recurso de amparo; una excepción importante es la sentencia del Tribunal Constitucional Federal acerca del aborto (BVerfGE 37, 324), que, en contra de FAVOREU (RDP, 1984, p. 1185), no debería generalizarse como tipo del control preventivo.

(39) AUER (n. 21), núm. 140.

control previo sólo cabía frente a leyes orgánicas y Estatutos de Autonomía, en Francia el control previo es posible tanto frente a leyes orgánicas como frente a leyes ordinarias; igualmente es posible en Portugal el control previo frente a todo tipo de leyes (art. 278.1 y 2 CP). Mientras en Francia el control es preceptivo en el caso de las leyes orgánicas y de los reglamentos de las Cámaras y facultativo en el resto de las leyes, en Portugal, así como en España mientras existió este tipo de control, se trata de un control en todo caso facultativo. Por lo demás, tanto en Francia como en España y en Portugal cabe un control previo de los tratados internacionales (art. 54 CF, artículo 95.2 CE, art. 278.1 CP). En España y Francia el control de los tratados se produce de forma previa al acto parlamentario de autorización de la ratificación, de forma que este control posee un carácter vinculante; en Portugal se admite el control tanto del tratado como del acto de autorización de la ratificación. En la RFA cabe el control previo de las leyes por las que se autoriza la ratificación de los tratados internacionales (40).

En Francia el control previo desempeña un importante papel político, en cuanto única forma de control abstracto, en particular desde que se permitió el control facultativo de las leyes ordinarias al ampliarse la legitimación a sesenta diputados o senadores como un instrumento de control en manos de la oposición parlamentaria (41). En España el número de recursos previos aumentó considerablemente con el acceso al poder del PSOE, de tal modo que la entrada en vigor de algunas leyes orgánicas quedó aplazada por más de un año (42); este recurso previo de inconstitucionalidad frente a leyes orgánicas y Estatutos de Autonomía sería suprimido por la mayoría socialista, mediante la correspondiente modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, confirmada por el Tribunal Constitucional a través de la sentencia 66/1985 (43). En Portugal el número de recursos previos fue más alto, elevándose a una cuarta parte aproximadamente de los procedimientos de control represivo (44).

(40) BVerfGE, 1, 396/413; 36, 1/15.

(41) Hasta el 1-XII-1984 aparece así la estadística de sentencias del Conseil Constitutionnel: leyes orgánicas, 42; reglamentos de las asambleas legislativas, 33; leyes ordinarias, 106; tratados internacionales, 2.

(42) Estadística de los procedimientos de «control previo de inconstitucionalidad» 1980-1984. 1982, 5; 1983, 3; 1984, 5; de 13 procedimientos en total permanecieron pendientes seis hasta finales de 1984.

(43) *Supra* n. 35.

(44) Estadística a partir del 6 de abril de 1983 hasta julio de 1985: 1983, 1; 1984, 5; 1985, 3 procedimientos.

2. *El control represivo de constitucionalidad*

Por control represivo de constitucionalidad se entenderá aquí el control posterior y abstracto de cualquier norma, ya sea procedente de los órganos centrales o federales o de los órganos regionales o de los Estados miembros. El fin esencial del control abstracto es el control de la constitucionalidad objetiva, es decir, la garantía de la Constitución federal o «central», así como la jerarquía de las normas, a lo que debe unirse en el caso de las Constituciones federales o cuasifederales la distribución de las competencias legislativas y administrativas; también la protección de los derechos fundamentales como elementos del orden objetivo puede considerarse como un objetivo integrante de un efectivo control de normas.

a) *Objeto*

Objeto del control represivo y abstracto pueden ser normas con rango tanto legal como reglamentario, así como tratados internacionales y leyes de incorporación de estos últimos. El control represivo, al igual que el previo, puede ser dividido en procedimientos en los que toda la Constitución sirve de parámetro del control y procedimientos en los que el parámetro del control viene integrado exclusivamente por las normas que regulan la distribución de competencias. Estos últimos serían conflictos de competencia que se presentan en forma de control abstracto de normas; ello es característico de Bélgica, donde la competencia de la «Cour d'Arbitrage» se reduce a la garantía de la distribución de competencia entre el Estado, las Comunidades y las regiones. En todos los demás Estados, menos en Francia, Grecia y Suiza (aunque la razón en este último caso se encuentra en la ausencia de un control jurisdiccional de las leyes federales), el control abstracto de constitucionalidad tiene con frecuencia el carácter de un conflicto territorial de competencia. Tal es el caso de la RFA, donde el control abstracto de las leyes ha desplazado en buena medida a los procesos constitucionales de conflicto de competencias entre la Federación y los Länder (45). En España el proceso constitucional que se siga dependerá del rango de la norma objeto de conflicto: recurso de inconstitucionalidad si se trata de una norma con rango de ley, conflicto de competencias en los demás casos (46).

(45) LEISNER, en STARCK (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, I (1976), p. 287; SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1985, p. 55.

(46) RUBIO LLORENTE, u. V. 1.1., en STARCK/WEBER (n. 1).

En los Estados federales el control es posible tanto respecto de leyes federales como de leyes de los Estados miembros, e incluso respecto de leyes de reforma de la Constitución (47). Pero también los Estados de carácter «cuasifederativo» como España o, hasta cierto punto, Portugal admiten igualmente el control de las normas centro-estatales y de las regionales: en España cabe el control represivo frente a leyes orgánicas, Estatutos de Autonomía y demás normas con rango de ley (tanto emanadas del poder central como de las Comunidades Autónomas), así como frente a los Reglamentos de las Cámaras. De forma parecida, Portugal conoce el control de constitucionalidad tanto frente a las leyes centrales como regionales (arts. 280 y 281 CP).

Parámetro del control es siempre la Constitución en su conjunto, tanto en sentido formal como material, incluyendo los principios y directrices fundamentales de la Constitución; en el caso de los Estados federales se controla la compatibilidad con la Constitución y con el resto del Derecho federal y, en el caso de Austria, también con las Constituciones de los Estados miembros.

También los tratados internacionales son susceptibles de control represivo: así en España y Portugal, con independencia de la posibilidad de un control previo. Fundamentalmente de carácter represivo aparece el control de las leyes de autorización de los tratados en la RFA, aunque de hecho predomine el control previo; en Austria cabe el control de los tratados siempre que no se les confiera rango de ley de reforma de la Constitución (art. 140, a, 50, de la Ley Constitucional-Federal); también en Bélgica cabe el control de los tratados (48).

La legitimación para suscitar un control de constitucionalidad depende de la forma que éste adopte. En el caso del control preceptivo previo francés, son los órganos encargados de la promulgación de la norma (Presidente de la República, presidentes de las Cámaras) quienes deben suscitar el control; una regulación similar existe en Portugal en relación con la legitimación potestativa del Presidente de la República y del ministro competente para la respectiva región autónoma (Madeira, Azores). En el caso de las leyes ordinarias en Francia, se encuentran legitimados para recurrirlas el primer ministro, los presidentes de ambas Cámaras, sesenta diputados o sesenta senadores.

(47) Art. 93, inciso 1, núm. 2 GG; art. 140, inciso 1, B-VG.

(48) Art. 1.4 Loi Cour d'Arbitrage.

En la RFA y en Austria la legitimación para recurrir corresponde al Gobierno federal, a los gobiernos de los Länder, así como a un tercio de los miembros del respectivo Parlamento federal; en el caso de Austria, además, a un tercio de los miembros del Parlamento regional, con arreglo a lo que disponga el ordenamiento constitucional de cada Land. En España y Portugal se hallan legitimados el presidente del Gobierno o primer ministro, una parte de los miembros del Parlamento (un décimo de los diputados de la Asamblea Nacional portuguesa; 50 diputados o 50 senadores en España), los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas o de las regiones; a ello hay que añadir la legitimación del presidente de la República y del presidente de la Asamblea Nacional en el caso de Portugal y, finalmente, el Defensor del Pueblo en ambos países. La regulación de la legitimación hace ver cómo la oposición parlamentaria cuenta con un importante instrumento de control del Gobierno a través del control de constitucionalidad; de otra parte, la legitimación del Gobierno central posibilita la garantía de la supremacía del ordenamiento jurídico centro-estatal, del mismo modo que los Estados federados y entidades regionales autónomas cuentan con un instrumento que les permite defenderse frente a intrusiones competenciales; desde esta perspectiva, el control abstracto aparece también como un instrumento de garantía de la separación vertical de poderes.

b) *Importancia de los instrumentos de control represivo*

Cuantitativamente el control represivo ocupa una posición más bien modesta en la jurisprudencia constitucional de la RFA y Austria; no obstante lo cual, no son raros los casos en los que a través del mismo se dictaron sentencias de notable repercusión política, tal como se desprende ya de la naturaleza de los protagonistas en estos procesos (Gobierno-minoría parlamentaria, Gobierno federal-Gobierno regional, etc.) (49). Llama la atención el número relativamente alto de procedimientos de control represivo de constitucionalidad en España (101 hasta fines de 1984), que ocupan un tercer puesto, precedidos de los recursos de amparo y de los conflictos territoriales de competencia; en Portugal aparecen situados entre los procedimientos de control concreto y los de control previo.

(49) En la RFA, p. e., las sentencias sobre el aborto (BVerfGE 39, 1); sobre el tratado con la RDA ('Grundlagenvertrag') (BVerfGE 36, 1); sobre el tratamiento fiscal de donativos a los partidos (BVerfGE 52, 63).

Los últimos años ofrecen el siguiente cuadro (aunque no resulte éste muy representativo dado el corto periodo que abarca):

	1981	1982	1983	1984	1985
RFA	1	1	6	3	4
Austria	6	1	2	—	2
España	10	17	24	40	63
Portugal	—	—	30*	20	22

* Desde el 6 de abril.

3. Efectos de las sentencias

a) Procedimientos de control previo de constitucionalidad

En Francia, las sentencias en el control previo, aparte del valor de cosa juzgada con efectos *inter partes*, tienen plenos efectos frente a todos, vinculando a todos los poderes públicos y tribunales (art. 62.2 CF). El Consejo Constitucional extiende la eficacia no sólo a la parte dispositiva, sino también a los fundamentos jurídicos de la sentencia (50). En Portugal el control previo se traduce en un veto de la norma impugnada, que, en caso de tratarse de una norma legal aprobada por el Parlamento podrá ser vencido por la mayoría de los votos de los diputados (art. 279.2, 4, CP); los efectos del control en este caso se limitan aparentemente al momento temporal de la promulgación y sanción. En el caso de control previo de tratados, la declaración de inconstitucionalidad implica que su ratificación sólo podrá producirse tras la correspondiente reforma constitucional (Francia, España).

b) Control represivo de constitucionalidad

Aquí procede distinguir entre el alcance (*inter partes*, *erga omnes*) y el momento (*ex tunc*, *ex nunc*, *pro futuro*) de la eficacia de la sentencia.

a) Alcance de la eficacia de la sentencia.—Del control abstracto no sólo resulta una eficacia *inter partes*, sino que además ésta se proyecta a los poderes públicos (51), produciendo además efectos *erga omnes* o autoridad

(50) Sentencia núm. 62-28 L del 16-I-1962.

(51) Véase art. 62, inciso 2 CF; § 21 inciso 1 BVerfGE; art. 139, inciso 6, B-VG; art. 38, inciso 1, LOTC; art. 2 Ley Port. 28/82.

absoluta de cosa juzgada, lo que a veces equivocadamente suele ser calificado también como «fuerza de ley» (52). Esta eficacia *erga omnes*, que abarca tanto a los poderes públicos como a los individuos, es característica de la sentencia estimatoria del control de constitucionalidad; por el contrario, la eficacia *erga omnes* respecto de las sentencias confirmatorias de la constitucionalidad de la norma sólo se produce en la medida en que se haya declarado la constitucionalidad y haya sido publicada esta declaración positiva en el *Boletín Oficial del Estado*; en detalle resulta muy difícil determinar en este caso en qué medida se producen efectos frente a todos (53).

b) Momento de la eficacia de la sentencia.—Como momento de la eficacia de una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad se puede fijar la fecha de la emanación de la norma (*ex tunc*), la fecha de la sentencia (*ex nunc*) o un término futuro. Un efecto *ex tunc* se produce automáticamente en el supuesto de declaración de la nulidad de la sentencia, la cual tiene en ese caso un carácter declarativo; por el contrario, según la teoría de la anulabilidad *ex nunc*, la sentencia tiene un carácter constitutivo (54). Esta diferencia dogmática, aunque a primera vista parezca muy clara, en la práctica resulta bastante más borrosa. Ya CAPPELLETTI constató cómo la nulidad (*ex tunc*), propia del sistema americano de «judicial review», y la anulabilidad (*ex nunc*), del modelo kelseniano, ya sea por motivos de seguridad jurídica o de realización de la justicia en el caso particular, tienden a una cierta convergencia (55). Si el Tribunal Supremo norteamericano se venía ateniendo a la nulidad *ab initio*, más tarde, en el año 1965, declararían categóricamente: «The constitution neither prohibits nor requires retrospective effects» (56).

Pero también el sistema austríaco de la anulabilidad con efectos *ex nunc* (según el cual la eficacia de las sentencias se producen con la notificación de las sentencias o incluso, *pro futuro*, a partir de un año; arts. 139, 140 de la Ley Constitucional Federal) conoce ciertas limitaciones: desde la reforma de la Constitución producida en 1975, el Tribunal Constitucional austríaco puede también decretar la retroactividad de los efectos de la sentencia, dis-

(52) § 31, inciso 2, BVerfGG.

(53) Esta consideración vale para la RFA, España y Austria.

(54) CAPPELLETTI (n. 1), p. 88; IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, pp. 69 ss.

(55) CAPPELLETTI (n. 1), p. 90.

(56) Linkletter v. Walker, 381, US 629 (1965); Stovall v. Denno, 388 US 293; 297 (1967) véase TRIBE, *American Constitutional Law*, 1978, pp. 25 ss.

poniendo al efecto de una potestad discrecional (arts. 139.6 y 140.7 de la Ley Constitucional Federal). Las leyes anteriormente derogadas por la ley ahora invalidada vuelven a entrar en vigor, si bien ello debe ser declarado expresamente (art. 140.6 Ley Constitucional Federal). La flexibilidad del sistema austríaco ofrece indudables ventajas, que por lo demás han quedado demostradas en la práctica (57). En Suiza las sentencias tienen predominantemente eficacia *ex nunc*, si bien la nulidad es originaria (*ex tunc*) en el caso de las leyes cantonales frente a la primacía del derecho federal (58). Eficacia *ex tunc* es la prevista por los ordenamientos alemán (art. 79 Ley Trib. Const.), español (art. 40.1 LOTC) y portugués (art. 282.1 CP), si bien la retroactividad queda limitada a las sentencias firmes en las que se haya producido algún tipo de sanción, en tanto otras sentencias firmes no resultan revisables, en beneficio de la seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional alemán lleva a cabo en ocasiones «declaraciones de inconstitucionalidad» no acompañadas de declaración de nulidad, a fin de producir una eficacia *ex nunc*, con prohibición de aplicación (59); por su parte, la jurisdicción constitucional española evita este tipo de sentencias; finalmente, la Constitución portuguesa otorga al Tribunal Constitucional una especial flexibilidad a fin de limitar, «en beneficio de la seguridad jurídica, de la equidad o del interés público», aún más las consecuencias de la retroactividad (60), a mi parecer, una acertada fórmula para evitar la creación de más variantes todavía de pronunciamientos. Por lo demás, no parece que los demás tribunales utilicen variantes como las alemanas de declaración de una situación como «aún constitucional» o las invocaciones («appell») dirigidas al legislador, de actuación en un sentido determinado (61).

(57) Véase KORINEK, VVdSTRL 39, p. 37 ss.

(58) Véase AUER (n. 21), núm. 61; 507.

(59) Véase BVerfGE 37, 217 (261); acerca de la vacilante práctica decisoria del Tribunal Constitucional federal cfr. J. IPSEN (n. 54), *pass.*, y SCHLAICH (n. 45), pp. 172 ss.

(60) Art. 282 inciso 4 CP: «Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, podera o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da constitucionalidade, ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que o previsto no 1 e 2.»

(61) Véase por ejemplo, BVerfG 39, 169/194; 54, 11 (37, 53, 257), (312); véase SCHLAICH (n. 45), pp. 181 ss.

C) *Control concreto de constitucionalidad*

1. *Requisitos de presentación*

En los casos en los que todos los jueces y tribunales se hallan facultados para controlar la constitucionalidad de una ley y, en su caso, para no aplicarla, estamos ante una jurisdicción constitucional «difusa» («judicial review»); cuando, por el contrario, esta facultad se encuentra monopolizada por un solo tribunal, estamos ante una jurisdicción concentrada, conforme al modelo de la Constitución austríaca de 1920-1929. Como ya se ha señalado, cabe adscribir al modelo difuso los sistemas suizo y griego, en tanto los demás países responden al modelo concentrado. Una posición intermedia asume Portugal, que ha sustituido el tradicional sistema de «judicial review» por un limitado «monopolio de rechazo» en beneficio del Tribunal Constitucional. Frente al sistema de obligación del tribunal de plantear la cuestión de constitucionalidad, el juez portugués puede abstenerse de aplicar la norma que considere inconstitucional; pero tanto contra la aplicación por el juez de la norma considerada constitucional como contra la inaplicación de la norma considerada inconstitucional, el Ministerio fiscal y las partes pueden recurrir ante el Tribunal Constitucional, de tal modo que indirectamente se consigue una concentración de la competencia de control y de anulación (art. 280 CP). En el modelo clásico de jurisdicción constitucional concentrada, la facultad de los tribunales de plantear una cuestión de inconstitucionalidad se encuentra limitada; así en Austria, donde esta facultad se encuentra limitada a los Tribunales Supremos o de Segunda Instancia (art. 89.2, 104 Ley Constitucional Federal), y aun ello sólo a partir de la reforma de 1929. Por regla general el control concreto presupone por parte del juez *a quo* dudas acerca de la constitucionalidad de la norma; mientras que en Italia es suficiente, para plantear la cuestión el que las dudas alegadas por las partes no resulten evidentemente infundadas («manifesta infondatezza») (62), el Tribunal alemán exige del juez *a quo* la convicción de la inconstitucionalidad de la norma (63). Por lo demás, es preciso que la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona condicione el sentido del fallo a pronunciar en el proceso *a quo* (64).

(62) PIZZORUSSO, en *Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux*, Colloque d'Aix-en-Provence, 1982, pp. 169 ss.

(63) BVerfGE 53, 116 (134; 22, 373).

(64) RFA: *Entscheidungserheblichkeit* (§ 13, inciso 1, núm. 11, § 80 ss. BVerfGG);

2. Objeto del control

En la RFA y en Grecia sólo son susceptibles de control concreto las leyes en sentido formal (art. 100.1 LFB; art. 100.1.e CG). Los demás Estados admiten esta forma de control tanto respecto de leyes como respecto de reglamentos, decretos, ordenanzas; tal es el caso de Italia, Portugal y Bélgica (65). En Italia, España y Portugal cabe el control concreto del derecho preconstitucional, mientras que el Tribunal Constitucional alemán lo limita al derecho posconstitucional (66). El alcance del control se encuentra en ocasiones limitado por el propio auto del tribunal *a quo* por el que se plantea la cuestión. En Austria existe una estricta vinculación del del control concreto a las objeciones suscitadas por el juez; por el contrario, el Tribunal Constitucional Federal alemán asume el control de la norma desde cualesquiera perspectivas (67).

3. Efectos

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad lleva normalmente a la suspensión del proceso ante el juez *a quo*, si bien no a una modificación de la validez de la norma. Por regla general, la sentencia recaída en una cuestión de inconstitucionalidad no sólo tiene efectos para las partes en el proceso, sino también para los poderes públicos y para todos los ciudadanos (eficacia *erga omnes*) (68); en Italia las sentencias desestimatorias o de inadmisión carecen de la autoridad de cosa juzgada (69); en cambio, en el caso del Tribunal arbitral belga se produce una reforzada autoridad de cosa juzgada sobre el mismo objeto de litigio para otros tribunales (70). El modelo portugués presenta la particularidad de que en el supuesto de que el Tribunal Constitucional anule la sentencia impugnada, los efectos se limitan al caso

Austria: *Präjudizialität*; Italia: *Rilevanza*; Bélgica: art. 15 inciso 2 c) loi Cour d'Arbitrage.

(65) Portugal, art. 280, inciso 1, 281 CP.

(66) Para Italia, sentencias de 19-VI-1956 y 27-VI-1958; MORTATI, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1959, pp. 526 ss. Para España, sentencia TC 4/1981, del 2-II-1981; WEBER, JÖR 34, p. 257; para Portugal, CARDOSO DA COSTA, II, 2.1, en STARCK/WEBER (n. 1); BVerfGE 2, 124/129.

(67) Véase KORINEK (n. 57), *ibidem*; véase, por ejemplo, BVerfGE 26, 44 (58).

(68) Véase § 31 Abs. 1, 78 BVerfGG, artículo 38 LOTC

(69) PIZZORUSSO (n. 62), p. 177.

(70) F. DELPÉRÉE, en STARCK/WEBER (n. 1), II, 2.2.

enjuiciado, de tal modo que la declaración de constitucionalidad sólo tiene efectos para las partes, en tanto que la declaración de inconstitucionalidad posee efectos *erga omnes* (71).

4. *Importancia del control concreto*

Especial relevancia adquiere el control concreto allí donde no existe control abstracto ni individual; tal es el caso de Italia, donde la sobrecarga del Tribunal Constitucional es en buena parte debida al control concreto. De entre los países que conocen tanto el control abstracto como el control concreto (RFA, Austria, España, Portugal, en parte también Bélgica), llama la atención sobre todo el elevado porcentaje de cuestiones de inconstitucionalidad en la RFA, mientras que en España alcanza proporciones más bien modestas. Relativamente numerosos son los procedimientos de control concreto en Portugal, lo que es consecuencia del propio modelo de control incidental, basado en recursos, dado que no se admite el planteamiento directo de la cuestión por parte del juez.

Los dos primeros años de jurisdicción constitucional en la RFA, Italia, España y Portugal ofrecen el siguiente aspecto (72):

<i>RFA</i> 1952/53	<i>Italia</i> 1956/57	<i>España</i> 1981/82	<i>Portugal</i> 1983/84
187	454	27	218
<i>Para 1984:</i>			
56	1.384	14	149

D) *Conflictos federales y cuasifederales de competencia*

Este tipo de conflictos fue decisivo en el desarrollo de la jurisdicción constitucional, tal como lo demuestran los ejemplos de los Estados Unidos y Suiza, así como, recientemente, de Bélgica (73). El núcleo esencial de los

(71) Véase arts. 81, 82 ley 28/82.

(72) Véase también la tabla en RUBIO LLORENTE, RECD, 1982, pág. 35.

(73) AUER (n. 21), núm. 74; LEISER (n. 45), *passim*.

conflictos de competencia se canaliza a través del control abstracto, siempre que se encuentren legitimados para suscitar este tipo de control los Gobiernos federales o sus equivalentes en los regímenes autonómicos o regionales.

1. *Conflictos federales*

Los sistemas federales de la RFA, Austria y Suiza conocen tanto los conflictos «verticales» de competencia entre la Federación y los Estados miembros como los conflictos entre los Estados miembros entre sí (conflictos «horizontales» de competencia).

En la RFA los conflictos entre la Federación y los Länder tienen por objeto sobre todo litigios acerca de la ejecución administrativa (art. 93.2.3 LFB); en Austria existe un procedimiento especial de control de las leyes federales y de los Länder en relación con cuestiones de competencia (arts. 138.2, 139 y 140 Ley Constit. Federal), en tanto que en Suiza la «Staatsrechtliche Klage» constituye el supuesto típico de conflicto federal (art. 113.1.1 Const.).

2. *Conflictos cuasifederales*

También aquí cabe distinguir entre conflictos verticales y horizontales. En el caso de los primeros es frecuente una cierta posición de privilegio del poder central respecto de las leyes regionales (art. 127 Constitución italiana), mientras que, a la inversa, las regiones sólo pueden suscitar un control repressivo sobre todos los actos con eficacia de ley emanados del Estado central (art. 2 Ley Constitucional 1/1948). De una similar prerrogativa goza el Gobierno en España en los conflictos positivos y negativos de competencia, quien puede recurrir directamente actos emanados de las Comunidades Autónomas, en tanto éstas deben agotar un molesto procedimiento previo (artículo 63 LOTC). Por lo demás, existen conflictos horizontales de competencia en Italia (art. 2 Ley Constit. 1/1948), en España (art. 63.1 LOTC) y en Bélgica, entre las «communautés» (art. 15.1.b L. de 28 de junio de 1983).

3. *Importancia*

En la práctica, los conflictos verticales de competencia, a menos que se canalicen a través del control abstracto, asumen un papel relativamente modesto. Comparativamente frecuentes son estos conflictos en Italia, donde ocupan el segundo lugar, precedidos del control concreto; de especial impor-

tancia son en España estos conflictos, donde ocupan el segundo lugar, precedidos por el recurso de amparo (74).

E) *Conflictos de competencia entre órganos del Estado*
(«*conflictos orgánicos*»)

Junto al control de la distribución territorial de competencias, que forma un elemento importante del control «vertical» de poderes, aparece el control entre los órganos del Estado central («checks and balances») como forma de control «horizontal». El conflicto entre órganos encuentra su clásica expresión en la jurisdicción constitucional alemana, con independencia de que sólo recientemente haya sido incorporada a nivel federal en la Grundgesetz (75). Los conflictos orgánicos en su sentido más amplio no sólo abarcan los conflictos entre órganos constitucionales, sino también conflictos de competencia entre diversos órganos del Estado o poderes públicos, con el fin de garantizar el control externo o interno de la división de poderes.

1. *Conflictos orgánicos generales*

Cuando el Tribunal Constitucional resuelve conflictos de competencia entre órganos constitucionales ejerce una especie de función arbitral que presupone la cualidad de órgano constitucional; ello no implica una supremacía ni tampoco una supraordenación de la jurisdicción constitucional frente a otros poderes, sino que únicamente interpreta de forma vinculante la distribución de competencias prevista en la Constitución.

La Ley Fundamental de Bonn conoce un conflicto orgánico que tiene por objeto la interpretación de los deberes u obligaciones de los órganos federales supremos, o de partes de dichos órganos (art. 93.1 LFB), a cuyo efecto el concepto de órgano es interpretado con amplitud, comprendiendo también a los grupos parlamentarios, comisiones de las Cámaras, partidos e incluso diputados individuales (76). En España el conflicto orgánico fue introducido

(74) Estudio sumario sobre los conflictos federativos de competencia en 1984: RFA: 0; Austria: 1; Suiza, 3 (demandas jurídico-internas «staatsrechtliche Klage»); Italia: 55 conflictos entre Estado y regiones. 47 controles de norma cuasifederativos; España: 65 (conflictos positivos de competencia).

(75) Véase SCHEUNER, en STARCK (ed.), en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, I, 1976), pp. 31 ss.

(76) Véase § 63 BVerfGG; véase SCHLAICH (n. 45), pp. 49 ss.

por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 162.1.b CE, arts. 59.3 y 79 LOTC), aunque éste hasta el presente no ha desempeñado ningún papel relevante. En Italia existe un procedimiento semejante al conflicto orgánico, a través del cual se deciden los conflictos entre los órganos capacitados para expresar de modo definitivo la voluntad del poder en el que se integran (artículo 134 CI, art. 37 Ley Constit. de 1953).

2. *Conflictos orgánicos parciales*

Conflictos orgánicos parciales son conflictos de competencia que sólo se producen entre ciertos órganos de poder, o entre ciertos poderes, para delimitar específicas competencias. Como ejemplo más representativo cabe citar la delimitación entre la potestad legislativa y la potestad reglamentaria en Francia, cuya decisión corresponde al Conseil Constitutionnel (arts. 37.2 y 41.2 CF). La competencia de éste para deslegalizar ciertas materias a instancia del Gobierno, conforme al artículo 37.2 CF, ha alcanzado una notable importancia en la práctica (77).

F) *El recurso de amparo de los derechos fundamentales*

En algunos Estados (RFA, Austria, Suiza, España) la protección de los derechos subjetivos viene garantizada a través de especiales recursos a disposición de los particulares. Ciertamente que la protección de los derechos subjetivos no sólo tiene lugar a través de la jurisdicción constitucional, siendo asumida por el resto de la jurisdicción, en particular en un sistema de «judicial review»; de otra parte, la protección de los derechos fundamentales también podrá verse indirectamente fortalecida a través de otros procedimientos constitucionales, como el control abstracto y concreto de constitucionalidad, o por medio de instituciones especiales como el «Ombudsman» (Defensor del Pueblo en España, «Volksanwalt» en Austria). Estos recursos constitucionales individuales, cuyo ejemplo más conspicuo es la «Verfassungsbeschwerde» alemana, son posibles frente a actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Dado que la violación de derechos fundamentales puede tener lugar tanto por el acto de ejecución de la norma como por la misma norma, parece oportuno distinguir entre la violación inmediata u original y la violación in-

(77) En total 135 procedimientos, véase también FAVOREU/PHILIP (n. 11), p. 96.

directa o derivada por parte de los poderes ejecutivo y judicial. En la RFA y Suiza el recurso individual puede ser utilizado contra actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, si bien en Suiza se limita a actos de los poderes cantonales. En Austria el recurso se limita a actos del poder ejecutivo («Bescheidbeschwerde», art. 144 Ley Constit. Federal), si bien desde 1975 existe un recurso individual («Individualantrag») frente a toda clase de actos normativos (art. 139 Ley Constit. Federal). En España el «recurso de amparo» puede ser planteado frente a actos del poder ejecutivo y judicial, no en cambio contra leyes, a menos que una de las Salas, tras otorgar un amparo frente a un acto dictado en ejecución de una ley, plantee la cuestión de la constitucionalidad ante el Pleno del Tribunal.

1. *Violación original por actos del poder ejecutivo y del poder judicial*

En la RFA, España y Suiza el recurso individual permite la impugnación de toda clase de actos particulares, incluso de sentencias judiciales, con excepción de las providencias federales en el caso de Suiza. En la RFA y en España son impugnables todos los actos del poder ejecutivo, ya sea central como de los Länder o de las Comunidades Autónomas (78). En Austria el recurso cabe contra resoluciones y actos administrativos, una vez agotada la vía judicial procedente; junto a ello existe un recurso ante el Tribunal Administrativo supremo, ante una violación de otros derechos (art. 144 Ley Constit. Federal).

2. *Violación derivada o indirecta por actos del poder ejecutivo o judicial*

Se produce una violación derivada de derechos subjetivos por un acto ejecutivo o judicial cuando la violación inconstitucional de derechos tiene su origen en una norma inconstitucional o en un reglamento ilegal. Tales infracciones de la supremacía de la Constitución o de la jerarquía normativa deben ser controlables a través del recurso individual frente a actos del poder ejecutivo o judicial. Ello conduce a un control indirecto de las normas legales e infralegales, siendo en estos supuestos de especial importancia el examen sumamente cuidadoso de los efectos de la sentencia sobre la constituciona-

(78) § 90, inciso 1 S. 1 BVerfGG; art. 42-45 LOTC.

lidad de la norma. Lo que no debe ser confundido con la violación derivada de derechos subjetivos es la aplicación incorrecta de normas en el caso particular, lo que entraña una violación directa de derechos subjetivos por un acto ejecutivo, como, por ejemplo, la infracción del principio de igualdad o de la prohibición de arbitrariedad; a este respecto pueden surgir dificultades en la delimitación de las diferentes vías jurídico-procesales, como, por ejemplo, entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Administrativo supremo en Austria (79).

3. *El control individual de la constitucionalidad de las normas*

En los casos en los que se admite un control de las normas por iniciativa individual resulta preciso limitar la legitimación, a fin de no convertirla en una acción popular frente a normas; así, los Tribunales alemán y austríaco exigen una violación directa y presente de derechos subjetivos (80); en España se requiere un «interés directo» (81). Es preciso, además, el agotamiento de la vía judicial, lo que constituye un requisito general de admisibilidad del recurso individual; de ahí que el control individual de normas sea en general subsidiario respecto del control del acto particular, a no ser que exista una afectación individual directa por el solo acto normativo (82). En España debe diferenciarse al efecto entre disposiciones y actos sin valor de ley emanados de las Cortes, de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o de sus órganos (art. 42 LOTC) y los demás actos del poder ejecutivo y judicial, que exigen el previo agotamiento de la vía judicial (arts. 43 y 44 LOTC). Los actos de órganos ejecutivos del Gobierno o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente, de

(79) Véase WALTER-MAYER, *Grundriss des österr. Bundesverfassungsrechts*, 5 A, pp. 354 ss.

(80) BVerfGE 53, 30; 64, 301; véase también PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht* (1982), p. 108; en Austria, aunque se trata de una cuestión discutida en detalle, en todo caso tiene que existir una «violación inmediata» y una «eficacia directa»; véase WALTER-MAYER (n. 79), p. 333.

(81) Art. 46, inciso 1 a), 42, 45 LOTC: «interés legítimo»; cfr. SÁNCHEZ MORÓN, REDC 9 (1983), pp. 35 ss.

(82) Véase § 90, inciso 1, BVerfGG; «Umwegszumutbarkeit» en la jurisdicción del Tribunal austríaco; véase WALTER-MAYER (n. 79), p. 333; en Suiza, agotamiento de los recursos en las instancias federales y cantonales; véase AUER (n. 21), núm. 335.

acuerdo con el artículo 53.2 CE (83); en el caso de violación de derechos fundamentales por órganos judiciales se deben agotar todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (art. 44.1 LOTC).

4. *Importancia de los recursos individuales*

La relevancia del recurso individual es clara en los cuatro países. A pesar de que, por ejemplo, en la RFA el 95 por 100 de los aproximadamente 3.000 procedimientos no prosperan a su paso por un procedimiento abreviado ante una Sección integrada por tres magistrados, y de que sólo prospera el uno por ciento de los recursos, su importancia es trascendental para el legislador. Su respectiva importancia cuantitativa se desprende del cuadro adjunto.

<i>RFA</i>	<i>Suiza</i>	<i>Austria</i>	<i>España</i>
3.382	Staatsrechtliche Beschwerde 1.729 Amparo derecho electoral 34	Individualantrag 77 Bescheidbeschwerde 962	803

G) *El control de la constitución de órganos supremos del Estado*

Una importante función de los Tribunales Constitucionales es la relativa al control de las elecciones, adquisición y pérdida de mandatos parlamentarios, así como el control de las consultas populares. Con frecuencia se atribuye a la jurisdicción constitucional el control de las elecciones (RFA, Austria, Francia, Portugal, Grecia), de modo que se decide a nivel estatal acerca de las reclamaciones relativas a las elecciones a los cuerpos legislativos. Particularmente relevante es el control del Conseil Constitutionnel francés sobre

(83) Dado que el legislador aún no ha regulado el ahí previsto «procedimiento de preferencia y sumariedad» la vía judicial procedente a falta de una regulación será la vía ordinaria contencioso-administrativa regulada en la LJCA y la vía de la Ley 62/1978, del 26 de diciembre de 1978 «de protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona».

todo el proceso legislativo (84). Portugal y Austria concentran todo el contencioso-electoral en el Tribunal Constitucional. Otra competencia importante a este respecto es la relativa a la elección del jefe del Estado, que en Austria se limita al contencioso electoral y en Francia y Portugal se extiende tanto al control administrativo como judicial.

H) *Procedimientos de protección de la Constitución*

Estos procedimientos abarcan tanto la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno como la garantía de funcionamiento de los distintos órganos constitucionales, así como procedimientos especiales de protección de la Constitución.

La responsabilidad penal de los órganos del Estado desempeñó un papel particularmente importante en Alemania durante la Monarquía constitucional del siglo XIX, si bien cuenta con importantes precedentes en Inglaterra y Francia (85). Esta iría perdiendo importancia con la consolidación de la responsabilidad política en la monarquía parlamentaria; no obstante, cabe encontrarla aún como parte importante de ciertas Constituciones, mezclándose la responsabilidad penal y la política. Así, en particular, la Constitución austríaca prevé una acusación penal contra el Presidente federal, contra miembros del Gobierno federal y contra otros órganos (art. 142.2). De forma parecida, en Italia se halla prevista una acusación penal contra el Presidente de la República por alta traición o atentado a la Constitución (art. 90 CI), al igual que contra los ministros por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (art. 96 CI). En la RFA esta acusación aparece limitada al Presidente federal y a los magistrados federales (arts. 61 y 98.2 LFB). En otros países sólo se halla prevista una responsabilidad penal de los órganos del Estado, de la que en consecuencia no conoce el Tribunal Constitucional, sino el Tribunal Supremo competente en materia penal (Portugal, España, Grecia, Francia) (86).

(84) Véase FAVOREU/PHILIP (n. 11), p. 37; sentencias del Conseil Constitutionnel de: Elecciones legislativas: antes del día de elecciones, 2; después del día de elecciones, 514; pérdida de mandato, 4. Elección del presidente. Antes del día de elecciones, 12. Revisión de reclamaciones electorales, 22. Proclamación del resultado de las elecciones, 9.

(85) Véase HOKE, en *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, I (n. 12), p. 12.

(86) Art. 133, 139 CP; art. 91 lei 28/82; art. 102 CE; art. 49, 86 CG.

En algunos países existen procedimientos especiales de garantía del funcionamiento de determinados órganos constitucionales; tal es particularmente el caso de Francia y de Portugal, debido a la especial posición asumida por el Presidente de la República, que hace necesario atender a la eventualidad de un vacío de poder producido en caso de dimisión o fallecimiento (artículo 7 CF; arts. 134 y 135 CP). Aparte de ello, el Conseil Constitutionnel ejerce funciones consultivas en caso de aplicación de medidas excepcionales por el presidente en uso de las facultades que le otorga el artículo 16 CF, como fue el caso en 1961 (87).

Procedimientos especiales de protección de la Constitución son la declaración de inconstitucionalidad de los partidos políticos en la RFA, que se encuentra monopolizada por el Tribunal Constitucional Federal (art. 21.2 LCB), y que sólo fue ejercida en dos ocasiones en los años iniciales de la República (88); aparte de ello existe también la posibilidad de pronunciar la pérdida de derechos fundamentales para quienes abusen de dichos derechos (art. 18 LFB); ambos procedimientos forman parte esencial de la llamada «democracia combativa» («streitbare Demokratie»). La declaración de la prohibición de partidos fascistas es también una competencia del Tribunal Constitucional portugués, lo que se explica por las especiales circunstancias históricas de la revolución constitucional portuguesa de 1976 (art. 46.4 CP).

I) Otras competencias

Aparte las típicas competencias de los Tribunales Constitucionales, algunas de las cuales integran el núcleo de la jurisdicción constitucional, existen otras competencias atípicas, a las que aquí sólo se aludirá por vía de ejemplo: así, el procedimiento de «calificación de normas», a fin de determinar si se está ante un precepto de Derecho internacional de los considerados generalmente obligatorios (art. 100.2 LFB, art. 100.1.f CG). Además de ello, el Tribunal griego puede determinar el sentido de una ley por medio de un procedimiento de interpretación de normas (art. 100.1.e CG; arts. 48-51 de la Ley del Tribunal).

Otro supuesto especial es el de la competencia para dirimir conflictos de competencia entre órganos que no alcanzan el carácter de órganos supremos

(87) FAVOREU/PHILIP (n. 11), p. 62.

(88) BVerfGE 2, 1, Partido Socialista del Reich (SRP); 5, 85, Partido Comunista Alemán (KPD).

del Estado; así la «jurisdicción competencial» en Austria y en Grecia. Tales conflictos pueden ser suscitados entre los órganos jurisdiccionales y la Administración, entre órganos administrativos en Austria y en Grecia (art. 138 Ley Constit. Federal; art. 100.1.d CG), así como entre la Federación y los Estados miembros o entre ciertos Tribunales (arts. 138.1.c, 138.1.b Ley Constit. Federal austríaca; art. 100.1.a CG).

Finalmente conviene citar el «recurso municipal» de amparo de garantías constitucionales en la RFA y en Suiza, dirigido a proteger el derecho de autogobierno local; este recurso es concebido al modo del recurso individual de derechos fundamentales, lo que resulta discutible a la vista de la diferente estructura de estos derechos y de la controvertida cuestión de la posibilidad de una titularidad de derechos fundamentales por parte de los poderes públicos (89).

Resulta imposible una clara delimitación de las competencias integrantes de la jurisdicción constitucional; cualquier sistematización que se intente deberá tomar en cuenta la diversidad histórica de unas competencias que han ido adscribiéndose a los Tribunales Constitucionales en función de una diversa evolución histórica. Si no existe una estricta relación de competencias constitucionales, de lo que sí cabe hablar es de una serie de competencias esenciales que vienen a integrar la esencia de la jurisdicción constitucional.

V. POSICION Y RELEVANCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO POLITICO

La exposición precedente ha intentado ofrecer un resumen comparado de estas esenciales competencias constitucionales, que por lo demás sólo proporcionan escasa información acerca de la posición de poder del Tribunal Constitucional en la estructura de las funciones estatales. La posición de los respectivos Tribunales Constitucionales frente a los otros poderes, sobre todo frente al legislador, es algo que debe resultar del análisis de la jurisprudencia emanada de los mismos, de la autoevaluación de sus representantes, de la aceptación de sus sentencias en la arena política. La importancia política de los Tribunales Constitucionales no es, por tanto, algo que quepa determinar con carácter general, sino que exige un análisis que ponga en relación cada una de sus competencias básicas con la «densidad del control» («Kontrolldichte»), es decir, con la intensidad del control en base a los respectivos

(89) Véase también SCHLAICH (n. 45), p. 96.

critérios que se encuentran en la base del mismo (derechos fundamentales, principios fundamentales y objetivos estatales, normas de competencia y de organización). Este análisis no puede ser abordado aquí.

Las consideraciones que siguen pretenden señalar muy brevemente algunas de las coincidencias y diferencias, las cuales, por lo demás, exigen bastante más profundización y matización.

Puede considerarse aceptada la tesis de que la jurisdicción constitucional sirve muy especialmente a la garantía de la supremacía de la Constitución, así como la de que tanto el federalismo como la descentralización regional son un importante elemento en el desarrollo de la jurisdicción constitucional (90).

La jurisdicción constitucional, ya sea ésta atribuida a un Tribunal especial o al Tribunal Supremo (EE.UU., Suiza), convierte a éste en auténtico (no único) intérprete de la Constitución como norma fundamental y, con ello, en ejecutor de la voluntad de la Asamblea constituyente, del «pouvoir constituant», incluso respecto del legislador reformador de la Constitución, quien, en tanto que «pouvoir constitué», se encuentra sometido al poder constituyente y, por ello, sus normas son susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional en beneficio de la unidad de la Constitución. La jurisdicción constitucional se apoya en la soberanía del pueblo en el acto constituyente, articulando y concretando este mandato por encima del cambio de las mayorías parlamentarias y de los Gobiernos, adaptándose a las circunstancias y necesidades exigidas por el transcurso del tiempo (91). Así deben entenderse las palabras del presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, FRANKFURTER, cuando afirmaba que el pueblo había aprendido a creer que cuando habla el Tribunal Supremo no lo hacen los magistrados, sino la Constitución (92). De este modo la jurisdicción constitucional deviene un factor esencial de continuidad histórica a través del cambio del tiempo, que, en el caso de la Constitución de los Estados Unidos, la más antigua, adopta rasgos verdaderamente míticos (93); precisamente en Estados con forma republicana ello puede contribuir a la identificación con la *res publica*.

(90) En esto la RFA, Suiza y EE.UU. son ejemplos clásicos; de nuevo hay que mencionar en el ámbito europeo sobre todo España y Bélgica.

(91) STERN, *Staatsrecht*, II (n. 29), § 44 II, 1 a.

(92) BERGER, *Government by judiciary*, 1977, p. 292, citado en GARCÍA DE ENTERRÍA (n. 1).

(93) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA (n. 1), p. 192, con remisión a BICKEL, *The least dangerous branch*, 1980, p. 30.

La legitimidad de la jurisdicción constitucional va íntimamente ligada a la de la propia Constitución, habiendo sido con frecuencia identificada con la eficacia conciliadora, integradora, protectora de la libertad y educadora, por lo que no será necesario volver a repetirlo aquí (94). En los Estados con una jurisdicción constitucional consolidada se considera superada la contraposición legislador democrático-Tribunal Constitucional, que con frecuencia culmina en el reproche del «gouvernement des juges». La conocida crítica de Carl SCHMITT y sus epígonos sobre la jurisdicción constitucional como política en forma jurisdiccional y «antilogía en sí» (95) apenas encuentra hoy discípulos convencidos en dichos Estados, suscitando a lo más la cuestión de cuándo el Tribunal Constitucional excede sus límites «dedicándose a la política», hasta el punto de suplantar al legislador. La jurisdicción constitucional es, *eo ipso*, «jurisdicción sobre lo político, pero no equiparable a jurisdicción política» (STERN) (96). En cierto modo conduce a una juridificación o constitucionalización de la política, puesto que muchas cuestiones políticas en disputa resultan influidas y delimitadas por razonamientos constitucionales ya en un momento temporal previo a una intervención de la jurisdicción constitucional; en ocasiones es el legislador quien endosa la decisión al «guardián de la Constitución» en cuestiones que hubiera debido decidir aquél, obligando así a éste a desempeñar la función de «legislador sustituto» (97). Tales tendencias debieran ser vigiladas tanto por las fuerzas políticas como por el Tribunal Constitucional, a fin de que éste pueda cumplir con su misión de guardián y garante de la Constitución. Se trata ésta, sin duda, de una discusión con muchas facetas, que implica a la problemática de una interpretación más estricta o más orientada hacia los valores, la búsqueda de criterios jurídico-funcionales de delimitación frente al legislador, la racionalidad y transparencia de los métodos de interpretación judicial, la doctrina de las «political questions», etc. La discusión es particularmente importante en la RFA, dada la amplitud de competencias del Tribunal Constitucional Federal, la cual por lo demás no puede ser reproducida aquí (98). El planteamiento varía cuando el Tribunal Constitucional, como en Austria, es com-

(94) STERN (n. 29), § 44 II, 1; GARCÍA DE ENTERRÍA (n. 1), pp. 175 ss.

(95) *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (1929), refiriéndose a tal efecto a TRIEPEL; en HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit* (1976), p. 128.

(96) *Staatsrecht* II, p. 957.

(97) Esto se puede observar de vez en cuando en la RFA; véase también STERN (n. 29), p. 961.

(98) Documentación en STERN (n. 29), § 44 II, 3; SCHLAICH (n. 45), pp. 217 ss.

prendido más bien como árbitro en un procedimiento contradictorio, ateniéndose al principio de rogación, al estudio del caso particular y a los preceptos procedimentales (99).

La evaluación del «poder político» de un Tribunal Constitucional no depende especialmente de si se trata de un sistema de «judicial review» o de un sistema de control concentrado, como lo demuestran los casos de Estados Unidos y de Suiza. De otro lado, aun dentro de un sistema de control concentrado, las diferencias pueden ser importantes (por ejemplo, Francia y la RFA). La particular reserva que manifiestan tanto Francia como Suiza respecto de la jurisdicción constitucional tiene su origen básicamente en el especial respeto a la soberanía popular (100), manifestada en elecciones legislativas y referéndums. La interpretación de su función por parte del Conseil Constitutionnel como control judicial de asuntos políticos no es algo que sea entendido allí como evidente, haciéndose necesarias explicaciones de la ampliación sufrida por sus competencias desde 1974, que en otros lugares se habrían admitido con mayor naturalidad (101). Con todo, el desarrollo del Conseil Constitutionnel demuestra que el llamado «bloc de constitutionnalité» (Constitución de 1958, preámbulo de la Constitución de 1946 y Declaración de Derechos de 1789) forma una amplia regla objetiva de control, que contribuye de manera importante al control del poder estatal y a la protección de los derechos fundamentales (102). El ejemplo del Conseil Constitutionnel demuestra que el crecimiento de la influencia de la jurisdicción constitucional no depende tanto del instrumento de control (previo, en este caso) cuanto de la regla o parámetro del control; cuanto más exacta la regla, más grande resultará la densidad del control; por otro lado, la amplitud y el carácter abierto de algunas normas constitucionales, especialmente de las más antiguas (como pone de manifiesto la jurisdicción del Tribunal Supremo norteamericano), no es necesariamente una desventaja, sino que más bien ofrece ventajas interpretativas en orden a una interpretación dinámica de la Constitución, con perspectiva de futuro (103). Ciertamente que este carácter am-

(99) Véase KORINEK, VVdStRL 39 (1980), p. 34.

(100) Véase FROMONT, «Rapport de synthèse», en KOENIG/RÜFNER, *Le contrôle de constitutionnalité en France et en RFA*, 1985, pp. 216 ss.

(101) Véase, por ejemplo, FAVOREU (n. 1) y la exposición con LORSCHAK, i. b.

(102) Véase también sobre todo la sentencia del 16 de enero de 1982 (nationalisation), AJDA, 1983, p. 202; además KNAUB en KOENIG/RÜFNER (n. 100), pp. 71 ss. (83); FROMONT, en STARCK/WEBER (n. 1), VI, 2.

(103) Ello es con frecuencia desconocido; véase FAVOREU (n. 1), pp. 1188 ss.

plio y abierto de la norma constitucional puede variar mucho según el género y la estructura de las normas y de la respectiva Constitución, pero siempre se tratará de una propiedad esencial de toda «living constitution», necesitada de una permanente actualización por parte del Tribunal Constitucional. Sería una ilusión creer que las Constituciones modernas de mayor densidad normativa pueden ofrecer importantes ventajas; pues si es cierto que limitan el radio de acción y facilitan, *prima facie*, al magistrado constitucional la interpretación de la Constitución, al mismo tiempo es posible que produzcan en las mismas una sobrecarga o exceso de detalle, por no haberse efectuado en ellas las adaptaciones necesarias, a las que debe dedicarse permanentemente el Tribunal Constitucional (104). Con ello resultará más bien reducida que fortalecida la facultad de supervivencia, de adaptación y de innovación de la Constitución, desde el momento en que se hace preciso de nuevo conseguir trabajosamente el consenso necesario para reformar la Constitución (105).

El que la Constitución se haya decidido por un control previo o por un control represivo es ciertamente expresivo de la precomprensión del control jurisdiccional, pero en relación con la cuestión del «poder político» de la jurisdicción constitucional es algo que resulta secundario. En un sistema de control previo el Tribunal Constitucional participa inevitablemente mucho más en el proceso de formación de la voluntad estatal, así como más directamente en la dirección estatal, mientras que en el caso del control represivo el Tribunal Constitucional queda limitado al control judicial de un proceso de normativización concluido. El Tribunal alemán siempre ha rechazado el control previo, con la sola excepción de las leyes de autorización de la ratificación de tratados internacionales, en lo que este control supone de injerencia en el proceso legislativo (106). Las ventajas que pretende ofrecer el control previo (menor injerencia frente al legislador, así como eliminación del problema de regular las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad de una ley) (107) difícilmente podrán compensar las desventajas de un control previo en un sistema dualista; la experiencia de control previo en

(104) A esto se remite correctamente GARCÍA DE ENTERRÍA (n. 1), p. 192.

(105) Las dificultades de la reforma de la Constitución de 1982 quizá son un ejemplo de esto.

(106) Véase BVerfGE 1, 396; 2, 143 (169), ésta también es la crítica de CAPPELLETTI, en *Cours Constitutionnelles* (n. 62), p. 500.

(107) En esto cabe estar de acuerdo con FAVOREU (n. 1), p. 1185.

España resultó obviamente negativa debido a las dilaciones en la aprobación de importantes leyes orgánicas (108).

Cualquiera que sea el modo como la Constitución haya concebido las competencias de los Tribunales Constitucionales, cabe esperar que el reconocimiento de la función legitimadora del Derecho y de la Constitución progrese por medio de la jurisdicción constitucional a fin de asegurar la indispensable paz jurídica, reanudando y fortaleciendo el consenso constitucional básico.

(108) En este sentido, STERN (n. 29), p. 958, en contra de N. HOLZER, *Präventive Normenkontrolle durch das BVerfG*, 1978; a favor del control previo de constitucionalidad cfr. BURMEISTER, en KOENIG/RÜFNER (n. 99), pp. 54 ss.

