

# La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional

**Francisco Fernández Segado**

*Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.*

SUMÁRIO: 1 Reflexiones preliminares; 2 La última "ratio" de la bipolaridad: la concepción del "legislador negativo" y la reafirmación kelseniana del principio de sujeción de los jueces a la ley; 3 La obsolescencia de la clásica polaridad "sistema americano" versus "sistema europeo-kelseniano"; 4 La centralidad del modelo americano en el proceso de convergencia de los dos tradicionales sistemas de control de constitucionalidad.

## 1 REFLEXIONES PRELIMINARES

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

irrenunciables, o lo que es igual, la existencia de límites frente al *ius cogens* proveniente del mismo legislador.<sup>1</sup>

En este ámbito de inquietudes históricamente compartidas no ha de extrañar la conocida doctrina formulada por el *Juez Edward Coke* en el celeberrimo *Bonham's case* (1610), en defensa del *common law* y de su tradicional supremacía frente al Parlamento. Ciertamente, tras el triunfo de la *Glorious Revolution*, esta doctrina quedará relegada al olvido en Inglaterra, en donde se impondrá sin paliativos la doctrina de la soberanía parlamentaria. Sin embargo, el pensamiento del *Juez Coke* no será olvidado en las colonias inglesas de los territorios de América del Norte. La reivindicación del *Juez Coke* en orden a la atribución a los jueces de la tarea de garantizar la supremacía del *common law* frente a los posibles arbitrios del Rey y del Parlamento, será plenamente recepcionada en las colonias, primero, y en el nuevo Estado independiente, más tarde. Y si los jueces, en un primer momento, se habían encargado de velar por las Cartas coloniales, una suerte de normas constitucionales de las colonias, aprobada la Constitución de 1787, a la que, como es sobradamente conocido, se dota de una *supremacy clause*, no deberá extrañar que esos mismos jueces se encarguen ahora de velar por la primacía de la Constitución, que operará, como dice *Luther*,<sup>2</sup> como *superior paramount law* que debe ser *looked into by the judges*. Velar por la Constitución será tanto como salvaguardar la libertad y un amplio conjunto de valores sobre los que se asienta la convivencia social y, por lo mismo, el gobierno de la colectividad, un “gobierno limitado” por la Constitución, un *constitutional government*, como lo definiera *Wilson*<sup>3</sup> a principios del siglo XX.

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

Ahora bien, si se tiene en cuenta, como afirma *Baldassarre*,<sup>4</sup> que la Constitución votada por el pueblo americano (*We, the people...*) no es otra cosa que el *pactum associationis vel subiectionis* del iusnaturalismo y iusnatural es asimismo el complejo armazón del sistema constitucional establecido: una forma de gobierno basada en el principio de *checks and*

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

2 *Jörg Luther*: “Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento”, G. Giappichelli editore, Torino, 1990, pág. 24.

3 *Woodrow Wilson*: “Constitutional Government in the United States”, Columbia, 1908. Obra ésta, como es sabido, que agrupa las conferencias dictadas por su autor, en 1907, en la Universidad de Columbia.

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

*balances*, dirigida a prevenir la tiranía de la mayoría y a evitar que los poderes de decisión política asumieran formas y contenidos arbitrarios, se puede llegar a la conclusión de que el pensamiento contemporáneo sobre la defensa de las normas constitucionales es heredero de una larga y persistente tradición a través de los siglos, pues en el fondo, como bien advierte *Fix-Zamudio*,<sup>5</sup> no es sino un reflejo de la permanente lucha de los seres humanos por su libertad frente al poder político, a través de un orden jurídico superior. Y esta idea intemporal sigue teniendo plena vigencia, como, por lo demás, corrobora la imbricación entre la justicia constitucional y la democracia, con su corolario de la incompatibilidad entre la primera y los regímenes dictatoriales o autoritarios.<sup>6</sup>

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

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

Esta bipolaridad ya quedó sustancialmente afectada a raíz de los originales modelos de justicia constitucional creados tras la segunda

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

6 Recuerda *Cappelletti* cómo, recepcionada la justicia constitucional en la República de Weimar, por la vía del modelo difuso, tras el famoso fallo del *Reichsgericht* (Tribunal Supremo), de 4 de noviembre de 1925, sustentado no en una precisa norma constitucional, sino en la intrínseca fuerza del principio de que, si en la jeraquía de las fuentes va primera la norma constitucional, ésta debe prevalecer sobre la norma ordinaria, la justicia constitucional desaparecerá de inmediato en la Alemania del *Führer*. Y otro tanto podrá afirmarse en la Austria del *Anschluss* y en la España de Franco. *Mauro Cappelletti*: "El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo", en la obra del propio autor, "La Justicia Constitucional" (Estudios de Derecho Comparado), UNAM, México, 1987, págs. 193 y sigs.; en particular, pág. 197.

postguerra en Italia y Alemania, en cuanto que los mismos partieron de una idea de Constitución muy próxima a la norteamericana, configuraron a sus respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como un “legislador negativo” en la línea kelseniana, aunque esta idea-fuerza siguiera estando presente y a la misma se anudaran ciertas consecuencias jurídicas, y, finalmente, introdujeron un elemento difuso en un modelo de estructura y organización concentrada, como consecuencia de la constitucionalización (arts. 100 de la *Bonnergrundgesetz* y 134 de la Constitución italiana, desarrollado en este punto por el art. 1º de la Ley constitucional núm. 1, de 9 de febrero de 1948, “Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale”) del instituto procesal de la cuestión de inconstitucionalidad (la denominada en Italia *questione di legittimità costituzionale*).

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

La resultante de todo ello es la pérdida de gran parte de su utilidad analítica de la tan generalmente asumida bipolaridad “modelo americano versus modelo europeo-kelseniano”. Como dice *Rubio Llorente*,<sup>7</sup> hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre algunos de ellos y el norteamericano.

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

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

7 *Francisco Rubio Llorente*: “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en la obra colectiva, “Manuel Fraga. Homenaje Académico”, vol. II, Fundación Canovas del Castillo, Madrid, 1997, págs. 1411 y sigs.; en particular, pág. 1416.

es obvio, el control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley presupone justamente lo contrario.

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

I – La recepción en Europa del sistema de justicia constitucional, como es sobradamente conocido, tendrá lugar en los aledaños de la primera postguerra. Por un lado, la Constitución de Weimar propiciará un desarrollo de la jurisdicción constitucional que nos ofrece, como advierte *Simon*,<sup>8</sup> una imagen contradictoria y polícroma, bien que, en sintonía con la tradición alemana, las competencias de tal jurisdicción se orientan fundamentalmente a los problemas dimanantes de la estructura federal del Estado.

Por otro lado, la Constitución de la República Federal Austríaca (*Oktoberverfassung*), de 1 de octubre de 1920, diseñará un nuevo sistema de control de constitucionalidad, obra maestra de *Kelsen*, que diferirá del modelo americano no sólo en la atribución a un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional, de la facultad de verificar el control de constitucionalidad de las normas generales, sino en un conjunto de rasgos de incuestionable relevancia que tienen mucho que ver con la peculiar naturaleza de “legislador negativo” que *Kelsen* atribuirá al Tribunal Constitucional.

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

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

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

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

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

jurisdicción suprema del Reich), sería encomendado por una Ley de 8 de abril de 1920 al *Reichsgericht*.

La Constitución de Weimar, por el contrario, omitió toda referencia al control de constitucionalidad material de la ley, lo que en modo alguno ha de entenderse en el sentido de que la cuestión fuera ignorada o suscitara indiferencia. Bien al contrario, a un intenso debate doctrinal en torno a los fundamentos de dicho control<sup>10</sup> se unió la que *Sontheimer*<sup>11</sup> denominara “batalla para el examen jurisdiccional de las leyes” (*der Kampf um das richterliche Prüfungsrecht*), contienda que se libró con ocasión de la reivindicación jurisdiccional de la realización de un control material de la constitucionalidad de la ley que venía posibilitado por la determinación del art. 109, párrafo primero, de la Constitución, a cuyo tenor: “Todos los alemanes son iguales ante la ley”, en tanto en cuanto se consideró que ese principio de igualdad no había de ser interpretado en un mero sentido formal, sino también, y primigeniamente, como un principio material que había de vincular al propio legislador. Así lo expondría *Erich Kaufmann*, entre otros muchos, resumiendo la posición mayoritaria, en el III Congreso de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Asociación de Profesores alemanes de Derecho Público), celebrado en Münster entre el 29 y 30 de marzo de 1926,<sup>12</sup> al interpretar que el principio de igualdad constitucionalizado por el art. 109 imponía primariamente al legislador tratar de modo igual situaciones iguales en la realidad y de modo desigual situaciones diversas en la realidad, lo que obviamente convertía dicho principio en un límite frente al posible arbitrio o discrecionalidad del legislador.

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

10 Cfr. al respecto, *Jean-Claude Béguin*: “Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne”, *Economica*, París, 1982, en particular, págs. 16-21.

11 *Kurt Sontheimer*: “Antidemokratischen Denken in der Weimarer Republik”, München, 1968, pág. 75. Cit. por Giuseppe Volpe, en “L’ingiustizia...”, op. cit., pág. 100.

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

una forma de vida de la colectividad popular, como el auténtico y esencial ordenamiento del pueblo.

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

No debe extrañar por lo que acaba de exponerse que en el Congreso celebrado en Münster, en 1926, todos los teóricos de la *Volksgemeinschaft* postularan el fin de la soberanía de la Ley. Como recuerda *Volpe*,<sup>13</sup> el principio de igualdad ante la Ley era sustituido por el principio de igualdad ante Dios. De esta forma, la vertiente material del principio de igualdad se instrumentalizó como un mecanismo de rango constitucional que propiciaba la transfusión a las normas legislativas del “espíritu del pueblo”, correspondiendo a los operadores jurídicos, particularmente a los jueces, la tarea de decidir si las valoraciones realizadas por el legislador en relación con el principio de igualdad encontraban su correspondencia en la “naturaleza de las cosas” (*Natur der Sache*) y resultaban justas en cuanto acordes a un orden superior de valores sentido por la conciencia popular que remitía a conceptos tan amplios e imprecisos como el bien o la verdad.

Poco tiempo antes del Congreso de Münster, el *Reichsgericht*, en una celeberrima Sentencia de su 5ª Cámara Civil, de 4 de noviembre de 1925, se iba a plantear formalmente la cuestión del control de constitucionalidad material de la Ley, resolviendo que la sumisión del Juez a la Ley no excluye que el propio Juez rechace la validez de una Ley del *Reich* o de algunas de sus disposiciones, en la medida en que las mismas se opongan a otras disposiciones que hubieren de considerarse preeminentes, debiendo, por ello mismo, ser observadas por el Juez. Quedaba reconocido así un derecho de control judicial que *Schmitt*<sup>14</sup> caracterizaría como un control “accesorio” que constituye una competencia ocasional, ejercitándose tan sólo de modo eventual, *incidenter*, en una sentencia judicial y conforme a las posibilidades de cada Juez, es decir, en forma “difusa”, término que *Schmitt* propondría para designar el concepto opuesto al de derecho de control “concentrado” en una sola instancia.

III – La Constitución Austríaca de 1920 iba a consagrar un nuevo sistema de control de constitucionalidad que es deudor de la concepción de *Kelsen*. El gran jurista de la Escuela de Viena se situaba en una posición

13 *Giuseppe Volpe*: “L’ingiustizia delle leggi”, op. cit., págs. 103-104.

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

radicalmente antagónica a la sustentada por la teoría de la “comunidad del pueblo” (*Volksgemeinschaft*). Su postura quedaba nítidamente expuesta en el propio Congreso de Münster al replicar a *Kaufmann* que él era positivista, siempre y pese a todo positivista. *Kelsen* sería muy claro al advertir de los peligros a que conducía el romanticismo jurídico asentado en una función de intuición sentimental del espíritu jurídico de la comunidad popular: al triunfo del subjetivismo más radical. Más aún, *Kelsen*, siempre en el Congreso de 1926, se refería a las tendencias doctrinales que rechazaban que el Juez hubiera de limitarse a aplicar la Ley a través de meras operaciones lógico-silogísticas, conectando tales tendencias con las posiciones más hiper-conservadoras, cuando no, lisa y llanamente, por entero ajenas al marco democrático. Así, *Kelsen* vinculará “la clara tendencia a disminuir el valor y la función de la autoridad legislativa positiva” con “el cambio en la estructura política del órgano legislativo”, constatando que “el orden judicial ha permanecido casi insensible a los cambios en la estructura política que se manifiestan en la composición de los Parlamentos”.<sup>15</sup>

La preocupación que se trasluce en las anteriores reflexiones de *Kelsen* sería compartida pocos años después por *Heller*, quien subrayaría lo emblemático y significativo del hecho de que la interpretación del principio de igualdad como límite y medio de control jurisdiccional frente a la libre capacidad de elección del poder legislativo fuese concebida por los sectores antidemocráticos de la doctrina jurídica alemana.<sup>16</sup>

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

A su vez, al sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constitucionalidad de las leyes y normas generales, el gran jurista vienés pretendía evitar el riesgo de un “gobierno de los jueces”, peligro sentido por amplios sectores de la doctrina europea de la época, como revela el clásico libro de *Lambert*,<sup>17</sup> en cuanto que tal dirección se conectaba con posiciones

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

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

17 *Edouard Lambert*: “Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis”, Giard, Paris, 1921.

mayoritariamente conservadoras cuando no, lisa y llanamente, antidemocráticas.

El propio *Kelsen* admitiría de modo expreso<sup>18</sup> que aunque con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Austríaca de 1920, los Tribunales austríacos tenían la facultad de apreciar la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos, limitándose, por el contrario, en lo que al control constitucional de las leyes se refería, al estrecho marco o límite de verificar su correcta publicación, y una de las metas de la Constitución de 1920 fue la ampliación del control de constitucionalidad de las leyes, no se consideró, sin embargo, aconsejable conceder a cada Tribunal el poder ilimitado de apreciar la constitucionalidad de las leyes. El peligro de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales era, a juicio del maestro de la Escuela de Viena, demasiado grande, y tal peligro, habría que añadir, no podía ser combatido en Austria, un país con un sistema jurídico de *civil law*, por intermedio de la regla del *stare decisis*, característica de los países de *common law*. Y como trasfondo del peligro en cuestión se hallaban las tendencias antidemocráticas de ciertos sectores jurisdiccionales, existentes en Alemania y que bien podían extenderse a Austria.

Pero aún habría de añadirse algo más. El monopolio que el Tribunal Constitucional asume en relación con el control de constitucionalidad de las leyes y, por encima de ello, la peculiar naturaleza de “legislador negativo” con que *Kelsen* concibe tal órgano, no sólo pretende mostrar la complementariedad que respecto del poder legislativo estaba llamado a asumir el Tribunal Constitucional, sino que, más allá de ello, tal concepción revelaba bien a las claras que el modelo de control diseñado por *Kelsen* no se hallaba animado por una actitud de desconfianza frente al Parlamento sino, muy al contrario, por un deseo de reforzarlo, protegiéndolo frente a los Jueces.<sup>19</sup>

Al entender *Kelsen* que la anulación de una ley no puede consistir en su mera desaplicación en el caso concreto, como acontece en la *judicial review* norteamericana – “annuler une loi, dirá *Kelsen*,<sup>20</sup> c'est poser une norme générale” –, por cuanto la anulación tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, estará convirtiendo al Tribunal Constitucional en un

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

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

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

órgano del poder legislativo, en un “legislador negativo”, llamado ciertamente a colaborar, por decirlo quizá impropriamente, con dicho poder, al venir a reafirmar tal órgano el principio de sujeción de los Jueces a la Ley sin fisura alguna, lo que, ciertamente, suponía un refuerzo del órgano parlamentario frente al poder judicial. Por lo demás, de esta caracterización del Tribunal Constitucional como “legislador negativo” derivarán las más acusadas diferencias entre ambos modelos, el norteamericano y el europeo-kelseniano.

En último término, conviene no olvidar que las divergencias entre ambos modelos de control de constitucionalidad dimanaban de unos presupuestos histórico-políticos e ideológicos contrapuestos que constituyen la última y más profunda *ratio* de su bipolaridad. *Volpe* lo expone con claridad meridiana.<sup>21</sup> El sistema norteamericano halla su razón de ser en la voluntad de establecer la supremacía del poder judicial (el denominado “gobierno de los jueces”) sobre los restantes poderes, particularmente sobre el poder legislativo, lo que constituye un acto de confianza en los Jueces, no encuadrados en una carrera burocrática y, al menos a nivel de los Estados, de elección popular en su mayor parte, a la par que de desconfianza en el legislador. La *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana representa, por el contrario, un acto de desconfianza en los Jueces, encaminado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y a restablecer la supremacía del Parlamento, puesta en serio peligro por la batalla iniciada por amplios sectores del mundo jurídico a favor del control jurisdiccional (difuso) de las leyes, lo que entrañaba dejar en manos de una casta judicial, en amplia medida de extracción aristocrática y vocación autoritaria, un instrumento de extraordinaria relevancia en la vida de un Estado de Derecho.

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

I – En una caracterización bien conocida, *Calamandrei*<sup>22</sup> vino a connotar por una serie de binomios contrapuestos a los dos grandes sistemas de control de constitucionalidad (o de legitimidad constitucional, en la expresión italiana): el sistema judicial o difuso (*judicial review of Legislation*) y el sistema autónomo o concentrado (la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana).

El *sistema difuso* era caracterizado como *incidental* (sólo lo puede proponer en vía prejudicial quien es parte en una controversia concreta), *especial* (la declaración de inconstitucionalidad conduce tan sólo a negar la aplicación de la ley al caso concreto) y *declarativo* (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una

21 *Giuseppe Volpe*: “L’ingiustizia delle leggi”, op. cit., págs. 157 y sigs.

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

nulidad preexistente y, por tanto, con efectos *ex tunc*) y obviamente presupone que todos los órganos jurisdiccionales (de la autoridad judicial, como dice *Calamandrei*) puedan ejercitarlo.

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

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

Más aún, incluso desde una perspectiva histórica resulta que la completa vigencia práctica de los postulados teóricos en que se sustentaba la bipolaridad sistema difuso / sistema concentrado o, con más rigor, *judicial review of Legislation / Verfassungsgerichtsbarkeit*, fue más bien escasa, produciéndose muy pronto una cierta relativización de algunos de sus rasgos más característicos. No será necesario esperar a la nueva concepción sustentada por los constituyentes europeos de la segunda postguerra, si bien a partir de este momento el proceso relativizador de los binomios precedentemente citados se acentuará de modo notable. En efecto, ya la muy relevante reforma constitucional austríaca de 1929 (la *Zweite Bundesverfassungsnovelle*, de 7 de diciembre de 1929) agrietará la supuesta solidez de las diferencias binomiales. A juicio de *Cappelletti*, que compartimos, tras la *Novelle*, el sistema austríaco-kelseniano presenta ya un carácter híbrido.<sup>23</sup>

Por lo demás, una opinión doctrinal muy extendida en nuestros días, si es que no casi generalizada, subraya la existencia de una clara tendencia convergente entre los dos clásicos modelos. Es el caso, entre otros muchos, de *Cappelletti*,<sup>24</sup> para quien el control jurisdiccional de las leyes, en su funcionamiento en el mundo contemporáneo, revela el hundimiento de las

23 *Mauro Cappelletti*: “Il controllo giudiziario di costituzionalità...”, op. cit., pág. 95.

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

antiguas dicotomías, hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno sólo, en proceso, en definitiva, de unificación.

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

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

La reforma constitucional de 1929, dando una nueva redacción al art. 140 de la Constitución, ampliaba la legitimación para recurrir las leyes ante el *Verfassungsgerichtshof* (VfGH), por vicios de inconstitucionalidad, al Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) y al Tribunal de Justicia Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). Cualquier parte de una *litis* o controversia de la que estuviera conociendo uno de esos dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios podía plantear ante ellos el problema de la constitucionalidad de una ley aplicable al caso concreto, si bien la cuestión constitucional propiamente dicha se había de plantear por la exclusiva decisión del alto órgano jurisdiccional.<sup>25</sup>

El origen de esta reforma se ha visto<sup>26</sup> en la facultad de que dispuso el VfGH, desde su diseño inicial en 1920, de proceder de oficio al control de constitucionalidad de una ley o de un reglamento, cuando hubiere de aplicar una de esas normas en otro caso distinto pendiente de su conocimiento. Sin embargo, y al menos adicionalmente, a nuestro entender, no puede olvidarse aquí la nitida postura kelseniana favorable a la fórmula acuñada constitucionalmente en 1929, en la que el gran jurista nacido en Praga ve un cauce para la introducción de una muy atenuada *actio popularis*.

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

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

Recordemos ahora que *Kelsen*, en 1928, admitía<sup>27</sup> que la mayor garantía en orden al desencadenamiento del procedimiento de control de constitucionalidad, consistía ciertamente en la previsión de una *actio popularis*, de acuerdo con la cual el VfGH habría de proceder al control a instancias de cualquiera. “C'est incontestablement de cette façon que l'intérêt politique qu'il y a à l'élimination des actes irréguliers recevrait la satisfaction la plus radicale”. A partir de tal reconocimiento, *Kelsen* considera no recomendable esta solución porque la misma entrañaría un muy considerable peligro de acciones temerarias “et le risque d'un insupportable encombrement des rôles”.<sup>28</sup> Sin embargo, casi de inmediato, el jurista de la Escuela de Viena se manifiesta favorable a un acercamiento del recurso de inconstitucionalidad a la *actio popularis*, a cuyo efecto postulará que se permita a las partes de un proceso judicial o administrativo provocar tal control de constitucionalidad frente a actos de autoridades públicas (resoluciones judiciales o actos administrativos) cuando entendieren que tales actos, aun siendo inmediatamente regulares, se hubieren realizado en ejecución de una norma irregular (ley inconstitucional o reglamento ilegal). Se trataría, en definitiva, como reconoce *Kelsen*,<sup>29</sup> no de un derecho a recurrir abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del Tribunal Constitucional.

En definitiva, la reforma constitucional de 1929, aun no rompiendo formalmente el monopolio del control de constitucionalidad por parte del VfGH, alteraba el significado del mismo, convirtiéndolo en un monopolio de rechazo por cuanto, de algún modo, los dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios que quedaban legitimados para plantear ante el Tribunal Constitucional la pertinente “demanda” – en los términos del art. 140.1 de la Constitución<sup>30</sup> –, antes de decidir su planteamiento, debían lógicamente llevar a cabo un primer juicio de constitucionalidad en el que sustentar el planteamiento de la cuestión. Como bien señala *Rubio Llorente*,<sup>31</sup> la cuestión de inconstitucionalidad implica siempre un doble juicio de constitucionalidad: uno provisional y negativo, efectuado por el Juez o Tribunal que la suscita, y otro, definitivo y coincidente o no con aquél, que es el que lleva a cabo el Tribunal Constitucional. De ahí que allí donde existe el instituto procesal

27 *Hans Kelsen*: “La garantie juridictionnelle...”, op. cit., pág. 245.

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

29 *Hans Kelsen*: “La garantie juridictionnelle...”, op. cit., pág. 246.

30 Manejamos el texto publicado en la obra de *Boris Mirkin-Guetzévitch*, “Las nuevas Constituciones del mundo”, Editorial España, Madrid, 1931. El texto de la Ley constitucional federal de 7 de diciembre de 1929 puede verse en págs. 177 y sigs.

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

conocido en España como “cuestión de inconstitucionalidad” se afirme que el Tribunal Constitucional sólo dispone de un monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales (que en el caso austríaco habría que ampliar a los reglamentos ilegales).

IV – El constitucionalismo europeo de la segunda postguerra ha profundizado en esta dirección. Como destaca *Pizzorusso*,<sup>32</sup> una de las novedades emergentes de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda postguerra es la constatación de la posibilidad de combinar la técnica del control incidental (de tipo norteamericano) con la técnica del control concentrado (de tipo austríaco-kelseniano) mediante el empleo del instituto procesal de la *pregiudizialità*, esto es, mediante la facultad que algunos ordenamientos reconocen a los órganos jurisdiccionales ordinarios, no para decidir autónomamente las cuestiones constitucionales, pero sí para elevar a la decisión del Tribunal Constitucional normas sospechosas de vulnerar la Constitución, que hayan de ser aplicadas en una *litis* concreta de la que estén conociendo.

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

En definitiva, este instituto procesal ha venido a hacer partícipes del proceso de control de constitucionalidad de las leyes a todos los Jueces, relativizando de esta forma el primer binomio diferencial que separa los dos grandes modelos. Sin embargo, su impacto aún será mucho más amplio.

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

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

33 *Theo Öhlinger*: “La giurisdizione costituzionale in Austria”, op. cit., pág. 543.

control se lleva a cabo a través de la vía procesal de la excepción de inconstitucionalidad.

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

En 1942, *Kelsen* sostuvo<sup>34</sup> que la mayor diferencia entre el sistema norteamericano y el austríaco radicaba en el procedimiento a través del cual una ley podía ser declarada inconstitucional por el órgano competente, subrayando el hecho de que, en principio, en el sistema americano, sólo la violación del interés de un particular podía desencadenar el procedimiento de control constitucional, lo que, de alguna forma, significaba la postergación del interés público que el control de constitucionalidad de las normas entraña, que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas.

Ciertamente, el control, en el sistema americano, se ha vinculado siempre a la previa existencia de una controversia. *Hughes*<sup>35</sup> recuerda cómo la *Supreme Court* ha rechazado las insinuaciones del Congreso para que opinase sobre cuestiones constitucionales cuando no tenía que decidir un *case* o una *controversy* reales. En tal sentido se pronunciaría, por ejemplo, en 1911, en el Caso *Muskrat vs. United States*. Sin embargo, como el propio *Kelsen* recuerda,<sup>36</sup> una Ley de 24 de agosto de 1937 “para proveer la intervención del Gobierno de los Estados Unidos, en apelación directa al Tribunal Supremo y la regulación de la expedición de *injunctions* en algunos casos referentes a la constitucionalidad de las leyes del Congreso y para otros propósitos”, vino a reconocer el interés público en el control jurisdiccional de las leyes federales. Esta Ley concedió al Ejecutivo el derecho de recurrir ante el Tribunal Supremo una sentencia por la que una Ley federal fuera declarada contraria a la Constitución, lo que posibilitaba al Ejecutivo federal el derecho de intervenir en cualquier acción entre particulares,

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

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

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

convirtiéndose en una de las partes a los efectos de la presentación de pruebas y de la argumentación de la cuestión constitucional. Ello significaba una cierta relativización de la diferencia advertida por *Kelsen* y anteriormente mencionada.

Pero aún hay algo más. La recepción constitucional en algunos ordenamientos europeos de la segunda postguerra de la cuestión de inconstitucionalidad entraña la introducción de un elemento incidental en un sistema concentrado en el que el control tiene carácter principal. Ello es importante porque, como advierte *Pizzorusso*,<sup>37</sup> va a atribuir carácter “concreto” al control realizado por el Tribunal Constitucional cuando conoce de una cuestión de inconstitucionalidad.

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

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

Esta concreción en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad convive con la abstracción del enjuiciamiento llevado a cabo por el Tribunal Constitucional. Este no va a dejar de confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción a través de un conjunto de operaciones lógico-silogísticas. Sin embargo, como bien se ha señalado,<sup>38</sup> la concreción en el planteamiento de origen no parece que haya de carecer de una cierta repercusión en el propio juicio constitucional, pues, llegado el momento de determinar el sentido de los enunciados normativos, puede llegar a ejercer un cierto influjo, por pequeño que sea, el caso litigioso en suspenso en el que se ha suscitado el problema de constitucionalidad y sobre el que posteriormente se ha de pronunciar el juez *a quo*.

37 *Alessandro Pizzorusso*: “I sistemi di giustizia costituzionale...”, op. cit., pág. 525.

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

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

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

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

En la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales no ejerce propiamente una verdadera función jurisdiccional, aunque tenga, por la independencia de sus miembros, la organización de un Tribunal. A partir de la diferencia que *Kelsen* considera determinante entre la función jurisdiccional y la función legislativa: mientras la última crea normas generales, la primera no crea sino normas individuales, el maestro de la Escuela de Viena resuelve el problema del significado de la anulación de una Ley decidida por el Tribunal. “Aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes inconstitucionales, sostendrá *Kelsen*,<sup>39</sup> el Tribunal Constitucional no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que oficia de *legislador negativo*”. En definitiva, la decisión del Tribunal de anular una ley tiene el mismo carácter que una ley abrogativa de otra norma legal. Es un acto de legislación negativa.

En la caracterización del Tribunal como “legislador negativo” no se ha de ver, como advierte *Giovannelli*,<sup>40</sup> una acentuación del carácter político de la función desempeñada por el VfGH, sino más bien el intento kelseniano de asimilarla a la función legislativa, con vistas, particularmente, al otorgamiento de efectos *erga omnes* al pronunciamiento del Juez constitucional y a la

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

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

exclusión de la fuerza retroactiva de la resolución judicial, es decir, a dotar a la sentencia constitucional de efectos *ex nunc*. Kelsen<sup>41</sup> consideró que difícilmente podía justificarse tal fuerza retroactiva, no sólo por las consecuencias criticables de todo efecto retroactivo, sino, especialmente, porque la decisión concernía a un acto del legislador, y éste también estaba autorizado para interpretar la Constitución, aun cuando estuviese sometido en este aspecto al control del Tribunal Constitucional. En definitiva, mientras el Juez constitucional no declarase inconstitucional una ley, la opinión del legislador, expresada en un acto legislativo, tenía que ser respetada. De todo ello se infería, como es obvio, la naturaleza constitutiva de las sentencias de inconstitucionalidad.<sup>42</sup>

La primera relativización que ha de ser advertida en relación a esta pareja de binomios caracterizadores de uno y otro sistema, atañe al sistema americano. Recordemos previamente que la base de todo el Derecho de creación judicial, característico de los sistemas de *common law*, se encuentra en la regla del precedente (*the rule of precedent*), que fundamenta la obligación que pesa sobre el Juez de atenerse en sus fallos a los precedentes judiciales o normas elaboradas por los órganos jurisdiccionales con anterioridad (*stare decisis et quia non movere*). De este modo, aunque formalmente los efectos se circunscriben a las partes de la *litis*, la incidencia del principio *stare decisis* puede llegar a alterar notablemente este rasgo. La vinculación del precedente se acentúa aún más en relación a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores. Así, la existencia de un Tribunal Supremo único, cual, a diferencia de otros países como Alemania, acontece en los Estados Unidos, y la obligación de seguir los precedentes establecidos por los Tribunales jerárquicamente superiores, otorga al sistema norteamericano, en el punto que nos ocupa, una operatividad semejante a la de un control en vía principal, terminando, indirectamente, por desencadenar una verdadera eficacia *erga omnes*, análoga a la de la abrogación de la Ley, bien diferente a la de una mera desaplicación de la Ley en un caso singular con la posibilidad, empero, de que en otros supuestos la Ley sea nuevamente aplicada. Como afirma Cappelletti,<sup>43</sup> ciertamente, si una Ley es inaplicada por el Tribunal Supremo norteamericano por considerarla inconstitucional, la Ley, formalmente, continuará formando parte del ordenamiento jurídico, pero la regla del *stare decisis* la convertirá en letra muerta. En definitiva, la inaplicación, en la realidad, se transforma en anulación, que, según precisa

41 Hans Kelsen: "Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative...", op. cit., pág. 20.

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

43 Mauro Cappelletti: "Le contrôle juridictionnel des lois en Droit comparé", op. cit., págs. 202-203.

de nuevo *Cappelletti*,<sup>44</sup> es “définitive, incontestable, et qui vaudra pour toute espèce à venir”.

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

El *horror vacui* del Juez constitucional se ha traducido en la voluntad de éste de compaginar la provocación de una suerte de *big bang* de los valores constitucionales, facilitando su penetración en todas las ramas del ordenamiento jurídico, con el soslayamiento de la creación simultánea de agujeros negros en el propio orden jurídico.<sup>45</sup> Ello ha conducido a las sentencias interpretativas, que, como subraya *Crisafulli*,<sup>46</sup> “sono nate da un'esigenza pratica, e non da astratte elucubrazioni teoriche”. Y esa exigencia práctica es, precisamente, la de evitar vacíos (*vuoti*) en el ordenamiento. Si a ello se añade la aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos (en íntima relación con la exigencia práctica precedente), que a su vez casa a la perfección con el de seguridad jurídica, y el hecho de que algunos Tribunales Constitucionales han utilizado este tipo de sentencias para tratar de dar una doble interacción interpretativa a las normas constitucionales y a las legislativas, ensamblándolas de modo dinámico,<sup>47</sup> se puede comprender la gran expansión que este tipo de sentencias ha tenido. Tales sentencias han terminado, en la práctica, por dar lugar a la eficacia del precedente en términos semejantes a como sucede en el modelo norteamericano.<sup>48</sup>

VIII – En el sistema europeo-kelseniano, como ya vimos con anterioridad, la eficacia *erga omnes* de la sentencia estimatoria de la

44 Ibidem, pág. 203.

45 *Thierry di Manno*: “Le juge constitutionnel et la technique des décisions *interpretatives* en France et en Italie”, Economique – Presses Universitaires d'Aix-Marseille, París, 1997, pág. 74.

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

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

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

inconstitucionalidad opera con efectos *ex nunc*, respetando en cuanto al pasado la validez de la ley declarada inconstitucional. Sin embargo, si este rasgo se ha mantenido en Austria, no puede decirse lo mismo de otros países europeos.

En Alemania, cuando el Tribunal Constitucional Federal llega a la conclusión de que una ley es incompatible con la *Grundgesetz*, declara su nulidad, lo que, según la doctrina tradicional, significa que la norma inconstitucional es inválida desde el momento de su creación y, por tanto, inexistente. En consecuencia, como destaca *Weber*,<sup>49</sup> la nulidad se retrotrae al momento de creación de la norma y, por ello, se define como nulidad *ex tunc*. La regulación alemana refleja, pues, la doctrina germana de la nulidad de la norma desde el momento de su creación y se opone a la regulación austríaca, que permite retrasar los efectos de la nulidad a un momento posterior.

A este respecto, conviene recordar que ya el mismo *Kelsen*,<sup>50</sup> a fin de evitar los inconvenientes dimanantes del vacío jurídico desencadenado por la anulación de una norma, defendería la conveniencia de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un determinado plazo contabilizado a partir de la publicación de la sentencia de anulación. En coherencia con este planteamiento, el art. 140.3 de la Constitución austríaca habilitó al Tribunal Constitucional para prever una prórroga para la entrada en vigor de los efectos de la sentencia de anulación, prórroga que no podía exceder de seis meses, que en la reforma de 1929 se amplió a un año (según el actual art. 140.5 de la vigente Constitución austríaca, tal prórroga puede alcanzar los dieciocho meses), y cuya razón de ser, como reconoció el propio *Kelsen*,<sup>51</sup> era permitir al Parlamento reemplazar la ley cuestionada por una nueva conforme a la Constitución, antes de que la anulación fuere efectiva.

De alguna manera, también en Italia se puede hablar de efectos *ex tunc*. Como señala *Romboli*,<sup>52</sup> en la actualidad es absolutamente pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia que la disposición declarada inconstitucional no puede aplicarse en procesos futuros, en el juicio *a quo* ni en los pendientes, con excepción solamente de las denominadas relaciones ya agotadas, esto es, las relativas a decisiones jurisdiccionales o bien a actos que, en general, ya han aplicado la disposición declarada ilegítima y que ya se han convertido en definitivos al ser firmes o no susceptibles de recurso alguno.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

53 *Henri Simonart*: “Le contrôle exercé par la Cour d’arbitrage”, en el colectivo “La Cour d’Arbitrage” (Actualité et Perspectives), Bruylant, Bruxelles, 1988, págs. 121 y sigs.; en concreto, pág. 191.

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

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

Hace cincuenta años, constataba *Baum* en 1981,<sup>55</sup> la mayor proporción de los casos presentados ante el Tribunal Supremo eran de naturaleza civil. A partir de entonces, los casos penales fueron en aumento. En la actualidad, los casos de naturaleza constitucional dominan la agenda de este Tribunal, y la mayor parte de ellos suscitan temas de libertades civiles.

A la vista de la evolución de la *Supreme Court* y de su situación actual, se ha podido constatar por amplios sectores de la doctrina<sup>56</sup> que es grande la proximidad de este órgano con los Tribunales Constitucionales.<sup>57</sup>

Pero aún puede señalarse algo más. La apertura de vías procesales antes inexistentes, como es el caso, por ejemplo, de la acción declarativa, que posibilita plantear la impugnación de la constitucionalidad de normas legislativas y el empleo de categorías y técnicas decisorias ajenas a la tradición de la *Supreme Court*, conducen, según un sector de la doctrina,<sup>58</sup> a

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

55 *Ibidem*, pág. 148.

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

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

58 *Francisco Rubio Llorente*: “Tendencias actuales...”, op. cit., pág. 1416.

que este “Tribunal Constitucional” adopte modos y formas propios de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

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

El sistema difuso ha encontrado su mayor receptividad en los sistemas jurídicos de *common law*; ello no obstante, en los sistemas de la familia romano-germánica, como los denomina David,<sup>59</sup> la *judicial review of Legislation* ha ejercido asimismo una fuerte sugestión, lo que se ha traducido en una cierta transposición, en el *modus operandi* de los Tribunales Constitucionales europeos, de técnicas jurídicas, y lo que aún importa más, de actitudes mentales que en cierta medida recuerdan a la *Supreme Court*, que ha sabido forjarse a lo largo de su dilatada historia los instrumentos idóneos en orden a la asunción de un rol verdaderamente creativo, incluso frente a la resistencia del legislador.

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

Refiriéndose a Italia – referencia, desde luego, extrapolable a otros países –, Zagrebelsky<sup>60</sup> ha constatado la notable aproximación entre el modo de funcionamiento de la *Corte Costituzionale* y el que caracteriza a los sistemas de control difuso, primigeniamente el que rige en los Estados Unidos, donde el Tribunal Supremo no lleva a cabo un control de la Ley con abstracción de su necesidad de aplicación, sino que, a través de una valoración de la conformidad entre fuentes de diverso grado, “si rivolge alla enucleazione della regola da adottare per la risoluzione della controversia in modo costituzionalmente

59 René David y Camille Jauffret-Spinosi: “Les grands systèmes de Droit contemporains”, 11ª ed., Dalloz, Paris, 2002, pág. 25.

60 Gustavo Zagrebelsky: “La giustizia costituzionale”, Il Mulino, Bologna, 1977, págs. 152-153.

legittimo". En este modo de proceder, *Zagrebel'sky* encuentra la última *ratio* que ha conducido a la *Corte Costituzionale* a admitir una declaración de inconstitucionalidad tan sólo de la norma (no de la disposición de la que aquélla proviene) y a la frecuente utilización de este instrumento.

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

I – El acercamiento entre los dos grandes sistemas tradicionales de control de constitucionalidad no sólo posibilita encontrar una progresivamente mayor unidad entre los dos modelos históricos, sino que, como bien advierte *Pizzorusso*,<sup>61</sup> opinión ciertamente compartida por otros sectores doctrinales, viene a revelar que entre ellos es el sistema americano el que se nos presenta con una posición verdaderamente central, no entrañando el modelo concentrado europeo-kelseniano más que modificaciones estructurales respecto de aquél.

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

A ello se unirá una concepción de la Constitución muy próxima a la norteamericana, esto es, una percepción que la concibe, como la visionara *Corwin* en un trabajo clásico,<sup>62</sup> como *the higher Law*, como la Ley superior, como un complejo normativo de igual naturaleza que la Ley pero con una eficacia capaz de desencadenar la invalidez de las normas contrarias a la constitucional.

Esta eficacia normativa superior de la Constitución no podrá explicarse, como advirtiera *Bachof*,<sup>63</sup> más que por la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de la Constitución, por un orden de valores que vincula directamente a los tres poderes del Estado, tal como se manifiesta expresamente en la regulación de los derechos fundamentales, por un orden

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

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

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

de valores que las Constituciones vienen a considerar anterior a ellas mismas, en cuanto que, además, no ha sido creado por ellas, que se limitan a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo último fundamento de validez se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, en una idea del hombre que descansa en estos valores.

A partir de estas premisas: la concepción de la Constitución como *lex superior*, el carácter “limitado” del gobierno, esto es, de los poderes constituidos, magistralmente expuesto por *Hamilton* en el artículo LXXVIII de “El Federalista”,<sup>64</sup> y que *Marshall* tomaría como punto central de apoyo de su celeberrima Sentencia,<sup>65</sup> y en perfecta sintonía con todo ello, el diseño de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes, los constituyentes germanos e italianos pondrán la vista tanto en el modelo de la *judicial review of Legislation* como en el de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* que diseñara la Constitución austríaca de 1920, que había proyectado su influencia en el constitucionalismo de entreguerras.

*Zagrebelsky*<sup>66</sup> ha recordado cómo en Italia el atractivo ejercido por el modelo del Tribunal Supremo norteamericano era casi un lugar común del antifascismo liberal y democrático, siendo tal modelo referencia obligada y reiterada en las discusiones constituyentes sobre el sistema de justicia constitucional a adoptar.

Sin embargo, lo cierto es que tanto en Italia como en Alemania pareció optarse por el modelo austríaco-kelseniano, opción, como ha señalado *García de Enterría*,<sup>67</sup> que fue tributaria de la dificultad de acoger el sistema americano originario, lleno de convenciones, prácticas y sobreentendidos, como producto vivo de una historia perfectamente singular y propia, pero que, precisamente por ello, se circunscribirá, en lo esencial, a la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. El propio autor, de modo rotundo, sostiene<sup>68</sup> que no se acoge el modelo kelseniano del “legislador negativo”, sino el americano de jurisdicción. Desde luego, en la *Bonner Grundgesetz*, no deja de ser significativo que el Tribunal Constitucional encabece la lista de órganos integrantes del Poder Judicial en la norma de apertura (art. 92) del Capítulo noveno, dedicado a la Jurisdicción (*Die Rechtsprechung*).<sup>69</sup>

64 *Hamilton, Madison y Jay*: “El Federalista”, FCE, 1ª reimpr. de la 2ª ed. española, México, 1974, págs. 330-336.

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

66 *Gustavo Zagrebelsky*: “La giustizia costituzionale”, op. cit., pág. 321.

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

68 *Ibidem*, pág. 134.

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

La estructura por la que finalmente se opta: una jurisdicción concentrada, no dejará de tener consecuencias procesales importantes, como el diseño de una acción directa de inconstitucionalidad o los efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una ley, que si bien son el trasunto de la concepción kelseniana del Tribunal como “legislador negativo”, lo cierto es que, en algún caso, como los efectos *erga omnes*, vienen exigidos por la necesidad de articular el monopolio de rechazo que tiene el Tribunal Constitucional y su necesaria relación con los demás órganos jurisdiccionales.

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

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

La magistratura, dirá Heyde<sup>70</sup> refiriéndose a la República Federal Alemana, va a gozar de una posición de excelencia en el Estado libre (democrático) de Derecho que ha querido la *Grundgesetz*. Y en sintonía con ello, frente a los criterios exclusivamente formales del art. 103 de la Constitución de Weimar,<sup>71</sup> el art. 92 de la *Grundgesetz*, norma de apertura del Capítulo dedicado a la jurisdicción,<sup>72</sup> contiene un plus de garantías constitucionales del poder judicial, lo que ha conducido a una opinión doctrinal y jurisprudencial (del *Bundesverfassungsgericht*) casi unánime en torno a que la *Bonner Grundgesetz* parte de un concepto material de

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

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

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

jurisdicción. Ello va a tener mucho que ver con la cláusula de protección jurisdiccional del art. 19.4 GG, a tenor de cuyo inciso primero, “si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales”. Los órganos del poder judicial se convierten de este modo en los garantes de los derechos, o por lo menos en los garantes ordinarios, pues a ellos se sumará, primero por la vía de las previsiones legales, y desde 1968 por las determinaciones de la propia *Grundgesetz*, el Tribunal Constitucional, por intermedio del instituto procesal de la *Verfassungsbeschwerde* o recurso de queja constitucional.

También en Italia el nuevo contexto histórico se traducirá en una nueva visión del poder judicial. A ella se refiere *Mortati*,<sup>73</sup> que la sustenta, de un lado, en la naturaleza sustantiva de la interpretación judicial resultante del elemento de creatividad en ella implicado, y de otro, en la inexcusable sujeción al control de legalidad ejercido por los órganos jurisdiccionales de todos los actos de los poderes públicos, aun cuando el propio autor precise que esta expansión de las intervenciones del poder judicial ni ha alterado de modo sustancial la naturaleza de su función: la conservación del orden jurídico establecido, ni ha conducido a un “Estado de jurisdicción”. Quizá con una mayor introspección, *Martines*<sup>74</sup> pone de relieve que aunque no existe una función de dirección política (*indirizzo politico*) por parte de los jueces (o de la magistratura), sí puede hablarse de los jueces como operadores políticos (*operatori politici*), en cuanto institucionalmente llamados a incidir sobre la realidad social, en el bien entendido de que esta cualidad de “operador político” tiene como última razón de ser la exclusión de la función jurisdiccional de la simple tarea “di meccanico formulatore di sillogismi giudiziari” que la filosofía positivista venía atribuyendo a los jueces, no queriendo en modo alguno significar la conversión del poder judicial en un instrumento activo del proceso político.

En definitiva, los casos alemán e italiano ejemplifican perfectamente lo acontecido en el constitucionalismo de la segunda postguerra que, en el punto que nos ocupa, va a venir caracterizado por la revitalización del poder judicial, al que va a convertir en una de las piezas centrales del Estado de Derecho. La sujeción de los jueces a la Ley no impedirá que a ellos se encomiende, con carácter ordinario, la tutela de los derechos, pudiendo aplicar de modo inmediato y directo la Constitución, como norma limitadora de la actuación de los poderes públicos, y que, aún estándoles vedada la inaplicación de aquellas normas legales que, con ocasión de su aplicación en una “*litis*” de la que estén conociendo, interpreten contradictorias con la *Lex superior*, puedan, sin embargo, tras el pertinente juicio de constitucionalidad realizado por ellos mismos, paralizar el litigio antes de

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

74 *Temistocle Martines*: “Diritto Costituzionale”, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 1994, pág. 522.

dictar sentencia y plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que, de este modo, pierde el monopolio del control de constitucionalidad, residenciándose en él tan sólo un monopolio de rechazo, tal y como ya destacamos precedentemente.

En resumen, los hechos históricos de los años previos a la Segunda Guerra Mundial, que revelan que es el legislador el más peligroso enemigo del ordenamiento constitucional de los derechos, propiciarán un giro radical por parte de los constituyentes alemanes e italianos, y de resultas, en décadas sucesivas, de los de otros países, que para tratar de evitar los peligros de años atrás, vuelven la vista al constitucionalismo norteamericano, esto es, a una Constitución regida por valores materiales que ha de imponerse a todos los poderes públicos, también al legislador, a cuyo efecto, en una clara aproximación al modelo anglosajón, se considerará necesario fortalecer notablemente el rol constitucional de los jueces, de unos jueces que ya no levantan las suspicacias que suscitaban en la Alemania weimariana y que, aún hallándose sujetos a la Ley, asumirán una función relevante en lo que al control de constitucionalidad de las leyes se refiere.

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