



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD

ELEMENTOS PARA EL DISEÑO DE UNA EVENTUAL TEORÍA

TESIS QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA

RODRIGO BRITO MELGAREJO

TUTOR PRINCIPAL:

DR. FERNANDO SERRANO MIGALLÓN - FACULTAD DE DERECHO, UNAM

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR:

DR. MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ - INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

DR. LORENZO CÓRDOVA VIANELLO - INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

CIUDAD DE MÉXICO, JUNIO DE 2018



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A BERENISS

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
1. CONCEPTOS BÁSICOS PARA UNA EVENTUAL TEORÍA	12
1.1 La constitución.....	13
1.2 Estructura, contenido y fines de la constitución	21
1.3 La constitución como norma(s)	28
1.4 La supremacía de la constitución	32
1.5 Noción de constitucionalidad	35
1.6 Concepto de control	36
1.6.1 Finalidad del control.....	40
1.6.2 Estructura del control	41
1.6.3 Objeto del control	44
1.7 Una primera definición (teórica) de control	45
1.8 ¿Un concepto “adecuado” de control?	45
1.9 El control en el Estado constitucional	49
1.10 Los controles institucionalizados.....	52
1.11 El control jurisdiccional de constitucionalidad.....	54
2. ORÍGENES, MODELOS Y DIFUSIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD	65
2.1 Antecedentes del control de constitucionalidad.....	67
2.2 Los modelos que progresivamente se consolidaron.....	72
2.2.1 El modelo americano: la judicial review of legislation de los Estados Unidos.....	73

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD

2.2.2 <i>El modelo europeo-continental: el control concentrado de Kelsen y la Constitución austriaca</i>	81
2.2.3 <i>Los modelos híbridos</i>	90
2.2.4 <i>Un caso peculiar: Francia y la evolución de su sistema de control</i>	95
2.3 <i>La difusión de los modelos</i>	100
3. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: ORGANIZACIÓN, ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO ...	105
3.1 <i>El órgano de control</i>	106
3.2 <i>Los integrantes del órgano de control</i>	111
3.2.1 <i>Número</i>	111
3.2.2 <i>Sistema de elección</i>	114
3.2.3 <i>Estatuto jurídico</i>	120
3.3 <i>Presidencia del órgano de control</i>	130
3.4 <i>Otros órganos y estructuras de apoyo: el funcionamiento del órgano de control</i>	134
3.5 <i>El problema de las fuentes</i>	138
3.6 <i>El voto particular</i>	142
4. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD: ASPECTOS GENERALES.....	149
4.1 <i>El parámetro de control</i>	150
4.1.1 <i>Las características del parámetro de control</i>	151
4.1.2 <i>Los límites a la relativización del parámetro</i>	155
4.1.3 <i>La gradualidad de las disposiciones constitucionales y su función como parámetro</i> ...	157
4.1.4 <i>La integración del parámetro de control fuera del texto constitucional</i>	159
4.1.5 <i>La matización del principio jerárquico y la afirmación del criterio sistémico en la integración y uso del parámetro de control</i>	166
4.2 <i>El objeto en el control jurisdiccional de constitucionalidad</i>	168
4.2.1 <i>La situación normativa como fórmula general del objeto de control</i>	168
4.2.2 <i>Las normas como objeto de control</i>	169

CONTENIDO

4.2.3 Actos y actitudes como objeto de control	174
4.3 Los vicios de constitucionalidad.....	176
4.3.1 Los vicios comunes.....	177
4.3.2 Los vicios propios de la ley	178
5. LAS FUNCIONES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE CONTROL.....	180
5.1 La fase de admisión en los procedimientos ante los órganos de control	182
5.1.1 La conveniencia de la admisión en los procedimientos frente a los órganos de control	183
5.1.2 El órgano que ejerce el control de admisión	186
5.1.3 Los alcances del control de admisión	188
5.1.4 Las potestades del órgano encargado del control de admisión.....	190
5.2 Los procesos constitucionales de control.....	192
5.2.1 El control de constitucionalidad de leyes y disposiciones normativas con rango de ley	197
5.2.2 Los procesos de defensa de los derechos fundamentales	208
5.2.3 Los procesos de control sobre la distribución vertical y horizontal del poder.....	228
5.2.4 Otros procesos	231
5.3 La actividad interpretativa y el estilo argumentativo de los órganos de control	236
5.4 Las sentencias de los órganos de control.....	260
5.4.1 Sentencias típicas.....	261
5.4.2 Sentencias atípicas.....	267
6. EL PAPEL DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE CONTROL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	277
6.1 Jurisdicción constitucional y democracia	279
6.2 El papel de la jurisdicción constitucional en la dinámica de las instituciones	287
6.3 La jurisdicción constitucional y su influencia en los Estados compuestos	290
6.4 Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales	294

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD

6.5 <i>El control jurisdiccional de constitucionalidad y la política</i>	300
7. A MANERA DE CONCLUSIONES: ¿ES POSIBLE UNA TEORÍA DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD?	303
BIBLIOGRAFÍA	310

INTRODUCCIÓN

Hay temas y conceptos que llaman la atención sobre sí mismos, que aparecen recurrentemente en las discusiones académicas y que sorprenden incluso a quienes los abordan por su importancia y trascendencia. A ellos se dedican muchas horas en aulas y auditorios, en el foro y en la tribuna; los escenarios en los que se mencionan son de lo más variados y, sin embargo, parecen tan naturales que en ocasiones se olvida abordarlos a profundidad desde el punto de vista teórico. Uno de estos temas es el control jurisdiccional de constitucionalidad, que al tener un amplio espectro de aplicación práctica, muchas veces no es tratado desde la perspectiva que puede ofrecer la teoría. Dicho escenario es precisamente lo que motiva esta investigación, pues a través de ella se pretende aportar algunos elementos teóricos que contribuyan a construir una idea del control jurisdiccional de constitucionalidad determinada por nociones generales de teoría constitucional, pero también condicionada por la práctica que los órganos de control han desarrollado desde que la idea de defender la constitución se consolidó en las democracias modernas.

Schumpeter, al referirse a las teorías económicas, alguna vez señaló que la mayor parte de las creaciones de la inteligencia o la imaginación desaparecen sin dejar rastro después de un periodo que varía entre una hora después de la comida y una generación. Esta afirmación, aunque podría ser considerada exagerada, no deja de encerrar un gran fondo de verdad y, por ello, ciertamente alerta sobre los riesgos de que un análisis teórico que no se afiance en la realidad y que no sea compartido o al menos tomado en serio por el mundo científico, está condenado al fracaso. Es por ello que muchas de las afirmaciones que aquí se hacen tienen su origen en la práctica de diversos órganos de control, así como

en experiencias históricas y construcciones de carácter teórico desarrolladas por personas que se han dedicado con profundidad y cuidado al estudio del derecho constitucional.

Se ha repetido muchas veces que las cosas del mundo se ven y comprenden mejor apoyándose en hombros de gigantes. Es por ello que al concebir las afirmaciones y conceptos que se encontrarán en estas páginas, casi siempre se partirá de ideas de autores que han hecho aportaciones importantes sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad y que han permanecido en el tiempo. Esto, sin embargo, no impide que a estas ideas se agreguen concepciones propias que buscan aportar elementos de originalidad y que, además, tendrán como fundamento en muchas ocasiones los resultados que ofrece el método histórico-comparativo. Y es que como afirmaba Carnelutti, para conocer el derecho vigente hace falta estudiar también el derecho pasado y para conocer el derecho de un país es preciso estudiar asimismo el de otros.

Dado que cualquier intento teórico relacionado con el control debe partir de una particular visión de la teoría constitucional, en el primer capítulo de este trabajo se fijarán algunos conceptos que servirán como cimientos para los elementos del edificio teórico con el que se intenta contribuir. Además, con el fin de tener un panorama adecuado del control jurisdiccional de constitucionalidad del cual partir, en el capítulo segundo se ofrecerá un breve recuento histórico que permita hacer un repaso de los procesos evolutivos de este tipo de control para, así, poder comprender las particularidades que lo caracterizan en la actualidad.

Ahora bien, debido a que una condición para que los estudios de derecho adquieran una cierta científicidad es que éstos se eleven por encima de los principios reales de cualquier sistema nacional, la comparación jurídica será una herramienta de la que se echará mano cuando se analicen los modelos de control jurisdiccional de constitucionalidad que se han consolidado a través del tiempo. El estudio de estos modelos servirá para extraer ciertas características que son propias de los sistemas de control que se han forjado en diversos países y para hacer algunas generalizaciones que nos hagan ver que las distinciones derivadas de la tradicional clasificación de los sistemas jurisdiccionales de control, se difuminan en la práctica y actualmente sólo sirven como un

instrumento pedagógico, pero no como elementos de una categorización que refleje la realidad constitucional en materia de control.

El control jurisdiccional de constitucionalidad se ha ido configurando con ciertas características procesales y organizativas que determinan el papel que juega dentro de la práctica institucional de los Estados. Por esta razón, en el tercer capítulo se tratarán las reglas de organización, estructura y funcionamiento de los órganos controlantes. Esto se hará con el fin de ofrecer una visión más completa de un campo en el que los estudios teóricos evidentemente son escasos.

Al análisis de los aspectos organizativos se suma en el capítulo cuarto el examen del parámetro de control, de los actos que son su objeto y de los vicios de constitucionalidad que pueden existir en los actos de autoridad. La forma en que estos elementos interactúan y la evolución que han experimentado dentro de los procesos de control, son de gran importancia pues dichos elementos repercuten de manera relevante en el ordenamiento y en la idea que la sociedad tiene de la función que llevan a cabo los jueces constitucionales, por lo que su estudio no puede dejarse de lado en la proyección de una eventual teoría del control jurisdiccional de constitucionalidad.

En el capítulo quinto, por otra parte, se analizarán las funciones que llevan a cabo los órganos de control, las implicaciones que tiene la fase de admisión en los procesos constitucionales, la labor interpretativa y de argumentación que en ellos se realiza, así como los tipos de sentencias de los que se valen los órganos controlantes al resolver los casos que se les presentan. Las funciones de los órganos jurisdiccionales de control se presentan en esta investigación tomando en cuenta diversas experiencias y dejando ver que las formas en que se puede expresar el control son múltiples y muy variadas. Con esta dinámica se confirma que, aun cuando existen elementos constantes en los procesos de control, cada sistema adopta ciertas peculiaridades de acuerdo con las características del núcleo social al que sirve. Esto hace evidente que no es posible construir un modelo único de control, sino sólo establecer algunas variables que pueden contribuir a que los sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad sean eficaces y cumplan su principal cometido: la defensa de la constitución, así como de los valores, principios y reglas que de ella se desprenden.

En el sexto capítulo se demostrará que la actividad de los órganos controlantes coloca al control jurisdiccional de constitucionalidad en una posición privilegiada dentro de la estatalidad. Estudiar los efectos que tiene este tipo de control en la dinámica de las instituciones, su relación con la democracia, y la influencia que tiene en los Estados compuestos, son aspectos que se tomarán en cuenta para determinar el peso que los medios jurisdiccionales de control tienen en el Estado constitucional. Pero esta tarea no podría considerarse completa si no se considerara también la importancia que el control de constitucionalidad tiene en la afirmación y evolución de los derechos fundamentales. Por ello, en este capítulo se señalarán los beneficios que el control jurisdiccional de constitucionalidad ofrece al mundo de los derechos. Además, se considerará también la relación entre el control de constitucionalidad y la política a fin de dejar claro que, con la expansión de los sistemas de control, ha surgido una exigencia profunda de garantía que se liga a una demanda creciente de racionalización de la esfera política. Esta exigencia hace que surja un binomio “política-control” que es indispensable si se desea garantizar la preeminencia de la constitución sobre las expresiones de la voluntad política que se manifiestan, en primer lugar, por medio de la ley. El análisis de este binomio será entonces el apartado con el que se concluirá el capítulo sexto.

Finalmente, en el último capítulo se determinará si es viable la concepción de una teoría del control jurisdiccional de constitucionalidad y se aportarán los elementos para dar sostén a la respuesta ofrecida.

Éste es el plan de la investigación que se presenta, cuyo desarrollo, desde luego, no pretende ser exhaustivo. El único fin que se persigue con ella es fijar un conjunto de ideas de las que puedan extraerse postulados que contribuyan a formar un bagaje teórico, que posteriormente pueda profundizarse o replantearse en función de las críticas o comentarios que logre generar. Es verdad que son muchos más los temas que podrían incluirse al intentar concebir una teoría del control jurisdiccional de constitucionalidad; sin embargo, pretender abordar todas las materias relacionadas con esta importante institución rebasaría los límites que se plantearon desde que se concibió este trabajo. Por lo tanto, a través de los planteamientos que aquí se vierten sólo se intenta abrir las puertas

INTRODUCCIÓN

para el debate sobre un tema que, aunque complejo, ofrece una veta importantísima para el análisis teórico.

No puedo finalizar esta introducción sin expresar lo mucho que debo a los profesores Fernando Serrano Migallón, Miguel Carbonell Sánchez y Lorenzo Córdova Vianello, integrantes de mi Comité Tutor, por sus consejos y apoyo no sólo durante la realización de esta tesis, sino durante gran parte de mi formación académica. Debo agradecer también al Director de la Facultad de Derecho, el Dr. Raúl Contreras Bustamante, así como a Carlos Humberto Reyes Díaz y Armando Soto Flores, por su ayuda constante en mi paso por el Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM. Mi reconocimiento es, además, para el Dr. Diego Valadés Ríos, por los comentarios realizados a este trabajo de investigación, y para aquellos profesores de la Facultad de Derecho que han compartido conmigo experiencias y enseñanzas. Finalmente, debo expresar mi gratitud por el amor de mi familia y el cariño de mis amigos, a quienes, sin duda, debo momentos y palabras que han marcado el rumbo de mi vida.

1. CONCEPTOS BÁSICOS PARA UNA EVENTUAL TEORÍA

Hablar de una teoría es referirse, entre otras cosas, a la tarea de elaborar, analizar y tratar de explicar la red de relaciones lógicas entre los conceptos y afirmaciones que componen un modelo. Esta tarea, sin duda, implica en primer lugar determinar una serie de conceptos a través de los cuales se desarrollará la teoría que se intenta concebir, para, con ellos, comenzar a establecer los enunciados, afirmaciones y consecuencias que serán el punto de partida que servirá para encontrar lugares comunes y obtener conclusiones. Esta idea es precisamente la que determina que en este primer capítulo se analicen algunos de los conceptos que pueden considerarse fundamentales en una eventual teoría del control jurisdiccional de constitucionalidad.

El objetivo de esta investigación, como ya se ha dicho, no es propiamente el desarrollo de una teoría del control, sino encontrar ciertos elementos para su diseño, lo que permite evitar al menos la pretendida exhaustividad conceptual que implica una construcción teórica. Sin embargo, establecer algunos conceptos -al menos considerando ideas generalmente aceptadas- es algo que no puede pasarse por alto en el desarrollo de este trabajo, si se pretende contar con la “materia prima” necesaria para el análisis que permitirá intentar la construcción teórica planteada. Por ello, este primer capítulo está dedicado a aquellos conceptos que están presentes en casi todas las discusiones teóricas que se refieren al control jurisdiccional de constitucionalidad. El primero de estos conceptos, que por ser el más ambicioso se tratará sólo a partir de nociones más o menos aceptadas comúnmente, es el de constitución.

Sobre lo que es o debe ser la constitución ya se han escrito muchas páginas, por lo que en el apartado siguiente sólo se hará una somera referencia a algunas de las ideas que acerca de este concepto se han construido a través del tiempo, para llegar a la noción que puede considerarse más estrechamente ligada al control jurisdiccional de constitucionalidad.

1.1 La constitución

Ofrecer, o por lo menos acercarse a dar un concepto adecuado de constitución, es una empresa difícil a la que muchos han apostado y en la que, la mayor parte de quienes la han emprendido, se han enfrentado a críticas severas. Es más, puede decirse que aquellos que han salido bien librados al ofrecer un concepto de la norma fundamental, no han logrado nunca el consenso de todos los que, de la misma forma que ellos, han dedicado sus esfuerzos a concebir una idea sobre lo que es la constitución. El motivo principal de esta tendencia puede encontrarse, quizá, en el sentido polisémico del término, determinado además de los diversos usos que semánticamente se dan a la palabra, por el cambio más o menos constante, a través de la historia, de las ideas políticas y filosóficas, así como de las condiciones económicas, sociales y culturales de las sociedades¹. Esto porque, como señala Gianni Ferrara, cada constitución es el resultado específico del

¹ Giuseppe Morbidelli ha señalado al respecto que: “La nozione di costituzione è tra le più tormentate del pensiero giuridico, al punto che rilevarne le ambiguità e le molteplicità di sensi è divenuto un luogo comune. Si sommano inoltre nella nozione di costituzione significati storici, sociologici, ideologici, filosofici, politici che accrescono la babele delle lingue. Lo stesso fatto che la parola costituzione, semanticamente (e anche nelle espressioni dottrinarie) indichi sia la fase del costituire, sia la struttura complessiva dell’ordinamento (per metafora dalle scienze naturali), sia le regole di fondo della istituzione giuridica, è indicativo dell’inevitabile incertezza.” Véase, Morbidelli, Giuseppe, *et al.*, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2a. ed., Bologna, Monduzzi, 1995, p. 43. Por su parte, Paolo Comanducci refiere que: “Constitución (al igual que los correspondientes vocablos de las principales lenguas occidentales y, específicamente, el italiano *costituzione*, el francés *constitution* y el inglés *constitution*) es hoy un término muy usado en el léxico de los juristas: se considera habitualmente que el concepto de Constitución representa uno de los conceptos centrales tanto en la teoría del derecho como en la práctica forense. Sin embargo, basta una observación superficial para apreciar que ‘Constitución’ es un vocablo que se emplea, en el ámbito jurídico, con más de un significado; o, desde otro punto de vista, que existen varios conceptos de Constitución (tal vez podría decirse, con una terminología ya usual, que frente al concepto de Constitución se presentan hoy varias concepciones de la Constitución).” Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, p. 42.

“constitucionalismo” en una fase determinada de su desarrollo y en una específica realidad nacional².

Si, además, a esto añadimos que la idea de constitución es mucho más antigua que su concepto, la falta de consenso a través del tiempo en los elementos que este último debe contener parece una consecuencia lógica. Como ha señalado Manuel Aragón, el concepto de constitución no surge sino hasta que nace el Estado constitucional a finales del siglo XVIII; en cambio, desde la más remota Antigüedad o al menos desde el mundo griego y romano, puede detectarse la idea de que existen o deben existir en toda comunidad política un conjunto de normas superiores al derecho ordinario, cuyo objeto sería preservar la continuidad de la forma de organización que rige en esa comunidad³. Esta noción será el punto de partida que se tomará para hacer un brevísimo recuento histórico de la idea de constitución. No es útil a esta investigación mencionar la terminología que se ha usado para hacer referencia a la constitución⁴, ni mucho menos señalar los múltiples significados que, a través de los siglos, ha tenido en el lenguaje jurídico y político este concepto. Sin embargo, sirve mucho a los fines de este trabajo centrar la atención en la noción de constitución no sólo como ley, fuente del derecho en general o ley que dicta las reglas fundamentales del Estado, sino también como norma fundamental que goza de una cierta superioridad. Se comenzará entonces el somero recuento histórico sobre la idea y el concepto de constitución a partir de este presupuesto.

Muchos estudiosos han encontrado la primera noción de constitución como fuente normativa superior en los griegos⁵, quienes distinguían las “*nomoi*” (es decir, las leyes

² Ferrara, Gianni, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milán, Feltrinelli, 2006, p. 12. Ya anteriormente James Bryce se había pronunciado al respecto señalando que las constituciones son expresión del carácter de una nación y, a su vez, plasman el carácter de quienes se sirven de ella. Véase Bryce, James, *Costituzioni flessibili e rigide*, Milán, Giuffrè, 1998, p. 2. Sobre la idea de que cada sociedad tiene una constitución véase también Bin, Roberto, *Capire la Costituzione*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 3-5.

³ Aragón Reyes, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit., p. 29. Sobre este tema véase también: Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

⁴ Sin embargo, para un estudio profundo de esta terminología y de los pasajes históricos del concepto de constitución se remite a Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2a. ed., México, Fontamara, 2002, así como a Ferrara, Gianni, *La costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*.

⁵ Aunque no puede desconocerse que otros autores atribuyan a los hebreos el primer concepto de constitución. Sobre este punto, Enrique Álvarez Conde señala que “Normalmente suele atribuirse a los

emanadas con base en ese fundamento del Estado que contenían los implícitos elementos que definían la *civitas* y que, por tanto, eran inalterables) y los *psefismata* (que serían las resoluciones del Pueblo, que adquirirían la forma de leyes o decretos y eran elaborados en la asamblea)⁶. Esta primera distinción hace evidente que el pueblo griego ya consideraba la idea de un derecho superior y con carácter fundamental.

En la época romana, por su parte, tampoco fue desconocida la idea de una ley superior. Aunque en principio en Roma el nombre *constitutio* indicaba el acto legislativo en general o su resultado (*constituere iura*)⁷, el término evolucionó posteriormente hasta referirse al “estatuto de una *civitas*”⁸. Lo cierto es que la idea de constitución tuvo tal importancia que no puede negarse su concepción como norma superior y fundamental en la vida de los romanos. Basta pensar que Polibio indicaba que la constitución de un pueblo debía considerarse como la primera causa del éxito o fracaso de toda acción.

Por otro lado, debe considerarse que entre los romanos la expresión ‘constitución’ se benefició también del prestigio que envolvió a la constitución de la *República* romana. Rolando Tamayo señala que desde esa época la palabra ‘constitución’ se asocia con la idea de la racionalización del poder: el equilibrio de los órganos detentadores del poder, con la idea de la participación de los súbditos, con la tesis del gobierno mixto, en suma, con la *forma republicana*. Esta visión del Estado de derecho romano se convertiría, para este autor, en el paradigma del control que debería establecer una constitución sobre el poder. De esta forma las reducciones del constitucionalismo empezaban: la constitución, para ser tal, debía ser ‘republicana’ y con esto la constitución recibe la enorme carga

hebreos el primer concepto de Constitución, en el sentido de existir una norma suprema a los gobernantes y gobernados que, a su vez, actuaba como límite a la acción de aquéllos. Esta norma suprema se identificaba con la ley divina, conteniendo una fuerte carga ética o moral, cuya actualización era realizada a través de los profetas”. Véase Álvarez Conde, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, t. I 1999, p. 145.

⁶ Ruipérez Alamillo, Javier, “El trasfondo teórico-ideológico de la ‘libertad civil’ y su eficacia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 20, 2007, p. 179.

⁷ En el Digesto 1.1.1 se establece de hecho que *constitutio* es lo que el emperador ordena (*principi placuit*) y que tiene la fuerza (vigor) de una ley (*lex*).

⁸ Monroy Cabra, Gerardo, “Concepto de Constitución”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, p. 16.

emotiva del prestigio que el derecho y la justicia tenían entre los griegos y el carácter ejemplar del derecho de la *República*⁹.

En la Edad Media, por su parte, la idea de constitución jugó un papel muy importante si consideramos, con Maurizio Fioravanti, que durante esta época: “Existen rey, príncipes y señores, laicos y eclesiásticos, que derivan sus poderes de manera más o menos segura y lineal de los poderes orientados en sentido universalista y que, a su vez, de manera más o menos clara, tienden a considerar el objeto de su dominio como un territorio más o menos unificado, o como un simple conjunto de tierras unidas por relaciones de carácter feudal”¹⁰. Esto da como resultado que, sobre todo a partir del siglo XI, se acentúe “el extraordinario fenómeno de la constitución de los ordenamientos de las ciudades, que se dotan de formas de gobierno también en gran medida participativas”¹¹.

La idea de constitución en el medioevo va adquiriendo de esta forma el significado de “legislación”, pero de una legislación que fundamenta y explica las relaciones de poder de los individuos en la comunidad política (ciudades y reinos)¹². Una muestra de esta concepción de constitución durante la Edad Media es la Carta Magna de 1215, que puede considerarse un ejemplo típico de “Ley fundamental” escrita derivada de un “pacto” entre el Rey y los barones. Morbidelli, al referirse a la Carta Magna como ley fundamental señala que:

Contribuye a la idea de ley fundamental un doble (aunque no siempre concurrente) conjunto de razones. Por un lado, la convicción, tanto de derivación filosófica como religiosa, de la superioridad de las leyes que encuentran su fundamento en principios no transeúntes e inviolables, porque se presentaban como expresión de la coincidencia entre las leyes de los hombres y las leyes de Dios (“derecho natural”). Por otro lado, la superioridad de las leyes como resultado de largos y complejos “ajustes” entre los diversos poderes y las distintas clases: ajustes que pueden materializarse en documentos formales (como la Carta Magna) o en costumbres. La superioridad de esta ley nace entonces del principio de respeto a las tradiciones y a las leyes divinas (principio

⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., pp. 91-93.

¹⁰ Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 34.

¹¹ *Idem*.

¹² Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., p. 52.

teocrático), aunque frecuentemente los preceptos nacientes de estas fuentes coincidían o se reforzaban mutuamente¹³.

En esa época, como puede verse, el constitucionalismo adquiere un nuevo rostro y se presenta más que como ideario o doctrina, como militancia. Es durante ese tiempo que el constitucionalismo se torna una lucha abierta; primero, contra los poderes feudales y, posteriormente, contra el monarca. La palabra constitución, por tanto, significa ‘conquista’, conquista de una esfera de libertad y “límite del poder”¹⁴. En esos dos postulados es precisamente donde se afianza su carácter de fundamental y su aceptación como una norma superior.

Sin embargo, no es posible establecer con precisión cuándo surgió formalmente en el pensamiento político y en la práctica institucional la noción de *lex fundamentalis*. Existen autores que la encuentran en el siglo XIII, quienes la atribuyen a la Francia de Enrique IV y quienes la encuentran en Inglaterra, bajo el régimen de Jaime I. La controversia se explica porque no es claro el momento en que la superioridad se funda en razones morales o metajurídicas y cuando encuentra su fundamento en razones propiamente jurídicas, de manera que pudiera recurrirse a las instituciones establecidas por el derecho o a sanciones eficaces para lograr que la ley fundamental prevaleciera¹⁵. No obstante lo anterior, para los fines de esta investigación, establecer una fecha sobre el momento en que formalmente se concibió la noción de ley fundamental no es indispensable. Basta recordar, de nueva cuenta con Morbidelli, que en un determinado momento histórico se consideraron superiores aquellas leyes que surgen como obra de la *historia* (determinada por el cuerpo social) más que del poder: ciertas reglas se imponen también al Rey porque el tiempo ha demostrado que son necesarias y constituyen el patrimonio de esa estirpe, de esa gente y de esa tierra (de tal manera que en la óptica medieval la costumbre es la primera y fundamental *lex non scripta*, mientras las *leges scriptae* son más que nada el reconocimiento y la sistematización por parte del príncipe de las costumbres precedentemente formadas). Como consecuencia lógica, estas leyes se

¹³ Morbidelli, Giuseppe, *et. al., Diritto costituzionale italiano e comparato, cit.*, p. 46.

¹⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución, cit.*, pp. 203 y 204.

¹⁵ Morbidelli, Giuseppe, *et. al., Diritto costituzionale italiano e comparato, cit.*, p. 46

consideraban absolutamente inmutables o, más bien, podían ser abrogadas o completadas sólo a través de la costumbre que las había establecido¹⁶.

Es cierto que no existió, en modo alguno, con anterioridad al siglo XVIII, una práctica racionalizada de Estado “constitucional”, pero no es menos cierto que la limitación del poder por el derecho, al menos para asegurar la permanencia de la forma política, ya era postulada por sectores del pensamiento político y jurídico europeo de los siglos XVI y XVII¹⁷. Es así que, después de la Edad Media, el término constitución estuvo vinculado con las ideas de comunidad y Estado y, además, designaba sus leyes fundamentales. De ahí la idea de que sobre el poder gubernamental, en cualquiera de sus manifestaciones, existía el Estado (reino, república, etc.) y su derecho. En ese momento, el término constitución designa no sólo las cartas de franquicias y libertades sino, además, las leyes, costumbres y tradiciones *que estructuran el Estado*. La constitución, de esta forma, deja de ser simplemente un límite al ejercicio del poder, para convertirse en su origen. Así, la idea del origen del poder y la de “legitimidad” que aquélla implica, se traspasan a la constitución. Los tribunales ingleses intentan defender esta idea y llevarla a cabo hasta su culminación de forma heroica. De esta manera, la independencia de los tribunales y la doctrina judicial de la supremacía del *Common Law* contribuirían a consolidar el *Estado de derecho inglés*: el nuevo paradigma del Estado de derecho¹⁸.

El constitucionalismo inglés con el tiempo se irá configurando de manera muy particular pues prolongará, evolutivamente, su “constitución antigua” liberalizándola y democratizándola, aunque sin abandonar su condición “prescriptiva”, “flexible” y

¹⁶ *Ibidem*, pp. 46 y 47. De hecho, Morbidelli sobre este punto recuerda que: “Tra le prime leggi fondamentali si ricordano quelle inerenti alla stessa investitura del Sovrano, cioè le consuetudini che regolano la devoluzione della Corona. Di Beaumanoir e i suoi contemporanei adottarono la formula espressa nel 1250 dal giureconsulto inglese Henry de Bracton: ‘il re ha Dio sopra di lui, e poi la legge che lo ha fatto re’. Le regole di attribuzione della Corona sono cioè considerate come sottratte al potere normativo del Re proprio perché attengono alla costituzione e al fondamento del regno. Ma resta il fatto che le varie leggi fondamentali che possiamo scorgere qua e là in tutta Europa (da quelle notissime inglesi, alla Bolla d’Oro emanata dall’Imperatore Carlo IV nel 1356, alle leggi e alle consuetudini della Repubblica di Venezia, al *Konungabalk*, statuto fondamentale della Svezia), se avevano una superiorità sul piano morale, su quello della legittimazione dei governanti verso i governanti di altri Stati, ma soprattutto su quello della pace sociale interna, non avevano certo quella ‘superiorità’ formale, affermabile con una serie di mezzi giuridici quale si ravvisa nelle attuali costituzioni”.

¹⁷ Aragón, Manuel, “La constitución como paradigma”, *cit.*, p. 29.

¹⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, *cit.*, p. 204.

“consuetudinaria”¹⁹. Es necesario señalar también, que del modelo de Estado de derecho inglés, derivaron distintos dogmas que se consolidaron posteriormente en Francia, por ejemplo: división de poderes, gobierno consentido, imperio del derecho, responsabilidad política y concepción absoluta de los derechos individuales. Estos principios fueron recogidos por la Ilustración y fueron convertidos en constitucionalismo abstracto, “universal” y “fundamentado en la razón”²⁰.

Los dogmas del constitucionalismo difundidos por la Ilustración vendrían entonces a reforzar la tradición jurídica y la práctica judicial de las colonias inglesas de Norteamérica²¹, convirtiéndose en el ideario del constituyente estadounidense. Las constituciones de Virginia, New Jersey, Pennsylvania y, particularmente, la Constitución Federal de los Estados Unidos, crearon un nuevo dogma del constitucionalismo introduciendo una reducción más del significado de constitución: ‘constitución’ es la constitución escrita²². Dichas constituciones en su mayoría iban precedidas por un *Bill of Declaration of Rights*, y posteriormente desarrollaban un plan de gobierno, así como disposiciones acerca de los órganos supremos del Estado y sus funciones. Los norteamericanos, es evidente, introdujeron el régimen republicano que acogía una opción democrática, porque se expresaba a través de una constitución fundada en el poder constituyente del pueblo soberano²³.

Posteriormente, tras la Primera Guerra Mundial, las constituciones sirven como instrumentos para otra plausible causa: garantizan el gobierno de las mayorías con respeto a las minorías. Además, se introducen los nuevos derechos sociales y los mecanismos que

¹⁹ Aragón, Manuel, “La constitución como paradigma”, *cit.*, p. 30.

²⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, *cit.*, p. 204.

²¹ Como explica Jellinek, en las colonias de Norteamérica se reciben de los reyes de Inglaterra, y (como sucede en Carolina del Norte y Pennsylvania) de sus señores, cartas de libertad, privilegios, en los que se consignan los principios fundamentales de su gobierno y organización administrativa. Muchas de estas cartas, de hecho, sólo contienen la confirmación de la Constitución que se habían dado con anterioridad los propios interesados. Véase Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1979, p. 389.

²² Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, *cit.*, pp. 204 y 205.

²³ Monroy Cabra, Gerardo, “Concepto de Constitución”, *cit.*, p. 22. Para una visión completa de la noción de constitución en los Estados Unidos de América véase Griffin, Stephen M., *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bolonia, Il Mulino, 2003, o los interesantes apuntes que se refieren en Mohnhaupt, Heinz y Grimm, Dieter, *Costituzione. Storia di un concetto dall’Antichità a oggi*, Roma, Carocci, 2008, pp. 115 y ss.

desde el clásico estudio de Mirkine-Guetzevich, *Las nuevas Constituciones del mundo*, se conocen como racionalización del parlamentarismo²⁴. Tras la Segunda Guerra Mundial, continúan intensificadas esas tendencias en una progresiva juridización de los procesos sociopolíticos y económicos (constitucionalización de los partidos, constitucionalismo económico, etc.)²⁵.

Como puede apreciarse con este breve recuento histórico, hay elementos que a través del tiempo han forjado la idea y, posteriormente, han sido ingredientes fundamentales para esbozar el concepto de constitución. La pretensión de asegurar que

²⁴ Gregorio Peces-Barba señala al respecto que “Los frutos jurídico-positivos de la construcción intelectual del siglo XIX, se empiezan a producir a finales del mismo, pero sobre todo a principios del siglo XX, especialmente a partir de la Primera Guerra mundial, con la Constitución de Weimar de 1919 y la mejicana, anterior de 1917. También en constituciones monárquicas como las de Rumania de 1923 o la del reino Servio-Croata Esloveno (Yugoslavia) de 1921, aparecen [los derechos sociales] sin una presencia política decisiva de partidos socialdemócratas, lo que demuestra que estamos ante una corriente generalizada que se incorpora a las constituciones que aparecen a partir de 1918. En el siglo XIX, las ideas de Von Stein habían influido en Bismarck, y en la primera política social prusiano alemana, a través del conservador Hermann Wagener uno de sus principales asesores en política social. De todas formas, antes de este movimiento constitucional, Gran Bretaña fue el país industrial del mundo que primero tomó medidas de protección laboral entre 1833 y 1850, limitando el trabajo de las mujeres y de los niños en las fábricas y en las minas. Estos reflejos en la legislación prepararon el salto jerárquico que supuso su incorporación a las constituciones”. Además, este autor refiere también que “En el estudio preliminar a su obra [...], Boris Mirkine-Guetzevitch señala como uno de los rasgos del nuevo constitucionalismo: ‘... las nuevas tendencias, las nuevas concepciones sociales...’ que la lista de los derechos individuales, civiles y políticos es insuficiente porque ‘... la vida actual exige no solamente la salvaguardia de todos los derechos de la revolución de 1789, sino también los nuevos derechos nacidos de la evolución de la vida social...’. Por eso en otro trabajo, un poco posterior de Mirkine Guetzevitch, ‘Modernas tendencias del Derecho Constitucional’, señalará la tensión entre individualismo y solidarismo de ese nuevo Derecho Constitucional, y pondrá de relieve como esa posición que representa León Duguit, centra la atención en el deber del Estado hacia los ciudadanos, y abre el camino a los derechos sociales”. Véase Peces-Barba, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 47 y 48.

²⁵ Cabo, Carlos de, “La función histórica del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 45 y 46. Gustavo Zagrebelsky señala sobre el particular que en la Segunda posguerra, la constitución asume un sentido nuevo y particularmente cargado de significado y se presenta como ordenamiento jurídico de las funciones del Estado y como determinación fundamental de los valores de la vida social. Además, añade que las constituciones contemporáneas no son un producto racionalista-ilustrado, sino que más bien son un contrato o un compromiso entre partidos y derivan de un acuerdo empírico que toma en cuenta las diversas posturas expresadas por los partidos. A través de este acuerdo, según Zagrebelsky, se hace posible remodelar un cuadro social y político general, respecto al cual cada fuerza política representa sólo un fragmento. La constitución -que él llama del Estado pluralista- presenta así el carácter sobresaliente de ser el fruto de acuerdos entre numerosos sujetos particulares que, con ella, buscan proteger la identidad política y que refleja el esfuerzo común de trazar, a través de un compromiso, un diseño social y político general. Zagrebelsky, Gustavo, *Società-stato-costituzione. Lezioni di dottrina dello stato degli anni accademici 1986-1987 e 1987-1988*, Turín, Giappichelli, 1988, pp. 14-27.

exista una estabilidad en la organización política y que los derechos fundamentales sean protegidos se unen y en consecuencia surge la constitución como una norma superior que sirve como instrumento que limita el poder público y que permite, a través de la garantía y reconocimiento de una serie de libertades y derechos, la salvaguarda de las personas y su desarrollo. De esta manera el desarrollo histórico de la constitución, al margen, como ya se ha dicho, de las múltiples ideas, conceptos y modelos que se han forjado sobre ella, encuentra un lugar común en el pensamiento jurídico y político más solvente, que determina que la constitución es una norma jurídica que goza de supremacía, jurisdiccionalmente aplicable, que organiza al Estado y garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de la población y se ejerza con respeto a los derechos de las minorías y con el fin de hacer accesibles los derechos sociales²⁶.

1.2 Estructura, contenido y fines de la constitución

Se ha dado ya una aproximación al concepto de constitución que contempla los elementos que han ido consolidándose como parte del constitucionalismo a través del tiempo. Es necesario ahora analizar la estructura, los contenidos y los fines de la constitución, pues, como ha escrito García de Enterría, ésta “ha dejado de ser [...] un puro concepto ideal, y es hoy un documento jurídico con un contenido preciso y con unos efectos determinados sobre los ciudadanos y sobre los jueces”²⁷. Y es que la constitución, cuando surge como un tipo de norma en Occidente a finales del siglo XVIII, no es sólo la norma que define en un instrumento único o codificado la estructura política superior de un Estado, sino,

²⁶ Cfr. Aragón, Manuel, *La constitución como paradigma*, cit. p. 32, en donde se ofrece esta noción de constitución, pero sin contemplar el respeto a los derechos de las minorías y la búsqueda del ejercicio del poder para volver asequibles los derechos sociales.

²⁷ De hecho, este autor agrega que “Podrá seguir discutiéndose, naturalmente, cuál es el significado de la Constitución, cuál su concepto abstracto, cuáles son las fuerzas sociales que la sostienen o que la amenazan, de dónde proceden los valores que proclama, etc. Pero todo eso, que es sin duda importante y nada desdeñable, no pone a los teóricos respectivos en la situación del jurista, que ha de esforzarse en la interpretación de los preceptos constitucionales y en los medios de hacerlos efectivos como preceptos jurídicos eficaces. Esto exige una especial formación, un hábito en el manejo del Derecho y de sus instrumentos, cuya substantividad nadie puede razonablemente poner en duda.” Véase García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2006, p. 36.

precisamente, la que lo hace desde unos determinados supuestos y con un determinado contenido²⁸.

Además, si tomamos en cuenta que la constitución no puede considerarse hoy en día un espejo en el que cada quien ve lo que quiere ver, ni un documento que se pone en manos de las siempre cambiantes decisiones políticas de sus intérpretes, entonces es necesario que los textos constitucionales “creen naciones a través de las palabras” y, por tanto, gocen del más amplio consenso entre los ciudadanos que forman parte de la sociedad. Esto, precisamente, será lo que determinará sus contenidos.

Si los significados de la constitución fueran confiados a los cambios determinados por las orientaciones políticas de las mayorías o las minorías, no podrían asumir la función edificadora que cumplen, pues la norma fundamental no tendría la posibilidad de ofrecer certeza y coherencia a la vida social²⁹. Es por esta razón que deben tomarse ciertos contenidos como punto de partida para concebir una idea de constitución que sea útil a los fines de este trabajo.

La idea de constitución que fue producto de la Revolución francesa y de la independencia de las colonias inglesas norteamericanas (influyente de manera trascendental en el constitucionalismo occidental) está dotada de características formales y materiales que deben señalarse. Desde el punto de vista formal, la constitución es una “norma fundamental”, escrita y rígida; una “superley”, situada por encima del derecho ordinario. Ahora bien, desde el punto de vista material, será una norma que deberá tener un determinado contenido³⁰. Este contenido puede encontrarse en principio en el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789³¹, la

²⁸ *Ibidem*, p. 47.

²⁹ En este sentido se pronuncia Sergio Bartole en la presentación de la obra de Laurence H. Tribe y Michael C. Dorf, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. XIII y XIV.

³⁰ Francis Hamon y Michel Troper, de hecho, señalan que la constitución formal tiene como contenido principal la constitución en sentido material (es decir la organización, el funcionamiento de los poderes públicos, la repartición de competencias entre ellos y las declaraciones de derechos). Véase Hamon, Francis y Troper, Michel, *Droit Constitutionnel*, 30a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 2007, pp. 46-49.

³¹ Sin embargo, cabe mencionar que, como señala García de Enterría, este concepto tan preciso de constitución va a sufrir, no obstante, en Europa continental un fuerte embate, por la derecha y por la izquierda. Por la derecha, es la obra de las Monarquías restauradas que suceden a la ruptura impuesta en todo el Continente por los Ejércitos de Napoleón. Estas Monarquías van a recoger de la idea constitucional únicamente lo que contiene de codificación formal del sistema político superior, así como, si acaso, alguno

cual señala que: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”³². A partir de esta

de sus contenidos menos peligrosos, de los que pasa a hacer simple retórica. Por su parte, el ataque por la izquierda al concepto originario de Constitución procede de la izquierda hegeliana y, finalmente, del marxismo en que ésta desemboca. A partir de estas ideas se intenta reducir la norma constitucional formal a la estructura del poder real que la subyace y soporta y de la que aquélla no sería más que un enmascaramiento convencional. Estos dos embates, a decir de García de Enterría, son decisivos hasta el punto de que en Europa continental va a perderse, con alguna excepción, el sentido genuino de Constitución durante casi todo el siglo XIX. Durante este tiempo, la constitución deja de ser una norma con un origen y un contenido determinados. En consecuencia directa, deja también de ser una norma invocable ante los Tribunales, y sólo logra teorizarse como una mera exigencia lógica de la unidad del ordenamiento. De esta forma, la constitución se concretaría en una simple pieza lógico-sistemática presente en cualquier Estado, de cualquier época y de cualquier signo y contenido, de modo que la Constitución se convierte en un concepto formal y abstracto hasta el extremo, positivista consecuentemente, puesto que es una pura realidad estructural de hecho, sean cuales sean los valores materiales que exprese. Esta idea encuentra quizá su mejor expresión en el concepto de Carl Schmitt: el Estado no *tiene* Constitución, *es* Constitución; todo y cualquier Estado, obviamente. Véase García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 47 y 48. Alessandro Pizzorusso, por su parte, hace también importantes apreciaciones al respecto cuando señala que: “La doctrina iuspositivista [...] tuvo acierto en demostrar el error, desde el punto de vista técnico, de la enunciación del artículo 16º de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre, de 1789, según la cual una sociedad que no reconociera ciertos principios (en sustancia, aquellos sostenidos por la doctrina liberal), ‘no tiene Constitución’. Si la Constitución es el conjunto de los principios de organización de la sociedad estatal, cada Estado tiene una constitución por el solo hecho de existir como tal, por más aberrantes que sean los principios inspiradores de su ordenamiento, y aun cuando la Constitución no sea una de texto escrito y solemnemente aprobada, sino solamente de usos o convicciones.” Sin embargo, Pizzorusso considera también la importancia del contenido de las constituciones en el sentido que se intenta dar aquí (es decir, el liberal-democrático) al establecer que “el carácter -por tendencia- neutral de la Constitución, considerada en su aspecto técnico, no impide comprobar cómo en la práctica este tipo de documentos han sido prevalecientemente usados para la defensa de valores conectados a las ideas de libertad, de igualdad y de democracia, mientras los adversarios a estas ideas normalmente apelaron al recurso de la violencia, a las conspiraciones de palacio o a las más diversas formas de autoritarismo. La defensa de los valores, identificables ahora por antonomasia con los ya citados, bien se salda, por otra parte, con la tutela de la legalidad, que es ella misma configurable como uno de los valores que pueden ser oportunamente fundados sobre una tal Constitución”. Pizzorusso, Alessandro, *Justicia, Constitución y Pluralismo*, Lima, Palestra-Pontificia Universidad Católica de Perú, 2005, pp. 24 y 25. En el mismo sentido, García de Enterría refiere tres factores que determinan el cambio radical de esta concepción tras la Segunda Guerra Mundial. Estos factores son: 1) la definitiva desaparición, con el estigma de los totalitarismos derrotados, de cualquier alternativa al principio democrático puro, que se convierte en el único e indiscutido principio de la organización política, aceptado por todos y soportado, así, de esa concepción basilar de la Constitución; 2) la consagración definitiva del sistema de justicia constitucional, y 3) la defensa a ultranza del sistema democrático mismo y de proteger el sistema de derechos fundamentales y de valores sustantivos en que se apoya, creando un sistema de especial protección de los mismos frente a las mayorías electorales eventuales y cambiantes. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 293 y 294.

³² Loewenstein, al referirse a los elementos fundamentales mínimos de una Constitución en sentido material va un poco más allá de lo establecido en la Declaración de 1789; sin embargo, la base de sus consideraciones sigue siendo la misma. Para él, los elementos de la constitución material son: 1) La diferenciación y asignación de funciones estatales a diferentes órganos para evitar la concentración de poder; 2) Mecanismos de cooperación de los detentadores de poder, distribución y limitación del poder político mediante dispositivos e instituciones en forma de frenos y contrapesos; 3) Mecanismos que eviten bloqueos entre los detentadores del poder autónomos para impedir que en caso de no cooperar, se resuelva el *impasse* por sus

premisa, puede decirse, siguiendo a Manuel Aragón, que la doble y antigua pretensión de asegurar la estabilidad de la forma política y la libertad se han fundido en este concepto y así la constitución limita el poder tanto para mantenerlo con una determinada estructura, como para impedir que invada la autonomía individual. Más aún, ambos objetivos, son indisociables dado que la estructura misma ya no es fin sino medio, pues en realidad, ya no hay dos objetivos que la constitución deba cumplir sino uno, puesto que sólo de una manera (mediante el Estado constitucional) el poder puede organizarse para la libertad. Con estas afirmaciones, Aragón concluye que el único fin de la constitución es la libertad (la libertad de igualdad), pues la división de poderes es sólo una “forma” de asegurarla³³.

Además agrega que:

La limitación material del poder, esto es, los derechos fundamentales, aparecen, así, [...] como el núcleo del concepto de Constitución. La distinción entre poder constituyente y poder constituido, la representación política, las limitaciones temporal y funcional del poder son notas características del Estado constitucional, sin duda alguna, pero la más definitoria es la atribución al pueblo de la soberanía. Y como resulta que sólo un pueblo libre (compuesto por ciudadanos libres) puede ser soberano, el único modo de “garantizar” dicha soberanía (hacia el interior, por supuesto, ya que hablamos de soberanía en el derecho constitucional, no en el derecho internacional) es “asegurando” los derechos fundamentales como límites frente al poder de los gobernantes y, en definitiva, frente a la capacidad normativa del legislador³⁴.

De esta manera, Aragón ofrece una visión clara de los contenidos y los fines de la constitución en nuestra época. Esta visión puede encontrarse también en la doctrina elaborada por Luigi Ferrajoli, para quien es posible formular dos nociones diversas de constitución. Una de ellas es la estructural, ligada a la colocación de la constitución en el

propios medios; 4) Un método de reforma racional que evite la ilegalidad, la fuerza o la revolución, y 5) El reconocimiento a la autodeterminación individual (es decir, a los derechos individuales), como dispositivo fundamental para el control del proceso del poder. Véase Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976, p. 36.

³³ Aragón, Manuel, “La constitución como paradigma”, *cit.*, pp. 30 y 31.

³⁴ *Ibidem*, p. 31.

vértice de la jerarquía de las normas, y la otra es la axiológica, que está referida a sus contenidos normativos y, cuando se asume como condición contrafactual su carácter ‘democrático’, a las normas que vinculan, respectivamente, las formas y sustancia de la producción normativa al ejercicio directo o indirecto de los derechos políticos y a la garantía de un conjunto más o menos amplio de derechos fundamentales³⁵.

Para Ferrajoli, estas dos características del concepto de constitución pueden identificarse con las dos dimensiones de todo fenómeno normativo: su causa o título y su significado o contenido. De hecho, mientras la estructura jerárquica y la colocación de la constitución en el vértice del sistema normativo son fácilmente identificables con relación a las fuentes, es decir, a los actos que son causa de las normas y a las relaciones de grado que entre éstos se efectúan, el papel de las constituciones como límites y vínculos al ejercicio de los poderes públicos debe identificarse con las normas, esto es, con los significados y los contenidos establecidos a través de ellas³⁶.

Es la segunda de estas dimensiones la que hace del concepto de constitución una noción de enorme complejidad. Sin embargo, a pesar de las dificultades que encuentra durante su desarrollo teórico, Ferrajoli logra ofrecer una definición de constitución en la que incluye sus nociones estructural y axiológica.

Para ello, parte de la definición de constitución considerada como el estatuto de una institución política originaria (noción que sirve tanto para un concepto estructural como para uno en el que se incluya la visión axiológica del término) y a ésta suma el conjunto de condiciones de hecho necesarias para añadir a la constitución el adjetivo de “democrática”. Lograr este objetivo, a decir de Luigi Ferrajoli, no es fácil, pues no puede

³⁵ Ferrajoli, Luigi, “Democrazia senza Stato?”, en Labriola, Silvano (ed.), *Ripensare lo Stato*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 199-213. De hecho, Ferrajoli completa esta idea diciendo que: “Storicamente le due nozioni di solito coincidono. Le costituzioni nascono infatti con la funzione, assicurata dalla loro collocazione al vertice del sistema, di limitare e vincolare i pubblici poteri, regolandone di solito l’esercizio in forma democratico-rappresentativa, stabilendone l’interna divisione e la reciproca separazione, e funzionalizzandoli alla realizzazione della pace e alla tutela e alla soddisfazione di una serie più o meno ampia di diritti fondamentali”. Incluso, agrega Ferrajoli, “Anche sul piano teorico le due nozioni sono connesse: le norme che stabiliscono la rappresentanza politica, la divisione e la separazione dei poteri, la pace e il rispetto dei diritti fondamentali, in tanto hanno forza vincolante e capacità garantista in quanto siano norme costituzionali sulla produzione di grado sopraordinato a qualunque altra”. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, t. 1, p. 859.

³⁶ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., p. 860.

aspirarse a indicar todas las condiciones necesarias para considerar una constitución como democrática. No obstante lo anterior, Ferrajoli salva este obstáculo tomando en cuenta sólo las condiciones necesarias para tal fin que pueden obtenerse con base en la experiencia histórica del constitucionalismo. Estas condiciones no tienen nada que ver con el acto constituyente y sólo son, evidentemente, principios ético-políticos que se convierten en jurídicos si y solo si son positivizados a través de normas constitucionales³⁷.

Con estas consideraciones Ferrajoli articula su definición de constitución en dos partes: una estructural (válida para cualquier constitución) y otra axiológica, que expresa las condiciones (así como los contenidos) que deben cumplirse para que una constitución sea considerada como democrática. La constitución es entonces, según esta definición:

[E]l estatuto de una institución política consistente en un conjunto de normas sobre la producción dotadas de un cierto grado de efectividad, cuyo acto institutivo es un acto constituyente y que, *en una democracia*, contiene: *a*) como normas de reconocimiento de la esfera pública: la división de poderes, la representatividad política de las funciones de gobierno para el ejercicio de los derechos políticos y la separación de éstas de las funciones de garantía; *b*) como normas de reconocimiento de la esfera privada: la producción, a través del ejercicio de los derechos civiles, de las situaciones disponibles que pertenecen a ella, y *c*) como razón social: la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales estipulados como vitales por sus normas sustanciales.³⁸

Con esta definición Ferrajoli muestra que los contenidos de la Constitución están hoy en día asociados con la idea de democracia³⁹, cuyos fines principales, puede añadirse,

³⁷ *Ibidem*, pp. 860 y ss. Sobre el punto Ferrajoli añade que: “È chiaro che la stipulazione di queste condizioni o principi vale ad innestare nella teoria del diritto una dottrina della democrazia che, pur se descrittiva sul piano dogmatico della struttura degli odierni ordinamenti informati al paradigma della democrazia costituzionale, equivale sul piano teorico a un modello normativo. Questi principi di democrazia sono infatti principi giuridici se e solo se incorporati nelle costituzioni o comunque positivizzati”.

³⁸ *Ibidem*, p. 891.

³⁹ Dominique Chagnollaoud también asume esta idea al considerar que “La Constitution établit le statut de l’État, fixant les règles et principes destinés à encadrer la désignation des titulaires du pouvoir ainsi que son exercice. Définie tantôt au sens matériel, c’est-à-dire par son contenu, ou au sens formel, c’est-à-dire par sa procédure spéciale d’élaboration et de révision, la Constitution est généralement un texte écrit dont le contenu intègre des dispositions relatives à l’organisation du pouvoir mais aussi des déclarations de droits à valeur constitutionnelle. En ce sens, elle est d’abord le socle du pouvoir inséparable aujourd’hui de l’idée de démocratie”. Véase *Droit constitutionnel contemporain*, 5a. ed., París, Dalloz, 2007, t. 1, p. 23. Por su

son asegurar la libertad, igualdad, dignidad y seguridad de los individuos, así como hacer posible su participación en la vida pública y determinar un ejercicio adecuado del poder político. Sin embargo, estos contenidos para ser efectivos deben estar acompañados de dos exigencias fundamentales: *a)* la legitimidad material, lo que apunta a la necesidad de que la constitución incluya los principios materiales informadores del Estado y de la sociedad, y *b)* la apertura constitucional, pues la ley fundamental debe posibilitar la concurrencia y la lucha política de los partidos y de las fuerzas políticas portadoras de proyectos alternativos para la concreción de los fines constitucionales⁴⁰. Sólo así la constitución puede asegurarse un contenido adecuado temporalmente, es decir, un contenido apto para permanecer “dentro del tiempo”, que logre mantener abierto el proceso deliberativo (nulificando así la posibilidad de la “tiranía de los muertos sobre los vivos”), que contenga el mesurado equilibrio del que hablaba Hesse entre la precisión (necesaria para la claridad de las reglas del juego y para la configuración material de su significado) y la apertura (el margen de indeterminación o flexibilidad que hace posible el pluralismo), a fin de evitar con ello poner en peligro su fuerza normativa⁴¹.

parte Josep Aguiló Regla señala que existen diferencias entre afirmar que una determinada constitución es democrática y defender una lectura democrática de una determinada constitución. La diferencia, para Aguiló, radica en que mientras que en el primer caso lo que se está diciendo es que la democracia es una de las propiedades o características de la constitución en cuestión, en el segundo lo que se afirma es que esa propiedad, la de ser una constitución democrática, debe prevalecer frente a otras posibles propiedades de esa misma constitución que pudieran entrar en conflicto con ella. Aguiló Regla, Josep, “Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución”, *Fragments para una Teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 22 y 23. Por último, es necesario señalar que aun cuando el concepto democrático de constitución es el que ha conseguido la expansión o intercomunicación del derecho público por encima de las fronteras de los Estados, existen riesgos intrínsecos al triunfo de la juridificación de la democracia. Estos riesgos, como refiere Manuel Aragón “derivan del hecho de que el acuerdo generalizado sobre los ‘principios’ es capaz de provocar una laxitud en el cuidado de las ‘formas’. La conversión de la ‘democracia’ con partidos políticos, (de indiscutible ‘razonabilidad’) en el puro ‘Estado de partidos políticos’ (de discutible ‘legitimidad’), la atonía de los parlamentos, la sustitución de la democracia de ‘participación’ por la democracia de ‘consumidores’, el excesivo distanciamiento de los representantes respecto de sus representados son peligros que, al menos en muchos países constitucionales, aparecen claramente en el horizonte histórico del final de este siglo”. Sin embargo, a decir de Aragón, la manera para evitar estos riesgos, puede ser “constitucionalizar nuevamente el constitucionalismo”, es decir: “llevar a la conciencia política y jurídica de nuestros días la convicción de que sólo entendiendo el constitucionalismo como una realidad que ha de conquistarse a diario, y respecto de la cual (como ocurre con la democracia, cuya juridificación la Constitución pretende) no cabe pensar que esté dada para siempre.” Aragón, Manuel, “La Constitución como paradigma”, *cit.*, pp. 39 y 40.

⁴⁰ Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2003, pp. 22 y 23.

⁴¹ Gustavo Zagrebelsky en la introducción a un pequeño pero importante ensayo de Arturo Carlo Jemolo, indica que: “Una Costituzione, e massimamente una Costituzione strutturata su formule di principio e

1.3 La constitución como norma(s)

La constitución, como ya se ha mencionado, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos y establece los límites al ejercicio del poder, así como una serie de libertades y derechos fundamentales. A estos elementos, en las constituciones del siglo XX, se añaden objetivos programáticos y prestaciones de carácter positivo, garantías a las autonomías locales y otro tipo de contenidos que ofrecen un nuevo rostro a la idea de constitución. No obstante, estos contenidos de limitación del poder, así como los prestacionales y de garantías a favor de las personas, no serían suficientes si la constitución no se configurara como un sistema preceptivo que nace del pueblo como titular de la soberanía y cuyos mandatos se encuentran dirigidos no sólo a los titulares del poder sino también a los particulares⁴². Y es que el fundamento del nuevo Estado constitucional contra el mundo del autoritarismo es, como señalara Ihering, la fuerza vinculante bilateral de la norma, es decir, el doble vínculo dirigido tanto a las autoridades como a los ciudadanos que se contrapone a cualquier tipo de privilegio. De esta forma cobra gran importancia la idea de constitución como norma.

Ahora bien, dentro de la concepción normativa de la constitución debe distinguirse entre la constitución como “norma” y la constitución como “normas” (es decir, como conjunto normativo o, como ha escrito Konrad Hesse⁴³, como orden jurídico). Esta distinción, aunque parece ser un simple juego de palabras, en realidad tiene un papel importante en el desarrollo teórico que seguirá a estas páginas porque la idea de

programmatiche [...], rappresenta un mandato da adempiere, affidato alle generazioni a venire. Opera aperta, non involucro chiuso. Una Costituzione di questo tipo richiede il proprio prolungamento nel tempo, in un'adeguata 'politica costituzionale', attraverso la quale la pluralità dei principi trovi la sua pratica realizzazione storico-concreta. È della politica costituzionale il compito di sciogliere praticamente, nei modi di volta in volta possibili, i nodi che la Costituzione ha allacciato con le sue formule rivolte al futuro, formule che spesso rappresentano compromessi tra impostazioni diverse e dilazionano le scelte concrete”. Jemolo, Arturo Carlo, *Che cos'è la Costituzione*, 2a. ed., Roma, Donzelli, 2008, pp. 19-20.

⁴² Con esta concepción, la constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico y el gran lema de la lucha por el Estado constitucional cobra forma: la exigencia de que el (arbitrario) *government by men* debe disolverse en un (jurídico) *government by laws*. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 55.

⁴³ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 16.

constitución como norma, si bien está ligada al carácter positivo y jurídico del ordenamiento constitucional, no termina con estos dos elementos. La constitución no es simplemente una norma jurídica pues, como señala Manuel Aragón, por un lado, es algo más que una norma y, por otro, en lo que tiene de “norma”, es profundamente distinta de las demás normas del ordenamiento⁴⁴. Su posición en el ordenamiento normativo, su contenido, las funciones que cumple y los fines que persigue son las características que asocian a la constitución con la idea de que ésta es *la* norma fundamental de una sociedad determinada.

Sin embargo, muchas veces la idea de constitución como “norma” se asocia sólo al valor jurídico de la ley fundamental, que, cabe aclararlo, aunque no es el único, sí es un elemento muy importante en ella⁴⁵. Cappelletti, de hecho, señalaba que la constitución no debe ser concebida como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera, positiva y obligatoria con carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria. Entendida en ese sentido, esta idea de constitución puede asociarse con la concepción normativa desarrollada por Troper, que difiere de la que él denomina concepción mecánica, sobre todo, en la forma de concebir cómo diseñar, analizar e interpretar los textos constitucionales.

La concepción mecánica, según Troper⁴⁶, pone el acento en la consideración de que la realización de los valores y la consecución de los fines (la eficacia de la constitución) es básicamente una función de un “adecuado” diseño institucional de las formas de acción política y jurídica creadas por la constitución y, en consecuencia, resalta sobre todo la dimensión constitutiva de la ley fundamental. El ideal que guía dicha concepción consiste en transformar la conducta indeseada en conducta imposible (o, al menos, en altamente improbable) y la conducta deseada, en necesaria (o, al menos, en

⁴⁴ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, p. 142.

⁴⁵ Esta idea se ve reflejada en la sentencia que dictó en 1958 la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Trop vs. Dulles* en la que se establece que: “The provisions of the Constitution are not time-worn adages or hollow shibboleths. They are vital, living principles that authorize and limit governmental powers in our nation. They are rules of government. When the constitutionality of an Act of Congress is challenged in this Court, we must apply those rules. If we do not, the words of the Constitution become little more than good advise”.

⁴⁶ Troper, Michel, “La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución”, *Doxa*, Alicante, núm. 22, 1999, pp. 331 y ss.

altamente probable). Por el contrario, la concepción normativa (o, podría decirse, de la constitución como “norma”) considera que la eficacia de una constitución depende básicamente de su capacidad de regular (guiar) la conducta de los sujetos relevantes, de transformar los valores y los fines en prohibiciones y deberes dirigidos a ciertos destinatarios. Según esta concepción, lo relevante es que la conducta indeseada aparezca “claramente” como ilícita y la deseada, como debida. Es decir, la consecución de los valores y de los fines del constitucionalismo no será tanto una función de la dimensión constitutiva, cuanto de la transformación de la dimensión valorativa en una dimensión regulativa (de guía de la conducta). La clave de esta concepción radica entonces en considerar que la constitución es una norma no sólo constitutiva, sino regulativa y que, por tanto, de la claridad de sus mandatos dependerá el que puedan emitirse juicios de licitud e ilicitud de la acción del poder político⁴⁷.

Si ésta es la idea de constitución como “norma”, no debe dejarse de lado la idea de constitución como “normas” por diversas razones. En primer lugar, porque entendida en este sentido, la constitución se concibe como un cuerpo normativo, esto es, como un conjunto de prescripciones, de normas preceptivas o de preceptos que enuncian normas, pero también principios jurídicos. La condición de la constitución como complejo normativo es importante porque sólo a partir de ella se podrán distinguir los diversos tipos de preceptos que la conforman. En la constitución, no hay que olvidarlo, no existe un solo tipo de normas, sino que hay normas completas y normas incompletas, normas de aplicación inmediata y de aplicación diferida, normas de definición de valores, normas inevitables de reenvío a otras normas del ordenamiento, normas organizadoras, normas garantizadoras, normas programáticas, normas coactivas y, por supuesto, principios expresos, o no expresos, pero que pueden inferirse de ella⁴⁸. Esto porque, como expresara Alejandro Nieto, “la constitución es algo más que la norma jurídica suprema del

⁴⁷ Esta síntesis de las concepciones mecánica y normativa puede encontrarse en Aguiló Regla, Josep, “Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución”, *cit.*, pp. 24-26.

⁴⁸ Cfr. Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, *cit.*, p. 143. Sobre los tipos de normas que refiere este autor y los añadidos aquí véase Nieto, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de administración pública*, México, núm. 100-102, 1983. Este autor además se refiere (p. 407) a la gran cantidad de clases de normas que conforman la constitución señalando que se habla de las “normas constitucionales como si constituyeran un bloque homogéneo, cuando la verdad es que se trata de disposiciones rigurosamente heterogéneas”.

ordenamiento jurídico (la cúspide de la simplista pirámide normativa kelseniana): es el centro del ordenamiento jurídico, por donde pasan todos los hilos del derecho. El último motor inmóvil, que dirían los escolásticos”⁴⁹.

Sin embargo, la pluralidad en la tipología de normas que conforman ese “orden jurídico” que es la constitución, no impide dotar a todas esas normas (que pueden ser llamadas constitutivas) de ciertas características. Algunas de ellas, derivan de la finalidad que tienen de ordenar al Estado, que las conduce, irremediablemente, a una abstracción y generalidad intrínsecas. Otra característica de las normas constitutivas deriva de la concepción valorativa de la constitución y de su función como instrumento para garantizar el pluralismo, pues para cumplir con estos fines, las normas de la constitución exigen un grado de apertura totalmente distinto del que caracteriza a las normas legales (o reglamentarias). Esto, a su vez, implica otra peculiaridad de las normas constitutivas, pues, a diferencia de la ley, cuya débil objetivación en algún caso siempre puede ser subsanada (o conformada) por la constitución, la “apertura” de la norma constitucional no puede ser concretada por ninguna otra norma superior –salvo que en el propio texto constitucional existan normas constitutivas de reenvío, por ejemplo, a ordenamientos supranacionales (que, sin embargo, no pueden considerarse de manera general y tajante como ordenamientos superiores a la constitución)-, sino sólo y exclusivamente por su intérprete⁵⁰.

Pero la concepción de constitución como norma(s)⁵¹ no solamente implica estas valoraciones. Hablar de constitución en este sentido significa también asumir que la función legislativa, como función creadora de normas, queda sujeta a la constitución, que se convierte en su fundamento y en el límite de su validez⁵². Puede decirse, en

⁴⁹ Nieto, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *cit.*, p. 399.

⁵⁰ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, *cit.*, pp. 144 y 145.

⁵¹ Se usa aquí la expresión de constitución como norma(s) pues con ella se pretende comprender las nociones de constitución como “norma” y la de constitución como “normas”, dado que estas concepciones no son excluyentes entre sí, sino, por el contrario, en muchos casos son complementarias. Por esta razón, en adelante, cuando se haga referencia a la constitución como norma (sin que el término se encuentre entrecomillado), debe entenderse que se alude a la constitución como norma(s), salvo en los casos en que se ofrezcan precisiones al respecto.

⁵² Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, p. 65.

consecuencia, que la constitución es el conjunto normativo al que está sujeta la creación de normas por los órganos superiores del Estado.

Aunada a las características de las normas que conforman la constitución hasta aquí mencionadas, puede señalarse además la función de la constitución como unidad de orden y sentido. Esta función implica que, como lo señala Bidart Campos, aun cuando haya pluralidad de ordenamientos parciales de naturaleza estatal y de ordenamientos particulares, la unidad integrativa de esa misma pluralidad viene dada por una *unidad de sentido* que armoniza y hace congruentes a las parcialidades. De este modo el todo sistemático y eficaz que se alcanza con aquella unidad de sentido encuentra, precisamente, su expresión primaria y fundamental en la constitución⁵³.

Éstas son, si no todas, algunas de las importantes implicaciones de la concepción de constitución como norma que sirven a este trabajo. Con ellas resulta evidente que considerar a la constitución como norma, implica necesariamente reconocer que produce efectos jurídicos, pero que no se limita a ellos, porque las características que definen a sus normas constitutivas implican consecuencias que no pueden circunscribirse sólo al mundo del derecho, sino que alcanzan diversos ámbitos. Sin embargo, entender la posición que la constitución tiene en el campo jurídico –que, como se ha mencionado, no puede ser otra que encontrarse en el vértice del ordenamiento- es fundamental en esta investigación y, por lo tanto, a este aspecto se dedicará el siguiente apartado.

1.4 La supremacía de la constitución

La constitución, no está de más repetirlo, no es sólo una norma, sino una de las normas que se encuentra en la cúspide del ordenamiento entero. Esta superioridad deriva de varias razones. La primera es que la constitución define, por regla general, el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la constitución una ley podrá ser válida o un reglamento vinculante; en este sentido, es una de las primeras normas de producción y, para muchos, la *norma normarum*. La segunda

⁵³ Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 84.

razón es que, en la medida en que la constitución es la expresión de una intención funcional configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que le asegura una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la constitución ha establecido⁵⁴.

Esta idea ha determinado la distinción entre el poder constituyente, que es de quien surge la constitución, y los poderes constituidos por ésta, de los que emanan todas las normas ordinarias⁵⁵. De aquí se ha deducido también la rigidez de la norma constitucional⁵⁶, que le asegura una “superlegalidad formal” y que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios. La idea de supremacía ha llevado también al reconocimiento de una “superlegalidad material”, que asegura a la constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la constitución misma y obra del poder constituyente. Estas normas, además, sólo serán válidas, en general, si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas que la constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la constitución se expresa⁵⁷. Es evidente entonces, si se toma en consideración lo señalado en los apartados anteriores, que hoy en día la superioridad de la constitución no puede ser deducida a través de un simple razonamiento lógico-

⁵⁴ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 55 y 56.

⁵⁵ Sobre este punto, Enzo Cheli señala que: “Per quanto concerne il ruolo da assegnare alla *costituzione*, il primo punto da rilevare è che nello Stato costituzionale la *costituzione*, in quanto espressione di un potere specifico (cioè del potere costituente), rappresenta una dimensione qualitativamente diversa dalla legge ordinaria. La diversità investe, innanzitutto, il profilo della *forza* che distingue le due fonti, dal momento che nello Stato costituzionale la *costituzione* rappresenta la vera (e, in certo senso, unica) fonte primaria, espressione di una volontà superiore rispetto a quella della legge ordinaria, che alla *costituzione* deve sottostare nella forma e nella sostanza.” Cheli, Enzo, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2006, pp. 17 y 18.

⁵⁶ Luigi Ferrajoli al hablar de la rigidez constitucional refiere que este principio se basa en la tesis obvia de que una constitución totalmente flexible, es decir, modificable con los mismos procedimientos previstos para las leyes ordinarias, es en realidad una ley ordinaria, independientemente del nombre que se le dé. *Principia Iuris*, cit., p. 25. Sobre este punto, pueden encontrarse importantes precisiones en Bryce, James, *Costituzioni flessibili e rigide*, cit. pp. 54-87.

⁵⁷ Véase García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 56, quien agrega además sobre este punto que: “En un plano formal puede decirse que la superlegalidad material garantiza, en último extremo, la superlegalidad formal o rigidez de la Constitución, al imponer que toda decisión normativa que implique salirse del marco constitucional tenga que ir precedida, bajo pena de nulidad, de una reforma constitucional acordada por cauces propios”.

formal, sino que debe estar fundada en la idea de democracia, es decir, en la idea de que, en tanto emanada del pueblo soberano, la constitución es una ley suprema que contempla los derechos y libertades, los principios básicos de y para la organización del Estado y que no sólo protege a las personas frente a las autoridades, sino también a las minorías frente a las mayorías⁵⁸.

Pero la supremacía de la constitución no se detiene aquí, pues el que la constitución sea una norma suprema significa que ese “estar en el vértice” apareja necesariamente estar dotada de fuerza normativa para operar sin intermediación alguna, y *obligación* (para todos los operadores gubernamentales y para los particulares en sus relaciones “*inter*

⁵⁸ Cfr. Chagnollaud, Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, cit., p. 32. Una visión del desarrollo de la idea de supremacía es ofrecida por Morbidelli, (*Diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p. 52), quien señala que la constitución no puede considerarse sólo una norma jurídica, sino que es también la norma superior cuya idea se liga a la de *lex fundamentalis* existente en el medioevo. Morbidelli señala además que: “L’idea di un diritto fondamentale o più alto (*higher law*) aveva le sue radici nella concezione del diritto naturale come superiore al diritto positivo e inderogabile da questo e aveva precedenti, oltre che nella dottrina di Locke, anche in alcune sentenze dei giudici inglesi del 1600 (in particolare del giudice Coke).

“Per quanto fosse stata riaffermata dai coloni americani nella loro lotta contro la Corona inglese –alla quale rimproveravano di disconoscere i loro diritti personali e collettivi –la superiorità giuridica della costituzione faticò non poco ad affermarsi. Ciò soprattutto per le resistenze ad istituire controlli sulla costituzionalità delle leggi da parte dei sostenitori della sovranità popolare cui appariva inconcepibile sottoporre a sindacato il Parlamento [...] e ai quali si affiancava -in concordia su questo punto- l’affermazione dei legittimisti che sostenevano l’assolutezza del potere regio.

“Anche laddove le costituzioni avevano carattere rigido e quindi erano dotate di più elevata forza legislativa formale, tale superiorità operava soprattutto sul piano politico, in difetto di strumenti di controllo a disposizione di un potere neutrale. Ma il controllo di costituzionalità si impose negli Stati Uniti in via giurisprudenziale con la fondamentale sentenza della Corte Suprema del 1803 nel caso *Marbury v. Madison* che stabilì che ‘*the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature*’ (c.d. teoria del ‘doppio livello’ di legalità). Va detto però che il principio della superiorità giuridica della costituzione era già chiaramente affermato nel *Federalist* di Hamilton. Nel brano 78 è contenuta sia l’affermazione che il potere giudiziario è ‘*the least dangerous branch*’, sia l’affermazione che ‘qualora dovesse verificarsi discordanza insanabile tra legge costituzionale e quella ordinaria, si dovrà, naturalmente, dar preferenza a quella verso cui siamo legati da obblighi maggiori; in altre parole alla legge ordinaria si dovrà preferire la Costituzione, ai voleri dei delegati del popolo, i voleri del popolo stesso’.

“Molto tempo dopo il controllo di costituzionalità si affermò in Europa con la costituzione austriaca del 1920, dando così compiutezza ed effettività al principio che ravvisa nella costituzione una legge superiore e dotata di precettività verso chiunque”. Sobre el desarrollo histórico del control de la constitucionalidad véase *infra* Cap. II. Asimismo, para un interesante recuento de sentencias que tienen que ver con la noción de supremacía de la Constitución (*Bonham’s Case*, *Marbury vs. Madison* y la sentencia 71-44 DC del 16 de julio de 1971 del *Conseil constitutionnel*) se remite a Morrone, Andrea, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza e nelle fonti*, 2a. ed., Padua, CEDAM, 2007, pp. 65-70.

privatos”) de aplicarla, cumplirla, conferirle eficacia y no violarla (ni por acción ni por omisión)⁵⁹. A esta idea está unida la noción de constitucionalidad.

1.5 Noción de constitucionalidad

La idea de supremacía que implica, por regla general, la obligación tanto para los operadores gubernamentales como para los particulares de regirse de acuerdo con los mandatos constitucionales, está íntimamente ligada con la idea de constitucionalidad.

El término “constitucionalidad” puede ser entendido en una primera aproximación como la calidad de constitucional⁶⁰. Si se parte de esta idea, es preciso mencionar que la noción de constitucionalidad puede considerarse desde dos puntos de vista: por un lado, puede asumirse como una *técnica*, referida concretamente a los actos de los poderes públicos que *deben estar de acuerdo o encontrar su fundamento* en la constitución; mientras que también, considerada en un sentido más general, puede aludir a la conformidad con la constitución de cualquier acto, *emane o no de una autoridad*⁶¹. Ambos puntos de vista ofrecen la idea de que por constitucionalidad debe entenderse la conformidad con la constitución y con las normas que la integran como parámetro, de cualquier tipo de acto.

Esta noción sobre la constitucionalidad de leyes y actos de la autoridad será la que ocupará en mayor medida las páginas que siguen; sin embargo, no puede pasarse por alto que cada día se extiende en mayor medida y cobra más fuerza la idea de hacer posible que los órganos jurisdiccionales que conocen de procesos constitucionales puedan determinar

⁵⁹ Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, cit., pp. 88 y 89. La otra alternativa, según señala Carla Huerta, es pensar que las normas constitucionales solamente tienen eficacia indirecta, en el sentido de que la norma fundamental es un mandato al legislador y produce efectos jurídicos solamente en la medida en que las leyes desarrollan sus preceptos. Esa segunda opción se traduce en que el control de la constitucionalidad sólo es posible por medio de la ley. Sin embargo, aceptar que existe esta posibilidad de optar entre dos tipos de eficacia no afecta la normatividad de la constitución, sino su operatividad y la adecuación del ordenamiento a ella, así como los medios de control de la constitucionalidad que pueden ser instituidos. Véase Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, cit., p. 69.

⁶⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Madrid, Espasa – Calpe, 1992, t. I, p. 549.

⁶¹ Cfr. Arteaga Nava, Elisur y Trigueros Gaisman, Laura, *Diccionarios Jurídicos Temáticos*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2000, t. 2, p. 15.

la constitucionalidad de los actos de los particulares⁶² constatando el efecto frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*)⁶³ o permitiendo de manera implícita o explícita el amparo contra actos de dichos particulares⁶⁴.

1.6 Concepto de control

La palabra control en el sentido que aquí interesa, de acuerdo a lo que señala el Diccionario de la Real Academia Española, puede identificarse con “comprobación”, “inspección”, “fiscalización”, o “regulación sobre un sistema”⁶⁵. Estas acepciones, sin embargo, ofrecen sólo una vaga idea de lo que, para el objetivo que se persigue en esta investigación, debe considerarse como control. Se hace necesario entonces profundizar más al respecto para tener la posibilidad, posteriormente, de encontrar los elementos que caracterizan al control jurisdiccional de constitucionalidad.

⁶² Actos que pueden nombrarse, en ciertas experiencias, no “de la autoridad”, sino simplemente de “autoridad”. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de México, que aun cuando en su texto constitucional (artículo 103, fracción I), sigue haciendo referencia a actos “de la autoridad”, en la ley reglamentaria se refiere simplemente a actos “de autoridad”. De hecho, en este ordenamiento se deja claro que el amparo procede también contra actos de particulares pues en el párrafo segundo de la fracción II de su artículo 5 se señala que los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad.

⁶³ Véase por ejemplo la sentencia que recayó al caso *Lüth-Urteil* del Tribunal Constitucional Federal Alemán que, actuando sin sujetarse al texto literal del artículo 19-4 de la Ley Fundamental (“Todo el que se vea lesionado en su derecho por obra del poder público, podrá acudir a la vía judicial”), se vio obligado a fallar sobre la base del sistema de valores incluido en sus normas constitutivas. Asimismo, se remite a las sentencias 5/1981, 2/1982, 78/ 1982 y 56/1995 del Tribunal Constitucional Español. Sobre el tema Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, Documento de Trabajo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005. Schwabe, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez-Fundación Konrad Adenauer, 2003; García Torres, Jesús y Jiménez Blanco, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, así como Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

⁶⁴ Entre los primeros figuran, por ejemplo, El Salvador (art. 247), Costa Rica (art. 48), Guatemala (art. 265), Honduras (art. 183) y entre los países que lo contemplan de manera explícita pueden mencionarse Bolivia (art. 128), Ecuador (art. 88), Paraguay (art. 134) y Perú (art. 200). Al respecto puede verse Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., pp. 600 y ss. Sobre la acción de tutela contra particulares en Colombia véase: Casasola Mendoza, Alberto, *La acción de tutela contra particulares y los efectos de las sentencias de tutela, de acuerdo con la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006. Reporte disponible en: www.scjn.gob.mx.

⁶⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, cit., pp. 561-562.

En principio, debe señalarse que la noción de control es muy antigua y, sin embargo, el nombre con el que se designa la actividad ligada a ella es relativamente más joven, pues puede encontrarse sólo desde hace seis o siete siglos. La palabra “control”, como señala Manuel Aragón, proviene del término latino-fiscal medieval *contra rotulum*, que pasó al francés *contre-rôle* (*contrôle*), cuyo significado, literalmente, es “contra-libro”, es decir, “libro-registro”, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros⁶⁶. El término, después de afianzarse en Francia, se generalizó poco a poco, hasta ampliar su significado al de “fiscalizar”, “someter”, “dominar”, etcétera. Aunque suele decirse que en el idioma inglés “control” se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, idioma en que el término se restringe más bien a “comprobación”, lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés significa “mando”, “gobierno”, “dirección”, pero también “freno” y “comprobación”; en francés, “registro”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “dominio” y “revisión”; en alemán (*kontrolle*), “comprobación”, “registro”, “vigilancia”, pero también “intervención”, “dominio” y “revisión”; en italiano (*controllo*), “revisión”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “freno” y “mando”⁶⁷.

Las variadas implicaciones que conlleva el control en su noción general, hacen evidente que esta figura puede ser orientada en cualquier dirección y servir a diversos fines. El control puede considerarse un “momento operativo” o el “momento lógico” de una actividad de mayores dimensiones y puede expresarse en un acto autónomo en cuanto

⁶⁶ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, cit., pp. 120 y ss.). En el mismo sentido se pronuncia Massimo Severo Giannini, quien señala que “Non è privo di interesse rilevare che ‘controllo’ nacque come vocabolo se non proprio strettamente giuridico, quantomeno di scienza dell’amministrazione, essendo noto che era il nome di ciò che, in termini moderni, chiameremmo il registro di riscontro (*contra rotulum*): di dati tributari, contabili, di elenchi di prestazioni di opere, di inventari, e così via. È uno dei non frequenti casi in cui nozioni nate nella pratica amministrativa si diffondano altrove”, véase “Controllo: nozioni e problemi”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milán, núm. II, 1974, p. 1264. Véase también Salvi, Luciano, *Premessa a uno studio sui controlli giuridici*, Milán, Giuffrè, 1957, pp. 3 y 4.

⁶⁷ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, cit., p. 121. Al referirse a la aceptación del término en la lengua castellana, Guillermo Cabanellas señala que “Hasta 1961, y probablemente por el empleo masivo del vocablo desde la Guerra de España y la ulterior y permanente invasión de turistas, la Academia se resistió a admitir esta ‘*entente cordiale*’, por galicismo y anglicismo a la vez, contra el español, fruto del prurito exportador en lo idiomático de ingleses, yanquis y franceses”. Véase *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 14a. ed., Buenos Aires, Heliasta, 1979, p. 362.

persigue una finalidad propia⁶⁸. En su acepción lógico-filosófica, la voz “control” puede implicar un aspecto del comportamiento humano necesariamente secundario y accesorio, que está dirigido a revisar, reexaminar, comprobar o verificar una actividad de carácter primario o principal⁶⁹. De esta última definición derivan diversas manifestaciones de la noción de control a las que no es necesario referirse; sin embargo, estas consideraciones evidencian que la excesiva elasticidad de significado que es propia de este término hace difícil también su determinación científica en el ámbito jurídico.

Dadas las dificultades que esta elasticidad implica, para ofrecer un concepto de control es necesario partir de algunas premisas. La primera es que el problema de asociar un nombre a cada “cosa” (en el sentido más amplio del término) naturalmente compete también a las ciencias sociales y, dentro de ellas, al derecho y a quienes a él se dedican (o por lo menos, como señala Scarpelli, a quienes no consideran los temas del lenguaje “elegancia superflua y nociva”). Este punto de partida, que podría parecer perogrullo, es importante por ciertas peculiaridades que presenta la ciencia jurídica y que deben ser tomadas en cuenta. Y es que un análisis de los conceptos jurídicos desde el punto de vista teórico, si pretende ser adecuado, no puede pasar por alto la carga sociocultural del lenguaje en que se desarrolla. El teórico del derecho se expresa a través de las palabras y, consciente o inconscientemente, el uso que hace de ellas está condicionado por una (precisa o imprecisa) visión del mundo. Por tanto, el lenguaje jurídico debe ser tratado de manera crítica desde una perspectiva empírica y nominalista en la que a los signos y las palabras se les dé un valor de acuerdo con la función que cumplen en la experiencia humana y con relación a los aspectos que se observan en esa experiencia. Tener en cuenta que, como pensaba Wittgenstein en sus últimos escritos, no debe buscarse el referente, sino el uso (y sólo cuando el uso sea referencial debe buscarse el referente), es algo que no puede dejarse de lado si se quieren ofrecer construcciones teóricas en el ámbito jurídico que sean comprensibles⁷⁰. Sin embargo, debe también tomarse en cuenta que la

⁶⁸ Giannini, Massimo Severio, “Controllo: nozioni e problemi”, *cit.*, pp. 1265 y 1266.

⁶⁹ Berti, Giorgio y Tumati, Leopoldo, “Controlli amministrativi”, *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1962, t. X, p. 298.

⁷⁰ Sobre este planteamiento véase Pegoraro, Lucio, “Forme di governo, definizioni e classificazioni”, en Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella (eds.), *Semipresidenzialismi*, Padua, CEDAM, 1997, pp. 5 y ss.

construcción o reconstrucción de los conceptos, como en general toda orientación sistemática de la ciencia jurídica, parte en primer lugar de una exigencia teórica que es esencial y que tiene que ver con las categorías que en ella se construyen y que cumplen una función esencialmente cognoscitiva (*ad cognoscendum*), que se lleva a cabo a través de la clasificación y el orden de los datos pertenecientes a la ciencia jurídica. Es por ello que la utilidad práctica y normativa (*ad jubendum*) de las definiciones conceptuales en este ámbito puede, en ocasiones, no apreciarse inmediatamente⁷¹. Considerando estos dos planteamientos, se ha decidido ofrecer un concepto de control que, partiendo de categorías y elementos teóricos, se concrete en una concepción del control “adecuada” al actual momento histórico.

Son pocas las aproximaciones a una teoría del control en el ámbito jurídico, sin embargo, existen trabajos interesantes (aunque la mayor parte traten el tema desde el punto de vista del derecho administrativo) que deben ser tomados en cuenta. Uno de los autores que trata sistemáticamente el tema es, en la doctrina italiana, Serio Galeotti, quien ofrece una visión amplia de la teoría del control. Galeotti, a pesar de las contradicciones e imprecisiones en que incurre al referirse a los controles constitucionales⁷², hace un análisis muy valioso desde el punto de vista de la teoría general.

Después de analizar una gran cantidad de escritos sobre el tema⁷³, este autor llega a la conclusión de que en la doctrina se encuentran señalados (o al menos se intuyen) ciertos elementos lógicos del concepto de control, aunque éstos no resulten siempre precisados exactamente, ni se encuentren orgánicamente formulados. Estos elementos son: *a) La finalidad* del control; *b) La estructura* de la actividad de control, y *c) El objeto* del control⁷⁴.

⁷¹ Cfr. Galeotti, Serio, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1963, p. 6.

⁷² Véanse en este sentido los apuntes que realiza Manuel Aragón en *Constitución, democracia y control*, *cit.*, pp. 125 y ss.

⁷³ Galeotti se refiere a las obras de varios autores, entre los que pueden citarse a Forti, Cammeo, Marchi, Vanni, Fresutti, Gneist, Salvi, Sica, Borsi, Zanobini, Ortolani, Giannini, Guarini, Ferrari, Casulli y Gasparri.

⁷⁴ Para llegar a esta conclusión Galeotti señala acertadamente que: “La categoria dei controlli è destinata evidentemente a variare, nell’estensione delle sue figure, in dipendenza della nozione generale di controllo che si assuma. Ma questa scelta non può ritenersi abbandonata all’arbitrio dello studioso; tutte le teorizzazioni dottrinali del concetto di controllo avrebbero allora, nei limiti in cui fossero coerentemente costruite con le premesse liberamente assunte, una pari validità. L’arbitrio del teorizzatore incontra invece i suoi limiti nei dati dell’esperienza giuridica che il concetto mira appunto ad inquadrare. Coticché avrà

A partir de estos elementos puede ofrecerse una definición teórica de control y obtener algunos corolarios que permitan aclarar su concepto. El tratamiento desde el punto de vista teórico será entonces el primer paso que se dará para ofrecer una visión más o menos clara del concepto de control.

1.6.1 Finalidad del control

Según una buena parte de la doctrina, la finalidad del control es “asegurar la correspondencia de la actividad controlada a ciertas normas y principios”⁷⁵. Esta descripción del control, aunque es empíricamente verdadera, a decir de Galeotti no es conceptualmente exacta. Lo que el controlante puede y busca asegurar en principio no es tanto la *correspondencia* del objeto controlado a los principios, normas y valores que tutela, pues muchas veces debe, al ejercer su poder de control, impedir, eliminar o destruir la actividad controlada y es en estos casos en los que la finalidad del control se presenta en su estado puro. Por tanto, el *primum movens* del sujeto controlante no se limita a buscar la “*correspondencia* a”, sino que se extiende a la “*salvaguardia* de” los principios, normas, intereses o, de manera más general, de los valores que debe respetar o en los que se basa institucionalmente, frente a una actividad o hecho que podría infringirlos⁷⁶.

Dada la relación directa que existe entre la finalidad del control y la función que cumple, es necesario también hacer algunas consideraciones sobre esta última. Al respecto

titolo (o, meglio, maggior titolo) di validità quel concetto di controllo che sia logicamente capace di abbracciare, nell'estensione più ampia compatibile con la sua logica interna, i fenomeni che tradizionalmente, secondo la convenzione più consolidata del linguaggio della dottrina e degli operatori giuridici, vennero indicati come controllo [...] Muovendo allora dalla piattaforma fornita dalla dottrina tradizionale (che è ancor oggi essenzialmente la base del nostro linguaggio convenzionale) traguadata alla luce dell'elaborazione successiva, sembra che il cammino della definizione debba muovere dall'individuazione del fine (che è anche individuazione della funzione) dell'attività di controllo; dalla nozione del fine discenderà poi logicamente quella del mezzo, cioè della struttura essenziale di codesta attività; dopo di ciò sarà necessario proporsi la determinazione dell'oggetto del controllo affinché sia possibile determinare l'ambito dei fenomeni cui il concetto si estende ...”, véase *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, cit., pp. 34 y 35.

⁷⁵ En este sentido véase Forti, Ugo, “I controlli dell'amministrazione comunale”, en Orlando, Vittorio Emanuele (ed.), *Trattato di diritto amministrativo italiano*, Milán, Società Editrice Libraia, v. II, 1915, pp. 613 y 614.

⁷⁶ Cfr. Galeotti, Serio, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, cit., p. 43.

debe decirse que afirmar (como lo ha hecho la doctrina usualmente) que la función del control es simplemente *corregir* o *rectificar*, es correcto sólo parcialmente.

Es correcto si se considera que el mecanismo de control (específicamente del control jurídico) está pensado de manera que éste sea idóneo para impedir o, al menos, hacer más difícil que los actos jurídicos anómalos subsistan y operen como si fueran conformes a las normas. Sin embargo, esta afirmación no sería exacta si se asumiera en sentido literal, pues el control no es idóneo por sí mismo para subsanar o corregir el acto objeto de control. La función del control entonces está ligada a la finalidad que éste persigue, esto es, garantizar, frente a la operatividad del objeto sobre el que recae, la integridad de la esfera de valores que tutela, considerando la conformidad o disconformidad del objeto de control con esos valores y, de acuerdo a esta valoración, permitiendo o inhibiendo su operación⁷⁷.

1.6.2 Estructura del control

Si el control tiene como objetivo satisfacer la finalidad que se ha referido, deberá contar con una estructura que, al menos en su esquema abstracto, contenga eventualmente dos elementos: un *juicio* y una *medida* que se ponga en práctica en el caso de que el juicio sobre la conformidad del objeto a los valores que protege el sujeto controlante sea negativo.

El control deberá estructurarse entonces de manera que en él se incluya el poder de juzgar y evaluar la materia controlada para estar en posibilidad de establecer si ésta se adecua a la esfera de valores que el controlante debe preservar. Sobre este punto existe consenso por parte de la doctrina. La discordia, sin embargo, surge respecto a la suficiencia o insuficiencia del juicio para representar por completo la estructura del poder de control.

Al respecto, Galeotti ha señalado que, si se parte de una noción exacta de la finalidad del control, es evidente que el juicio no es siempre suficiente para conformar su estructura. Si es verdad que todo control debe traducirse (también) en un juicio, no es

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 44 y 45.

suficiente encontrar en la previsión normativa un juicio que haga posible afirmar que en ella esté contemplada un poder de control. El juicio puede ser sólo un momento preparatorio del control o servir para perfeccionar un número indefinido de actos jurídicos relacionados con éste y, por consiguiente, el juicio no puede equipararse siempre al control. Esto, según Galeotti, porque no es posible identificar al control sólo con la emisión de un juicio, pues éste requiere de una acción sucesiva mediante la cual la autoridad controlante, en forma total o parcial, intente prevenir o eliminar la conducta o el hecho contrario a los valores que protege el controlante y, cuando esto no sea posible, al menos las consecuencias que implica. Y es que, a decir del jurista italiano, el juicio por sí solo no puede, *ex lege*, producir las modificaciones jurídicas adecuadas (o traducirse en un acto que las produzca) para alcanzar la finalidad del control⁷⁸.

Las afirmaciones de Galeotti pueden considerarse correctas sólo de manera parcial, pues es evidente que cuando el juicio de conformidad es negativo, para que la finalidad del control se cumpla será necesario determinar una medida⁷⁹ que persiga este resultado; sin embargo, no es necesario que esto suceda en todos los casos para que exista un control. La finalidad de esta figura puede cumplirse incluso en aquellos casos en los que no se dé un juicio negativo, dado que aun cuando el resultado es un elemento indispensable del control, este último no puede hacerse gravitar exclusivamente en la existencia de una medida que surja como respuesta a un juicio que no es positivo, es decir, en el momento

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 46 y ss. Esta última aseveración debe matizarse (Galeotti considera que la medida es *indispensable* para alcanzar la finalidad del control) pues, como se verá más adelante, existen casos en que el solo juicio puede cumplir la finalidad que es propia del control.

⁷⁹ Se prefiere usar el término “medida” y no el de “sanción” empleado por Manuel Aragón, porque existen casos (como las decisiones de *incostituzionalità accertata ma non dichiarata* utilizadas por la Corte constitucional italiana) en los que no se da, en el sentido en que generalmente es usado el término en el ámbito jurídico, una sanción y, sin embargo, en el actuar del sujeto controlante existen elementos (en el ejemplo ofrecido este elemento sería la argumentación empleada por la Corte en la que se evidencia la inconstitucionalidad) que sin duda podrían nombrarse como “medidas”, a través de los cuales se busca concretar la finalidad del control (en muchos casos sin que medie la coacción y a condición de la cooperación del sujeto que lleva a cabo el acto que es objeto del control). El evitar el uso del término sanción también puede verse en Forti, quien se refiere a “manifestación de voluntad” al señalar que el control “consiste in un riesame compiuto da un organo sulla precedente attività di un altro organo al fine di giudicarne la rispondenza a determinate norme. Tale giudizio ‘consecutivo’ e proveniente da un soggetto diverso dal controllato, si estrinseca poi in una *manifestazione di volontà* destinata a produrre effetti giuridici positivi o negativi sulla efficacia dell’attività del soggetto controllato o in qualche caso a tradursi in provvedimenti che toccano la persona del funzionario o influiscono sulla sua qualità di organo” (cursivas nuestras). Forti, “I controlli dell’amministrazione comunale”, *cit.*, p. 608-610.

“admonitorio”, pues eso conduciría a sostener que sólo hay control cuando el resultado es negativo para el objeto controlado, tesis cuyo solo enunciado ya la hace abiertamente rechazable por no ser comprensiva de la totalidad del fenómeno del control⁸⁰.

Algo que no puede pasarse por alto es que, en ocasiones, el juicio de conformidad puede ejercer un influjo inhibitorio o disuasorio sobre los sujetos que eventualmente se encuentren en una situación semejante a aquella que vive el sujeto cuyo comportamiento o actos son objeto de control y, en estos casos cumplir, *pro futuro*, la finalidad que es propia del control. Piénsese, por ejemplo, en una situación en que el sujeto controlante declara, a través del juicio, la conformidad de un acto a los valores que protege, pero haciendo evidente que la conducta del sujeto que llevó a cabo el acto pudo haber sido contraria a estos valores si hubieran concurrido en su actuar determinadas circunstancias. En este caso, la decisión del sujeto controlante puede disuadir a determinados sujetos de un eventual comportamiento que, de presentarse en los términos señalados a través del juicio de conformidad, sería contrario a los valores protegidos por el controlante y, de esta manera, la finalidad del control se cumpliría⁸¹.

Por tanto, se puede afirmar que el esquema normativo del control deberá incluir, cuando el *juicio* sea negativo, lo que ha sido designado como el *momento admonitorio*⁸² del control, es decir, el momento en el cual, debido a la contradicción entre el hecho controlado y los valores que protege el controlante, se determina una *medida obstaculizante* del propio hecho (para usar el término más amplio), que en la realidad jurídica podrá asumir diversas formas según el objeto del control y las exigencias operativas de éste⁸³. En los demás casos, la finalidad del control podrá cumplirse con

⁸⁰ Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, t. 1, p. 55.

⁸¹ Carla Huerta, en este sentido, señala que la sanción es tan solo una de las facetas del control, pero que no abarca todas las funciones de este instrumento, pues el derecho no puede operar solamente a través del miedo, sino que también debe generar la convicción de que debe ser obedecido. Véase *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, cit., p. 38. También, desde esta perspectiva, son importantes los señalamientos de Crick, para quien el control “means influence, not direct power”, *vid.* Crick, Bernard, *The Reform of Parliament*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1968, p. 80.

⁸² Esta expresión es formulada por Giannini, Massimo Severo, “Recensione a Salvi”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milán, Giuffrè, 1958.

⁸³ Esta medida, sin embargo, deberá ser proporcionada al fin de tutela propio del control. Véase Galeotti, Serio, “Controlli costituzionali”, *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 321 y 322.

ciertas medidas (como ocurre, por ejemplo, con las sentencias apelatorias⁸⁴ en que, por diversas circunstancias, el juicio se impone como positivo) o a través del propio juicio cuando éste tiene efectos inhibitorios o de disuasión.

1.6.3 Objeto del control

El objeto del control en el ámbito que nos ocupa será cualquier fenómeno jurídico respecto del cual pueda proponerse o subsistir la finalidad típica del control⁸⁵, es decir, mantener intactos determinados valores. Por tanto, el objeto de control estará ligado a ciertas eventualidades que pueden presentarse en el actuar jurídicamente calificado. Con mayor precisión, puede decirse que el objeto de control se encontrará en aquellas eventualidades, potenciales o concretas, que deriven de poderes o facultades jurídicas, así como en aquellas que tienen que ver con los operadores jurídicos (individuales o colegiados) que ejercen esas facultades. La distinción tradicional entre controles “sobre actos” y controles “sobre personas” no surge entonces propiamente como medio para distinguir los medios

⁸⁴ Estas sentencias, que reciben el nombre de *sentenze di monito* en Italia y *Appellentscheidungen* en Alemania, se caracterizan porque dirigen recomendaciones al legislador sobre cómo debe legislar una determinada materia o cuándo debe hacerlo de manera que se repare una inconstitucionalidad que no ha sido declarada porque las consecuencias de esa declaración podrían incurrir en una “mayor inconstitucionalidad” o implicar graves consecuencias para el interés público. *Vid infra*, apartado 5.3.

⁸⁵ Al respecto Galeotti señala que: “Il carattere *giuridico* del controllo non si può far discendere solo dalla circostanza della predisposizione normativa di questo perché, ad esempio, anche un collaudo, una verifica contabile, una superperizia, in quanto predisposti direttamente o indirettamente dall’ordinamento giuridico, debbono, a questa stregua e in questo senso, dirsi controlli giuridici (mentre appunto si tratta di intendere la differenza che separa un controllo tecnico, poniamo medico, predisposto o previsto dalla legge, ed un controllo su di un atto legislativo, amministrativo ecc.; entrambi sono controlli predisposti dall’ordinamento giuridico (e in tal senso entrambi sono giuridici) ma l’uno rimane un controllo medico, dal diritto stesso assunto e qualificato come di tal natura, gli altri sono controlli squisitamente giuridici. Il carattere giuridico del controllo neppure, propriamente, si rileva dalla natura dei criteri in base ai quali si conduce il giudizio, che è implicazione essenziale di ogni attività di controllo, perché, a questa stregua, soli casi di controllo giuridico sarebbero quelli che si conducono in base a criteri vincolati dal diritto ossia i controlli di legittimità [...] La qualificazione di giuridico ad un controllo sembra invece che debba derivare [...] dalla natura dell’*oggetto* su cui verte il controllo, ossia, per non spendere un termine così polisenso come quello di ‘natura’, dalla *qualificazione* con cui nell’ordinamento si assuma l’oggetto sottoposto al controllo [...] La qualificazione con cui appaia o si assuma (nella fattispecie normativa) l’oggetto del controllo si risolve dunque nel cogliere e nel rilevare la sua destinazione (o un profilo preminente della sua destinazione) cioè si traduce nello specificare il campo d’esperienza cui il dato nel suo uso ed operazione (ovvero nel profilo da cui la previsione normativa lo riguarda) è destinato”. Véase *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali, cit.*, p. 36-38.

del control, sino que se establece debido a que la *medida* derivada de éste debe ser adecuada a la finalidad que persigue y, por tanto, proporcional al objeto del control⁸⁶.

1.7 Una primera definición (teórica) de control

Partiendo de los tres elementos que se acaban de señalar puede ofrecerse, tomando algunos de los postulados de Galeotti y matizando otros, una primera aproximación al concepto de control. Desde una perspectiva abstracta, el control puede considerarse como el poder que, teniendo como finalidad la tutela de los valores expresados o institucionalmente protegidos por la autoridad controlante, frente al ejercicio concreto o potencial de ciertos poderes o facultades, se estructura en un *juicio* sobre la normalidad del modo de actuar o de ser de los operadores jurídicos y que implica, en caso de que ese juicio resulte desfavorable, una *medida* que, dicho de manera general, obstaculiza el comportamiento o la situación organizativa considerada como anómala⁸⁷. Esta definición puede servir como un buen punto de partida para conformar un concepto de control útil a los fines de este trabajo; sin embargo, tomar simplemente como referente este intento de unificación conceptual conllevaría diversos problemas al momento de transportar el concepto de control a su aplicación práctica.

1.8 ¿Un concepto “adecuado” de control?

Si se quiere evitar que una definición “meramente teórica” limite los alcances del concepto de control, es necesario dotar a este último de un sentido acorde con la realidad y con la utilidad práctica que puede ofrecer. Esto es indispensable porque no cabe duda que el fanatismo teórico se presenta como el peor enemigo de la teoría y puede conducirla a

⁸⁶ Galeotti, Serio, “Controlli costituzionali”, *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 322. Al respecto puede verse también del mismo autor, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, cit., pp. 72 y ss.

⁸⁷ Cfr. Galeotti, Serio, “Controlli costituzionali”, *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 322.

perder lo que constituye, propiamente, la condición de su validez: el ser un vehículo de conocimiento de la realidad⁸⁸.

Pues bien, para poder dotar de sentido al concepto de control en primer lugar debe delimitarse el ámbito en el que éste será tratado. No puede decirse que la idea de control sea igual en todos los campos del conocimiento y, ni siquiera, en el propio ámbito jurídico⁸⁹. En consecuencia, tampoco es posible hablar de un único concepto de control que sea teóricamente válido⁹⁰ y, por tanto, es necesario reducir el rango en el que se usará este concepto para que las consecuencias que de él derivan puedan ser válidas. Para cumplir con este primer paso se delimitará el ámbito del concepto de control al campo constitucional.

Ahora bien, aunque se ha restringido el campo desde el que se tratará el control, es necesario decir que incluso en este ámbito no puede ofrecerse un concepto único de este fenómeno⁹¹; sin embargo, si se limita la perspectiva desde la que se trata al campo constitucional, sí será posible encontrar un sentido único al control⁹². Este sentido

⁸⁸ Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *cit.*, pp. 11 y 12.

⁸⁹ Este hecho es evidenciado por Vincenzo Casulli, quien después de señalar las diferencias existentes entre las acepciones de control en diversos ámbitos, indica que dentro del mismo ámbito jurídico no es posible hablar de control en el mismo sentido, pues “una tale attività di riesame può svolgersi sia nel campo del diritto privato che in quello del diritto pubblico [...] Nel campo del diritto privato il controllo ha scarse possibilità di applicazione e non si presenta con gli stessi caratteri che ha nel campo del diritto pubblico, in quanto non è per lo più collegato al riesame di atti, ma di determinate attività...”. Casulli, Vincenzo Rodolfo, “Controllo”, en Azaro, Antonio y Eula, Ernesto (dirs.), *Novissimo Digesto Italiano*, 3a. ed., Turín, UTET, 1968, t. IV, pp. 728-734. Aunque no se compartan del todo, estas afirmaciones sirven para dar cuenta de que el concepto de control, incluso en el mismo ámbito jurídico, no puede considerarse como unívoco.

⁹⁰ Por esta razón la definición que aquí se ha ofrecido no tiene pretensiones dogmáticas, sino sólo instrumentales -es un punto de partida- respecto a la formulación teórica que se intenta construir.

⁹¹ Esto porque “la pluralidad de medios a través de los cuales ese control se articula, la diversidad de objetos sobre los que puede recaer y el muy distinto carácter de los instrumentos e institutos en que se manifiesta impiden sostener un concepto único de control”. Véase Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, *cit.*, p. 123.

⁹² Manuel Aragón refiere sobre este punto que “[P]ara la teoría de la Constitución, el fenómeno del control [...] escapa al corsé de una única definición conceptual, pero ello no significa que posea una pluralidad de sentidos. Por el contrario, es justamente la existencia de un sentido ‘constitucionalmente’ unívoco del control lo que permite ser [...] elemento inseparable de un concepto único de Constitución. Unidad de sentido que deriva, pues, de la teoría de la Constitución, pero también de la misma teoría del control: considerada la íntima relación que existe entre Constitución y control parece evidente que la teoría de aquélla ha de incluir a la teoría de éste y que, a su vez, cualquier intento de teorización del control ha de dotar a éste de un sentido unívoco que sea capaz de englobar coherentemente las variadas formas que el control adopta en el Estado constitucional”. “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *cit.*, p. 12.

constitucionalmente determinado, tomando en cuenta los apuntes hechos sobre el concepto de constitución, puede encontrarse en la limitación del poder, cuyo resultado más importante, como se ha dicho, es asegurar la libertad y los derechos fundamentales. A partir de esta delimitación del sentido de control es posible afirmar que, bajo las diversas formas en que se presentan en el ámbito constitucional (parlamentarios, jurisdiccionales, sociales, etc.) y bajo sus diversas facetas (freno, vigilancia o revisión, entre otros), todos los medios de control están orientados y responden a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos⁹³. Con esta idea en mente, que refleja los fines del Estado constitucional, puede ofrecerse una definición que trascienda una postura meramente dogmática y que proyecte los fines del constitucionalismo: “control constitucional” es aquel en que el “valor” por el que vela el sujeto controlante es el ejercicio adecuado del poder. Sin embargo, aunque esta definición por su generalidad puede salvar muchas de las críticas que pudieran hacersele, no implica una utilidad práctica relevante por ser escasamente explicativa. Por ello, a este primer acercamiento para formular un concepto de control deberán acompañarse algunas consideraciones.

Para empezar, debe decirse que el control del poder se manifiesta en el Estado constitucional a través de una multiplicidad de formas que poseen caracteres muy diferenciados. Como señala Manuel Aragón:

Tal diversidad se encuentra, por un lado, en los objetos mismos susceptibles de control: las normas jurídicas (incluida la ley en los países con jurisdicción constitucional), los actos del gobierno y de la administración, del Poder Legislativo y del Judicial (en los países [...] donde existe un control de constitucionalidad que los incluye), la mera “actividad” o “comportamiento” del gobierno (responsabilidad política), y la lista podría, sin duda, ampliarse. De otro lado, muchos son los agentes que pueden ejercer el control: tribunales de justicia, cámaras parlamentarias y sus comisiones, parlamentarios individuales, grupos parlamentarios, órganos de gobierno en sentido propio e incluso órganos de la administración, órganos específicos, no exactamente administrativos, de

⁹³ *Ibidem*, pp. 13 y 14. García de Enterría ha señalado acertadamente que el poder es “una construcción de la sociedad o del pueblo, construcción en la cual éste se reserva zonas de libertad e instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender nunca ser superior a la sociedad, sino sólo su instrumento”. Véase *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 51.

fiscalización o inspección (de la actividad financiera del Estado o, en general, de todas las administraciones públicas), grupos de interés institucionalizados, opinión pública, cuerpo electoral, etc. Y, finalmente, también son muy variadas las modalidades que el control puede adoptar: control previo y posterior, de legalidad, de constitucionalidad, de oportunidad, de eficacia e incluso de absoluta libertad de apreciación (característica, entre otras, del control genuinamente político)⁹⁴.

Estas líneas hacen evidente la heterogeneidad de los controles que se presentan en el ámbito constitucional, pero también consiguen hacer patente que muchas de las situaciones objeto de control, dentro de este mismo ámbito, trascienden la esfera jurídica⁹⁵. Estas consideraciones tienen implicaciones importantes dado que, si la unidad del fin permite atribuir un sentido unívoco al control en el ámbito constitucional y considerarle por ello, válidamente, como elemento inseparable del concepto de constitución, la pluralidad de medios a través de los cuales ese control se articula, la diversidad de objetos sobre los que puede recaer y el muy distinto carácter de los instrumentos e institutos en que se manifiesta impiden sostener un único concepto de control. No se trata, señala Aragón, de que existan clases de control, que ello es obvio y no repugnaría, por sí solo, a la unidad conceptual, sino de que, por imperativos analíticos, la heterogeneidad de los medios de control es tan acusada que obliga a la pluralidad conceptual. Por ello puede afirmarse que para el derecho constitucional no hay uno, sino diversos conceptos de control. En todos ellos el control aparece dotado de un único sentido, desde luego, pero integrado por muy variados elementos⁹⁶.

La diversidad de elementos que la categoría de control presenta en sus manifestaciones prácticas hace pensar que cualquier intento de establecer un único

⁹⁴ Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *cit.*, p. 15.

⁹⁵ De hecho, al criticar la primera aproximación al concepto de control constitucional con la que Galeotti parte para su razonamiento teórico (“Por control constitucional puede entenderse toda manifestación del control jurídico que se presenta en el ámbito de las relaciones del derecho constitucional”), Aragón indica que incluir en el ámbito de los controles jurídicos a los controles constitucionales lleva a excluir del concepto figuras tales como el control realizado por la opinión pública, por la prensa, por los grupos de presión, etc., que poseen ciertamente relevancia sobre la vida constitucional a pesar de que no tienen carácter jurídico. “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *cit.*, p. 16.

⁹⁶ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, *cit.*, p. 123.

concepto de control es una empresa condenada, teóricamente, al fracaso, o en todo caso, operativamente, a la esterilidad⁹⁷. La conclusión a la que puede llegarse entonces es que no existe un concepto unívoco de control sino que, por el contrario, si quiere ofrecerse una noción “adecuada” de este fenómeno, deberá recurrirse a la pluralidad conceptual que permita distinguir las diversas modalidades que adopta el control para, de esta manera, no reducir la utilidad práctica que este concepto puede ofrecer.

1.9 El control en el Estado constitucional

La pluralidad conceptual que implica el control cuando se estudia desde el punto de vista constitucional, tiene una serie de consecuencias que se manifiestan a través de las diferencias que existen entre las diversas modalidades de control que son constitucionalmente relevantes. Todas estas modalidades, sin embargo, respetan el sentido único o, si se quiere llamar así, el “valor” fundamental que persigue el control en el Estado constitucional: el ejercicio, sin abusos, del poder. La unicidad de sentido del control está determinada entonces por uno de los postulados que sirvieron como punto de partida para la construcción del constitucionalismo moderno, esto es, la limitación del poder político. Por esta razón, en muchas ocasiones suelen confundirse con el control, los límites al poder que son propios del Estado constitucional.

Esta situación conlleva diversos errores de apreciación que no permiten desarrollar una noción adecuada de lo que es el control. Por ello, es necesario aclarar las diferencias que existen entre el control y los límites que se establecen en las constituciones, pues esta distinción hará posible determinar las diferenciaciones conceptuales propias de las modalidades de control atinentes al ámbito constitucional.

Para lograr diferenciar los límites al poder del control debe partirse de la idea de que, en el Estado constitucional, existe un equilibrio de poderes que pretende conseguir, a través de una serie de instrumentos determinados constitucionalmente, un ejercicio

⁹⁷ *Idem*. En esta obra, Aragón hace críticas acertadas a los intentos de unificación conceptual desarrolladas por Galeotti, Giannini, Chimenti, Zanobini y Santaolalla López.

adecuado del poder⁹⁸. Este equilibrio de poderes se consigue a través de un diseño institucional y social contenido en las normas constitucionales, esto es, a través de la función “mecánica” de la constitución, así como por una serie de medios que garantizan la vigencia de este diseño y que encuentran su fundamento en la concepción normativa de la ley fundamental. Pues bien, para que exista congruencia entre el diseño social-institucional y los fines propios del Estado constitucional, son necesarias una serie de limitaciones al poder que eviten el ejercicio abusivo por parte de los agentes que lo detentan; sin embargo, para que estos límites sean efectivos deben existir también controles que permitan su vigencia. Limitación y control son de esta manera términos íntimamente ligados y que se implican mutuamente pues el poder limitado, sin controles que hagan efectivas las limitaciones que se le imponen, sería poder arbitrario. Su ejercicio, adecuado o abusivo, dependería del agente que lo detenta y por lo tanto estaría condicionado a factores subjetivos (algo que por supuesto es contrario a los postulados de un Estado constitucional de derecho). El poder limitado entonces, desde el punto de vista constitucional, debe ser poder controlado, pues los límites sin control son ineficaces ante el abuso del poder.

Si se parte de este supuesto, el razonamiento contrario implicará necesariamente consecuencias contrarias: el poder sin límites es poder incontrolable. Pensar que existan controles para un poder que se ejerza sin que hayan límites que lo regulen sería absurdo por el simple hecho de que no se puede controlar algo que es ilimitado. Y es que si objetivamente no existen límites al poder, entonces no se podrá encontrar un parámetro que sirva para poner en marcha el juicio de conformidad del que se ha hablado y que es elemento fundamental en la estructura del control. En consecuencia, la idea de un poder ilimitado es incompatible con la existencia de control.

Una vez precisado que limitación y control no deben confundirse⁹⁹ se puede seguir adelante y mostrar, a partir de la distinción que se ha hecho, las particularidades de la

⁹⁸ Sobre este tema véanse las importantes aportaciones de Diego Valadés en *El control del poder*, 3ª ed., México, UNAM-Porrúa, 2006, *passim*.

⁹⁹ Es oportuno mencionar, sin embargo, que la diferencia entre limitación y control no es la única importante si se desea tener una noción clara sobre este fenómeno, pues existen otras figuras que pueden confundirse con él. Por ello, es importante también distinguir entre garantía y control. Al respecto, Manuel Aragón señala que las garantías constitucionales son los medios objetivos a través de los cuales se asegura el cumplimiento

clasificación más genérica de los tipos de control: institucionalizados y no institucionalizados. Esto porque a cada tipo de limitación corresponderá un diverso tipo de control de acuerdo a sus características.

Las limitaciones no institucionalizadas tienen su correspondencia, como señala Aragón, en tipos de controles que tampoco están institucionalizados, pero que no por ello dejan de ser efectivos. Se trata de controles generales y difusos entre los que se encuentran tanto las que Jellinek denominaba “garantías sociales” como otros instrumentos de control que se manifiestan a través del juego de la opinión pública e incluso por medios no públicos de presión.¹⁰⁰ Diego Valadés se refiere a dichos controles como externos y señala que éstos “suponen la intervención de agentes de la sociedad, como los medios de comunicación, las organizaciones ciudadanas y los electores”.¹⁰¹ Estos controles son aquellos que ejerce la misma sociedad para controlar el poder.¹⁰² Al no ser institucionalizados, el derecho no regula los instrumentos o medios a través de los que se expresan estos controles; no se puede hablar, propiamente, de procedimientos “normativizados” del control social. Pero, a pesar de ello, estos controles son objeto del derecho, pues es precisamente éste el que posibilita su ejercicio¹⁰³.

de las normas y principios constitucionales. Partiendo de esta definición, Aragón agrega que el control es una garantía, pero no es todas las garantías. Unas veces el control opera como única garantía, otras hace efectivas garantías preexistentes y otras pone en marcha garantías subsiguientes que a su vez se hacen efectivas a través de un también subsiguiente control. Y ello porque el término “garantía” es más amplio que el de control. Las limitaciones del poder se encuentran garantizadas a través de diversos instrumentos (reservas de ley, cláusulas de rigidez constitucional, contenido esencial de los derechos fundamentales, garantías institucionales, declaración de ámbitos inmunes a la acción del poder, procesos de control, etc.) pero, de entre ellos, sólo los instrumentos de control aseguran la efectividad de esas garantías. En resumen, Aragón establece que las limitaciones del poder descansan en garantías que exceden el ámbito de las estrictas “garantías constitucionales” y, a su vez, la efectividad de esas garantías sólo se asegura mediante los instrumentos de control. Véase “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *cit.*, pp. 24 y 25.

¹⁰⁰ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control, cit.*, p. 130 y 212.

¹⁰¹ Valadés, Diego, *El control del poder, op. cit.*, p. 3.

¹⁰² Véase al respecto Contreras Bustamante, Raúl, *Derecho Constitucional*, vol. 2, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2016, pp. 68-69.

¹⁰³ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control, cit.*, p. 130 y 212. Este autor señala que el derecho garantiza el ejercicio de los controles sociales “no por la vía de establecer tramitaciones específicas, sino por la de consagrar los ‘derechos’ que hacen posible el control. En ese sentido el control social es objeto del derecho y objeto de estudio por los juristas, bien que siempre de manera indirecta, es decir, a través de los derechos fundamentales, que son, exactamente, el presupuesto de su ejercicio: sólo en una sociedad de hombres libres puede haber control social del poder.”

Por su parte, las limitaciones institucionalizadas están vigiladas por controles también institucionalizados. Estos controles pueden clasificarse en políticos y jurídicos, siendo propio de los primeros su carácter subjetivo y su ejercicio voluntario, por el órgano, autoridad o sujeto de poder que en cada caso se encuentra en situación de supremacía o jerarquía,¹⁰⁴ mientras que lo peculiar de los segundos es su carácter objetivado, es decir, basado en razones jurídicas, y su ejercicio, necesario, no por el órgano que en cada momento aparezca gozando de superioridad, sino por un órgano independiente e imparcial, dotado de singular competencia técnica para resolver cuestiones de derecho¹⁰⁵.

1.10 Los controles institucionalizados

Para tener una concepción adecuada del objeto de esta investigación es necesario profundizar en las características que presentan los controles institucionalizados, pues a ellos pertenece el control jurisdiccional de constitucionalidad.

A fin de llevar a buen punto esta tarea, se ofrecerá una noción de los controles que pertenecen a esta categoría (políticos y jurídicos) a partir de las diferencias que existen entre ellos. De esta forma, podrán eliminarse las posibles confusiones que existen entre ambos tipos de control y se determinará a qué categoría pertenece el control jurisdiccional de constitucionalidad.

La primera diferencia de la que se puede partir está en el parámetro del control. Mientras que el control jurídico encuentra este parámetro en una norma o conjunto normativo preexistente¹⁰⁶ y que no puede ser cambiado (formalmente, aunque en ocasiones sí en su significado¹⁰⁷) por el sujeto controlante, en el control político no existe un canon fijo predeterminado del cual pueda servirse el sujeto controlante para realizar el juicio de conformidad. Esto significa que, a diferencia de lo que ocurre en el control jurídico (en el que siempre existirá una norma predeterminada que condiciona al sujeto

¹⁰⁴ De hecho, estos controles son considerados “los más dinámicos, inteligibles y eficaces.” Valadés, Diego, *El control del poder, op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁵ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control, cit.*, p. 131.

¹⁰⁶ Sin embargo, en ocasiones, como se verá más adelante, pueden también fungir como parámetro ciertos hechos con relevancia constitucional.

¹⁰⁷ Esto sucede, por ejemplo, con las sentencias interpretativas que dictan los Tribunales constitucionales.

controlante en el momento del juicio), el control político es meramente subjetivo, pues el juicio que lleva a cabo el sujeto controlante está determinado por la libre apreciación que éste realiza con base en razones de oportunidad, lo que implica que la composición del parámetro utilizado sea eventual y esté a su entera disposición.

Otra diferencia que distingue al control político del control jurídico se encuentra en la discrecionalidad del sujeto controlante cuando es llamado a ejercer el control. En el control jurídico el controlante debe necesariamente ejercer actividades de control cuando se le conmina a hacerlo; por el contrario, en el control político el ejercicio del control queda al arbitrio del sujeto controlante (que está condicionado sólo por razones políticas) y, por tanto, aun cuando éste sea llamado a ejercer el control, puede decidir, en los casos que el ordenamiento jurídico no prevea lo contrario, no tomar en cuenta este llamado y, en consecuencia, no llevar a cabo ninguna actividad de control.

De esta diferencia deriva otra muy importante que tiene que ver con el resultado del juicio realizado por el sujeto controlante. En el control jurídico, cuando este juicio es negativo, el controlante deberá, necesariamente, tomar una medida que obstaculice, destruya o inhiba los efectos del acto controlado. Esto no sucede en el caso del control político, pues en este tipo de control el sujeto controlante puede no estar obligado, si el juicio de conformidad es negativo, a determinar o ejercer ningún tipo de medida de control. La libertad para activar el control también se refleja en la posibilidad de que, una vez activado y realizado el juicio de conformidad, el sujeto controlante tenga la facultad, si el ordenamiento jurídico no dispone otra cosa, de decidir si responder o no ante una eventual disconformidad entre el objeto controlado y los valores que debe salvaguardar.

Finalmente, en los órganos que ejercen los controles políticos y jurídicos puede encontrarse una última diferencia relevante entre estos tipos de control. El control jurídico es realizado por órganos independientes e imparciales que cuentan con un especial conocimiento técnico-jurídico; por el contrario, el control político está encargado a órganos que no reúnen estas características, pues sus decisiones se guían en muchas ocasiones por razones políticas y de oportunidad. Esto hace necesariamente que, en esencia, los órganos que tienen a su cargo el control político sean órganos parciales y ligados a una ideología e incluso a grupos reales de poder. Pero si el sujeto controlante es

algo que diferencia marcadamente el control político del control jurídico, no puede decirse lo mismo del objeto de control debido a que, en muchas ocasiones, las decisiones políticas pueden ser sometidas a control jurídico y, viceversa, tampoco son raros los casos en que el objeto controlado es de naturaleza esencialmente jurídica y se somete a control político¹⁰⁸.

1.11 El control jurisdiccional de constitucionalidad

Una vez establecidas las características que diferencian a los controles jurídicos de los controles políticos, se puede determinar a qué categoría pertenece el control jurisdiccional de constitucionalidad y hacer algunos apuntes que permitan un acercamiento al concepto de este tipo de control.

Puede comenzarse diciendo que el control jurisdiccional de constitucionalidad pertenece a los controles jurídicos¹⁰⁹; sin embargo, esta simple afirmación, aunque podría compartirse fácilmente, pecaría de un cierto grado de dogmatismo si no se mencionaran los razonamientos que llevan a esta conclusión. Es necesario entonces ofrecer argumentos que puedan servirle de soporte. Para ello, deben hacerse algunos apuntes sobre el concepto de jurisdicción e indicar cuál es la relación que ésta guarda con el control. Con esto será posible determinar cuáles son las características del control jurisdiccional a secas y cuáles las que presenta este tipo de control cuando tiene como finalidad salvaguardar la constitucionalidad de los actos de autoridad (*lato sensu*), es decir, cuando se habla de control jurisdiccional de constitucionalidad.

El primer punto a tratar entonces es el concepto de jurisdicción. Éste, para empezar, es ya un problema complejo, pues no existe actualmente, ni ha existido en el pasado, consenso sobre lo que debe entenderse por este término. Para ofrecer una idea sobre esta figura se han hecho muchos esfuerzos y, sin embargo, no se ha logrado

¹⁰⁸ Piénsese, por ejemplo, en un decreto-ley que requiere una intervención parlamentaria que reúne las características del control.

¹⁰⁹ Manuel Aragón incluso refiere al control jurisdiccional como el paradigma del control jurídico. “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *cit.*, p. 26 y ss.

conseguir conceptualizar a la jurisdicción sin que al concepto derivado de estos intentos se dirija una serie de críticas que dejen ver los puntos débiles de los que sufre.

Las teorías que buscan dotar al concepto de jurisdicción de elementos inmunes a la crítica son muy numerosas, sobre todo si se tienen en cuenta los múltiples matices que derivan de ellas¹¹⁰; de hecho, Redenti escribía a principios del siglo pasado que el concepto de jurisdicción ha sido empleado con renovada frecuencia como premisa o factor de razonamientos sin que haya existido al respecto claridad y concordia de ideas¹¹¹. Por desgracia, hoy en día no puede decirse que estas palabras hayan perdido actualidad y la razón es probablemente la misma, esto es, que los estudiosos han buscado y continúan buscando una “definición” de jurisdicción e intentan reducir a un simple concepto un momento esencial de la vida social y jurídica, que no puede ser comprendido más que analizando, precisamente, esta realidad y las estructuras que la conforman¹¹². Se ha hablado de la jurisdicción como actuación del derecho, como composición de la litis, como materialización de las sanciones, como sustitución de la actuación pública a la actividad de los particulares, etc. También se han evidenciado la garantía exterior de la función, la naturaleza del interés, el procedimiento lógico que precede al acto, la prevalencia del juicio sobre la voluntad y muchas otras características válidas del concepto de jurisdicción. Todos estos elementos, como sostiene Salvatore Satta, evidentemente

¹¹⁰ Fernando Flores García señala que en el sentido normativo jurídico “la voz jurisdicción ha recibido muchas connotaciones y se han expuesto varias posturas doctrinales. Así, una primera corriente negó la existencia de la jurisdicción como actividad autónoma y distinta de las funciones de hacer el derecho (Poder Legislativo) y la de aplicarlo (Poder Ejecutivo) y le atribuyó un quehacer complementario a la tarea administrativa. Entre estos tratadistas cabe mencionar a Barthelemy, Ducrocq, Duguit, Hauriou, y en algunos aspectos, a Carré de Malberg y a Kelsen”. Además agrega que “otro grupo de autores que sí consideran la jurisdicción como una potestad del gobierno (aunque equivocadamente le califiquen de actividad “estatal”), sostienen concepciones múltiples, desde el punto de vista material, que a su vez le define atento su objeto, su finalidad o su estructura; tomando como base el criterio formal, ahora a partir de la organización de la autoridad de que emana o según su procedimiento, o por último, se define la jurisdicción de acuerdo con la fuerza que se le atribuye (Lampue)”. Véase Flores García, Fernando, “Jurisdicción”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, t. IV, pp. 452-454. Estos apuntes hechos por Flores García hacen evidente la multiplicidad de teorías que existen respecto al concepto de jurisdicción. Para una crítica desde el punto de vista de la doctrina italiana a estas teorías y a los planteamientos de algunos de sus exponentes (Carnelutti, Chiovenda, Ranelletti, Zanzucchi, etc.) véase Salvi, Luciano, *Premessa a uno studio sui controlli giuridici*, cit., pp. 20 y ss.

¹¹¹ Véase Redenti, Enrico, “Intorno al concetto di giurisdizione”, aparecido en 1916 y vuelto a publicar en *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, Milán, Giuffrè, 1962, v. I.

¹¹² Satta, Salvatore, “Giurisdizione (nozioni generali)”, *Enciclopedia del Diritto*, cit., t. XIX, p. 218.

contienen algo de verdad porque cada uno de ellos puede encontrarse en la jurisdicción, aunque no sean exclusivos de ella. Por lo tanto, la preferencia respecto a alguno de ellos es definitivamente el resultado de una opción entre varias posibles y, consecuentemente, tiene en sí misma algo de arbitrario que convierte a la definición en convencional¹¹³. El razonamiento de Satta, si se quiere ser congruente con lo apuntado sobre el concepto de control, debe ser considerado válido, y, por ello, sin profundizar en las críticas a cada uno de los conceptos que sobre esta figura se han ofrecido (labor que, cabe decirlo, sería muy complicada ante la pléyade de concepciones que existen sobre el tema), es necesario señalar que la pluralidad conceptual es también característica de la jurisdicción. No puede hablarse entonces de un concepto único de jurisdicción, sino que debe atenderse a cada tipo de actividad jurisdiccional para poder referir sus elementos y poder formular un concepto adecuado.

Esta operación implica definir qué tipo de jurisdicción se intenta tratar, para poder delimitar, de nueva cuenta, el campo de análisis. El control jurisdiccional de constitucionalidad, al ser el objeto de estudio de este trabajo, implica que las consideraciones que deben hacerse en esta sede tengan que ver con la jurisdicción constitucional y la relación que ésta guarda con el control. Pues bien, ofrecer un concepto de jurisdicción constitucional o de control jurisdiccional de constitucionalidad no es posible si no se cuenta con instrumentos conceptuales (aunque éstos adolezcan de un vicio de generalidad discutible) a partir de los cuales desarrollar un primer acercamiento a la construcción teórica que se pretende realizar. Por ello, como primer paso para llegar a los elementos que caracterizan el control jurisdiccional de constitucionalidad debe precisarse la idea de jurisdicción. En este sentido volvemos al punto de partida de este apartado: es necesario ofrecer un primer acercamiento a este concepto.

Con este objetivo en mente, y a pesar de las críticas que puedan hacerse a las muchas teorías sobre el concepto de jurisdicción, debe hallarse un punto de coincidencia entre todas ellas que sirva como vehículo para encontrar los elementos del control jurisdiccional de constitucionalidad. Este punto de coincidencia, con las premisas

¹¹³ *Idem.*

metodológicas que se han tomado en consideración, no debe tomar en cuenta el simple ámbito teórico, sino que debe adecuarse a la realidad de la noción de jurisdicción que existe actualmente. Considerando estos puntos, el postulado del que se partirá es que la jurisdicción expresa la afirmación del ordenamiento en un caso concreto.

Esta afirmación puede ser defendida argumentando que, debido a la abstracción de la ley, ésta sólo cobra vigencia (se pone en acción) con una operación formal que es característica de cualquier tipo de jurisdicción: el análisis de la voluntad de otro y la realización de un juicio al respecto. Si este razonamiento es correcto, la conclusión que se obtiene es que la jurisdicción implica la recreación del derecho en el hecho¹¹⁴. La presencia del hecho, por tanto, se presenta como un elemento absolutamente nuevo respecto al precepto¹¹⁵. Entonces, para dotar de un sentido a la ley o a su actuación, es necesario traducir la imagen normativa en términos reales llevándola a la dinámica del ordenamiento y esta operación se realiza mediante la jurisdicción.

Las posiciones contrarias a esta idea pueden ser variadas, sin embargo, a ellas se podría responder fácilmente aprovechando la generalidad de la afirmación. Por ejemplo, la crítica que se ha hecho con más frecuencia a esta concepción es que ésta reduce el ordenamiento a la fase contenciosa, aun cuando es evidente que la vida se desarrolla generalmente de manera pacífica y, por tanto, el ordenamiento precede al juicio y puede existir sin él. Esta crítica, cuya afirmación puede ser completamente válida, no le quita fuerza a las consideraciones hechas sobre la jurisdicción. En primer lugar, porque cuando se dice que el ordenamiento se afirma en la jurisdicción se entiende que éste se resuelve

¹¹⁴ Sobre la importancia de la concreción del derecho en los hechos véase Ramos Tavares, André, *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado. Hard cases e soluções juridicamente adequadas*, San Paolo, Método, 2006, pp. 27 ss.

¹¹⁵ Salvatore Satta, quien aborda el tema en la manera aquí expuesta, señala que los juristas se han dado cuenta de esta diferencia y “hanno cercato di colmare il vuoto sottostante ricorrendo all’idea della fattispecie legale, di un’ipotesi di fatto nella quale idealmente il fatto (futuro) concreto è già contenuto, e per così dire realizzato: ma non occorre dimostrare che si tratta di un espediente, di un’altra immagine, che con la realtà non ha nulla a che fare, mentre è vero soltanto che la cosiddetta fattispecie si pone come un limite alla libertà di giudizio in ordine all’unico fatto pensabile, cioè al fatto concreto. La verità è che tutte queste immagini hanno la loro origine in un unico atteggiamento del pensiero di fronte alla realtà: e cioè in una visione statica di questa. Come si vede la legge nella immobilità del suo testo, così si vede il fatto nella sua prestabilita certezza. Ma purtroppo, se questa visione è scolasticamente ammissibile, non lo è nell’osservazione diretta della realtà, che si presenta essenzialmente dinamica. Diritto e fatto sono oggetto di giudizio, e quindi esistono solo attraverso il giudizio, e non possono essere riportati ad una anteriore, neppure ipotizzata, esistenza”. Véase “Giurisdizione (nozioni generali)”, *cit.*, p. 221.

en un juicio y ahí encuentra su certeza o, *tout court*, su realidad. Fuera de esta concreción el ordenamiento no tiene una realidad, es simplemente abstracción (que puede o no ejercer cierta influencia), es, utilizando la paráfrasis que Satta hace de las palabras de Pirandello, un autor en busca de un personaje. Y este personaje es indudablemente el juez, pero eso no excluye, sino que más bien presupone, que el ordenamiento encuentre su concreción en la acción que ejercen las personas para activar la jurisdicción. Lo que no debe olvidarse entonces es que de ningún modo puede subestimarse la acción, porque el ordenamiento sin acción no existe más que en el pensamiento, es una *flatus vocis*, que puede encontrar efectos sólo indirectamente sobre el actuar de las personas¹¹⁶. Estos razonamientos llevan a la conclusión de que sería difícil negar que la jurisdicción sea la afirmación del ordenamiento, porque sólo a través de ella el derecho hace su aparición necesaria y concreta. Es sólo en el momento del juicio que surge la exigencia de dar valor a un acto determinado y de afirmar de acuerdo a esta exigencia el ordenamiento a través de la jurisdicción.

Con esta premisa, que puede aplicarse a todas las teorías o conceptos de jurisdicción, se cuenta ya con un primer elemento al que será necesario añadir los rasgos característicos de la jurisdicción constitucional para poder ofrecer una idea más clara de lo que es el control jurisdiccional de constitucionalidad. Este primer planteamiento, sin embargo, puede generar, por su ambigüedad, algunas imprecisiones sobre la relación que existe entre la jurisdicción y el fenómeno del control.

Parte de la doctrina considera que en cada juicio que realizan los órganos jurisdiccionales existe un control, mientras que algunos doctrinarios entienden la relación entre jurisdicción y control como una relación que media entre dos categorías disyuntivas que se excluyen entre sí. Ambas corrientes, tomadas en sus extremos, pueden ser consideradas incorrectas; sin embargo, si se atemperan un poco, en cada una de ellas se encontrará algo de verdad. Lo importante es señalar que ambos fenómenos se hallan en una relación de parcial coincidencia y superposición y de parcial independencia recíproca.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 222. Satta incluso afirma que “L’azione umana, presa in se stessa, nel suo prodursi (o nel suo non prodursi) non è né giuridica né anti-giuridica, se non nell’anatomia che noi ne facciamo sul tavolo della scienza, riconducendola a quello che si suol chiamare il modello legale: essa è quello che è, e il diritto nelle sue componenti non c’entra né punto né poco”.

Galeotti consigue mostrar esta relación de manera excepcional al señalar que el acercamiento, la distinción o la superposición entre control y jurisdicción pueden establecerse sólo cuando estas figuras se consideran, en cierto modo, entidades homogéneas, es decir, cuando se tratan tomando en cuenta las características que presentan en común. En este sentido, dado que el fulcro de la noción de control es esencialmente un dato teleológico y que las nociones elaboradas por la doctrina sobre la jurisdicción muchas veces toman en cuenta el criterio de la finalidad de la jurisdicción (la actuación del derecho objetivo o la resolución de una duda y con ello la afirmación del ordenamiento jurídico), es posible tratar estos dos fenómenos desde el punto de vista teleológico para encontrar la distinción entre ellos y al mismo tiempo entender su superposición e independencia recíproca. Desde este enfoque se puede notar fácilmente que la finalidad de garantía a la que en su operación objetiva tiende el control, es al mismo tiempo más amplia y más restringida de cuanto pueda serlo la que es propia de la jurisdicción¹¹⁷.

Por un lado, la garantía que constituye la finalidad del control asiste y protege una esfera de valores más amplia e indefinida que la instrumentada por la jurisdicción. Esta última, sólo excepcionalmente está dirigida a la tutela y actuación de valores que no tengan la forma de normas jurídicas, quedando, en principio, destinada a garantizar exclusivamente las normas de derecho objetivo. No sucede lo mismo con el control, que está dirigido también, en gran medida, a asegurar valores que el mismo derecho deja a la especificación y determinación concreta de los órganos o sujetos controlantes¹¹⁸.

En correlación con la más amplia esfera de intereses tutelados por el control, debe señalarse además que éste se confía frecuentemente a autoridades diversas de las jurisdiccionales (v.g. al parlamento). De esta forma se hace evidente la imposibilidad de contemplar todo el control en la jurisdicción pues, a pesar de ser conceptos teleológicamente afines, el primero es un fenómeno más amplio por cuanto se refiere a la esfera de los valores que tutela y las autoridades que pueden ejercerlo.

¹¹⁷ Galeotti, Serio, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, cit., p. 100.

¹¹⁸ *Idem*.

Por otro lado, puede decirse también que la función de garantía que cumple el control tiene un alcance más específico y limitado que la que se lleva a cabo a través de la jurisdicción. Además, los medios o medidas de los que el control se vale para realizar esta función son necesariamente más restringidos que los que son propios de esta última. El control es un mecanismo que tiende a asegurar la integridad de los valores que tutela, de manera que éste se vale de medidas que están encaminadas, por sí mismas, a prevenir o impedir la lesión, o bien, si la lesión se ha consumado, a cesar los efectos que ésta puede tener sobre el valor amenazado o violado. La jurisdicción, por su parte, debe garantizar la actuación del derecho objetivo frente a sus eventuales lesiones en vía directa, pero también puede hacerlo –como ocurre con más frecuencia– por equivalente o en vía indirecta. Por tanto, si es verdad que la jurisdicción usa, cuando es posible, los medios de los que se vale el control, es también cierto que usualmente interviene en vía eventual y sucesiva, cuando la lesión del derecho ya se ha consumado, y no puede dar actuación al derecho objetivo más que en vía secundaria y sustitutiva de la actividad de los obligados mediante medidas represivas o reparatorias, que exceden la rigurosa definición del fenómeno del control¹¹⁹.

La conclusión que puede obtenerse de lo hasta aquí señalado es que existe una diferencia evidente entre jurisdicción y control, pues la primera no es una especie del segundo; pero, al mismo tiempo, no puede negarse que existe un área en que el control puede coincidir con la jurisdicción y, en este caso, puede estructurarse como función jurisdiccional¹²⁰. Es posible entonces afirmar que el control de tipo jurisdiccional existe como una parte específica del control.

Esta afirmación permite aclarar los dos primeros elementos que forman parte del objeto de esta investigación: “control” y “jurisdicción”. El siguiente paso que debe darse para tener una visión completa del control jurisdiccional de constitucionalidad es buscar las características del elemento que hace falta, esto es, analizar desde el punto de vista constitucional el control jurisdiccional. Para ello, es necesario determinar qué se entiende por jurisdicción constitucional. La precisión sobre este punto es necesaria no sólo porque

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 101.

¹²⁰ La expresión control jurisdiccional, de origen francés (*contrôle juridictionnel*), señala el tipo de control en las que un juez (*lato sensu*) lleva a cabo un juicio de conformidad entre el objeto y un parámetro determinado de control para salvaguardar ciertos valores.

son muchos los sentidos en que esta expresión se utiliza¹²¹, sino también porque la elección de la concepción que se utilice condicionará el desarrollo de este trabajo.

Existen, esencialmente, dos puntos de vista para entender la jurisdicción constitucional: uno, que puede calificarse como formal, en el que este tipo de jurisdicción contempla las actividades realizadas sólo por aquellos órganos que, en el sentido kelseniano, pueden calificarse como Tribunales constitucionales¹²²; mientras que, desde otro punto de vista, que puede calificarse como material, serán actividades propias de la jurisdicción constitucional todas aquellas que, independientemente del órgano que las realice, tengan como fin la protección del orden constitucional¹²³.

¹²¹ Friesenhan ha referido la imposibilidad de establecer un concepto único de jurisdicción constitucional y ha señalado al respecto que todos los sentidos que se dan a esta expresión pueden ser legítimos, pues la pluralidad de conceptos en este terreno también es inevitable.

¹²² Cuyas características principales eran, en principio, ser órganos de única instancia, no pertenecer a ninguno de los tres poderes tradicionales y conocer exclusivamente de cuestiones de constitucionalidad. Esta última característica, sin embargo, ha perdido vigencia con el paso de los años y a los tribunales constitucionales se les han otorgado facultades para conocer de otro tipo de cuestiones (por ejemplo, procedimientos contenciosos electorales). Sobre la concepción originaria de los tribunales constitucionales véase Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, pp. 51 y ss. Asimismo, José Julio Fernández Rodríguez ha señalado que el elemento formal de la definición de jurisdicción constitucional está constituido, por un lado, por una serie de notas propias de la jurisdicción y, por otro, por rasgos de índole constitucional. Una actividad es jurisdiccional porque es llevada a cabo por un órgano independiente, que actúa sometido al derecho, basado en razonamientos jurídicos y en el principio de contradicción. Además, el segundo tipo de rasgos formales tiene que ver con que el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional es un órgano dotado de un estatuto constitucional que le aporta autonomía estatutaria, administrativa y financiera, y que, por lo general, está situado fuera del Poder Judicial ordinario actuando en una única instancia. Véase Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 21.

¹²³ Manuel García-Pelayo ha señalado al respecto que “Pertencen a la materia de jurisdicción constitucional los problemas relativos a la determinación del área del poder estatal y al sistema de derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos que delimitan el ámbito de la *Grundkompetenz* del Estado; los referentes a la formación de la voluntad estatal principalmente en forma de ley o de actos gubernamentales, en la medida que puedan rebasar los límites constitucionales, los tocantes a la distribución horizontal y vertical de competencias entre los poderes superiores de la organización estatal y, eventualmente, los que afecten a instituciones u órganos constitucionalmente significativos, aunque no sean, propiamente hablando, órganos constitucionales”. Véase “El status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, 1981, p. 32. Por su parte, Fernández Rodríguez, al referirse a las afirmaciones de García-Pelayo señala que éste habla de la cuestión en términos en exceso generales y sin tener en cuenta la dimensión adjetiva. Por ello, este autor prefiere adoptar una posición que parta de una búsqueda de las acciones procesales, es decir, de aquellos contenciosos que sirven para el control de constitucionalidad de las leyes, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución vertical y horizontal del poder. Asimismo señala que “La presencia de tales atribuciones en el cuadro de funciones de un órgano hace que estemos ante una jurisdicción constitucional desde el punto de vista material. Sin embargo, entendemos que la falta de alguna de ellas no significa que ya no nos hallemos ante un órgano de justicia constitucional. De la misma manera, la existencia de competencias añadidas a las tres indicadas tampoco excluye la presencia de justicia constitucional. Estas competencias añadidas a las típicas pueden ser igualmente contenciosos constitucionales si afectan a elementos del concepto material de

La primera de estas posiciones presenta, como ha señalado Rubio Llorente, el inconveniente de ser superficial y excluir del análisis al control constitucional de los tribunales supremos e incluso el realizado por los jueces ordinarios¹²⁴.

Ahora bien, dentro de la misma concepción material, existen corrientes que consideran que la jurisdicción constitucional se restringe sólo al juicio que se hace sobre la constitucionalidad de las leyes y otras que estiman que la jurisdicción constitucional engloba también el juicio que se hace sobre los actos de las autoridades.

En este trabajo se tomará en cuenta la posición más amplia respecto a la jurisdicción constitucional, es decir, la que considera no solamente los actos de los Tribunales constitucionales, sino también la actividad de otros órganos jurisdiccionales que revisan la constitucionalidad de las leyes, pero también de los actos de autoridad. Esta concepción permitirá englobar, como especies de un género común, las diversas formas de jurisdicción constitucional, así como apreciar claramente las diferencias existentes entre los sistemas que tienen como finalidad solamente asegurar la constitucionalidad de los textos legislativos y aquellos en que se aspira también a garantizar la

Constitución y, por ende, a la delimitación del poder político. En cambio, otras de las competencias añadidas no serían contenciosos constitucionales, lo que puede hacer surgir la duda acerca de la naturaleza del órgano, que, en todo caso, la seguimos entendiendo como la propia de un órgano de justicia constitucional. En efecto, lo determinante será conocer de los contenciosos constitucionales y no la posesión (o no) de competencias añadidas". *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., p. 22.

¹²⁴ Rubio Llorente, Francisco, "Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe", *Annuaire International de Justice Constitutionnel*, París, núm. XII, 1996, pp. 12 y ss. Este autor señala, dentro de un estudio de derecho comparado, que: "La conception la plus communément utilisée est celle qui identifie juridiction constitutionnelle et contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois [...] D'origine Kelsénienne, cette conception est correcte mais insuffisante pour une étude comparative, même dans le cadre strictement européen, parce qu'elle réduit la comparaison à ces procédures de contrôle s'exerçant uniquement sur le texte de loi, sur l'énoncé législatif, et exclut celles qui intègrent aussi, ou de plus, l'interprétation et l'application juridictionnelles de la loi, c'est-à-dire en définitive, le droit vivant. Le choix d'un tel contrôle de type *abstrait* trouve certes sa justification dans l'idée selon laquelle il appartient à la loi, en vertu du principe de légalité, d'assurer la soumission à la Constitution de l'ensemble des décisions administratives et –surtout– juridictionnelles. Il en résulte qu'en assurant le contrôle de la constitutionnalité de la loi, est par là-même garantie la constitutionnalité de l'ensemble de l'activité des pouvoirs publics. Mais cette conception correspond à une vision extrêmement simpliste qui ne tient pas compte de la véritable relation entre le juge et la loi. D'un côté, les juges disposent en effet d'un pouvoir discrétionnaire dans l'interprétation et l'application de la loi, et de l'autre côté, le législateur est souvent dans l'impossibilité de légiférer dans des termes suffisamment clairs pour éliminer instantanément les dispositions inconstitutionnelles et permettre ainsi une application et une interprétation qui ne puissent être déclarées inconstitutionnelles. Dans la pratique, une juridiction constitutionnelle, organiquement et matériellement détachée de l'appareil juridictionnel ordinaire et limitée au seul contrôle abstrait de la loi, ne peut en aucune manière garantir un véritable respect de la Constitution". En este sentido se expresa también José Julio Fernández, en *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., p. 21.

constitucionalidad de los actos de autoridad. Esto porque la jurisdicción constitucional encuentra su fundamento y justificación en una exigencia práctica de certeza del ordenamiento jurídico que el ciudadano pretende del ordenamiento mismo y, sobre todo, de la constitución como un conjunto de normas y principios de carácter fundamental que deben ser respetados.

Una vez establecida la noción de jurisdicción constitucional que se considerará en este trabajo, es posible ofrecer algunas de las características del control jurisdiccional de constitucionalidad. En primer lugar, debe decirse que este tipo de control tiene como finalidad salvaguardar -dicho de la manera más general- los “valores” contenidos en la constitución, a través de la verificación de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad. Al ser un control jurídico (aunque en ocasiones los órganos que lo realicen tomen en cuenta situaciones políticas), el control jurisdiccional de constitucionalidad es también un control objetivado, lo que implica que el sujeto controlante no limita, sino que verifica los límites preestablecidos en la constitución (tanto en su parte orgánica como en la dogmática)¹²⁵. El controlante, de esta forma, no es sino actualizador de una limitación preestablecida, ajeno, en principio, a toda relación de supremacía o jerarquía con el órgano o sujeto sometido a control¹²⁶.

En el control jurisdiccional de constitucionalidad el sujeto u órgano controlante debe ser objetivo, imparcial e independiente en sus decisiones y, preferentemente (aunque no en todos los casos suceda así), debe ser perito en derecho o, en el caso de los órganos colegiados, estar integrados por personas que lo sean. Además, como señala Manuel Aragón, este tipo de control no tiene por objeto a personas y ni siquiera exactamente a órganos, sino a los actos (*lato sensu*) que éstos realizan. Más aún, ni siquiera son objeto de control todos los actos, pues están excluidos aquellos que sean de carácter “político”

¹²⁵ El hecho de que el controlante deba atenerse, en su juicio, a un parámetro preestablecido (las normas, principios y valores que derivan de la constitución) es precisamente el fundamento que justifica el surgimiento y la afirmación de la jurisdicción constitucional como instrumento idóneo para asegurar un buen juicio.

¹²⁶ Característica fundamental de la jurisdicción, que no puede estar ausente en el control jurisdiccional de constitucionalidad, es la necesidad de someterse al juicio de un tercero. Esta necesidad, que históricamente se afianzó con dificultad (en principio se atribuía a los tribunales más importantes un origen divino para que los ciudadanos se sometieran a sus decisiones, como lo señala Esquilo al referirse al Tribunal del Areópago, instituido por Minerva para juzgar a Orestes) hoy en día es un elemento imprescindible en cualquier tipo de jurisdicción.

en sentido estricto, es decir, los actos ajenos a las predeterminaciones del derecho y de conformación legítimamente libre, regidos por razones de pura oportunidad¹²⁷. Entonces, son sólo objeto del control jurisdiccional de constitucionalidad los actos (o, como se verá más adelante, también las actitudes) “constitucionalmente relevantes”, pues este tipo de control no está dirigido hacia las personas físicas sino a los productos objetivados de la voluntad de los órganos u autoridades.

Otro elemento que debe tomarse en cuenta es el carácter necesario del control, en el sentido de que necesariamente ha de producirse cuando el órgano jurisdiccional es requerido para ello y necesariamente ha de existir si se quieren evitar las normas minuscuamperfectas en el ordenamiento o los actos de autoridad contrarios a los valores contenidos en la constitución¹²⁸. Al ser un control normativizado y no condicionado al arbitrio del sujeto controlante, el control jurisdiccional de constitucionalidad es el más regular de los controles y, en este sentido, tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público y el respeto de los derechos fundamentales. Es un control que ofrece certeza al garantizar la supremacía constitucional y que permite, a través de la actuación de los órganos de control, la adaptación de los textos constitucionales a la realidad social, en los casos en que su rigidez provoque problemas en la aplicación de sus normas o principios. En conclusión, el control jurisdiccional de constitucionalidad es un instrumento indispensable para salvaguardar los valores constitucionales y, con ello, mantener la vigencia y eficacia de la constitución; es, en pocas palabras, el vehículo a través del cual se afirma el orden constitucional.

¹²⁷ Un razonamiento en este sentido se puede encontrar ya en la sentencia *Marbury vs. Madison*, en la que se asienta que “El papel [de la Suprema Corte] es únicamente pronunciarse sobre los derechos de los individuos, y no plantearse la manera en la cual el Gobierno y sus funcionarios llevan a cabo las funciones para las cuales son depositarios de un poder discrecional. Los asuntos políticos por naturaleza, o que la Constitución y las leyes colocan bajo la autoridad del Gobierno, no pueden ser discutidos ante este Tribunal”. Cit. en Beltrán de Felipe Miguel y González García, Julio V. (ed.), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, 2006, p. 113.

¹²⁸ Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *cit.*, p. 57.

2. ORÍGENES, MODELOS Y DIFUSIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD

El control jurisdiccional de constitucionalidad es el resultado de una serie de factores que sumados han delineado una forma de asegurar la vigencia de los valores constitucionales. Este control ha sido producto de modos de pensar, situaciones concretas, experiencias, corrientes de pensamiento, posturas políticas, cambios revolucionarios y procesos evolutivos. En pocas palabras, es el resultado de hechos e ideas que se han ido concretando y que han ofrecido un instrumento importante para proteger las reglas, principios y valores constitucionales.

Aun cuando este tipo de control es relativamente reciente en la forma en que actualmente lo conocemos, la exigencia y los intentos de defensa de la constitución son tan antiguos como la reflexión sobre los problemas del Estado¹²⁹. La historia demuestra que siempre se han buscado instrumentos que pudieran dotar de estabilidad a las reglas de convivencia política y que fueran capaces de defenderlas de las amenazas constantes a las que eran sometidas. En esta idea radica el origen de los instrumentos de control de constitucionalidad, pues a pesar de los esfuerzos de las asambleas constituyentes de cada Estado para diseñar un adecuado cuadro institucional de las formas de acción política y jurídica que hiciera improbables las violaciones a los textos constitucionales, lo cierto es que el respeto a la norma fundamental no hubiera podido garantizarse si no existieran

¹²⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Nueva edición, Bolonia, Il Mulino, 1988, p. 11.

medios de control del ejercicio del poder. Es por ello que se han creado instrumentos *ad hoc* para ejercer este control y así tener la posibilidad de construir un freno efectivo que evite los abusos de autoridad.

Estos instrumentos han influido en gran medida en la concepción que ahora se tiene sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad. Una concepción que, cabe decirlo, refleja no sólo las ideas, el espíritu y el influjo de las fuerzas actuantes de la época actual, sino también las huellas del desarrollo y los cambios que ha sufrido a través del tiempo y el espacio. Ésta es la razón por la cual se hace indispensable ofrecer un panorama histórico que permita reconstruir en el tiempo los procesos evolutivos de este tipo de control para, de esta forma, poder comprender las características que presenta hoy en día¹³⁰. Pero este esfuerzo no estaría completo si no se tomara en cuenta lo que Häberle llama la “otra” dimensión necesaria para concebir adecuadamente los procesos de evolución de una determinada institución: la comparación jurídica en el espacio¹³¹. Sólo a través de un análisis que combine estos dos factores (tiempo y espacio) como las dimensiones correlativas que permitan estudiar al control jurisdiccional de constitucionalidad desde una perspectiva de carácter evolutivo, será posible entender el equilibrio entre constancia y cambio que caracteriza a este instrumento de garantía propio del Estado constitucional. Por ello, en las páginas que siguen se referirán algunos de los antecedentes del control jurisdiccional de constitucionalidad, las fases históricas de su desarrollo y los Estados en que se presentaron. Esto hará posible determinar los modelos que progresivamente se fueron afirmando y que han servido como prototipos para aquellos

¹³⁰ Sin embargo, en el análisis histórico deben tenerse presentes ciertos riesgos pues, como lo ha hecho notar César Callejas, “Analizar instituciones jurídicas pasadas importa siempre un riesgo fundamental, el de la transliteración de instituciones al margen de los criterios temporales; el deseo de ver lo que puede no existir, o mejor aún, el de trasladar al pasado lo que hoy consideramos correcto, es un riesgo común”. Por lo tanto “volver los ojos al pasado, con el ánimo del analista, merece la frialdad de un observador que pretende descubrir en las prácticas del ayer soluciones a problemas que todavía hoy siguen existiendo: entender así las instituciones de otros pueblos nos previene frente al anacronismo y aunque se trata de un esfuerzo constante, puede verse recompensado con un mejor conocimiento de nuestras propias raíces, por lejanas y diversas que parezcan”. Callejas, César Benedicto, *Argumentación jurídica en la formación y aplicación del Talmud*, México, Facultad de Derecho de la UNAM, 2008, pp. 27-28.

¹³¹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, pp. 58 y ss.

países que, posteriormente, adoptaron un sistema de control de constitucionalidad de tipo jurisdiccional.

2.1 Antecedentes del control de constitucionalidad

Si se toma en cuenta que el control jurisdiccional de constitucionalidad en la fase de desarrollo que lo conocemos es relativamente reciente, hablar de la existencia de sus antecedentes históricos puede parecer impropio. Sin embargo, la idea de que en cualquier grupo social las normas que regulan la vida común pueden y deben estar sujetas a un control determinado por un “parámetro superior” es ya muy antigua. Esta idea procedía en principio, por una parte, de la convicción, filosófica o religiosa, de que la superioridad de la ley encontraba su fundamento en principios inviolables e inmutables que eran expresión de la coincidencia entre las leyes de los hombres y las leyes de Dios; pero por otra parte, la superioridad de las leyes fue también el resultado de largos y complejos “ajustes” entre los diversos poderes y las distintas clases sociales existentes, que se concretaron a través de la costumbre o en documentos formales (como la Carta Magna)¹³².

Debido a que el control es un elemento inseparable del concepto de constitución¹³³, es evidente que, si existen importantes antecedentes históricos de las modernas constituciones, también deben existir precedentes significativos de órganos que tenían como finalidad proteger las “leyes superiores”. De hecho, la idea de la supremacía constitucional está condicionada en gran medida a la existencia de este tipo de órganos¹³⁴.

Ejemplos de esta defensa de las normas consideradas como superiores en la convivencia de un grupo social pueden encontrarse ya desde la antigua Grecia, en donde la *politeia*, se caracterizaba porque, en ella, la actuación de los gobernantes estaba sometida a la ley. La razón es explicada por Aristóteles, quien señalaba que la auténtica *politeia* podía degenerar en su forma impura (la demagogia) cuando el pueblo, manipulado por los gobernantes, se convertía en un monarca plural y, como tal, hacía prevalecer sus

¹³² Morbidelli, Giuseppe, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p. 46.

¹³³ Para profundizar sobre el tema véase Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, cit., pp. 83 y ss.

¹³⁴ Dogliani, Mario, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 151 y ss.

resoluciones sobre la ley. Para soslayar este peligro, se hacía necesario establecer una norma suprema en la colectividad jurídico-política, y, al mismo tiempo, limitar las posibilidades del cambio de las leyes. Este fin se perseguía en la Grecia antigua, hay que reiterarlo, con la distinción entre *nomoi* y *psefismata*. Las *nomoi* contenían, como ya se ha mencionado¹³⁵, implícitos los elementos que definían la *civitas* y, por tanto, debían ser inmutables; por su parte, los *psefismata* eran las resoluciones del pueblo, elaboradas en la asamblea como leyes o decretos. Éstos, a diferencia de las primeras, podían ser aprobados, modificados, sustituidos o derogados en todo momento, siempre que respetaran las *nomoi*¹³⁶.

De esta manera, el límite de los *psefismata* no era otro que la conformidad con las *nomoi* y, precisamente para que este límite fuera respetado, existía en Grecia una medida de control: la *graphé paranomon* o acción de ilegalidad. Mediante esta acción de tipo penal se podía acusar y procesar a un ciudadano por haber presentado frente a la Asamblea una iniciativa de *psefismata* que fuera contraria a las *nomoi* y que, pese a ello, hubiera logrado su aprobación. La decisión que resolvía la cuestión la tomaba el pueblo (*demos*) a través de un jurado popular nominado por sorteo. Si la acción procedía y se demostraba que el *psefismata* aprobado era contrario a las *nomoi* se producía, además de la responsabilidad penal, la derogación del *psefismata*¹³⁷.

Otro antecedente interesante del control puede encontrarse en la Italia meridional de esa época (Magna Grecia), en donde una norma elaborada por el célebre legislador Carondas señalaba: “Cualquiera que desee proponer modificaciones a una ley, al hacer la propuesta deberá ponerse una soga al cuello y así esperar la deliberación del pueblo, de manera que si la modificación es admitida, pueda partir libre y, en caso de que se rechace, sea estrangulado inmediatamente con esa soga”¹³⁸.

¹³⁵ *Vid supra*, aparta do 1.1.

¹³⁶ Ruipérez, Javier, *Libertad civil e ideología democrática. De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, p. 8.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 2001, p. 25.

Estos dos antecedentes pueden ser considerados como formas extremas para garantizar la rigidez de las normas fundamentales. En esos casos la rigidez se garantizaba no a través de un procedimiento especial de modificación, sino por sanciones graves si dicho procedimiento contravenía las normas superiores. Más frecuentes y significativos son, sin embargo, los ejemplos de defensa de las leyes superiores que no están vinculados de manera directa con la voluntad popular. Piénsese, sólo por tomar en cuenta una forma de control, en el Consejo de los 400 en Atenas (*Boulé*), instituido por Solón y conformado por ciudadanos que no eran electos, sino nombrados extrayendo sus nombres al azar, cuyo fin era servir como freno a las funciones legislativas ejercidas por la Asamblea popular. Otra muestra de control puede encontrarse con los siete magistrados especiales que los atenienses llamaban “guardianes de las leyes”, que vigilaban la Asamblea en representación simbólica de la ley (considerada por encima del pueblo mismo). Cuando un orador atacaba una ley, los magistrados detenían el discurso que se estaba llevando a cabo y ordenaban la disolución inmediata de la asamblea popular, que perdía el derecho de votar sobre la cuestión debatida. Por otra parte, en Esparta existían, instituidos por Licurgo, los éforos de la constitución, cuya tarea era preservar (en ocasiones de manera autoritaria) las normas fundamentales de la ciudad-Estado¹³⁹.

La idea aristotélica de que una ley injusta no era ley, se reforzará en el mundo romano con la idea de la *lex naturalis*, que no podía ser abrogada ni derogada. Las obras de Cicerón en el derecho romano sobre la superioridad del *jus civile* respecto a otras formas de producción jurídica demuestran la importancia que en aquella época adquirió esta idea. Algunos, de hecho, refieren la *adscriptio* con la que el *jus* era declarado *sacrosanctum* como una fórmula que podía considerarse una clase de control de constitucionalidad¹⁴⁰.

En el Medioevo, la tesis del derecho natural sigue manteniendo su fuerza e incluso se proyecta de manera importante en la obra de Santo Tomás de Aquino. Para él una ley que contrastara con el derecho natural era injusta y, por tanto, no era obligatoria. Este

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, Turín, Giappichelli, 2007, p. 12. Asimismo, puede consultarse la obra de Edward S. Corwin, *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971.

modo de pensar dará pie para concebir la doctrina del derecho de resistencia, pero también para que la idea de la “ley superior” o natural fuera reconocida no sólo respecto a la voluntad del Emperador, sino incluso frente a los deseos del Papa. Esta situación tuvo efectos importantes en el ámbito jurisdiccional, pues el respeto y la importancia de la ley natural hacían que ésta pudiera, al menos en teoría, ser invocada en los diversos procesos y prevalecer frente a la ley ordinaria.

En Inglaterra existieron también documentos que expresaban significativamente la idea de una ley inmutable. Entre estos documentos pueden citarse los tres *Agreements of the People* o el *Instrument of Government* de Oliverio Cromwell que, a pesar de ser una Carta “concedida”, no podía ser modificada por ninguna autoridad¹⁴¹. Sin embargo, gran parte de la doctrina considera como el primer antecedente del moderno control de constitucionalidad de las leyes al famoso *Bonham’s case*, discutido ante la *Court of Common Pleas* en 1610. El magistrado inglés sir Edward Coke¹⁴² al resolver el caso, hizo suyas las teorías de Bracton y Fortescue y expuso su propia noción de ley fundamental, identificándola sustancialmente con los principios del *Common law*¹⁴³.

En este célebre proceso el médico Thomas Bonham, al haber ejercido la profesión sin la previa autorización del Colegio de Médicos de Londres, citado por los censores de este cuerpo colegiado, fue multado y, posteriormente, debido a que continuó ejerciendo la profesión, arrestado por reincidencia. El doctor Bonham apeló la decisión para que el arresto que había sufrido fuera declarado ilegítimo, negando la jurisdicción del Colegio londinense pues éste había actuado como juez y parte. Coke, al decidir el caso, falla a favor de Bonham citando el principio del *Common Law* según el cual *aliquis non debet esse iudex in propria causa, immo iniquum est aliquem suae rei esse iudicem*¹⁴⁴. Si bien

¹⁴¹ Morbidelli, Giuseppe, *et al.*, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p. 874.

¹⁴² Coke fue *Speaker of the House of Commons*, *Attorney General* y, posteriormente, *Chief Justice of Common Pleas* y *Chief Justice of King’s Bench*.

¹⁴³ Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, cit. p. 13. Esta opinión es la más aceptada, sin embargo no es la única. Sobre una nueva interpretación de los fundamentos y alcances del *Bonham’s Case* véase Rey Martínez, Fernando, “Una relectura del *Dr. Bonham’s Case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, t. I, p. 847 y ss.

¹⁴⁴ Morrone, Andrea, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza e nelle fonti*, cit. p. 265.

la decisión de este caso es importantísima para el moderno derecho constitucional, no lo es menos la argumentación seguida por Edward Coke. Para dar fuerza a su decisión, Coke pone en duda la legitimidad de la ley invocada como base de la pretensión punitiva argumentando que: "... en muchos casos el derecho común puede servir como parámetro para controlar las leyes del Parlamento y en ocasiones para declararlas como leyes sin eficacia. De hecho, cuando una ley del Parlamento contraste con la justicia común y la razón o sea repugnante e inaplicable, es posible poner en duda su legitimidad con base en el derecho común y, si es necesario, declararla nula". Los argumentos de Coke son de gran importancia dentro de los antecedentes del control de constitucionalidad pues, al considerar al *Common Law* no sólo como la ley fundamental del Reino, sino también como la encarnación de la razón y al hacerlo prevalecer frente a las leyes del Parlamento que, incluso, podrían ser declaradas ilegítimas (y en consecuencia no ser aplicadas), Coke da un gran paso para sentar las bases teóricas que servirán a la construcción del Estado constitucional. Sin embargo, en Inglaterra los conflictos entre el parlamento y el soberano, así como los del poder judicial frente al legislativo, se resolvieron con la plena victoria de este último. Por esta razón, las ideas de Coke fueron abandonadas inmediatamente y, con ellas, el principio de que la voluntad de las asambleas representativas pudiera ser sometida a las decisiones de los jueces. En su lugar, se afianzó la idea de la omnipotencia del Parlamento que se expresaría con la famosa frase de De Lolme, para quien éste podía hacerlo todo, excepto transformar un hombre en mujer¹⁴⁵.

En Francia, por su parte, se presentó una contradicción importante en materia de control. El influjo de las ideas de Montesquieu y Rousseau sobre el papel meramente declarativo de los jueces, hacía muy difícil pensar en otorgar a éstos cualquier tipo de control de las leyes aprobadas por los representantes de la Nación y, además, los planteamientos de la Ilustración exigían que la división de poderes y la tutela de los derechos fueran garantizados por el texto constitucional. Ante esta situación, los franceses adoptaron una solución diversa a la encontrada en Inglaterra. En Francia debía existir sin

¹⁴⁵ Véase Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata, cit.*, p. 13 y Cappelletti, Mauro, "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la 'justicia constitucional'", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 17, 1986, p. 29, quien señala la discutida paternidad de esta frase entre De Lolme y Bagehot.

duda un control, pero éste no podía ser ejercido por los jueces, sino por el poder legislativo, o al menos por órganos que participaran en el procedimiento de creación de las leyes. Este control debía ser preventivo de manera que el acto de control asumiera la misma naturaleza que la ley al ser contemplado en el procedimiento para su producción.

De esta manera, las constituciones francesas de 1799 y 1852 confiaron a un Senado conservador el control preventivo de constitucionalidad. Esta tendencia cambió sólo con la Constitución de la IV República, en la que el control fue asignado a un *Comité constitutionnel*; sin embargo, las garantías de independencia de este órgano eran muy dudosas y tanto el objeto de control como las modalidades de acceso eran muy restringidas¹⁴⁶.

Como puede apreciarse, la idea de hacer respetar la conformidad de las normas del ordenamiento con una “ley superior” no es nueva y ha estado acompañada de la existencia o la construcción teórica de medios de garantía y control que son antecedentes del actual control jurisdiccional de las leyes¹⁴⁷.

2.2 Los modelos que progresivamente se consolidaron

Una vez señalados algunos de los antecedentes de lo que hoy se conoce como control jurisdiccional de constitucionalidad, es necesario referirse a los modelos que con el tiempo se han ido consolidando. Conocer estos modelos es importante porque la elección de uno de ellos evidencia exigencias profundas de la vida colectiva e incide marcadamente en la dinámica institucional. Como ya se ha dicho, el fin último del control es garantizar un adecuado ejercicio del poder y, con ello, asegurar la protección de los derechos y las libertades fundamentales de las personas. Para la consecución de este fin, por tanto, es necesario establecer una serie de mecanismos a través de los cuales sea posible controlar la esfera de la política a la luz del parámetro constitucional e imponer a

¹⁴⁶ Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata, cit.*, pp. 14 y 15.

¹⁴⁷ Además de los ejemplos ya mencionados pueden referirse también el Tribunal Supremo y la Suprema Corte de Justicia imaginados por Antonio Rosmini en sus proyectos de Constitución, los censores de la Constitución de Pennsylvania de 1776, el *jury constitutionnaire* concebido por Sieyès, el *Senato conservatore* de Romagnosi, etc. Véase Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale, cit.*, p. 26.

todos los poderes públicos el respeto de las normas, principios y valores contenidos en la Constitución y que conforman el fundamento de la sociedad y del Estado¹⁴⁸. Precisamente por la exigencia de proteger este fundamento, el funcionamiento práctico de los sistemas de control de constitucionalidad que operan en el mundo ha hecho surgir una gran cantidad de variantes aplicativas que tienden a ordenarse en direcciones diversas. Al estudio de estas variantes y de los modelos que se han considerado como paradigmáticos para su conformación se dedicarán las páginas que siguen.

2.2.1 *El modelo americano: la judicial review of legislation de los Estados Unidos*

Entre los sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad, el nacido en los Estados Unidos de América puede ser considerado sin duda como un modelo de control que ha influido de manera importante en muchos de los modelos que, desde el siglo XIX, se han ido afianzado¹⁴⁹. Nadie puede negar que la Suprema Corte de este país, por el importante papel que juega en el sistema de frenos y contrapesos norteamericano, ha servido siempre como modelo de referencia para muchos ordenamientos constitucionales. Las razones del carácter modélico de esta Corte pueden ser muchas, pero puede decirse sin duda que la que más ha caracterizado el papel de los jueces norteamericanos y les ha dado un papel por demás trascendente es su potestad de *judicial review of legislation*, esto es, de controlar la constitucionalidad de las leyes.

A diferencia de lo que ocurrió en Inglaterra donde, como ya se dijo, la doctrina de Edward Coke fue abandonada, en los Estados Unidos, desde la segunda mitad del siglo XVIII, diversos pensadores ejercieron un influjo importante en las ideas de la gente de esta nación afirmando que una ley contraria a la constitución era nula¹⁵⁰. En esta época, la

¹⁴⁸ Cheli, Enzo, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 9.

¹⁴⁹ James A. C. Grant incluso ha señalado que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por la legislatura nacional es una contribución de las Américas a la ciencia política.

¹⁵⁰ Philip B. Kurland incluso señalaba que la historia norteamericana dejaba claro que el primer paso constitucional no fue la Carta Magna, sino la versión de Coke de esa Carta. Véase Kurland, Philip B., "Magna Carta and constitutionalism in the United States: 'The noble lie'", en Thorne, Samuel E. *et al.*, *The Great charter: four essays on Magna carta and the history of our liberty*, Nueva York, Pantheon Books, 1965.

idea de un derecho fundamental (*higher law*) se fue afianzando en la mente de los colonos americanos en su lucha contra la Corona inglesa, a la que reprochaban desconocer sus derechos personales y colectivos. Como lo señala García de Enterría, ese “derecho más alto” es en el que se funda la rebelión de los colonos y su afirmación puede encontrarse en las primeras proclamaciones del nuevo orden. Ya en los famosos argumentos de James Otis en el *Writs of Assistance case*, de 1761 (que para Adams significa una premisa importantísima para el nacimiento de la independencia) se atacan las medidas fiscales que azotan a los colonos como contrarias a *the fundamental principles of law*, de lo que se deduce que una ley contraria a la constitución es nula y que los Tribunales deben inaplicarlas. Igualmente Sharp, en su libro *A declaration of the people’s natural right to a share in the legislature* de 1774 juzga, con base en la Carta Magna, que el juicio por los pares y no por jueces extraños es “el primero y más esencial derecho de la Constitución”, estimando que juzgar irlandeses (o americanos) en Inglaterra era contrario al derecho supremo y que la ley que lo autorizaba era, por tanto, inconstitucional¹⁵¹.

Con todas estas doctrinas, se rompe la idea de la soberanía absoluta del Parlamento para dar paso a una nueva concepción en la que la constitución, resultado de las aspiraciones y los sentimientos del pueblo norteamericano, se convertía en el parámetro válido que debía prevalecer incluso frente a la voluntad del legislador. La gran aportación de los Estados Unidos al Estado constitucional es precisamente esta idea, pero no menos importante es la manera en que se decide en este país la forma de hacerla valer.

La idea de una ley superior que funcionara como protección para los individuos, para ser efectiva necesariamente tenía que garantizarse a través del control y, por ello, en norteamérica se adopta como mecanismo para lograr este fin un medio de control en el que el poder judicial juega un papel trascendental: la *judicial review*. La adopción de esta forma de control encuentra sus fundamentos en la evolución constitucional americana que se inspiró en la organización jurídica desarrollada por Hamilton en el capítulo LXXVIII de *El Federalista*. Este capítulo estuvo dedicado principalmente a señalar el papel que, en

¹⁵¹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 57 y 58.

el proyecto de constitución, debía ser propio del poder judicial. En esta obra se señalaba que:

Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que otros poderes. El Ejecutivo no sólo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad; el legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos; el judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas ni sobre el tesoro, no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta que tengan eficacia sus fallos¹⁵².

Al afirmar la fuerza del poder judicial y la importancia de su papel dentro del sistema de separación de poderes, Hamilton reflexiona también sobre el control de la constitucionalidad de leyes, fundándose en la configuración de la constitución como acto del pueblo y en la legislación como acto de una Asamblea que obra a través de un poder que le es delegado por el pueblo. Hamilton señala sobre este punto que todo acto de autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Esta premisa le da la pauta para concluir que ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido, pues negar esto “equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben¹⁵³.

¹⁵² Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay, *El Federalista*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 330 y ss.

¹⁵³ *Idem*.

En *El Federalista*, Alexander Hamilton propone también la idea de concebir a la constitución como la ley fundamental, que posteriormente será recogida en la propia Constitución federal de 1787 cuyo artículo VI, sección 2, establecerá la cláusula básica que proclama a la constitución como *the supreme law of the land*. Es esta idea de supremacía expresamente contenida en el texto constitucional, la que vincula al juez con los preceptos de la norma fundamental de manera que una ley del Parlamento sólo puede ser aplicada si es conforme a la constitución. De hecho, en 1795 la Suprema Corte establece de manera expresa la diferencia entre el sistema inglés y el americano sobre la base de que en aquél la autoridad del Parlamento era trascendente y no tenía límites, mientras que, en contraste, en los Estados Unidos la situación era radicalmente diversa pues la constitución que era cierta y fija, contenía la voluntad permanente del pueblo y era superior al poder legislativo.

De esta manera se forja la doctrina de la supremacía normativa de la constitución y la instrumentación a su favor del principio de *judicial review*, que reconocerá el poder de las cortes para declarar nulas las leyes contrarias al texto constitucional¹⁵⁴. Este poder, aunque implícito en la constitución a través de la *supremacy clause*, se vio materializado sólo en 1803, en la sentencia que John Marshall¹⁵⁵, *Chief Justice* de la Suprema Corte en aquella época, dictó con relación al famoso caso *Marbury vs. Madison*¹⁵⁶. El caso puede

¹⁵⁴ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 61.

¹⁵⁵ La importancia de Marshall en la historia del constitucionalismo estadounidense es indudable. Bernard Schwartz resume la trascendencia de la labor de este juzgador en el primer párrafo en el que se refiere a este juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos en su obra *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*. En este párrafo Schwartz escribe: “Si el Derecho americano, dice Holmes, ‘hubiera de estar representado por un solo hombre, tanto los escépticos como los incondicionales estarían sin duda alguna de acuerdo en que este puesto sólo puede corresponder a una persona: John Marshall’. Muy pocos serían capaces de contradecir esta afirmación. Cuando hace algunos años se pidió a los especialistas en Derecho Constitucional que clasificaran a los jueces del Tribunal Supremo, sólo Marshall fue catalogado por unanimidad como ‘grande’. No cabe duda de que, citando de nuevo a Holmes, ‘quizá le correspondió a Marshall ocupar el lugar más alto a que jamás llegó juez alguno’”. Véase Schwartz, Bernard, *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, Madrid, Civitas, 1990, p. 21. Asimismo, puede consultarse Marshall, John, *Judicial Review e Stato federale*, Milán, Giuffrè, 1988.

¹⁵⁶ Esta sentencia, aunque es la primera a nivel federal, no es la única que en aquella época se refería al control jurisdiccional. Entre la Independencia y el año en que se dictó la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, las Cortes de los estados habían ejercido el poder de declaración de inconstitucionalidad al menos veinte veces con relación a normas estatales, porque la solución venía postulada por las concepciones básicas presentes en la constitución. Lucio Pegoraro señala al respecto que “le Costituzioni delle tredici colonie, divenute Stati indipendenti, erano di carattere rigido e talune di queste disciplinavano istituti simili alle moderne corti costituzionali: talché, nel corso dell’Assemblea costituente di Filadelfia, sia i sostenitori della

ser resumido, como lo hacen Miguel Beltrán y Julio V. González, de la siguiente forma: Antes de las elecciones de 1800, año en el que se produjo la derrota del Partido Federalista dando paso al gobierno del Partido Republicano, los federalistas anticiparon su derrota y pretendieron minimizar las consecuencias de perder el poder. Por esta razón, a última hora nombraron a algunos jueces que les permitirían controlar el poder judicial (llamados jueces de medianoche). En los últimos días de la Administración del Presidente Adams se nombró, entre otros, a William Marbury, banquero y gran terrateniente, como Juez de Paz del Distrito de Columbia, y su nominación fue confirmada por el Senado. Sin embargo, se produjo un error o un descuido en la notificación de los nombramientos, y a algunos de los nuevos jueces la Administración que los nombró, antes de dejar el poder, no les expidió su credencial. Ya bajo la presidencia de Jefferson, Marbury y los demás que no la recibieron, exigieron al nuevo Secretario de Estado Madison que les entregase los nombramientos respectivos. Éste hizo caso omiso, y ante ello Marbury recurrió directamente a la Suprema Corte, reclamándole que ordenara a Madison expedir los nombramientos mediante un *writ of mandamus*. Frente a este caso, la posición del *Chief justice* Marshall era peculiar: pariente lejano del nuevo Presidente, él mismo había sido prácticamente un “juez de medianoche”, era partidario declarado de los federalistas (fue Secretario de Estado), e incluso es muy probable que un descuido suyo o de su personal fuera la causa de que, en la precipitación de los últimos días del Gobierno federalista de Adams, no se expidiera el nombramiento a Marbury. Para resolver el caso, dos eran, *a priori*, las posibilidades que se le presentaban a Marshall: denegar la petición de Marbury o estimar el recurso ordenando al Secretario de Estado que expidiese el nombramiento. Las dos soluciones eran arriesgadas. La primera habría dado a entender que la Suprema Corte actuaba con miedo y habría socavado su prestigio; por su parte, la segunda posibilidad era muy aventurada y de difícil ejecución, pues el nuevo Gobierno había dado

Carta federale, sia quanti ne osteggiavano l'approvazione, parlavano apertamente di *judicial review of legislation*, in quanto l'idea che quelli giurisdizionali potessero essere organi de controllo della costituzionalità delle leggi faceva parte del loro comune patrimonio culturale e politico. Non casualmente, tra il 1776 e il 1787 molte sentenze delle colonie già avevano elaborato una cospicua giurisprudenza in ordine alla costituzionalità di atti normativi: giurisprudenza a sua volta anticipata per taluni aspetti dallo stesso *Privy Council* inglese, allorché aveva dichiarato illegittime le leggi delle assemblee coloniali contrastanti con il diritto della madrepatria.”, *Giustizia costituzionale comparata, cit.*, p. 24.

a entender que no se sentía vinculado por unos nombramientos que consideraba ilegales, y además la Corte carecía de medios coercitivos o de ejecución propios. No obstante lo anterior, el “sentido de Estado” de Marshall le hizo adoptar una tercera solución saliéndose por la tangente. A su juicio, la solución se encontraba en saber si la Suprema Corte era o no competente para expedir el *writ of mandamus*. Y es que la ley que lo regulaba (*Judiciary Act* de 1789), a juicio de Marshall, no encajaba con el segundo párrafo de la sección 2a. del artículo III de la Constitución, que distinguía en cuanto a competencias de la Suprema Corte, entre jurisdicción originaria o de primera instancia y jurisdicción de apelación. La Corte sentenció que la *Judiciary Act* era contraria a la constitución, por vulnerar el ámbito de competencias que ésta le atribuía. Entonces se planteó qué consecuencia tenía que recabarse de ello: si seguir la ley o seguir la Constitución¹⁵⁷. Marshall decidió la cuestión con los siguientes argumentos:

Entre estas dos opciones no hay término medio. O la Constitución es un Derecho superior, principal e inmodificable a través de mecanismos ordinarios o, por el contrario, se sitúa al mismo nivel que las leyes ordinarias, y como toda Ley es modificable cuando así lo disponga la voluntad del legislativo.

Si la primera parte de la alternativa fuese cierta, entonces una Ley contraria a la Constitución no es Derecho. Si la cierta fuese la última parte, entonces las Constituciones escritas no serían más que intentos absurdos del pueblo de limitar un poder que por naturaleza escaparía a todo límite.

Está claro que todos aquellos que han dado vida a la Constitución escrita la han concebido como el Derecho fundamental y supremo de la nación y, consecuentemente, la regla que debe aplicarse es que toda Ley contraria a la Constitución es nula¹⁵⁸.

Estos párrafos constituyen el antecedente más importante del control jurisdiccional de constitucionalidad, pero no son los únicos a través de los cuales Marshall reafirma el papel del Poder Judicial cuando interviene en este tipo de control. Al respecto, en esta

¹⁵⁷ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (eds.), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, cit., pp. 95-97.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 117.

misma sentencia, el más conocido *Chief Justice* de la historia de los Estados Unidos señala que:

Sin ningún género de duda, la función y la responsabilidad del poder judicial consiste en determinar qué es y cuál es el derecho. Aquellos que aplican el Derecho a los casos particulares deben por necesidad explicar e interpretar las normas. Si dos normas entran en conflicto, los Tribunales deben decidir cuál es la aplicable al caso.

De este modo, si una Ley está en contradicción con la Constitución, y si ambas, la Ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, entonces el Tribunal debiera decidir este caso de conformidad con la Ley, rechazando la Constitución, o de conformidad con la Constitución, rechazando la Ley. El Tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso. Ése es el verdadero sentido de la función judicial.

Si los Tribunales deben tomar en consideración la Constitución y la Constitución es superior a cualquier Ley ordinaria que haya aprobado el poder legislativo, será entonces la Constitución y no la referida Ley la que resolverá la controversia a la cual las dos podrían en principio aplicarse¹⁵⁹.

Como puede verse, la sentencia dictada por Marshall no sólo estableció un sistema de control de constitucionalidad, sino que también ofreció sus rasgos principales que determinaban este modelo de control como difuso¹⁶⁰. Precisamente por esta razón la

¹⁵⁹ *Idem.*, p. 118. Sobre esta sentencia véase también Eto Cruz, Gerardo, “John Marshall y la sentencia *Marbury vs. Madison*”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5a. ed., Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, t. 1, pp. 37 y ss. Asimismo, véanse los apuntes de Orozco Henríquez, José de Jesús, *Derecho constitucional consuetudinario*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993, p. 124.

¹⁶⁰ Roberto Romboli, Saulle Panizza y Elena Malfatti han escrito al respecto que: “È per via di interpretazione che viene affermata quindi l’esistenza di un potere del giudice di controllare la costituzionalità delle leggi; ciò non ne sminuisce l’importanza, ma anzi ne esalta la valenza di principio informatore l’attività istituzionale di ciascun organo della giurisdizione -all’interno della quale l’applicazione delle norme ai casi di specie non può essere disgiunta dalla valutazione della legittimità costituzionale delle norme medesime- e dà fondamento al carattere ‘difuso’ del *judicial review of legislation*: l’enunciazione contenuta in *Marbury v. Madison* (poi estesa alla sindacabilità delle leggi degli Stati membri della Federazione con la decisione *McCulloch v. Maryland*, nel 1819) è dotata infatti di una formidabile capacità espansiva, abilitando ogni giudice federale e statale ad esercitare el controllo, slegato com’è dalle competenze peculiari della Corte Suprema e viceversa coesistente ed intimamente compenetrato ai compiti di una qualsiasi delle *courts*, quelle già esistenti e quelle che sarebbero poi state istituite dal Congresso.” *Giustizia costituzionale*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 2007, p. 3.

sentencia fue muy criticada. El propio presidente Jefferson condenó la resolución, a pesar de que se benefició de ella frente a su rival político Adams, y subrayó el peligro de que la constitución se convirtiese en un “objeto de cera que los jueces pudieran modelar a su gusto”. De cualquier forma, a partir de 1803 y pese a todos los argumentos en contra, se desarrolló en los Estados Unidos una idea de control de constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces de cualquier nivel, de manera que si en la resolución de un caso concreto, éstos encontraban que una ley era contraria a la constitución, no aplicarían esta ley en el caso que estaban conociendo. Esta revisión incidental de las leyes, que permanece hasta hoy, no es en Estados Unidos, como señala Fernández Rodríguez, un cauce procesal específico, sino un principio que permite alegar la inconstitucionalidad de las leyes aplicables a un caso concreto¹⁶¹. El sistema de control de constitucionalidad norteamericano exige, de este modo, una inmediata aplicación de la norma fundamental y refleja una concepción muy “alta” de la constitución, considerada de manera efectiva una “ley superior” a través del principio de supremacía que es entendido en gran medida en sentido jusnaturalista, sobre todo en las primeras diez enmiendas que tutelan los derechos de libertad.

Las características del control de constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos pueden resumirse de la siguiente manera: 1) cualquier juez puede llevarlo a cabo (razón por la que se le asigna el adjetivo de difuso); 2) es un control concreto dado que se origina con motivo de un juicio determinado; 3) es un control ejercido generalmente por vía de excepción (aunque existan otras vías, mucho menos frecuentes¹⁶²); 4) los efectos

¹⁶¹ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., p.26. El desarrollo de esta figura de control es muy particular en los años que siguieron a la sentencia dictada por Marshall. Este mismo autor señala al respecto que: “El asentamiento jurisprudencial de la figura de la *judicial review* encuentra en 1810 otro momento importante con la sentencia *Fletcher vs. Peck*, en la que el Tribunal Supremo también aplica el razonamiento [de la sentencia *Marbury vs. Madison*] de manera sucinta ante la presencia de estados miembros de la Federación. A su vez, en 1816 (caso *Martin vs. Hunter’s*) dicho órgano impone su intervención a los tribunales supremos estatales. Sin embargo, desde 1803 no volvería a haber declaración de inconstitucionalidad de una ley hasta 1857, cuando en el caso *Dred Scott* se ataca el denominado compromiso de Missouri. No obstante, cuando realmente adquiere fuerza el sistema de la *judicial review* será en la segunda mitad del siglo XIX, en especial tras la guerra civil y las enmiendas que una vez superada la contienda se introdujeron en la Constitución Federal para aplicar, con ellas, la teoría de la *incorporation*”.

¹⁶² Al respecto véase Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, cit. pp. 26 y ss., así como Bianchi, Paolo, “La giustizia costituzionale negli Stati Uniti”, en Luther, Jörg, et al. (coords.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2000.

de la resolución tiene efectos *inter partes*, es decir, válidos sólo para el asunto que se está sustanciando y para las partes que participan en éste; 5) los efectos de la sentencia son retroactivos (*ex tunc*); 6) no obstante lo señalado en los puntos anteriores, los efectos temporales y personales de la sentencia, dado que en los Estados Unidos rige el principio del *stare decisis*, tienen efectos generales para los tribunales inferiores que están vinculados por las decisiones de los superiores, lo que da lugar a que el efecto final de una declaración de inconstitucionalidad de la Suprema Corte (órgano de vértice del sistema) sea en la práctica equivalente a la anulación de la ley.

Otra característica del control de constitucionalidad que se atribuye sólo a la Suprema Corte, es el poder discrecional que ésta adquirió con el tiempo para seleccionar los asuntos de los que conocerá (*writ of certiorari*). Esta facultad ha hecho que este órgano jurisdiccional sea un órgano clave de la historia norteamericana, dado que le otorga un inmenso poder político.

2.2.2 El modelo europeo-continental: el control concentrado de Kelsen y la Constitución austriaca

En Europa, aun cuando la experiencia norteamericana era conocida a través de los escritos de Jellinek y Mall, la idea de un control difuso de constitucionalidad no cobró la fuerza necesaria para servir como modelo. En este continente, donde para la mayor parte de los sistemas el precedente judicial en lo individual no tenía fuerza de ley, el control difuso no representaba un sistema de garantía realmente eficaz y, por tanto, se buscaron nuevas construcciones teóricas para idear un sistema de control de constitucionalidad adecuado a las necesidades europeas.

Carl Schmitt, a principios del siglo XX, había advertido una de las características de la realidad del continente europeo: la demanda de un protector de la constitución suele ser un síntoma que evidencia situaciones críticas para la propia constitución. Así fue desde que, en el contexto de los procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII surgieron los primeros textos que pueden calificarse de constitucionales en sentido moderno, técnico y actual. Además, no deja de ser sintomático que en Europa, durante el

proceso revolucionario francés, cuando las fuerzas de la reacción, nobleza y alto clero unieron sus energías en una campaña dirigida a acabar con la revolución, surgiera un periódico titulado *Le défenseur de la Constitution*¹⁶³. Los procesos de evolución constitucional que se presentaron en el continente europeo habían impregnado la ideología dominante con la concepción de constitución como norma fundamental, pero al mismo tiempo reforzaron el papel de la soberanía en el debate constitucional, formándose así una contraposición importante entre derecho y poder cuyo resultado fue que la materia prima de carácter teórico para determinar el sistema de control de constitucionalidad que debía construirse no fuera homogénea. Esta situación, sin embargo, auspició uno de los debates teóricos más interesantes que se ha dado en la doctrina constitucional: la polémica sostenida por Kelsen y Schmitt sobre quién debía ser el defensor de la constitución.

Esta polémica, cuyo resultado será la concepción teórica de lo que posteriormente se materializaría en el sistema austriaco de control de constitucionalidad, se desarrolló fundamentalmente en tres momentos¹⁶⁴. En 1928, Kelsen publicó en Francia dentro de la prestigiosa *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, un importante ensayo traducido por Charles Eissenman: *La garantie juridictionnelle de la Constitution-La justice constitutionnelle*. En este ensayo, Kelsen sostenía que un ordenamiento jurídico coherente y que funcionara correctamente, requería de la existencia de un control jurisdiccional de constitucionalidad, es decir, de un mecanismo de revisión encomendado a un tribunal específico, que estuviera encargado de verificar que la legislación y los demás actos de creación normativa que le estuvieran subordinados, respetaran los procedimientos y los contenidos específicos que estableciera la constitución y, en caso de que esto no ocurriera, remediara esa situación a través de la anulación de esos actos. En 1931, Schmitt publica, como respuesta al ensayo de Kelsen, *La defensa de la Constitución (Der Hüter der Verfassung)*. En esta obra, Carl Schmitt consideraba

¹⁶³ Tajadura Tejada, Javier, “Hans Kelsen: un jurista demócrata ante la crisis de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, cit.*, pp. 921 y 922.

¹⁶⁴ Sobre el sistema austriaco y su evolución véase también: Öhlinger, Theo y Holley, Gerhard, “El modelo austriaco de jurisdicción constitucional: un panorama general”, en García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, pp. 115 y ss.

también necesaria la existencia de un control de constitucionalidad; sin embargo, para él, este control no debía ser ejercido a través de la intervención de un tribunal, sino por medio del jefe del Estado, pues a éste correspondía la función de *pouvoir neutre* que Constant, un siglo antes, le había atribuido a la figura del rey en una monarquía constitucional. La réplica kelseniana a las tesis sostenidas por Schmitt no se hizo esperar y en el mismo año, Hans Kelsen publica la obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?)*, en donde articula una cuidadosa crítica a las ideas schmittianas, además de replantear de manera enérgica la idea de encomendar la defensa de la constitución a un específico tribunal constitucional¹⁶⁵.

Naturalmente, la adopción de un modelo u otro de control de constitucionalidad estaba ligada de manera directa a la idea de constitución que estos dos juristas tenían y del contexto histórico e institucional (weimariano) en el que se desarrolló este debate. Kelsen tenía en esta época una idea de constitución ligada a la teoría de la estructura jerárquica (*stufenbau*) del orden jurídico y, como la norma vértice de esta estructura, la constitución sería entonces el fundamento del Estado. Al respecto, Kelsen señala que:

Lo que se entiende siempre y ante todo por Constitución –y la noción coincide en este sentido con la forma de Estado- es que la Constitución constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas. Esta regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación, forma la Constitución en sentido propio, originario y estricto del término. La Constitución es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas y la forma como estos órganos habían de

¹⁶⁵ Córdova Vianello, Lorenzo, “La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 15, México, 2006, pp. 52 y 53. Véase también, del mismo autor, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, México, FCE-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, *passim*, así como la premisa de Antonio La Pergola a la compilación de las obras del miembro de la escuela de Viena contenidas en Kelsen, Hans, *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981.

proceder; es decir, la Constitución es, en suma, el asiento fundamental del orden estatal¹⁶⁶.

De esta noción de constitución deriva, para Kelsen, la idea de asegurar al texto constitucional la mayor estabilidad posible y de diferenciar las normas constitucionales de las normas legales, sometiendo la revisión de aquéllas a un procedimiento especial que contiene condiciones más difíciles de reunir. Así, Kelsen establece la distinción entre las nociones de constitucionalidad y legalidad; pero no se detiene ahí, sino que también se refiere a una noción de constitución en sentido amplio en la que las constituciones contienen no sólo normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, sino, además, un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades fundamentales. Es por ello que la constitución señala, además de normas de procedimiento y organización, principios, direcciones y límites para el contenido de leyes futuras. La constitución no es, por tanto, solamente una regla de procedimiento, sino, además, una regla de fondo. En consecuencia, una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad del procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la constitución, es decir, cuando la ley excede los límites que el texto constitucional señala¹⁶⁷.

Por su parte, Schmitt, entiende a la constitución como decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la unidad política de un pueblo¹⁶⁸. La constitución, bajo esta concepción organicista, no es una norma (o, en su caso, un conjunto de normas) que establece los principios fundamentales con base en los cuales se regula la vida social, sino más bien es la expresión de la presunta unidad de un pueblo que adquiere conciencia de su existencia colectiva. En consecuencia, defender la constitución no significa para Schmitt lo que ordinariamente se conoce como garantizar la constitucionalidad de las

¹⁶⁶ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., p. 21.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 22 y ss.

¹⁶⁸ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, 5a. reimpresión, Salamanca, Alianza Universidad Textos, 2006.

normas, sino, por el contrario, proteger la unidad y, con ello, la existencia política de un pueblo¹⁶⁹.

A partir de estas consideraciones sobre lo que ellos entendían por constitución, ambos autores construyen sus ideas sobre el modelo de control de constitucionalidad que consideraban más adecuado y el órgano al cual debía ser confiado este control. Para Kelsen la idea de una estructura jerárquica del ordenamiento normativo le permite dar fuerza a su tesis principal: la constitución sólo se encuentra garantizada en la medida en que la anulación de los actos inconstitucionales es posible, pues de lo contrario ésta sería, desde el punto de vista jurídico, un deseo sin fuerza obligatoria¹⁷⁰. Para Kelsen, el que esta función no pudiera ser confiada al propio autor de la norma era algo obvio y, por ello, consideraba que la facultad de anular las leyes que contravinieran el texto constitucional debía ser encomendada a un órgano independiente del Parlamento y de cualquier autoridad estatal. Este órgano, para Kelsen, sería una jurisdicción o Tribunal constitucional de tipo centralizado¹⁷¹. La función política de la constitución, según Kelsen, era la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder y la garantía de que esta función se cumpliera implicaba la certeza de que estos límites no fueran rebasados. Por ello, dado que nadie puede ser juez en su propia causa y que el parlamento y el gobierno eran órganos que participaban activamente en la tarea legislativa, éstos eran los principales poderes que

¹⁶⁹ Véase Córdova Vianello, Lorenzo, “La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt”, *cit.*, p. 56. Antonio Caracciolo, en la presentación que hace de la obra de Schmitt, hace apuntes importantes sobre el concepto de constitución de este autor y la distinción de ésta con las leyes constitucionales al señalar que: “La dottrina costituzionale schmittiana è impostata su una netta distinzione fra costituzione in senso proprio e leggi costituzionali, il cui compito è di tutelare una serie di determinati interessi cari alle parti sociali. La costituzione in senso proprio (assoluto e positivo) trascende gli interessi particolari ed è immodificabile. Essa conferisce autonomia e fisionomia ad un popolo che è già consapevole della sua unità politica. Un mutamento della costituzione in senso proprio (abbia questa o non abbia forma scritta) non significa altro che una rivoluzione e la creazione di un nuovo assetto costituzionale privo di continuità con il precedente. Le leggi costituzionali sono invece innumerevoli e modificabili, sia pure con procedura speciale.” Véase Schmitt, Carl, *Il custode della costituzione*, Milán, Giuffrè, 1981, p. XIV.

¹⁷⁰ Sobre este punto Michel Troper señala que “este argumento no es muy original respecto a cierta tradición positivista que vincula la positividad a la existencia de una sanción: de este modo, una norma desprovista de sanción no sería norma jurídica. Por lo tanto, Kelsen recoge sustancialmente, aunque bajo una forma ligeramente distinta, la argumentación del *Chief Justice* John Marshall, en la sentencia *Marbury v. Madison*”. Véase Troper, Michel, “Kelsen y el control de constitucionalidad”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, año 2, núm. 4, 1995, p. 315. En este ensayo se refieren también críticas interesantes a los planteamientos teóricos de Kelsen.

¹⁷¹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, *cit.*, pp. 51 y ss.

debían ser controlados mediante el procedimiento de garantía constitucional. Esto justifica la naturaleza jurisdiccional del control de constitucionalidad proyectada por Kelsen. Pero a estos argumentos, puede sumarse también otro muy importante. Debido a que la interpretación de la constitución es una tarea estrictamente jurídica, ésta debía ser confiada a técnicos del derecho, como es el caso de los jueces; sin embargo, los jueces ordinarios podrían, a través de sus sentencias, minar la coherencia y la regularidad del ordenamiento jurídico a través de resoluciones contradictorias, por lo que Hans Kelsen consideraba necesario crear expresamente un tribunal que concentrara de manera exclusiva la tarea de controlar la constitucionalidad del sistema jurídico¹⁷².

Carl Schmitt rechaza la opción de Kelsen a favor de un Tribunal constitucional afirmando que la defensa de la constitución es una función política y no meramente jurisdiccional. La exposición de la crítica schmittiana se divide en tres partes. En la primera, toda su argumentación tendrá como fin demostrar la contradicción intrínseca entre la función de defensa de la constitución y la función de la jurisdicción en el marco de una constitución liberal. En la segunda parte, Schmitt expondrá la situación constitucional de la época y en ella realizará una crítica contundente al Estado pluralista de partidos en la que subyace una opción política claramente antidemocrática. Finalmente, en la tercera parte de su crítica, retomando los argumentos vertidos en las dos primeras partes y haciendo suyas las ideas de Constant sobre el poder neutro, Schmitt sostendrá que únicamente el jefe del Estado podía ostentar el título de protector de la constitución¹⁷³.

Carl Schmitt, como lo señala Lorenzo Córdova, rechaza la opción de Kelsen a favor de un Tribunal constitucional en la medida en la que la garantía de la Constitución es una función política y no meramente jurisdiccional. Quien propone la institución de un Tribunal constitucional, afirmará Schmitt, lo hace inspirándose en la figura de la Suprema Corte establecida por la constitución estadounidense sin darse cuenta de que ese órgano es todo menos una corte constitucional; éste es en realidad el verdadero y propio centro del poder de decisión de una forma de Estado que Schmitt califica como jurisdiccional.

¹⁷² Córdova Vianello, Lorenzo, “La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt”, *cit.*, pp. 59 y 60.

¹⁷³ Tajadura Tejada, Javier, “Hans Kelsen: un jurista demócrata ante la crisis de la Constitución”, *cit.* p. 937.

Por tanto, pretender crear un tribunal de ese tipo en una república como la de Weimar era, según Schmitt, un grave sinsentido que acarrearía la peligrosa consecuencia de politizar a la jurisdicción¹⁷⁴. Pero la crítica de Carl Schmitt no se detiene aquí, sino que adquiere su mayor fuerza en el ámbito ideológico. Para él, como ya se dijo, la constitución era la expresión de la voluntad de la unidad del pueblo y el Parlamento, como institución que traducía políticamente el pluralismo social, ponía en peligro la constitución cuando se manifestaba incapaz de lograr acuerdos entre las fuerzas que componían ese pluralismo. Ése era, a decir de Schmitt, el peligro que había que conjurar¹⁷⁵.

Habida cuenta de que la amenaza a la constitución que contemplaba Schmitt era diversa a la planteada por Kelsen, los mecanismos de defensa proyectados por él fueron también distintos. La defensa de la constitución, según Schmitt, no debía ser considerada como una instancia para la solución de intereses privados contrapuestos, sino más bien como la protección de la unidad del pueblo en contra de los peligros que provenían fundamentalmente de la acción del poder legislativo. La protección de la constitución, por tanto, no podía supeditarse a “las decisiones de la aristocracia de la toga” ni al propio legislador sino a una instancia independiente y neutral. Esa instancia, como ya se dijo, estaría encarnada, a decir de Schmitt, por el jefe de Estado, plebiscitado por el pueblo y encarnación de su unidad. Desde su punto de vista, si el parlamento, debido a su tendencia al compromiso, representa un peligro potencial para el Estado, un tribunal no puede ser un instrumento adecuado para cumplir con una tarea que es fundamentalmente política, como es el caso de la defensa de la constitución.

La réplica de Kelsen a las objeciones de Schmitt no se hace esperar y pronto ofrece una respuesta a los planteamientos fundamentales que conforma la crítica de la que es objeto. Para Hans Kelsen, el pretender presentar al jefe del Estado como un poder neutral que, en virtud de su elección directa por parte de los ciudadanos, expresaba la voluntad

¹⁷⁴ Córdova Vianello, Lorenzo, “La contraposición entre derecho y poder”, *cit.*, pp. 60 y 61. Schmitt señala sobre este punto que: “Fundamentalmente si deve dire che il potere di controllo giudiziario da solo rende i tribunali che decidono nelle forme del processo custodi della costituzione solo in uno ‘Stato giurisdizionale’ che sottoponga tutta la vita pubblica al controllo dei tribunali ordinari, sempreché sotto il termine ‘costituzione’ siano intesi soprattutto i ‘diritti fondamentali’ borghesi di diritto pubblico, la ‘libertà’ personale e la ‘proprietà privata’, che debbono essere protetti dai tribunali ordinari contro lo Stato, ossia la legislazione, il governo e l’amministrazione”. Schmitt, Carl, *Il custode della costituzione*, *cit.*, p. 30.

¹⁷⁵ Tajadura Tejada, Javier, “Hans Kelsen: un jurista demócrata”, *cit.* p. 942.

unitaria del pueblo, era una típica ficción pseudo-democrática que no tomaba en cuenta el hecho de que, en realidad, esa elección se producía a través del mecanismo de votación secreta e individual y no mediante una espontánea aclamación de las masas. Además, objeta Kelsen, no hay que olvidar que el presidente es elegido por una mayoría de los electores (y en ocasiones, eventualmente, hasta por una minoría) que están en lucha con otros grupos de electores. En tal virtud, pretender ver en su designación por la vía electoral la manifestación de voluntad del pueblo entero, y más aún, presentar las decisiones del presidente como la expresión concreta de esa voluntad unitaria, tal como sostenía Schmitt, significaría simplemente cerrar los ojos frente a una realidad evidente¹⁷⁶. Con estas afirmaciones, Kelsen advierte que la crítica de Schmitt se desarrolla a través de afirmaciones que parecen dirigidas contra sus propias tesis.

La experiencia histórica favoreció a Kelsen¹⁷⁷ y el sistema ideado por el maestro de la Escuela de Viena fue adoptado en la post-guerra de 1919, aunque con matices significativos, en la Constitución austriaca de 1920 y perfeccionado en su reforma de 1929, en la que fue instituido un Tribunal constitucional federal (*Verfassungsgerichtshof*), competente para juzgar sobre el respeto del texto constitucional y de las competencias repartidas entre el *Bund* y los *Länder* y también revisando la constitucionalidad de las leyes¹⁷⁸. El sistema asutriaco-kelseniano, como señala García de Enterría, difiere del de la *judicial review* americana en puntos decisivos. Frente al llamado “control difuso” de los Estados Unidos, que implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar las leyes

¹⁷⁶ Córdova Vianello, Lorenzo, “La contraposición entre derecho y poder”, *cit.*, pp. 65 y 66.

¹⁷⁷ Tajadura Tejada señala sobre este punto que “La trágica experiencia histórica de la República de Weimar se encargó de demostrar cómo la conversión del jefe del Estado en defensor de la Constitución, no sólo no contribuyó al mantenimiento y defensa de los valores constitucionales, sino que, para lo único que sirvió fue para precipitar su destrucción. Efectivamente el presunto defensor de la Constitución se encargó de destruir a su hipotético enemigo. El jefe del Estado aniquiló al Parlamento alemán y a los partidos políticos que encarnaban el pluralismo. Y con la desaparición de los partidos y del Parlamento, innecesario resulta recordarlo, la Constitución quedó destruida. En este sentido, resulta incuestionable que las tesis de Schmitt partían de una opción ideológica tan clara como nefasta.” Tajadura Tejada, Javier, “Hans Kelsen: un jurista demócrata”, *cit.* p. 951. Sin embargo, no debe olvidarse que existen aún sistemas (aunque con características que evitan consecuencias como las mencionadas) en los que el Jefe del Estado ejerce funciones de control de constitucionalidad. Éste es el caso de Rusia, en que el art. 115 de la constitución confiere al Presidente el poder de anular los decretos del Gobierno de la Federación Rusa que sean contrarios a la Constitución, a las leyes federales y a los edictos del Presidente.

¹⁷⁸ Sobre el punto véase Olivetti, Marco, “La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)”, en Groppi, Tania y Olivetti, Marco (eds.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milán, Giuffrè, 2003.

cuando las juzgan contrarias a la constitución (multiplicidad de control en el que, sin embargo, como ya se apuntó, pone orden el principio del *stare decisis*), el sistema kelseniano configura un “control concentrado”, confiado a un solo Tribunal constitucional, habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una ley. Esta variante esconde una importante significación por encima de su simple apariencia práctica. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes en Austria se configura como una función constitucional que no es propiamente judicial, sino, en los explícitos términos de Kelsen, de “legislación negativa”. En concreto, dentro de este sistema, el Tribunal constitucional no enjuicia, salvo en el caso de violación directa de los derechos protegidos constitucionalmente, ningún supuesto de hecho singular, sino sólo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica (*Vereinbarkeit*) entre el pronunciamiento, también abstracto, de una ley y la norma (abstracta) de la constitución¹⁷⁹. Este rigor lógico hace que, hasta que el Tribunal constitucional no haya declarado una ley como inconstitucional (declaración que tiene efectos *erga omnes*) dicha ley es válida, lo que justifica que los jueces y tribunales ordinarios no puedan inaplicarla. Lo que se da entonces, a diferencia de cuanto sucede en la *judicial review*, es un vicio de anulabilidad, de donde se infiere la naturaleza constitutiva de este tipo de sentencias del Tribunal constitucional y su valor *ex nunc* (no retroactivo) y sólo *pro futuro*¹⁸⁰.

Estos rasgos fundamentales del modelo kelseniano se fueron adaptando a la realidad austriaca con el paso del tiempo y, asimismo, muchas de las características

¹⁷⁹ Giuseppe Volpe señala en este sentido que: “La conseguenza più importante della impostazione in termini di compatibilità logica del giudizio costituzionale kelseniano è che nessuna norma della costituzione, qualunque sia la sua natura e la sua struttura, può autorizzare il giudice costituzionale a compiere valutazioni di giustificatezza della norma legislativa, cioè di adeguatezza (rispondenza, aderenza) ai fatti/interessi disciplinati e a quelli a cui si intende applicarla. A questo tipo di valutazioni non autorizzano né interpretazioni del principio di eguaglianza, né ipotesi di legislazione basata sull’urgenza e la necessità delle situazioni, né altre ipotesi, previste nei testi costituzionali, di legislazione “motivata” da circostanze di fatto determinate. In tutti i casi, secondo i principi della *Verfassungsgerichtsbarkeit*, il giudice costituzionale deve astenersi da valutare il rapporto norma-fatto, cioè la giustificatezza; il giudice costituzionale, in altri termini, non è chiamato a controllare l’ingiustizia delle leggi, ma soltanto la loro validità (ossia, la compatibilità logica col parametro costituzionale).” Volpe, Giuseppe, *L’ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1977, p. 151.

¹⁸⁰ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 63 y 64. Sobre el sistema austriaco véase también Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, A.C., 2001 y Huppmann, Reinhold, *La giustizia costituzionale in Austria*, en Luther, Jörg, et. al., *Esperienze di giustizia costituzionale*, cit., pp. 132-158.

propias de este sistema de control trascendieron las fronteras de Austria y encontraron una importante aceptación en muchos países que las tomarán en cuenta para forjar sus propios sistemas¹⁸¹.

2.2.3 Los modelos híbridos

El sistema estadounidense de la *judicial review* y el austriaco de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* son modelos que generalmente se contraponen en las clasificaciones doctrinales¹⁸². Estos modelos, que han servido como prototipos a diversas experiencias, son usados como punto de partida en muchos de los intentos de clasificación que se hacen sobre los sistemas de control constitucional; sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, los juristas han comenzado a asociar a estos sistemas un tercer modelo, en el cual pueden encontrarse características típicas del modelo norteamericano (ciertos caracteres del control difuso aunados a la incidentalidad de las formas de acceso)

¹⁸¹ Alfonso Celotto señala que: “A pesar de que el Tribunal constitucional austriaco -cuyas funciones fueron paralizadas en 1933- no hubiese logrado defender la Constitución de los asaltos del nacionalsocialismo, el modelo kelseniano encontró grandísimo eco en los Estados europeos”. Celotto, Alfonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, México, 2004, p. 7.

¹⁸² En este sentido se desarrolla la clasificación que Mauro Cappelletti hace de los sistemas de control de constitucionalidad tomando en cuenta los aspectos subjetivo y orgánico del control. Véase Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1968, pp. 51 y ss. Héctor Fix-Zamudio se refiere también a esta situación citando los planteamientos de Calamandrei al señalar que: “si se examinan en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra, como lo puso de relieve de manera penetrante el notable procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir el americano, es necesariamente *difuso, incidental, especial y declarativo*; y viceversa, el que califica como autónomo, es decir, el austriaco, es *concentrado, principal, general y constitutivo*.”, Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en América Latina”, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, México, UNAM, 1989, t. IV, p. 455. Estas clasificaciones, sin embargo, no son las únicas. Rubio Llorente, por ejemplo, diferencia entre un modelo centrado en la ley y un modelo centrado en la defensa de los derechos, de manera tal que la tendencia va del primero al segundo (Rubio Llorente, Francisco, “Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle”, *cit.*, pp. 16 y ss.). Por su parte, Fromont toma como base la distinción entre procedimientos concretos y procedimientos abstractos de justicia constitucional. Los procedimientos concretos para este autor responden a una lógica subjetiva en la que la situación particular del individuo está en primer plano, mientras que los abstractos responden a una lógica objetiva en la que el interés del Estado es prioritario. Véase Fromont, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, Dalloz, 1996, pp. 42 y ss.

unidas a elementos característicos de la construcción kelseniana (decisiones con efectos *erga omnes* tomadas por un órgano jurisdiccional)¹⁸³.

Esta tercera clase de control se suma a los dos modelos paradigmáticos que se habían desarrollado hasta principios del siglo XX. Los sistemas de control de constitucionalidad que pertenecen a este modelo, toman de la doctrina de Kelsen muchos aspectos que habían sido dejados de lado, al menos en un principio, cuando se plasmaron en la constitución austriaca las ideas del profesor de las universidades de Viena y Colonia. Entre éstos, el aspecto principal que se incluye en sistemas de control de constitucionalidad como el italiano, el alemán y parcialmente en el español, está representado por las formas en que las cuestiones que tienen que ver con la inconstitucionalidad de una ley llegan al órgano competente para conocer de ellas.

En los Estados Unidos, como se ha mencionado, cada juez puede y debe dejar de aplicar la ley que considera inconstitucional. Por su parte, en Austria, de acuerdo con las premisas teóricas de Kelsen, el único órgano que puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes era y es incluso hasta ahora el Tribunal constitucional. A este Tribunal, en los orígenes del sistema austriaco, podían acceder exclusivamente (salvo en los casos de recursos individuales) las autoridades federales o locales legitimadas para ello. Sin embargo, lo que caracteriza al tercer modelo es que el órgano encargado de declarar la inconstitucionalidad es, como en el modelo kelseniano, un órgano único y especializado, pero al igual que en los Estados Unidos, en estos sistemas los jueces ordinarios participan en el ejercicio del control de constitucionalidad, aunque en modo peculiar pues, en ciertas circunstancias, deben llevar a cabo un juicio preliminar de conformidad constitucional de las leyes que se ven obligados a aplicar en el caso concreto y, si con este juicio se plantean la duda (o tienen una razonable certeza) sobre el contraste entre la ley y el texto constitucional, entonces deberán hacer del conocimiento del Tribunal constitucional este hecho, para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la ley. Esta forma de acceso se conoce como incidental o de excepción¹⁸⁴.

¹⁸³ Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, cit. p. 35.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 36. Véase también Pegoraro, Lucio, “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, México, 2004, p. 131 y ss.

Este tipo de control, que ha sido adoptado también en algunos ordenamientos de Europa del este y en ciertos países latinoamericanos, ofrece ventajas en términos de certeza jurídica. De hecho, debido a que en gran parte de los ordenamientos de *civil law* los precedentes no son vinculantes, no hubiera sido posible ni siquiera pensar que en ellos los jueces tendrían la facultad discrecional para dejar de aplicar las leyes que consideraban inconstitucionales. Este problema se resuelve dentro del modelo que se trata, a través de la vía incidental, que remedia además el déficit de “justicia constitucional” que las dificultades de acceso implican en los sistemas en que sólo pocos sujetos institucionales pueden remitir una cuestión al Tribunal constitucional¹⁸⁵. La introducción de este sistema en Italia y Alemania reflejó, además de la influencia de Kelsen, ciertos caracteres del modelo norteamericano. Estas dos experiencias fueron las propuestas más cercanas (obra de Calamandrei en Italia y de Nawiasky en el caso alemán) a las ideas kelsenianas en las que no se imponen, aunque permanecen, importantes rasgos técnicos del modelo austriaco, como la acción directa y los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad¹⁸⁶. Sin embargo, la original construcción de Hans Kelsen, que preveía la sanción de anulabilidad para las leyes inconstitucionales, en lógico correlato con su concepción de Tribunal Constitucional como legislador negativo, se superó. Y ello fue debido, en gran medida, como se ha visto, a la incorporación de elementos propios de la tradición norteamericana de control de constitucionalidad, que hoy demuestra que la distinción entre el sistema americano y austriaco se está difuminando hasta el punto de llegar incluso a carecer de sentido¹⁸⁷. Sin embargo, el elemento que determina las características de control difuso en este tercer modelo, se encuentra sólo en la fase

¹⁸⁵ Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata, cit.*, p. 36.

¹⁸⁶ Pegoraro indica que la introducción del control en vía incidental en Italia y la República Federal Alemana “non ha comportato in alcun caso il ripudio del sistema basato sul ricorso diretto: sia dove, come in Germania, l’ordinamento è qualificato “federale”, sia, come in Italia o in Spagna, dove esso viene definito ‘regionale’ o ‘autonómico’ l’esigenza di comporre i conflitti tra centro e periferia, quanto alle rispettive competenze legislative, ha suggerito di introdurre accanto all’accesso incidentale anche quello diretto, su ricorso delle autorità governative o, di volta in volta, di Regioni, Länder, Comunidades autónomas; nonché, in Germania, Spagna, Europa centro-orientale, di cittadini lesi in un loro diritto o libertà fondamentale da atti di volta in volta amministrativi, legislativi, giurisdizionali, emanati dai pubblici poteri, o persino da atti dei privati.” *Ibidem*, pp. 36 y 37.

¹⁸⁷ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI, cit.*, pp. 33 y 34.

introdutiva del proceso y no en la decisoria. Esta situación ha hecho que muchos sistemas de control de constitucionalidad queden fuera del campo que engloba este tercer modelo.

El hecho de que existan diversos ordenamientos en que la hibridación se da de manera diversa y con características del todo peculiares, ha ejercido una influencia determinante para que se hable de la existencia de un *quartum genus* de control jurisdiccional de constitucionalidad¹⁸⁸. Dentro de este cuarto modelo, las variantes son muy diversas entre sí, pero la característica que acerca a todos los sistemas que son encuadrados en él es un grado de hibridación importante entre los sistemas austriaco y norteamericano.

El desarrollo autónomo de las experiencias portuguesa¹⁸⁹, griega¹⁹⁰, rusa¹⁹¹ y estonia¹⁹², han sido señaladas desde hace tiempo como casos de parcial importación del modelo estadounidense, o más concretamente como evolución de desarrollos autóctonos. Además de estas experiencias, en América latina, dada la progresiva evolución de los ordenamientos, se han desarrollado sistemas que pueden ser incluidos en este cuarto

¹⁸⁸ La clasificación en cuatro modelos ha sido desarrollada por Lucio Pegoraro en *Giustizia costituzionale comparata, cit.*, pp. 17 y ss.

¹⁸⁹ El artículo 204 de la Constitución portuguesa establece que “en los hechos sometidos a enjuiciamiento, los Tribunales no pueden aplicar normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o en los principios formulados en ella”. Sin embargo, el ordenamiento portugués otorga competencia al Tribunal Constitucional para pronunciarse contra la decisión del juez que no aplica la ley cuando ésta sea impugnada. Asimismo, el Tribunal se encuentra investido de competencia para fiscalizar preventivamente la constitucionalidad de las leyes.

¹⁹⁰ El artículo 93.4 de la Constitución griega señala que los Tribunales no podrán aplicar ley alguna cuyo contenido sea contrario a la Constitución. Pero además, el art. 100 instituye un Tribunal Especial superior al que compete el enjuiciamiento de los litigios que versen sobre la anticonstitucionalidad de fondo o sobre el sentido de las disposiciones de una ley formal, en caso de que el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación o el Tribunal de Cuentas hayan dictado resoluciones contradictorias sobre las mismas.

¹⁹¹ El artículo 15 constitucional señala que la Constitución de la Federación Rusa tiene vigor jurídico superior, acción directa y se aplica en todo el territorio de la Federación. Además, señala que las leyes y las actas legislativas que se adopten en este país, no deben contradecir el texto constitucional. Este artículo, interpretado junto con el art. 5 de la ley sobre el ordenamiento judicial, impone a los jueces la aplicación directa de la constitución en caso de que una ley sea contraria a su texto; sin embargo, la ley que regula el Tribunal constitucional ruso, confiere a los mismos jueces el derecho de llevar la cuestión frente al Tribunal constitucional para que resuelva como órgano vértice de control.

¹⁹² En Estonia, según una tradición propia de algunos países escandinavos, bálticos y de la ex Unión Soviética, los tribunales declaran inconstitucionales las leyes, actos jurídicos o procedimientos que violen los derechos y las libertades de los ciudadanos establecidos por la Constitución o que sean contrarios en cualquier otro sentido al texto constitucional. No obstante lo anterior, la constitución precisa que en el curso de los procesos los tribunales “dejan de aplicar” las leyes y los demás actos inconstitucionales, mientras que corresponde sólo al Tribunal nacional la tarea de declarar la nulidad de éstos en caso de que sean contrarios a las disposiciones o el espíritu de la constitución.

modelo¹⁹³. En varios países latinoamericanos (v.g. Perú, Paraguay, Guatemala y Colombia) los jueces y tribunales ordinarios (en ocasiones sólo los de última instancia) pueden dejar de aplicar las leyes inconstitucionales, pero paralelamente existen tribunales o salas especializadas con competencia para asumir el juicio de constitucionalidad y declarar la nulidad de una ley. La hibridación en estos Estados opera incluso mezclando los modelos de la *judicial review* y el austriaco no ya en la fase de instauración del juicio concentrado, sino directamente en la decisoria. Además, en muchos países latinoamericanos, la presencia de procedimientos concretos de tutela de derechos como los de amparo, *habeas corpus*, *mandado de segurança*, *habeas data*, etc., permite la convivencia del control difuso-concentrado con estos particulares institutos que interesan también al campo del control de constitucionalidad¹⁹⁴. En el caso de México, por ejemplo, el control de constitucionalidad ha cambiado con las reformas de junio de 2011 y a partir de la resolución definitiva del expediente varios 912/2010 por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con la cual se implantó en nuestro sistema jurídico un nuevo modelo de control. Como indica José Ramón Cossío, a partir de las reformas constitucionales mencionadas y de la necesidad de insertar en nuestro orden jurídico la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla contra el Estado mexicano, la Suprema Corte generó una solución innovadora en materia de control de regularidad constitucional en dos sentidos. Por una parte, reiteró el control concentrado de constitucionalidad, introdujo el control difuso y estableció las condiciones generales de aplicación y alcance del principio *pro persona*, buscando crear una solución integral acerca del modo en que los órganos de los diversos órdenes jurídicos que componen el Estado federal, deben actualizar la supremacía constitucional¹⁹⁵.

El problema que surge de lo señalado hasta ahora es si, dada la relevancia cuantitativa del fenómeno, y a la luz de las soluciones originales adoptadas en diversos

¹⁹³ Sobre la evolución del control de constitucionalidad en latinoamérica véase, Fernández Segado, Francisco, “Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional”, *Revista española de derecho constitucional*, año 17, núm. 49, Madrid, 1997, pp. 79-118.

¹⁹⁴ Pegoraro, Lucio, “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional”, *cit.*, pp. 131 y ss. y para profundizar sobre el tema, del mismo autor, *Giustizia costituzionale comparata*, *cit.*, pp. 52-59.

¹⁹⁵ Cossío, José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 26, junio-diciembre de 2012, p. 32 y ss.

países, es correcto hablar de modelos híbridos o mixtos, derivados de los dos grandes sistemas (austriaco y estadounidense), o de la instauración de tipologías diferenciadas, cargadas de originalidad propia como consecuencia de “criptotipos” enraizados en la historia constitucional del ordenamiento y mantenidas durante mucho tiempo en estado de latencia¹⁹⁶.

2.2.4 Un caso peculiar: Francia y la evolución de su sistema de control

La evolución del sistema francés de control de constitucionalidad ofrece variantes interesantes que deben ser tomadas en cuenta si se quiere completar el cuadro de los prototipos de sistemas de control que se han afianzado en el mundo. La peculiaridad del caso francés deriva, principalmente, de la fuerza que adquiere la idea de la soberanía del parlamento a través de la historia de este país.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, donde la idea de soberanía parlamentaria carece de arraigo probablemente porque para los ciudadanos de este país la hegemonía parlamentaria tiene el odiado significado hegemonía del Parlamento británico¹⁹⁷, en Francia, desde un primer momento, el constitucionalismo revolucionario identifica la soberanía nacional, solemnemente reconocida en el artículo 3 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, con la soberanía del órgano en que aquélla se deposita, es decir, con la soberanía parlamentaria. En consecuencia, la ley que emana del mismo, “expresión de la voluntad general” según la idea de Carré de Malberg empleada por el artículo 6 de dicho texto, no puede ser, en tanto que tal, sino un acto necesariamente ajustado a la constitución¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Pegoraro, Lucio, “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional”, *cit.*, pp. 131 y ss.

¹⁹⁷ Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu?”, *cit.*, p. 19.

¹⁹⁸ Pardo Falcón, “Nota sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 72, Madrid, 1991, pp. 244 y 245. Véase también Turpin, Dominique, *Le Conseil constitutionnel. Son rôle, sa jurisprudence*, 2a. ed., París, Hachette, 2000, p. 7 y ss. Además, sobre la idea de la ley como expresión de la voluntad general Carré de Malberg, Raymond, *Teoría General del Estado*, 2a. ed., México, Facultad de Derecho de la UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1998; Pfersmann, Otto, “Carré de Malberg y la jerarquía normativa”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 4, México, 2001, pp. 153 y ss., y Jiménez Asensio, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 82.

Esta idea que se tiene de la ley y del Parlamento explica por sí misma la radical oposición que existió en la Francia de finales del siglo XVIII a cualquier tipo de control externo de la actividad de aquél. Precisamente por esto, como ya se dijo, en las pocas ocasiones en que se instituyó el control de constitucionalidad en los textos constitucionales bonapartistas de 1799 y 1852, no fue con el fin de garantizar la aplicación de la norma fundamental frente al legislador, sino para reforzar al poder ejecutivo frente al legislativo. La constitución de 1799 (año VIII de la era republicana), que instaura el régimen del Consulado, creó un “Senado conservador” cuyas atribuciones consistían en controlar la constitucionalidad de las leyes y de los actos del primer cónsul y proponer los *senatus-consultus* de reforma a la constitución. Este Senado conservador, sin embargo, perdió su crédito al dar validez legal sistemáticamente a las decisiones del primer cónsul, Napoleón Bonaparte, incluso cuando decidió sustituir el régimen republicano por el Imperio. Sin embargo, la ausencia de este Senado no fue muy larga pues la constitución de 1852, elaborada por Luis-Napoleón Bonaparte -sobrino de Napoleón I y futuro Napoleón III-, se inspiró en la constitución del Consulado y restableció el Senado conservador, cuyos miembros eran nombrados por el mismo emperador¹⁹⁹.

Estas experiencias que, a decir de Julien-Lafferrière, no son sino una parodia de control de la constitucionalidad, explican por qué en las constituciones republicanas no existía ningún órgano encargado de dicho control, pues una institución de este tipo era considerada como contraria a la soberanía de la ley y del parlamento. Es por eso que las leyes constitucionales de 1875, que instituyen la III República tras la derrota del Segundo Imperio, no previeron ningún mecanismo de control de la constitucionalidad. Eso también explica que la constitución de 1946, que establece la IV República, si bien crea un “Comité constitucional” -integrado por el presidente de la República, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Consejo de la República (segunda cámara legislativa) y diez miembros más, elegidos por las dos cámaras-, no le da los medios de cumplir su misión, pues excluye del control las disposiciones del preámbulo, que proclaman los derechos

¹⁹⁹ Julien-Lafferrière, François, “Las insuficiencias del control de la constitucionalidad de las leyes en Francia”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, pp. 585 y 586.

reconocidos a los ciudadanos y establece que, en caso de contrariedad entre una ley y la constitución, la ley podía ser promulgada tras una modificación de la constitución. De esta forma, la constitución cede ante la ley y no la ley ante la constitución, lo que significa que la ley, última expresión de la voluntad del pueblo, tiene el mismo valor jurídico que la constitución²⁰⁰. Se llega así a la constitución de 1958 y al nacimiento de la Quinta República con un control de constitucionalidad efectivo pendiente de creación. Sin embargo, la constitución de 1958 va a poner fin a esta circunstancia al conferir el control de constitucionalidad de las leyes a un nuevo órgano: el *Conseil constitutionnel*.

En este contexto se da en Francia una verdadera revolución jurídica al instituir un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes de tipo preventivo, que el Constituyente quiso que fuera eficaz y capaz de mantener al Parlamento dentro de facultades limitadas a las materias señaladas por la constitución. Al definir el ámbito legislativo estrictamente delimitado y al disponer que todas las materias que no son incluidas en este ámbito son reglamentadas por el gobierno, la Constitución de 1958 abandona la doctrina de la soberanía parlamentaria y legislativa, erige al gobierno al rango de legislador común y hace necesario un control del cumplimiento por parte del parlamento de sus facultades y, al mismo tiempo, protege las del gobierno. El constituyente francés, al instaurar el Consejo constitucional, en principio no pretende crear un órgano de control del contenido de las leyes o de protección de los derechos individuales, sino de la conformidad de las leyes a las reglas de competencia, a fin de mantener al poder legislativo en su ámbito y evitar que invadiera el ámbito del poder ejecutivo. Esta situación hizo que en los primeros años de su existencia, el Consejo constitucional hiciera poco uso de sus facultades; sin embargo, la situación cambió radicalmente en 1971, cuando a petición de Alain Poher, presidente del Senado en ese

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 587. Véase también Turpin, Dominique, *Le Conseil constitutionnel*, cit. pp. 13 y 14. El Comité constitucional no tiene naturaleza jurisdiccional pues, como indica Pardo Falcón “existe un acuerdo unánime en considerar que el Comité Constitucional no responde en modo alguno a las características de una jurisdicción constitucional, tratándose más bien de un órgano que realizaba una tarea política de conciliación y arbitraje entre ambas Cámaras. En este sentido, no deja de ser significativo el hecho de que en ninguna parte de la Constitución se haga referencia a un hipotético control de constitucionalidad. En realidad, como ha destacado la doctrina, lo que hace el Comité Constitucional es todo lo contrario: efectuar un *control de legalidad* de la Constitución”. Pardo Falcón, Javier, “Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia”, cit., p. 257.

entonces, se atribuyó al Consejo la facultad de verificar la conformidad de las leyes no solamente con los artículos de la Constitución de 1958, sino también con su preámbulo y, consiguientemente, con el preámbulo de la Constitución de 1946 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789²⁰¹. Esta situación, aunada a la posibilidad que en 1974 se dio a un grupo de sesenta diputados o sesenta senadores, de someter una ley al control de la constitucionalidad (*saisine parlementaire*), hizo que el Consejo adquiriera un papel fundamental en la vida política y jurídica francesa. Desde esa época, el gobierno al elaborar los proyectos de ley y el parlamento al votarlos, siempre tienen en cuenta la posibilidad de que el Consejo constitucional declare la ley contraria a la constitución y prohíba su promulgación. De este modo, la mera amenaza de una declaración de inconstitucionalidad disuade a los actores del procedimiento legislativo de asumir el riesgo de adoptar disposiciones cuya conformidad con la constitución sea dudosa²⁰².

Sin embargo, el control de constitucionalidad de leyes que llevaba a cabo el Consejo constitucional hasta antes de 2003 era un control *a priori*, que sólo era efectuado con carácter preventivo antes de la promulgación de la ley y, por lo tanto, antes que la ley entrara en vigor y fuera concretamente aplicada. Es esta situación la que dota de una peculiaridad importante al control en la Francia de la Quinta República. El carácter preventivo del control y otras características propias del sistema francés (como la integración del Consejo constitucional) han hecho que se ponga en duda el carácter jurisdiccional del control de constitucionalidad en este país. De hecho, Manuel Aragón señala, respecto a la primera característica, que el carácter jurisdiccional del control previo es bastante dudoso pues este tipo de control tiene por objeto leyes aún no perfectas o

²⁰¹ Julien-Laferrière, François, “Las insuficiencias del control de la constitucionalidad de leyes en Francia”, *cit.*, p. 589. Sobre el particular Louis Favoreu y Xavier Philippe escriben: “La décision fondatrice du 16 juillet 1971 (Liberté d'association) a déclenché un processus de changement profond de l'institution et de son rôle. D'un seul coup, la Constitution était dotée de deux déclarations des droits, l'une -la Déclaration des droits de l'Homme de 1789- consacrant essentiellement les droits-libertés, l'autre - le Préambule de la Constitution de 1946- consacrant les droits économiques et sociaux et notamment les droits-créances”. Favoreu, Louis y Xavier Philippe, *La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958*, París, Conseil constitutionnel, 2008. Disponible en los *dossiers-thematiques* que pueden encontrarse en: www.conseil-constitutionnel.fr.

²⁰² Julien-Laferrière, François, “Las insuficiencias del control de la constitucionalidad de leyes en Francia”, *cit.*, p. 590.

proyectos de ley, es decir, actos, por supuesto “relevantes para el derecho”, pero no actos ya integrados en el ordenamiento, porque aún no han nacido como normas²⁰³. Esta situación, señala Aragón, hace que no se haya producido, cuando se impulsa y se realiza el control, infracción alguna del ordenamiento, es decir, vulneración del canon o parámetro de control, que es, justamente, lo único que haría válida la intervención del órgano controlante como intervención jurisdiccional. En consecuencia, la resolución del órgano controlante no puede anular o inaplicar, no puede restablecer el orden infringido o vulnerado, sino sólo exponer una opinión, vinculante, sí, para el legislador o para el órgano que habría de promulgar la ley, pero nada más. La imposible alegación de infracción jurídica (requisito esencial) y la necesaria ausencia, en la resolución estimatoria, de potestad reparadora de infracciones cometidas, hacen, para Aragón, que la actividad ejercida por el órgano controlante en el recurso previo no sea propiamente una actividad jurisdiccional, sino exactamente consultiva²⁰⁴.

No obstante estos apuntes, la evolución que ha vivido el sistema de control en Francia a partir de la década pasada, con la introducción de formas de control de constitucionalidad sucesivo, hacen del control ejercido por el Consejo constitucional un control de carácter jurisdiccional. Ya desde el año 2003, el Consejo había iniciado una nueva etapa al permitirse el acceso al control, al tenor del artículo 10 de la ley constitucional 2003-276, a los entes de ultramar interesados cuando constatasen que una ley estatal había invadido su competencia. Sin embargo, esta modificación no había convencido a muchos doctrinarios sobre el carácter jurisdiccional del control en Francia y muchos de ellos seguían pugnando por el establecimiento en este país de formas de control sucesivo²⁰⁵. Este afán por parte de la doctrina se vio materializado (aunque sea parcialmente) con la reforma constitucional del 23 de julio de 2008, a través de la ley constitucional 2008-724, que añadió una nueva forma de control sucesivo de

²⁰³ Aragón Reyes, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *cit.*, pp. 29 y 30. Cabe aclarar, sin embargo, que Aragón no se refiere en concreto al caso francés dado “lo controvertido del carácter judicial” de este sistema. No obstante lo anterior, se señalan los planteamientos de este autor en lo que tiene que ver con el carácter preventivo del control.

²⁰⁴ *Idem.*

²⁰⁵ Así por ejemplo, Julien-Laferrrière, François, “Las insuficiencias del control de la constitucionalidad de leyes en Francia”, *cit.*

constitucionalidad. Con esta reforma, como señala Favoreau, se da una revolución en el control de constitucionalidad *à la française*²⁰⁶, pues se añade a la constitución un artículo 61-1 que establece que: “Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo constitucional que se pronunciará en un plazo determinado”. Bautizada generalmente como *exception d'inconstitutionnalité*²⁰⁷, esta nueva forma de acceso al Consejo constitucional, no deja duda del carácter jurisdiccional del modelo francés y, además, se muestra como una etapa importante del proceso evolutivo del control de constitucionalidad en Francia.

2.3 La difusión de los modelos

Durante la segunda parte del siglo XX, la difusión de los modelos de control que pueden considerarse como prototípicos, se ha expandido (aunque con variados matices) por todos los continentes. Hoy en día hablar en el mundo de un Estado liberal-democrático significa también referirse a la existencia de un sistema de control de contitucionalidad con el que se asegura la vigencia de la norma fundamental²⁰⁸. Esta evolución del control, se ha visto reforzada con la matriz expansionista del control jurisdiccional de constitucionalidad, que ha hecho posible la circulación de los modelos austriaco, norteamericano, incidental, preventivo y de las diversas combinaciones que entre éstos se han generado.

²⁰⁶ Favoreu, Louis y Philippe, Xavier, *La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958*, cit., p. 9.

²⁰⁷ A partir de lo establecido en la Ley Orgánica de 10 de diciembre de 2009 relativa a la aplicación del artículo 61-1 de la Constitución esta modalidad de acceso se conoce como *question prioritaire de constitutionnalité*.

²⁰⁸ Louis Favoreu escribe al respecto que “Le développement de la justice constitutionnelle est certainement l'événement le plus marquant du droit constitutionnel européen de la seconde moitié du XXe. siècle. On ne conçoit plus aujourd'hui de système constitutionnel qui ne fasse place à cette institution, et en Europe toutes les nouvelles Constitutions ont prévu l'existence d'une Cour constitutionnelle. Toutefois, meme si la plupart des Cours constitutionnelles se situent effectivement en Europe, et meme plus précisément en Europe continentale, cette nouvelle forme de justice constitutionnelle est apparue en Amérique latine et en Asie, après s'être installée également en Afrique. Donc, s'il y a un 'modèle européen' de justice constitutionnelle, comme il y a un 'modèle américain', il est bien evident que ces deux modèles sont susceptibles de recevoir application dans d'autres systèmes que ceux dans lesquels ils ont pris naissance”. Favoreu, Louis, *Les Cours constitutionnelles*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1996, p. 3.

Las razones de esta difusión son muchas, entre ellas, son evidentes la superación de las viejas ideas de la soberanía parlamentaria, el afianzamiento del pluralismo, la consolidación de la jurisdicción constitucional como una instancia irrenunciable para las democracias, el nacimiento de la idea de Estado constitucional y la evolución del derecho constitucional comparado que ha permitido, a través de la observación y la circulación de los estudios sobre los sistemas de control, concebir nuevos instrumentos tendientes a garantizar la vigencia del texto constitucional.

En el continente americano, después de la experiencia de los Estados Unidos se comenzaron a estructurar sistemas de control que, en principio, se afiliaron a un modelo político de control de constitucionalidad²⁰⁹, pero que posteriormente adoptaron un control judicial que tomó como base la *judicial review* norteamericana y que se combinó con un trasfondo hispánico y portugués de más de tres siglos perteneciente al sistema romano canónico. Esta mezcla produjo instituciones peculiares que se apartaron del modelo estadounidense, en cuanto se establecieron instrumentos procesales desarrollados en ordenamientos especiales, por lo que la propia revisión judicial comenzó a aplicarse a través de numerosos procedimientos, a pesar de que la *judicial review*, de la que tomaron las bases, no era una vía particular, sino un principio, según lo había hecho notar ya Grant²¹⁰. De esta manera, se forjaron modelos peculiares en los que se combina el control difuso con el control concentrado, como ocurre en los casos de Perú, Guatemala, Ecuador y Honduras o en las experiencias particularísimas de México, Brasil y Argentina. Sin embargo, el modelo de control difuso se adopta también de manera más pura en Canadá cuyo esquema, perteneciente a la tradición del Common Law, permite un mayor acercamiento a la concepción estadounidense de control.

La recepción del modelo austriaco y de la adopción de un Tribunal *ad hoc* que conoce de los procedimientos de conformidad de las leyes con el texto constitucional, también se ha notado en el continente americano. Sin embargo, como menciona Fernández

²⁰⁹ Este modelo, con arreglo al cual se asignaba a órganos políticos (v.g. el Congreso) fue copiado de algunas constituciones francesas del periodo revolucionario, así como de la Constitución de Cádiz de 1812. Véase García Belaunde, Domingo, “La acción de inconstitucionalidad en el Derecho comparado”, *Lecturas Constitucionales Andinas*, núm. 1, Lima, 1991, p. 183 y ss.

²¹⁰ Fix-Zamudio, “La justicia constitucional en América Latina”, *cit.*, pp. 457 y 458.

Segado²¹¹, la preponderante influencia del control jurisdiccional de tipo norteamericano ha propiciado que, en una suerte de variante del modelo austriaco, los ordenamientos latinoamericanos hayan conservado, simultánea o paralelamente, la facultad de los jueces ordinarios, o de algunos de ellos al menos, de decidir con efectos ordinarios (esto es, *inter partes*) sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas en los casos concretos que han de conocer²¹². Ejemplos de esta variante en la que existe un órgano especializado son Perú, Guatemala, o el caso particular de Costa Rica, que confía el control de constitucionalidad a una Sala Constitucional de la Suprema Corte.

El modelo de control incidental y el modelo preventivo, aun cuando non han ejercido un influjo tan notorio como el austriaco o el norteamericano, se encuentran también presentes en el continente americano. Así lo demuestran, con particularidades propias, el caso de Panamá y su control incidental, así como el sistema colombiano, que prevé una especie de control preventivo.

Por su parte, en Europa el modelo que ha ejercido una mayor influencia es el sistema austriaco. En este continente, la estable difusión de las Cortes constitucionales se remonta al período posterior a la Segunda Guerra Mundial, con la reactivación de la Corte austriaca en 1946 y las previsiones (aunque con las características propias de las que ya se ha hablado) en la Constitución italiana de 1948 y la ley fundamental alemana de 1949²¹³. A estas experiencias se añaden otros intentos de control constitucional centrados en un órgano jurisdiccional especializado, entre los cuales se pueden mencionar Chipre (1960), Turquía (1961), España (1978) y Andorra (1993). Asimismo, la idea de un órgano

²¹¹ Fernández Segado, Francisco, “Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica”, *cit.*, p. 87.

²¹² Véase Carpizo, Jorge y Héctor Fix-Zamudio, “Amérique Latine”, en Favoreu Louis y Jolowicz, John-Anthony, *Le contrôle juridictionnel des lois (Légitimité, effectivité et développements récents)*, París, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1986, pp. 119 y ss. Para profundizar sobre el argumento véase, más recientemente, Rozo Acuña, Eduardo, *Le garanzie costituzionali nel diritto pubblico dell’America Latina*, Turín, Giappichelli, 2006, p. 11 y ss.

²¹³ Un interesante análisis de las causas determinantes de que el control de constitucionalidad no se afianzara en Europa durante el siglo XIX puede encontrarse en Starck, Christian, “La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 7, 2003, p. 485 y ss.

especializado se refleja en las experiencias de países del este de Europa como la República Checa²¹⁴, Eslovaquia, Hungría, Croacia, Albania, etc.

Las hibridaciones también están presentes en el continente europeo y así tanto Portugal como Grecia son ejemplos de modelos mixtos con características propias del control difuso y del control concentrado. A estos ejemplos particulares, se suman las experiencias de Rumania, Hungría, Irlanda, Bulgaria, Eslovenia y Ucrania, en donde, además de otras formas de control, se recibe la influencia francesa al establecerse en sus sistemas de control ciertas derivaciones del control preventivo²¹⁵. El modelo norteamericano tampoco es ajeno a la experiencia europea y su influencia es evidente en países como Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Noruega y Suecia.

El continente africano también ha recibido algunas características del modelo austriaco y de ello dan cuenta, por ejemplo, los tribunales de Angola, Benín y Burundi. El modelo francés, por su parte, ha influenciado, por ejemplo, a Chad y Mali. Variantes del sistema difuso se encuentran presentes también en Nigeria, Kenia, Uganda y Sudáfrica (cuyo sistema es una mezcla de elementos de *common law* y del *bóer roman-dutch law*).

En Asia la influencia de los modelos prototípicos también ha estado presente. Existen tribunales constitucionales, por ejemplo, en Tailandia y Corea del Sur, mientras que el modelo norteamericano ha ejercido un influjo importante en la India y ha aportado algunas características al sistema de control japonés.

Finalmente, en Australia, por la tradición de *Common Law* a la que se encuentra ligado este país, el modelo difuso ha aportado características importantes al sistema de control de la constitucionalidad²¹⁶.

²¹⁴ La Corte constitucional checa es la primera que aparece en el continente Europeo (1920) y tiene una gran influencia del pensamiento kelseniano; sin embargo, las vicisitudes que vivió este país, no le permitieron consolidarse como un sistema de control efectivo, sino hasta época reciente.

²¹⁵ Formas de control preventivo se encontraban también en Italia hasta el 2001 y en España hasta 1985.

²¹⁶ En este caso, sin embargo, hay ciertas características que deben tomarse en cuenta y que otorgan ciertos rasgos determinantes al sistema de control australiano. Una de ellas, es planteada por Lucio Pegoraro, al señalar que “Il grado di accentramento del controllo di costituzionalità, che pure qualsiasi giudice può esercitare nei confronti delle leggi federali o statali, appare maggiormente accentuato, anche in virtù dei poteri conferiti all’Alta Corte d’Australia dal *Commonwealth of Australia Constitution Act* del 1900, dalla legislazione attuativa dell’art. 76 [*Judiciary Act 1903, High Court of Australia Act 1979*], nonché dalla evoluzione giurisprudenziale, che ha individuato il principio uniformatore dell’attività svolta dall’Alta Corte, come ebbe a dire il giudice Isaacs nel 1908, ‘interpreting a word of phrase in the Constitution’”. *Giustizia costituzionale comparata*, cit. p. 74.

Este mapa, si bien no es exhaustivo, hace evidente que los modelos prototípicos de control de constitucionalidad han ejercido un influjo importante más allá de las fronteras en que fueron concebidos. Sin embargo, cada sistema, dentro del marco del Estado nacional, adopta características que lo definen y diferencian de los demás o en muchas ocasiones se inspira en más de un prototipo, por lo que las formas y tipologías que este control puede asumir son muy diversas en razón de las múltiples variables que pueden combinarse de manera diferente, así como del papel que juega el sistema de control en el ámbito institucional. Todos estos factores, sin embargo, deben tomarse en cuenta en una construcción teórica, pues la manera en que las diferencias entre los modelos se han ido desvaneciendo, aporta un elemento importante que debe considerarse al momento de proyectar una teoría del control jurisdiccional de constitucionalidad.

3. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: ORGANIZACIÓN, ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO

El control jurisdiccional de constitucionalidad, como se ha visto, constituye hoy en día un elemento característico del constitucionalismo contemporáneo. Este tipo de control, que se ejerce a través de las distintas jurisdicciones que se han ido configurando y consolidando a lo largo y ancho del planeta, presenta ciertas características procesales y organizativas que determinan su papel dentro de la dinámica institucional de un determinado Estado. No cabe duda que los rasgos procesales de los sistemas de control son frecuentemente estudiados e incluso se presentan como instrumentos determinantes en la definición y clasificación de los diversos modelos de control existentes; sin embargo, no ocurre lo mismo en lo que concierne a las reglas de organización, estructura y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales controlantes, pues estas reglas sólo son esporádicamente objeto de estudio de quienes se dedican al análisis del control de constitucionalidad. La razón tiene que ver quizá con la idea de que un estudio sobre los aspectos organizativos de los órganos de control jurisdiccional de constitucionalidad, puede ofrecer pocos frutos de carácter teórico que se reflejen en propuestas prácticas dentro de los diversos sistemas en que el control de constitucionalidad se lleva a cabo a través de la vía jurisdiccional. Y es que no cabe duda que entre la doctrina se ha afianzado la idea kelseniana de que, en lo que se refiere a la organización de las jurisdicciones

constitucionales, no puede proponerse una solución uniforme para todas las constituciones posibles, pues ésta debe modelarse sobre las particularidades de cada una de ellas²¹⁷. Esta afirmación, aun cuando tiene mucho de verdad, ha provocado un cierto aletargamiento doctrinal cuyo resultado ha sido, en ciertos aspectos, el olvido de un aspecto fundamental del control jurisdiccional de constitucionalidad: la forma en que se organizan y estructuran los órganos controlantes refleja en buena medida el papel que juega este tipo de control en un determinado Estado²¹⁸. Por ello, en este capítulo se analizarán las reglas sobre la organización, estructura y funcionamiento de la jurisdicción constitucional²¹⁹, con el fin de no caer en la inercia doctrinal aludida y, de esta forma, contribuir al debate sobre un tema tan importante en el ámbito del control jurisdiccional de constitucionalidad.

3.1 El órgano de control

Dentro de los aspectos organizativos del control jurisdiccional de constitucionalidad, un aspecto de suma importancia es la posición y forma que asumen los órganos de control. Al respecto, son dos las formas principales en que se presentan estos órganos: como órganos de control *ad hoc* situados fuera del clásico esquema tripartito de poderes y como Tribunales supremos o secciones de éstos colocados en el vértice del poder judicial, pero que ejercen también funciones de control de constitucionalidad. Esta doble forma estructural del órgano de control ha despertado distintos debates doctrinarios que se refieren a su posición como un Tribunal constitucional o simplemente como órganos pertenecientes a una jurisdicción constitucional pero que no pueden considerarse propiamente como tribunales constitucionales. Louis Favoreu, al tratar este tema desde un punto de vista simplemente formal, señala que un Tribunal (Corte o Consejo) constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente del

²¹⁷ Véase Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., p. 57.

²¹⁸ Sobre este punto son muy interesantes los planteamientos que hace Paolo Carrozza en “La giustizia costituzionale e i suoi modelli: il problema delle regole su organizzazione e funzionamento. Sintesi di un dibattito”, en Costanzo, Pasquale, (coord.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 459 y ss.

²¹⁹ Considerando sólo al órgano supremo de control y no a los jueces ordinarios de instancias inferiores que participan también en el control difuso de constitucionalidad, cuyas reglas de estructura, organización y funcionamiento se rigen por las determinaciones impuestas a la jurisdicción ordinaria.

contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos²²⁰. Esta posición, sin embargo, es muy débil si consideramos, con Fernández Rodríguez, que

[el] rasgo de la no ubicación en el Poder Judicial no es decisivo para la naturaleza del órgano, sino que más bien se trata de un elemento que ayuda a la caracterización del mismo. [Ello porque] habrá órganos que perteneciendo efectivamente al Poder Judicial [son] de jurisdicción constitucional. Es el caso de Alemania, en cuya *Grundgesetz*, en su artículo 92, puede leerse que [el control de constitucionalidad] “se encomienda a los jueces del Poder Judicial, que será ejercido por el Tribunal Constitucional, por los tribunales federales que se prevén en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los estados”. Y también sirve como ejemplo Estonia, en donde el Tribunal Supremo, que es el más alto tribunal del país cuyas salas Civil, Criminal y Administrativa resuelven las apelaciones contra las resoluciones de los tribunales de distrito. Lo mismo sucede con Bielorrusia, Eslovaquia, Letonia, Luxemburgo, la República Checa y Rusia, que ubican al órgano especializado de control de la constitucionalidad en la parte que en cada constitución se corresponde con el poder judicial²²¹.

Es evidente entonces que una concepción sobre el órgano de control desde el punto de vista meramente formal es limitada y puede superarse fácilmente si se toma también en cuenta el enfoque material, que identifica a un tribunal constitucional con el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental. Ferrer Mac-Gregor, considerando ambos enfoques²²² ha señalado que se entiende por “tribunal constitucional

²²⁰ Favoreu, Louis, *Les Cours constitutionnelles*, cit. p. 3.

²²¹ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit. p. 55.

²²² Y tomando en cuenta además que “en algunos países donde se adopta el sistema americano o difuso de control constitucional, el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía funge materialmente como tribunal constitucional, como por ejemplo, sucede en los Estados Unidos de Norteamérica, donde si bien las resoluciones de la Corte Suprema Federal operan sólo para el caso particular, en la práctica tienen efectos generales, debido a la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial derivado de la doctrina del stare decisis; por lo que aunado al writ of certiorari introducido desde el año de 1925 consistente en la facultad discrecional para conocer de los asuntos relevantes y trascendentes del país, la Corte Suprema resuelve mayoritariamente asuntos de índole constitucional. En cambio, algunos tribunales constitucionales formalmente considerados han ampliado considerablemente sus facultades al conocer de asuntos

a los altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional”²²³.

Esta concepción, sin embargo, si bien logra superar los problemas derivados de la asimilación de cualquier jurisdicción constitucional concentrada a los tribunales

difícilmente de ubicar de contenido constitucional o legal, como por ejemplo sucede con el Tribunal constitucional español, al conocer del recurso de amparo por violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la vigente Constitución de 1978 [situación que intentó ser cambiada con la reforma al sistema de control de constitucionalidad en España]”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los Tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, en *Idem*, (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cit., t I, pp. 242 y 243. La dificultad para separar tajantemente las jurisdicciones constitucional y ordinaria es señalada por Lech Garlicki, quien señala que “The general idea of delimitation appears relatively simple. The resolution of all cases and controversies of a constitutional dimension should be monopolized within the constitutional court, whereas the resolution of all cases and controversies involving the application of ordinary legislation (and, in particular, of the different ‘codes’) should belong to the exclusive province of the ordinary courts (and, ultimately, to the supreme court). This seemed to be Kelsen’s initial idea. The first version of the 1920 constitution of Austria limited the powers of the constitutional court to the abstract review of legislation and did not provide for any direct links between the judicial application of statutes and the jurisdiction of the constitutional court. However, within a decade a procedure for the incidental review of statutes by the constitutional court was introduced in Austria. Since then, different combinations of abstract and incidental review of statutes have become a common feature of all the constitutional courts gradually emerging in Europe [...] But the most radical departure from the idea of the separation of jurisdictions emerges with the procedures for constitutional complaint (*Verfassungsbeschwerde* or *amparo*), introduced, at first, in Austria (albeit in a limited form) and later adopted (in a full version) in Germany, in Spain, and in several of the new democracies of Central and Eastern Europe. Both procedures -incidental review and the constitutional complaint- modified the idea of the separation of judicial functions in this way: they invite the constitutional courts to participate in the adjudication of individual cases by ordinary jurisdictions, either by revolving preliminary questions of the constitutionality of statutes or by reviewing the constitutionality of final judicial decisions. Thus, even from a procedural perspective, it has never been possible to provide for a truly genuine separation of jurisdictions; in almost all the countries that decided to establish a separate constitutional court, this court’s powers eventually intervened in some areas traditionally controlled by the supreme court. However, the problem remained somewhat hidden as long as -according to the European tradition- national constitutions were regarded mainly as political instruments rather than as the supreme law of the land. Thus, judicial bodies had only a limited competence to intervene in constitutional/political controversies. Furthermore, at the beginning of the twentieth century, only a few countries were ready to have their constitutions incorporate a developed catalogue of individual rights. Some, such as Austria or France, concentrated their regulations on governmental structures; others, Weimar Germany, for example, limited the constitutional enforceability of their bills of rights. As a consequence, ordinary courts had only very occasional opportunities to apply constitutional provisions when deciding civil (administrative) or criminal cases, and the constitutional court -if it existed at all- had even fewer opportunities to decide cases related to the legal status of an individual”. Garlicki, Lech, “Constitutional courts versus supreme courts”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, núm. 5, 2007, pp. 46 y 47.

²²³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los Tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, cit., pp. 242 y 243. Además véase también Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002, pp. 55 y 56.

constitucionales o la identificación de éstos sólo con el ejercicio de competencias en materia de procesos constitucionales, deja de lado algunos aspectos importantes relacionados con el estatuto de estos órganos de control. El primero de ellos es su carácter de órganos constitucionales de única instancia. Como lo señala Rubio Llorente, este tipo de órganos de control, son órganos constitucionales en cuanto que su existencia, su composición y sus funciones, al menos en grandes líneas, están establecidas en la Constitución²²⁴. Además, este carácter también deriva del hecho de que estos órganos son componentes fundamentales en la estructura constitucional del Estado pues, siendo supremos en su orden y al no existir relaciones de subordinación respecto de otros órganos (sino sólo de coordinación) están sometidos únicamente a la constitución y por tanto extienden su autoridad a todos los operadores jurídicos que se encuentran sometidos al imperio del texto constitucional²²⁵.

Estos órganos debido a su carácter jurisdiccional, deben ser independientes, lo que les otorga los necesarios perfiles de autonomía que reclama su estatuto constitucional²²⁶. Esta autonomía, en muchos casos, le permite al órgano completar las normas de funcionamiento y procedimiento que establece la constitución y la ley que regula al órgano de control. A este tipo de autonomía se suman, frecuentemente, la autonomía financiera, que permite al órgano establecer sus necesidades presupuestarias y ejecutar su propio presupuesto sin interferencias exteriores²²⁷, así como la autonomía administrativa, que le

²²⁴ Rubio Llorente, Francisco, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 12, núm. 35, Mayo-Agosto de 1992, p. 14.

²²⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, “La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 1, 2004, pp. 62 y ss. Este autor señala además que “Los Tribunales constitucionales dictan sentencias que tienen valor de cosa juzgada y gozan de imperio, además de ser irrevocables, no pudiendo ser desconocidas por ningún otro órgano estatal o persona dentro del respectivo Estado”.

²²⁶ Los Tribunales constitucionales, dice Humberto Nogueira, “son tribunales independientes, ya que ejercen sus funciones sin que ningún otro órgano constitucional pueda interferir en sus funciones específicas, ya sea avocándose causas pendientes, revisando los contenidos de los fallos, ni reviviendo causas resueltas, ni darle instrucciones sobre su contenido jurisdiccional”, “La independencia y responsabilidad del juez constitucional”, *cit.* En materia de administración y disciplinaria también se refleja esta independencia en la mayoría de los órganos de control. Así sucede, por ejemplo, en México, donde de conformidad con el artículo 94 constitucional, a pesar de la existencia del Consejo de la Judicatura Federal, la administración, vigilancia y disciplina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, le sigue correspondiendo a este órgano jurisdiccional.

²²⁷ Esto no ocurre, por ejemplo, en Austria, en donde la administración del Tribunal Constitucional depende del Gobierno Federal; mientras que, al contrario, existen textos constitucionales en los que la independencia

concede al órgano la competencia de fijar un organigrama interno tanto con asesores jurídicos y otro personal a sueldo del órgano de control, además de una serie de medios bibliográficos y técnicos que le permiten desarrollar sus funciones de la mejor manera posible²²⁸. En ocasiones, el órgano de control goza de la inviolabilidad de su sede o de “jurisdicción doméstica”, es decir, de la facultad de conocer y resolver los recursos interpuestos por su personal, al que no está consentido presentar recursos que tengan que ver con su actividad en el órgano de control frente a la jurisdicción ordinaria²²⁹.

Pero los órganos de control no sólo son órganos constitucionales y con carácter jurisdiccional, sino que son también órganos políticos. No obstante lo anterior, la naturaleza política del órgano de control, como ha señalado César Landa, no debe entenderse en el sentido tradicional del término, como puede ser el de “hacer política”, sino como el de una institución encargada de “hacer derecho” cuyas determinaciones en muchas ocasiones tienen efectos políticos. Y es que los órganos jurisdiccionales de control son voceros del poder constituyente en la medida en que actúan como intérpretes supremos de la constitución y, por tanto, sus decisiones pueden tener en muchas ocasiones efectos sobre la vida política de un Estado²³⁰.

Éstas son algunas de las características que, aunadas al estatuto personal de los integrantes del órgano de control, las actividades desarrolladas por sus dependientes, y las distintas oficinas y medios con los que cuenta para cumplir con sus funciones, reflejan en buena medida, como se mostrará a continuación, la importancia del papel que el órgano de control juega en un determinado Estado.

y autonomía del Tribunal constitucional está expresamente señalada, como ocurre en el caso de Serbia (art. 166 constitucional).

²²⁸ Véase Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., p. 56. Esta autonomía administrativa en ocasiones es muy importante. En México, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia tiene facultades amplias para nombrar y remover a sus secretarios y demás funcionarios y empleados (art. 97 constitucional).

²²⁹ Esto ocurre, por ejemplo, en Italia, donde la llamada *autodichia* está contemplada a favor de la Corte constitucional. Esta facultad, sin embargo, es para muchos contraria a la constitución, pues priva a los empleados de la Corte de un justo proceso en el que exista el requisito del juzgador como tercero imparcial. En este sentido, se ha pronunciado Ugo Spagnoli, mientras fungía como juez de la Corte constitucional italiana. Véase Spagnoli, Ugo, “Appunti di un giudice costituzionale”, en Costanzo Pasquale (coord.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., p. 27.

²³⁰ Cfr. Landa, César, “Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional*, cit., t. II, p. 242.

3.2 Los integrantes del órgano de control

En la mayor parte de los países en que existe un control de constitucionalidad, esta función es asignada a jueces constitucionales. Este hecho no se da por mera casualidad, sino que es fruto de la necesidad de proteger el texto constitucional a partir de dos exigencias fundamentales que, aunque parecen contradictorias, en realidad son complementarias entre sí: la conservación del ordenamiento jurídico y su evolución.

A través del control de constitucionalidad es necesario asegurar que las normas constitucionales sean respetadas aún por encima de los movimientos de las fuerzas políticas que concurren a la creación de las leyes; pero también es fundamental que la constitución no se haga rígida al punto de convertirse en un texto fijo e inmutable que sea anacrónico y que no responda a la evolución de las exigencias sociales. Es indispensable entonces que exista un sistema en el cual, a través de la interpretación de las disposiciones constitucionales, sea posible que la constitución se adecue a las necesidades colectivas con independencia de los vaivenes de las mayorías parlamentarias. Esta tarea, por la naturaleza propia de la función jurisdiccional, puede ser razonablemente asignada a los jueces constitucionales, que al interpretar la constitución y determinar su contenido protegiendo su sistema de valores a través de situaciones concretas, actúan como punto de equilibrio entre la inestabilidad política del legislador y el estatismo del texto producido por el constituyente. La función del juez constitucional entonces es fundamental en los Estados y, por tanto, los aspectos organizativos relacionados con éste y con su actividad deben ser considerados como elementos importantes para aproximarse correctamente al control jurisdiccional de constitucionalidad.

3.2.1 Número

El número de jueces constitucionales que integran el órgano de control es muy variado en los diversos Estados en que existe una jurisdicción constitucional. Este número atiende a las particularidades de cada país y no existe un criterio único que determine una relación

entre cuántos jueces constitucionales integran el órgano jurisdiccional de control y otras características como el sistema de control, la forma que adopta el órgano controlante, la extensión territorial o el número de habitantes de un determinado Estado. Sin embargo, todos estos factores, aunados a la importancia del papel que juega el control de constitucionalidad, la forma en que se designan estos jueces, las autoridades que participan en el proceso de designación y los sectores que son tomados en cuenta para elegir entre ellos a los miembros que integrarán el órgano de control, sí ejercen una influencia considerable en el número de componentes que lo conforman.

La colegialidad es un elemento característico de los órganos de control jurisdiccional de constitucionalidad, y, por tanto, aún en número reducido, estos órganos están compuestos siempre por más de un integrante. La razón es que, dejar la delicada tarea de salvaguardar los valores contenidos en el texto constitucional en las manos de una sola persona, puede conllevar, como se encargó de señalar Kelsen, consecuencias antidemocráticas que eventualmente repercutan en la finalidad del control.

El número de integrantes del órgano de control es muy variable. Existen países, como Chipre o Malta en que este órgano está constituido por tres integrantes, o experiencias de algunos sistemas, como es el caso que se presenta en Andorra, en los que existen sólo cuatro jueces constitucionales. También hay Estados como Montenegro o Liechtenstein en que el órgano de control está integrado por cinco miembros; Moldavia cuenta con seis integrantes, mientras que Letonia, Costa Rica y Perú cuentan con siete; ocho personas conforman el Tribunal constitucional de Tailandia; con nueve miembros se integran los órganos de control de constitucionalidad de Albania, Eslovenia, Francia, Macedonia, Rumania, Mali, Estados Unidos y Colombia. Cifras de dos dígitos en la conformación del órgano encargado del control de constitucionalidad comienzan en países como Eslovaquia o Chile en donde este órgano está integrado por diez jueces. Con once integrantes pueden mencionarse los casos de México, Brasil y Grecia; doce son los jueces en Bélgica, España y Bulgaria; trece en Portugal y Croacia; catorce en Austria, y quince en la República Checa, Italia, Polonia, Serbia, Hungría y Filipinas. Órganos de control más numerosos se encuentran, por ejemplo, en Alemania y Ucrania cuyos órganos de

control cuentan con dieciséis y diecisiete integrantes respectivamente, o Rusia, cuya corte constitucional está conformada por diecinueve integrantes.

Generalmente el número de integrantes del órgano de control está establecido en el texto constitucional; sin embargo, existen casos como el de Japón en los que la determinación de este número se confía a una ley reglamentaria o el de Kenia, en que la constitución (art. 60) señala sólo el mínimo de miembros con que debe contar el órgano de control (un presidente y once jueces en este caso).

Existen también casos particulares en los que el órgano de control no está integrado sólo por una clase de miembros. En el Consejo constitucional francés, por ejemplo, además de existir nueve integrantes elegidos por el Presidente de la República y los presidentes de cada una de las Asambleas del Parlamento, también los antiguos Presidentes de la República forman parte, de derecho y en forma vitalicia, del Consejo, siempre y cuando no lleven a cabo actividades incompatibles con la función de este órgano de control²³¹. Asimismo, hay casos en que, junto a los miembros de número, existen suplentes en los órganos jurisdiccionales de control²³². Así sucede por ejemplo en Austria, con seis.

Dentro de la heterogeneidad del casuismo presentado, sin embargo, existen soluciones habituales. Así, por ejemplo, la solución más recurrida en Europa es que el órgano de control esté integrado por nueve miembros, que es precisamente el número de integrantes la Suprema Corte de los Estados Unidos. Sea como fuere, el número más aconsejable para la integración del órgano de control es un número impar, pues con ello se evitan empates (al menos en las asuntos en cuya resolución están presentes todos sus

²³¹ Esta presencia, sin embargo, actualmente es meramente teórica, pues en la práctica los antiguos presidentes de la República sólo han acudido a dicho órgano de 1959 a 1962.

²³² El tema de los magistrados suplentes o abogados integrantes de una jurisdicción constitucional es trascendente ya que estas personas integrarán el órgano de control cuando alguno de los titulares esté impedido temporalmente para el desempeño de sus funciones. Por tanto sus características y requisitos son generalmente idénticos a los exigidos a los titulares. En Chile, por ejemplo, la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal constitucional, en su artículo 18, establece que, cada tres años, en el mes de enero que corresponda, se procederá a la designación de dos Suplentes de Ministro que reúnan los requisitos para ser nombrado miembro del Tribunal, quienes podrán reemplazar a los Ministros e integrar el pleno o cualquiera de las salas sólo en caso que no se alcance el respectivo quórum para sesionar. Dichos abogados integrantes han operado cuando los magistrados del Tribunal constitucional se encuentran transitoriamente inhabilitados por implicancia, o impedidos de ejercer su función jurisdiccional por otros motivos. Véase Nogueira Alcalá, “La independencia y responsabilidad del juez constitucional”, *cit.*, pp. 70 ss.

componentes) que podrían proyectar una elevada carga política en la figura del juez al que se le concede voto de calidad²³³.

3.2.2 Sistema de elección

La forma en que se elige a los integrantes del órgano de control es muy importante para determinar el papel que el control de constitucionalidad juega en un Estado, pues de ella se desprende gran parte de la efectividad del estatuto que es propio de los jueces constitucionales. En este sentido, puede decirse que todo sistema de selección y nominación de candidatos para renovar las plazas vacantes de los integrantes de los órganos de control debe contribuir a fortalecerlo, mediante la adecuada identificación del perfil del juez constitucional, así como a través del establecimiento y respeto de las reglas de su elección²³⁴. A pesar de ello, no existe al respecto un sistema único pues el modo en que se designa a los jueces constitucionales varía mucho de unos supuestos a otros, dando la impresión de que todavía no se ha podido establecer la solución óptima en esta cuestión²³⁵.

Una de las variables más importantes que es necesario considerar está determinada por las autoridades, grupos o personas que intervienen en el nombramiento de los integrantes del órgano de control. En la mayoría de los casos, las autoridades en cuestión ejercen actividades políticas y forman parte del poder ejecutivo o del legislativo. Estas autoridades y otras entidades más (como el poder judicial o instituciones académicas, por ejemplo) pueden intervenir nombrando directamente a los jueces constitucionales o simplemente proponiéndolos. En el primer caso, la doctrina ha hecho evidente que este modo de designación en ocasiones no ofrece una garantía de representación de las diversas fuerzas políticas o los grupos que deben tener voz en un sistema democrático dado que, si

²³³ En este sentido Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit. p. 40. Cabe señalar que, por lo general, el voto de calidad se otorga al Presidente del órgano de control; sin embargo, en ocasiones, este voto recae en otros jueces constitucionales, como ocurre en el caso de Andorra, en que goza de voto de calidad el magistrado ponente.

²³⁴ Landa, César, "La elección del juez constitucional", *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, año I, núm. 2, julio-diciembre de 2004, p. 127.

²³⁵ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., p. 41.

el nombramiento se lleva a cabo directamente por una sola persona o si se realiza por una autoridad colegiada en la que sólo esté representada una fuerza política, se corre el riesgo de monopolizar la designación y, en consecuencia, demeritar la independencia y el carácter democrático del órgano de control. Por ello, el modo de designación menos criticado es aquel en que participan dos o más autoridades (unas proponiendo, otras designando) y en el que media una discusión o una votación que hace partícipes a las diversas fuerzas políticas o grupos sociales que generalmente son representados en la toma de decisiones de un Estado determinado. En los casos en que participan autoridades o instituciones colegiadas, son bien vistas también las votaciones que implican una mayoría cualificada²³⁶.

Una breve panorámica sobre este punto, sin pretensiones de exhaustividad, puede demostrar las muchas variantes que existen en los sistemas de selección²³⁷. Así por ejemplo, la Cámara baja se ve implicada en el nombramiento de los miembros del órgano de control en Alemania (nombra la mitad de sus integrantes), Bulgaria (un tercio), Croacia (todos), Estonia (todos, a propuesta del presidente del Tribunal Supremo), Hungría (todos, por una mayoría calificada de miembros del Parlamento), Polonia (todos), Letonia (todos, tres a propuesta de al menos diez diputados, dos del Consejo de Ministros y dos del pleno del Tribunal Supremo), Portugal (diez de los trece) o Perú (todos).

El Senado participa en el proceso de selección en casos como el de Brasil, Argentina o México, país este último en que se exige la aprobación de los miembros de la Cámara Alta y en que se establecen una serie de mecanismos para no trabar el proceso de

²³⁶ José Julio Fernández Rodríguez, sobre este punto señala que: “La exigencia de mayorías cualificadas sirve para superar el riesgo de nombramientos afines a una única tendencia. Esta exigencia no tiene sentido siempre, como, por ejemplo, cuando se trata de un órgano unipersonal el que lleva a cabo el nombramiento. Es especialmente operativa en los nombramientos que le competen a las Cámaras legislativas. Se trata de evitar que los jueces constitucionales sean designados por un único grupo político para situarlos, así, por encima de los partidos. Sin embargo [...] la introducción en la práctica de cuotas pervierte la idea de lograr candidatos de consenso, que se sustituye por la de colocar cada grupo político al candidato propicio en un número que es proporcional a la fuerza parlamentario-gubernamental que atesore tal grupo político”. Véase *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit. p. 45. Mayorías cualificadas son necesarias, por ejemplo, en México, Italia y Alemania.

²³⁷ Véase con relación a este apartado y en general para el presente capítulo Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, cit., pp. 95 y ss., Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, París, Montchrestien, 1998, pp. 50 y ss., y Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., pp. 42 y ss., obras que sirvieron como referencia imprescindible de los datos vertidos.

selección²³⁸. Asimismo, el Senado nombra a la mitad de los jueces constitucionales en Alemania y a un tercio en Rumania. El presidente del Senado francés, por su parte, elige a tres de los nueve miembros del Consejo constitucional y en Tailandia los miembros del Tribunal constitucional son nombrados por el rey, pero a propuesta del Senado.

Por su parte, el presidente de la República o de la Federación tiene competencia para nombrar a los integrantes de los órganos de control en Albania (todos, con consentimiento del Parlamento), Austria (todos, ocho a propuesta del Gobierno y tres a propuesta de cada una de las dos Cámaras), Bulgaria (un tercio), Estados Unidos (todos, con el consentimiento del Senado), Chipre (todos, conjuntamente con el vicepresidente de la República), Turquía (catorce jueces), India (todos, con la opinión de los jueces de la Suprema Corte y de las Altas Cortes estatales) y Kenia (con la ratificación de una Comisión especializada en el servicio judicial).

El monarca participa también en los nombramientos que se refieren a los órganos de control de constitucionalidad, aunque su participación en muchas ocasiones es meramente simbólica. Así ocurre en España, país en el que el Rey nombra a los doce magistrados que integran el Tribunal constitucional, pero simplemente formalizando la elección que hacen el Congreso, el Senado, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial. El monarca tiene facultades de nombramiento también en Bélgica y Luxemburgo. En el primero de estos países, nombra a los doce integrantes de la *Cour d'arbitrage* de una lista doble presentada por la Cámara de Representantes y el Senado por mayoría de dos tercios; en el segundo caso, el Gran Duque nombra a cinco de los nueve magistrados, basándose en la opinión conjunta del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal Administrativo²³⁹.

²³⁸ Una particularidad que presenta el sistema de selección de nuestro país es que, en caso de que el Senado no decidiera el nombramiento en el plazo de treinta días o rechazara las propuestas hechas en dos ocasiones por el Presidente de la República, ocupará el cargo la persona que designe dentro de la última terna propuesta, el titular del Ejecutivo. Esta modalidad de selección evita que queden vacantes los lugares que deben ser ocupados en el órgano de control por periodos demasiado largos, como ha sucedido en países como España o Italia.

²³⁹ En este caso, los miembros restantes del órgano de control no se eligen, pues dos son consejeros del Tribunal de Casación y los demás son tanto el presidente del Tribunal Superior de Justicia como del Tribunal Administrativo.

En ocasiones, la judicatura se ve implicada también de manera activa en los procedimientos de selección de los miembros de los órganos de control. Entre otros, pueden mencionarse los casos de Bulgaria (en que el nombramiento de cuatro de los doce integrantes está a cargo del Tribunal Supremo de Casación y el Administrativo), Italia (cinco de los quince miembros de la Corte son nombrados por parte de las magistraturas supremas ordinarias en la siguiente proporción: tres por la Corte de Casación, uno por el Consejo de Estado y uno por el Tribunal de Cuentas), Serbia (La Suprema Corte de Casación nombra un tercio de los integrantes del órgano de control) y Turquía (la Corte de Casación, la Corte Suprema Administrativa y la Corte Militar de Casación participan en los nombramientos).

Estos casos, sin embargo, no son los únicos, ya que hay muchos otros en los que se presentan particularidades que no pueden ser encuadradas en ninguno de los supuestos anteriores. Por ejemplo, se dan también casos de cooptación en los nombramientos²⁴⁰. Portugal es uno de éstos, pues en este país los diez jueces nombrados por la Asamblea de la República eligen a los tres restantes. Otros casos particulares son el de Andorra, en donde los copríncipes nombran a los cuatro jueces constitucionales (dos de los cuales son propuestos por el Consejo General del Principado por mayoría de tres quintos) y Turquía, en donde participa también en los nombramientos el Consejo de la Enseñanza Superior. En Ecuador se presenta también una situación particular, pues de acuerdo con el artículo 434 constitucional, la designación de los miembros de la Corte Constitucional se hará a través de una comisión calificadora integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realiza de entre las candidaturas presentadas por dichas funciones, a través de un concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En Japón, por su parte, los jueces de la Corte Suprema son nombrados por el Gabinete, pero es necesaria su ratificación popular en la primera elección general de la Cámara de Diputados y ulteriores ratificaciones cada diez años (los jueces son nombrados de manera vitalicia). Otros casos singulares son los de Bosnia-Herzegovina y Bolivia. En el primero

²⁴⁰ Este método, es propuesto por Kelsen como una alternativa para reforzar la autoridad del órgano de control. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., p. 58.

de estos países una autoridad extranjera (el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), designa a tres de los nueve integrantes del órgano de control, mientras que en el segundo, de conformidad con lo establecido por la nueva constitución boliviana, los integrantes del órgano de control serán elegidos mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia (art. 198) y siguiendo criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino (art. 197.1).

Además de casos como los de Ecuador, Bolivia, España o Italia, en donde es evidente la representación de ciertos grupos o sectores, existen otros países en los que esta representación condiciona también la elección de los órganos de control. Dentro de este grupo puede mencionarse el caso de los Estados Unidos, en donde, si bien no existen reglas establecidas en el texto constitucional, el Presidente, al momento de elegir a los miembros de la Suprema Corte, debe tener en cuenta el criterio geográfico (de manera que existan jueces de las distintas áreas del país), sexual (al menos una mujer debe ser *Justice* de la Corte), religioso (están representados también los católicos) y étnico (al menos un juez es hebreo y uno de color). Otros casos son el de Bélgica, en donde se debe respetar el principio de paridad lingüística²⁴¹ y el de Chipre, en donde de los tres integrantes de la Corte, uno será elegido en representación de la parte griega y otro de la parte turca del país, mientras que un tercero (el Presidente) será neutral y no podrá ser ciudadano de la República, griego, turco o ciudadano del Reino Unido o de una de sus colonias.

El breve repaso realizado sobre algunos de los sistemas de elección de los integrantes del órgano de control, no deja duda de que las combinaciones que pueden darse son muchísimas y no es posible establecer principios de carácter general por diversas razones. Una de ellas es que, en ocasiones, la diferencia entre la autoridad que nombra y la que hace la propuesta puede carecer de virtualidad explicativa, ya que el nombramiento es debido y la autoridad que lo realiza carece de capacidad de maniobra alguna. En cambio, en otros supuestos el que hace el nombramiento sí tiene capacidad de decisión.

²⁴¹ Seis integrantes de la *Cour d'arbitrage* deben ser de lengua francesa y seis de lengua neerlandesa. A este criterio lingüístico se suma también un criterio geográfico, pues al menos uno de estos jueces debe pertenecer a la zona de Bruselas.

En este caso se pueden encuadrar los sistemas en donde existen ternas o listas de entre las cuales se debe elegir a los miembros del órgano de control. Para el primer caso, lo único importante es saber quién es competente para hacer la propuesta vinculante, mientras que, para el segundo, deberá analizarse la posición recíproca de los diversos órganos y autoridades que participan en el nombramiento si se quiere tener una apreciación correcta de la participación que tienen en el sistema de selección²⁴². Sin embargo, como señala Fernández Rodríguez:

Tanto o más importante que el propio sistema de elección (qué órgano procede al nombramiento, quién propone, qué grado de vinculatoriedad tiene dicha proposición para el que efectúa el nombramiento, mayorías, etc.) es, al margen de la transparencia, la “sensibilidad” de las autoridades que intervengan en ello para que no traten de exigir lealtades políticas y sepan respetar la independencia de este órgano jurisdiccional. En efecto, al margen del concreto procedimiento que prevea el Derecho positivo de cada ordenamiento para realizar la selección, la dimensión política, en sentido partidista, que en algunas ocasiones se percibe afecta a la propia posición y legitimidad del órgano. La querencia por el oportunismo de configurar mayorías “proclives” y la perversión del sistema articulada en torno al reparto de cuotas entre los partidos son cargas de profundidad contra las que hay que luchar para que no se vea dañada la imagen de la justicia constitucional²⁴³.

Las afirmaciones hechas por este autor dejan claro que si bien el diseño institucional de los sistemas de selección influye de manera importante en el papel que juega el control de constitucionalidad en un determinado Estado, existen otros factores externos que determinan, directa o indirectamente, este papel. Es precisamente para evitar que el influjo de estos factores puedan obstaculizar la finalidad del control (proteger los

²⁴² Esto porque existen supuestos en los que la teórica capacidad de elección que tiene la autoridad que realiza el nombramiento no se ejerce en la práctica, como en Austria, en donde tanto el Consejo Nacional como el Consejo Federal para proveer un puesto elaboran una lista con tres nombres con el objeto de que el presidente de la Federación pueda elegir, algo que, en realidad, no hace, pues nombra siempre a la persona que encuentra en primer lugar en la lista propuesta. Véase para todas estas consideraciones Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., pp. 44 y 45.

²⁴³ *Ibidem*, p. 41.

valores constitucionales), que además de los sistemas de nombramiento con determinadas características, se establecen en cada país estatutos que determinan el perfil y modo de actuar de los miembros del órgano de control.

3.2.3 *Estatuto jurídico*

Determinar el tipo de perfil que deben cubrir los operadores jurisdiccionales de los órganos de control, es una tarea importante que puede ofrecer indicios significativos sobre la conformación de una adecuada jurisdicción constitucional en los Estados democráticos. Es deseable que este perfil, aunque no en todos los casos suceda así, esté establecido en el texto constitucional, con el fin de proteger a los integrantes del órgano de control de la inestabilidad que algunas veces reflejan con su actuar los órganos legislativos y de gobierno. En el estatuto jurídico que determina el perfil de los jueces constitucionales es necesario que concurren ciertos elementos que son característicos de la jurisdicción constitucional. Estos elementos deben garantizar, al menos, la independencia e imparcialidad de quienes ejercen el control, así como el ejercicio de sus funciones ajustado a los valores, principios y reglas constitucionales. A estas características mínimas en ocasiones se añaden otros requisitos que contribuyen a determinar un perfil adecuado de quienes tienen encomendada la tarea de proteger la constitución. Algunos de estos requisitos son: una sólida formación jurídica, una conducta responsable y ajustada a principios éticos, además de una adecuada experiencia en el campo del derecho y ciertas características que aseguren su probidad²⁴⁴. Todos estos requisitos contribuyen a neutralizar los posibles condicionamientos, directos e indirectos, que detrimentan la función jurisdiccional en el ámbito constitucional. El estatuto jurídico de los integrantes del órgano de control complementa, de esta forma, el sistema de elección, pues disminuye la discrecionalidad de las autoridades o grupos que participan en los nombramientos.

²⁴⁴ Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “La independencia y responsabilidad del juez constitucional”, *cit.*, p. 64 y ss.

Dentro de este estatuto, la ciudadanía del Estado en el que ejercerá su jurisdicción el órgano de control es un requisito establecido en la mayoría de los países²⁴⁵, aunque no en todos. En Andorra, por ejemplo, no es necesaria la ciudadanía del principado para ser miembro del Tribunal constitucional, y prueba de ello es que los primeros magistrados que lo conformaron fueron dos profesores de derecho público, uno francés y otro español, el presidente del Tribunal de Casación del Condado de Urgel y un profesor de ciencias políticas de la Universidad de Barcelona que tenía la ciudadanía andorrana. En otros casos, como el de Chipre, la ciudadanía es un elemento que excluye de la elección a quienes pretendan ejercer el cargo de presidente del órgano de control²⁴⁶.

Otro de los criterios que cobra gran importancia en el nombramiento de los operadores jurisdiccionales que integran los órganos que ejercen la jurisdicción constitucional es la edad. Muchas veces, en el estatuto jurídico de los jueces constitucionales se establece una edad mínima para garantizar la madurez y un desarrollo psíquico adecuado. En Andorra, por ejemplo, se exige una edad de veinticinco años; en Estonia de treinta; en México de treinta y cinco, y en Bélgica, República Checa y Ucrania de cuarenta. Asimismo, en ocasiones se establece también un límite máximo de edad, como sucede en Chipre, país en que el límite de edad es de sesenta y ocho años, o Australia, Albania, Austria, Letonia y Rumania, en donde la edad máxima es de setenta años.

Dada la naturaleza jurisdiccional del órgano de control, es una constante que se exija, para formar parte de él, la condición de jurista con cierta experiencia en el ámbito profesional²⁴⁷. Existen casos, sin embargo, en que en teoría no se exige el título obtenido en una escuela o facultad de derecho (como en Francia o Estados Unidos), aunque en la

²⁴⁵ En Venezuela se exige, además, que la persona que aspire al cargo no tenga otra nacionalidad. En otros casos, se pide un periodo de residencia en el país antes de asumir el cargo. En México, por ejemplo, este periodo es de dos años.

²⁴⁶ *Vid supra*, apartado anterior.

²⁴⁷ Esta condición fue propuesta, por ejemplo, por Kelsen, para quien era “de gran importancia otorgar, en la composición de la jurisdicción constitucional, un lugar adecuado a los juristas de profesión. Este autor además añadía que “podría llegarse a esto concediendo, por ejemplo, a las facultades de derecho de un país o a una comisión común de todas ellas el derecho a proponer candidatos, al menos para una parte de los supuestos”. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, *cit.*, pp. 58-59.

práctica siempre existe una inclinación por la formación jurídica de los elegidos²⁴⁸. Otros sistemas incluso reservan algunos lugares en el órgano de control a personas que cuenten con formación política. Éste es el caso de Bélgica, en donde tres jueces deben tener al menos cinco años de experiencia como miembros del Parlamento²⁴⁹. Sin embargo, estos casos aislados no hacen más que confirmar la regla general, que es, siguiendo la línea expuesta por Kelsen, la formación jurídica de los integrantes del órgano de control. Así por ejemplo, en México, el artículo 95 constitucional señala que, para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se debe poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello²⁵⁰. Dentro del espectro de los juristas, existen diversas categorías dentro de las cuales es posible elegir a los miembros de los órganos de control. Entre ellas se pueden mencionar las de consejero, procurador general, abogado, auditor, profesor, juzgador o letrado de un tribunal, entre otras. La pertenencia a uno de estos grupos como requisito para formar parte de los órganos de control de constitucionalidad ha provocado, en ocasiones, posiciones encontradas. Un ejemplo de ello es la condición de miembro de la judicatura. Por un lado, algunos doctrinarios sostienen que el hecho de que los jueces constitucionales no tengan la condición previa de jueces o magistrados ordinarios se explica por las diferentes funciones y posición que presenta la jurisdicción ordinaria, pues la interpretación constitucional es una tarea técnica muy delicada que exige tanto unos profundos conocimientos de las

²⁴⁸ En los Estados Unidos, por ejemplo, la candidatura de Edward S. Corwin, un insigne estudioso del control de constitucionalidad pero cultor de la ciencia política, se dio a conocer frente a la opinión pública en la década de los cuarenta, sin embargo, no tuvo resultados positivos. Véase Krasner, Michael A., Stephen G. Chaberski y Kelly Jones, *American Government: Structure and Process*, Nueva York, MacMillan, 1977.

²⁴⁹ En la práctica, sin embargo, muchos de los jueces elegidos con base en este requisito, son juristas. Cabe señalar que el hecho de que parte de los miembros del órgano de control belga hayan participado en el ámbito político, pone en entredicho su imparcialidad si debieran decidir sobre la constitucionalidad de un acto en cuya formación pudieran haber participado. Esta situación, quizá debido a la centralidad del papel del parlamento que se había vivido en Bélgica, no fue determinante para el legislador, que hizo suyo un criterio establecido por la Corte (sentencia 32/1987) en que no consideraba este hecho como un impedimento para la participación del juez en casos como éste. Véase Vizioli, Nicola, “La giustizia costituzionale in Belgio”, en Luther, Jörg, *et al.* (coords.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, *cit.*, pp. 415-416.

²⁵⁰ La calidad de jurista se exige también en Bielorrusia, Croacia, Macedonia, Montenegro, Polonia, Eslovenia y Ucrania, sólo por mencionar algunos casos del Continente Europeo.

técnicas jurídicas como una acentuada sensibilidad política²⁵¹. Esta opinión, sin embargo, no es compartida por toda la doctrina, pues existen quienes sostienen que el pertenecer a la judicatura se presenta como una garantía de homogeneidad y continuidad en el ejercicio del poder jurisdiccional²⁵².

Pero a pesar de las opiniones divergentes al respecto, la presencia de ciertas categorías jurídicas en los sistemas de control de constitucionalidad ha aportado equilibrios técnicos y argumentales importantes dentro de los órganos de control de los Estados democráticos²⁵³. Sin embargo, aunado a estas categorías, el requisito de un cierto número de años de experiencia en el ámbito profesional, como ya se ha mencionado, es también parte importante del estatuto jurídico del que gozan los jueces constitucionales. Estos años de experiencia son también muy variables. Por ejemplo, se requieren diez años en Austria, República Checa, Ecuador y Albania; doce en Malta; quince en Chile, España y Bulgaria y Croacia²⁵⁴, así como dieciocho en Rumania. En algunos casos la doctrina ha criticado la exigencia de un número importante de años en las democracias jóvenes que no hace mucho tiempo han salido de periodos dictatoriales, pues este requisito impide a las nuevas generaciones acceder a un órgano que está llamado a ser motor de la transición democrática²⁵⁵. Además de estos requisitos, en ocasiones se añaden también calificativos -cuya determinación es difícil desde un punto de vista objetivo- a la manera en que se ha ejercido la profesión. Así puede requerirse, además de la calidad de jurista, un desempeño profesional reconocido, experimentado o destacado, sólo por mencionar algunos casos.

²⁵¹ En este sentido Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional en la actualidad”, *Ius et Praxis*, Lima, núm. 16, 1990, p. 112, quien además, al parafrasear a Oliver Wendell Holmes, añade que las disposiciones constitucionales no son fórmulas matemáticas cuya esencia esté en la forma, sino instituciones orgánicas vivas cuya significación es vital y no formal.

²⁵² Esta aseveración se refiere al caso alemán, en donde se prevé que los jueces constitucionales deben poseer la aptitud para ejercer las funciones de juez o haber adquirido, por los exámenes de Estado prescritos, la aptitud para ejercer las altas funciones administrativas o distinguirse por conocimientos especiales en el campo del Derecho Público y tener experiencia en la vida pública. Además, en cada sala, tres magistrados deben haber trabajado, al menos durante tres años, en cinco jurisdicciones federales supremas. Véase Agudo Zamora, Miguel Jesús, “El modelo institucional europeo de justicia constitucional”, en Pablo Pérez Tremps (coord.) *La Reforma del Tribunal Constitucional: Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 218 y ss.

²⁵³ En Italia, por ejemplo, la presencia de jueces constitucionales provenientes del ámbito universitario ha sido muy importante en la conformación de la jurisprudencia constitucional.

²⁵⁴ En este país el requisito para los doctores en derecho es menor, pues éstos deberán acreditar sólo doce años de ejercicio profesional.

²⁵⁵ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., p. 49.

La duración del mandato es otro elemento importante en el estatuto jurídico de los integrantes del órgano de control que, aunado a la posible reelección de los jueces constitucionales, puede potenciar o poner en riesgo la independencia e imparcialidad de los jueces constitucionales. Generalmente, un mandato largo fortalece la independencia del órgano de control, mientras que un encargo breve puede ponerla en riesgo²⁵⁶. Sin embargo, ésta no es una fórmula matemática, pues dada la naturaleza del órgano de control, el diseño institucional que realizan los encargados de la función legislativa, en muchas ocasiones tiende a establecer mecanismos que aseguren la autonomía, independencia y buen funcionamiento del órgano de control y, por tanto, las variantes que pueden presentarse son muy diversas. La primera de ellas, que frecuentemente se asocia con un mayor grado de independencia, es el nombramiento de por vida de los integrantes del órgano de control. La razón de esta independencia está relacionada con el hecho de que, una vez electos, los jueces constitucionales no aspiran a mayores o diversas prerrogativas, lo que les permite desarrollar sus funciones sin ningún condicionamiento. Ejemplos de sistemas en los que se dan nombramientos vitalicios son los Estados Unidos (*during good behaviour*), Estonia, Japón²⁵⁷, Bélgica y Austria (en estos dos últimos países, sin embargo, se establece la edad de retiro a los setenta años). La crítica que se ha hecho a este tipo de nombramientos es que pueden anquilosar la jurisprudencia constitucional.

Periodos cortos de duración de mandato se prevén en países como Perú, Guatemala y Liechtenstein (cinco años); Senegal, Corea, Moldavia y Chipre (seis años). Siete años dura el encargo en Mali; ocho en Colombia; nueve en Albania, Bulgaria, España, Ecuador, Francia, Italia, Polonia, Portugal, Rumania, Serbia, Chad y Chile. Mandatos más largos se contemplan en la República Checa, Letonia y Bolivia (diez años); Bielorrusia (once años), Alemania (doce años) o México (quince años). La duración breve del mandato, como ya se ha dicho, puede propiciar una servidumbre política o el condicionamiento de la actuación de los integrantes del órgano de control al pretender un nuevo encargo una

²⁵⁶ De hecho, en la doctrina se ha dicho que un nombramiento largo aleja al juez de la correlación de fuerzas que lo ha elegido, pero puede dificultar la evolución jurisprudencial cercana a la realidad histórica, mientras que un mandato corto acerca al juez a los acuerdos y disputas políticas del presente, aunque facilita la aclimatación de la actividad del órgano de control al sentir social del momento. Véase Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit. p. 50.

²⁵⁷ Con la condición de las ratificaciones por decenio de las que ya se ha hablado.

vez concluido su periodo como jueces constitucionales. Esta situación puede acentuarse incluso en aquellos casos en que el periodo es largo, si se presenta la posibilidad de una eventual renovación del mandato y, precisamente por ello, ésta no se contempla en la mayoría de los países²⁵⁸; sin embargo, esta garantía -que contribuye en buena medida a la imparcialidad de los operadores jurisdiccionales del control de constitucionalidad- está ausente en países como Hungría y Serbia, en donde la renovación del mandato es posible, así como en Andorra o España, donde también puede presentarse, aunque no de manera inmediata²⁵⁹.

Con el fin de evitar la influencia de las autoridades que tienen a su cargo el nombramiento de los jueces constitucionales, además de la duración del mandato o la prohibición de su renovación, se establecen medidas que tienen que ver con la elección escalonada de los nuevos miembros que deberán integrar el órgano de control. Este método, cuando hace que el mandato de los jueces constitucionales no coincida con el de las autoridades que los nombraron, ofrece una garantía más a la independencia de la jurisdicción constitucional y puede ser una estrategia complementaria para lograrla en los sistemas en que la duración del mandato es breve. Además, los sistemas así proyectados evitan que el cambio en el mismo momento de todos los integrantes del órgano de control origine disfuncionalidades cifradas en términos de adaptación a la labor que tienen que realizar y de conocimiento de la misma. Como señala Fernández Rodríguez:

El cambio parcial, al margen de posibilitar la confluencia de la experiencia de los veteranos con el espíritu innovador de los nuevos, permite una evolución estable de la jurisprudencia soslayando alteraciones bruscas y de índole política auspiciadas por la nueva mayoría parlamentario-gubernamental. La renovación parcial da continuidad y, al mismo tiempo, impide que los nuevos que acceden al poder se impongan rápido²⁶⁰.

²⁵⁸ Entre ellos Albania, Alemania Francia, Italia, México o Rumania.

²⁵⁹ En estos casos, sin embargo, se busca la independencia a través de otros mecanismos de diseño institucional. Además, es difícil que la renovación del mandato pueda presentarse en países democráticos y muestra de ello es que en España nunca se ha presentado una situación de este tipo desde que el Tribunal Constitucional empezó a funcionar.

²⁶⁰ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, op. cit., p. 51.

Es evidente entonces que un sistema escalonado de renovación del órgano de control ofrece, además de garantías a su independencia, ventajas operativas que redundan en un mejor funcionamiento del ejercicio de la jurisdicción constitucional. Este escalonamiento puede llevarse a cabo por periodos determinados (como ocurre con la renovación por tercios cada tres años en España, Francia o Bulgaria) o esporádicos (como sucede en Austria, por el límite de edad para ejercer funciones como miembro del *Verfassungsgerichtshof*).

Dentro de los estatutos jurídicos de los integrantes de los diversos órganos de control que existen, se prevé también un régimen de incompatibilidades que busca que la labor del juez constitucional no esté condicionada o comprometida por el ejercicio de otras funciones. Las variables de estas incompatibilidades pueden ser muchas y van, desde las más estrictas (como es el caso de Italia, en donde están prohibidas incluso las actividades docentes²⁶¹) hasta algunas más flexibles como el caso de Francia, en donde la incompatibilidades son pocas²⁶² u otras en que se permiten ejercer sólo cargos no remunerados en asociaciones científicas, docentes, literarias o de beneficencia (como sucede en México). De cualquier forma, son constantes las menciones a la incompatibilidad del puesto con la función de parlamentario, encargos gubernativos (nacionales o locales), cargos dentro de partidos políticos, actividades profesionales remuneradas, cargos administrativos y puestos (públicos o privados) que impliquen una carga importante de trabajo o requieran un tiempo considerable para llevarlos a cabo. Todas estas incompatibilidades tienden a buscar que la función que desempeñan los jueces constitucionales no se vea mermada por el ejercicio de otros encargos, pero sobre todo,

²⁶¹ Las leyes italianas especifican que el cargo de juez constitucional es incompatible con “ogni altro ufficio o impiego pubblico o privato, attività professionale, commerciale o industriale, funzione di amministratore o sindaco in società che abbiano fine di lucro, esercizio delle funzioni di magistrato o professore universitario, partecipazione a commissioni giudicatrici di concorso o incarichi universitari”. Además, los jueces constitucionales no pueden ser candidatos en elecciones administrativas o políticas, ni llevar a cabo actividades relacionadas con asociaciones o partidos políticos. Sobre el régimen de incompatibilidades en Italia véase Malfatti, Elena, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, *cit.*, p. 51.

²⁶² Las pocas incompatibilidades establecidas en la Orden del 7 de noviembre de 1958 (funciones de miembro del Gobierno, del Parlamento o del Consejo Económico y Social), han sido justificadas por la creencia de los redactores de esta Orden de que ninguna personalidad de primer plano quería entrar en el Consejo si debía abandonar la actividad a la que debía su notoriedad, lo que podría provocar que el acceso al órgano de control estuviera reservado a jubilados o a personas de menos prestigio.

que su independencia e imparcialidad no sean menoscabadas, por lo que generalmente las incompatibilidades de carácter político son mucho más estrictas que aquellas de carácter meramente profesional, especialmente si estas últimas no son remuneradas²⁶³.

A este régimen de incompatibilidades, que podrían llamarse “paralelas” al ejercicio de la función dentro del órgano de control, se suman otras que se concretan en forma “previa”, y que buscan también reafirmar la independencia de los jueces constitucionales. Estas incompatibilidades limitan el acceso al encargo a personas que hayan ejercido funciones de alto contenido político en un periodo determinado previo a la designación y que podrían determinar su parcialidad o condicionar al órgano que los elige para escogerlos sin tomar en cuenta las características profesionales y personales que en teoría deberían reunir. Ejemplos de este sistema se encuentran, por ejemplo, en México y Colombia. En el primero de estos países, la fracción VI del artículo 95 constitucional establece como requisito para ser elegido Ministro de la Suprema Corte el no haber sido Secretario de Estado, Fiscal General de la República, senador, diputado federal ni titular

²⁶³ Un panorama del régimen de incompatibilidades en Europa puede encontrarse en la obra de Fernández Rodríguez, quien al referirse a este tema señala que “En Austria se alude a integrantes del Gobierno Federal o regional, de las Cámaras parlamentarias o de cualquier otro órgano representativo general, además de ser asalariado o agente de un partido político. Las demás funciones, en este país, son compatibles, lo que resulta criticable al permitirse las funciones privadas. En cambio, en Alemania, el régimen de incompatibilidades es más estricto ya que el juez constitucional no puede ejercer otras funciones, excepto la de ser profesor de universidad autorizado para continuar enseñando, siempre, eso sí, que sus actividades de juez constitucional prevalezcan sobre las docentes. En Croacia y Montenegro, no pueden ejercer ni cargos públicos ni actividades profesionales. El sistema italiano aún es más estricto puesto que la incompatibilidad se produce respecto a cualquier actividad, incluidas las docentes. En España sí se permiten las funciones docentes, excluyéndose todo mandato representativo, el cargo de Defensor del Pueblo, cargos políticos o administrativos del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las provincias o de las entidades locales, las funciones directivas de un partido político o en un sindicato, asociaciones o fundaciones y colegios profesionales, y toda clase de empleo al servicio de los mismos, el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, los empleos de toda clase en los tribunales y juzgados de cualquier orden jurisdiccional, y cualquier actividad profesional o mercantil. Además, en España se extienden las incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial. En Bélgica la incompatibilidad se produce con las funciones judiciales, mandos electivos, cargos públicos de orden político o administrativo, notarios, abogados, militares, ministros de culto de una religión. Estas limitaciones pueden ser levantadas por el Rey, previa opinión favorable del propio Tribunal de Arbitraje, para el ejercicio de funciones docentes universitarias, comisiones de exámenes y comités consultivos. En Estonia los magistrados no pueden ser miembros de partidos políticos ni ejercer actividad remunerada que no esté relacionada con la enseñanza y la investigación. Y en Letonia no puede desempeñar otro oficio o empleo salvo el de profesor o investigador. En Liechtenstein ser magistrado es incompatible con ser miembro del Parlamento o del Gobierno, ser juez o autoridad administrativa. En Rumania, en fin, la incompatibilidad se produce con toda función pública o privada a excepción de las actividades pedagógicas de enseñanza jurídica superior”. Véase, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, op. cit. pp. 51-52.

del poder Ejecutivo de alguna entidad federativa, durante el año previo al día de su nombramiento. Algo similar ocurre en el caso de Colombia, en donde la constitución establece, en su artículo 240, que “no podrán ser elegidos Magistrados de la Corte Constitucional quienes durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como Ministros del Despacho o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado”.

Además de las incompatibilidades previas, existen garantías que se concretan con posterioridad a la conclusión del ejercicio del cargo y que buscan también reforzar la independencia e imparcialidad de los órganos de control. Entre ellas, la más importante es la imposibilidad para los jueces constitucionales de ser nombrados para determinados empleos, funciones o comisiones durante un tiempo determinado una vez que han dejado de ocupar su puesto en la jurisdicción constitucional. En este caso se encuentra Chile, en donde los magistrados no pueden ser nombrados diputados, senadores, empleados o comisionados retribuidos con fondos del Fisco, de las Municipalidades, de las entidades fiscales autónomas, semifiscales o de las empresas del Estado o en las que el Fisco tenga intervención por aportes de capital, y con toda otra función de igual carácter de la enseñanza superior, media y especial. Asimismo, los magistrados no podrán ser directores o consejeros de las entidades fiscales autónomas, semifiscales, de las empresas estatales o de aquellas en las que el Estado tenga participación con aporte de capital.

Se suman a este tipo de incompatibilidades profesionales y políticas, otras de carácter personal que tienden a garantizar la probidad y rectitud en el actuar de los miembros del órgano de control. De esta manera, se exige generalmente a los aspirantes a un puesto dentro del órgano de control, gozar de buena reputación, no haber sido condenado por delitos graves (u otro tipo de delitos que pongan en entredicho la buena fama en el concepto público como el fraude, robo, abuso de confianza, etc.), o no haber sido objeto de sanciones administrativas que se les hayan aplicado como medidas disciplinarias²⁶⁴.

²⁶⁴ En este último caso, que puede considerarse bastante estricto, se encuentra Perú, país en el que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 12 contempla que no pueden ser elegidos miembros del Tribunal los Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público que hayan sido objeto de separación o destitución por medida disciplinaria, pero también extiende los impedimentos a aquellos abogados que han

El estatuto jurídico de los jueces constitucionales se completa con una serie de prerrogativas a su favor, que muchas veces se identifican con las garantías propias de la función jurisdiccional, aunque en ocasiones éstas parecen asimilarse a las garantías parlamentarias (como ocurre en los casos de España, Ecuador o Italia donde los miembros de los respectivos Tribunales constitucionales gozan de inmunidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones). Las prerrogativas pueden presentarse durante el encargo o una vez que se ha concluido con éste y sus clases son muy variadas. Dentro de las primeras puede decirse que, por lo general, existen inmunidades o fueros que aseguran que el ejercicio de la función no sea demeritado ante acusaciones falsas o que estén relacionadas con faltas o conductas que no son consideradas como graves; asimismo, se establecen garantías de inamovilidad e independencia; procedimientos complejos (por ejemplo, en los que participan órganos representativos) para la remoción del cargo y que se inician sólo por conductas consideradas como graves; una remuneración adecuada (propia de los empleos públicos más elevados) y el goce de un gran número de servicios para evitar que los integrantes de los órganos de control pudieran corromperse, así como la exención de obligaciones relacionadas con servicios personales impuestos por las leyes al resto de los ciudadanos²⁶⁵.

En algunos sistemas de control de constitucionalidad se establecen también prerrogativas de las que gozan los integrantes del órgano de control incluso una vez que han concluido su encargo. En este sentido puede mencionarse el caso italiano, en que los jueces constitucionales que han cumplido con el periodo durante el cual debían ejercer sus funciones -y que reciben el calificativo de eméritos- tienen ciertos beneficios como el derecho de continuar usando la biblioteca de la Corte reservada a los jueces constitucionales o el goce de diversos servicios prestacionales a su favor.

sido inhabilitados por sentencia judicial; los que han sido condenados o que se encuentren procesados por delito doloso, los que han sido declarados en estado de quiebra, y los que han ejercido cargos políticos o de confianza en gobiernos de facto. Estos requisitos, que intentan garantizar la probidad de los miembros y el carácter democrático del Tribunal constitucional, sin embargo, pueden ser criticados, pues vulneran principios como el de presunción de inocencia o el de igualdad.

²⁶⁵ Esto ocurre en Chile, pues el artículo 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que los Ministros están eximidos de toda obligación de servicio personal que las leyes impongan a los ciudadanos chilenos. Asimismo, se establece en el mismo precepto que los Ministros no están obligados a concurrir al llamamiento judicial, sino bajo determinadas circunstancias.

Finalmente, existen reglas relacionadas con el cese de los jueces constitucionales que son parte importante también su estatuto jurídico. Las causas de cese contempladas en la mayoría de los ordenamientos son la muerte, la renuncia (en muchas ocasiones condicionada a la aceptación del propio órgano de control), la expiración del mandato, la incompatibilidad sobrevenida, cierto tipo de condenas o sanciones y la incapacidad e incumplimiento de los deberes del cargo. La revocación del cargo ordenada por una autoridad exterior, debido a que podría vulnerar la independencia del Tribunal, es una opción que no se presenta con frecuencia en los sistemas de control. Por lo tanto, casi siempre se recurre a la revocación declarada por el mismo Tribunal en ciertas circunstancias (que generalmente están relacionadas con sanciones impuestas por muy graves incumplimientos). En Alemania, por ejemplo, sólo el pleno del Tribunal Constitucional Federal puede realizar una destitución en el supuesto de falta grave o de actos que supongan la condena a una pena privativa de libertad de más de seis meses. En España se prevé mayoría de tres cuartas partes de los miembros del Tribunal para acordar el cese de uno de ellos por dejar de atender con diligencia los deberes del cargo, por violar la reserva propia de su función y por haber sido declarado responsable civilmente por dolo o condenado por delito doloso o culpa grave. Sin embargo, también hay casos en los que se presenta un mayor grado de indeterminación, como el croata o el montenegrino, en donde el juez puede ser removido si a criterio del propio Tribunal Constitucional perdiere definitivamente la capacidad para el cargo²⁶⁶.

3.3 Presidencia del órgano de control

La función del presidente del órgano de control es muy importante dentro de los sistemas de control de constitucionalidad. Esta figura ha alcanzado un lugar preponderante dentro de los Estados democráticos, pues representa al órgano de control y externa sus puntos de vista, además de defender las políticas constitucionales así como a la institución frente a la opinión pública. La relación que existe entre el órgano de control y su representación (encarnada en la figura del presidente) determina en buena medida su

²⁶⁶ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., p. 53.

independencia. Como lo señala Dominique Rousseau, la figura del presidente tiene valor de símbolo para la independencia de un Tribunal constitucional y, por tanto, si su designación corresponde a una de las autoridades que participó en el nombramiento de los jueces constitucionales o a una autoridad externa y no a los integrantes del Tribunal, la independencia del presidente no estará, *a priori*, garantizada²⁶⁷. Es por ello que la doctrina se ha mostrado más favorable a un tipo de nombramiento en que la elección del presidente sea realizada por sus propios colegas²⁶⁸; sin embargo, este modo de elección no está exento de críticas o de problemas prácticos. El argumento principal contra este sistema es que puede ocasionar luchas políticas al interior del órgano de control y con ello la división de los jueces constitucionales en grupos o campañas y competencia electoral que menoscaban la cohesión necesaria en la actividad de la Corte. Un ejemplo de ello puede encontrarse en Italia, pues en este país el juez Ferrari, al ser derrotado en su lucha por la presidencia de la *Corte costituzionale*, presentó su renuncia haciendo públicas las supuestas irregularidades que habían dado la victoria al juez Saja²⁶⁹. Este hecho debilitó mucho la legitimidad de la Corte italiana en ese periodo; sin embargo, existen casos en que este sistema de elección ha funcionado muy bien e incluso ha contribuido al

²⁶⁷ Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, cit., p. 59. A pesar de ello, son muchos los países en que el nombramiento del presidente del órgano de control corresponde a una autoridad exterior. Ejemplos de ello son generalmente países europeos como Austria, Bielorrusia, Francia y Polonia, en donde el nombramiento está a cargo del Presidente de la República. Casos en los que es el Parlamento quien elige al presidente del órgano de control son Lituania y Estonia (en ambos países a propuesta del Presidente de la República) o Alemania (en donde es designado alternativamente por el *Bundestag* y por el *Bundesrat*).

²⁶⁸ Como ocurre en los casos de Italia, Chile, Bolivia, Ecuador, México, Perú o España. En este último caso, el nombramiento es realizado formalmente por el Rey, pero materialmente por el Tribunal, pues el cargo corresponde siempre al magistrado propuesto por el propio órgano de control.

²⁶⁹ Este caso fue el segundo en que se presentó una dimisión en Italia (1987) y ésta tuvo que ver precisamente con la reunión para la elección del nuevo Presidente de la Corte convocada por el titular que dejaba el cargo, el juez La Pergola. La doctrina italiana se ha referido a este caso señalando que: “Al termine del voto, uno dei due principali contendenti, Giuseppe Ferrari, risultato sconfitto da Francesco Saja, contestò la votazione, depositando nella cancelleria della Corte un ricorso in cui si sosteneva, sotto il profilo più strettamente giuridico, l’illegittimità della convocazione. Seguì una secca presa di posizione della Corte, che rese ‘pubblica attestazione dell’imparzialità e correttezza del comportamento suo e di ogni singolo componente della Corte, respingendo con la massima fermezza, come destituite di ogni fondamento, le gravi illazioni su pretesi condizionamenti politici o di qualsiasi altra natura’. Il giorno seguente la Corte respinse formalmente il reclamo e deliberò, ai fini dell’avvio del procedimento *ex art.* 16 del Regolamento generale, di acquisire le bobine contenenti le registrazioni delle dichiarazioni rilasciate dal giudice Ferrari alla RAI sulla vicenda. Quando ormai la Corte sembrava sul punto di aprire un procedimento disciplinare vero e proprio nei suoi confronti, Ferrari si dimise, atto cui fece seguito la conseguente deliberazione della Corte di non potersi ulteriormente procedere nei suoi confronti.” Véase Malfatti, Elena, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 54.

fortalecimiento del tribunal, como ocurrió en España con los nombramientos de García Pelayo en 1980 o de Tomás y Valiente en 1989²⁷⁰.

Los problemas que puede implicar la elección del presidente del órgano de control entre sus miembros se han tratado de resolver estableciendo, en lugar de las votaciones y la deliberación abierta, sistemas alternativos en los que, por ejemplo, el voto es secreto o se exigen mayorías calificadas; modalidades en que el cargo se adjudica automáticamente a quien ostenta otra condición (como sucede en Luxemburgo, en donde el Presidente del Tribunal Superior de Justicia es el presidente del Tribunal Constitucional), o diseños institucionales que permiten a todos los integrantes del órgano de control presidir esta institución (como ocurre en Colombia).

La duración del encargo de presidente es muy variable y de esto pueden dar cuenta algunos ejemplos. En Colombia, con el fin de permitir, como se acaba de señalar, a todos los magistrados ser presidentes por un periodo, el nombramiento dura un año; dos años es la duración en Chile, y Andorra; tres en Albania, Bulgaria o Serbia; cuatro en Croacia, cuatro años y medio en Portugal, cinco en Bolivia y seis en Chipre. En ocasiones, también existe la posibilidad de que el cargo de presidente sea renovable, como ocurre en España, Chile o Italia.

Las atribuciones que conlleva el cargo de presidente del órgano de control son también muy variadas y pueden implicar responsabilidades importantes para quien ejerce esta función. Una de ellas, que otorga un rol importantísimo (a veces también muy criticado) para el presidente, es la asignación a su favor del voto de calidad. Esta atribución, que implica de hecho la facultad de decidir aquellas causas en que exista un empate en el momento de adoptar una decisión en el órgano de control, cobra mucha mayor importancia en los sistemas de control que prevén un número par de integrantes. La razón es que en las cuestiones que tienen una gran carga de politicidad, por lo general todos los miembros del órgano de control están presentes a la hora de tomar una decisión. Este simple hecho, si se suma a una posición controvertida en que las posiciones están divididas, otorga un poder importantísimo al presidente del tribunal que, si se ve

²⁷⁰ Sobre este punto Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe, cit.*, p. 60.

condicionado por factores externos (por ejemplo, por presiones directas o indirectas de las autoridades que eventualmente participaron en su nombramiento) puede implicar un gran riesgo para la imparcialidad del órgano de control.

Además de contar con voto de calidad en diversos ordenamientos, otras facultades de las muchas que se asignan al presidente son la representación del órgano de control (en especial en las relaciones con los demás poderes del Estado, en el ámbito internacional y frente a la opinión pública), la dirección del órgano, la asignación de las causas, así como el ejercicio de funciones administrativas, organizativas y disciplinarias. Estas competencias por lo general son contempladas en las normas que regulan el funcionamiento del órgano de control; sin embargo, en otras ocasiones son facultades discrecionales que quedan a cargo del integrante que cubre este cargo.

Esta discrecionalidad en las facultades del presidente, ha sido materia abierta de discusión, pues en ocasiones ha causado situaciones que no dejan satisfechos a todos los integrantes del órgano de control o que van más allá del adecuado cumplimiento de las funciones que conlleva el cargo²⁷¹. Por ello, es necesario que los poderes del presidente tiendan a fortalecer la independencia del órgano de control en su conjunto, pero que esta situación no disminuya la de los demás operadores jurisdiccionales que a éste pertenecen. Ahora bien, frente las ambigüedades que frecuentemente se presentan en las reglas de organización de los tribunales constitucionales, se hace indispensable también apelar a la sensibilidad de la persona que reviste el cargo de presidente y, por ello, dada la importancia de sus funciones, las reglas de elección y la preparación de las personas que

²⁷¹ En este sentido Spagnoli menciona, por ejemplo, que la facultad de asignar las causas que tiene en ocasiones el presidente, si beneficia o recae sólo en algunos jueces para determinados tipos de asuntos, puede ocasionar el anquilosamiento de la jurisprudencia constitucional. Spagnoli, Ugo, “Appunti di un giudice costituzionale”, en Costanzo, Pasquale, *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., pp. 31-31. Asimismo, Salvatore Alisio se refiere a los riesgos que se corren ante los pronunciamientos que en ocasiones hacen los presidentes de las cortes constitucionales sobre cuestiones políticas. Al respecto, este autor señala que: “È prioritaria infatti l’esigenza di tutelare l’indipendenza e l’imparzialità dell’organo di giustizia costituzionale evitandone la politicizzazione e difendendone l’immagine pubblica di organo *super partes*. È però altrettanto necessario che i presidenti della Corte si attengano in maniera quanto mai rigorosa, adottando un vero e proprio *self-restraint*, alle regole di comportamento nell’esercizio del potere di esternazione fino adesso maturate. Innanzitutto, a quelle che si traggono dal fondamento giuridico del potere di esternazione, quindi a quelle che discendono dalla natura collegiale dell’organo in rappresentanza del quale il presidente agisce, infine a quelle desumibili in via di prassi”. Aloisio, Salvatore, “Alcuni cenni sull’evoluzione delle esternazioni del Presidente della Corte costituzionale e sulle prospettive del fenomeno”, en Costanzo, Pasquale, *Ibidem*, p. 181.

podrían obtener este encargo son sumamente importantes en el papel que tendrá el órgano de control dentro de la realidad de un Estado determinado.

3.4 Otros órganos y estructuras de apoyo: el funcionamiento del órgano de control

La organización interna del órgano de control refleja en muchas ocasiones la importancia que éste juega en el ámbito institucional. Hoy en día, en los Estados democráticos el organigrama jurisdiccional y administrativo de los tribunales constitucionales es bastante amplio y contempla una serie de funcionarios y oficinas que sirven de apoyo a las labores de los jueces constitucionales. Dentro de la organización jurisdiccional, al lado del presidente, existe en algunos órganos de control la figura del vicepresidente (que sustituye a quien ostenta la presidencia en las ocasiones en que es necesario), la del juez delegado (que designa el presidente para la representación del órgano en ciertos actos), la del secretario general, la de los letrados o secretarios de estudio y cuenta, los oficiales, actuarios, notificadores, auxiliares, agentes, etc. El personal y la manera en que se denomina a los encargados de ciertas funciones en los órganos de control son extremadamente variados y un estudio al respecto iría más allá del objetivo de esta investigación. Sin embargo, lo que sí es necesario señalar, es que la fortaleza del órgano de control y su capacidad para cumplir las funciones que tiene encomendadas depende mucho del personal con que éste cuenta.

Sólo por mencionar un ejemplo sobre la importancia del personal de los órganos de control, puede hacerse referencia a los asistentes de los jueces constitucionales. Estos funcionarios, sea la forma en que se denominen²⁷², existen por regla general en los tribunales constitucionales con independencia de la forma en que se elige a sus integrantes, del modo en que se componen o de las funciones que llevan a cabo. Es evidente entonces, como señala Adele Anzon, que las aportaciones de estos colaboradores, más allá de las peculiaridades propias de las diversas situaciones que pueden presentarse, responden a una exigencia común e inderogable producto de la gran cantidad y de la calidad del trabajo

²⁷² Letrados en España; *assistenti di studio* en Italia; *law clerks* en los Estados Unidos, o *wissenschaftlicher Mitarbeiter* en Alemania, por mencionar sólo algunas de las denominaciones con que se conocen.

que deben llevar a cabo los jueces constitucionales²⁷³. Esto, sin importar que, generalmente (aunque como se ha visto no en todos los casos es así), los jueces constitucionales son juristas, pues dada la gran variedad de las cuestiones que tratan pueden requerir de apoyo para profundizar en ciertas materias en las que no son especialistas. Los colaboradores que asesoran a los integrantes del órgano jurisdiccional de control son nombrados en muchas ocasiones de forma discrecional por los mismos jueces, por lo que con el nombramiento se crea una relación de confianza más que con el tribunal y su estructura administrativa, con el juez que los ha llamado a colaborar a su lado. Las funciones que cumplen estos funcionarios son muchas y muy diversas de acuerdo con el órgano de control en el que se ejercen, pero sobre todo, no está de más repetirlo, conforme a las exigencias de cada juez constitucional²⁷⁴; por ello, sólo basta decir aquí que su papel es fundamental dentro de la estructura de los tribunales constitucionales.

Pero al lado de los múltiples funcionarios jurisdiccionales que pueden presentarse dentro del órgano de control, un aspecto muy interesante y fundamental en el desarrollo de sus funciones es la forma en que opera la colegialidad del tribunal. En algunos tribunales constitucionales, los trabajos se desarrollan sólo en sesión plenaria, es decir, con la presencia de todos (o con un quórum determinado del total de) los jueces constitucionales que integran el órgano de control (como ocurre en Italia o Austria²⁷⁵). Sin

²⁷³ Esta situación se refleja de manera muy clara con la historia de esta figura en el caso alemán, pues como lo señala la propia Anzon: “Presso il Tribunale Costituzionale Federale tedesco la figura dell’assistente di studio del giudice costituzionale, all’inizio non prevista, fu introdotta per via dell’aumento del carico di lavoro del Tribunale e soprattutto di quello, vertiginoso, derivante dall’afflusso dei ricorsi individuali di costituzionalità. Tant’è vero che i primi ‘lavoratori ausiliari’ (*Hilfsarbeiter*, allora così chiamati), designati dai *Länder*, furono, in numero di 6, assegnati soltanto alla prima Sezione del Tribunale, in origine la sola competente per tali ricorsi. Successivamente, sia per la diversa origine la sola distribuzione dei compiti tra le Sezioni, assumendo definitivamente la qualifica di ‘collaboratori scientifici’. La mole sempre crescente di lavoro che ha investito il Tribunale ha comportato un aumento del numero di questi collaboratori”. Véase Anzon, Adele, “Gli assistenti di studio dei giudici costituzionali”, en Costanzo, Pasquale, (coord.), *L’organizzazione el funzionamento della Corte costituzionale*, cit., pp. 215-227.

²⁷⁴ Algunas veces, sin embargo, la relevancia del papel de los asistentes es muy marcada. Así sucede, por ejemplo, en la Suprema Corte de los Estados Unidos, en donde los *law clerks* han adquirido un particular prestigio y poder sobre todo porque forman parte del *pool* dirigido por seis jueces que debe pronunciarse sobre el *writ of certiorari* relativo a las diversas controversias que llegan a la Corte.

²⁷⁵ En el caso austriaco, sin embargo, aun cuando a nivel teórico el órgano jurisdiccional de control ejerce sus funciones en sesión plenaria, en la práctica, dado el quórum operativo de cuatro jueces, muchas veces el tribunal actúa dividido constituyendo secciones de hecho.

embargo, en ocasiones también existen agrupaciones más reducidas integradas por quienes forman parte del órgano de control (frecuentemente llamadas salas y secciones) que ostentan una serie de competencias que, por regla general, son de menor trascendencia política respecto a las ejercidas por el pleno. Previsión expresa de salas u órganos internos equivalentes existen en México, Alemania, República Checa, Hungría, España y Portugal. Estas salas en ocasiones se ocupan sólo de materias determinadas²⁷⁶, con lo que se busca la especialidad de los integrantes que la conforman y el reflejo de esta especialización en las decisiones que toman²⁷⁷.

Aunadas a las salas, existen tribunales constitucionales en que la división del trabajo se enfatiza aún más, pues se presentan subdivisiones más estrechas para ciertas actividades (generalmente de admisión a trámite o cuestiones de importancia menor). Un ejemplo de ello es el Tribunal constitucional español en el que, además de las dos salas en que se divide (compuestas por seis miembros y encabezadas por el presidente y vicepresidente de la institución), existen también secciones (conformadas por tres magistrados) que ejercen funciones que se asemejan al *writ of certiorari* norteamericano, como forma de filtrar la gran cantidad de recursos de amparo que se presentan frecuentemente ante el Tribunal²⁷⁸.

Las decisiones que se toman en los órganos de control, cuando se refieren a materias jurisdiccionales, suelen adoptarse por mayoría. Esta mayoría en ocasiones implica sólo a los miembros presentes, mientras que hay casos en los que se exige, para tomar una decisión, una mayoría conformada por los votos de todos los integrantes del órgano de control. Asimismo existen materias que, por su grado de politicidad, trascendencia o por las consecuencias que podrían comportar al órgano jurisdiccional de control, requieren ser tomadas por mayorías calificadas²⁷⁹.

Otro aspecto que cabe destacar sobre la composición de los tribunales constitucionales es su organización administrativa. Generalmente, los órganos de control

²⁷⁶ Como ocurre en el caso de México, en donde la Primera Sala de la Suprema Corte trata las cuestiones civiles y penales, mientras que la Segunda se ocupa de las materias laboral y administrativa.

²⁷⁷ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., pp. 58-59.

²⁷⁸ *Idem*.

²⁷⁹ En México y la República Checa, por ejemplo, se requieren mayorías calificadas en los casos que se refieren a las acciones abstractas de inconstitucionalidad.

cuentan con una serie de oficinas y unidades de apoyo a sus actividades, entre las que se pueden contar archivos, servicios bibliotecarios, escuelas de actualización, unidades de transparencia, servicios informáticos, unidades de administración, unidades financieras, comités de comunicación y difusión, unidades de legislación y jurisprudencia, unidades editoriales, comités de ética, etc²⁸⁰. Uno de los órganos de control con un organigrama interesante y bastante completo es la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. La organización de este órgano de control refleja en buena medida la importancia de las funciones que ejerce en el Estado mexicano la Suprema Corte y, por ello, se transcribe su organigrama como muestra de las múltiples estructuras y unidades de apoyo con las que pueden contar los jueces constitucionales para el mejor desempeño de sus funciones. En la Suprema Corte mexicana la estructura orgánica básica es la siguiente: Secretaría General de Acuerdos, de la que dependen la Subsecretaría General de Acuerdos, la Sección de Trámite de Controversias Constitucionales y de Acciones de Inconstitucionalidad y el Centro de Documentación y Análisis, Archivos y Compilación de Leyes; el Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial; la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis; la Secretaría de la Presidencia, que tiene a su cargo la Unidad de Relaciones Institucionales, la Dirección General de Asuntos Jurídicos, la Dirección General de Comunicación y Vinculación Social, la Dirección General del Canal Judicial y la Dirección General de Atención y Servicios; la Oficialía Mayor, de la que dependen la Dirección General de Recursos Humanos e Innovación Administrativa, la Dirección General de Presupuesto y Contabilidad, la Dirección General de la Tesorería, la Dirección General de Recursos Materiales, la Dirección General de Infraestructura Física, la Dirección General de Tecnologías de la Información, la Dirección General de Seguridad, así como la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica; y la Contraloría, que tiene a su cargo la Dirección

²⁸⁰ La bibliografía sobre estos aspectos no es muy nutrida, sin embargo, existen trabajos importantes que se refieren a algunas de las oficinas que conforman la estructura orgánica de los órganos de control. Baste señalar como ejemplos, en el ámbito italiano: Bassoli, Elena, “Il sistema informatico della Corte costituzionale”, en Costanzo, Pasquale, *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., pp. 228-244, y dentro de la misma obra colectiva, Maglio, Anna Maria, “La biblioteca della Corte costituzionale”, *Idem.*, pp. 285-290.

General de Auditoría y la Dirección General de Responsabilidades Administrativas y de Registro Patrimonial.

Como es evidente, la compleja estructura de la Corte demuestra que este órgano de control no sólo ejerce funciones jurisdiccionales, sino también otras tantas de carácter informativo, cultural, formativo y de difusión.

3.5 El problema de las fuentes

Cuando se tratan aspectos relacionados con la estructura, la organización y el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad, cobra especial importancia el tema de las fuentes en las que éstos encuentran su fundamento. Sin embargo, hallar puntos de contacto que puedan servir a una construcción teórica sobre este punto implica diversos problemas metodológicos y prácticos que pueden llevar a la insuficiencia de los datos obtenidos para construir conclusiones adecuadas. Esto porque en tema de control jurisdiccional de constitucionalidad, las formas en que se presentan las fuentes que determinan las cuestiones organizativas y procedimentales que rigen a los tribunales constitucionales son muchas y muy variadas²⁸¹. Por ello, si se desea desarrollar un análisis conducido con criterios metodológicamente rigurosos, debe distinguirse netamente entre una exposición que tenga por objeto el sistema de las fuentes vigente con referencia al ordenamiento de un determinado Estado y al actual momento histórico, y una exposición que haga, al menos potencialmente, referencia a la generalidad de las fuentes que operan en los diversos ordenamientos jurídicos vigentes en la época contemporánea. Es evidente que análisis como este último, difícilmente podrán ser completos y tener el grado de profundidad que se puede esperar de los estudios del primer tipo²⁸²; por ello, en

²⁸¹ Este problema, sin embargo, es general en el tema de las fuentes del derecho pues, como lo señala Alessandro Pizzorusso, es en buena parte inevitable que su estudio “cuando se realiza haciendo referencia al ordenamiento de un Estado determinado, termine por implicar conjuntamente observaciones de derecho positivo referidas a tal ordenamiento y observaciones calificables sobre todo como de teoría general del derecho y, por tanto, dirigidas a analizar conceptos jurídicos fundamentales, potencialmente concernientes a cualquier ordenamiento...”, Pizzorusso, Alessandro, “Problemas metodológicos en el estudio de las fuentes del derecho”, en Brito Melgarejo, Rodrigo (comp.), *Leges et Iura. Escritos del profesor Alessandro Pizzorusso*, México, Facultad de Derecho de la UNAM, p. 8.

²⁸² *Ibidem*, p. 9.

este trabajo sólo se expondrán de manera muy general algunos de los problemas relacionados con las fuentes del control de constitucionalidad, como muestra de lo complejo que este tema puede resultar.

En primer lugar, debe reconocerse que es común encontrar, en los sistemas de control de constitucionalidad, una gran cantidad de fuentes (internas y externas) que regulan la estructura, la organización y el funcionamiento de los órganos de control²⁸³. Esto es ya de por sí un problema, pues la generalidad propia de las fuentes de primer grado de un sistema determinado (la mayor parte de las veces contenidas en el texto constitucional) en la medida que van permeando en el sistema normativo y reglamentario que conforma el fundamento de los procesos de organización y funcionamiento del órgano de control, se convierten en un conjunto de disposiciones que, más allá de la especialidad y determinación precisa de competencias y procesos, conllevan una anarquía normativa que provoca desorganización, confusión e incerteza entre los operadores jurídicos que deben hacer uso de ellas. Y es que a los abundantes (en cantidad y contenido) cuerpos normativos que sirven como fuentes externas del control de constitucionalidad, en muchas ocasiones, con el fin de fortalecer la autonomía²⁸⁴ y especialidad del órgano de control, a los tribunales constitucionales se les otorga competencia para dictar normas sobre su propio funcionamiento y organización. Esta facultad está conferida algunas veces en el

²⁸³ Como ejemplo puede mencionarse el caso italiano, país en el que “accanto a 8 articoli della Costituzione [direttamente la Sez. I del Tit. VI (artt. 134-137) e la VII disp. Trans., c. 2; indirettamente gli artt. 75, c. 2, 90 e 127], esistono 4 leggi costituzionali [nn. 1/1948, 1/1953, 2/1967, 1/1989], almeno -perché alcune volte derogate- 4 leggi ordinarie [nn. 87/1953, 20/1962, 352/1970, 219/1989], 1 Regolamento parlamentare per i giudizi d'accusa (1989) e un -a prima vista- incomprensibile complesso di atti normativi di diretta produzione della Corte: 2 gruppi di Norme Integrative (generali del 1956 e, per i giudizi d'accusa, del 1962), nonché -salvo errore- almeno 8 Regolamenti (uno Generale del 1966 e sette particolari). In ordine a questi ultimi, ci riferiamo -oltre a quello generale del 1966 e a quello per i ricorsi in materia di impiego del personale della Corte (1960, ora mod. il 16-12-1999): gli unici pubblicati su Gazzetta Ufficiale, insieme ai due gruppi di Norme Integrative- ai: Reg. Uffici e personale (1960), ora Servizi e personale (1984); Reg. servizio studi e assistenti di studio (1964-1976); Reg. amministrazione e contabilità (1967/1985); Reg. biblioteca (1978); Reg. cancelleria (1971); Reg. elezione dei rappresentanti del personale (1985), nessuno dei quali è stato pubblicato (come, del resto, le molte altre norme interne previdenziali, assistenziali, assicurative, ecc., sul personale e relativi figli. Fra di esse rientrano anche le 'Norme Integrative sull'uso delle autovetture della Corte costituzionale' del 1979: quasi inutile evidenziare l'assurdità della dizione 'integrative', se effettivamente così sono definite)”. Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 48.

²⁸⁴ Que se refleja en el sentido de *auto-nomia*, es decir, en la capacidad de regularse a sí mismo y a sus actividades.

propio texto constitucional²⁸⁵ y otras en leyes orgánicas, reglamentarias o fuentes secundarias²⁸⁶. Lo que es un hecho, es que frente al *numerus clausus* de las fuentes primarias que existen en muchos de los sistemas de control, muchas veces, los tribunales constitucionales hacen un excesivo uso de su facultad normativa y expiden una gran cantidad de disposiciones para regirse a sí mismos. Esta situación puede implicar una serie de problemas importantes. Uno de ellos es que, dado que es el propio órgano de control el que expide las normas bajo las cuales se conduce, puede provocarse un anquilosamiento en la normativa de organización y funcionamiento si los tribunales constitucionales adoptan una postura misonéista. Aunado a esto, como se ha demostrado en el caso italiano, muchas veces el tribunal constitucional, siendo reticente al cambio, no deroga o abroga las disposiciones que han dejado de aplicarse en la práctica, sino que simplemente expide nuevos instrumentos jurídicos adecuados a la evolución de determinados supuestos o al problema que enfrenta²⁸⁷. Esto tiene como resultado que el órgano de control funja como una especie de “legislador coyuntural” y, además, que el conjunto normativo que lo rige aumente de manera caótica y asistemática.

Otro problema que puede presentarse en materia de fuentes del control de constitucionalidad, relacionado con el poder de autonormación de los tribunales constitucionales, es la ausencia de control que se presenta, *de facto*, respecto a las normas expedidas por los propios órganos controlantes. Aun cuando, en teoría, los tribunales constitucionales no pueden expedir normas que vayan más allá de lo que establecen las fuentes otorgadas por el constituyente o el legislador ordinario, en la práctica pueden presentarse casos en que ocurre lo contrario. En efecto, el órgano de control podría abusar de su poder normativo o no ejercerlo correctamente infringiendo las fuentes de carácter

²⁸⁵ En México, por ejemplo, el séptimo párrafo del artículo 94 constitucional, señala que “El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte [...]”.

²⁸⁶ En este segundo supuesto se encuentra España, pues el artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que “El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley. Estos reglamentos, que deberán ser aprobados por el Tribunal en Pleno, se publicarán en el ‘Boletín Oficial del Estado’, autorizados por su Presidente”.

²⁸⁷ Véase en este sentido Spadaro, Antonino, “Sulla razionalizzazione del potere di autoformazione interna della Corte costituzionale”, en Costanzo, Pasquale (coord.), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., pp. 76 y 77.

primario dictadas por poderes representativos. En este caso, si el exceso presenta sólo defectos de legalidad, algunos ordenamientos han establecido procedimientos para que la jurisdicción ordinaria pueda conocer y decidir estos asuntos²⁸⁸; sin embargo, si al abusar de su poder normativo el órgano de control produce disposiciones contrarias a la constitución o que vulneran derechos fundamentales, pueden presentarse numerosos problemas porque, en estos casos, el órgano destinado a conocer del recurso sería precisamente aquel frente al cual se solicita la tutela. Esa situación originaría que pudiera violarse el principio *nemo iudex in causa propria* y, además, las consecuencias de la decisión para el órgano de control podrían tener muchos costos para el propio tribunal constitucional. Si, por un lado, decide declarando que la normativa es constitucional, la decisión podría tomarse como una actuación del tribunal alejada de los principios de imparcialidad e independencia del órgano jurisdiccional; pero si, por el contrario, el tribunal declarara la violación de un derecho fundamental o la inconstitucionalidad de una norma emitida por él mismo, su legitimidad y actuación se vería seriamente lesionada, pues sería incongruente confiar la defensa de la constitución a un órgano que emite actos que la vulneran²⁸⁹.

Para evitar estos problemas, los órganos de control han buscado salidas alternas. Así lo hizo la Corte italiana que, a través de la sentencia 572/1990, determinó en la fase de admisión de una cuestión de legitimidad constitucional en que se veían implicadas disposiciones aprobadas por ella misma, que las normas integradoras para los juicios frente a la Corte constitucional no tienen valor de ley y por tanto son ajenas al control de constitucionalidad. En este caso, la Corte no motivó su decisión y concluyó, con una afirmación brevísima, un problema que debía haberse tratado con mayor profundidad y de manera más articulada. Por ello, esta solución, aun cuando no implicó problemas graves a la Corte, sí ofreció una imagen hacia la opinión pública que no es favorable para la

²⁸⁸ Como sucede en España, en donde estos problemas son resueltos por la jurisdicción contenciosa administrativa. Obviamente, el problema no se resuelve cuando el órgano de control de constitucionalidad es también el vértice del poder judicial.

²⁸⁹ Sobre el caso español y los problemas que implica esta situación véase Rodríguez-Patrón, Patricia, “El control de los actos y disposiciones del Tribunal Constitucional en el ordenamiento español. Una comparación con el sistema italiano”, *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, núms. 12-13, 2003, pp. 298 ss.

institución, pues con ella, pareciera que las normas de autorregulación aprobadas por la Corte tienen una especie de “franquicia constitucional”, y que, por tanto, quedan fuera de cualquier tipo de control²⁹⁰.

Estos problemas son algunos de los muchos que presenta el tema de las fuentes en el control de constitucionalidad y que, en los diversos sistemas, han encontrado respuestas variadas; sin embargo, puede advertirse una constante en todos ellos: la necesidad de racionalizar el uso de la facultad normativa que gozan los órganos de control. Esta racionalización debe darse a través del diálogo con un poder legislativo sensible a las necesidades del órgano de control y que materialice, a través de normas abstractas fortalecidas por la legitimidad democrática-representativa del parlamento, un marco general adecuado que sirva como fundamento y límite de la auto-nomía de los tribunales constitucionales.

Evitar la heterogeneidad, la asistematicidad, el caos y la indeterminación del sistema de fuentes en materia de control de constitucionalidad, es un elemento muy importante para garantizar el adecuado funcionamiento del órgano de control, que sólo podrá conseguirse dejando de lado el miedo al cambio y la idolatración e inmutabilidad del sistema que lleva a la idea equivocada de que cualquier posible modificación al conjunto de fuentes que determinan la estructura, la organización, el funcionamiento y los procedimientos de los órganos jurisdiccionales de control es un atentado contra las garantías del sistema. Obviamente, los cambios deberán hacerse en forma responsable y sólo para mejorar la actuación del órgano de control, por ello, en estos cambios siempre deberían participar ineludiblemente sus propios integrantes.

3.6 *El voto particular*

²⁹⁰ Véanse al respecto los interesantes apuntes de Carnevale, Paolo, “*Ecce iudex in ca(u)sa propria: ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte-giudice (prime riflessioni sulla posizione della giurisprudenza della Corte costituzionale intorno al problema della natura delle norme di autoregolamentazione dei propri giudizi nel quadro del dibattito dottrinario)*”, en Costanzo, Pasquale (coord.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, p. 62.

En muchos ordenamientos existe la posibilidad de expresar una opinión que no concuerde con la decisión tomada, al momento de la votación, por la mayoría de los integrantes del órgano de control. Esta práctica, conocida en lengua castellana como voto particular u opinión disidente (por mencionar sólo dos de los varios nombres con que se le denomina) se ha ido afirmando debido a que la jurisdicción constitucional tiene reglas organizativas y funcionales *sui generis* que son diversas a las existentes en la jurisdicción ordinaria. La legitimidad de la actuación de los operadores jurisdiccionales y la idea de un control democrático, aunadas a la utilidad de conocer más a detalle las razones por las que se toma una determinada decisión haciendo públicos los argumentos que han acompañado el proceso de deliberación y decisión, han hecho que en muchos países se adopte la posibilidad, para los jueces constitucionales, de expresar y hacer públicos argumentos que pueden reflejar que su decisión sería contraria a la de la mayoría (voto disidente *stricto sensu*) o que, aun cuando están de acuerdo con la decisión, los razonamientos y argumentos que ellos habrían considerado para adoptarla serían distintos a los votados por la mayor parte de los componentes del órgano de control (opinión concurrente)²⁹¹.

La introducción del voto particular en los sistemas de control de constitucionalidad, no ha estado exenta de problemas pues, como se verá, han existido también argumentos sólidos en contra de esta figura y, por ello, un buen número de países no la han adoptado. Entre los argumentos a favor del voto particular se encuentra, en primer lugar, la responsabilidad de cada juez, pues la posibilidad de expresar su voto

²⁹¹ La figura del voto particular, como se proyecta generalmte hoy en día, tiene sus antecedentes en la acutación de la Suprema Corte de los Estados Unidos durante la presidencia de John Marshall, que, a su vez, se inspira indirectamente en el sistema inglés y la forma en que operaban, no los órganos jurisdiccionales supremos (como el *Privy Council* o la *House of Lords*), sino los órganos jurisdiccionales intermedios que dictaban sus decisiones en *seriatim* (cada juez daba su propio juicio). Rompiendo con la tradición inglesa de los órganos de vértice (en que se adoptaban las decisiones por mayoría, pero sin que pudieran hacerse públicas las opiniones vertidas por alguno de sus componentes o su disenso), Marshall adoptó como su primer acto como Presidente de la Corte, la práctica de anunciar en un texto unitario la *opinion of the Court*, en la que se reflejaba la opinión unánime o al menos la de la mayoría de sus miembros. Esta modalidad adoptada por la Corte, con la derrota electoral de los federalistas en 1800 dio paso para que, precisamente un juez nombrado por Jefferson en 1804, William Johnson, quien se encontró en la situación de ser el único miembro del colegio que representaba la nueva fuerza política que gobernaba al país, quisiera expresar, en uno de los primeros juicios en que participó (1805), su divergencia sustancial con el razonamiento de la Corte en una opinión concurrente escrita por separado. Siguiendo los pasos de Johnson, poco después el *Justice Paterson* pronunciaría la primera opinión disidente (*stricto sensu*) de un juicio de la Corte. Véase Panizza, Saulle, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1998, pp. 87-95.

particular condiciona a los integrantes del órgano de control a no ocultar su opinión en el anonimato de la colegialidad y, por tanto, los induce también a profundizar en la cuestión tratada y a expresar argumentos más sólidos al respecto. Además, el voto particular ofrece la posibilidad al juez de hacer distinguible su opinión y convicciones personales, sin verse aplastado por la opinión mayoritaria.

Dadas la definitividad e inimpugnabilidad que caracterizan las decisiones de los tribunales constitucionales, los votos particulares tienen efectos persuasivos y fomentan el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, así como la evolución de la interpretación de la constitución²⁹². Asimismo, el voto particular, se dice, hace más transparente al órgano de control, pues ofrece la posibilidad de conocer el *iter* decisorio que se sigue para la concreción de los pronunciamientos que emite. Esto también orilla a los jueces constitucionales a buscar consensos en las discusiones en que se votan cuestiones importantes, con el fin de reducir al máximo la posibilidad de que las decisiones se vean acompañadas de votos particulares que podrían restarles fuerza. Aunado a lo anterior, la posibilidad de hacer pública una opinión contraria a la de la mayoría de los integrantes del órgano de control, también reduce las ambigüedades e incluso contradicciones que en ocasiones presentan los argumentos que constituyen la *ratio decidendi* de las sentencias.

Además de estos argumentos a favor, Peter Häberle señala otros desde el punto de vista de la teoría constitucional que construye. Para él, los votos particulares:

Son expresión de la “publicidad y carácter abierto de la Constitución”, consecuencia, en último término, del tópico “tiempo y cultura constitucional”; posibilitan alternativas interpretativas en el sentido de “pensar en posibilidades”. Operan pacíficamente, porque, si se da el caso la parte vencida se sabe, en el voto particular, “anulada” en el sentido de Hegel [...] Practicados prudente y no vanidosamente, son, a mi juicio, el coronamiento de la jurisdicción constitucional en el Estado constitucional en el actual estadio de

²⁹² Nada impide que las opiniones minoritarias, con el paso del tiempo, adquieran consensos y se conviertan en mayoritarias. Por ende, la existencia de votos particulares puede servir como un instrumento determinante en la evolución de la jurisprudencia y del ordenamiento jurídico. Esto sucedió, por ejemplo, con el caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857), cuya decisión (que anulaba la legislación federal antiesclavista de 1820) fue una de las causas que desataría la guerra civil norteamericana. En este caso, la historia dio la razón a las expresiones manifestadas por los jueces Curtis y Mclean en sus opiniones disidentes y, una vez concluida la guerra civil, la esclavitud fue abolida en los Estados Unidos, al ratificarse la 13a. enmienda.

desarrollo. [Además] los votos particulares también son de provecho para la ciencia [y] pueden trabajar con el Derecho comparado más explícitamente²⁹³.

Si éstos son los argumentos a favor del voto particular, debe decirse que también existen posiciones contrarias a la inclusión de esta figura en los sistemas de control. Los partidarios de esta tendencia refieren como un argumento contra el voto particular el que éste pueda atentar contra la independencia y la responsabilidad de los integrantes del órgano controlante. La posibilidad de que se conozca fuera del colegio de jueces la opinión de uno de los operadores jurisdiccionales del control, podría conducirlo a no contar con la firmeza y decisión necesarias para resistir a las presiones y, consecuentemente, condicionarlo a orientar su decisión en modo diverso de cuanto podría dictarle su conciencia²⁹⁴. Además, si se conocen nombre y apellido de los jueces que expresan ciertas

²⁹³ Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 5, 2001, pp. 180-181.

²⁹⁴ Esta situación ha sido comprobada en el caso de las Cortes de Circuito de los Estados Unidos, en donde la conformación del colegio o las salas, en muchas ocasiones puede anticipar la decisión que tomará cada uno de los integrantes del órgano de control, aun cuando su formación, sus antecedentes o actuaciones anteriores podrían hacer pensar que se tomaría una decisión en otro sentido. Y es que como lo demuestran estudios al respecto, “In the context of the judiciary, group polarization means that 'ideology is amplified when judges are sitting with like-minded others'. Sunstein has applied the lessons of group behavioral psychology to an observation of three-member benches on United States Circuit Courts. Using the political party of appointment as the means of labeling the ideological stance of each judge, he examined various subsets of cases including those which tested affirmative action and environmental protection laws and involved sex discrimination complaints and the liability of company directors. The manner in which these disputes are resolved is significantly affected by the makeup of the bench. In short, all three of Sunstein's hypotheses are confirmed: 1) It matters whether a judge has been appointed by a Republican president or a Democratic president. The appointees of Republican presidents are likely to vote more conservatively than the appointees of Democrats. (Is that a shock?); 2) A judge's ideological tendency is likely to be dampened if she is sitting with two judges from a different political party. For example, a Democratic judge is far less likely to vote in a liberal direction if accompanied by two Republicans; 3) A judge's ideological tendency is likely to be amplified if she is sitting with two judges from the same political party. For example, a Republican judge should be more likely to vote in a stereotypically conservative fashion if accompanied by two Republicans”. Véase, Sunstein, Cass R., *Why Societies Need Dissent*, Massachusetts, Harvard University Press, 2005, y los comentarios que hace a esta obra Andrew Lynch en “Taking delight in being contrary, worried about being aloner or simply indifferent: How do judges *really* feel about dissent?”, *Federal Law Review*, Canberra, núm. 32, 2004. Sin embargo, esta tendencia no es infalible, pues como también se ha demostrado en estos estudios, “The third point is, obviously, simply an example of group polarization in practice and is reasonably alarming considered by itself. But the even more surprising second finding, that judges who might reasonably be expected to behave in one way will in fact do the opposite when they are outnumbered, is also explained by Sunstein as due to the factors readily observable in experimental studies of group dynamics. The pressure of conformity applies to those judges unpersuaded by the majority of their colleagues but not willing to dissent for reasons of pride, effort and the preservation of amiable professional relations. In short, ideological dampening is regularly manifested by the filing of a

opiniones, éstos podrían convertirse en un blanco fácil para varios grupos de interés y para los medios de comunicación que, en muchas ocasiones, no siempre son cautos al externar sus puntos de vista²⁹⁵.

Otro de los argumentos que pueden blandirse en contra del voto particular es la posibilidad de que este instrumento se traduzca en una excesiva personalización de la decisión del órgano, incentivando al protagonismo de algunos jueces o a excesos polémicos²⁹⁶. Además de esto, la inclusión del voto particular puede incrementar en gran medida la carga de trabajo de los integrantes del órgano de control y hacer mucho más densas sus sentencias, lo que haría más lentos los trabajos de los tribunales constitucionales.

El voto particular podría también tener como resultado la búsqueda de compromisos a toda costa (algo que contaminaría la decisión final) o, por el contrario, hacer que los jueces constitucionales no se interesaran en buscar acuerdos para llegar a soluciones de consenso. En ambos casos, el voto particular se convertiría en un lastre para la formación de mayorías dentro del tribunal y, por tanto, afectaría también la colegialidad de este órgano.

Un argumento más en contra del voto particular es que su existencia restaría fuerza a las decisiones y a la autoridad del órgano de control, pues reflejaría la imposibilidad (o incapacidad) de los tribunales constitucionales para llegar a soluciones unánimes. Esta situación podría restar prestigio al órgano de control y, por tanto, al sistema de control de constitucionalidad en su conjunto.

'collegial concurrence' by the 'odd judge out' (for want of a pithier expression) in all but those cases where the disagreement is very great and she or he feels sufficiently strongly about it. This is in some way supported by the fact that in just two specific areas Sunstein did not observe any ideological amplification or dampening depending upon composition of the bench. These areas were abortion and capital punishment and Sunstein can only account for the discrepancy by speculating that in those cases, 'commitments run very deep. Life and death are literally at stake. For this reason, the views of other panel members are not important to judicial votes'. Quite simply, in such cases, the benefits of a 'collegial concurrence' are not strong enough to compete.", *Idem*.

²⁹⁵ Panizza, Saulle, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., p. 81.

²⁹⁶ Por ejemplo, Michael Kirby, uno de los integrantes del órgano de control australiano, en el año 2004 emitió su voto particular en el 52% de los casos que se decidieron en la Corte Suprema. Esta situación, que el propio Lynch ha intentado justificar debido a la trascendencia y la naturaleza de las cuestiones tratadas, ha sido, sin embargo, muy polémica en el ámbito jurídico australiano. Véase al respecto, Kirby, Michael, "Judicial dissent", *Paper delivered to Inter Alia, the Law Students' Society of James Cook University at Cairnes*, Australia, Febrero de 2005.

Si los jueces constitucionales tienen la oportunidad de hacer públicos votos contrarios a los de la mayoría, esta situación puede convertirse en un factor que impida llegar rápidamente a solucionar determinadas controversias, pues implicaría la necesidad de examinar las cuestiones tratadas una y otra vez. Esto provocaría una mayor incerteza en las relaciones jurídicas y, con ello, un aumento de los conflictos entre las partes y una mayor propensión de la sociedad hacia los litigios. Asimismo, la autoridad de las decisiones se vería afectada también respecto a los órganos jurisdiccionales inferiores, lo que mermaría el papel de la jurisprudencia constitucional como guía para los jueces ordinarios²⁹⁷.

Como es evidente, la doctrina se encuentra dividida sobre la posibilidad de incluir o no el voto particular en los sistemas de justicia constitucional; sin embargo, en la actualidad la tendencia se dirige a la aceptación de la conveniencia de esta figura. Ello ha dado como resultado que, a pesar de que en diversos ordenamientos los votos particulares estén expresamente prohibidos (como en el caso de Lituania) o no se contemplen (como sucede en Austria, Italia o Francia), cada vez sean más los países en que estos votos se acepten y se añadan, aunque con diversas modalidades, a la manera de funcionar de los órganos de control²⁹⁸. Entre éstos pueden contemplarse los casos de México, Australia, Alemania, Albania, España, Hungría, Estados Unidos, Letonia, Polonia y Rumania.

²⁹⁷ Peter Häberle también señala algunos argumentos contrarios a la inclusión del voto particular en aquellos Estados constitucionales “jóvenes”, pues, según él, para la inclusión de esta figura es necesario un buen grado de consolidación democrática. Al respecto, este autor refiere que: “Evidentemente hay también argumentos en contra [de la] inmediata introducción [del voto particular], por ejemplo, en los países de la Europa del Este. Éstos, que se deben establecer como Estados constitucionales sólo en procesos de ‘entrenamiento’ y socialización más largos, no pueden quizás permitirse ‘todavía’ los votos particulares. El muy diferente pensamiento constitucional de los países de la Europa occidental es hoy, en la Europa del Este o incluso en los Estados reformados de Asia, demasiado prematuro. El argumento, dirigido en contra de ellos en Alemania hasta 1970, de la ‘seguridad jurídica’ que se pondría en peligro puede tener allí mayor peso que en la Alemania actual. Desde un punto de vista de política jurídica, se aconseja una introducción del voto particular en los ‘nuevos’ Estados constitucionales en un momento ulterior y, aun entonces, sólo cautelosamente. El hecho de que España se haya aventurado a ello de manera inmediata en 1978 dice mucho a favor de este país, pero no debería ser imitado sin más. Una vez más se muestra que, como ocurre con toda política jurídica y constitucional, hay que tomar en cuenta la correspondiente fase de crecimiento, las condiciones previas culturales y jurídicas y, no en último término, a los ciudadanos y su concreta situación”. Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional institucionalizada”, *cit.*, p. 181.

²⁹⁸ Un caso *sui generis*, por ejemplo, es el de Grecia, pues en este país, aun cuando el voto particular está permitido, su redacción e inclusión en la sentencia se encarga siempre al ponente.

Al voto particular, por tanto, se le pueden dar una pluralidad de significados y atribuir una serie de consecuencias que inciden de diversa forma sobre los componentes del órgano de control o de éste en su conjunto, en sus aspectos organizativos o de funcionamiento. Y es que la reglamentación concreta de la figura y los rasgos de cada sistema están estrechamente ligados a las razones de su reconocimiento; sin embargo, algo innegable es que el voto particular se ha convertido hoy en día en un instrumento de transparencia y pluralidad dentro de los Estados democráticos consolidados. Asimismo, es verdad que el uso apropiado de esta facultad por parte de los jueces constitucionales está relacionado también de manera importante con la personalidad de cada uno de ellos. Por esta razón son tan trascendentes los sistemas de selección de los integrantes de los órganos de control, pues la redacción de los votos particulares debe responder a una técnica peculiar: por un lado, debe tratar de poner en evidencia la calidad del razonamiento antes que la autoridad institucional (de la que carece y sí posee la decisión de la mayoría), y, por otro, ese razonamiento no debe crear polémicas gratuitas con la decisión mayoritaria dado que el juez constitucional está sujeto a una obligación de lealtad con su institución jurisdiccional²⁹⁹.

²⁹⁹ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, cit., p. 61.

4. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD: ASPECTOS GENERALES

En el ámbito del control jurisdiccional de constitucionalidad existen aspectos de carácter general que se relacionan con todas las actividades de control. Comprender los alcances que estos aspectos tienen es sumamente importante pues sólo así se pueden entender a cabalidad la naturaleza del control de constitucionalidad y su incidencia en el ordenamiento jurídico entendido en su conjunto. El parámetro de control, los actos que son su objeto y los vicios de constitucionalidad, se presentan como figuras en constante interacción que determinan la fisonomía del control en cada sistema; por ello, el estudio de estos temas conforma una parte importante dentro de la panorámica general que se ofrecerá en este trabajo para concebir de manera adecuada al control jurisdiccional de constitucionalidad. La combinación que se presenta entre estos elementos, la evolución que han experimentado y su dinámica en los procesos de control, son sin duda elementos que repercuten de manera relevante en el ordenamiento y en la idea que la sociedad tiene de la función de los órganos de control, por lo que su análisis no puede dejarse de lado.

Estudiar el conjunto de implicaciones que conlleva la determinación o indeterminación del parámetro usado en las actividades de control, así como los actos (*lato sensu*) que pueden ser objeto de éstas y la comprobación de los vicios que ponen en marcha los procesos que se desarrollan frente a los órganos controlantes, es un aspecto fundamental en el desarrollo de una construcción teórica que gire en torno a los sistemas

de control. Es por esto que, en este capítulo, se harán algunas consideraciones sobre la función del parámetro en el control de constitucionalidad, entendiéndolo no sólo de manera formal, sino también tomándolo en cuenta de forma sistemática y, con ello, estudiándolo desde el punto de vista del órgano de control y de los instrumentos y técnicas que éste utiliza para determinar su contenido. Además, se considerarán los actos que son objeto de control y la forma en que éstos influyen en los procesos que se desarrollan frente al órgano controlante. Finalmente, se harán algunos apuntes sobre los vicios que, frecuentemente, determinan el impulso por parte de los recurrentes al órgano de control para salvaguardar los valores constitucionales de un determinado ordenamiento.

4.1 El parámetro de control

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, por parámetro se entiende un dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación³⁰⁰. A partir de esta premisa y considerando las características del control jurisdiccional de constitucionalidad, se puede ofrecer una primera idea de lo que es el parámetro en este tipo de control. Ya se dijo que el control de constitucionalidad a través de la vía jurisdiccional es un control jurídico y, por tanto, éste encuentra su parámetro en un canon fijo predeterminado del cual puede servirse el sujeto controlante para realizar el juicio de conformidad. Este canon sería, en primera instancia, la constitución³⁰¹; sin embargo, es necesario ahondar un poco más sobre algunos aspectos relacionados con el parámetro del control jurisdiccional de constitucionalidad y determinar si éste se circunscribe al texto constitucional o si existen otros factores que permiten que su campo sea más amplio. Con el fin de dar respuesta a esta pregunta, es necesario señalar algunas de las características que son propias del parámetro que aquí se trata, para, a partir de ellas, recabar ciertas conclusiones que sirvan como base para contestar esta interrogante.

³⁰⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española, cit.*, t. II.

³⁰¹ Cruz Villalón, de hecho, al referirse a este tema señala que “el parámetro de control es la Constitución misma y sobre ello no habría nada que añadir”. Véase Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987, p. 39.

4.1.1 *Las características del parámetro de control*

En primer lugar debe decirse que los parámetros constitucionales, en virtud de la esencia de las normas fundamentales de cada Estado, se caracterizan por contar con un más amplio grado de consenso entre los miembros del grupo social. Este consenso deriva de la apertura del texto constitucional y de la idea, siempre favorable a la constitución (en virtud del *idem sentire di re publica*), de aceptación de los principios que son la base del orden constitucional y en los que se fundan todos los demás parámetros jurídicos.

Ahora bien, la determinación del parámetro del control jurisdiccional de constitucionalidad como parámetro jurídico que goza de un alto grado de consenso y constituye el fundamento de los demás parámetros de derecho, determinaría una concepción incompleta de éste si no se agregara otro de los elementos que son básicos en el control de constitucionalidad: la supremacía con que cuenta la norma fundamental. Sumando esta idea al concepto del parámetro de control de constitucionalidad que se intenta dar, será posible afirmar que, en los sistemas jurídicos liberal-democráticos, por lo general un parámetro es respetado porque éste, a su vez, respeta (y se apoya en) un parámetro superior. Esta articulación de carácter gradual sobre el fundamento de los parámetros jurídicos (conocida como jerarquía de las fuentes) encuentra su vértice, por regla general en la constitución, como la norma jurídica que se posiciona en el peldaño más alto dentro de un sistema jurídico y, por tanto, esta última puede considerarse como el parámetro fundante y de clausura, es decir, la fuente a partir de la cual surgen todas las demás normas jurídicas, pero, al mismo tiempo, el parámetro que cierra el ordenamiento en aras de la seguridad jurídica y con ello de la supervivencia del sistema normativo.

Esta idea del parámetro constitucional como parámetro fundante y de clausura, sin embargo, se topa con el problema de determinar cuál es el fundamento y el parámetro en el que se apoyaría este “parámetro de parámetros”. Aunque la respuesta a esta interrogante puede trascender el ámbito jurídico, debe decirse, tomando en consideración la idea de constitución planteada en el apartado 1.2 de este trabajo, que este fundamento se encontraría en los valores políticos que se identifican con la “estructura” jurídica del

Estado. Estos valores, dentro de la concepción que se ha ofrecido sobre la constitución, coincidirían con el carácter democrático del texto constitucional, cargado de normas de reconocimiento de la esfera pública (división de poderes, representatividad política de las funciones de gobierno para el ejercicio de los derechos políticos y separación de éstas de las funciones de garantía), de normas de reconocimiento de la esfera privada (producción, a través del ejercicio de los derechos civiles, de las situaciones disponibles que pertenecen a ella), y de razones sociales (garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales)³⁰². No obstante lo anterior, debido a que las reglas sobre los procedimientos democráticos no pueden (o al menos no siempre deben) ser producidas democráticamente, el fundamento del parámetro fundante debe tener -con el fin de evitar una potencial tiranía de la mayoría- naturaleza metademocrática. En este sentido, el fundamento del parámetro constitucional deberá buscarse en un principio al que se dirijan todas las normas constitucionales y en el que encuentren cabida todos los valores y principios que derivan de ellas. Este principio puede ser, sin duda alguna, la dignidad humana, pues a ella se encuentran encaminados todos los esfuerzos en los sistemas democráticos³⁰³.

La participación política para concebir una representación entre iguales y designar a las personas que cumplirán funciones públicas, la separación de poderes para controlar

³⁰² *Vid supra*, apartado 1.2.

³⁰³ Spadaro ha señalado al respecto que: “S’intende, naturalmente, che la Costituzione è anche una convenzione democratica (legittimazione dal basso). Ma non è solo questo. Essa, a parer nostro, trova pure una giustificazione in alcuni ‘valori’ politici, sostanziali e formali (primi fra tutti: i diritti umani e il principio di separazione fra i poteri), che essa stessa deve proteggere per dar vita a un ordine giuridico non semplicemente ‘costituito’, ma costituzionale (c.d. principio di legittimazione dall’alto o di auto-legittimazione). Si tratta, a ben vedere, di un’esigenza -ancor prima che etico-politica- strettamente logico-giuridica, non solo e non tanto perché il processo democratico, quale ‘agire comunicativo’, dovrebbe avere natura ‘razionale’ e non meramente negoziale, ma soprattutto perché, purtroppo, non sempre il processo democratico è ‘razionale’ in sé, essendo piuttosto -anzi: dovendo essere- semmai ‘razionali’ le regole (costituzionali) che disciplinano tale processo, tant’è che ‘le regole dei procedimenti democratici non possono essere prodotte democraticamente’, al punto che si dovrebbe riconoscere che, quindi, il ‘parametro dei parametri’ ha (o dovrebbe avere) anche natura meta-democratica. Insomma, se è vero che risulta tecnicamente e logicamente impossibile far coincidere [...] il vincolo esterno (parametro giuridico) con il vincolo interno (coscienza individuale) è pure vero che il ‘parametro dei parametri’, a sua volta, per essere tale deve rinviare al (e trovare il suo fondamento nel) principio supercostituzionale di dignità umana, rispetto al quale proprio l’idea di coscienza (la cui libertà è condizione- e va tutelata prima di tutte le altre) appare tutt’affatto trascurabile”. Spadaro, Antonino, “Dalla costituzione come ‘atto’ (puntuale nel tempo) alla costituzione come ‘processo’ (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità”, en Pitruzzella, Giovanni *et al.* (coords.), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 9-10.

institucionalmente sus abusos y la expresión de derechos individuales y sociales, así como su ejercicio, son todas opciones que han sido tomadas con el fin de proteger a las personas de los continuos ataques que, la historia lo ha demostrado, han sufrido los seres humanos a través del tiempo. Sin embargo, no todos los ataques exigen una protección que encuentre su fundamento último más allá de los textos normativos fundamentales. Sólo aquellas agresiones que no encuentran respuesta en el orden constitucional y que transgreden el valor último en el que convergen tanto el diseño institucional como los contenidos axiológicos de los textos constitucionales, es decir, la dignidad humana, son susceptibles de encontrar una protección que vaya más allá del texto constitucional. La dignidad de los seres humanos y su carácter metademocrático constituyen así el fundamento del parámetro fundante y el elemento que cierra completamente -pero que al mismo tiempo concede un margen de apertura- al sistema constitucional.

Si se quiere pensar en una metáfora sobre este apunte, puede imaginarse a la constitución como una muralla que contiene y protege diversos valores, normas y principios, y a la dignidad humana como la llave que sirve para cerrar hermenéuticamente esa muralla, pero que al mismo tiempo permite abrirla cuando dentro de ella los elementos que se contienen son ambiguos, contradictorios entre sí o insuficientes para dar una respuesta adecuada a determinados problemas. La dignidad humana, de esta forma, puede cerrar la labor interpretativa del órgano de control y funcionar como elemento determinante de clausura en la elección de una solución adecuada ante problemas de constitucionalidad, o bien, puede abrir las puertas del texto constitucional cuando sea necesario encontrar una respuesta fuera de las murallas constitucionales, en un campo (metatextual) en que el único parámetro posible será ella misma³⁰⁴. De esta manera, puede decirse que, además del texto constitucional, existe un valor metademocrático que funge como parámetro (y que limita, como se verá más adelante, la discrecionalidad de los integrantes del órgano de control) de constitucionalidad, cuando la constitución no es

³⁰⁴ Antonino Spadaro menciona que “il parametro costituzionale, per essere tale, deve in qualche modo coincidere non solo con un atto democratico, ma anche con una *Legge superiore* metademocratica, in cui sono evidenti gli echi della tradizione giusnaturalista”. *Ibidem*, p. 11. Por su parte, Ruggeri señala que “il fondamento della Costituzione non può che essere fuori della Costituzione stessa”, Ruggeri, Antonio, “Linguaggio della costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità”, en Pitruzzella, Giovanni *et al.* (coord.), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, cit., p. 547.

suficiente para ofrecer respuestas adecuadas y congruentes dentro de un Estado liberal-democrático a los problemas de constitucionalidad.

A estas características extratextuales del parámetro constitucional se suman la relatividad y apertura de la constitución. Si bien es claro que los textos constitucionales contienen más principios que reglas³⁰⁵, muchas veces se olvida que los principios, por definición están cargados siempre de un grado importante de indeterminación y, por tanto, son altamente manipulables. Esto permite que las constituciones, aun cuando sean actos puntuales, constituyan normas (relativas) en continua evolución que adquieren características propias de los momentos históricos en los que están vigentes. Los enunciados constitucionales en muchas ocasiones contemplan conceptos indeterminados (e.g. interés nacional, buenas costumbres, progreso científico, etc.) que dotan de elasticidad a la constitución dentro de la rigidez (en el sentido empleado por Bryce) que caracteriza la mayor parte de los textos constitucionales de los países democráticos. Esto hace que cobre vigencia el juego de palabras que usa Spadaro al referirse al contenido normativo de las constituciones como un conjunto de disposiciones rígidas, pero de contenido flexible³⁰⁶. En consecuencia, el carácter relativo del parámetro constitucional supone también la relativización del principio de rigidez constitucional, lo que implica que lo que verdaderamente cuente en materia del parámetro de control no sea tanto el texto en sí, sino la manera en que el órgano de control determina su contenido, esto es, la interpretación que de éste hace el órgano controlante³⁰⁷. Sin embargo, esta afirmación no

³⁰⁵ Sobre la distinción entre reglas y principios, Riccardo Guastini señala que: “In dottrina -e ancor più in teoria generale del diritto- si usa dire che ogni sistema giuridico includa due tipi di norme: ‘regole’ e ‘principi’ (aggettivati ora come ‘generalì’, ora come ‘fondamentali’). Ma come distinguere tra principi e regole? La distinzione dipende molto semplicemente dai concetti impiegati: dal concetto di regola e dal concetto di principio. Ora, si può convenire che una regola sia un enunciato condizionale che connette una qualunque conseguenza giuridica ad una classe di fatti: “Se F, allora G”. La conseguenza giuridica in questione può essere una sanzione, la nascita di un obbligo o di un diritto, la validità o l’invalidità di un atto, etc. Il concetto di principio è alquanto più complicato. Si può avanzare la congettura che i giuristi contemporanei considerino principio ogni norma che presenti due caratteristiche: (i) per un verso, abbia carattere fondamentale, e (ii) per un altro verso, sia affetta da una particolare forma di indeterminazione.”, Guastini, Riccardo, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 2006, pp. 35-36.

³⁰⁶ Spadaro, Antonino, “Dalla costituzione come ‘atto’”, *cit.*, p. 13.

³⁰⁷ De esta situación derivan dos corolarios importantes. Uno de ellos es denominado por Spadaro, al referirse al caso italiano, como la gran paradoja de la justicia constitucional. Para este autor, los corolarios son los siguientes: “1) chi ha il potere di determinare, in concreto, quale sia il parametro dei parametri, e, dunque, di individuare le *norme-significato* contenute nel *testo-significante* della Costituzione, *semberebbe* -almeno dal punto di vista teorico e formale- l’organo che detiene il vero potere ‘sovrano’ nell’ordinamento:

debe llevar a pensar que en materia de parámetro existan sólo interpretaciones, pues en los países con constitución escrita, un hecho (el texto de la constitución) está siempre presente y es el punto de partida en cualquier interpretación del ordenamiento constitucional. Es cierto que las disposiciones contenidas en las constituciones se vuelven normas sólo cuando el órgano de control las dota de un significado, pero esta actividad no está exenta de límites y a éstos se dedicarán las páginas que siguen.

4.1.2 *Los límites a la relativización del parámetro*

La relativización del parámetro, como se ha visto, se da en virtud de dos factores. El primero tiene que ver con la indeterminación ínsita a los principios contenidos en las constituciones, mientras que el segundo está relacionado con el poder que tiene el órgano de control de dotar de sentido a las proposiciones lingüísticas contenidas en el texto constitucional. Estos dos factores consiguen el necesario equilibrio entre permanencia y evolución que es característico de los textos constitucionales. A través de ellos se funde el modelo constitucional derivado del *sollen* con la realidad institucional determinada por el *sein* de cada Estado; sin embargo, el órgano de control no debe actuar como si la constitución fuera algo que puede ajustar a su antojo. Al contrario, debe respetar ciertos límites derivados de los mismos principios constitucionales pues éstos, a pesar de su indeterminación, están dotados de un significado mínimo que puede deducirse del texto constitucional y que cualquier operador jurídico e incluso gran parte de los elementos del grupo social pueden percibir. Este *minimum* es el *idem sentire* que encuentra en un texto escrito su garantía; de esta forma, el significado mínimo (que se muestra como evidente) de los enunciados contenidos en el texto constitucional constituye el primer y más natural límite a la potencial relativización de las proposiciones lingüísticas de tipo normativo contenidas en la constitución. El segundo límite a la relativización del parámetro es la

ma, ciò vale fino a un certo punto; 2) se, in astratto, quello costituzionale è parametro superiore che vincola tutti, in concreto, la Corte -che pure istituzionalmente, al pari degli altri, è obbligata al rispetto di tale parametro- è l'unico interprete in senso vincolante del parametro stesso, sicché in realtà essa non appare pienamente soggetta al parametro costituzionale: si tratta del noto 'paradosso' della giustizia costituzionale". Spadaro, Antonino, "Dalla costituzione come 'atto'", *cit.* pp. 16-17.

valoración adecuada de los hechos (costumbres, convenciones, prácticas, etc.) en el derecho constitucional. Si bien éstos crean un *con-texto* que relativiza el *texto* de la constitución, dicha relativización encuentra límites claros de carácter jurídico, pues no es posible identificar *sic et simpliciter* “comportamiento” (institucional) y “derecho” (constitucional). Esto significa que, en los ordenamientos liberal-democráticos, no debe prevalecer el *behaviorismo* constitucional y que, por tanto, el *con-texto* (social e institucional) puede condicionar el actuar de los órganos de control, pero nunca prevalecer sobre el *texto* (constitucional)³⁰⁸.

Otro límite a la relativización del parámetro constitucional es el llamado núcleo duro de la constitución. Como ya lo ha señalado la doctrina e incluso algunos órganos de control³⁰⁹, dentro del propio sistema de disposiciones constitucionales existe una jerarquía interna en virtud de la cual una parte de las proposiciones lingüísticas que conforman el texto de la constitución puede ser considerada, al menos en su significado más inmediato y evidente, absolutamente intangible³¹⁰. La existencia de este núcleo duro al interno del

³⁰⁸ Y es que el contexto puede tener como consecuencia modificaciones tácitas a la constitución a través del actuar de los órganos constitucionales y de los distintos operadores jurídicos; sin embargo, los cambios y las modificaciones culturales, que, como lo señala Cariola, determinan en gran medida la organización social, en el momento en que adquieren un grado de importancia determinante, deben encontrar acogida en el texto constitucional. Cfr. Cariola, Agatino, “Legittimazioni del giudice costituzionale ed uso del criterio di ragionevolezza”, en Pitruzzella, Giovanni *et al.* (coord.), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, cit., p. 146. La afirmación de que el contexto puede influir en la interpretación del órgano de control, pero no prevalecer sobre el texto constitucional es tomada de Spadaro, quien además señala que: “si deve prendere atto che purtroppo non sempre e non tutta la dottrina ha la piena consapevolezza che il *diritto costituzionale vivente* non coincide integralmente con la mera ‘realtà costituzionale’ *tout court*, nella quale purtroppo operano non trascurabili fatti incostituzionali (come tali chiaramente patologici), ma soltanto con quella parte della ‘realtà costituzionale’ compatibile con il *testo* della Carta e, in particolare, avallata, ove esista, dall’interpretazione (o quanto meno dall’assenso) della Corte costituzionale, l’unica che -piaccia o no- corrisponde a uno sviluppo fisiologico dell’ordinamento. È la Corte -quantomeno: *soprattutto* la Corte (nella volontà dei Costituenti)- che stabilisce quanto, della ‘realtà’ costituzionale, è fisiologico (e quindi coerente ai *tratti essenziali* del modello voluto dal Costituente) e quanto invece, pur accadendo, costituisce non una legittima *evoluzione* del sistema, ma una patologica *involuzione* dell’ordinamento rispetto alla cornice immodificabile del *parametro costituzionale*”. Spadaro, Antonino, “Dalla costituzione come ‘atto’”, cit., p. 24.

³⁰⁹ Por ejemplo la Corte constitucional italiana en la sentencia 366/1981.

³¹⁰ En este sentido se ha pronunciado Spadaro, que agrega lo siguiente: “In particolare, circa le ragioni lógico-giuridiche a favore dell’esistenza, nell’ambito del parametro dei parametri, di un *nucleo duro*, esse hanno natura di teoria generale del diritto costituzionale e valgono anche per gli ordinamenti diversi da quelli liberaldemocratici. In breve: ogni ordinamento, in quanto mira a conservare sé stesso, benché possa prevedere meccanismi giuridici che non consentano la (maggiore o minore) *trasformazione*, certo non può non ammettere, né tantomeno disciplinare giuridicamente, la propria sostanziale *estinzione*”. Spadaro, Antonino, “Dalla costituzione come ‘atto’”, cit., pp. 24-25.

parámetro fundante y de clausura se presenta como una necesidad ético-política en los Estados constitucionales, pues en ellos se deben conservar siempre algunos contenidos constitucionales mínimos (separación de poderes, protección de los derechos fundamentales, pluralismo político, etc.) que, de ser mermados, alterarían irremediablemente el modelo (y en consecuencia el régimen) constitucional de un Estado determinado. Sólo a través de estos enunciados irreductibles e indisponibles, el texto constitucional se puede presentar como un sólido modelo normativo que caracteriza un sistema de límites jurídicos fundamentales con naturaleza vinculante y no como un ordenamiento que, usando las palabras de Carbonell, funcione como un simple recurso estilístico y retórico de la clase política³¹¹.

Este último límite, permite afirmar que, incluso dentro del texto constitucional, existe una jerarquización gradual del parámetro. Ya se ha señalado que fuera del texto constitucional y “hacia arriba” la dignidad humana funciona como valor último de clausura y apertura del parámetro constitucional; pues bien, ahora es necesario estudiar las diversas situaciones que se presentan dentro de la misma constitución como parámetro del control jurisdiccional de constitucionalidad.

4.1.3 La gradualidad de las disposiciones constitucionales y su función como parámetro

La concepción de la constitución como “normas”³¹² ofrece la posibilidad de distinguir los diversos tipos de preceptos que conforman la norma fundamental de un Estado. Al ser el centro del ordenamiento jurídico, la constitución contiene una serie de prescripciones de orden procesal y sustancial que constituyen el contenido mínimo, peculiar e imprescindible del ordenamiento constitucional. Estas prescripciones pueden asociarse a la constitución material, que caracteriza el pacto constituyente originario y que se presenta como *conditio sine qua non* de la existencia del sistema jurídico-político. Y esta formulación material de las disposiciones del texto constitucional está impregnada, en la

³¹¹ Véanse las palabras introductorias a la obra de Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Comentada)*, México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2007.

³¹² *Vid supra*, apartado 1.3.

gran mayoría de los sistemas en que existen sistemas de control de constitucionalidad, de los principios y valores que caracterizan a los Estados liberal-democráticos (constitución ideal). De esta forma, el núcleo duro de una constitución puede identificarse con la constitución material-ideal de un Estado y, por tanto, las disposiciones que engloba este concepto se presentan como inmutables, so pena de alterar la esencia y los fundamentos de la organización política de una sociedad determinada.

Las disposiciones constitucionales pueden concentrarse entonces en dos grupos que actúan en simbiosis para definir la forma esencial de un Estado determinado. Por un lado, existen disposiciones indisponibles (que se identifican con el núcleo duro del texto constitucional y que se expresan a través de normas sobre la producción de normas y normas que contienen valores sustanciales³¹³), pero también pueden encontrarse dentro de los textos constitucionales disposiciones disponibles (susceptibles de ser modificadas sin que se alteren los fundamentos de la organización política del grupo social). Por ejemplo, una disposición indisponible puede ser el enunciado lingüístico del texto constitucional que establece el principio de la división de poderes, mientras que una disposición disponible, relacionada con este principio pero que puede ser modificada (siempre dentro de los límites necesarios para que no se alteren las normas indisponibles o pierdan su efectividad y vigencia) puede ser el enunciado constitucional que establece la composición del Parlamento. La primera de ellas forma parte del contenido “lógico y ontológico” mínimo necesario dentro de la organización política y la segunda, aun cuando forma parte del parámetro fundante y de clausura, se identifica con un contenido particular de carácter eventual.

³¹³ Spadaro señala que, desde el punto de vista formal/procedimental (constitución como “el conjunto de las principales reglas del juego político) el texto constitucional comprende tres grupos de normas: a) normas sobre la producción normativa; b) normas sobre la separación/equilibrio entre poderes, y c) normas electorales; mientras que, desde el punto de vista sustancial (constitución como conjunto de valores fundamentales) se compone por otros tres grupos de normas: a) normas que contemplan derechos inviolables del hombre y deberes inderogables del ciudadano; b) normas para la racionalización del pluralismo político, económico, religioso, etc, y c) normas sobre los fines políticos últimos (tutela de la dignidad de la persona, interés general, etc.). Spadaro, Antonino, “Dalla costituzione come ‘atto’”, *cit.*, p. 33.

Dentro del ámbito de las normas contenidas en las disposiciones constitucionales que constituyen el núcleo duro del parámetro constitucional, algunas de ellas tienen un contenido objetivo común a todos los ordenamientos que pueden identificarse como liberal-democráticos. Esta condición determina una verdadera forma de ser del Estado y, en muchas ocasiones, esta parte del núcleo duro constitucional (expreso o metatextual) es prácticamente idéntica en todos los ordenamientos constitucionales. A estas normas puede considerárseles como el núcleo duro objetivo de una constitución. Pero también existen características propias de los distintos ordenamientos constitucionales que, por razones históricas, políticas, sociales y culturales, forman parte del núcleo duro de la constitución y se convierten de esta forma en parte imprescindible en una determinada organización política, por lo que pueden ser identificadas con la parte subjetiva del núcleo duro de un ordenamiento constitucional. Estas características son indisponibles en virtud de que, si son modificadas, la constitución no correspondería al pueblo y al contexto que se dio ese texto constitucional; sin embargo, estarán supeditadas siempre al núcleo duro de carácter objetivo. La dependencia de las normas que constituyen el núcleo duro subjetivo de una constitución a las que forman el núcleo duro objetivo, hace evidente que dentro del mismo texto constitucional existirán disposiciones que prevalecerán sobre otras al ser empleadas como parámetro. El órgano de control, al emplear el texto constitucional como parámetro, deberá dar preeminencia -en caso de encontrar problemas en su labor interpretativa para resolver una cuestión de constitucionalidad- al núcleo duro objetivo sobre el núcleo duro subjetivo del texto constitucional y a este último sobre las disposiciones variables y eventuales que constituyen la parte “disponible” de la constitución.

Ahora bien, el parámetro en el control jurisdiccional de constitucionalidad, no debe limitarse al texto de la constitución y, por tanto, éste puede extenderse más allá de los enunciados contenidos en la constitución si se quiere considerar a esta clase de parámetro desde una perspectiva adecuada y apegada a la realidad.

4.1.4 La integración del parámetro de control fuera del texto constitucional

El órgano de control puede utilizar como parámetros de constitucionalidad (y en la práctica es generalmente así) diversos instrumentos normativos y hechos que se encuentran fuera del texto constitucional. La razón de este comportamiento es que, muchas veces, la extensión textual de la constitución no permite encontrar en los enunciados del texto constitucional todo el desarrollo necesario que debe darse al ordenamiento constitucional ni todas las soluciones que éste debe implicar. Esta situación ha dado un vuelco importante a la clásica perspectiva del control de constitucionalidad en la que el único parámetro podía ser la constitución, pues, aun cuando la jurisprudencia constitucional es muy creativa en la actualidad, los límites textuales se muestran frecuentemente como insuperables.

Hoy en día, los órganos de control en el ejercicio de sus funciones, al comprobar que el texto de la constitución es insuficiente o suficiente pero débil para fundar sus decisiones al resolver problemas de constitucionalidad, amplían el canon de inferencia que utilizan como parámetro³¹⁴. De esta forma, toman en cuenta diversas fuentes como parámetro de constitucionalidad. Una de ellas son las leyes constitucionales que existen en países como Italia. Este tipo de leyes, aun cuando son aprobadas con el mismo procedimiento previsto para las leyes de revisión constitucional no alteran el texto de la norma fundamental, sino que se limitan a integrarlo. La integración del texto de la constitución implica, necesariamente, una modificación del parámetro constitucional y, por tanto, estas leyes sirven como un instrumento natural de extensión en el que no se modifica la voluntad del constituyente, sino que se añade a ésta un *quid novi*, con la finalidad de enriquecerla positivamente. Este tipo de leyes, que integran el texto constitucional, si respetan el sentido y los fines de éste, pueden ser usadas como parámetro en el control de constitucionalidad.

Otra clase de leyes que pueden ser usadas como componentes del parámetro constitucional son aquellas que tutelan directamente los valores constitucionalmente protegidos. Estas leyes, en virtud de su relación inmediata con los valores que se expresan

³¹⁴ En algunos casos, si se quiere pensar en instrumentos que amplían el parámetro intrínsecamente relacionados con el texto constitucional, debe decirse que incluso el preámbulo de las constituciones o los debates del constituyente son usados materialmente como parámetro en el control jurisdiccional de constitucionalidad.

en el texto constitucional, no sólo pueden fungir como partes del parámetro con relación a otras leyes, sino que incluso pueden (aunque esto suceda sólo excepcionalmente) resistir actos de rango formalmente constitucional, so pena de lesionar los propios valores constitucionales. Esto vale sólo en el caso de que los valores constitucionalmente protegidos sean fundamentales, pues desde la perspectiva que se pretende adoptar en este trabajo, lo que verdaderamente importa considerar para resolver los problemas de constitucionalidad es el contenido efectivo de las normas y no su simple carácter jerárquico-formal³¹⁵. Precisamente esta concepción sobre la jerarquía de las fuentes en el ámbito constitucional es la que permite señalar también como componentes del parámetro de control de constitucionalidad a las leyes que explican y desarrollan el contenido de las disposiciones constitucionales, así como a todas aquellas cuya función es la determinación (constitucional) de las disposiciones de la norma fundamental. En efecto, sobre todo en las partes en que el texto constitucional se presenta como un simple indicador metalingüístico, puede darse el caso de que una simple fuente primaria (la ley) diga lo que la constitución no dice (o, quizá, objetivamente, no puede decir) y, por lo tanto, explique su texto. De esta forma, las normas específicas de la ley se “convierten” en texto constitucional, o, mejor dicho, el texto constitucional se concreta en las normas de la ley y, así, éstas integran el parámetro constitucional. Es cierto que el legislador no puede hacer lo que quiere, pues, como ya se ha dicho, el órgano de control contribuye también a la explicación del texto constitucional; sin embargo, existen casos en que la explicación requiere que el juez constitucional no invoque su monopolio hermenéutico sobre la constitución y, consecuentemente, se vea obligado a reconocer la “discrecionalidad del

³¹⁵ En este sentido se expresa Spadaro quien, sin embargo, al referirse al caso italiano -aunque los apuntes valen también para muchos sistemas de control- recuerda que: “Purtroppo e invece [...] gran parte della dottrina e lo stesso sistema di giustizia costituzionale italiano, almeno formalmente, sembrano privilegiare ‘...il contrasto ‘astratto’ fra le *fonti* (una superiore e l’altra inferiore) rispetto al contrasto ‘concreto’ fra le *norme* (una costituzionale e l’altra ordinaria)’ quando invece ‘il contenuto effettivo della norma (valore protetto) determina [o dovrebbe determinare] l’atto giuridico-formale (fonte) destinato ad accoglierla, e non viceversa’. In questo senso ‘... dal punto di vista della teoria generale del diritto costituzionale, l’uso del mero ‘grado’ dell’atto-fonte come rigida ‘scriminante’ (o filtro) per l’accesso all’organo accentrato di giustizia costituzionale, a nostro avviso, non trova adeguata giustificazione, risultando invece oltremodo comprensibile un *self-restraint* della Corte laddove fosse chiamata a giudicare questioni che *non* la interessano (perché plausibilmente *non* hanno alcun rapporto, diretto o indiretto, con la Costituzione)”. Spadaro, Antonino, “Dalla costituzione come ‘atto’”, *cit.*, p. 47.

legislador” incluso en la concreta determinación del significado de las palabras contenidas en el texto constitucional³¹⁶.

Además de estas normas, existen otros tipos de fuentes que integran el parámetro constitucional. Es el caso de las llamadas normas interpuestas, que son aquellas fuentes cuya violación directa determina, frecuentemente, también una violación a la constitución de manera indirecta, en la medida que ésta prevé (y por ende cubre) la existencia de este tipo de fuentes³¹⁷. Las fuentes interpuestas, al igual que las leyes que se han mencionado precedentemente (con excepción de las leyes constitucionales), no pueden garantizar automáticamente y en consecuencia tampoco justificar en este modo su observancia pues no constituyen un parámetro constitucional directo, sino que sólo son, *stricto sensu*, instrumentos que en ocasiones se presentan como decisivos para colmar los “vacíos” que eventualmente pueden deducirse del texto constitucional³¹⁸. Todas estas normas integran, desde esta perspectiva, un “parámetro de constitucionalidad alargado” que, aun cuando tienen una menor intensidad prescriptiva, cumple una función importantísima en el control jurisdiccional de constitucionalidad.

Dentro de este parámetro alargado deben incluirse también fuentes concebidas externamente (tratados convenciones u otros instrumentos de derecho internacional o

³¹⁶ *Ibidem*, p. 48-49.

³¹⁷ Ejemplos de estas fuentes son las leyes que regulan el funcionamiento de los Parlamentos. El artículo 70 de la Constitución mexicana señala, en su segundo párrafo, que “El Congreso expedirá la Ley que regulará su estructura y funcionamiento internos”. Y añade en el párrafo siguiente que “La ley determinará, las formas y procedimientos para la agrupación de los partidos, según su afiliación de partido, a efecto de garantizar la libre expresión de las corrientes ideológicas representadas en la Cámara de Diputados.” De estas dos disposiciones constitucionales, se colige que, en caso de que una ley sea contraria a la Ley Orgánica del Congreso de la Unión y menoscabe, por ejemplo, los procedimientos de agrupación de los partidos políticos en el Congreso, ésta será contraria a la Constitución no directamente, pero sí en virtud de violar la norma interpuesta contemplada por el texto constitucional. Sin embargo, cabe señalar que éste es sólo un ejemplo de las muchas fuentes que pueden considerarse como interpuestas dependiendo del sistema constitucional en que se presenten. Y es que como han señalado Ruggeri y Spadaro “[...] il *genus delle fonti interposte* appare essere alquanto eterogeneo, sì da far dubitare che possa essere mantenuto, appunto sotto una stessa nomenclatura, quale categoria giuridica unitaria, dal momento che mentre alcune fonti [...] si presentano come ‘paracostituzionali’, altre invece si dispongono ad un piano intermedio tra quello costituzionale e quello primario.” Véase Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 75.

³¹⁸ Antonino Spadaro ha empleado una metáfora que ofrece una idea clara de lo que son las normas interpuestas. Para él “...le [norme interposte] sono come la luna rispetto al sole (Costituzione): esse brillano solo di luce riflessa e non sono in grado, a differenza di quest’ultimo, di fornire autonomamente calore (forza di vincolo costituzionale)”. Spadaro, Antonino, “Dalla costituzione come ‘atto’”, cit., p. 52.

regional), pero que son utilizados en el ámbito interno de los Estados para resolver problemas de constitucionalidad³¹⁹. La importancia de estas fuentes dentro de la integración del parámetro de constitucionalidad es considerable pues, muchas veces, tratados y declaraciones son incluidos en los ordenamientos internos con actos sub-constitucionales (generalmente leyes), de tal forma que actos emanados de un poder constituido (el Parlamento) se equiparan al acto por excelencia del poder constituyente (la constitución)³²⁰. La importancia de los procesos globales y de las relaciones entre los

³¹⁹ Incluso muchas veces los tratados internacionales en materia de derechos forman parte del “bloque de constitucionalidad”. Sobre este punto véase Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., pp. 63-66 y Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, cit., pp. 97-101.

³²⁰ Véase Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale*, cit. pp. 110- 114, quien además señala ejemplos de esta práctica al referir que: “[...] la Corte suprema statunitense può essere adita con *writ* avverso le sentenze delle più alte corti statali che abbiano eccepito la costituzionalità di leggi federali, oppure abbiano dichiarato la costituzionalità di leggi statali reputate contrarie alla Costituzione federale, a leggi federali o a *trattati*. Numerosi altri ordinamenti parametrizzano a loro volta tutti i trattati o i soli trattati, convenzioni o altri documenti che vertano in materia di diritti, mentre altri ancora impongono ai poteri statali, e in particolare ai giudici, di interpretare qualsiasi altra disposizione conformemente a essi. In Spagna, il Tribunale costituzionale ha riconosciuto il rango di parametro ai trattati internazionali in materia di diritti fondamentali e di libertà pubbliche sottoscritti dallo Stato spagnolo, così come prescrive l’art. 10, c. 2, Cost., e l’interpretazione dei diritti avviene nel rispetto della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo e dei trattati o accordi internazionali sulla stessa materia ratificati. In Portogallo, le disposizioni costituzionali sul parametro si integrano pure con il criterio interpretativo espresso all’art. 16, c. 2, che richiama la Dichiarazione universale dei diritti umani.

“Alcuni ordinamenti latino-americani -come Colombia e Venezuela- hanno seguito gli esempi di Spagna e Portogallo, inserendo nei testi costituzionali apposite disposizioni dedicate alle fonti internazionali, incorporando i trattati nel *bloc de constitutionnalité* e disciplinando il loro ruolo interpretativo nei confronti dei diritti costituzionali.

“Così pure è accaduto in gran parte degli ordinamenti dell’Europa dell’Est.

“In Ungheria e Bulgaria i trattati concorrono a comporre il blocco di costituzionalità, come pure in Slovenia la Corte costituzionale svolge, in via principale, un controllo di compatibilità degli atti legislativi interni con le norme di diritto internazionale consuetudinario e convenzionale, e nella Repubblica Slovacca, la Corte costituzionale giudica la conformità delle ‘regole giuridiche generali ai trattati internazionali promulgati secondo le modalità fissate dalla legge’. La Lettonia, a differenza delle altre Repubbliche baltiche, utilizza pur essa come parametro i trattati costituzionali ratificati, considerati dalla Costituzione fonti gerarchicamente superiori a quelle interne, mentre in Ukraina i trattati internazionali occupano un gradino della scala gerarchica più alto rispetto alla legge e, di conseguenza, prevalgono sulla medesima in caso di contrasto. Anche dove non è espressamente attribuito ai trattati internazionali il rango di parametro, come in Romania o in Moldavia, sono previste a volte clausole simili a quella stabilita dall’art. 10, c. 2 della Costituzione spagnola, e si attribuisce valore interpretativo alla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, alle convenzioni e agli accordi internazionali.

“Per quel che riguarda in particolare il diritto comunitario, l’obbligo incombente sugli Stati membri di rispettare i trattati ha determinato alcune revisioni costituzionali, parimenti attuate nel caso in cui si è ritenuto che l’adeguamento all’ordinamento giuridico comunitario ‘intaccasse’ il corredo normativo costituzionale interno. In Germania, ad es., la modifica dell’art. 23 GG lascia aperta la strada per un intervento del *Bundesverfassungsgericht*, qualora dall’adesione o dalla revisione dei trattati derivi una modifica o un’integrazione della Legge Fondamentale, onde dirimere eventuali controversie tra *Bund* e

Estados que conforman la comunidad internacional, así como la diversa intensidad con la que se asumen los compromisos de carácter regional e internacional, han hecho que las fuentes externas al ámbito estatal cobren cada vez mayor fuerza y, por tanto, se constituyan como parte importantísima (en algunas ocasiones imprescindible) del parámetro de control.

La integración normativa del parámetro de control, sin embargo, no es la única, pues existen también elementos de orden fáctico que inciden de diversa forma en el resultado del proceso de control. La incidencia de los hechos en los procesos frente al órgano de control se advierte, de manera particular, en los casos en que el parámetro está constituido por principios y normas constitucionales que expresan conceptos indeterminados (como interés general, conciencia de la solidaridad internacional, etc.), en aquellas situaciones en que el órgano de control hace referencia a las adquisiciones científicas y tecnológicas (muchas veces verdaderamente decisivas para resolver problemas de constitucionalidad), así como en los casos en los que se llevan frente a la Corte leyes (y fuentes en general) institucionalmente destinadas a la protección de “intereses” constitucionalmente tipificados³²¹.

Parte de este contenido fáctico que integra el parámetro constitucional está constituido por las costumbres³²²; sin embargo, no toda costumbre constituye *ipso facto*

Lander”. Además de todos estos ejemplos, existen países en los que los tratados de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno (e.g. Guatemala).

³²¹ Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit. p. 73. Un ejemplo de este último supuesto, en el sistema mexicano, puede darse cuando la constitucionalidad de las prevenciones generales dictadas por el Presidente de la República para suspender las garantías ante un caso que se considera pone a la sociedad en grave conflicto o peligro, sea puesta en entredicho. Antonio Ruggeri, al referirse al carácter fáctico del parámetro, también señala que: “*Il fatto, insomma, potrebbe dirisi, si giudica anche in base al fatto stesso o ad altri fatti*. E la tautologia di quest’affermazione la dice veramente lunga sul modo di essere dei giudizi di costituzionalità, di quanto lontano esso sia [...] dallo schema kelseniano, forzoso e riduttivo ad un tempo, che esauriva il giudizio stesso nel confronto di una norma con un’altra norma, alla prima superiore e comunque, apparente allo stesso sistema di riferimento. Alle volte, poi, il fatto richiede di esser apprezzato in base a canoni di giudizio non normativizzati (o, meglio, talora, non ancora normativizzati): si pensi solo al ruolo giocato dall’avanzamento della scienza e della tecnologia nella soluzione di questioni relative al campo della bioetica, della medicina, delle telecomunicazioni, ecc.”. Ruggeri, Antonio, “Linguaggio della costituzione”, cit., p. 546.

³²² La costumbre se entiende aquí, siguiendo a Orozco Henríquez, como el “resultado de aquel procedimiento jurídico de creación en el que un conjunto de actos, considerados como *repetidos* por un órgano aplicador, se encuentran formando una disposición o *pauta de conducta*, en virtud de la decisión, más o menos consciente, de dicho órgano, de incorporar un caso específico dentro de esa *repetición* de actos,

derecho constitucional viviente que pueda ensanchar el parámetro de control. Sólo ciertas clases de costumbres podrán jugar este papel. Una de estas clases son las costumbres constitucionales que surgen cuando el sentido originalmente proporcionado a determinada disposición contenida en la constitución escrita se ve modificado o desarrollado por una práctica persistente que atribuye un significado específico distinto a la referida disposición constitucional por parte de los órganos jurídico-aplicadores. En efecto, cuando el derecho aplicable establecido por un órgano aplicador deriva de esa práctica constante y no de lo dispuesto expresamente por el precepto de la constitución escrita, se estará en presencia de un procedimiento consuetudinario creador de una costumbre constitucional interpretativa³²³. Ahora bien, la consideración de las costumbres constitucionales como integradoras del parámetro de control tiene el límite de que éstas sean conformes al texto constitucional, es decir, no pueden fungir como parámetro las costumbres *contra constitutionem*. Además de las costumbres constitucionales, las costumbres internacionales fungen como instrumentos que “ensanchan” el parámetro constitucional en algunos ordenamientos. De esta forma, el parámetro se ve integrado no sólo por fuentes legislativas, sino también consuetudinarias.

Aunada a estas fuentes, la jurisprudencia del propio órgano de control sirve también, *de facto*, como factor integrante del parámetro utilizado en el control jurisdiccional de constitucionalidad. Esta opinión, sin embargo, es muy controvertida, pues autores como Cruz Villalón señalan que, aunque la jurisprudencia constitucional es algo que queda una vez que se ha cumplido la sentencia, ello no debe hacer suponer que el sujeto o parámetro de control sea a la postre también objeto del mismo, pues la jurisprudencia constitucional no puede incorporarse a la norma constitucional³²⁴. Esta afirmación, que bien puede ser usada para combatir la idea de que la jurisprudencia constitucional constituye una fuente de integración del parámetro en el control de

convirtiéndolos, así, en el *derecho aplicable*”. Orozco Henríquez, José de Jesús, *El derecho constitucional*, cit., p. 52.

³²³ *Ibidem*, p. 104.

³²⁴ Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, cit., p. 45. En este sentido se pronuncia también José Julio Fernández Rodríguez, quien señala que: “La importancia de la labor de la jurisprudencia constitucional no debe implicar que ella misma se convierta en parámetro. El Tribunal Constitucional no realiza labor constituyente.” Véase *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, cit., p. 69.

constitucionalidad, también puede ayudar a confirmar que, en la práctica, este instrumento jurídico es casi siempre tomado en cuenta para resolver los problemas de constitucionalidad³²⁵. Y si bien es cierto que el órgano de control, en cuanto órgano constituido no puede ir más allá de lo que señala el texto concebido por el órgano constituyente, también es verdad que por razones de seguridad jurídica y por respeto al principio de igualdad, la jurisprudencia constitucional, si bien no puede ser considerada como parte del texto constitucional, sí es un elemento que determina el parámetro constitucional. Es un hecho que los órganos de control en la actualidad emplean técnicas interpretativas de carácter manipulativo y, a través de ellas modifican, actualizan e integran el texto constitucional; por ello, a pesar de que se tome una posición textualista en lo que concierne al parámetro utilizado por los órganos de control, debe tomarse en cuenta que, a través de sus sentencias, los jueces constitucionales muchas veces no se limitan a crear nuevas “fuentes ordinarias”, sino que dan vida a nuevas fuentes constitucionales del derecho. Así es que, aun cuando la jurisprudencia constitucional no puede fungir como parámetro de constitucionalidad directo, sí constituye una parte importantísima en la integración de este parámetro³²⁶.

4.1.5 *La matización del principio jerárquico y la afirmación del criterio sistémico en la integración y uso del parámetro de control*

La importancia de la jerarquización de las fuentes en los ordenamientos ha estado relacionada constantemente con la idea del parámetro de control. De hecho, no podría

³²⁵ De esto hace prueba lo establecido por la Suprema Corte Mexicana en la Resolución dictada por el Pleno en el expediente varios 912/2010, en el que se señala (punto 21) que, “los jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, *así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos*” (cursivas nuestras).

³²⁶ Antonino Spadaro refiere al respecto que “la profondità di intervento della Corte è ancora maggiore e più discrezionale. Infatti, [...] la capacità di creazione di nuove norme costituzionali va ben al di là, se si riflette con attenzione, dei casi giurisprudenziali di integrazione/revisione esplicita ed opera pervasivamente in tutta la giurisprudenza, attraverso la continua, costante e più sommersa “costruzione” (o ricostruzione) del *parametro costituzionale*. Sono innumerevoli le occasioni -al di là dello stesso uso estensivo del concetto di ragionevolezza- in cui la Corte inventa nuovi vincoli cui deve sottostare il legislatore o confronta/compara gli interessi protetti nelle disposizioni di legge con fini-valori di cui non v’è traccia, almeno esplicita, in Costituzione [...] Insomma -forzando con un gioco di parole la tesi qui sostenuta- potremmo dire che non conta tanto la *Carta*, quanto la *Corte*”. “Dalla costituzione come ‘atto’”, *cit.* p. 56.

pensarse en un sistema jurídico si no se hubiera pasado de un anárquico conjunto de fuentes a un complejo articulado de prescripciones ordenadas jerárquicamente en las que las normas que ocupan los grados superiores en el sistema jurídico prevalecen e inspiran a las fuentes que ocupan grados inferiores. Sin embargo, con los apuntes que se han hecho, puede decirse que hoy en día el criterio jerárquico, en lo que atañe al parámetro en el control jurisdiccional de constitucionalidad, debe ser matizado, pues lo que realmente importa en la defensa de la constitución no es tanto el criterio formal que deriva de la posición de las fuentes dentro del sistema, sino los valores constitucionales que deben ser protegidos y, por tanto, la jerarquía “material” (relacionada con los fines últimos del texto constitucional). Esto hace que, para que los órganos de control puedan cumplir adecuadamente su función, deban tener en cuenta no simplemente el criterio jerárquico-formal, sino una visión sistémica y de conjunto³²⁷. Sin embargo, esta afirmación no debe hacerse sin tomar en cuenta que, para evitar la schmittiana tiranía de los valores, los contenidos del texto constitucional deben ser considerados en un contexto (histórico-cultural-social) y relacionados con los principios metatextuales que son la base y en los que encuentran su fundamento los sistemas liberal-democráticos³²⁸. Sólo a través de una visión de conjunto que contemple las múltiples interacciones que existen entre los valores deducibles de las normas constitucionales y de aquellos hechos y normas que, aun cuando no forman parte del texto constitucional influyen en la integración del parámetro, los órganos de control serán capaces de resolver de manera razonable cualquier antinomia o problema interpretativo que se les presente por medio de una ponderación que puede ser opinable, pero que al mismo tiempo se presentará sin duda como comprensible y por tanto aceptable, precisamente porque al tomar en cuenta el sistema en su conjunto es más difícil

³²⁷ En el caso de México, un elemento importante que deben contemplar los operadores jurídicos es el principio pro persona, que de acuerdo con lo señalado por la Suprema Corte de Justicia en el la contradicción de tesis 293/2011, es una herramienta hermenéutica que obliga a que la interpretación de los derechos humanos se desarrolle favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia. Este principio busca, para la Corte, resolver los casos de duda que puedan enfrentar los operadores jurídicos frente a la eventual multiplicidad de normas -e interpretación disponibles de las mismas- que resulten aplicables respecto un mismo derecho.

³²⁸ Estos principios servirán como límites a los vaivenes que incluso se pueden presentar bajo el manto democrático y a través de sus procesos pues las constituciones son, como señalara Zagrebelsky, aquello que un pueblo se da en el momento en que está sobrio, para regir en el tiempo en que estará ebrio. Véase Zagrebelsky, Gustavo, *La virtù del dubbio. Intervista su ética e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 79.

que escapen al órgano controlante circunstancias y peculiaridades que podrían ser decisivas al momento de llevar a cabo el control. Por tanto, los valores contenidos en el texto constitucional se relativizan al interactuar con otros que están también contenidos en la constitución, por lo que la única fórmula adecuada para ofrecer una solución apropiada para resolver los problemas de constitucionalidad, es utilizar un parámetro de control integrado a través del cual se matice el principio jerárquico-formal, cediendo espacio a la afirmación de un criterio sistémico y en donde la jerarquía sea determinada, más que por el lugar que ocupan las fuentes en el ordenamiento, por los contenidos de las normas que se obtienen de ellas.

4.2 El objeto en el control jurisdiccional de constitucionalidad

Determinar cuál es el objeto en el control jurisdiccional de constitucionalidad (es decir, el contenido material sobre el cual versa la actividad del órgano controlante) podría ser sencillo si se contestara a esta interrogante de manera general, pues, actuando de este modo, la respuesta sería simple: el objeto en este tipo de control está constituido por todos aquellos actos (*lato sensu*) cuya constitucionalidad sea puesta en duda ante la jurisdicción encargada de ejercer el control. Sin embargo, esta respuesta sería contraria a la realidad, pues es evidente que no todos los actos de cuya constitucionalidad se duda pueden ser objeto del control jurisdiccional de constitucionalidad. Sólo aquellos actos constitucionalmente relevantes (es decir que influyen en la protección de los valores contenidos en el texto constitucional) podrán ser sujetos a este control. Pues bien, si con esta precisión se deja un poco más en claro cuáles actos pueden constituir el objeto en el control jurisdiccional de constitucionalidad, es necesario hacer algunos apuntes más para tener una visión más completa sobre el tema.

4.2.1 La situación normativa como fórmula general del objeto de control

En la actualidad, dentro de los diversos sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad, se han creado instrumentos que tienen como finalidad proteger la

conformidad con la constitución de los actos de autoridad (*lato sensu*), para salvaguardar los valores que ésta contiene. Esta situación determina que tanto los actos normativos (leyes, tratados, etc.) como los actos de autoridad que no tienen que ver con la función legislativa pero que pueden ser contrarios a lo señalado en el texto constitucional, sean objeto de control. Sin embargo, no sólo los actos pueden ser objeto del control jurisdiccional de constitucionalidad, pues también existen ciertas actitudes de quienes detentan autoridad (como es el caso de las omisiones del legislador) que pueden constituir el contenido material de los procesos de control y, por tanto, convertirse en objeto de éstos.

De esta manera, puede decirse que el objeto en el control jurisdiccional de constitucionalidad, está constituido por la “situación normativa”, fórmula que, siguiendo a Ruggeri y Spadaro³²⁹, trata de comprender el complejo de actos normativos, fácticos y, puede añadirse, actitudinales, considerados en sus recíprocas interconexiones y de contenido constitucionalmente determinante. Por ello se brindará en este apartado un somero panorama de estas tres clases de actos que pueden ser considerados como objeto del control y de algunos de los problemas que implican.

4.2.2 *Las normas como objeto de control*

El primer aspecto importante que debe tratarse sobre el punto que se aborda es el relativo a si el objeto del control jurisdiccional de constitucionalidad -en aquellos procedimientos en que se impugnan actos con carácter materialmente legislativo- son las disposiciones o las normas contenidas en estos actos. Al respecto, la doctrina se ha pronunciado en ambos sentidos. Para algunos, el objeto del control es, en este caso, la disposición, pues es la constitucionalidad de ésta (en sentido lato), la que se impugna; sin embargo, esta posición no puede compartirse por el simple hecho de que en los procesos de control no se combaten las dudas sobre la constitucionalidad de una disposición, sino, más bien, aquellas que surgen respecto al significado que de ella dan o pueden dar los operadores jurídicos que la utilizan. Esta afirmación cobra fuerza si se considera que el órgano de control no se pronuncia sólo sobre el significado de una disposición de ley (asignado por

³²⁹ Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 89.

las autoridades o sujetos que inician los procesos de control), sino que, en ocasiones, a través de distintas técnicas y herramientas que emplean para ejercer sus actividades de control (como las sentencias interpretativas) los jueces constitucionales cambian el significado que se da a una disposición para salvar su constitucionalidad. Por tanto, puede decirse que los órganos de control, al momento de ejercer el juicio de conformidad, no utilizan las fórmulas legislativas abstractamente consideradas, esto es, en todos sus posibles significados, sino que refieren y emplean sólo uno de ellos, es decir, una norma, que será la que tomarán en cuenta para llevar a cabo su labor de control. Esta norma puede ser coincidente totalmente con un significado asignable a la disposición de manera lógica y directa y, por tanto, la disposición puede no admitir otro significado válido; sin embargo, a final de cuentas lo que el órgano de control considerará como objeto del juicio de conformidad será siempre una norma, quizá idéntica en su interpretación a los enunciados de la disposición, pero al fin y al cabo siempre norma.

Ahora bien, el que el objeto del control esté constituido por las normas y no por las disposiciones que las contienen, no implica que el resultado de los procesos de control no tenga efectos sobre éstas. Por ejemplo, en los juicios de control en vía principal, si el órgano de control declara la inconstitucionalidad de una norma (sin que pueda encontrar una interpretación de ésta que sea conforme a la constitución), los efectos de esta declaración recaerán también sobre la disposición. En otros términos, con estas decisiones, al momento de caer la norma, cae también el texto.

Una vez establecido que las normas constituyen el verdadero objeto de control, debe hacerse una pausa para determinar cuáles son los textos normativos de los que éstas pueden derivar. Al respecto, es posible decir que gran parte de los países en donde existe un control jurisdiccional de constitucionalidad consideran como objeto de control no sólo las leyes, sino también otras fuentes que son materialmente legislativas como los tratados internacionales³³⁰ o decretos. Esta situación presenta diversas variantes de acuerdo con el sistema de control y, aunque la constante es que sean objeto las disposiciones normativas

³³⁰ En este caso el control se realiza en ocasiones a través de la ley que los adopta.

con rango de ley³³¹, no sucede lo mismo cuando se plantea la interrogante sobre si el órgano de control puede pronunciarse sobre la “constitucionalidad” de las reformas constitucionales³³².

Este tema cobra gran importancia debido al papel cada vez más significativo que juegan los órganos de control en los sistemas democráticos pues hoy en día muchos ordenamientos contemplan diversas formas de participación de los tribunales constitucionales en relación con los procesos de reforma de los textos constitucionales. Como lo señala Lucio Pegoraro³³³, además de los casos en los que se consagra el estatus del órgano de control como “intérprete” o como “intérprete oficial” de la constitución y de las leyes³³⁴, las formas de participación de los órganos de control en el procedimiento de reforma constitucional pueden agruparse en diversas categorías. Una de ellas

³³¹ Sin embargo, en realidad es muy difícil establecer una regla general sobre los cuerpos normativos que forman parte del objeto del control. Los casos pueden ser muchos y cambiar de acuerdo con la forma en que se ejerza el control en los diversos Estados. Lucio Pegoraro ofrece un mosaico que hace evidente esta afirmación, pues señala que “negli ordinamenti di *common law*, dove non esiste una giurisdizione separata per il controllo degli atti amministrativi, il potere delle corti di sindacare i regolamenti e altri atti secondari, normativi o provvedimentali, in conflitto con la legge (nel nostro caso, con la legge suprema) è insito nel sistema, specie in virtù dell’applicazione della *rule of law*. Negli ordinamenti *civilian*, viceversa, di solito ai tribunali o corti costituzionali è riservato il controllo delle leggi, ma non degli atti promananti dalla pubblica amministrazione. Non mancano tuttavia alcune eccezioni, anche se l’ipotesi più ricorrente è rappresentata dai giudizi per conflitti di competenze o attribuzioni tra organi dello Stato e/o tra Stato (o Federazione) ed enti periferici, previsti in svariati ordinamenti, tra cui quelli tedesco, italiano, spagnolo, bulgaro, russo, ecuadoregno, boliviano, coreano, ecc. Quanto alle fonti primarie diverse dalla legge, sono per lo più sindacabili quelle in tutto equiparate, quali -dove ammessi- i decreti legge (o le ordinanze di necessità) e le leggi delegate. In questo senso dispongono espressamente alcune costituzioni, o stabiliscono le corti costituzionali, come in Italia o Spagna, o è nella natura del sistema, come negli Stati Uniti e negli ordinamenti di *common law*. A loro volta i trattati possono essere, oltre che parametro, anche oggetto di controllo, in relazione a profili di incostituzionalità che essi possono presentare: anzi, è questa la regola, come accade in Italia, in Francia e negli ordinamenti imitatori, in Portogallo, in Lituania, e molti altri. Così pure patiscono la medesima sorte le leggi organiche, oggetto di sindacato (ancorché in parte parametrizzate) in Francia ed ex colonie, in Spagna, in Romania e in alcuni Paesi dell’America latina”. Véase *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 121-122.

³³² Con relación a este aspecto, Imer B. Flores ha señalado que: “Declarar la invalidez, en parte o en todo, de una ‘reforma constitucional’ parece constituir un gran claroscuro: cómo algo que puede ser calificado como ‘constitucional’ debe ser declarado como ‘inconstitucional’. Lo anterior implica que inclusive la reforma constitucional –como una forma de legislación– al ser objeto del control de constitucionalidad está sujeta a ciertas limitaciones”. Véase, Flores, Imer B., “Sobre la (in)constitucionalidad de ‘reformas constitucionales’: a propósito de los casos de Chiapas, Michoacán y Oaxaca”, en *Cuestiones constitucionales*, México, Núm. 17, julio-diciembre 2007, p. 259. Asimismo véase Flores, Imer B., “Sobre las formas y los límites de la legislación: a propósito de la constitucionalidad de una reforma constitucional”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (eds.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, t. I, pp. 271-292.

³³³ Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 122-125.

³³⁴ Como sucede en los casos de Rusia o Chipre, sólo por mencionar algunos ejemplos.

contempla aquellas constituciones en las que el texto confiere un verdadero poder para resolver, como en Chile (art. 82.2), “las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional”. En casos como éste, en que la fórmula sobre la participación del órgano de control respecto a las reformas constitucionales es general, muchas veces los tribunales constitucionales se limitan sólo al examen de los vicios formales del procedimiento, a la valoración sobre si se han superado los límites permitidos a la reforma o incluso a algunos límites implícitos.

Para no incurrir en las dudas que pueden traer aparejadas las fórmulas generales, algunas constituciones como la colombiana, se refieren a la participación del órgano de control sólo en lo que tiene que ver con los vicios de procedimiento en la formación de las reformas constitucionales³³⁵. Otra categoría puede ser aquella constituida por constituciones que incluso otorgan al órgano de control la iniciativa en el procedimiento de reforma constitucional³³⁶.

Además de estos casos, la participación de los órganos de control en el proceso de revisión puede darse de manera más transversal, cuando éstos son llamados a ejercer funciones de control en elecciones o referendos y estas actividades se presentan como necesarias, obligatoriamente o en forma facultativa, para perfeccionar el *iter* de las reformas constitucionales, como sucede en Francia o Grecia. A esta misma categoría pertenece la participación de la Corte constitucional en la revisión de la regularidad de la iniciativa popular cuando los ciudadanos pueden ejercer propuestas de reforma, como sucede en el caso de Rumania.

Finalmente, existen casos en los que, aun cuando la constitución no señala expresamente las soluciones al respecto, son los propios órganos de control los que reconocen la existencia de límites implícitos a las reformas constitucionales y, por tanto, participan en el control de constitucionalidad de éstas. Esto ha sucedido con las sentencias

³³⁵ El art. 241.2 de la Constitución colombiana otorga a la Corte constitucional la función de “Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación”.

³³⁶ Esto sucede, por ejemplo, en el caso de Panamá, en donde el primer párrafo del artículo 313 constitucional dispone que la iniciativa para proponer reformas constitucionales corresponde a la Asamblea Legislativa, al Consejo de Gabinete o a la Corte Suprema de Justicia.

del 2 de septiembre de 1992 y del 26 de marzo de 2003 del *Conseil constitutionnel* francés; con la sentencia del 21 de enero de 2003 del Tribunal constitucional peruano, o con la sentencias 1146/1988 y 366/1991 de la Corte constitucional italiana³³⁷.

Cuando el órgano de control puede participar en los procesos de control que se refieren no sólo a la forma, sino también al contenido de las reformas constitucionales, evidentemente se da un cambio importante en la idea misma del control que estará determinada por las concepciones que se tengan sobre poder constituyente y poder constituido³³⁸.

³³⁷ Existen ocasiones, sin embargo, en que esto no es así. En Costa Rica, por ejemplo, en una resolución de la Sala Constitucional en la que se impugnaron los artículos 107 original y 132 inciso 1, reformado por la Ley núm. 4349 del 11 de julio de 1969, se sostuvieron algunos criterios interesantes. Para empezar, el control de la reforma constitucional realizada mediante ley se hizo con base en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cuyo artículo 73, inciso *h*, le da competencia a la Sala Constitucional para conocer de las reformas constitucionales aprobadas con violación de normas constitucionales de procedimiento. Con base en lo anterior, y pronunciándose sobre su competencia, la Sala consideró que carecía de toda competencia para valorar el mérito de la reforma constitucional impugnada o de la ley que la incorporó a la Carta, ya fuera en sí, o por su forma o contenido. Por ello, atendiendo a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Sala señaló que sólo podía declarar la invalidez “procesal” de la ley que promulgó la reforma, pero no la del texto original reformado ni del original. Véase Góngora Pimentel, Genaro David, “El control de la reforma constitucional”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, p. 242.

³³⁸ Sobre este punto, Alberto Randazzo, en el documento de trabajo elaborado para su intervención en uno de los seminarios organizados por la Universidad de Pisa el 4 de noviembre de 2008, al referirse al caso italiano señala diversos puntos muy interesantes. Estos puntos son: “*a*) Può la Corte sindacare la volontà del potere costituente?; *b*) Per poter rispondere a tale quesito dobbiamo prima chiederci se ha ancora oggi senso la distinzione tra poteri costituiti e potere costituente; *c*) A tale proposito, sembra da accogliere la tesi propugnata da alcuni Autori (Dogliani, Allegretti, Luciani), secondo la quale il poter costituente sarebbe un concetto ormai storicamente esaurito in seguito all’affermazione (nella maggior parte dei paesi europei) del modello di Stato d’ispirazione liberaldemocratica; qualunque intervento riformatore, anche il più corposo ed incisivo nel tessuto costituzionale, non potrebbe che muoversi nel solco della continuità costituzionale. Ad avvalorare ulteriormente tale impostazione, peraltro, sono le vicende che connotano il processo costituente europeo in corso e il costituzionalismo multilivello (non si dimentichi che l’ingresso e la permanenza di uno Stato in seno all’Unione è condizionata dal possesso dei tratti propri delle liberaldemocrazie); *d*) È da precisare che, anche ad accogliere la tesi suesposta, occorre distinguere il caso che si abbia un intervento (sia esso con legge costituzionale o anche soltanto con legge ordinaria o qualsiasi altro atto) volto ad abbattere (“abrogare”) radicalmente un principio fondamentale (si pensi, per assurdo, ad una legge che si proponesse di cancellare dalla Carta l’art. 3 Cost.) rispetto al caso che si abbia un’occasionale violazione (come spesso avviene nelle pratiche correnti della normazione) di un principio fondamentale. Un’operazione, quale quella per prima ipotizzata, più che illecita, sarebbe da considerare, accogliendo la suesposta tesi di Dogliani e altri, praticamente non configurabile. Quanto, poi, alla seconda ipotesi, si può agevolmente aderire alla tesi, comunemente accolta in dottrina e giurisprudenza, favorevole al sindacato, in forza del previo riconoscimento di limiti alla revisione costituzionale; *e*) Ritornando alla domanda iniziale si devono distinguere due ipotesi: 1) la Corte può controllare l’operato di un *nuovo* potere costituente? La risposta è orientata dal principio di effettività, e così pure la qualificazione di ciò che è, ovvero non è, potere costituente: se il controllo riesce, è da ritenere che l’atto sindacato non fosse espressione

4.2.3 Actos y actitudes como objeto de control

Objeto del control jurisdiccional de constitucionalidad pueden ser también ciertos actos y actitudes. Éstos son generalmente actos de autoridad y actitudes (públicas o, en algunos casos, de particulares) que tienen relevancia constitucional pues violan derechos fundamentales, exceden las competencias de quienes ejercen la autoridad o faltan a deberes constitucionalmente establecidos.

El análisis de estos actos y actitudes será realizado en el capítulo quinto de este trabajo, por lo que en este apartado basta mencionar que objeto de control de constitucionalidad no sólo son actos normativos, sino también otro tipo de

di vero potere costituente (tutt'al più, si trattava di un tentativo di avvento di un nuovo potere costituente, tramite legge ordinaria o costituzionale che fosse); invece, se il controllo da parte della Corte, di fatto, non riesce ad affermarsi ed a svolgersi, allora è segno che l'atto costituiva espressione di potere costituente (è, insomma, il "senno del poi" che consente tali qualificazioni in base alla circostanza che - come detto- la Consulta riesca o meno ad ostacolare un moto eversivo dell'ordinamento); f) Da quanto detto, ne deriva che *controllo di costituzionalità e potere costituente* sono termini irriducibilmente antitetici (quando riesce il primo non si ha il secondo, e viceversa); inoltre, nell'ipotesi in cui il controllo da parte della Corte non dovesse riuscire non si avrebbe comunque la prova che l'atto in parola fosse davvero, sempre, espressione di potere costituente (*può* essere come non essere, dal momento che il sindacato di costituzionalità potrebbe doversi arrestare davanti ad una "zona franca", in cui non le è consentito di svolgersi); g) La seconda ipotesi da prendere in considerazione riguarda la possibilità o meno che la Corte possa esprimere un sindacato nei confronti del *vecchio* potere costituente; si pensi a quanto accade nel caso delle modifiche tacite e di manipolazione del parametro (es., la giurisprudenza in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno), specialmente quando si tratta di disposizioni costituzionali di principio, le maggiormente esposte a siffatte manipolazioni. Si pensi anche a quanto si è verificato (e si verifica) in riferimento all'affermazione dei c.d. nuovi diritti. Pertanto, anche se la Corte, come si sa, non può annullare una disposizione costituzionale, può però alterare la "sostanza normativa" di un enunciato costituzionale; h) Se inoltre si pensa allo scarso peso che la dottrina suole dare, ormai, all'*original intent*, ancora una volta si ha la conferma di come, nella pratica, non solo la Corte ma gli operatori del diritto in genere riescano a controllare il potere costituente (... "vecchio"), y, finalmente i) Concludendo. Alla domanda che ci eravamo posti in partenza (se la Corte possa controllare il potere costituente) si può rispondere sì e no: no, se si conviene che il potere costituente è un concetto storicamente esaurito, e no, ancora, in quanto, come detto, se il controllo su un atto riesce, occorre concludere che l'atto stesso non era espressivo di potere costituente; sì, perché capita (come nel caso delle modifiche tacite) che la Corte manipoli il parametro costituzionale. Tuttavia, si badi che il giudice delle leggi è costretto a compiere un'attività di tale tipo in maniera occulta, in quanto se rendesse esplicita l'intenzione che sta alla base di un'operazione del genere delegittimerebbe irrimediabilmente se stessa, essendo la Corte -com'è noto- uno dei poteri costituiti". Véase Randazzo, Alberto, "Dell'impossibilità, per il giudice costituzionale, di controllare l'esercizio del potere costituente", *Documento de trabajo para el seminario celebrado el 4 de noviembre de 2008 en la Universidad de Pisa*. Sobre este tema también pueden consultarse los interesantes apuntes de Allegretti, Umberto, "Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale", *Il Foro Italiano*, Roma, v. CXVIII, Parte V, 1994, pp. 425-433.

comportamientos de la autoridad. El primero de estos comportamientos, que se suma al ejercicio de la facultad de normación de las autoridades, está constituido por los demás actos de autoridad constitucionalmente relevantes, entendidos como la disposición de ánimo manifestada por quienes poseen facultades o funciones a las que se les atribuyen una fuerza, ascendencia u obligatoriedad que incide de manera relevante en el ámbito constitucional³³⁹. Así, por ejemplo, pueden ser objeto de procesos de control los actos ejercidos por las autoridades públicas que violan los derechos fundamentales de una persona o grupo de ellas³⁴⁰, así como los actos de autoridades públicas que exceden la esfera competencial que tienen atribuida.

Por otra parte, es necesario decir que algunas actitudes de la autoridad pueden ser también objeto de control. En este grupo es posible contemplar todas aquellas vulneraciones de las normas constitucionales que pueden producirse por la inactividad de los poderes públicos³⁴¹. Ejemplo de este tipo de vulneración al texto constitucional son las omisiones legislativas que, en algunos sistemas jurídicos (como el brasileño) pueden ser objeto de procesos de control de constitucionalidad³⁴². De esta manera, no sólo los actos pueden ser considerados objeto de control, sino también ciertas actitudes que pueden ocasionar un *vulnus* al orden constitucional.

³³⁹ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, Voz “Autoridad”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. I, *cit.*, pp. 452-454.

³⁴⁰ Como sucede cuando se protegen intereses supraindividuales (colectivos y difusos) o derechos individuales plurales. Sobre el punto véase Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, Pablo, “Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, *cit.*, t. III, pp. 2717-2776.

³⁴¹ Sobre un análisis de la categoría amplia de la inconstitucionalidad por omisión, aunque no sea la adoptada por él, véase Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, pp. 7-9.

³⁴² Sobre la inconstitucionalidad por omisión en Brasil véase, por ejemplo, Binenbojm, Gustavo, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*, Río de Janeiro-San Paolo, Renovar, 2001, pp. 74 y ss. Pero además de las omisiones legislativas, pueden considerarse también objeto de control algunas omisiones de otros poderes públicos. Un ejemplo de esto es el caso resuelto por la Corte constitucional de la República Checa con la sentencia I ÚS 5/96, en que la Corte estableció que la inactividad de un órgano judicial o un retraso excesivo al momento de decidir una cuestión constituía una violación al artículo 38 de la Carta de derechos y libertades fundamentales de la República Checa (que forma parte del orden constitucional de este país). De esta forma, el órgano de control Checo ejerció sus facultades ante una actitud (la inactividad) de una autoridad distinta al legislador (la Corte de Distrito de Ústí nad Labem).

Se hace referencia a las omisiones de las autoridades como actitudes porque de esta manera puede entenderse mejor la actividad de control. Una parte de la doctrina e incluso algunos órganos controlantes son contrarios a la idea de resolver problemas de constitucionalidad relacionados con las omisiones de las autoridades pues consideran que un “no hacer”, no puede ser objeto de control. Sin embargo, si se cambia la concepción de las omisiones y se piensa en éstas no simplemente como una ausencia de acción, sino como una conducta positiva, es decir, como una actitud por parte de la autoridad, esta disposición de ánimo se presenta más claramente como un comportamiento que puede ser objeto de control. La simple idea de un comportamiento positivo implica un cambio de concepción en lo que se refiere a las omisiones como objeto de control y, por tanto, se refieren aquí las actitudes como comportamientos que pueden ser objeto del control jurisdiccional de constitucionalidad.

4.3 Los vicios de constitucionalidad

Una vez estudiados el parámetro y el objeto en el control jurisdiccional de constitucionalidad, debe hacerse referencia a los vicios que pueden sufrir las normas, actos y actitudes que constituyen el objeto de control y que determinan -cuando son relevantes examinadas bajo la óptica del parámetro de control- una declaración de inconstitucionalidad. El objeto de control puede resultar “viciado” desde muchos puntos de vista; sin embargo, sólo aquellos vicios que son relevantes desde el punto de vista constitucional, es decir que influyen o actúan en detrimento de los valores constitucionales, pueden dar lugar a una sanción o a una medida a cargo del órgano controlante.

Es posible clasificar a los vicios que pueden ser determinantes en el control de constitucionalidad en dos grandes grupos. Uno, constituido por aquellos vicios de carácter general que pueden sufrir las normas, actos y, en algunos casos, las actitudes de la autoridad; y un segundo grupo integrado por los vicios que, por sus características, pueden

ser atribuidos sólo a los actos legislativos. A estos dos grupos se dedicará la última parte de este capítulo³⁴³.

4.3.1 *Los vicios comunes*

Los vicios que pueden afectar comúnmente a las normas y actos de la autoridad pueden dividirse en formales, materiales y de competencia. Los vicios formales se refieren al procedimiento de formación de las leyes o los actos de autoridad cuando no se respetan las normas constitucionales o aquellas que forman parte del parámetro de constitucionalidad y que regulan este procedimiento. Así por ejemplo, en el caso de México, una ley puede estar afectada de un vicio formal si en su formación no se respeta el procedimiento legislativo señalado en el artículo 72 constitucional y una orden de aprehensión estará viciada de la misma manera si no se libra de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la constitución.

Por su parte, los vicios materiales están relacionados con el “contenido” de la norma, acto o actitud de las autoridades. Si un acto legislativo, un acto de autoridad o la actitud omisiva de quienes tienen un encargo constitucional violan directamente el texto de la constitución o una norma constitucional implícita que puede deducirse de un conjunto de disposiciones de rango constitucional o de disposiciones que forman parte del parámetro de constitucionalidad, entonces el acto (*lato sensu*) o la actitud de la autoridad podrá ser considerado como inconstitucional por el órgano de control. Los vicios formales siempre preceden en tiempo a los materiales y, por tanto, los primeros “absorben” a los segundos. Esto implica que sólo pueden considerarse viciados desde el punto de vista material aquellos actos o actitudes de la autoridad que se presumen válidos desde el punto de vista formal.

Al lado de los vicios formales y materiales que pueden afectar los actos objeto de control, existen también otros vicios que se colocan entre estas dos categorías: los vicios

³⁴³ Los vicios aquí tratados y su explicación son una adecuación de lo que sobre este tema, refiriéndose al caso italiano, exponen Antonio Ruggeri y Spadaro, Antonino en sus *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., pp. 91-121.

de competencia. Este tipo de vicios se presentan cuando no se respeta la distribución de poderes y facultades que la constitución o las disposiciones que integran el parámetro otorgan a los diversos órganos o entes investidos de autoridad. Los vicios de competencia tienen que ver con las facultades que se dan a las autoridades más que con el “contenido específico” de los actos que éstas llevan a cabo, contenido que, cabe decirlo, a su vez puede presentar otros vicios de constitucionalidad³⁴⁴.

4.3.2 *Los vicios propios de la ley*

Las leyes pueden estar afectadas de diversos vicios que tienen que ver con su forma y contenido. Además de los vicios formales, materiales y de competencia, es posible que las leyes sean objeto de control cuando son imperfectas, es decir, cuando no contienen todos sus elementos constitutivos o intrínsecos; o bien, cuando no están vigentes, es decir, cuando el acto legislativo es incapaz de desplegar sus efectos, pero no necesariamente cuando no los despliega, pues puede darse el caso de que una ley vigente reenvíe estos efectos a una fecha sucesiva que se presenta como una condición constitutiva de la eficacia del acto.

La ineficacia de las leyes, de esta manera, se presenta cuando éstas se encuentran imposibilitadas para desplegar sus efectos, algo que se da automáticamente cuando no han sido publicadas, cuando aún no han entrado en vigor, o bien, cuando aún no se ha cumplido el término de *vacatio* en el caso de que estén sujetas a condiciones temporales. Las leyes también pueden estar viciadas de inaplicabilidad o inefectividad. La inaplicabilidad se presenta cuando las leyes no han sido dotadas de todos los instrumentos jurídicos que les permiten desplegar plenamente sus efectos (por ejemplo, cuando aún no se han aprobado los reglamentos de ejecución que son necesarios para que esto suceda) y son inefectivas

³⁴⁴ En la doctrina se señala, al referirse a estas características propias de los vicios de competencia, que “proprio per queste sue ambigue caratteristiche, il vizio d’incompetenza della legge *sembra* in parte ‘materiale’ (non essendo costituzionalmente consentita, alla fonte considerata, la disciplina di un dato oggetto e in parte ‘formale’ (poiché l’atto risulta comunque adottato nel mancato rispetto della previsione costituzionale della ripartizione delle competenze. Sotto quest’aspetto, nonostante la tradizionale classificazione fra i vizi materiali, se ne può parlare come di un *tertium genus* di vizio”. Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 103.

cuando, de hecho, no son respetadas pues falta por parte de sus destinatarios la “observancia media” de los preceptos en ella contenidos. Las leyes pueden ser también obscuras cuando son incomprensibles o redactadas de manera incorrecta desde el punto de vista técnico, por lo que hacen difícil, incluso para los operadores jurídicos especializados, su interpretación. Estas circunstancias actúan en detrimento del principio democrático y de la racionalidad de la función legislativa ejercida por los representantes del pueblo.

Las leyes también pueden estar afectadas de diversos tipos de invalidez, a saber: *a)* originaria, cuando contienen vicios de inconstitucionalidad incluso antes de ser promulgadas; *b)* consecuente, cuando el órgano de control declara cuáles son las demás disposiciones legislativas cuya ilegitimidad deriva como consecuencia de una decisión adoptada por éste; *c)* superveniente, cuando aún vigentes y produciendo sus efectos (que originalmente no violaban la constitución), se produce un cambio en el parámetro y, con él, las leyes pueden ser declaradas inconstitucionales, pues ese cambio implica que los textos legislativos contravengan a la constitución o a las disposiciones que la integran y le dan sentido; *d)* progresiva, cuando la conciencia del valor constitucional se adquiere sólo gradualmente a través del tiempo y la invalidez, en consecuencia, se verifica progresivamente, y *e)* continuativa, cuando el órgano de control “confirma” la inconstitucionalidad de una situación normativa que, aunque ha sido declarada como inconstitucional, aún permanece.

Finalmente, a estos vicios se suman el exceso del poder legislativo cuando legislador actúa incoherentemente (en relación con el parámetro de control) o sin ser razonable, es decir, si la ley que se dicta es incompatible con el sentido profundo de la constitución o de ésta entendida en su conjunto.

5. LAS FUNCIONES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE CONTROL

Una vez estudiados algunos de los aspectos generales relacionados con el control jurisdiccional de constitucionalidad, es necesario saber cuáles son las funciones de los órganos controlantes. Conocer los procesos que resuelven los órganos de control para la defensa de la constitución y sus particularidades es fundamental si se quieren obtener elementos teóricos que sirvan para comprender los rasgos diferenciadores y característicos de la actividad jurisdiccional en materia de control de la constitucionalidad. Los diversos ámbitos que abarcan estos procesos son muy variados y cada uno de ellos presenta ciertas peculiaridades que deben tomarse en cuenta como elementos conformadores de los sistemas de control.

Pero los procesos constitucionales no son el único punto que debe considerarse para tener un panorama adecuado de las funciones que ejercen los órganos jurisdiccionales de control. Otro aspecto que tiene implicaciones importantes en el funcionamiento de los órganos controlantes es la fase de admisión en los procesos constitucionales. Y es que el órgano que ejerce el control de admisión, las potestades con que éste cuenta y los alcances de la fase admisoria, determinan en buena medida la forma en que los órganos jurisdiccionales que se encargan de velar por la constitucionalidad desarrollan sus actividades.

Dentro de las funciones que desarrollan quienes tienen a su cargo la defensa de la constitución en el ámbito jurisdiccional, la interpretación y argumentación son también muy significativos. Estos dos elementos ofrecen muchos datos acerca de la importancia que tiene el control de constitucionalidad en un Estado determinado y de la concepción que en éste se maneja sobre la constitución y el sistema normativo. Los métodos de interpretación y el estilo argumentativo que emplean los órganos de control muestran el camino a través del cual se puede llegar, a partir de ciertas premisas, a puntos de vista que pueden ser relevantes para la decisión de cuestiones jurídico-constitucionales controvertidas. Por ello la importancia de hacer algunas consideraciones sobre estos dos elementos que forman parte del cuadro de funciones que desarrollan los órganos de control.

Por otra parte, dentro del cúmulo de resoluciones que se toman en la jurisdicción constitucional, el tema de las sentencias y de su tipología es ciertamente uno de los más interesantes para comprender la evolución del control de constitucionalidad y las características que ésta refleja. El hecho de que el catálogo de sentencias haya crecido a partir de la práctica jurisdiccional es muestra del afán de los órganos de control por encontrar una forma de maximizar la eficacia de sus decisiones, evitar los costos (políticos, sociales o económicos) que éstas pueden tener y buscar resoluciones más justas ante las situaciones que se les presentan. A entender las razones por las que se presenta esta situación se dedicarán los últimos apartados de este capítulo.

Éstos son los temas que se abordarán como parte del complejo esquema de funcionamiento de los órganos jurisdiccionales de control. Es verdad que son muchos más los aspectos que podrían incluirse en él; sin embargo, como ya se ha dicho en varias ocasiones, esta investigación no tiene pretensiones de exhaustividad, sino, por el contrario, sólo intenta abrir puertas para el debate sobre un tema tan complejo como lo es el relacionado con las funciones que ejercen los órganos de control.

5.1 *La fase de admisión en los procedimientos ante los órganos de control*

Muchas veces, para llegar a la fase procedimental frente a los órganos de control debe superarse una fase inicial de admisión. Esta fase, aun cuando tiene características típicamente procesales, implica ciertos elementos y contenidos que van más allá del ámbito formal y que influyen de manera importante en el sistema de control entendido en su conjunto. La forma en que se maneja la inclusión de una fase de admisión determinará en buena medida el funcionamiento del órgano controlante, así como la concepción que se tiene en el sistema de control sobre la forma en que se defiende el texto constitucional. Esto ha hecho que el tema de la admisión en los procesos de control de constitucionalidad se haya convertido, como lo señala Pablo Pérez Tremps, en una de las cuestiones de la justicia constitucional más debatidas en los últimos tiempos y de las que concitan menos acuerdo entre la doctrina. A decir de este autor:

Dos son los grupos de consideraciones que hacen que la admisión de los procesos constitucionales tenga esta importancia. Por una parte, desde el punto de vista procesal, la configuración que se haga de la fase de admisión de los procesos constitucionales tiene una evidente repercusión sobre el desarrollo de éstos: así, por poner sólo dos ejemplos, la viabilidad del procedimiento y la posibilidad de adopción de medidas cautelares dependen, en buena medida, de cómo se diseñe la admisión. Por otra parte, desde una perspectiva funcional, la manera en que se organice la admisión de los recursos posee una gran relevancia para el trabajo de los órganos encargados de ejercer la jurisdicción constitucional. No deja de ser significativo a este respecto que, en casi todos los países en los que se discute sobre la manera de configurar la admisión de los procesos constitucionales, esa discusión vaya unida a una sobrecarga de trabajo de la jurisdicción constitucional³⁴⁵.

Si se toman en cuenta las afirmaciones de Pérez Tremps, será fácil colegir que el derecho comparado puede ofrecer una gran cantidad de soluciones sobre la forma en que

³⁴⁵ Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, p. 122.

se lleva a cabo la admisión en los sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad. Las soluciones pueden ser muy variadas y van desde la no previsión del trámite de admisión en algunos ordenamientos hasta aquellos en que se otorga una amplia discrecionalidad al órgano de control para decidir sobre la admisión de los recursos presentados³⁴⁶. Lo anterior implica que para hacer un estudio adecuado sobre la conveniencia o inconveniencia de las formas en que deben operar o sobre los resultados que pueden traer aparejados los procesos de admisión, se deben estudiar, sólo por mencionar algunos factores, las formas en que están diseñados los sistemas de control, los múltiples factores que influyen en ellos (como las circunstancias políticas, históricas, sociales, etc.) o la forma concreta en que cada proceso constitucional se encuentra diseñado. Sin embargo, esta situación no impide que puedan hacerse algunas consideraciones de carácter general sobre los procesos de admisión en el control que ejercen los órganos (especializados o no) que de manera exclusiva o en última instancia conocen de los procesos constitucionales.

5.1.1 La conveniencia de la admisión en los procedimientos frente a los órganos de control

La primera interrogante que cabe plantearse respecto a la admisión en los procesos de control de constitucionalidad es si ésta es conveniente o no para cumplir con la finalidad del control. Esta pregunta podría encontrar respuesta inmediata en algunos sistemas de control, pues en muchos ordenamientos es algo normal que exista una fase de admisibilidad; sin embargo, como ya se ha dicho, existen sistemas en los que no se contempla una fase de este tipo y otros más en que se prevé para determinados procesos; por ello, la pregunta que se plantea cobra importancia en la medida en que puede ofrecer

³⁴⁶ Un ejemplo claro de este poder discrecional es el que ejerce la Suprema Corte de los Estados Unidos a través del *writ of certiorari*. Al respecto, Barsotti ha señalado que: “Il *certiorari*, che legittima l’esercizio discrezionale della giurisdizione, è ormai la sola via di accesso alla massima istanza federale e rileva principalmente sotto il profilo quantitativo. Attraverso il rifiuto di tale *writ* la Corte seleziona i casi che intende decidere. È infatti per mezzo del diniego di certiorari che la Corte ha evitato di essere sommersa da un sempre crescente carico di lavoro ed ha contemporaneamente affermato la sua funzione di organo guida dell’evoluzione del diritto federale”. Véase Barsotti, Vittoria, *L’arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Turín, Giappichelli, 1999, pp. XV -XVI.

justificaciones a la conveniencia de incluir una etapa de admisión en los procesos de control. Rubén Hernández Valle señala al respecto que “desde un punto de vista estrictamente teórico y de conformidad con algunos de los principios que informan la jurisdicción constitucional -como el derecho fundamental a la legalidad constitucional y el que prohíbe que los actos lesivos de los derechos fundamentales sean convalidables- los procedimientos de admisibilidad no deberían existir en los procesos constitucionales”³⁴⁷. Sin embargo, continúa este autor, existen algunas razones que justifican la existencia de una fase de admisibilidad en los procesos de control de la constitucionalidad. La primera tiene que ver con un criterio cuantitativo, que está relacionado con la gran cantidad de asuntos que se ventila en la jurisdicción constitucional³⁴⁸. Este problema se presenta, sobre todo, en los sistemas que contemplan procesos -como el habeas corpus y el amparo- que tutelan directamente los derechos fundamentales y se agrava en los ordenamientos en que la legitimación para acceder a la jurisdicción constitucional es muy amplia, ya que ello permite una verdadera eclosión de demandas, lo que impide a los órganos competentes concentrarse en los casos relevantes³⁴⁹. Por tanto, el establecer un procedimiento de selección *a limine* permite a los órganos de control concentrar sus esfuerzos en aquellos casos relevantes desde el punto

³⁴⁷ Hernández Valle, Rubén, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, p. 74. Pablo Pérez Tremps señala también que “Desde una primera perspectiva, podría pensarse que la relevancia que poseen las garantías constitucionales aconsejaría no dejar abierta la puerta a decisiones liminares de inadmisión, debiendo resolverse siempre por sentencia las correspondientes demandas, aunque dicha sentencia basara su fallo en la carencia de requisitos de procesabilidad”. Véanse sus *Escritos sobre justicia constitucional*, *cit.*, p. 32.

³⁴⁸ José Julio Fernández Rodríguez señala sobre este punto que la fase de admisión actúa a modo de filtro en sistemas como España y Alemania, pues ésta se usa para depurar los contenciosos de protección de los derechos fundamentales que llegan al Tribunal Constitucional. Esta depuración, en ambos países tiene como resultado en estos sistemas el rechazo aproximado del 95 por 100 de los recursos que les llegan. Véase *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, *cit.*, p. 111. Prueba de las dificultades que implica el gran número de recursos interpuestos ante las jurisdicciones constitucionales es la reforma que en el 2007 sufrió la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, en cuya exposición de motivos se señala que “La experiencia acumulada tras más de 25 años de actividad el Tribunal Constitucional desde su creación ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. Entre ellas destaca, por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal. Por otro lado, la realidad de los hechos ha permitido también constatar la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal, cuestiones todas ellas respecto de las que es el momento de dar respuesta legislativa”. Publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 125, del 25 de mayo de 2007.

³⁴⁹ Hernández Valle, Rubén, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, *cit.*, p. 74.

de vista constitucional para evitar que los tribunales constitucionales puedan “morir de éxito”³⁵⁰.

Pero además de la gran carga de trabajo que puede provocar a los órganos de control la ausencia de una fase de admisión, existe otro argumento que puede emplearse para justificar el análisis sobre la admisibilidad de los recursos presentados ante los tribunales constitucionales. Éste tiene que ver con la naturaleza procedimental del control jurisdiccional de constitucionalidad pues, al ejercerse el control a través de procedimientos, éstos deben cumplir ciertas exigencias mínimas de carácter formal y sustantivo para evitar que el órgano de control actúe de manera arbitraria. Estas exigencias contribuyen a afirmar la seguridad jurídica, dado que, con ellas, se impide que se creen falsas expectativas por parte de los ciudadanos y que el órgano controlante se distraiga de su labor empleando sus esfuerzos en trabajo innecesario que, incluso, puede causar perjuicios a los ciudadanos. Esto podría ocurrir, por ejemplo, en los casos en que de manera automática se da la suspensión del acto reclamado o de la norma impugnada, pues la tramitación de una demanda claramente inviable puede ocasionar un daño de difícil o imposible reparación en perjuicio de determinados grupos o personas. Por ello, es evidente que la trascendencia de los procesos constitucionales aconseja que existan (bajo determinadas circunstancias) instrumentos procesales que permitan rechazar aquellas demandas que estén planteadas de manera claramente deficiente pues, si no existe una fase de admisión, se corre, entre otros riesgos, el de devaluar la actividad del órgano de control³⁵¹.

³⁵⁰ En este sentido véase Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, cit. p. 132, en donde además se señala que esta situación queda puesta “claramente de manifiesto respecto de procesos con amplia legitimación [...] Piénsese, por ejemplo, en los supuestos de la República Federal de Alemania, de Austria, de España o de Costa Rica. Algo similar sucede con otros procedimientos no exactamente equiparables al recurso de amparo, como es el caso de Estados Unidos. Pero, incluso con otros procedimientos sin legitimación tan amplia, el número de asuntos puede aconsejar que exista la fase de admisión. Un ejemplo paradigmático es el de Italia, donde, como es sabido, aunque no hay ningún procedimiento ante la Corte Constitucional con legitimación directa de los ciudadanos, la acumulación de asuntos, muchos de ellos suscitados incidentalmente por jueces y tribunales (cuestiones de inconstitucionalidad), llegó casi a colapsar la Corte, obligando a un sistema de “depuración” de asuntos en el que el rechazo por auto fue pieza muy importante.” Sobre el caso italiano véase también, Romboli, Roberto (coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Turín, Giappichelli, 1990.

³⁵¹ Véase Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, cit., p. 133. Este autor se refiere además a un problema íntimamente ligado al de la admisión a trámite de los procesos constitucionales: el de las exigencias formales que deben establecerse para que una demanda se considere admisible. Al

A estas razones, puede añadirse otra que es muy discutible desde el punto de vista teórico, pero que ofrece muchas ventajas desde el punto de vista práctico en algunos sistemas³⁵²: la fase de admisión puede funcionar como una forma para evitar cuestiones particularmente difíciles o cuya solución no se considere políticamente oportuna. De esta manera, al referirse a la admisión, el órgano de control toma, implícitamente, decisiones valorativas.

5.1.2 *El órgano que ejerce el control de admisión*

Si es conveniente que exista una fase de admisibilidad dentro de los procesos de control de constitucionalidad, el segundo punto a tratar es quién debe ejercer este control. Sobre este punto, cabe decir que en los sistemas de control de constitucionalidad tres son las soluciones que se adoptan con mayor frecuencia. La primera de ellas es que el control de admisión sea ejercido, al menos en forma inicial, por un órgano distinto al que resuelve la cuestión de fondo. Este sistema es parecido al que se lleva a cabo en algunas jurisdicciones ordinarias cuando se apelan ciertas resoluciones y en él se suele contemplar la posibilidad de recurrir la decisión del órgano inferior ante el que, en su caso, se debería decidir la cuestión de fondo. Precisamente esta última característica es la que hace que un sistema articulado de esta forma no resuelva del todo uno de los problemas que justifica la conveniencia de una fase de admisión ya que, en la práctica, podría darse el caso de que todas o un número importante de las resoluciones de inadmisibilidad fueran recurridas ante el órgano de control, lo que ocasionaría una gran carga de trabajo en perjuicio de la actuación de los tribunales constitucionales.

Otro supuesto es aquel en que la admisibilidad se somete a un doble control. El caso más emblemático de este tipo de sistemas es aquel en el que existen procesos constitucionales tramitados como cuestiones incidentales por los órganos judiciales ante

respecto, Pérez Tremps señala: “que la defensa de la constitución y de los bienes y derechos en ella consagrados ha de combinar rigor y seguridad jurídica con flexibilidad. De ello deriva, entre otras consecuencias, el que haya que ser rígido a la hora de exigir que se cumplan aquellos requisitos imprescindibles (legitimación, plazo, etc...), pero flexible en su interpretación, y, sobre todo, en las posibilidades de subsanación cuando un defecto sea efectivamente subsanable”. *Ibidem*, p. 134.

³⁵² Como ocurre en el caso de los Estados Unidos de América.

los órganos de control de constitucionalidad. Ejemplos de estos procesos son las cuestiones de inconstitucionalidad españolas o los procesos *in via incidentale* italianos. En estos casos el juez o tribunal *a quo* actúa como filtro a las pretensiones de los particulares y permite que lleguen a los órganos de control sólo aquellos casos que merecen, a juicio de este primer órgano, un estudio sobre la cuestión de constitucionalidad planteada.

El tercer sistema, que es el más utilizado en los diversos sistemas de control, es aquel en que el mismo órgano que conoce el fondo de la cuestión planteada ejerce también el control en la fase de admisión. Sin embargo, dentro de este sistema se dan también varias opciones en la manera en que se ejercen las facultades de admisibilidad. La primera se presenta en los casos en que la admisión es determinada por un órgano auxiliar del órgano de control (letrados, asistentes, etc.). Esta opción ha sido criticada en virtud de que, al no ser los órganos auxiliares quienes *stricto sensu* cumplen la función jurisdiccional, no pueden imputarse directamente las resoluciones sobre admisibilidad o inadmisibilidad al órgano de control.

Una opción más se presenta en los sistemas de control en que hay una correspondencia total entre el órgano que decide sobre el fondo del asunto y el que decide sobre la admisión. Esta opción encuentra pocas objeciones desde el punto de vista teórico; sin embargo, su utilidad práctica resulta sumamente cuestionable pues, si uno de los motivos por los cuales se contempla una fase de admisión es aligerar la carga de trabajo del órgano de control, no tiene sentido que sea propiamente este órgano el que decida sobre la admisibilidad, pues esta situación determinaría que no existiera disminución alguna en las labores del órgano controlante.

La tercera opción dentro de estos sistemas es la creación en el órgano de control de órganos específicos compuestos por los propios jueces constitucionales que tienen competencia para decidir sobre la admisión (secciones, salas, ponentes de admisión, etc.). Esta opción, que ha sido adoptada frecuentemente en los últimos años para resolver los problemas de retraso en la actividad de los órganos controlantes por la gran cantidad de asuntos que deben resolver, si bien otorga buenos resultados en la práctica, puede plantear ciertos problemas si estos órganos siguen criterios diversos en las decisiones de admisión.

Como se hace evidente de lo señalado hasta este punto, no existe una solución, en lo que se refiere a los procesos de admisión, libre de objeciones o que no plantee problemas funcionales, pues cada sistema es particular y las características que le son propias influyen de manera determinante también sobre las soluciones que se adopten en relación con la admisibilidad de las demandas de control; sin embargo, una buena opción desde el punto de vista teórico sobre la forma de determinar la admisión en los procesos de control puede ser la sugerida por Pérez Tremps, para quien una solución adecuada puede venir de la combinación de las diferentes soluciones ofrecidas dentro del sistema global de control de admisión por el propio órgano de control: propuesta de resolución por los órganos de auxilio, allí donde existan, decisión por órganos especializados dentro del tribunal, a poder ser colegiados como garantía (secciones formadas por pocos jueces constitucionales), y con algún sistema interno, formalizado o no, para hacer un seguimiento de las decisiones y resolver, en su caso, controversias entre las secciones (tarea que puede realizar el Presidente del órgano jurisdiccional)³⁵³.

5.1.3 Los alcances del control de admisión

El control de admisión debe enfocarse en verificar si el acto procesal a través del cual se pretende poner en marcha la maquinaria del control de constitucionalidad, cumple con los requisitos que se han establecido para ello. Estos requisitos pueden ser formales o materiales. Los requisitos formales pueden dividirse, a su vez, en presupuestos subjetivos (elementos que tienen que ver con la jurisdicción, la competencia, la capacidad, la legitimación, la representación, etc.) y presupuestos procesales (entre los que se pueden mencionar el plazo, el agotamiento de recursos previos, el respeto a las formas que debe seguir la demanda, etc.). Por su parte, los presupuestos materiales están relacionados con el contenido del acto procesal y pueden subdividirse en aquellos requisitos que son comunes a todos los procedimientos (contenido que no implique la inexistencia de cosa juzgada, por ejemplo), y otros más típicos de procesos constitucionales, aunque, en ocasiones, se encuentran también en otros procesos y recursos, especialmente en los

³⁵³ Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, cit., pp. 136-137.

extraordinarios: conceptos como “contenido constitucional” (España) o *non manifesta infondatezza* (Italia) están incluidos en esta categoría. Sin embargo, la diferencia entre los requisitos formales y materiales, en ocasiones no resulta clara, pues, por poner un ejemplo, sólo es posible la resolución de falta de legitimación cuando se haya determinado previamente el alcance de un derecho³⁵⁴.

La difícil determinación de la frontera que existe entre elementos formales y materiales necesarios para declarar la admisión de la demanda en los procesos de control, trae aparejada la dificultad de determinar los alcances de las funciones que lleva a cabo el órgano encargado de determinar la admisibilidad. Muchas veces el control de admisión se limita a los requisitos formales sin que sea posible decidir en esta fase -salvo en casos excepcionales en que se presenten vicios manifiestos y no susceptibles de subsanación-, cuestiones de fondo³⁵⁵. Sin embargo, hoy en día cada vez más tribunales analizan, directa o indirectamente, el fondo de los recursos presentados en la fase de admisión para evitar el colapso en su trabajo y, en ocasiones, tratan de justificar decisiones sustantivas enfocando su argumentación en elementos formales. Por ello, la indeterminación de las reglas sobre este aspecto aunada al desvanecimiento de la frontera entre requisitos formales y materiales que han adoptado algunos órganos de control, hace que no sea posible determinar los alcances de las potestades ejercidas por el controlante en la fase de admisibilidad. La única condición que puede establecerse como barrera infranqueable en este sentido es que el órgano de control actúe de manera razonable al ejercer las potestades que, sobre el proceso de admisión, establecen la constitución y las leyes respectivas sin llevar a cabo, *a limine*, un control sustantivo cuando no existan razones de peso que determinen este actuar o una norma jurídica que los dote de esta competencia.

³⁵⁴ Véanse Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, cit., pp. 137-138 y Hernández Valle, Rubén, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, cit., p. 81.

³⁵⁵ Esto porque, es preferible que las cuestiones de fondo sean resueltas de forma colegiada por los integrantes del órgano de control. Un ejemplo que evidencia lo anterior es el caso de la Ley sobre la Corte Constitucional de la República Checa, en donde, hasta antes de 1998, se establecía que el ponente podía declarar la inadmisibilidad de un recurso directo si lo encontraba manifiestamente infundado. El problema que determinó la reforma a esta ley fue que la declaración de inadmisibilidad en ocasiones parecía ser decidida con base en el fondo de la cuestión. Esta situación otorgaba un amplio poder al ponente, que tomaba decisiones de manera individual frecuentemente evaluando también el fondo del asunto. Por esta razón, en 1998 se reformó la ley 182 de 1993 y, actualmente, las Salas de la Corte son los órganos competentes para declarar inadmisibile un recurso si éste es manifiestamente infundado.

5.1.4 Las potestades del órgano encargado del control de admisión

El control de admisión, como lo señala Pérez Tremps, puede moverse entre dos modelos básicos y, en cierto sentido, contrapuestos: el modelo de selección discrecional de asuntos por el órgano de control o el modelo que podría denominarse “reglado”, que permite una decisión sin que se llegue al debate procesal de las partes. El sistema de selección discrecional no encaja en los ordenamientos de corte continental porque en ellos, los órganos de control tienen establecidas legalmente su jurisdicción y competencia. Por ello, las potestades para decidir sobre la admisión a trámite de los procesos de control de constitucionalidad en estos sistemas están, y es conveniente que estén, sujetas a derecho, lo que significa que deben tasarse legalmente las causas que permitan declarar la inadmisión *a limine* de una demanda constitucional³⁵⁶. De esta premisa se desprenden las potestades y límites del órgano de control en la fase de admisión. Estos poderes y límites, fijados previamente en la constitución y la ley en aquellos sistemas no discrecionales en lo que se refiere a la admisión son, de manera ejemplificativa y siguiendo a Hernández Valle³⁵⁷, los siguientes:

a) *Subsanabilidad de los vicios.*- Debido a la flexibilidad que debe caracterizar a los procesos constitucionales, es conveniente que existan plazos para que los vicios o defectos subsanables puedan corregirse por parte de los recurrentes. Sin embargo, una vez vencido un plazo razonable otorgado por el órgano de control para corregir estos defectos de la demanda o el acto con el que se pretende iniciar el proceso de control sin que se hubiera subsanado el defecto o sin haberse cumplido con la respectiva prevención, la demanda debe desestimarse *ad portas*, dado que se deben respetar los principios constitucionales de seguridad jurídica y los derechos de terceros, que también se encuentran involucrados en la tramitación de cualquier proceso constitucional.

b) *Rechazo de las demandas con vicios insubsanables.*- Cuando la demanda adolezca de un defecto o vicio que es insubsanable, el tribunal tiene la potestad de rechazar

³⁵⁶ Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, cit., p. 140.

³⁵⁷ Hernández Valle, Rubén, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, cit., pp. 82-85.

en forma liminar la demanda, sin necesidad de ninguna otra etapa procesal ulterior, como una audiencia a las partes, una vista, etc.

c) Los vicios materiales de inadmisibilidad deben estar legalmente tasados.- Los motivos materiales que justifiquen la inadmisibilidad de la demanda constitucional deben estar, por motivos de seguridad jurídica, legalmente tasados, lo que implica un límite al actuar de los órganos de control³⁵⁸. Sin embargo, esta tasación puede expresarse mediante conceptos jurídicos indeterminados como “relevancia constitucional”, “contenido constitucional”, “manifiestamente infundados”, etc. En otros términos, si bien es cierto que deben existir causales determinadas para la inadmisibilidad de demandas constitucionales por el fondo, lo cierto es que los órganos de control deben gozar de un cierto grado de discrecionalidad para interpretar los alcances de tales motivos, a partir de la valoración de dos criterios materiales: los intereses subjetivos en juego, y el interés objetivo del asunto³⁵⁹.

d) La motivación de las resoluciones de inadmisibilidad.- Las decisiones de inadmisibilidad, aunque no en todos los casos sea así, deben ser motivadas, no sólo por el carácter reglado que tienen las causales de inadmisibilidad, sino, además, porque la motivación puede tener relevancia ante la eventualidad de plantear contra tales resoluciones denegatorias de la jurisdicción constitucional interna, acciones ante tribunales internacionales. Desde luego la exigencia de motivación no debe ser exhaustiva, pues por esa vía los tribunales constitucionales terminarían invirtiendo la

³⁵⁸ Pérez Tremps señala algunos de los motivos que legalmente pueden determinarse como causa de inadmisión material que se encuentran en varias legislaciones. Éstos son: *a)* Cuestiones ya resueltas en las que la decisión del asunto nada nuevo aportaría ni desde la perspectiva general, ni desde la particular; *b)* Cuestiones nuevas pero en las que, a la vista de la doctrina existente, con un mínimo esfuerzo de argumentación, puede preverse el rechazo del asunto; *c)* Cuestiones que carecen de contenido constitucional por plantear de forma manifiesta problemas de mera legalidad, discusiones sobre extremos fácticos de un asunto sin relevancia jurídica, etc., y *d)* Cuestiones de escasa trascendencia constitucional y subjetiva. Véase *Escritos sobre justicia constitucional, cit.*, p. 142.

³⁵⁹ Esta afirmación está en línea con lo determinado en la reforma de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 11 de agosto de 1993. Sobre este punto véanse Álvarez Rodríguez, José Luis, “Seleccionar lo importante. La reciente reforma del trámite de admisión de la ‘*Verfassungsbeschwerde*’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, Madrid, 1994, pp. 139 y ss., así como Wahl, Rainer y Joachim Wieland, “La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al *Bundesverfassungsgericht*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, Madrid, 1997, pp. 11 y ss.

mayor cantidad de su tiempo en resoluciones de admisión y no en dictar sentencias por el fondo.

e) Inimpugnabilidad de las resoluciones de inadmisibilidad.- En principio, las resoluciones de inadmisibilidad deben carecer de recurso, pues de lo contrario los tribunales constitucionales, en vez de descargar trabajo por esta vía, estarían duplicándolo. No obstante lo anterior, debe quedar abierta la posibilidad de solicitar reconsideración en casos tasados, como por ejemplo, cuando la resolución de inadmisibilidad se haya dictado contra precedentes no revocados por el órgano de control en la propia resolución.

f) Variabilidad del control de admisión en razón de la naturaleza del proceso constitucional.- El control de inadmisibilidad varía lógicamente de acuerdo con la naturaleza de cada uno de los procesos de control de constitucionalidad y, por tanto, esta situación implica ciertas delimitaciones en la actuación del órgano de control. Por ejemplo, las implicaciones políticas, sociales y económicas que puede producir una declaración de inconstitucionalidad *erga omnes*, son bastante diferentes de las producidas por una sentencia estimatoria en un recurso de amparo en que se discuten asuntos meramente patrimoniales. Por tanto, se hace necesario que los requisitos de admisibilidad, en uno y otro caso, sean diferentes.

5.2 Los procesos constitucionales de control

Determinar qué se entiende por proceso constitucional es la primera observación preliminar que debe hacerse antes de empezar a analizar los medios jurisdiccionales que se emplean para la defensa de la constitución. El primer paso que debe darse en este sentido, es justificar la elección del término proceso y explicar por qué, en lugar de éste, no se usa el de procedimiento. Pues bien, se elige el término proceso y no el de procedimiento ya que, aun cuando estos conceptos tienen mucha relación, encierran contenidos distintos. Para diferenciar estos términos debe recurrirse a la teoría general del proceso y, en este sentido, puede decirse que ambos términos corresponden a etapas diversas de la evolución del derecho y, aunque con ellas aparentemente se designa el mismo fenómeno, debe advertirse que tienen un significado diverso. La distinción radica,

si se toma en cuenta lo señalado por Gómez Lara, en que el proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva de un litigio, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, cual sucede en el orden administrativo o en el legislativo) se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí, por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo. Por lo tanto, puede decirse que si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso³⁶⁰. Esta primera determinación del carácter jurisdiccional del proceso permitirá no incurrir en este trabajo en las imprecisiones que puede denotar la asociación del término proceso con diversas situaciones constitucionales, tales como proceso constituyente, proceso legislativo u otras³⁶¹; sin embargo, debe decirse que parte de la doctrina no considera algunos procesos

³⁶⁰ Gómez-Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 8a. ed., México, Harla, 1990, p. 290. Sobre la caracterización del proceso por su finalidad en derecho público Fazzalari llega, aunque con argumentos distintos, a conclusiones similares a las de Gómez-Lara al señalar que “Nella realtà, il ‘procedimento’ si presenta come una determinata sequenza di norme, nonche degli atti da esse disciplinati e delle posizioni soggettive da esse estraibili, in vista del -e compreso il- compimento di un atto finale. Fra le varie specie di procedimento fa spicco quella indicata come ‘processo’: quivi la sequenza è disposta in modo che all’*iter* di formazione dell’atto partecipino, oltre al suo autore, coloro nella cui sfera l’atto finale è destinato a svolgere i suoi effetti. Questa partecipazione rappresenta un connotato necessario del processo, anche se non ne esaurisce il profilo[...] Di norma, il ‘provvedimento’ di un organo pubblico (cioè l’atto con cui esso emana, nell’ambito della propria competenza, una disposizione imperativa) costituisce, appunto, la conclusione di un ‘procedimento’, l’atto finale del medesimo: nel senso che la legge non riconosce al provvedimento validità e/o efficacia, se esso non è, fra l’altro, preceduto dalla serie di attività *lato sensu* preparatorie stabilite dalla legge. Ancora in diritto pubblico, l’impiego della struttura ‘processo’ è meno frequente, ma certo non raro: esso è elettivo nell’esercizio della funzione giurisdizionale; ma vi sono anche processi di ‘giurisdizione volontaria’; processi con cui la pubblica amministrazione svolge determinate attività di controllo dei suoi stessi atti, o, addirittura, provvede, di primo acchito, alla tutela di interessi pubblici”. Véase Fazzalari, Elio, “Procedimento e processo (teoría general)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, t. XXXV, 1986, pp. 819 y 820. Además, sobre las diferencias entre proceso y procedimiento véanse las precisiones ofrecidas por Armienta Calderón, Gonzalo M., “Procesos y procedimientos constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. I, México, Intituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, pp. 209-245.

³⁶¹ Esto porque, como señala José Afonso Da Silva, el tema sobre la definición de proceso “demanda aclaraciones iniciales para eliminar las dudas que su imprecisión denota, especialmente porque el término *proceso* es asociado a diversas situaciones constitucionales, tales como proceso constituyente o proceso de formación de la constitución, proceso legislativo, proceso de *impeachment*, derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal, etcétera. Frente a ello, la expresión *proceso constitucional*, para quien no convive con esta temática, bien podría dar la impresión de ser genérica y abarcadora de todas esas situaciones. No obstante, no es así y, ciertamente, se podrá verificar que significa algo mucho más próximo del proceso de control de constitucionalidad que la expresión que comúnmente se le asigna [...] Podemos hacer, desde ya, una delimitación a partir de la idea de que la doctrina emplea la expresión *proceso constitucional* como instrumento jurisdiccional de solución de los conflictos derivados de la aplicación de

constitucionales como litigios de carácter constitucional y, retomando la jurisprudencia del Tribunal alemán, se refieren a los procesos abstractos de control como procesos sin partes³⁶². Por esta razón, y tomando en cuenta que las circunstancias relativas a la litigiosidad en los procesos constitucionales varían de acuerdo con el sistema de control y el tipo de proceso que se desarrolla, en este trabajo, como ya se ha dicho, se considerará como elemento determinante en la concepción de jurisdicción no el carácter litigioso (como lo hace Gómez Lara), sino un criterio más amplio que contemple como sus elementos distintivos el análisis de la voluntad de otro y la realización de un juicio al respecto³⁶³. Con ello se incluyen en la concepción de proceso constitucional no sólo los casos en los que el control se da con base en una controversia en la que existen pretensiones que surgen a partir de intereses particulares en conflicto, sino también aquellos en los que el proceso sirve como una prolongación a la vía jurisdiccional de

las normas constitucionales. De ese modo, no tendrá conexión alguna con el proceso constituyente, el proceso de formación de la constitución, el proceso de constitucionalización o reconstitucionalización, que son procesos políticos, no jurisdiccionales; ni tampoco, con el proceso de formación de las leyes, el proceso legislativo, que es proceso parlamentario. Véase Silva, José Afonso da, “El proceso constitucional”, en Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución: garantismo y controles. Libro en reconocimiento al doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, EDIAR, 2003, p. 753.

³⁶² Véase García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 148, que hace este apunte cuando se refiere a los recursos sobre la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, este autor también hace notar que esta posición está facilitada en Alemania por la circunstancia de que este recurso directo no está sometido a plazo; pero, agrega, en España, donde la disponibilidad del recurso se limita a un tiempo determinado desde la publicación de la ley, en la práctica se visibiliza un verdadero conflicto interpretativo de la Constitución entre partidos o entre órganos, aunque el conflicto no se refiera a intereses concretos de los recurrentes; es una prolongación a la vía jurisdiccional de un conflicto interpretativo que se habrá iniciado y debatido al elaborarse la ley.

³⁶³ Esto porque en los procesos constitucionales continúa vigente el principio *nemo iudex sine actore*, es decir que los órganos de control de constitucionalidad deben actuar sólo a ruego de un tercero. Ahora bien, aunque existen casos en los que los órganos de control están llamados por ley a verificar oficiosamente la constitucionalidad de una ley (como ocurre, por ejemplo, con las leyes orgánicas en Francia), estos procesos no serán considerados como jurisdiccionales por no reunir las condiciones señaladas aquí para hablar de jurisdicción. Sobre la actuación del órgano de control a partir de la puesta en marcha de la maquinaria jurisdiccional por un tercero pueden hacerse otros apuntes. En primer lugar debe decirse que los órganos controlantes tienen en algunos casos amplios poderes para no quedar condicionados sólo por los motivos o vicios de inconstitucionalidad aducidos por el que ha incoado el proceso, por lo que en general se admite el poder de control de oficio respecto de otros motivos de inconstitucionalidad distintos a los invocados en el requerimiento. Asimismo, en algunos casos, los que han activado el proceso constitucional no son libres para disponer del mismo, puesto que aunque quisieran desistir del requerimiento formulado, el órgano de control está facultado para seguir conociendo del proceso constitucional. Finalmente, en algunos ordenamientos jurídicos, aun cuando esté terminado el proceso ante el juez *a quo* no por ello cesa el proceso incidental de control de constitucionalidad. Véase Bordialí Salamanca, Andrés, “La función judicial de defensa del orden constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, cit., p. 29-30, t. 1.

conflictos interpretativos o de conformidad de textos legislativos cuando éstos se analicen a la luz de la norma fundamental y de los demás instrumentos jurídicos que la integran como parámetro de control.

Ahora bien, es necesario hacer también otra delimitación incluso entre los procesos en los que intervienen autoridades jurisdiccionales para saber cuáles pueden calificarse como constitucionales en sentido estricto pues, como lo señala Pérez Tremps, “desde un punto de vista muy genérico, en el Estado de Derecho, cualquier proceso que se siga ante una autoridad judicial puede ser calificado de potencialmente constitucional ya que, de manera más o menos mediata, en el objeto del proceso siempre concurren intereses y bienes constitucionales en juego”³⁶⁴. Sin embargo, no es esta dimensión genérica la que debe utilizarse para definir un proceso como constitucional, pues este calificativo será reservado aquí, siguiendo a la opinión doctrinal más aceptada, para los procesos “que nacen de aquellas acciones y recursos que tienen por objeto específico (único o no) y directo la defensa de la constitución”³⁶⁵.

Estas consideraciones permiten ofrecer un concepto de proceso constitucional que sirva para los fines de esta investigación. Así, podemos decir que los procesos constitucionales de control son aquellos procedimientos jurisdiccionales creados por el legislador que buscan, a través de las decisiones y medidas determinadas por el órgano controlante, la protección de los contenidos constitucionales (valores, principios, derechos y bienes constitucionalmente protegidos) frente a las decisiones y actos de autoridad, así como la tutela de la supremacía constitucional. A partir de esta definición, y tomando en cuenta lo establecido en el capítulo precedente, puede decirse que el objeto de este tipo de

³⁶⁴ Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, cit., p. 124. Este autor completa esta idea señalando que “La imagen piramidal que expusiera Hans Kelsen para explicar la interdependencia de los distintos escalones del ordenamiento, fundamento y ejecución respectivamente de los escalones inferiores y superiores, es una buena prueba de esa dificultad de aislar unas normas respecto de otras. Si a ello se une que todo el ordenamiento responde a un sistema de principios y valores, la mayoría de los cuales se hayan formalmente constitucionalizados, que lo inspiran e impregnan, se ve aún de forma más nítida la dificultad de aislar la constitución del resto del ordenamiento”, *Idem*. Sobre este punto véase también Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 116 y ss.

³⁶⁵ En este sentido véase García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 19-20. Sobre la definición de proceso constitucional, interesantes apuntes pueden encontrarse en Dantas, Ivo, “Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional*, cit., t. I, pp. 361-405.

procesos estará constituido por las leyes (*rectius* normas que derivan de las disposiciones legislativas), actos o actitudes que colisionan con los contenidos constitucionales. Por tanto, el fin de los procesos constitucionales apuntará al control y a la declaración sobre la constitucionalidad o no, por parte del órgano constitucional competente, de un determinado acto o actitud de la autoridad, o bien, de las disposiciones legales o las normas que derivan de ellas³⁶⁶.

Una vez determinado un acercamiento a lo que debe entenderse por procesos constitucionales de control, también debe referirse el carácter de las funciones que éstos cumplen. Al respecto, puede decirse que este tipo de procesos tienen funciones con un doble carácter. Por un lado, los órganos de control, a través de los procesos constitucionales, tienen una función de tipo objetivo, pues con ellos se cumple la función fundamental de defender la norma básica de un ordenamiento jurídico, actuando como una especie de comisionado del poder constituyente para hacer efectiva la obra de éste, expulsando del ordenamiento o dejando sin efecto aquellas disposiciones o normas que sean contrarias al texto constitucional y las demás leyes y actos que lo integran como parámetro, así como interpretando la ley fundamental, actualizando el alcance de sus contenidos y adecuándolos a la cambiante realidad política, social y cultural. Pero, junto a esta función objetiva de defensa e interpretación de la norma fundamental, e íntimamente ligada a ella, los procesos constitucionales de control cumplen una función subjetiva de defensa de intereses y derechos concretos y específicos. Esto resulta evidente en los procesos de defensa de los derechos fundamentales, pero no sólo en ellos, pues incluso en otros procesos de configuración más objetiva está también presente la defensa de derechos e intereses concretos y específicos (v.g. en los conflictos entre entes territoriales o poderes del Estado). Estas dos funciones no constituyen concepciones distintas del control jurisdiccional de constitucionalidad ni son principios contrapuestos de éste; por el contrario, las dimensiones objetiva y subjetiva de este tipo de control están íntimamente

³⁶⁶ Sobre la naturaleza de los procesos constitucionales, su objeto y sus fines véanse los interesantes apuntes contenidos en Serra Rad, María Mercedes, *Procesos y recursos constitucionales*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 51 y ss.

unidas y ambas se manifiestan a través de una serie de controles que se configuran para hacerlo efectivo³⁶⁷.

5.2.1 *El control de constitucionalidad de leyes y disposiciones normativas con rango de ley*

Dentro de los procesos constitucionales, el control de constitucionalidad de actos con rango de ley tiene una gran importancia en el Estado constitucional, pues este proceso configura en buena medida la dimensión material del control jurisdiccional de constitucionalidad. Este tipo de control ocupa un lugar preponderante tanto desde el punto de vista teórico como histórico y, a través de él, los Estados pueden examinar la adecuación a la constitución de las leyes y de ciertas disposiciones normativas con rango de ley, lo que ayuda a construir un orden jurídico que se adecue al marco constitucional³⁶⁸. De este modo, si tras el examen que este control implica el órgano controlante llega a la conclusión de que la ley o la disposición fiscalizada es contraria a la constitución, negará su validez³⁶⁹.

El control de constitucionalidad de leyes y disposiciones normativas con rango de ley puede asumir formas diversas de acuerdo con la caracterización técnica que se le dé al proceso de que se trate. Como lo señala Fernández Rodríguez:

³⁶⁷ Véase Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, cit. pp. 127-128, en donde se señala una fórmula que bien puede ofrecer una idea de la interdependencia de las funciones objetiva y subjetiva del control: “no hay defensa de la constitución si no hay defensa de derechos e intereses, y no hay protección de éstos si no hay defensa e interpretación de la constitución”.

³⁶⁸ Es decir, de disposiciones que tienen las mismas características que la ley: abstracción, impersonalidad, generalidad y aplicación permanente (las ordenanzas y otro tipo de disposiciones normativas que, a diferencia de las leyes, tienen duración limitada, entran en este rubro cuando tienen fuerza de ley en los términos de la constitución y de la legislación respectiva).

³⁶⁹ Véase Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., pp. 72-73, en donde además se señala que si la constitución es verdadera norma jurídica, y su posición es jerárquicamente superior al resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico, eso debe tener diversas consecuencias para no quedar en el mero plano de la declaración política o sociológica. Y una de las consecuencias que se derivan inexcusablemente de la referida posición de la Norma Básica es la necesidad de que existan mecanismos para defenderla como el control de constitucionalidad de leyes y normas con rango de ley.

En este sentido se pueden establecer cuatro clasificaciones teóricas de control de constitucionalidad en función de cuatro variables diferentes. De esta forma, en primer lugar, el control puede ser abstracto o concreto. Abstracto será cuando se analiza la compatibilidad lógica entre dos normas, la Constitución, por un lado y, por otro, la ley impugnada. Dicho análisis se efectúa al margen de un caso determinado. En cambio, el control será concreto cuando tiene como referente un caso judicial determinado, lo que implica tener en cuenta las circunstancias del mismo. En segundo lugar, el control puede ser directo o indirecto. Por control directo entendemos aquel en el que la pretensión procesal consiste en la impugnación de la constitucionalidad de la ley. En el indirecto la pretensión procesal es diferente. En tercer lugar, está el control en vía principal o en vía incidental. En aquél el juicio consiste, precisamente, en la realización del control de constitucionalidad. Éste se configura procesalmente como un incidente, lo que implica la existencia de un juicio principal diferente al control de constitucionalidad que se pretende con el incidente. Todo control directo es principal. Por el contrario, el control indirecto puede ser en vía principal o incidental. Y, en cuarto y último lugar, el control de constitucionalidad puede ser objetivo o subjetivo. En el objetivo se defiende el interés general, por lo que la legitimación para incoarlo recaerá en personas que se presume que van a defender tal interés. En el subjetivo se defiende el interés particular del legitimado activamente, lo cual también puede suceder cuando se defienden competencias propias de quien interpone la acción³⁷⁰.

Si se toman en cuenta estas consideraciones, se vuelve evidente que la forma en que se ejerce el control de constitucionalidad de leyes y disposiciones normativas puede adquirir cauces y matices distintos³⁷¹. Sin embargo, puede hacerse una primera e

³⁷⁰ *Ibidem*, pp. 73-74.

³⁷¹ Uno de estos matices de importancia notable es la relación que existe entre el control y el momento de nacimiento de las normas. Al respecto, el mismo Fernández Rodríguez señala que “lo normal es que el Tribunal Constitucional se enfrente a normas que nazcan una vez que se ha hecho la Carta Magna. La aproximación técnica más adecuada a esta cuestión hace que las normas posteriores a la Constitución y contrarias a ellas sean declaradas nulas y a las anteriores que la contradicen se les aplique la idea de derogación. La inconstitucionalidad se basa en una contradicción entre la Carta Magna y una norma posterior a ella. Por su parte, la derogación es producto de la sucesión temporal de normas que origina la aplicación de la regla *lex posterior derogat anteriori*. El mecanismo de la derogación debe funcionar por sí solo y los jueces ordinarios pueden entender derogada una norma previa contraria al Texto Básico. Ésta fue la opción adoptada en Alemania. En cambio, en Italia, donde no existe cláusula constitucional derogatoria, la *Corte costituzionale* se arrogó la competencia para decidir la validez de las leyes anteriores a la Norma

importante distinción en la forma en que se llevan a cabo estos procesos de control al clasificarlos como abstractos y concretos. Esta distinción surge en la doctrina alemana con el fin de contraponer dos procesos distintos para el control de constitucionalidad: *a*) el que se lleva a cabo, por regla general, a instancias de ciertos órganos políticos y al margen de los casos concretos y de la aplicación que haya podido tener una ley (que en ocasiones ni siquiera ha sido aplicada), y *b*) aquel que ejerce el órgano de control a instancias de un juez o tribunal que, a la hora de resolver un determinado litigio, se encuentra en la necesidad de aplicar una ley o disposición normativa sobre cuya constitucionalidad se plantean dudas o existen divergencias de opinión, por lo que eleva la cuestión sobre la constitucionalidad de la ley al órgano de control³⁷². Al primero de estos procesos, por tanto, se le conoce como abstracto, mientras que al segundo se le ha calificado como concreto.

Los procesos de control del primer tipo reciben el adjetivo de abstractos porque, en teoría, las autoridades políticas competentes para incoarlos deben defender no un interés particular, sino el interés general garantizando la supremacía del texto constitucional, es decir, con total abstracción de la aplicación concreta del derecho y limitándose a resolver una discrepancia abstracta sobre la conformidad o disconformidad

Básica, aunque éste sólo será un examen de fondo y no de forma. En España se prefirió una solución intermedia basada en la idea de inconstitucionalidad sobrevenida: los tribunales ordinarios pueden apreciar la invalidez de las leyes anteriores y, si tienen dudas, plantear el control concreto ante el Tribunal Constitucional [...] También puede suceder que una norma preconstitucional pase el umbral que marca la Ley Fundamental y continúe siendo válida pero que, en el futuro, la modificación de las circunstancias la conviertan en contraria a la Constitución. En este caso habrá que entender que se produce a una derogación, no en el primer momento de vigencia constitucional, sino posteriormente. [Por regla general] las normas controladas [...] tienen que estar en vigor, aunque hay supuestos, como en Serbia, en los que la conformidad de la ley con la Constitución también puede ser analizada cuando aquélla ha perdido su eficacia, siempre, también para el caso serbio, que no hayan transcurrido más de seis meses. Esta opción, sometida a un plazo razonable para no agredir a la seguridad jurídica, es defendible si se tiene en cuenta el carácter retroactivo de la nulidad con la que se sanciona la norma inconstitucional y que afecta a procesos y relaciones jurídicas que aún estén abiertos. Aunque la norma ya no esté en vigor puede seguir aplicándose a aquellos procesos que nacieron en el momento de su vigencia por lo que parece admisible que se fiscalice su validez con la Ley Básica para evitar que produzca consecuencias jurídicas en el caso de ser considerada como inconstitucional." *Ibidem*, p. 75.

³⁷² Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000, p. 79.

de un texto legal con la constitución³⁷³. Los procesos de control abstractos son directos (por lo que se sustancian por vía principal) y objetivos.

El carácter abstracto de estos procesos está íntimamente relacionado con los sujetos legitimados para su interposición, pues en ellos la legitimación para poner en marcha la maquinaria jurisdiccional, en principio, está restringida a ciertos órganos políticos que, en su caso, ejercerán la acción no para defender sus propios derechos o intereses, sino más bien para actuar en defensa de la constitución. Si bien existen países en donde los procesos abstractos de control de constitucionalidad de leyes y disposiciones normativas con rango de ley pueden ser comenzados a través de la acción popular³⁷⁴ o por personas que tengan un interés legítimo en el análisis de la conformidad con la constitución de estos textos legislativos³⁷⁵ (como sucede en Austria o Bélgica)³⁷⁶ lo cierto es que generalmente se legitima activamente para entablar estos procesos a órganos

³⁷³ Miguel Carbonell, al referirse a los mecanismos de control abstracto señala que éstos son procesos para cuya instauración no se requiere de la existencia de un agravio concreto, sino que se somete a la consideración del órgano de control una posible inconstitucionalidad normativa, aunque de ella no derive un perjuicio concreto para la parte que está ejerciendo la acción. Véase *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Comentada)*, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007, p. 646.

³⁷⁴ Esto ocurría, por ejemplo, en el caso de Hungría.

³⁷⁵ Esto ocurría en Hungría hasta el 31 de diciembre de 2011; sin embargo, las reglas cambiaron y ahora solamente ciertos órganos (gobierno, ombudsman, etc.) pueden controvertir la conformidad de una ley con la constitución.

³⁷⁶ Fernández Rodríguez señala al respecto que “Como importante excepción a esta restricción en la legitimación en los procesos abstractos y objetivos hay diversos casos que prevén una acción popular, es decir, una legitimación a favor de toda persona para denunciar directamente la inconstitucionalidad de una ley. La acción que se incoa sigue siendo objetiva porque se entiende que el particular actúa en interés del buen funcionamiento del Estado. Así, en Austria, desde 1975 (para leyes que violan derechos de los ciudadanos que las impugnan), y en Bélgica, desde 1988, encontramos una previsión de este tipo. En Europa del Este tenemos a [...] Eslovenia, en donde se habla de cualquiera con interés legítimo [...] También en Montenegro y en Serbia se legitima a todos. Esta apertura a los particulares choca con la característica indicada de la restricción de legitimación, además de acentuar el peligro de que el órgano se vea saturado (saturación que, incluso, está presente en Tribunales Constitucionales que carecen de tan amplia legitimación). Véase *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., p. 104. Sin embargo, y a pesar de que Fernández Rodríguez defiende el carácter objetivo de este tipo de procesos, parte de la doctrina señala que quizá podría decirse con mayor realismo que el proceso iniciado por la acción de inconstitucionalidad en casos como el de Hungría se aproxima funcionalmente a un control normativo concreto, aunque atípico. Y refieren que podría hablarse de concreción con mayor realismo porque parece difícilmente evitable que, en estos casos, no juegue un papel de cierta relevancia la “dialéctica del caso concreto”, véase Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, cit., p. 82. Éste es, sin embargo, un debate que merece, como lo expresa el mismo Joaquín Brage, un estudio mucho más profundo, por lo que aquí sólo se dejará este comentario como punto de partida para eventuales reflexiones al respecto.

públicos y políticos³⁷⁷ pues se piensa que éstos actuarán en defensa objetiva de la constitución, en interés de ella y su primacía. Ejemplos sobre esta concepción en la práctica de los órganos de control pueden encontrarse en el Tribunal constitucional alemán, que afirmó, como ya se ha mencionado, que estos procesos no son de contienda o contradictorio entre partes, sino unilaterales y sin partes, ya que no hay litigio en sentido estricto. Asimismo, el Tribunal constitucional portugués, ha negado legitimación incluso a los órganos, en principio constitucionalmente legitimados para incoar un proceso de control abstracto, en aquellos casos en que estos órganos se limitan a remitir al tribunal las peticiones que les son dirigidas por particulares, funcionando así como simples puentes entre éstos y aquél³⁷⁸.

Por su parte, de la tesis P./J. 129/99 de la Suprema Corte de Justicia de México, se advierte que este órgano de control, al interpretar la fracción II del artículo 105 constitucional, ha determinado el carácter objetivo del proceso de control abstracto al señalar que en la acción de inconstitucionalidad la denuncia no se hace para deducir un derecho propio o para defenderse de los agravios que eventualmente les pudiera causar la norma impugnada o su aplicación, sino para defender el principio de supremacía constitucional, ya que los efectos de la sentencia no afectan a las partes, sino a la ley impugnada y a quienes va dirigida³⁷⁹.

³⁷⁷ Por ejemplo, en los países europeos, algunos de los órganos legitimados en los diversos sistemas de control son: el presidente de la República; un grupo de diputados; un grupo de senadores; el Parlamento; el presidente del Senado; el Gobierno o el Consejo de Ministros; el presidente del Gobierno o primer ministro; el ministro de Justicia; los órganos estatales; el Gobierno regional; las Cámaras regionales o los órganos de los territorios autónomos y de los autogobiernos locales; el presidente del Tribunal Supremo; el Tribunal Supremo; el *Ombudsman*, y representantes de sindicatos, por mencionar algunos casos. Sobre un panorama sobre este punto que no sólo contemple el ámbito europeo véase también Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, cit., pp. 125-131.

³⁷⁸ Véase Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, cit., p. 82, en donde también se hace referencia a la obra de Miguel Lobo en la que se explica que el órgano de control portugués ha precisado esta doctrina en el sentido de admitir la legitimación del órgano de que se trate cuando éste asumiese la petición de los particulares como propia y aceptase responsabilizarse, sin margen de ambigüedad, por el ejercicio del derecho de acción de que son titulares exclusivos. Sobre este punto Lobo Antunes, Miguel, “Fiscalização abstracta da constitucionalidade. Questões processuais”, en *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, Aequitas-Notícias, 1993, pp. 400 y ss.

³⁷⁹ Sobre las características de la acción de inconstitucionalidad como proceso de control de constitucionalidad abstracto en México véase Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, México, Porrúa, 2007, p. 351.

En sentido similar se ha pronunciado el Tribunal constitucional español que, al resolver un recurso de inconstitucionalidad, en su sentencia 42/1985 señaló que:

La facultad de promover el recurso de inconstitucionalidad no la otorga la Constitución en atención a un interés propio de quienes la reciben, sino en virtud de la alta cualificación política que resulta de su cometido constitucional. No se defiende mediante este recurso ningún interés o derecho propio, sino el interés general y la supremacía de la Constitución, de manera que el *ius agendi* en que tal facultad consiste, sin conexión alguna con los derechos de que es titular la persona que lo ejerce, forma parte de las competencias que corresponden al órgano que se ocupa, o del haz de facultades propias de la representación política que se ostenta. No es la persona física concreta la que, por sí sola o en unión de otras, puede impugnar la constitucionalidad de las leyes, sino el órgano de que la misma es titular o la condición de representante del pueblo de que está investida.

Ahora bien, el hecho de que en la mayor parte de los procesos abstractos de control no se tutelen derechos subjetivos e intereses legítimos de ciudadanos concretos, no es suficiente para desterrar de plano una dimensión subjetiva en ellos, ya que el derecho en definitiva es funcional a necesidades de los hombres, y tras una disputa entre órganos políticos sobre la adecuación de una norma legal al mandato constitucional, se verán beneficiados o perjudicados también los ciudadanos en su esfera subjetiva³⁸⁰. En este sentido, Giancarlo Rolla ha señalado que sería incorrecto negar que detrás de la objetividad de los procesos constitucionales se esconde también la voluntad de tutelar los derechos concretos lesionados (o que pueden lesionarse) por el uso incorrecto por parte del legislador respecto de la discrecionalidad política³⁸¹. Al final, sin embargo, el interés subjetivo tendría que quedar subordinado al objetivo. Pero la tenue línea divisoria entre estos intereses y la naturaleza política de los órganos legitimados, lleva a que estos juicios

³⁸⁰ Bordalí Salamanca, Andrés, “La función judicial de defensa del orden constitucional”, *cit.*, p. 25.

³⁸¹ Rolla, Giancarlo, “El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo”, en Vega Gómez, Juan y Edgar Corzo Sosa (coords.), *Tribunales y justicia constitucional*, *cit.*, p. 357.

tengan una gran carga política e, incluso, se lleguen a considerar como una forma de prolongar, en la vía procesal, un enfrentamiento entre autoridades o grupos parlamentarios.

En algunos países como Alemania, por ejemplo, el control abstracto ha sido calificado por una parte de la doctrina como un recurso en que el carácter objetivo queda en entredicho, pues casi automáticamente las leyes controvertidas son sometidas al Tribunal constitucional de manera inmediata después de ser aprobadas en el Parlamento. Esta situación revela que en la práctica los órganos legitimados para incoar los procesos abstractos de control, en ocasiones defienden una posición de carácter político y el órgano controlante termina por dar la razón a una u otra fuerza política, lo que puede llevar a que las decisiones de los tribunales constitucionales sean valoradas como una victoria para el grupo al que el órgano de control da la razón. No obstante lo anterior y sin perjuicio de reconocer los riesgos de politización de los procesos abstractos de inconstitucionalidad, lo cierto es que la experiencia demuestra que son mayores las ventajas que los inconvenientes que pueden derivarse del control normativo abstracto de constitucionalidad³⁸².

En Alemania, Italia, Portugal, Austria, Colombia o España, por mencionar sólo algunos casos, se admite por parte de la doctrina que los órganos de control han cumplido con un papel de integración social y política, así como de neutralización de los conflictos políticos³⁸³. Es verdad que para ello, los órganos de control no sólo se han valido de los procesos abstractos, sino también de otras vías procesales; pero es indiscutible que, si la abstracción de los procesos de control ha podido implicar dificultades derivadas de situaciones políticas en algunos casos, ha sido al mismo tiempo una vía para solucionar conflictos políticos -patentes o permanentemente latentes-, de gran profundidad, conflictos que de otra manera habrían permanecido sin solución posible en muchos casos

³⁸² Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, cit., pp. 84-89.

³⁸³ En Alemania, por ejemplo, Schneider señala que las sentencias del órgano de control “se basan en las normas legales vigentes ya que su campo de acción está dado por el orden constitucional de la ley fundamental. Al mismo tiempo, sin embargo, la Corte juzga de acuerdo con intereses al balancear antítesis políticas, aunar fuerzas opuestas y conciliar opiniones contrarias en el terreno constitucional. Visto así, da la impresión de que la Corte actúa a menudo como “conciliador” o “arbitrador” en batallas de opinión política y llega a sentencias en las que incluso, en algunos puntos, la parte derrotada puede sentirse en parte como un ganador y la parte exitosa como un perdedor.” Véase Schneider, Hans-Peter, “El Tribunal Constitucional Federal alemán entre la justicia y la política”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati, núm. 31, septiembre-diciembre de 1991, p. 103.

y, lo que es más grave, sin que el sistema ofreciese ninguna válvula de escape, con el gran riesgo que ello puede significar³⁸⁴. Por lo tanto, los beneficios que ofrecen estos procesos son más que los costos y, aunque en la práctica los riesgos de politización son evidentes, también es necesario decir que en el buen uso de estos procesos juega un papel importantísimo la actuación de las autoridades legitimadas para iniciarlos, pues en ellas recae la responsabilidad de no demeritar las bondades de los procesos abstractos y restarles legitimidad como consecuencia de su mal uso.

Pues bien, una vez hechos algunos apuntes sobre la politicidad de los procesos de control abstracto, otro aspecto que es muy importante analizar es el momento en que éstos pueden presentarse. En una parte minoritaria de los países en los que existe un control abstracto, los procesos de control se dan después de la aprobación de la ley o de la disposición normativa, pero antes de su promulgación o publicación³⁸⁵. Este tipo de procesos que se han calificado como de control *a priori*, encuentran su justificación en la conveniencia de expulsar del ordenamiento los textos legislativos que sean contrarios a la constitución antes de que puedan ocasionar perjuicio a los destinatarios de la norma inconstitucional; sin embargo, como ya se ha dicho, su naturaleza suscita dudas acerca del carácter jurisdiccional de estas actividades ejercidas por el órgano de control al no producirse, en el momento de determinar la conformidad de una ley (o, si se quiere, de un proyecto de ley) con la constitución, una verdadera contradicción. El caso paradigmático de este tipo de control es el sistema francés, aunque existen otros países en los que los procesos de control preventivo coexisten con el control *a posteriori* o se presentan con diferentes matices³⁸⁶.

³⁸⁴ Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, cit., p. 90.

³⁸⁵ A pesar de que esta es la regla general en el control *a priori*, existen excepciones en que el control se da incluso no sólo sobre leyes aprobadas, sino también para controlar la constitucionalidad de proyectos o proposiciones de ley, como ocurre en Hungría.

³⁸⁶ Fernández Rodríguez enuncia algunos ejemplos cuando indica que se pueden “citar otros países en los que, en uno u otro sentido, hay procedimiento preventivo, como Alemania, Austria, Chipre, Estonia, Hungría, Irlanda, Italia, Polonia, Portugal y Rumania. En estos últimos, a excepción de Irlanda, el control preventivo coexiste con uno *a posteriori*, aunque para el caso chipriota éste sólo procede contra leyes que discriminen a una de las dos comunidades (griega y turca). No obstante, existen diferencias entre los casos citados dado que, por ejemplo, en Alemania el control previo afecta a las leyes de aprobación de un tratado y al supuesto de la negativa del presidente de la República a promulgar una ley, negativa que es impugnada ante el Tribunal Constitucional, el cual tendrá que examinar la validez de dicha ley antes del estudio del rechazo a la promulgación. En Austria tiene por objeto únicamente averiguar si el proyecto de ley (o de

Por su parte, el control *a posteriori* se presenta en la mayoría de los sistemas de control de constitucionalidad y tiene lugar después de la entrada en vigor de la norma fiscalizada. Este tipo de control permite superar los inconvenientes de los procesos de control preventivo y operar sobre una ley ya en vigor ajustándola al momento histórico en que se produce el control. Pero a pesar de ello, la virtualidad de estos procesos está supeditada a la existencia o inexistencia de un plazo de interposición y, en el primer caso, a su duración³⁸⁷. El conflicto se presenta aquí entre seguridad jurídica y funcionalidad de los procesos abstractos de constitucionalidad. Si el plazo es muy largo o no existe, esta situación puede actuar en demérito de la certeza de las leyes o disposiciones generales que conforman el orden normativo de un Estado; sin embargo, si existen plazos demasiado cortos para la interposición de un recurso con el que se iniciarán procesos de control abstractos, la eficacia de los medios de control puede ponerse en entredicho, pues en muchas ocasiones la inconstitucionalidad sólo se manifiesta o es conocida por las autoridades después de cierto tiempo en que la ley o la disposición normativa ha entrado en vigor.

Una cuestión más que debe tratarse con relación a los procesos de control abstractos es que la ley o disposición normativa puede ser impugnada total o parcialmente, lo que implica que en el primer caso, la resolución que declara la inconstitucionalidad del acto impugnado alcanzará a todo el cuerpo normativo, mientras que en el segundo, sólo a una parte de él, pudiendo aplicarse la parte no impugnada siempre y cuando esto sea posible, de acuerdo con la resolución del órgano de control. Esto significa que si la sentencia anula normas de cuya aplicación depende la de otra u otras, éstas no podrán aplicarse aun cuando no hayan sido expresamente anuladas por el órgano controlante³⁸⁸.

Dejando hasta este punto las consideraciones sobre el control abstracto, puede darse paso al análisis del segundo grupo de procesos de control de leyes y disposiciones normativas con rango de ley: el control concreto. El caso que en la mayoría de las

reglamento) entra en la competencia de la Federación o de los *Länder*. En Italia afecta a las leyes regionales". Véase *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., p. 77.

³⁸⁷ *Ibidem*, pp. 77-78.

³⁸⁸ Covián Andrade, Miguel, *La teoría del rombo. Ingeniería constitucional del sistema político democrático*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, 2000, p. 294.

clasificaciones sobre los procesos de control se asocia al control concreto es el de la *judicial review of legislation*, en el cual el control se lleva a cabo por el juez en el momento de resolver una controversia determinada. A través de ella cualquier juez puede decidir si una norma determinada no debe ser aplicada por ser considerada en contraste con el texto de la constitución. Este proceso de control se caracteriza como difuso y sus resoluciones tienen efectos *inter partes*, aunque en la práctica, como ya se ha dicho, debido al principio de *stare decisis*, las resoluciones de la Suprema Corte federal tienen materialmente efectos *erga omnes*. La *judicial review* se ha difundido en muchos países debido a la influencia norteamericana; sin embargo, ésta no es la única clase de procesos de control concreto, pues existen otros que también tienen gran relevancia y en los que es un órgano jurisdiccional el que eleva la cuestión sobre la constitucionalidad de una ley o disposición normativa al órgano de control. Estos procesos se caracterizan por el carácter objetivo e incidental con el que se trata de resolver, por parte del órgano de control, una duda sobre la constitucionalidad de una ley que otro órgano jurisdiccional le plantea con motivo de un juicio o proceso particular y concreto.

En este caso, el órgano jurisdiccional que duda de la constitucionalidad de una ley o disposición normativa con rango de ley, deberá remitir su duda al órgano de control para luego poder adoptar la resolución final del caso de acuerdo con la decisión que adopte el órgano controlante. Esto implica que el proceso *a quo* o su decisión quedan suspendidos hasta que el órgano de control emita su fallo. De esta manera, el proceso puede suspenderse en el momento en que surja la duda de constitucionalidad (sea cual fuere la fase del proceso que se desarrolla), dentro de una etapa determinada del *iter procesal* (que puede ser incluso, como ocurre en España, el plazo para dictar sentencia)³⁸⁹.

En los procesos de control concreto que se refieren, la cuestión o excepción de constitucionalidad³⁹⁰ puede ser planteada por una parte ante un órgano jurisdiccional

³⁸⁹ Sobre este punto Miguel Covián ha señalado que “es preferible no suspender el proceso en el que se originó la cuestión de constitucionalidad, principalmente por razones de orden práctico, como la prontitud en la administración de justicia, si bien esta regla general debe admitir sus excepciones en la medida en que lo que se actúe sea inútil o incompatible en función del problema de constitucionalidad *sub judice*”. *La teoría del rombo, cit.*, p. 297.

³⁹⁰ Sobre la denominación correcta que debe darse a estos procesos Fernández Rodríguez señala que para este control concreto se suele hablar técnicamente de excepción de inconstitucionalidad, a pesar de que, en realidad, se trate de una cuestión prejudicial dado que el que decide este incidente es un juez diferente al

durante del desarrollo del proceso o *ex officio* por el propio órgano que lo resolverá. El órgano *a quo* es entonces el único que puede remitir la cuestión de constitucionalidad ante el órgano de control³⁹¹, por lo que se dice que este tipo de procesos pueden activarse sólo a petición de parte. El órgano jurisdiccional, por regla general, debe iniciar este tipo de procesos cuando exista una duda razonable y fundada sobre la constitucionalidad de la disposición legal de cuya validez depende el fallo³⁹². Francisco Rubio Llorente, al referirse a los procesos incidentales de constitucionalidad, señala lo siguiente:

Aunque los preceptos constitucionales y legales que establecen y regulan este modo de colaboración entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional no atribuyen al Juez o Tribunal proponente un juicio sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada, limitándose a decir que la cuestión ha de proponerse cuando el Juez tiene “dudas” acerca de ella (así en Austria, Alemania y España) o cuando no considera “manifiestamente infundada” la alegación en la que una de las partes del litigio afirma que la norma es contraria a la Constitución (en la fórmula italiana), es evidente que la cuestión implica siempre un doble juicio de constitucionalidad: uno provisional y negativo, efectuado por el Juez o Tribunal que la suscita, y otro, definitivo o coincidente o no con aquél, que es el que lleva a cabo el Tribunal Constitucional³⁹³.

Asimismo, en estos procesos se exige generalmente que la duda sea de verdadera relevancia en el juicio principal³⁹⁴. Es pertinente señalar además que el objeto o fin de los procesos de control concretos es pronunciarse sobre la constitucionalidad de las

que tramita el proceso principal. En las excepciones, desde el punto de vista procesal, es el propio juez del litigio en donde se plantea el que resuelve, cosa que no sucede en el control concreto de constitucionalidad al residenciarse éste en el órgano de control (en cambio, sí es excepción la inconstitucionalidad de un acto cualquiera que se invoca ante un juez ordinario norteamericano porque será éste el competente para decidir su adecuación o no con la constitución).” Véase *La justicia constitucional*, cit., p. 78.

³⁹¹ Véase Brewer-Carías, Allan R., *La justicia constitucional (procesos y procedimientos constitucionales)*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007, p. 272.

³⁹² En este sentido se pronunció el Tribunal constitucional de Bolivia, que determinó como necesarias para la procedencia de un recurso incidental de inconstitucionalidad, las siguientes condiciones: “existencia de una duda razonable y fundada sobre la constitucionalidad de una Ley, decreto o resolución no judicial impugnados” (AA. CC. 105/2002-CA; 304/2002-CA, entre otros).

³⁹³ Rubio Llorente, Francisco, *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, cit., p. 24.

³⁹⁴ En este sentido puede servir como ejemplo el caso español, cuya constitución, en su artículo 163, exige que la ley sea aplicable al caso y que de su validez dependa el fallo.

disposiciones legales (o las normas que deriven de ellas) aplicables al caso concreto que hayan sido señaladas en forma precisa por la autoridad judicial pertinente que promueva el recurso, sin tener que analizar y considerar los elementos de hecho o los derechos litigiosos de las partes³⁹⁵.

Con las consideraciones hechas hasta este punto puede decirse, con Nogueira Alcalá, que los procesos de control de constitucionalidad concretos se presentan, en los sistemas concentrados, como un instrumento que abre el sistema, posibilitando que los jueces ordinarios puedan interactuar con el órgano de control, a través de la legitimación activa de los jueces en las gestiones judiciales específicas de las cuales conocen para requerir a este órgano su pronunciamiento sobre algún precepto legal de dudosa constitucionalidad que sea aplicable a la resolución del caso concreto. Así se estructura un aporte de los jueces ordinarios a la fiscalización constitucional de las leyes al momento de ser aplicadas en una determinada situación, además de garantizar que las partes tengan la seguridad de la aplicación en el procedimiento de un precepto legal constitucionalmente válido³⁹⁶. Ordenamientos en donde existe este tipo de control son, entre otros, los de Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Bolivia, República Checa, España, Hungría, Italia y Turquía.

Éstos son algunos de los casos más significativos en los que, a partir de un proceso concreto en el que están en juego intereses particulares, se logra a través de mecanismos procesales resolver las dudas sobre la constitucionalidad de leyes o disposiciones normativas con rango de ley.

5.2.2 *Los procesos de defensa de los derechos fundamentales*

³⁹⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004, p. 229.

³⁹⁶ *Idem*.

El segundo gran grupo de procesos constitucionales que es indispensable señalar, es aquel que comprende los instrumentos diseñados para garantizar el goce y disfrute de los derechos fundamentales contenidos en los textos constitucionales y en aquellas disposiciones que integran el parámetro de control constitucional. Si bien es cierto que uno de los elementos característicos de los sistemas de control es el control normativo, también es verdad que las competencias de los órganos controlantes no se restringen a cumplir esta función, sino que se extienden a ámbitos que van más allá de la expulsión de una ley del ordenamiento cuando ésta es contraria a la constitución³⁹⁷. Uno de estos ámbitos de competencia es la tutela de los derechos fundamentales³⁹⁸, cuya trascendencia

³⁹⁷ Debe aclararse, sin embargo, que muchas veces los procesos de control normativo funcionan también como mecanismos de defensa de los derechos fundamentales. Un ejemplo de ello es lo que sucede en Italia a través de los procesos *in via incidentale*, que, si bien tienen como finalidad la expulsión de las normas inconstitucionales del ordenamiento, también cumplen una función importante, de carácter indirecto, para la protección de los derechos. En este apartado, sin embargo, se tomarán en cuenta simplemente aquellos recursos directos de carácter individual que tengan que ver con actos de autoridad *stricto sensu* y sólo se hará también una breve referencia, por su importancia, a la *judicial review* como mecanismo que sirve también para proteger los derechos de las personas.

³⁹⁸ A pesar de que existen instrumentos como el amparo o el *habeas corpus* que constituyen procesos encaminados a la protección de los derechos fundamentales acuñados en tiempos remotos, en muchos sistemas de control (tanto difusos como concentrados) esta competencia es relativamente joven. Al respecto, Brage Camazano señala que la tutela de los derechos fundamentales “fue, en su momento, hace unas décadas, algo novedoso en los *países con control de constitucionalidad* [...] A este propósito nos recuerda Cascajo Castro: ‘la tutela del Derecho objetivo expresado en la Constitución que supone el control de constitucionalidad de las leyes o la resolución de conflictos de atribuciones ha constituido el núcleo originario de competencias de la jurisdicción constitucional, siendo mucho más reciente el uso de esta institución para la defensa de los derechos fundamentales, es decir, para la tutela de situaciones jurídicas subjetivas consagradas en la Constitución’, aludiendo a continuación este autor a las palabras de Mosler en la introducción al Coloquio de Heidelberg sobre la jurisdicción constitucional en las que señalaba cómo en la época de Weimar se consideraba como dudoso que las quejas de un particular por lesión de sus derechos constitucionales fueran un aspecto típico de la jurisdicción constitucional por ser la preocupación entonces dominante la de controlar que el orden de las competencias fuera conforme a la Constitución. ‘Sin embargo’, decía entonces Mosler, ‘después de la Guerra, la garantía de los derechos fundamentales estipulados en la Constitución ha tomado, como reacción contra la arbitrariedad ejercida por la autoridad pública, una posición tan elevada en la política constitucional que las quejas por lesión de un derecho constitucional cuando están concentradas en manos de una institución judicial especial, deben ser colocadas en el dominio íntimo de la jurisdicción constitucional. Así, en el examen de cada caso particular, se garantiza la Constitución en su conjunto como la norma superior que regula la vida pública’ [...] Pero [...] se trata, además, de una competencia que también en los sistemas de *control difuso de la constitucionalidad* es relativamente novedosa [...] respecto de Estados Unidos, paradigma de los sistemas difusos, puede decirse que la protección de la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y el debido proceso (con la trascendencia que tienen este *due process*, en su aspecto sustantivo, a través de la llamada ‘doctrina de la incorporación’ de las distintas libertades) no se inicia hasta bien entrada la tercera década del pasado siglo XX, sin perjuicio de que antes hubiese una protección de ciertos derechos de contenido liberal-económico, especialmente el derecho a la propiedad y la libertad de empresa. Es sólo en 1938, con ocasión de la sentencia dictada en el caso *United States v. Carolene Products Co.*, cuando el Tribunal Supremo inaugura esa nueva etapa como ‘a guardian for civil liberties and civil rights’”, Brage Camazano, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de*

es indudable en la dimensión actual del Estado, pues hoy en día puede afirmarse, sin resultar hiperbólicos, que la historia de la protección de los derechos fundamentales se halla ligada a la del control de constitucionalidad³⁹⁹. Es más, si se toma en cuenta que con la introducción de las constituciones rígidas y la afirmación del control jurisdiccional de constitucionalidad se cambia la relación tradicional entre derecho y ley -que había caracterizado a la doctrina estatalista del siglo XVIII según la cual los derechos se conformaban y existían con base en la ley- por la idea de la supremacía de la constitución, que conlleva la consecuencia de que los derechos se proyectan como un límite para la ley por ser un elemento caracterizante de los textos constitucionales, se puede decir, parafraseando las palabras contenidas en el Federalista, que debido a que ninguna ley contraria a la constitución puede ser válida, tampoco una ley que sea contraria a los derechos podrá serlo⁴⁰⁰. Esta afirmación, sin embargo, debe extenderse también a los actos de autoridad, pues es evidente que éstos también deben ser controlados para, con la defensa de los derechos fundamentales, garantizar la supremacía constitucional.

Es de esta forma que encuentran su justificación los procesos de defensa de los derechos fundamentales pues, como lo ha señalado Fernández Segado, resulta evidente que el derecho fundamental es ante todo derecho, y ello exige ineludiblemente un cauce de tutela del mismo que lo proteja frente a cualquier violación, o aún amenaza de violación, independientemente de que provenga de los poderes públicos o de los particulares, todo ello de acuerdo con el conocido aforismo *where there is no remedy, there is no right*⁴⁰¹. Y es que a través de los procesos de control se trata de evitar que los derechos fundamentales enunciados en la constitución “sean simples hojas de parra que

la libertad (teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos), México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, pp. 7-8.

³⁹⁹ Sobre la historia de los derechos fundamentales y la protección que de éstos ha llevado a cabo la Suprema Corte norteamericana véase Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2005, en especial, pp. 217-251.

⁴⁰⁰ Véase Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 117 y Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 47 y ss.

⁴⁰¹ Véase al respecto Fernández Segado, Francisco, “Sistemas de protección judicial de los derechos humanos”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, t. XII, núms. 67-72, junio 1995-mayo 1996.

la propaganda utiliza para cubrir, hacia el exterior y hacia el interior, las vergüenzas reales”⁴⁰².

Pues bien, si la necesidad de tutela es latente y *conditio sine qua non* para el efectivo goce de los derechos, se hace necesaria la consagración de procesos jurisdiccionales que sirvan como vía para la afirmación del ordenamiento jurídico en lo que se refiere a los derechos fundamentales. En este sentido, la consagración de recursos constitucionales con este fin supone la coronación del Estado constitucional, pues los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales no son sólo un medio para hacer efectivos estos derechos, sino que también son, sobre todo, un eficaz instrumento de equilibrio de poderes, ya que a través de ellos se ofrece a los ciudadanos la posibilidad de convertirse en factor activo de la vida del derecho y del Estado, en el mismo acto en el que se convierten en defensores de su propia libertad⁴⁰³. Es precisamente por esta razón que la defensa de los derechos fundamentales ha influido de manera muy importante en los sistemas de control de constitucionalidad y en las visiones, desde el punto de vista doctrinal, que sobre ellos se han forjado. Así se han calificado los sistemas de control en virtud del papel que juega la defensa de los derechos⁴⁰⁴ o se han creado importantes conceptos como el de jurisdicción constitucional de la libertad⁴⁰⁵. Esta última expresión ha sido muy afortunada para gran parte de quienes estudian los mecanismos jurisdiccionales de defensa de la constitución, y sus implicaciones forman parte importante de los sistemas constitucionales pues, como lo señala Joaquín Brage:

Si es cierto que los derechos sin garantías son entelequias de más que dudosa naturaleza jurídica, no lo es menos que el “mayor valor” de los derechos fundamentales, su carácter

⁴⁰² Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 630.

⁴⁰³ Fernández Segado, Francisco, “Sistemas de protección judicial de los derechos humanos”, *cit.*, p. 331.

⁴⁰⁴ En esta línea se coloca, por ejemplo, Francisco Rubio Llorente que al referirse a los modelos de jurisdicción constitucional, señala que la tendencia es hacia una jurisdicción constitucional centrada en la defensa de los derechos. Véase “Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe”, *cit.*, pp. 22 y ss.

⁴⁰⁵ Este concepto, acuñado por Mauro Cappelletti en su obra *La giurisdizione costituzionale della libertà* (Giuffrè, Milán, 1955), ha sido retomado por Héctor Fix Zamudio (por ejemplo en *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982) y, a partir de los estudios de estos profesores, fue adoptado también por diversos estudiosos en América y Europa.

“fundamental” que los vincula a la dignidad de la persona, exige la existencia de remedios procesales *ad hoc* y, en lo referido a los derechos clásicos, de tramitación preferente a los mecanismos generales de tutela de los derechos no “fundamentales”, so riesgo de que, en otro caso, el carácter fundamental de esos derechos quede reducido a la pura retórica y privado de toda consecuencia real. Si los derechos valen lo que sus garantías y estos derechos son auténticamente fundamentales y no pura retórica política, precisamente ese carácter fundamental habrá de manifestarse, en un plano material, a través de una batería de garantías necesariamente de mayor efectividad real que las que existen para los restantes derechos de carácter ordinario, lo que se plasmará ante todo en su expeditividad y sencillez y en una amplia e intensiva dimensión cautelar [...] Se comprende, de esta manera, la absoluta relevancia que adquiere la llamada jurisdicción constitucional de la libertad; constituye ésta, así pues, hoy en día, un contenido casi necesario de todo sistema constitucional que se precie de serlo⁴⁰⁶.

La idea de jurisdicción constitucional de la libertad y los procesos que ésta engloba se presentan como un elemento fundamental en los sistemas de control; sin embargo, dada la amplitud de este concepto⁴⁰⁷ es necesario hacer algunas precisiones para tener una imagen más clara de los alcances de los procesos constitucionales para la defensa de los derechos fundamentales. Para ello, primero debe analizarse cuáles son los procesos que se han utilizado con mayor o menor eficacia para lograr la tutela de los derechos fundamentales. Los apuntes de Fix Zamudio pueden ser un excelente punto de apoyo para llevar a cabo esta tarea.

Héctor Fix Zamudio, al referirse a los instrumentos procesales encaminados a la protección de los derechos fundamentales, señala tres grupos⁴⁰⁸. El primero, está integrado por los remedios procesales *indirectos*, que son aquellos que están dirigidos a la protección de los derechos de carácter ordinario, es decir, consignados en las disposiciones legales

⁴⁰⁶ Brage Camazano, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad, cit.*, pp. 19-21.

⁴⁰⁷ Fix Zamudio define la jurisdicción constitucional de la libertad como “los instrumentos procesales que están dirigidos específicamente a la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y a los organismos judiciales encargados de impartir protección”, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, cit.*, p. 57.

⁴⁰⁸ Fix Zamudio, Héctor, *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, p. 159-160.

secundarias, pero que en forma refleja pueden utilizarse para la tutela de los derechos fundamentales, pudiendo encuadrar en este sector al proceso ordinario (civil, penal, laboral, etc.) y a la justicia administrativa.

El segundo grupo se conforma por instrumentos *complementarios*, que son aquellos que si bien no han sido estructurados para proteger los derechos fundamentales, se utilizan para reprimir la violación de estos derechos cuando la misma ha sido consumada, y en este sentido pueden citarse dos instrumentos de esta categoría: *a)* el llamado juicio político o de responsabilidad de los altos funcionarios, cuando los mismos han infringido la constitución y, particularmente, los derechos fundamentales consagrados en ella, y *b)* la responsabilidad patrimonial del Estado o de sus servidores, cuando su actividad ha ocasionado daños y perjuicios a los particulares, al afectar los mismos derechos fundamentales.

Finalmente, el tercer grupo incluye los medios *específicos* para la protección de los derechos fundamentales. Estos medios son los que se han configurado para otorgar una protección peculiar, rápida y eficaz a estos derechos y que funcionan de manera directa y generalmente con efectos reparadores. Estos instrumentos, son también los que en estricto sentido pueden ser calificados como pertenecientes a la jurisdicción constitucional de la libertad. En este sector pueden englobarse una gran cantidad de instrumentos procesales pues, en los últimos años, la jurisdicción constitucional de la libertad ha experimentado avances significativos, al punto de que en la mayoría de los actuales ordenamientos constitucionales existen mecanismos de protección específicos para la defensa de los derechos fundamentales. Referirse a todos estos mecanismos resulta muy difícil por los numerosos y complejos instrumentos procesales y jurídicos que se han desarrollado en las constituciones contemporáneas; sin embargo, de nuevo tomando en cuenta lo indicado por Fix Zamudio⁴⁰⁹, es conveniente clasificar los medios jurídicos de protección de los derechos fundamentales de acuerdo con las regiones en que se han originado.

⁴⁰⁹ Esta vez se hace referencia a lo indicado en su obra *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Querétaro, Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002, pp. 91-101.

Por lo tanto, pueden señalarse, en primer término, a los mecanismos de tutela creados en Inglaterra y posteriormente en los países que estuvieron bajo su dominio. El más antiguo de ellos es indudablemente el *habeas corpus*, que es un instrumento procesal que tiene por finalidad la protección de la libertad personal de los individuos. Esta figura jurídica surgió en la Edad Media y, con el tiempo, pasó a las colonias británicas en América, se desarrolló por todos los países de la *Commonwealth*, y se ha extendido a numerosos ordenamientos, entre ellos los latinoamericanos y de Europa continental⁴¹⁰.

Otro mecanismo que surgió a partir de la tradición inglesa, pero que paradójicamente no pudo implantarse en Inglaterra, aunque sí en sus colonias americanas, es la *judicial review*. Por medio de este instrumento procesal se estableció, como ya se ha señalado, primero la facultad y luego la obligación de los jueces de desaplicar las disposiciones legislativas contrarias a la constitución. Si bien el objeto esencial de esta figura es la impugnación de las leyes inconstitucionales, la *judicial review* está también estrechamente vinculada con la tutela de los derechos fundamentales, ya que se utiliza con frecuencia para desaplicar normas que violen estos derechos⁴¹¹. De esta forma, la tutela de los derechos fundamentales es un aspecto toral en el sistema de defensa constitucional norteamericano, pues el control de la ley, al menos desde el punto de vista conceptual, tiene lugar *per incidens* en procedimientos judiciales sobre controversias que afectan de manera concreta a los derechos de las partes y en los que las razones del legislador no encuentran ningún espacio de defensa autónoma⁴¹².

En Latinoamérica también han surgido instrumentos que posteriormente se han extendido a otras regiones. El más importante de todos es el amparo, que surgió en México

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 92. Nestor Pedro Sagüés, al tratar el tema del *habeas corpus* en Latinoamérica, señala que esta figura, en su forma más habitual en los países de esta área, es heredera de un subtipo de *habeas corpus* inglés, el *habeas corpus ad subjiciendum*, y tiene inicialmente por objeto poner fin a las detenciones violatorias de la constitución. Actualmente, añade este autor, el *habeas corpus* latinoamericano asume diversas variantes, a saber: *a) Reparador*, si opera contra detenciones ya practicadas; *b) Preventivo*, cuando se lo plantea ante amenazas de prisión; *c) Restringido*, cuando cuestiona perturbaciones menores a la libertad de circulación que todavía no importan prisión, y *d) Correctivo*, si pretende que un detenido sea tratado correctamente en el lugar de su prisión. Véase Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004, pp. 73-74.

⁴¹¹ Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, cit., p. 92.

⁴¹² Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, cit., p. 62.

en el siglo XIX⁴¹³ y que se ha ido afirmando en diversas naciones con la progresiva difusión de los procesos orientados a asegurar una tutela de los derechos fundamentales. Esta institución procesal, como lo señala Giancarlo Rolla, puede considerarse como uno de los casos más evidentes de circulación en sentido inverso de modelos del nuevo al viejo continente a causa de la evidente influencia que la experiencia latinoamericana del periodo independentista ha ejercido sobre algunas constituciones europeas⁴¹⁴. El amparo en Latinoamérica se ha afianzado como un mecanismo procesal que tiene como objeto, por medio de un procedimiento sencillo y breve dotado de medidas cautelares importantes, la tutela de los derechos fundamentales establecidos en la constitución -y, entre ellos, ya sea expresa o implícitamente, los propios derechos consagrados en los tratados internacionales-, con exclusión, en algunos países, de la libertad e integridad personal, protegidos específicamente por el *habeas corpus*, cuando esos derechos son violados por las autoridades.

El amparo, como institución procesal constitucional es un fenómeno globalizado, pues “con independencia de la denominación que cada país le ha otorgado, este instrumento comparte la misma naturaleza jurídica, convirtiéndose en el mecanismo de

⁴¹³ Como lo menciona Ferrer Mac-Gregor: “Con independencia de los antecedentes coloniales en México y el Perú, el proceso de amparo nace en el siglo XIX. Al igual que en el resto de los países latinoamericanos, las constituciones mexicanas recibieron una influencia directa de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y particularmente de su sistema de control judicial de las leyes desarrollado en la práctica forense a partir de 1803. Precisamente bajo este influjo nació la institución protectora mexicana bajo las ideas de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, a quien se le atribuye el proyecto de Constitución del Estado de Yucatán de 1840, aprobado el 31 de marzo de 1841. Es en este ordenamiento (arts. 8º, 9º y 62) en el que por primera vez se incorpora en un texto supremo la institución del amparo, como garantía constitucional contemporánea. A nivel federal se introduce en el artículo 25 del Acta de Reformas de 18 de mayo de 1847, precepto que sirvió de base para las primeras demandas de amparo a pesar de no existir ley que lo reglamentara. Posteriormente quedó incorporada en la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857 (arts. 101 y 102). A partir de entonces, el juicio de amparo mexicano experimentó una expansión en cuanto a sus alcances protectores, debido a la amplia interpretación del artículo 14 constitucional que motivó importantes debates a lo largo del siglo XIX y que produjo como consecuencia la procedencia del juicio de amparo en contra de resoluciones jurisdiccionales en todas las materias por incorrecta aplicación de las leyes secundarias. Esta interpretación fue introducida por los artículos 103 y 107 de la actual Constitución Federal de 5 de febrero de 1917 y recogida asimismo en la Ley de Amparo vigente de 1936.” Véase Fix-Zamudio, Héctor y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 15. Sobre los antecedentes del amparo pueden consultarse también Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 38a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 34 y ss, así como Silva Ramírez, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, México, Porrúa, 2008, pp. 161 y ss.

⁴¹⁴ Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, cit., p. 127.

mayor amplitud en la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”⁴¹⁵. Prueba de ello es que el derecho de amparo también se introdujo en la constitución republicana española de 9 de diciembre de 1931 (arts. 105 y 121, inc. B), y se restableció en la carta fundamental de 6 de octubre de 1978⁴¹⁶. Pero además, el derecho de amparo ha ejercido influencia para la creación de otros instrumentos similares con denominaciones equivalentes, tales como el *mandado de segurança* brasileño, consagrado por el artículo 5, numeral LXIX de la constitución; el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la constitución chilena, reformada en 1989, y la acción de tutela, introducida en el artículo 86 de la constitución colombiana⁴¹⁷.

Otro sector de instituciones procesales para la defensa de los derechos fundamentales está formado por los instrumentos establecidos en los ordenamientos de Europa continental, específicamente los de lengua alemana, ya que han creado un recurso específico para la protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, con una denominación que se ha traducido como “recurso constitucional” (*Beschwerde*). Esta institución se contempla, como lo señala Fix Zamudio, en el artículo 144 de la Constitución federal austriaca de 1920, restablecida en 1945; *Verfassungsbeschwerde* (literalmente queja consittucional), en la Carta de la República Federal Alemana de 1949 (art. 93, inc. 4o., según la reforma de 29 de enero de 1969); así como el llamado *Staatsrechtliche Beschwerde* (recurso o queja de derecho público) regulado por el artículo 113, inciso 3o., de la constitución federal Suiza de 29 de mayo de 1874. Este instrumento puede ser interpuesto por los particulares afectados por la violación de sus derechos fundamentales, en última instancia, ante la Corte constitucional austriaca, el Tribunal federal constitucional alemán, o ante el Tribunal federal suizo, después de haber agotado los medios de defensa ordinarios⁴¹⁸. Los instrumentos de defensa de los derechos establecidos en Austria y Alemania, principalmente, han tenido una gran influencia en los mecanismos procesales que se han establecido en las constituciones de las nuevas

⁴¹⁵ Fix Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El derecho de amparo en el mundo*, cit., p. 12.

⁴¹⁶ El amparo español también ha tenido un influjo muy importante, por ejemplo, en el *empara* andorrano.

⁴¹⁷ Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, cit., pp. 94 y 95.

⁴¹⁸ *Ibidem*, pp. 96-97.

democracias europeas, como son: Albania, Hungría, Croacia, Polonia, República Checa, Eslovaquia o Macedonia.

En África y Asia los instrumentos procesales similares al amparo se han contemplado también en Cabo Verde (arts. 20 y 219, e), Corea del Sur (art. 111) y Macao (arts. 4 y 36)⁴¹⁹.

Por otra parte, con independencia de este panorama sobre la consagración constitucional de instrumentos procesales para la defensa de los derechos fundamentales, debe considerarse además su expansión hacia los instrumentos internacionales y particularmente a lo que se ha denominado el derecho internacional de los derechos humanos. Esto ha propiciado, por una parte, que en algunos países se regule a nivel constitucional o jurisprudencial la superioridad de estos instrumentos sobre el derecho interno y, por otro lado, la aceptación de la jurisdicción contenciosa de ciertos tribunales transnacionales⁴²⁰.

Sobre los institutos de carácter procesal que se emplean para la salvaguardia de los derechos fundamentales, hoy en día se presenta una tendencia a la especificidad que es necesario tomar en cuenta. Uno de los frutos importantes de este proceso es el *habeas data*⁴²¹, previsto algunas veces como una variable de la acción de amparo, y en otras como un proceso constitucional autónomo, pero también expeditivo, esta figura es un producto de última generación constitucional⁴²². El *habeas data* es un “recurso procesal diseñado para controlar la información personal contenida en bancos de datos, cuyo derecho implica [el acceso], la corrección, la cancelación y la posibilidad de restringir y limitar la

⁴¹⁹ Fix Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El derecho de amparo en el mundo*, cit., p. 13.

⁴²⁰ *Idem*.

⁴²¹ La denominación *habeas data* está formada de los términos latinos “*habeas*” traer o exhibir y “*data*” (información). Literalmente significa “traer o exhibir los datos”. Si con el *habeas corpus* se pide la exhibición de una persona, con el *habeas data* se pide la exhibición de datos o informaciones. Véase, Escobar Fornos, Iván, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, p. 300.

⁴²² Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, cit., p. 76. Sobre el *habeas data*, Vanossi ha señalado que “es un tema que está abiertamente referido a un capítulo muy importante de los derechos humanos y de la libertad de la persona. Es el capítulo más cercano inherente a la personalidad y donde la sofisticación de los medios científicos contemporáneos, puede llevarnos entonces a que el tipo de lesiones que sufre en esta materia, adquiera un carácter de extremada peligrosidad y por supuesto -en ciertas manos- de extrema perversidad”. Véase Vanossi, Jorge Reinaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, p. 629.

circulación de los mismos”⁴²³. Como proceso constitucional, a partir de la constitución de Brasil de 1988, el objeto del *habeas data* es proteger a personas físicas y, en ocasiones también a personas jurídicas, de los excesos del “poder informático”. De acuerdo a sus fines, este instrumento procesal puede ser informativo, aditivo o actualizador, rectificador, exclutorio o cancelador, y reservador. Algunas legislaciones incluso admiten otro subtipo de *habeas data*, el indemnizatorio, que tiene por objeto resarcir los daños ocasionados por el uso indebido de los datos de una persona⁴²⁴.

Todos estos procesos hacen evidente que la defensa de los derechos fundamentales ha adquirido una marcada importancia en el ámbito del control jurisdiccional de constitucionalidad⁴²⁵. Pero precisamente la trascendencia de los instrumentos procesales para la protección de los derechos ha puesto sobre la mesa, como ya se ha adelantado, diversos problemas que es necesario señalar. El primero de ellos tiene que ver con quién protege los derechos fundamentales. Esta cuestión es importante porque, si quiere tenerse una visión adecuada del papel de la jurisdicción en la defensa de los derechos, es necesario abordar la articulación entre los tribunales constitucionales y los órganos jurisdiccionales ordinarios a la hora de proteger los derechos fundamentales. Para comprender esta articulación en sus justos términos, como señala Pérez Tremps, hay que partir de la constatación de que la jurisdicción constitucional, incluso allí donde existen órganos específicos de control jurisdiccional, alcanza a todos los jueces y tribunales. Y es que:

Si históricamente a veces querían presentarse los modelos de justicia constitucional concentrado y difuso como modelos que suponían, en el primer caso, el monopolio de

⁴²³ Muñoz de Alba Medrano, Marcia, “Habeas data”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. IV, *cit.*, pp. 274 y 275.

⁴²⁴ Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, *cit.*, p. 77.

⁴²⁵ Estos medios de defensa no son los únicos, pues existen otros procedimientos como los que en los países con influencia soviética se llevan a cabo frente a una Fiscalía o *Prokuratura*, cuya finalidad es resolver las reclamaciones de los gobernados contra los actos de autoridades y de organizaciones; o bien, los procedimientos que se desarrollan frente a figuras inspiradas en el *ombudsman* de origen escandinavo a través de los cuales se cumplen funciones importantes de apoyo en la labor de la protección de los derechos fundamentales. Véase Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, *cit.*, pp. 98-99. Sin embargo, debido a que el objeto de estudio de este trabajo es el control de tipo jurisdiccional, sólo se dejan apuntados estos dos casos como muestra de la diversidad de instrumentos incluso de carácter no jurisdiccional que existen para la defensa de los derechos fundamentales.

aplicación de la constitución por el tribunal constitucional, y en el segundo una equiparación funcional de todos los jueces y tribunales en dicha tarea, esa diferencia, suponiendo que alguna vez haya realmente sido así, hoy ya es inexistente. En efecto, incluso en aquellos sistemas de justicia constitucional en los que existe un órgano *ad hoc* de justicia constitucional, éste actúa como cierre del sistema o, como mucho, como titular en exclusiva de alguna competencia. Pero la idea de que la constitución es una auténtica norma jurídica y, en cuanto tal, debe aplicarse en todo tipo de relaciones jurídicas y, por tanto, en todo tipo de juicios, es una idea que se ha ido haciendo realidad y que convierte, al menos potencialmente, a cualquier órgano jurisdiccional en juez constitucional. Y no puede ser de otra manera en la medida en que ha ido tomando cuerpo una concepción normativa de la constitución, que no sólo limita al legislador, sino que actúa como base misma de la validez del ordenamiento. Éste es un sistema de normas que encuentra su cúspide y las reglas formales y materiales que lo estructuran en la constitución; ésta es tanto *norma normarum*, como *lex legis*⁴²⁶.

Ahora bien, los medios procesales con que cuenta cada sistema de control determinarán la forma en que se articulará la aplicación de la constitución entre los diversos órganos jurisdiccionales⁴²⁷. Sin embargo, prescindiendo de los instrumentos

⁴²⁶ Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, cit., pp. 75-76. Sobre este punto también se detiene Brage Camazano quien señala que: “Naturalmente, subsiste la diferencia de que, en los sistemas de control difuso de la constitucionalidad, dado que en ellos todos los tribunales tienen competencia para pronunciarse, con efectos *inter partes*, sobre la constitucionalidad de las normas que hayan de aplicar en un caso concreto, también podrán con ocasión de la protección de un derecho fundamental, inaplicar sin más una norma legal que estimen violatoria de la Constitución. Pero esta peculiaridad resulta atenuada porque son ya muchos los sistemas de control concentrado de la constitucionalidad que abren al juez ordinario la posibilidad de plantear ante el tribunal constitucional si la ley que han de aplicar al caso es o no constitucional y, en caso negativo, el juez no la aplicaría y, si bien no es el propio juez el que emite el juicio de constitucionalidad y la declaración de inconstitucionalidad por el tribunal constitucional surte efectos generales, lo cierto es que en los sistemas de control difuso se llega a resultados no demasiado divergentes por la fuerza del precedente (*stare decisis et quieta non movere*), que vincula al juez inferior a la hora de formular y emitir su juicio de constitucionalidad, bien es cierto que de un modo relativo”. Véase Brage Camazano, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit. pp. 9-13.

⁴²⁷ La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México señaló al resolver el expediente 912/2010 que derivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla y de la reforma constitucional de 10 de junio de 2010, derivó la obligación para la función jurisdiccional de preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. En este sentido, la Corte establece que si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103,

procesales y los órganos competentes para aplicarlos, en todo caso, la variedad de soluciones técnicas tiende a poner de manifiesto la necesidad de que cualquier sistema jurisdiccional sea ordenado por la idea de que hay que perseguir una finalidad intrínseca al Estado constitucional de derecho: garantizar la unidad interpretativa de la constitución⁴²⁸. Sobre este punto Pérez Tremps señala que:

Esa unidad interpretativa deriva del hecho de que siendo la constitución una, y siendo el ordenamiento uno, no cabe que existan mecanismos de interpretación constitucional independientes y carentes de conexión puesto que, de ser así, queda la puerta abierta a la disparidad interpretativa, a una comprensión dispersa de la norma fundamental, a lo que, en términos poco jurídicos, podría denominarse la “esquizofrenia constitucional”. Allá donde no hay órganos de justicia constitucional especializados, la unidad interpretativa de la norma fundamental viene garantizada por la propia estructura del poder judicial y por la existencia, como es lógico, de un tribunal o corte suprema. Sin embargo, donde sí existe un tribunal constitucional especializado, el riesgo de dualidad interpretativa existe. Y la solución procesal que se dé para evitarlo debe, por razones lógicas, partir de la supremacía funcional del órgano de justicia constitucional⁴²⁹.

En este sentido, las técnicas a través de las cuales se busca el efecto unificador de la interpretación constitucional son muy variadas. La primera tiene que ver con los efectos de las decisiones, materialmente *erga omnes*, en los sistemas con un control concentrado y formalmente, a través del *stare decisis*, en los sistemas de control difuso. Esta fuerza vinculante de las resoluciones de los órganos de control tiene como consecuencia la creación de un orden interpretativo acorde con lo señalado por los órganos jurisdiccionales de control especializados o de última instancia.

Pero existe también otra técnica de importancia capital en la búsqueda de la unificación en la interpretación de la constitución, que consiste en articular la posibilidad de que los órganos de control que actúan como tribunales constitucionales tengan la

107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

⁴²⁸ Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, cit., p. 76.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 77.

facultad de revisar las decisiones de los jueces y tribunales ordinarios. Esta facultad de revisión, que generalmente supone a los tribunales ordinarios como “jueces naturales” de los derechos fundamentales⁴³⁰ y, por tanto, determina esta competencia como subsidiaria⁴³¹, permite también garantizar la supremacía de los tribunales constitucionales como órganos jurisdiccionales de control y, con ella, la coherencia en la interpretación de los derechos⁴³².

⁴³⁰ Según la frase del Tribunal constitucional federal alemán, retomada también por el Tribunal constitucional español.

⁴³¹ Brage Camazano señala sobre el particular que: “la función de tutela de los derechos fundamentales [...] es competencia, con muy contadas y explicables excepciones [como es el caso de Costa Rica], no sólo del tribunal constitucional, sino también, y aun principalmente, de los jueces y tribunales ordinarios, a quienes corresponde la ‘primera palabra’ en este ámbito, sin perjuicio de que sea siempre el tribunal constitucional quien tenga la ‘última palabra’ y sin perjuicio también de que en ciertos casos absolutamente excepcionales se regule un acceso directo (especialmente a través del *Vorabverfassungsbeschwerde* o recurso anticipado de amparo constitucional) ante el propio tribunal constitucional, quien únicamente entonces tendrá no sólo la última, sino también la primera palabra; en los demás casos, en cambio, el tribunal sólo intervendrá con carácter subsidiario o, según la afortunada expresión constitucional guatemalteca, como ‘Tribunal extraordinario de amparo’ (artículo 272 de la Constitución)”. Véase *La jurisdicción constitucional de la libertad, cit.*, pp. 10-11.

⁴³² Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional, cit.*, pp. 78-79. Este autor trata también de manera excepcional (pp. 79-80) los problemas y las implicaciones que conlleva esta afirmación pues “a menudo, resulta complicado delimitar lo que debe ser la actuación estricta del Tribunal Constitucional (protección ‘constitucional’ de los derechos fundamentales) de lo que es el ámbito de la ‘legalidad’, que determina la actuación exclusiva de los jueces y tribunales ordinarios. Y esa delimitación es complicada, sencillamente, porque es imposible de llevar a cabo, al menos entendida en un sentido absoluto.” Además, continúa Pérez Tremps, “aunque la diferencia entre constitucionalidad y legalidad es útil para explicar la posición del tribunal constitucional y de los tribunales ordinarios, lo cierto es que, cuando se pasa del terreno teórico a la aplicación del ordenamiento, la línea que separa ambos conceptos resulta muy imprecisa por no decir imposible de trazar [...] Ahora bien el que no exista una distinción formal entre constitucionalidad y legalidad no se traduce en que dicha barrera, en su sentido material, no tenga trascendencia a efectos procesales. Lo que implica es que el Tribunal constitucional, en cuanto intérprete supremo de la constitución y órgano supremo en materia de garantías constitucionales, cuenta con un amplísimo margen para definir él mismo el alcance de los derechos fundamentales y, con ello, como es lógico, el ámbito dentro del cual se desenvuelve su actuación; de ‘autodeslinde’ ha llegado a calificar el Tribunal Constitucional español su tarea en este campo (STC 151/1999). Dicho de otra forma, el que no existan esas líneas impermeables tampoco debe significar que la constitución atraiga hacia su ámbito procesal el resto del ordenamiento de manera que cualquier conflicto jurídico posea una relevancia constitucional a los efectos procesales de su conocimiento por la jurisdicción constitucional. El diseño legal de las competencias de la jurisdicción constitucional y los mecanismos de autocontrol de los tribunales constitucionales son los únicos medios que permiten asegurar una delimitación relativamente estable entre el ámbito de actuación de un tribunal constitucional y de los jueces y tribunales ordinarios. Y, al mismo tiempo, esa estable delimitación es una condición de eficacia de la jurisdicción constitucional puesto que una comprensión excesivamente amplia de lo constitucional llevaría aparejada una sobrecarga de trabajo y el colapso de la propia jurisdicción constitucional.”. Sobre los conceptos de constitucionalidad y legalidad en el caso español véanse los señalamientos que se hacen en Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 113-114.

Éstas son algunas consideraciones sobre la protección de los derechos “hacia abajo”; sin embargo, algunos apuntes previos han hecho patente que la protección de los derechos y la jurisdicción constitucional de la libertad también puede extenderse “hacia arriba”, a través de la actuación de tribunales supranacionales. Y es que la internacionalización de los derechos no sólo ha implicado la firma de distintos convenios y tratados internacionales de derechos humanos, sino también la aparición de jurisdicciones internacionales que resuelven las eventuales cuestiones que sobre ellos se plantean, en la medida en que su competencia haya sido reconocida por los países que adhieren a estos instrumentos internacionales.

La posibilidad de que tribunales supranacionales puedan conocer de violaciones a los derechos contenidos en tratados internacionales ha sido denominada jurisdicción internacional de la libertad. Ésta, como ha afirmado Joaquín Brage, formaría parte de la jurisdicción constitucional de la libertad en sentido amplísimo, pues aun siendo una tutela internacional, es claro que existe por virtud de un reconocimiento “nacional” de dicha instancia jurisdiccional internacional y que su objeto son derechos que, en su mayoría, gozarán también de rango constitucional⁴³³. Lo cierto es que la existencia de instancias que van más allá del ámbito nacional ha permitido que el contenido de los derechos se vea integrado en el ámbito interno por los instrumentos jurídicos supranacionales y en el ámbito supranacional por las aportaciones del derecho interno en una interrelación material mucho más pacífica que estrictamente procesal⁴³⁴.

Las siguientes dos preguntas que cabe plantearse son qué derechos deben protegerse y frente a quién deben protegerse estos derechos. Para dar respuesta a la primera pregunta debe partirse de una perspectiva estrictamente procesal. Esto porque aun cuando los mecanismos de control de la constitucionalidad tienen como finalidad la defensa de todos los derechos constitucionalmente consagrados (incluso, en la medida de lo posible, cuando éstos entran en conflicto, a través de la ponderación), no todos los derechos pueden ser defendidos en igual medida a través de los procesos constitucionales. Un ejemplo claro de esta situación son los procesos constitucionales para la defensa de

⁴³³ Brage Camazano, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., p. 60.

⁴³⁴ Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, cit., p. 88.

los derechos fundamentales que se abordan en este apartado pues el constituyente o el legislador, según los casos, puede restringir o ampliar la protección a través de estos instrumentos de defensa para ciertos derechos fundamentales. En este supuesto se encuentra España, país en el que la protección a través del recurso de amparo no se extiende a todos los derechos sino que el artículo 53.2 constitucional establece como derechos protegidos los consagrados en los artículos 14 a 29 de la constitución, así como el derecho a la objeción de conciencia reconocido en el artículo 30 de la norma fundamental. Esto significa que gozan de la protección a través del amparo buena parte de los derechos y libertades públicas tradicionales, pero también que quedan fuera otros como el derecho de propiedad y la mayor parte de los derechos económicos, sociales y culturales⁴³⁵.

La doctrina ha señalado como causas de las decisiones del constituyente diversos factores que se presentan en una doble vertiente. En primer lugar, se señala que la razón por la que algunos de los derechos de libertad queden excluidos, está constituida por una serie de valoraciones técnico-políticas, que seguramente tuvieron que ver con intentar evitar una sobrecarga excesiva de trabajo para el órgano de control, en especial en la medida en que se excluyó el derecho de propiedad. En cambio, la segunda vertiente, que tiene que ver con la exclusión de los derechos económicos, sociales y culturales, además de responder también a una valoración técnico-política, parece fundarse en un dato técnico: la distinta estructura de los tradicionales derechos fundamentales y libertades públicas (derechos de libertad) de la que poseen los derechos económicos, sociales y culturales (derechos de prestación). Esta estructura diversa tiene como corolario también una tutela diferente, pues los derechos y libertades públicas son derechos que poseen una estructura básicamente de límite al poder público y, por tanto, imponen una obligación de abstención a dicho poder. Ésta es la razón por la que la tutela supone, por lo general, reaccionar frente a invasiones de ámbitos de libertad. Por el contrario, los derechos económicos, sociales y culturales poseen una estructura prestacional de manera que su eficacia impone, básicamente, la realización de ciertas acciones positivas por parte de los

⁴³⁵ Sobre este punto véase Romboli, Roberto y Rolando Tarchi, “La giustizia costituzionale in Spagna”, en Luther, Jörg *et al.* (coords.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, t. II, *cit.*, pp. 353-355.

poderes públicos. La tutela de estos derechos es entonces muy distinta, ya que implica la obligación positiva para el poder público de realizar actuaciones⁴³⁶. Por tanto, para que estos derechos tengan la calidad de fundamentales, deben estar jurídica e institucionalmente reconocidos, pero además garantizados por el derecho positivo⁴³⁷, lo que implica que los mecanismos jurisdiccionales de control de constitucionalidad relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales dependerán de cada ordenamiento jurídico.

El problema de las garantías y los medios de control que éstas implican en lo que se refiere a esta clase de derechos no es simple, pues hoy por hoy, ni siquiera en los países más industrializados es posible satisfacer estos derechos con relación a todos los seres humanos, los ciudadanos del Estado o, incluso a veces, ni siquiera a ciertos grupos. De esta manera, no hay posibilidad material, en términos generales, de imputar al Estado la obligación de satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales en relación con todos y cada uno de sus titulares. Esta situación se asocia con la llamada “reserva de lo económicamente posible”, que no soluciona los problemas que presenta la garantía de estos derechos negándoles la universalidad, sino que intenta responder a ellos a través de la progresividad en su ejercicio⁴³⁸. Esto, sin embargo, dependerá mucho de la política legislativa de cada Gobierno y de los mecanismos constitucionales y legales que se establezcan para garantizar esa progresividad.

Aun cuando estas reflexiones parten de la idea -por desgracia reflejada actualmente en la realidad- de que existe muchas veces una imposibilidad material de satisfacer de manera universal la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales, no debe excluirse, en vía de principio, a este tipo de derechos de aquellos cuya garantía puede ser asegurada a través de mecanismos procesales específicos de tutela de los derechos fundamentales, por más que su intensidad y eficacia no tenga que ser exactamente la misma de los restantes derechos fundamentales. Esta afirmación encuentra sustento en el hecho de que algunos de esos derechos pueden alcanzar una protección progresivamente

⁴³⁶ Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, cit., p. 91.

⁴³⁷ Sobre la diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos véase Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991, pp. 46 y 47.

⁴³⁸ Brage Camazano, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 34 y 35.

equiparable, si no igual, a la de los derechos civiles y políticos⁴³⁹. En este caso se encuentra el derecho a la educación en el sistema constitucional español, que está protegido por el amparo constitucional y ordinario; sin embargo, esto no quiere decir que algunos derechos de contenido social económico o cultural sean garantizados por regla general en todos los Estados; al contrario, este ejemplo es una muestra de que los niveles exigibles de protección para este tipo de derechos están condicionados siempre por la capacidad económica de cada país y la voluntad política de sus gobernantes, que determinan las posibilidades de satisfacer las necesidades de todos los titulares de estos derechos⁴⁴⁰. Por tanto, la evaluación sobre los mecanismos procesales para su protección no puede hacerse sino a la luz del derecho positivo de cada Estado. Lo cierto es que se han dado pasos importantes en este sentido y uno de los grandes retos del derecho constitucional es continuar dándolos siempre en beneficio de los grupos sociales más vulnerables.

Finalmente debe darse respuesta a la última pregunta que se había adelantado, esto es, ¿frente a quién se protegen los derechos fundamentales? Para ello, debe partirse de una premisa que está relacionada con la eficacia de este tipo de derechos. Como ya se ha visto, las constituciones y los derechos que en ellas se consagran surgen en el constitucionalismo como un límite al poder del Estado que las autoridades ejercen en una posición de supremacía que les otorga el poder público que ejercen. Sin embargo, limitar el campo de protección de los derechos a las violaciones que llevan a cabo las autoridades, implicaría dejar fuera del control diversos actos a través de los cuales se ejerce autoridad y que podrían atacar los derechos fundamentales, aun cuando éstos sean ejercidos por otras personas que no están investidas de potestad pública alguna. Miguel Carbonell señala algunos ejemplos cuando refiere que:

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 36.

⁴⁴⁰ Debe recordarse, sin embargo, que existen instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que señalan (art. 2.1) que cada uno de los Estados partes en ese tratado se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos que en el Pacto se reconocen.

[...] no todo lo que se puede clasificar dentro del rubro “sociedad civil” es positivo para los derechos. Por el contrario, hoy en día muchas amenazas a nuestros bienes básicos provienen no tanto de la acción del Estado sino de la acción de otros particulares [...] Pensemos por ejemplo en el derecho a un medio ambiente sano; ¿quién tiene mayor capacidad de destrucción del ambiente, las autoridades o las grandes empresas? Podemos poner un ejemplo distinto: el derecho a la igualdad; ¿la discriminación en nuestras sociedades -la exclusión de una persona por tener un determinado color de piel, por ser mujer, por pertenecer a un pueblo indígena, por tener una discapacidad- se produce por los órganos públicos o por los particulares? ¿Cuándo una persona se niega a alquilarle una vivienda a otra esgrimiendo como motivo las creencias religiosas del solicitante o cuando una mujer es despedida de su trabajo por estar embarazada estamos o no frente a una violación de derechos fundamentales realizadas por particulares?⁴⁴¹

Estas posibilidades de violación de los derechos fundamentales por parte de los particulares han llevado a cuestionar muchos de los dogmas propios del ideario liberal y han supuesto un interesante debate en torno a los órganos jurisdiccionales encargados de la defensa de este tipo de derechos, para adaptar los medios de defensa que éstos implican a los conflictos que tienen lugar en el tráfico jurídico *inter privatos*. A partir de estos debates, “se ha desarrollado una concepción distinta de los derechos fundamentales, desde la que se puede hablar de los efectos horizontales de los derechos fundamentales o de la eficacia entre particulares de estos mismos derechos”⁴⁴² y se han desarrollado teorías sobre su eficacia mediata (a través del acto legislativo o la decisión judicial) o inmediata (directa y limitada).

La primera de estas teorías parte de la necesaria presencia de un acto del poder público para que los derechos fundamentales se implanten en las relaciones jurídico-privadas. Así, en la mediación legislativa, se considera que el legislador es el órgano que ha de expedir los derechos fundamentales por el ordenamiento jurídico a través de los productos legislativos; mientras que en el caso de la mediación judicial es la figura del juez quien deberá atender a las normas de derechos fundamentales al momento de resolver

⁴⁴¹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004, p. 134.

⁴⁴² *Idem*.

el litigio sometido a su conocimiento. En este último caso, los derechos fundamentales se constituyen como parámetros interpretativos de obligada observancia para los órganos jurisdiccionales⁴⁴³ y, por tanto, los jueces deben tenerlos en cuenta al momento de interpretar las normas aplicables a las relaciones entre particulares. Se trata, por tanto, de una eficacia indirecta de los derechos fundamentales, pues opera a través de la aplicación del derecho ordinario por los jueces⁴⁴⁴.

Por su parte, en la teoría de la eficacia inmediata, directa y limitada de los derechos fundamentales, adoptada en algunos países como Colombia⁴⁴⁵, los derechos fundamentales no requieren de un acto del poder público, como *conditio sine qua non*, para implantarse en las relaciones entre particulares, ya que los derechos protegidos mantienen su calidad de derechos subjetivos oponibles frente a cualquier sujeto, siempre en el entendido de que se haya hecho el necesario análisis del contenido y configuración concreta de cada derecho fundamental y de su posible colisión con otros derechos y principios constitucionales⁴⁴⁶.

Estas dos vertientes para la protección de los derechos fundamentales por actos de particulares, sin embargo, en muchas ocasiones no pueden diferenciarse claramente pues, por ejemplo, como ha sucedido en el caso alemán, la forma indirecta de actuar de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares hace que su eficacia sea muy similar a la eficacia directa ya que, especialmente a través de la acción de los órganos jurisdiccionales, las vulneraciones de derechos que existan en este tipo de relaciones deben ser reparadas, adquiriendo plena eficacia. Ahora bien, en todo caso debe tenerse presente que, en ocasiones, la relación entre particulares introduce peculiaridades en la

⁴⁴³ Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007, pp. 269 y ss.

⁴⁴⁴ Esta idea fue concebida en Alemania con la expresión *Drittwirkung der Grundrechte* y funciona en los Estados Unidos a través de la *state action*. El modelo ha ejercido influencia en diversos sistemas como el español, aunque en este caso la jurisprudencia del tribunal vacile entre eficacia mediata, inmediata y deber de protección. Véase al respecto Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 306.

⁴⁴⁵ En este país la constitución de 1991 consagró en el último párrafo de su artículo 86 la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y confirió al legislador la facultad de regular los supuestos en los que procede la acción de tutela en estos casos. Sin embargo, cabe aclarar que la taxatividad de la ley ha sido integrada por la jurisprudencia del órgano de control de constitucionalidad.

⁴⁴⁶ Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., p. 271.

eficacia de los derechos que no se dan en la relación individuo-poder público. Por tanto, no puede pretenderse una aplicación mimética de los esquemas de unas relaciones a las otras⁴⁴⁷.

La idea de la defensa horizontal de los derechos fundamentales se ha extendido cada vez más en los distintos sistemas de control, ya sea a través de disposiciones legislativas que introducen en el ordenamiento esta práctica o a través de la labor de los órganos de control. Es por ello que una eventual teoría del control jurisdiccional del control de constitucionalidad no puede pasar por alto este importante cambio en la concepción de la eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares.

5.2.3 Los procesos de control sobre la distribución vertical y horizontal del poder

Además de las facultades de control sobre la ley y los procesos de defensa de los derechos fundamentales, los órganos controlantes ejercen funciones arbitrales para asegurar que la forma en que se distribuye el poder político sea conforme al texto constitucional. Su papel en este ámbito es muy importante, pues a través de él, se evitan enfrentamientos directos entre las autoridades detentadoras de la función pública. Este rol de mediación a través del control se ha convertido en una competencia imprescindible o, al menos, deseable por su trascendencia, en aquellos países en los que la distribución de la función pública es real y se busca un verdadero equilibrio de poderes. La resolución de conflictos relacionados con la división del poder a través de mecanismos jurídicos y no políticos, ha contribuido de manera importante a legitimar las decisiones a través de las cuales se intentan solucionar estos conflictos, lo que ha permitido también que las relaciones entre poderes y órganos de gobierno se desarrollen en mayor medida de manera pacífica. De hecho, Nogueira Alcalá ha señalado que: “Los tribunales o Cortes constitucionales son, sin lugar a dudas, los órganos más idóneos para asumir la resolución de conflictos o contiendas de competencia entre órganos del poder público, en virtud de ser guardianes de la preservación de la repartición de competencias y el equilibrio orgánico establecido por la Constitución, siendo el órgano jurídico técnico que cuenta con mayor legitimidad para

⁴⁴⁷ Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, cit., p. 95.

ello”⁴⁴⁸. Esta afirmación es muestra de la importancia que se ha atribuido a estos procesos constitucionales de control y a los órganos que los llevan a cabo.

Los procesos de control a los que se hace referencia y que pueden ser también calificados como orgánicos, están relacionados con dos formas principales de distribución del poder. La primera es la distribución vertical y los procesos de control relacionados con ella tienen como finalidad la solución de los conflictos que se presentan entre el Estado federal o central y los entes territoriales dotados de mayor o menor autonomía y capacidades o que enfrentan a varios de éstos entes entre sí. En ocasiones, estos procesos se extienden también a los conflictos que se presentan entre los órganos centrales⁴⁴⁹.

Los procesos de control vertical de la distribución del poder son los primeros que surgen históricamente para resolver las disputas entre distintos órganos políticos. Estos procesos tienen su origen en los países federales, en virtud de que en ellos era necesario resolver las controversias jurídicas que pudieran surgir entre los poderes centrales y locales sobre las competencias establecidas por los textos constitucionales federales. Por ello, como señala Héctor Fix Zamudio, no resulta extraño que el primer documento fundamental que estableció el procedimiento para la decisión de estos conflictos fue la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787. Posteriormente, este tipo de conflictos fueron incorporados al conocimiento de los tribunales o cortes constitucionales especializados a partir de su creación en la constitución austriaca de 1920⁴⁵⁰. Las nuevas constituciones surgidas después de la Segunda Guerra mundial también incluyeron mecanismos similares. Incluso en aquellos países en los que no existe un sistema federal -como Italia o España- se otorgó a los respectivos órganos de control la resolución de los conflictos entre el poder central y las regiones o comunidades autónomas. En América Latina, por su parte, esta competencia está contemplada en países como Argentina, México, Guatemala, Ecuador y Costa Rica.

Hoy en día, estos procesos son tan importantes que incluso se ha señalado que:

⁴⁴⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, cit., p. 198.

⁴⁴⁹ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., p. 82.

⁴⁵⁰ Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, cit., p. 102.

Resulta claro que en todo Estado cuya Constitución establezca una división vertical del poder entre dos instancias territoriales de gobierno y prevea, a la vez, un mecanismo jurisdiccional de garantía de la propia Constitución, del tipo que sea, este mecanismo va a ser utilizado para resolver las controversias que se produzcan entre las dos instancias de gobierno acerca de la concreta delimitación de los ámbitos de poder que les corresponden, atribuidos o reservados por la Constitución. Cuando se unen en la Constitución una estructura compuesta del Estado y una justicia constitucional, es evidente que la segunda va a desempeñar algún papel en la configuración y el desarrollo de la primera. Ello constituye una consecuencia lógica de la combinación de estos dos elementos en el sistema constitucional, que se halla por otra parte plenamente confirmada por la experiencia histórica y comparada⁴⁵¹.

La importancia de los procesos de control orgánico ha ido creciendo a través del tiempo y éstos se extendieron a la garantía del principio de división de poderes, haciendo surgir los procesos de control de la distribución horizontal del poder. Estos procesos tienen por objeto la resolución de las disputas entre órganos del mismo ente, o sea, entre órganos de los poderes del Estado. La resolución de conflictos horizontales se prevé en Albania, Alemania, Austria, Bulgaria, Ecuador, España, Hungría, Italia, México, Portugal, Rumania y Rusia. Los órganos en conflicto varían de unos casos a otros. De esta forma, en algunos ordenamientos no se incluyen todos los órganos “centrales”, como en Bulgaria, donde se menciona a la Asamblea Nacional, al presidente de la República y al Consejo de Ministros, o en Eslovaquia, donde se habla de conflictos de competencia entre órganos de la administración central del Estado, excluyéndose por tanto a los órganos del Poder Legislativo y Judicial. En cambio, en Alemania se interpreta con mayor amplitud el conflicto entre órganos constitucionales abarcando al presidente de la Federación, al Gobierno Federal, a las dos Cámaras, a los grupos parlamentarios, a los diputados o a los partidos políticos. En Moldavia, por su parte, el órgano de control tiene facultades más

⁴⁵¹ Albertí Rovira, Enoch, “La intervención del Tribunal Constitucional en la construcción del Estado autonómico español”, en Revenga Sánchez, Miguel, Emilio Pajares Montolio y Juan Rodríguez-Drincourt, *50 años de Corte Constitucional italiana 25 años de Tribunal Constitucional español. IV Jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional*, Madrid, Ministerio de Justicia del Gobierno de España, 2007, p. 194.

genéricas, pues a éste se le atribuye la función de asegurar la implementación práctica del principio de separación de poderes en sus ramas legislativa, ejecutiva y judicial⁴⁵².

Tanto los conflictos horizontales como verticales pueden tener dos vertientes. Una positiva, si los órganos o entes enfrentados pretenden ejercer o han ejercido la misma función o competencia, y otra de carácter negativo, si éstos disputan precisamente lo contrario, es decir, no ejercer una competencia determinada, produciéndose con ello un vacío que es necesario llenar.

Por otra parte, debe decirse que como ocurre también en otro tipo de procesos de control, los medios de defensa competencial pueden adquirir también la forma de procesos de control distintos a los que se han señalado. Por ejemplo, el Consejo constitucional francés cuenta con facultades para verificar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el órgano legislativo, pero todavía no promulgadas, lo que tiene como finalidad la protección de las normas constitucionales que fijan las atribuciones de los órganos de poder⁴⁵³. Este ejemplo demuestra que la labor de salvaguarda del equilibrio entre los poderes puede darse por diversas vías, lo que no significa que la importancia de los medios específicos de control se vea afectada por otros procesos o incluso procedimientos con la misma finalidad.

5.2.4 Otros procesos

Además de las tres importantes funciones que se han mencionado hasta este punto, la extensión del control de constitucionalidad hacia nuevos espacios de acción ha hecho que aparezcan otro tipo de procesos constitucionales que algunos autores han calificado como “atípicos” en virtud de ser competencias que se añaden a las básicas que ejercen los

⁴⁵² Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., pp. 82-83. Sobre este punto, y hablando desde una óptica general, García Roca se ha preguntado si la lógica interna de este mecanismo de control no debería llevar a erigirlo en garantía constitucional de la división de funciones o de la articulación pluralista de atribuciones, por lo que tendría que contar con la posibilidad de acceder a él cualquier ente de relevancia constitucional dotado de facultades independientes. Véase García Roca, Javier, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 42.

⁴⁵³ Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, cit., p. 103.

órganos de control de constitucionalidad⁴⁵⁴. La razón de esta tendencia por añadir competencias a los órganos de control está relacionada con lo particular de las decisiones que se toman en las jurisdicciones constitucionales, pero, sobre todo, en la posición de independencia y el papel arbitral que en muchas ocasiones ejercen los tribunales constitucionales.

La idea de aumentar la densidad normativa de los textos constitucionales, especialmente en las nuevas democracias, ha hecho que algunos tribunales constitucionales se vean investidos de muchísimas funciones tendientes al control de constitucionalidad. Prueba de ello es la Corte constitucional húngara, que ha sido señalada por muchos como uno de los órganos de control con más facultades para la defensa de la constitución y cuyas numerosas competencias, así como la amplitud en sus alcances, en ocasiones caen en el absurdo al llevarlas al terreno de la praxis. No obstante lo anterior, el aumento de competencias de los órganos controlantes no es exclusivo de países en los que se ha creado recientemente un sistema de control, pues esta tendencia también se da en países en los que el control jurisdiccional de constitucionalidad se ha consolidado ya desde hace tiempo⁴⁵⁵. El listado de instrumentos procesales que amplía el espectro de la defensa de la constitución puede ser muy amplio y variado si consideramos las particularidades de cada sistema de control; por ello en este apartado sólo se mencionarán algunas de las competencias que se han otorgado con mayor frecuencia a los órganos jurisdiccionales que se encargan de la defensa de la constitución. Algunas de ellas tienen más carácter consultivo que jurisdiccional, unas más se relacionan en mayor medida con la legalidad que con la constitucionalidad y otras se refieren a la actuación de ciertos funcionarios públicos, por lo que, al referirse en concreto a la responsabilidad personal de quienes ejercen un cargo público, tienen que ver con el control de constitucionalidad sólo indirectamente. A pesar de ello, y aunque estas características podrían hacer que estos

⁴⁵⁴ En este sentido, Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., pp. 84-85.

⁴⁵⁵ Por ejemplo, en Alemania el Tribunal constitucional federal tiene competencias que podrían calificarse de atípicas. Lucio Pegoraro refiere, por ejemplo que “Tra le competenze speciali del *Bundesverfassungsgericht*, [compaie, ad esempio] su proposta del *Bundesrat*, del Governo federale o del Governo di un *Land*, la dichiarazione della perdita dei diritti fondamentali, comminata ai singoli che abusano dei medesimi al fine di combattere l’ordinamento fondamentale democratico e liberale”, *Giustizia costituzionale comparata*, cit. p. 184.

procesos escaparan al objeto de esta investigación, se hace mención de algunas de las muchas facultades que se han sumado a las que tradicionalmente se otorgan a los órganos jurisdiccionales de control, debido al importante papel que juegan en el ámbito de la defensa del orden constitucional y a su incidencia en la labor jurisdiccional de los órganos de control.

Una de estas competencias, de carácter jurisdiccional, es el control de las actitudes omisivas por parte del legislador que vulneran el texto constitucional. Esta facultad encuentra su razón de ser en la idea de que:

Todo texto constitucional se ve en la imposibilidad de agotar las materias que son objeto de tratamiento, por lo que el legislador ordinario asume la necesidad de desarrollar determinados preceptos del Texto fundamental para, de esta manera, asegurar la eficacia del proyecto constitucional y la creación del mismo. Así las cosas, en la Ley Básica aparecen una serie de normas que generan la concreta obligación de ser desarrolladas para tender a la eficacia plena⁴⁵⁶.

Por esta razón existen situaciones en que el legislador, al no emitir los preceptos necesarios en un tiempo razonable para que la norma constitucional pueda aplicarse o surtir sus efectos, incurre en una omisión que por sus efectos puede ser considerada como inconstitucional. La actitud omisiva de la autoridad puede ser absoluta o relativa. Se está frente a una actitud omisiva absoluta cuando la inactividad del legislador es total, es decir, cuando éste no realiza ninguna actividad para desarrollar el precepto constitucional que requiere de su intervención. Por otro lado, la actitud omisiva es relativa cuando se da una inactividad parcial por parte del legislador. El caso más frecuente se presenta cuando las provisiones legislativas adoptadas para desarrollar un determinado precepto constitucional vulneran el principio de igualdad por no haber incorporado una categoría de personas que tendría que haber sido contemplada.

Ante las actitudes omisivas por parte del legislador que resultan inconstitucionales se pueden adoptar diversas soluciones, a saber: a) Denuncia ante un órgano diverso al que

⁴⁵⁶ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., p. 85.

debió emitir la legislación respectiva y que se encuentra en una posición de superioridad respecto a él; b) La recomendación, cuando el órgano de control simplemente exhorta a la autoridad omisa a que cumpla su labor; c) El llamado de atención, que no es más que un extrañamiento a la autoridad omisa; d) La intimación, que implica el otorgamiento de un plazo para que se colme el vacío legal; e) La cobertura, que contempla que ante el incumplimiento de la autoridad, el órgano de control dicte las bases temporales para remediar la inconstitucionalidad de la actitud omisiva, mientras se expide la ley en cuestión; f) La cobertura y el resarcimiento, que implica que ante el incumplimiento, se integre el orden jurídico y, si esto no fuera posible, se establezca un resarcimiento a favor del promovente del proceso de control, y g) La compulsión constitucional, que se presenta en los casos en que las propias constituciones determinan que no pueden ser incumplidas por falta de ley reglamentaria, de modo que el controlante debe ingeniárselas para resolver la cuestión de mérito⁴⁵⁷.

Reconocimiento positivo expreso de la inconstitucionalidad por actitudes omisivas existe, por ejemplo, en Brasil, Portugal o Hungría, mientras que la introducción de esta figura por la vía jurisprudencial se ha producido en sistemas de control de países como Alemania, Italia, Bélgica, España y Rumania.

Otra facultad con la que cuentan los tribunales constitucionales es el control de partidos políticos. El ejemplo más conocido de este tipo de proceso es el que lleva a cabo el Tribunal constitucional alemán, que puede prohibir un partido político por violación de los principios de la Ley Fundamental de Bonn a solicitud de cualquiera de las dos Cámaras o del Gobierno federal⁴⁵⁸. Inspirándose en el sistema alemán esta competencia se ha extendido a otros países como Portugal, Albania, Polonia, Rumania y Turquía. En

⁴⁵⁷ Cfr., Rangel Hernández, Laura, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional”, *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 18, enero-junio de 2008, pp. 208-209. Sobre este tema véanse también los interesantes ensayos contenidos en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, así como los apuntes que se hacen en Escobar Fornos, Iván, *Introducción al derecho procesal constitucional*, cit., pp. 193 y ss.

⁴⁵⁸ Esta competencia se utilizó en Alemania para declarar inconstitucional el Partido Nacional-socialista (en 1952) y para hacer lo mismo con el Partido Comunista (en 1956).

ocasiones, el control abarca también asociaciones, como sucede en los casos de Macedonia y Bulgaria.

Aunada a estas facultades, puede mencionarse también la interpretación con efectos vinculantes que realizan algunos órganos de control durante un proceso o de manera incidental, cuando es necesaria para resolver un conflicto determinado. Esta facultad la tienen los órganos de control de países del Este europeo, por ejemplo Hungría, Eslovaquia y Albania. La interpretación es una función fundamental de los órganos de control y, debido a la posición y legitimidad de la que éstos gozan, muchas veces influencia a los órganos pertenecientes a la jurisdicción ordinaria o sirve como precedente en la actividad interpretativa de los propios jueces constitucionales. Sin embargo, los casos que se han mencionado se caracterizan porque en ellos la interpretación de la constitución es un proceso específico con efectos vinculantes y *erga omnes*⁴⁵⁹.

El *impeachment* es otro de los procesos que muchos órganos de control tienen encomendado. No es raro que los tribunales constitucionales cuenten con competencia para conocer de los procedimientos en contra del Presidente de la República o de Ministros, legisladores, jueces u otros funcionarios. Así lo dispone, por ejemplo, la constitución de Chile. En ocasiones el proceso compete al Tribunal constitucional, investido de la cuestión por otros órganos constitucionales, mientras que en otras, este órgano de control sólo emite una opinión, lleva a cabo la acusación, o es llamado a garantizar la correcta observación de los procedimientos⁴⁶⁰.

Las funciones que se han señalado, sin embargo, no son las únicas. Se suman a éstas otras como la vigilancia sobre las elecciones (políticas o administrativas) y las decisiones sobre los recursos en esta materia (como en Alemania, Austria, Portugal o Moldavia). En algunos ordenamientos, los órganos de control fungen resolviendo consultas sobre constitucionalidad (como sucede en Guatemala, Bolivia o la India), verifican las incompatibilidades para ejercer el cargo de altos funcionarios del Estado o se

⁴⁵⁹ A pesar de esta afirmación de carácter general, existen variantes en esta clase de procesos como la que está presente en Moldavia, ya que el órgano de control de este país está facultado para la explicación y clarificación del texto constitucional, pero esto no parece indicar que su interpretación tenga efectos vinculantes de carácter general.

⁴⁶⁰ Véase, Morbidelli, Giuseppe, Lucio Pegoraro *et al.*, *Diritto Pubblico Comparato*, Turín, Giappichelli, 2004, p. 474.

pronuncian sobre las candidaturas al cargo de Presidente de la República. Asimismo, los órganos de control son llamados, en ocasiones, a decidir sobre la regularidad de un referéndum o, como en Italia, a admitir la petición para declarar la pérdida del mandato electoral o a opinar sobre la proclamación de medidas de emergencia⁴⁶¹. Todas estas funciones y algunas otras más que podrían agregarse a ellas, han contribuido a acrecentar la importancia de la actividad de control de los tribunales constitucionales y su importancia en el sistema constitucional. Además, dado que las funciones que se han mencionado están a cargo de los órganos de control, que tienen la última palabra también en otras cuestiones relacionadas con la constitucionalidad de leyes o actos de autoridad, las decisiones que se tomen en este ámbito, con mayor o menor fuerza, pero al menos siempre con un carácter referencial, determinarán la dirección de la argumentación y la actividad jurisdiccional que los tribunales (constitucionales u ordinarios) llevan a cabo cuando ejercen funciones de control de la constitucionalidad.

5.3 La actividad interpretativa y el estilo argumentativo de los órganos de control

Al ejercer sus funciones los órganos de control deben llevar a cabo una labor de interpretación y argumentación que son determinantes en el sentido de las decisiones que toman y, por tanto, influyen en gran medida en el orden constitucional. La interpretación es una función ineludible de los órganos jurisdiccionales pues el lenguaje es el medio para transmitir las disposiciones de los órganos legislativos y, dado que el lenguaje debe contener necesariamente una significación⁴⁶², el correcto ejercicio de la actividad

⁴⁶¹ *Idem.*

⁴⁶² Véase Serrano Migallón, Fernando, “La interpretación conforme a la Constitución: un canon interpretativo en claroscuro”, *Homenaje a Ignacio Burgoa Orihuela*, México, Porrúa, 2007, p. 393. Además, debe mencionarse que el papel del intérprete en el ámbito jurídico es muy importante pues, como señalan Mendoca y Guibourg “Las palabras son signos arbitrarios que se convierten en convencionales una vez que son adoptados por los usuarios del lenguaje. [Por tanto,] en el plano de la interpretación del derecho, cuando resulta imposible detectar el significado de una expresión legal, los juristas asignan un significado a la expresión en cuestión mediante definiciones estipulativas que funcionan como propuestas interpretativas. De modo tal que, una vez que dicha definición recibe cierta aceptación por parte de la comunidad jurídica, se convierte a su vez en definición informativa: informativa de los nuevos usos lingüísticos existentes.” Mendoca, Daniel y Ricardo A. Guibourg, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 97-98.

interpretativa y la argumentación que para fundarla realizan los órganos de control son indispensables para ayudar a que la aplicación de la constitución no se desvíe de sus fines.

Los problemas que plantea la interpretación constitucional necesariamente van ligados a la idea de interpretación jurídica en general, cuya finalidad podrá ser - dependiendo del concepto que el intérprete tenga del derecho o de la escuela o corriente interpretativa a la que se adhiera- explicar, descubrir o atribuir un significado a los textos normativos y, en su caso, determinar sus posibles alcances y consecuencias jurídicas, para, posteriormente, y justificando el resultado o producto de su labor interpretativa, poderlo exponer (revelar) y traducir o reformular y/o aplicar, en su caso⁴⁶³. Sin embargo, hoy en día gran parte de la doctrina sostiene que quien interpreta la constitución debe tomar en cuenta factores que en ocasiones no son los mismos que considera quien determina el significado de otro tipo de disposiciones legislativas.

Esta idea no ha tenido siempre la misma fuerza, pues se acentuó sólo después de la Segunda Guerra mundial, cuando el paradigma lógico-legalista europeo que entendía que la aplicación del derecho se realizaba simplemente por un mecanismo de subsunción y de un elemental silogismo deductivo entró en crisis. A partir de este momento, se pasó, como ha señalado Zagrebelsky, del Estado legislativo al Estado constitucional, lo que supuso el tránsito del Estado soberano a la soberanía de la constitución o incluso a la constitución sin soberanía⁴⁶⁴. Entonces, al tener una concepción distinta de los textos constitucionales, surge la idea de atribuir a la interpretación constitucional características propias que la diferencian de la interpretación de la ley. Muestra de ello es la duda que se plantea Karl Larenz en el epílogo de la cuarta edición de su obra *Metodología de la ciencia del derecho*, sobre si los criterios con arreglo a los cuales el Tribunal constitucional resolvía los casos que tenía encomendados, podían ser equiparables a los del juez ordinario. Para disipar esa duda, Larenz manifiesta (no sin grandes precauciones), que en ciertos casos sí, pero en otros (en las resoluciones de gran alcance político para la comunidad) no. Con esta afirmación, Larenz planteó una cuestión absolutamente capital

⁴⁶³ Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, 2a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 65.

⁴⁶⁴ Véase Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, cit., pp. 9 y ss., así como, del mismo autor, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2007, pp. 7 y ss.

para la teoría de la interpretación que, sin embargo, relacionaba las peculiaridades de la interpretación constitucional con el órgano que la realizaba⁴⁶⁵ y no con las características propias de la constitución. Pero a pesar de las limitaciones que acompañaron a sus planteamientos, lo cierto es que Larenz contribuyó de manera determinante en el debate sobre las particularidades de la interpretación constitucional.

Otros autores han considerado también que la cuestión de mayor importancia sobre la interpretación de los textos constitucionales reside en que, por un lado, los criterios de interpretación de la ley no pueden trasladarse exactamente a la interpretación de la constitución (como ya lo había señalado Smend), y, por otro (sin que esto sea una paradoja), en que una constitución democrática es inevitablemente una constitución, que contiene cláusulas materiales de valor y, en consecuencia, la interpretación valorativa de la ley (y del derecho en su totalidad) sólo a través de la interpretación constitucional puede encontrar su tratamiento adecuado⁴⁶⁶. Sin embargo, esta idea no ha sido compartida por todos, y parte importante de la doctrina ha hecho críticas a la intención de dotar a la interpretación constitucional de características propias que la diferencian de la interpretación del resto de los textos legales. Prueba de ello, es la crítica que Forsthoff hace a esta teoría en defensa de un método de interpretación basado sólo en las reglas lógico-formales y equiparando en consecuencia la interpretación constitucional a la interpretación legal. La interpretación que se realiza con métodos propios de las ciencias del espíritu que reducen el orden jurídico a un orden (siempre subjetivo) de valores, dirá Forsthoff, produce inseguridad jurídica e incluso inseguridad para los principios en que descansa la comunidad política y, por tanto, tal método es extralegal y extrajurídico. La jurisprudencia, de esa manera, se anula a sí misma, puesto que su certeza, su carácter objetivo se basa en que la interpretación de la ley es la subsunción correcta del caso en la norma en el sentido de la conclusión silogística. Al método que llama de las “ciencias del

⁴⁶⁵ En este sentido Aragón, Manuel, “La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *cit.*, p. 43, quien además refiere la idea de Larenz de que los medios tradicionales de interpretación no son suficientes cuando se interpreta la constitución, pues al Tribunal Constitucional incumbe una responsabilidad política respecto al mantenimiento del orden jurídico-estatal y su capacidad funcional.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 44.

espíritu”, Forsthoff contrapone las reglas tradicionales de la interpretación tal como fueron expuestas por Savigny⁴⁶⁷.

Estas dos posiciones confirman el debate doctrinal que se ha desarrollado alrededor de la especificidad y diferenciación de los métodos de interpretación constitucional respecto a los empleados para interpretar el resto de los textos normativos. Sin embargo, es necesario decir que, como lo ha señalado la doctrina contemporánea predominante, la interpretación constitucional, si bien participa de los principios generales de la interpretación jurídica, debe analizarse y aplicarse de manera peculiar debido a una serie de factores específicos que están vinculados, además de con los organismos encargados de llevarla a cabo⁴⁶⁸, con la naturaleza de las normas fundamentales. A pesar de que no existe consenso sobre estos factores, como ha señalado Héctor Fix Zamudio, pueden indicarse los más notorios. Al respecto puede referirse como el primer factor que, desde un punto de vista lógico-normativo, los preceptos constitucionales tienen carácter fundamental respecto de todo el ordenamiento jurídico pues no hay que olvidar que la constitución es, por regla general, su norma suprema. Además, por lo que respecta al contenido de las normas constitucionales, su determinación no es sencilla, pues las cartas contemporáneas, si se toman en consideración desde la perspectiva de la constitución como “normas”, además de los preceptos que se refieren a los derechos fundamentales y aquellos que regulan la organización y funcionamiento de los diversos órganos del poder,

⁴⁶⁷ La tesis de Forsthoff es señalada por Aragón (*Idem*) y es muy importante pues fue elaborada en 1961; sin embargo, con el tiempo el número de autores que no encuentran diferencias significativas para diferenciar los métodos empleados en la interpretación legal y la constitucional ha crecido. Ejemplos de esta tendencia pueden encontrarse en Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., Porrúa-UNAM, 2003, pp. 113 y ss., así como en Tamayo y Salmorán, Rolando, “La interpretación constitucional (la falacia de la interpretación cualitativa)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Interpretación constitucional*, cit., t. II, pp. 1157-1198.

⁴⁶⁸ Esta afirmación, sin embargo, hoy en día debe considerarse en sus justas dimensiones, pues, como señala Fix Zamudio, “si bien existe la tendencia contemporánea del establecimiento de tribunales y cortes constitucionales como organismos especializados en la solución de cuestiones derivadas de la aplicación de las normas fundamentales, que son los que asumen una actividad predominante en la interpretación de [las normas constitucionales], también los jueces y tribunales ordinarios cuya función esencial está dirigida a la solución de los conflictos jurídicos sobre cuestiones de legalidad, están obligados, en dicha tarea, a aplicar dichas normas legislativas de acuerdo con los preceptos, principios y valores de las cartas supremas, y ello no únicamente en los ordenamientos que siguen el modelo norteamericano de la revisión judicial, sino también en las legislaciones en las que existe un sistema concentrado, que impide a los juzgadores ordinarios decidir, así sea en casos concretos, sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas aplicables”. Véase Fix Zamudio, Héctor, “Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, cit., t. I, p. 561.

comprenden en la actualidad disposiciones diversas a las anteriores que inclusive, en ocasiones, llegan a tener un carácter reglamentario, pero que en un momento determinado se han considerado de tal importancia para la comunidad política que se les ha otorgado la máxima categoría para conferirles prestigio y estabilidad, por lo que todas estas normas constitutivas poseen la misma jerarquía y validez. Por lo tanto, dado que las normas constitucionales no tienen las mismas características materiales, pero sí la misma jerarquía formal, su interpretación resulta muy complicada, puesto que en todo caso dichas normas son el fundamento de validez de todo el ordenamiento. De esta manera, en principio, ningún precepto jurídico debe ser contrario a las disposiciones constitucionales (al menos a aquellas que son indisponibles), ni tampoco la aplicación de las primeras debe oponerse a las regulaciones de carácter constitucional. Pero además, los textos constitucionales no sólo contienen disposiciones normativas, sino también principios y valores constitucionales, que son elementos indispensables para su interpretación⁴⁶⁹.

A su vez, y desde el punto de vista de su eficacia, como indica García Belaunde:

Las normas pueden ser consideradas como programáticas y operativas, distinción que esbozó Cooley en el siglo pasado, y que hoy tiene amplia aceptación, si bien es cierto que el alcance de cada una de ellas ha sido replanteado y en cierto sentido matizado, al reconocerse carácter vinculante a todas ellas. Sin embargo, es claro que en los textos constitucionales existen gran cantidad de disposiciones que quedan sujetas a una reglamentación posterior, que muchas veces no se da por inercia legislativa. Y es aquí donde surgen los problemas. Por tanto [la no aplicabilidad inmediata de algunas normas constitucionales] origina gran parte de los problemas que afronta la Constitución en su desarrollo, a diferencia de otros sectores del ordenamiento jurídico, que son más exigibles, si bien es cierto que los problemas de interpretación se dan en todas las áreas⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, pp. 552-554.

⁴⁷⁰ García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional como problema", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional, cit.*, t. I, pp. 611-612.

Otra característica que puede tomarse como un elemento a considerar en la interpretación de las disposiciones constitucionales es que la constitución es un ordenamiento marco según su estructura y esto implica que sea un texto abierto y flexible. Aparte de pocas excepciones, las constituciones no formulan alguna disposición aislada inmediatamente aplicable, sino que más bien contienen disposiciones de gran holgura que abren márgenes semánticos que proscriben una única decisión correcta⁴⁷¹. Para no dar sino algunos ejemplos, las constituciones contemporáneas contienen valores y principios relativos al régimen democrático, la justicia social, la dignidad de la persona humana, la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación, entre otros muchos. En este sentido podría decirse que este tipo de preceptos constitucionales, por su alto grado de generalidad y abstracción, pueden caracterizarse como normas fundamentales de contenido variable, ya que ese contenido deberá ser construido lógicamente, racional y axiológicamente por los intérpretes, de acuerdo con la realidad social de la época en que dichas disposiciones deben aplicarse⁴⁷². De esta forma, la apertura y flexibilidad de los textos constitucionales, los preparan para la tarea de adaptarse a la transformación histórica y al cambio de condiciones de vida, por lo que el derecho constitucional está influido por una transformación de la realidad social⁴⁷³.

La constitución, por otra parte, es una norma cuyo procedimiento de elaboración es, casi siempre, distinto a todas las demás y obedece a una lógica propia. Las disposiciones jurídicas inferiores a la constitución son hechas por un legislador, que a su vez las ha recibido, en proyecto, de comisiones o asesorías técnicas. Este legislador normalmente forma parte de un legislativo elegido a plazo determinado y que tiene otras funciones que le son propias. La constitución, por el contrario, es hecha en un acto constituyente, normalmente mediante o a través de un órgano también constituyente que

⁴⁷¹ Limbach, Jutta, “La interpretación de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, cit. t. II, p. 753. Esta característica de los textos constitucionales se ve reflejada en el aforismo de Napoleón que determinaba que “una constitución debe ser corta y oscura”.

⁴⁷² Fix Zamudio, Héctor, “Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”, cit. p. 554.

⁴⁷³ Esta apertura a la realidad constitucional no debe llevar a la disolución de la constitución, como en muchas ocasiones se ha temido. La constitución debe garantizar una estabilidad jurídico-política, que únicamente se va a alcanzar si, junto a toda apertura, al mismo tiempo se adoptan también regulaciones jurídico-constitucionales fijas en el tiempo. Véase Würtenberger, Thomas, “Interpretación del derecho constitucional (desde una perspectiva realista)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, cit. t. II, p. 1379.

tiene esas expresas funciones. Esto es, en su elaboración existe un procedimiento distinto y generalmente no tiene más soporte que un contexto fáctico⁴⁷⁴.

El contenido axiológico de la constitución es también un aspecto importante a considerar en la interpretación constitucional, pues en los textos constitucionales se contienen normas de consenso valorativas, resultado tanto del consenso político obtenido en virtud del sacrificio, hasta cierto punto, del carácter técnico lógico-jurídico de la propia norma constitucional, como a la organización y funcionamiento racionalizado del gobierno y la oposición⁴⁷⁵. Íntimamente ligado al contenido axiológico de los textos constitucionales se encuentra su carácter político pues, aunque la constitución contiene disposiciones netamente jurídicas (como ya se ha visto, de distinto grado de calidad: desde reglas, mandatos y disposiciones obligatorias, hasta enunciados programáticos, normas incompletas o de aplicación diferida) también contiene otras cuyos fines son políticos ya que se dirigen a regular y ordenar el ejercicio del poder en un determinado contorno social. Pero la constitución es también un conjunto articulador, es decir, una especie de eje central que ordena o pretende ordenar el resto del ordenamiento jurídico, al cual se concibe como unidad⁴⁷⁶. Por todos estos factores, se ha considerado que las tradicionales reglas de la interpretación de la ley resultan necesarias pero insuficientes para la interpretación constitucional contemporánea.

Ahora bien, las características propias de las normas constitucionales han hecho que en la doctrina también se hable de los fines de la interpretación constitucional. El primero de ellos, que se presenta como un objetivo de las constituciones, es que éstas perduren en el tiempo, pues al ser las leyes fundamentales de un Estado que articulan el resto del conjunto normativo y que fijan las pautas para la legislación y la vida de una comunidad, los textos constitucionales no pueden cambiarse todos los días ni durar lo que dura un calendario. Por tanto, si una constitución tiende a durar, y así lo consagra la tradición del constitucionalismo y la experiencia comparada, es claro que la interpretación tiene como objetivo fundamental que la constitución dure, y por añadidura, que sea

⁴⁷⁴ García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional como problema", *cit.*, p. 611

⁴⁷⁵ Landa, César, *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, pp. 142-145.

⁴⁷⁶ García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional como problema", *cit.*, p. 612.

respetada. En congruencia con este principio de conservación, la constitución debe ser interpretada entonces de la manera que más la favorezca para su conformidad con ella misma y la realización de sus fines, lo que conlleva la necesidad de una interpretación acorde con la constitución. Finalmente, y sin que esta enumeración pretenda ser exhaustiva, debe decirse que la interpretación, en la búsqueda de su supervivencia, debe adaptarse a los nuevos tiempos, de manera tal que sirva a la comunidad a la que está destinada, por todo el tiempo que sea posible, sin llegar a la desnaturalización o quebrantamiento de la constitución, vía interpretación, pero permitiendo mutaciones que faciliten su supervivencia en el tiempo⁴⁷⁷.

Las características del objeto de la interpretación constitucional y las finalidades que ésta persigue no son, sin embargo, elementos que excluyan el uso de los métodos de interpretación jurídica en general. Este punto es el más fuerte entre los argumentos que sostienen que la interpretación jurídica no es una categoría “aparte”, diversa a la interpretación que se hace del resto de los textos legales. Y es que por más peculiaridades que presente la norma constitucional o aun cuando en ocasiones sean órganos constitucionales con ciertas características los que la llevan a cabo, lo cierto es que al interpretarse en sede jurisdiccional las disposiciones constitucionales, se debe acudir a los métodos generales de interpretación jurídica. Ello no podría ser de otra forma pues la constitución es, a final de cuentas, un instrumento jurídico, una ley, aun cuando sus características la hagan muy diferente de las demás leyes del ordenamiento. Por esta razón, existen casos (los llamados “fáciles”) en los que para encontrar el significado del texto constitucional sólo es necesario hacer uso de los métodos tradicionales de interpretación (lógico-sistemático, gramatical, histórico o teleológico), sin que deba recurrirse a una interpretación con alto contenido valorativo.

Los problemas comienzan cuando existen casos difíciles, en los que las simples técnicas generales de interpretación de textos legislativos no son suficientes para determinar, de manera adecuada, el significado de un precepto constitucional. Aquí es cuando el intérprete (en este caso el órgano de control) debe recurrir a una comprensión del texto fundada en ciertos valores (algo que es muy difícil que se presente en la

⁴⁷⁷ Sobre estas finalidades véase *Ibidem*, p. 613.

interpretación legal). El mayor riesgo que implica esta necesidad es la pérdida de objetividad en la interpretación y que, por tanto, la actividad interpretativa se convierta en arbitraria. La idea de que la interpretación constitucional se encuentra vinculada más frecuente y acentuadamente que ningún otro tipo de interpretación jurídica solamente a un fin y por lo común a un fin que tiende a asumir el carácter de valor supremo del ordenamiento hace de este tipo de interpretación una actividad discrecional⁴⁷⁸. El resultado de esta particularidad son los peligros de subjetivización excesiva y, por tanto, como se ha dicho, de arbitrariedad e incluso de politización. La cuestión trascendental entonces en lo que se refiere a la actividad interpretativa del órgano de control es hacer objetiva, hasta donde sea posible, la discrecionalidad con la que cuentan quienes tienen encomendadas funciones de control de la constitucionalidad.

Existen autores, como Dworkin, que consideran que la discrecionalidad no es una opción para quienes, en el ámbito jurisdiccional, interpretan el derecho, pues la función del juez no es creadora sino garantizadora. El derecho, afirma Dworkin, dice el derecho, pero no lo crea libremente. Cuando en la solución del caso no tenga norma aplicable, el órgano jurisdiccional debe acudir a los principios jurídicos, pero tales principios ha de extraerlos del propio derecho y no de las reglas sociales o de las ideas políticas, y esa extracción es posible en la medida en que no se separe la teoría del derecho de la aplicación del mismo. Pero, a pesar de que en el derecho, o mejor dicho en el sistema jurídico y la organización institucional que de éste deriva, existirán casos (algunos *hard cases* de los que hablara el propio Dworkin) en los que el órgano jurisdiccional necesariamente deberá elegir entre diversas soluciones (todas legítimas), aun cuando se hayan seguido las reglas de interpretación generales y se hayan tomado en cuenta las reglas, los principios jurídicos aplicables, la posición institucional del órgano de control y la red de relaciones que existe entre los diversos órganos del Estado⁴⁷⁹, llegará un punto en que el juez tendrá que elegir

⁴⁷⁸ Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, México, Facultad de Derecho de la UNAM, 1987, pp. 166 y ss.

⁴⁷⁹ Sin embargo, Aharon Barak señala al respecto que la “discrezionalità del giudice non è mai assoluta, ma limitata. I suoi limiti derivano anzitutto dall’intero sistema legislativo, dalla collocazione istituzionale del potere giudiziario, e dalla complessa rete di relazioni che esiste tra i diversi poteri dello Stato. Passate al vaglio di questi fattori, molti possibili usi della discrezionalità giudiziale vengono eliminati e talvolta rimane una sola risposta possibile.” Barak, Aharon, *La discrezionalità del giudice*, Milán, Giuffrè, 1995, p. 4.

una de las opciones legítimas posibles que se le presentan y para ello deberá tomar una decisión⁴⁸⁰ que no siempre encontrará respuesta en el mundo objetivo del derecho. Aquí es cuando cobra importancia la discrecionalidad de los integrantes del órgano de control, pues una vez agotados todos los mecanismos que ofrecen las reglas y principios jurídicos, así como la posición dentro del entramado institucional del intérprete, este último deberá operar buscando recursos interpretativos fuera de este ámbito. Aharon Barak señala que en estos casos, el juez encuentra la respuesta interpretativa con base en su experiencia y su visión del mundo como juez. La tesis que defiende Barak es que en los casos difíciles, y una vez agotados los medios que ofrece la objetividad del derecho, la “filosofía” del juez, o bien, el producto de su experiencia y la visión que tiene del mundo, serán los factores que determinarán su decisión.

Ahora bien, aunque pareciera que la tesis de Barak -que sostiene que la discrecionalidad del juez basada en aspectos que quedan fuera del ámbito jurídico es necesaria en ciertos casos- fuera irreconciliable con los planteamientos de quienes consideran que todas las respuestas se encuentran en el derecho, lo cierto es que existen puntos de contacto que pueden ofrecer una respuesta alterna a esta contraposición. Esta alternativa doctrinal puede construirse tomando en cuenta que, como señalara Hesse, interpretar es “concretizar”, para lo que es preciso “comprender”, es decir, entender los textos legislativos dentro de un sistema no sólo normativo, sino también de categorías teóricas que le dan significado y le prestan coherencia. No es posible interpretar las disposiciones constitucionales (abiertas en muchas ocasiones y, en otras, también portadoras de valores sustantivos) sin una previa teoría de la constitución. El intérprete, necesariamente, ha de contar con el bagaje teórico que le facilite la tarea de extraer del precepto jurídico su significado “constitucionalmente adecuado” y que le permita convertir en principios jurídicos los valores enunciados por la norma o establecer las conexiones pertinentes entre los principios que concurren en el caso concreto de

⁴⁸⁰ Barak se refiere a algunos ejemplos de casos difíciles en los que se presenta más de una opción legítima. Para ello se pregunta: “come deve essere interpretata una norma legislativa che, in termini di linguaggio, abbia più di un significato quando non sia possibile individuare lo scopo perseguito dal legislatore? Quando il giudice può deviare da una decisione precedente? Quando può riconoscere un nuovo diritto o un nuovo dovere? In che modo può colmare una lacuna dell’ordinamento? *Ibidem*, p. 3.

aplicación⁴⁸¹. Este bagaje teórico, sin embargo, no está ahí como una única opción inmutable que debe tomar el juzgador para llevar a cabo su labor interpretativa. Las bases teóricas en las que el intérprete encuentra respuestas a los casos difíciles se construyen a través de una serie de decisiones que éste toma (elegir una determinada Escuela o Facultad para formarse como jurista, acoger una cierta posición doctrinal durante sus estudios o en su desempeño profesional, etc.) y que se reflejarán en su formación y en las actitudes que toma cuando debe enfrentar ciertos problemas. Este *background* teórico se reflejará en la concepción que el intérprete tiene de la constitución y del derecho constitucional y, por tanto, en la forma en que resolverá los problemas de constitucionalidad que se le planteen.

La visión teórico-constitucional con que deben contar quienes ejercen funciones de control, tomando en cuenta el punto de vista que se ha adoptado en esta investigación, debe estar condicionada por los postulados del Estado constitucional. Esta visión debe incluir, necesariamente, la idea de constitución democrática, que no puede ser invalidada por el fácil expediente de tacharla de “política”. En el marco de esta idea encuentra su objetivación la tarea interpretadora, justamente porque ahí se encuentran las categorías “contrastables” para su ejercicio y los límites jurídicos que impiden la libertad política de valoración. De esta forma, si la interpretación es una de las cuestiones fundamentales del derecho constitucional, la teoría de la constitución es a la vez la base firme de ese derecho y, en consecuencia, el conocimiento o saber imprescindible para abordar con seriedad y rigor sus problemas y entre ellos el fundamental de la interpretación constitucional⁴⁸². Sin embargo, incluso dentro de esta visión delineada por lo que podría llamarse una “teoría democrática de la constitución”, pueden existir concepciones distintas sobre las ideas que dentro de ella se manejan (como lo demuestran, por ejemplo, los debates que se presentan al interior de la Suprema Corte de los Estados Unidos, entre jueces conservadores y liberales) y es en este ámbito en el que entra el juego la subjetividad y discrecionalidad del intérprete de las normas constitucionales. El modo de entender los postulados liberal-democráticos que incluyen los textos constitucionales determinará la forma de tomar

⁴⁸¹ Aragón, Manuel, “La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *cit.*, p. 51.

⁴⁸² *Ibidem*, pp. 51 y 52.

decisiones por parte de los órganos constitucionales de control, por lo que, en ciertos casos difíciles, los jueces deberán ejercer una cierta subjetividad pero siempre dentro de la objetividad que proporciona la teoría democrática de la constitución. Con esta simple fórmula pueden ser conjurados los riesgos del activismo judicial.

Pues bien, bajo esta óptica, la pauta que debe seguirse para reducir la arbitrariedad y el activismo judicial es la objetivación de la interpretación valorativa a través de la teoría democrática de la constitución. Es precisamente con esta premisa que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional, pese a algunas discrepancias metodológicas, se han establecido ciertos criterios (que algunos llaman reglas o principios) orientadores que buscan objetivar y dirigir la labor interpretativa de los integrantes de los órganos de control de constitucionalidad.

En este sentido, Linares Quintana ofrece algunos de estos criterios que es oportuno señalar⁴⁸³. El primero de ellos es que en la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico o finalista de la constitución, que si es instrumento de gobierno, también y principalmente es restricción de poderes en amparo de la libertad individual. El segundo de estos criterios es que la constitución debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal y práctico; nunca estrecho, limitado y técnico, en forma que en la aplicación de sus disposiciones se cumplan cabalmente los fines que la orientan e informan. El tercer criterio es que las palabras que emplea la constitución deben ser entendidas en su sentido general y común, a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente quiso referirse a su sentido legal técnico; en ningún caso ha de suponerse que un término constitucional es superfluo o está de más, sino que su utilización obedeció a un designio preconcebido de los autores de la ley suprema. Un cuarto criterio es que la constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el cual el significado de cada parte debe determinarse en la armonía con el de las partes restantes. Ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas de la ley suprema. El

⁴⁸³ Linares Quintana, Segundo V., “La interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, t. II, cit., p. 767-778. Estas reglas también son retomadas en Olano García, Hernán Alejandro, *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, pp. 124-131.

quinto criterio señalado por Linares Quintana es que la constitución, en cuanto instrumento de gobierno permanente, cuya flexibilidad y generalidad le permite adaptarse a todos los tiempos y circunstancias, debe ser interpretada teniendo en cuenta no solamente las condiciones y necesidades existentes al momento de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación y aplicación, de manera que sea siempre posible el cabal cumplimiento de los grandes fines y propósitos que informan y orientan a la ley fundamental de un país. El sexto criterio es que las excepciones y los privilegios contemplados en los textos constitucionales deben interpretarse con criterio restrictivo. Finalmente, el séptimo criterio que ofrece este autor es que los actos públicos se presumen constitucionales en tanto mediante una interpretación razonable de la constitución puedan ser armonizados con ella. Esto porque como no puede suponerse por parte de los poderes públicos un propósito sistemático y deliberado de ejecutar actos contrarios a la ley fundamental de la nación, los tribunales deben presumir la constitucionalidad de los mismos mientras no se demuestre lo contrario. Este criterio está íntimamente ligado con la interpretación conforme en los juicios sobre la constitucionalidad de las leyes, que implica que, en caso de duda acerca de cuál de las varias interpretaciones posibles de un texto legal es la correcta, el juez consitucional debe optar por aquella interpretación bajo la cual la norma identificada es compatible con la constitución o rechazar aquellas interpretaciones bajo las cuales la norma identificada es incompatible con la misma⁴⁸⁴.

A estos criterios puede sumarse el principio de corrección funcional del que hablara Hesse en sus *Escritos de Derecho Constitucional*. Este principio implica que el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas, por lo que le está vedado, por ejemplo, una interpretación que conduzca a una restricción de la libertad conformadora del legislador más allá de los límites establecidos por la

⁴⁸⁴ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 38. El principio de interpretación conforme encuentra otro de sus fundamentos importantes en que la anulación de una ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto administrativo, ya que puede crear inseguridad jurídica. Además, el legislador carece de la agilidad necesaria para cubrir de inmediato el hueco que deja la ley anulada y esa laguna genera una gran confusión jurídica. Sobre este último punto véase Pinardi, Roberto, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'interzia del legislatore*, Milán, Giuffrè, 2007.

constitución o, incluso, a una conformación llevada a cabo por el órgano de control. También debe tomarse en cuenta al momento de interpretar la constitución, de acuerdo con Hesse, su eficacia integradora. Y es que si la constitución propone la creación y mantenimiento de la unidad política, ello exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad⁴⁸⁵. Otro criterio orientador mencionado por Hesse es la fuerza normativa de la constitución. Esta fuerza influye en la actividad interpretativa porque será preciso dar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la constitución a obtener la máxima eficacia bajo las circunstancias de cada caso.

Uno más de los criterios para interpretar los textos constitucionales es la previsión de consecuencias que el significado dado a una disposición constitucional puede implicar. García Belaunde señala al respecto que:

aspecto importante que hay que tener en cuenta es apreciar las consecuencias que tendrá un fallo. Esto no significa que el control constitucional debe tener siempre como meta los resultados y obrar en función de éstos. Por el contrario, la tarea interpretadora debe ser apreciada y desarrollada en sí misma, sin interesar los resultados, pero es indudable que no debe ignorarlos, e incorporar previsiones futuras al momento de resolver, no como un dato definitivo, sino como uno entre los muchos existentes para llegar a una solución⁴⁸⁶.

Al hablar de resultados o sus consecuencias, debe pensarse, más que en el caso a resolver, en el todo social o, dicho de otro modo, el intérprete debe tener la responsabilidad

⁴⁸⁵ Este criterio está relacionado con la fórmula política referida por García Belaunde. Para él, “cada Constitución consagra una determinada fórmula política que en rigor significa un estilo de vida, una concepción de la sociedad y del Estado, y una filosofía de lo que debe ser el manejo del aparato político. Dicho en otras palabras, detrás de todo texto constitucional existe, en forma explícita o implícita, un modelo, meta o pretensión de lo que debe ser la sociedad política y a la cual se aspira [...] Esta fórmula política es la que inspira al sistema, y la que debe tenerse presente de manera relevante en la interpretación constitucional, pues ella apunta por un lado al reforzamiento del sistema, y por otro, a su supervivencia en el futuro (lo que no sucede en ningún otro tipo de interpretación).” Véase García Belaunde, Domingo, “La interpretación como problema”, *cit.*, p. 616.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 615.

de tomar en cuenta, en su cálculo, no sólo el reclamo de las partes involucradas en el caso, sino también el reclamo por los intereses del tradicionalmente llamado bien común. En definitiva, se requiere del intérprete esa inteligencia previsor y omnicomprendiva dispuesta a medir simultáneamente las proyecciones sociales globales y las proyecciones para los casos judiciales futuros de las soluciones que resulten perjudiciales o desventajosas para el resto de la sociedad y motivo de arrepentimiento cuando deban enfrentarse conflictos posteriores, con respecto a los cuales se encuentre atado por el precedente⁴⁸⁷.

Otro de los criterios que deben emplearse al interpretar la constitución es considerarla como parte del sistema jurídico. La operatividad del texto constitucional no sólo requiere tratarla sistémicamente, sino visualizarla en el marco más amplio de todo el sistema jurídico que integra, más allá del lugar privilegiado que ocupa. Además de esto, el intérprete debe defender siempre el contenido axiológico de la constitución, pues éste es uno de los ámbitos privilegiados a los fines de definir la identidad característica del orden jurídico de que se trate, e incluso implica una transubstanciación de todas las normas a esos valores. El derecho constitucional actual, como ya se ha mencionado, está cargado de valores, y por eso se ha convertido en un poderoso desafío al iuspositivismo. Por tanto, el intérprete debe estar consciente de esa presencia y consecuentemente, al dar sus resultados interpretativos, no cabe silenciarlos, sino asumirlos racionalmente⁴⁸⁸.

La interpretación constitucional debe considerar también la apertura al derecho supranacional y al derecho comparado. Si bien este criterio no es usado en muchos países, debe tenerse en cuenta que son cada vez más los órganos de control que usan al derecho regional e internacional como referente (en algunos casos porque así lo mandan sus textos constitucionales y en otros para dotar de fuerza a sus decisiones) o como elementos argumentativos sobre todo en lo que se refiere a los derechos fundamentales. Este proceso de apertura de los derechos nacionales requiere sobre todo la renovación de las culturas

⁴⁸⁷ Vigo, Rodolfo Luis, "Directivas de la interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, cit., t. II, p. 1362. Un ejemplo de las consecuencias de la falta de previsión puede ser la carga que implican para el erario público los costos de las sentencias. Sobre este punto véase Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, Querétaro, Fundap, 2004, pp. 59 y ss.

⁴⁸⁸ Vigo, Rodolfo Luis, "Directivas de la interpretación constitucional", cit., pp. 1345-1355.

jurídicas, y para ello, como lo señala Rodolfo Luis Vigo, el papel que le compete desarrollar a la constitución y a la jurisprudencia constitucional es insuperable⁴⁸⁹. Pero quienes interpretan la constitución pueden también, como ya lo han hecho varios tribunales constitucionales, mirar hacia el derecho extranjero o incluso a las decisiones de otros órganos de control⁴⁹⁰. La creciente importancia del derecho comparado en el campo de la interpretación ha hecho incluso que Häberle conciba a la comparación jurídica como método interpretativo pues, como él mismo señala, el Estado constitucional se encuentra en vías de ser “pensado en todo el mundo” como tipo y en cuanto a sus elementos, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales. De esta manera, la comparación de derechos fundamentales (por ejemplo, europeo comunes) es para el intérprete constitucional un “medio de transporte” de su propia interpretación, la cual puede integrar a la comparación otros medios, como la interpretación histórica, la gramatical y la sistemática, o incluso la teleológica, según se presente el problema⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 1361.

⁴⁹⁰ El uso de resoluciones extranjeras ha sido, por ejemplo, una práctica empleada en la Suprema Corte Canadiense, en la que las citas a derecho comparado y sentencias extranjeras son cada día más frecuentes. Un ejemplo emblemático en este sentido es sin duda el caso *Regina vs. Keegstra* en el que la Corte afronta el tema de la legitimidad constitucional de los límites impuestos por la ley penal a la libertad de expresión con contenidos racistas (*hate speech*). A fin de evaluar la legitimidad de las disposiciones del código penal la Suprema Corte canadiense considera conveniente referirse a las experiencias de otros países y, por tanto, en una vasta y articulada digresión, reconstruye los principios expresados por la Suprema Corte de los Estados Unidos sobre la libertad de expresión y sus límites. Asimismo, Sudáfrica es otro país en el que el recurso a la comparación jurídica es muy importante. Las decisiones de la Suprema Corte Sudafricana constituyen un buen ejemplo de la forma en que el uso de los precedentes extranjeros encuentra parte importante de su justificación en la existencia y reconocimiento de un patrimonio constitucional común a las principales naciones en el plano de la tutela de los derechos fundamentales. La referencia a un conjunto de valores y principios constitucionales compartidos por las naciones democráticas es evidente y particular en el caso *S. vs. Lawrence* (S.A. 1776, del año 1997) y el voto particular del juez Sachs. Por otra parte, en España el recurso a las citas de precedentes extranjeros es una práctica que no es extraña al Tribunal Constitucional. Si se toma como muestra el primer año de funcionamiento de este órgano jurisdiccional es posible notar que el Tribunal Constitucional buscó dar fuerza a sus incipientes argumentos refiriendo las decisiones de otras cortes constitucionales. De un total de 42 sentencias, el Tribunal Constitucional hace referencia a sentencias extranjeras en 7 de ellas, en ocasiones más de una vez. En cuatro de estas sentencias, se refiere en general a experiencias jurisprudenciales de otros países (sentencias 3/1981, 5/1981, 6/1981 y 27/1981); en dos de ellas a sentencias del Tribunal Federal Alemán (sentencias 4/1981 y 5/1981); en tres a decisiones de la Corte Constitucional Italiana (sentencias 4/1981, 5/1981 y 31/1981) y en dos sentencias más a órganos de control constitucional franceses (sentencias 5/1981 y 26/1981). Sobre este punto véase Pegoraro, Lucio, “L’argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana”, en Franco Ferrari, Giuseppe y Gambaro, Antonio (coord.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 477-513.

⁴⁹¹ Häberle, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, cit., t. I, pp. 683-685.

Sin embargo, como también señala este autor:

[...] es necesaria "una "relativización" o mejor, una precisión: en el marco de una teoría constitucional practicada como ciencia jurídica de los textos y la cultura, siempre hay que tomar en cuenta también los contextos culturales. La individualidad culturalmente captada de un Estado constitucional no debe ser anulada interpretativamente por el "medio" o el "vehículo" de la comparación constitucional o de los derechos fundamentales, pues entonces la pluralidad corre el riesgo de verse reducida a uniformidad. Las similitudes textuales externas no deben ocultar las diferencias que proceden del contexto cultural de la Constitución en cuestión. Los contenidos (de derechos fundamentales) que se reciben por la vía de la comparación jurídica deben ser repensados en el contexto "propio" del Estado constitucional receptor⁴⁹².

Esto explica por qué el prestigio de cada una de las cortes o de los sistemas jurídicos extranjeros es un hecho cultural que encuentra su razón de ser en vínculos tradicionales entre los diversos países y sólo así puede explicarse la influencia de las resoluciones del Tribunal federal Alemán en Europa del Este o, por ejemplo, que el Tribunal constitucional de Polonia mire hacia la jurisprudencia constitucional lituana, a la que no se recurre frecuentemente en otros países. Por tanto, como lo señala Zagrebelsky, el presupuesto para el diálogo entre las cortes y entre los derechos no es necesariamente el regreso a la idea del derecho natural ni la ilusión del progreso, sino que también puede ser la prudencia del empirista que quiere aprender, además de los propios, también de los errores y aciertos de los demás. Basta reconocer que las normas de la Constitución, por ejemplo en el tema de la dignidad e igualdad de todos los seres humanos y de los derechos fundamentales, aspiran a la universalidad y que su interpretación, incluso a primera vista, no es la interpretación de un contrato, de una decisión administrativa, y ni siquiera de una ley, emanada de voluntades políticas contingentes⁴⁹³. En suma, el uso del derecho

⁴⁹² *Ibidem*, p. 685.

⁴⁹³ Discurso oficial pronunciado frente al Presidente de la República el 22 de abril de 2006 en Roma, con motivo de la celebración del 50º aniversario de la Corte Constitucional italiana. La traducción al español de este discurso, a cargo de Miguel Carbonell, puede encontrarse en el número 117 del Boletín Mexicano de Derecho Comparado, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

comparado, si se lleva a cabo dentro de los límites objetivos que marcan la realidad cultural y el momento histórico de cada nación, puede ser un elemento cargado de futuro para la interpretación jurisdiccional de la constitución.

Todos estos criterios, hay que decirlo de nueva cuenta, no excluyen el uso de los métodos tradicionales de interpretación por parte del órgano de control. Cuál es la forma en que se emplearán estos métodos o los que preferirá el intérprete para llevar a cabo su labor, depende de la propia concepción que tiene del derecho constitucional y de la constitución, pero también de una serie de factores que debe tomar en cuenta al momento de llevar a cabo la labor interpretativa.

Por ejemplo, la realidad constitucional que dota de contenido a las constituciones, en los términos en que la entiende Grimm⁴⁹⁴, juega un papel fundamental en este sentido; pero, a pesar de ello, la decisión sobre los métodos y la forma en que los emplea el intérprete (teniendo en cuenta los criterios que se han señalado) es sólo su responsabilidad. Por ello si alguien se planteara la pregunta sobre por qué los órganos de control aplican el derecho de cierta manera, la única respuesta posible (y sincera) sería: porque, *à tort ou reason*, así lo han decidido. Que esta decisión se ve influenciada por una cierta visión teórica u otra, de eso no cabe duda, y es precisamente por ello que el intérprete debe justificar su decisión, pues sólo de esta forma dotará de fuerza, autoridad y legitimidad a la resolución que toma y a la elección de los métodos interpretativos (pero no sólo de esta índole, sino a los jurídicos en general) que ha empleado. En este aspecto juega un papel sumamente importante la argumentación empleada por el órgano de control⁴⁹⁵. Y es que

⁴⁹⁴ Al referirse a la realidad constitucional, Grimm señala que “Cuando se acepta que la constitución no puede proporcionar más que las normas básicas del proceso político, se desactiva el problema de la diferencia entre derecho constitucional y realidad constitucional. La existencia de esta última sólo puede suscitar disgusto cuando se entiende la constitución como una herramienta para la juridificación total de la política; por el contrario, si se la considera sólo como marco y medida orientadora para la política, entonces es imprescindible que ésta dé vida a aquélla. Y una realidad constitucional consistente en dar contenido a ese marco no mina el poder normativo de la constitución ni indica pérdida de su validez. Ciertamente, este tipo de realidad constitucional que llena de contenido la constitución se distingue de la que la vacía y más aún de la que la desborda”. Véase Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, p. 33.

⁴⁹⁵ Al respecto es importante referir la diferenciación que Atienza establece entre argumentación jurídica y método jurídico. Para él, la diferencia entre estos dos términos “radica esencialmente en que la primera tiende a centrarse en el discurso justificativo (particularmente, el de los jueces), mientras que ‘método jurídico’ (por lo menos entendido en un sentido amplio) tendría que hacer referencia también a otra serie de operaciones llevadas a cabo por los juristas profesionales y que no tienen estrictamente (o no sólo) un

los argumentos empleados por los órganos controlantes a favor de las diferentes conclusiones a las que llegan tienen una relevancia especial en su actividad interpretativa, ya que el discurso que emplean se halla comúnmente constituido por un enunciado interpretativo (informativo o estipulativo) y por uno o más argumentos ofrecidos para apoyar o respaldar la interpretación propuesta.

La argumentación que emplean los órganos jurisdiccionales de control es fundamental en el Estado constitucional de derecho, pues mientras al legislador se le exige autoridad y ostenta una legitimidad de origen, los jueces constitucionales deben responder de la forma en que ejercen su actividad y tienen una legitimidad de ejercicio basada en su actuación racional y en la aceptabilidad de sus decisiones. Por tanto, es evidente que las decisiones jurídicas que tomen los integrantes de los órganos de control se deben justificar, sin que de ninguna manera quepa evitar esto, ya que, en caso contrario, se regresaría a la época de arbitrariedad, de los gobiernos absolutistas, en que era aplicable la frase de Juvenal *hoc volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas*. En los sistemas democráticos la simple referencia a los textos jurídicos no es suficiente. La gente pide más y plantea una cuestión adicional: ¿por qué? Y la única forma de dar una respuesta válida y condensible a esta cuestión es usar argumentos apropiados⁴⁹⁶.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aquí se están manejando dos nociones distintas de argumento⁴⁹⁷. La primera de ellas contempla que un argumento es un conjunto estructurado de proposiciones regido por una regla o técnica de argumentación. Este tipo de argumentos tienen la siguiente forma básica: a) dada una formulación normativa con

carácter argumentativo: por ejemplo, encontrar el material con el que resolver un caso o adoptar una decisión en relación con un caso (en la medida en que se distingue la justificación de esa decisión). De hecho, lo que puede llamarse 'teoría estándar de la argumentación jurídica' parte de una distinción clara (que no suele encontrarse en los cultivadores más tradicionales de la metodología jurídica), por un lado, entre la decisión (judicial) y el discurso referido o conectado con la decisión; y, por otro lado (en el plano del discurso), entre el de carácter justificativo y el descriptivo explicativo; la teoría de la argumentación jurídica de nuestros días se ocupa, casi exclusivamente, del discurso justificativo de los jueces, esto es de las razones que ofrecen como fundamento –motivación– de sus decisiones (el contexto de la justificación de las decisiones), y no de la descripción y explicación de los procesos de toma de decisión (el contexto del descubrimiento) que exigirían tomar en cuenta factores de tipo económico, psicológico, ideológico, etcétera". Véase Atienza, Manuel, "El derecho como argumentación", en Atienza, Manuel y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, pp. 4-5.

⁴⁹⁶ Véase Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, cit., pp. 341-342.

⁴⁹⁷ En este sentido Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2001, p. 92.

la característica C, ella debe ser interpretada del modo M; *b*) la formulación normativa F tiene la característica C; *c*) por lo tanto, la formulación normativa F debe ser interpretada del modo M. En este esquema, la premisa *a*) constituye una pauta interpretativa general que indica el modo en que debe ser interpretada toda formulación normativa que exhiba cierta característica; la premisa *b*) especifica que determinada formulación normativa tiene la característica referida; la conclusión *c*) constituye una pauta interpretativa específica que indica el modo en que debe ser interpretada la formulación normativa en cuestión. Estos argumentos actúan como pautas interpretativas generales y ocupan el lugar de la premisa *a*), indicando el modo en que deben ser interpretadas ciertas formulaciones normativas⁴⁹⁸. El listado de argumentos tradicionales en el ámbito jurídico dentro de esta concepción que se usan también en los procesos de control de constitucionalidad según Mendoca y Guibourg⁴⁹⁹, incluye habitualmente los siguientes tipos:

-*Argumento “a simile”*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a otra formulación normativa ya interpretada, con la cual guarde semejanza relevante o idéntica *ratio*.

-*Argumento “a fortiori”*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a otra formulación normativa ya interpretada, cuya *ratio* valga con mayor razón para aquélla.

-*Argumento “a contrario”*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada excluyendo de su alcance todo caso distinto del expresamente incluido.

-*Argumento “a rubrica”*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a los títulos y a las divisiones legales que incluyen a aquélla.

-*Argumento psicológico*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a la voluntad del legislador, voluntad que se manifiesta en su exposición de motivos, preámbulos y trabajos preparatorios.

⁴⁹⁸ Mendoca, Daniel y Ricardo A. Guibourg, *La odisea constitucional, cit.*, p. 107.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, pp. 107-112.

-*Argumento “sedes materiae”*. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo al lugar que ocupa en el contexto del que forma parte.

-*Argumento “ab auctoritate”*. Dada una formulación normativa con significado controvertido ella debe ser interpretada atendiendo a la opinión de determinada autoridad intelectual o jurídica.

-*Argumento histórico*. Dada una formulación normativa con significado controvertido ella debe ser interpretada atendiendo a los precedentes existentes, empezando por los inmediatos.

-*Argumento teleológico*. Dada una formulación normativa con significado controvertido ella debe ser interpretada atendiendo a su propia finalidad objetiva, suponiendo que fue dictada como medio adecuado para alcanzarla.

-*Argumento económico*. Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada prescindiendo de aquel (o aquellos) significado(s) que suponga(n) una repetición respecto de lo establecido por otra formulación normativa ya interpretada.

-*Argumento “a coherentia”*. Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada prescindiendo de aquel (o aquellos) significado(s) que suponga(n) una contradicción respecto de lo establecido por otra formulación normativa ya interpretada.

-*Argumento “ad absurdum”*. Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada prescindiendo de aquel (o aquellos) significado(s) que dé(n) lugar a consecuencias absurdas o que contrasten con valoraciones del sentido común.

-*Argumento pragmático*. Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada optando por aquel significado que lo haga más eficaz para lograr su finalidad, prescindiendo del (de los) significado(s) que la convierta(n) en ineficaz a ese respecto.

Cada uno de estos argumentos, como lo señalan los propios Mendoca y Guibourg, plantea serios problemas a la hora de su aplicación, sobre todo por la buena dosis de

vaguedad que contienen sus respectivas formulaciones. Sucede, además, que no todos ellos son compatibles entre sí y, por consiguiente, no siempre conducen a idénticos resultados. Por otro lado, no existen pautas generales que establezcan jerarquías entre ellos, lo que dificulta la opción entre uno y otro ante un caso particular. Es por esto que el bagaje teórico y los criterios a los que se han hecho referencia cobran especial importancia en la objetivación de la actividad interpretativa.

Pero éstos no son los únicos razonamientos utilizados por el intérprete. La segunda noción de argumento es aquella que relaciona este término con cualquier elemento de un proceso argumentativo que contribuya a persuadir a un auditorio, por ejemplo, presentar un dato de manera que el otro lo perciba (lo interprete) en una forma determinada⁵⁰⁰. Así que parte importante también en la argumentación de los órganos de control no es sólo el uso de un determinado argumento, sino la forma en que utilice las técnicas argumentativas y las razones que emplee para usarlas, pues como señalaba Carnelutti, una sentencia que decide bien pero razona mal debe ser descalificada.

Entonces se plantea el problema de señalar cuáles son los requisitos para que la argumentación sea apropiada. Vigo trata de dar respuesta a esta interrogante señalando que, para que la argumentación se considere adecuada se requiere que ésta sea: coherente (no debe entrar en contradicción consigo ni con anteriores decisiones); universal (debe valer para ese y todos los casos similares); sincera (no debe apoyarse en falsedades); eficiente (debe expresar todos los argumentos fuertes que se pudieran aducir sobre el resultado); controversial (debe atender a todos los argumentos del sujeto pasivo y rebatirlos), y contextualizada (debe argumentarse desde un sistema jurídico determinado)⁵⁰¹.

Si se cumplen estos requisitos, la argumentación puede llevar a cabo funciones que no se quedan simplemente en el ámbito jurisdiccional. En este sentido Taruffo señala que la argumentación puede ser: *a)* Validante jurídicamente de la decisión; *b)* Posibilitadora del control de la misma; *c)* Legitimadora del juez; *d)* Concretizadora del derecho para el

⁵⁰⁰ Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, cit., p. 92.

⁵⁰¹ Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación jurídica (Del modelo juspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 37.

caso; e) Didáctica; f) Enriquecedora de la ciencia jurídica; g) Estabilizadora al descargar futuras argumentaciones; h) Pacificadora, y, finalmente, i) Moralizadora de la autoridad⁵⁰².

Con todo lo dicho hasta este punto, se hace evidente que la interpretación y la argumentación que llevan a cabo los órganos de control están íntimamente relacionadas, toda vez que la interpretación se debe apoyar en una determinada técnica de argumentación que también le sirva para justificar la decisión a la que llegue. No basta decidirse por un método e invocarlo, sino que es necesario argumentar por qué la preferencia por ese método y no por otro que pudiera llevar a una decisión distinta, ya que utilizar correctamente un método presume corrección, pero no da una total garantía de que no haya existido coacción o arbitrariedad, ni de que exista una adecuada justificación para ese uso⁵⁰³.

Adicionalmente, no sólo se debe argumentar el porqué de un método, sino que se debe acreditar también argumentativamente que se cumplieron todos sus pasos. Asimismo, si se cambia un paso o se establece un orden jerárquico distinto entre los argumentos, se debe justificar la razón por la que se hizo y además tener en cuenta que no todos cumplen la misma función, puesto que algunos aportan referencias para afirmar un determinado significado, mientras que otros sirven para descartar significados y otros aún para afirmarlos⁵⁰⁴.

De cualquier forma, como ya se dijo, la decisión quedará siempre en manos del órgano de control y sus integrantes. La forma en que se interpreta y se argumenta en los distintos tribunales constitucionales o cortes supremas refleja en gran medida el desarrollo del sistema de control de constitucionalidad, su importancia en el marco institucional y la manera de concebir el derecho en un Estado determinado⁵⁰⁵. Las opciones para emplear los métodos de interpretación y los argumentos que se eligen para justificar las decisiones

⁵⁰² Taruffo, Michele, “Primera Lección: Teoría general de la decisión”, en *Cinco Lecciones Mexicanas: Memoria del Taller de Derecho Procesal*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2004, pp. 3-4.

⁵⁰³ Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, cit., p. 366.

⁵⁰⁴ *Idem*.

⁵⁰⁵ Esto independientemente de que, como señalara Cerri, un factor importante que determina el estilo argumentativo de los órganos de control es la estructura del proceso en el que toman sus decisiones. Véase Cerri, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, 4a. ed., Milán, Giuffrè, 2004, p. 438.

varían mucho en los diferentes países e incluso dentro de los mismos cuando cambian los integrantes del órgano de control. Esto tiene que ver con las concepciones teóricas que tienen estos últimos, pero también con la realidad constitucional que condiciona sus razonamientos⁵⁰⁶. En este contexto, como señala Miguel Carbonell, es importante recordar que la práctica jurisprudencial de muchos tribunales constitucionales ha ido cambiando de forma relevante últimamente. Por esta razón, los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento jurisdiccional se hace más complejo. Entran en juego entonces las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales como la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, la proyección horizontal de los derechos o el principio *pro personae*, sólo por mencionar algunas⁵⁰⁷. Estas técnicas podrían caracterizar para muchos la interpretación constitucional y otros las podrían considerar sólo como una opción entre muchas posibles. Los críticos de la tendencia a diferenciar la interpretación constitucional de la interpretación jurídica en general han señalado que quienes siguen este camino manejan a la constitución como si no fuera derecho. Piensan, dicen, más bien en “idearios”, en “decisiones fundamentales”, “en factores reales” y no tratan a la constitución como normas, esto es, no la tratan como derecho. Y esto sólo porque consideran que es un derecho cualitativamente diferente al resto del orden jurídico positivo⁵⁰⁸. No obstante lo anterior, incluso estos críticos aceptan que los idearios pueden convertirse en derecho positivo si el órgano aplicador de la constitución hace caso de los “métodos de interpretación constitucional”⁵⁰⁹ y, podría añadirse, de las técnicas de argumentación siguiendo los criterios señalados con antelación. Es verdad que si el órgano de control hace caso omiso de ellos, sólo representarán una rapsodia de prédicas social humanitarias

⁵⁰⁶ Las forma tan diversa en que se emplean los métodos de interpretación en los Estados Unidos, Canadá, Australia, Alemania, India y Sudáfrica puede apreciarse muy claramente en Goldsworthy, Jeffrey (ed.), *Interpreting constitutions. A comparative study*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

⁵⁰⁷ Carbonell, Miguel, (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH-Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, 2008, p. 9.

⁵⁰⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, “La interpretación constitucional”, *cit.*, p. 1189.

⁵⁰⁹ *Idem.*

(compuesta, como estos críticos indican, por lo general de fórmulas retóricas, dirigidas a las cuerdas más sensibles de la emoción); pero precisamente es en el ámbito teórico donde radica la responsabilidad de crear criterios que influyan y condicionen la actuación de los integrantes de los órganos de control. Sólo así podrá objetivarse una labor que, inevitablemente, tiene contenido subjetivo. Con ello, no cabe duda, se logrará generar mayor certeza sobre los conceptos constitucionales, legitimidad en la actuación de los órganos de control y, consecuentemente, el respeto de las decisiones que éstos toman y con ello una más sólida defensa del orden constitucional⁵¹⁰.

5.4 Las sentencias de los órganos de control

Aun cuando existen otros tipos de decisiones relevantes (autos, decretos, ordenanzas, acuerdos, etc.) que toman los órganos de control, no cabe duda que las sentencias son las más importantes y los aspectos relacionados con ellas uno de los campos más intrincados con los que se topa el control jurisdiccional de constitucionalidad. Es por ello que en este apartado se ofrecerá una visión general sobre este tipo de decisiones, buscando no sacrificar claridad y sencillez por perseguir una pretendida, aunque muy difícil exhaustividad. Se prestará por tanto atención especial a las sentencias que ponen término al control de constitucionalidad de la ley, ya que son las que plantean el mayor número de

⁵¹⁰ Würtenberger al defender la interpretación constitucional, refiere que: “Como todo derecho y toda evolución jurídica en el Estado democrático, también el derecho constitucional y su interpretación y concretización por la jurisprudencia constitucional deben conducirse por un consenso social básico o, cuando menos, por una disposición a la aceptación. Y es que el derecho constitucional regula de un modo efectivo las reglas básicas de la vida social comunitaria y los principios directivos en que se basa el ordenamiento en su globalidad sólo cuando sus regulaciones, así como sus concretizaciones jurídico-constitucionales, pueden ser aceptadas. En correspondencia con ello, los ataques básicos a la interpretación constitucional pueden conducir a la deslegitimación del derecho constitucional.” Würtenberger, sin embargo, agrega también el matiz necesario para que esta afirmación sea compatible en la doctrina del Estado constitucional de derecho, pues agrega que esta situación “no debe malinterpretarse en el sentido de que el consenso y la aceptación sean los únicos y principales objetivos de una evolución democrática del derecho constitucional. Los derechos fundamentales, los derechos de la oposición política o los principios estructurales del Estado ponen claros límites no sólo a la soberanía del legislador parlamentario, sino también a un cambio en la disposición al consenso y aceptación.” Véase Würtenberger, Thomas, “Interpretación del derecho constitucional”, *cit.*, p. 1388.

matices que deben tomarse en cuenta para comprender la importancia de la actividad de los órganos de control⁵¹¹.

La sentencia (del latín *sententia*, máxima, pensamiento corto o decisión) puede definirse, de modo genérico, como la resolución que pronuncia el juez o tribunal para resolver el fondo de un litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso⁵¹². Sin embargo, la sentencia constitucional presenta particularidades importantes pues no se limita a ser un acto procesal, sino que también se muestra como una actividad dirigida a la interpretación creadora del orden constitucional y con contenidos que se relacionan no sólo con el ámbito jurídico, sino muchas veces también con el político. A pesar de ello, no todas las sentencias que recaen en los procesos constitucionales presentan los mismos problemas. Algunas sentencias implican sólo la estimación o desestimación del recurso o la cuestión planteada, mientras que otras, además de hacer esto, tienen funciones que van más allá de un pronunciamiento de este tipo. Las primeras de ellas, siguiendo a Fernández Rodríguez, se calificarán como típicas y, a las segundas, como sentencias atípicas⁵¹³.

5.4.1 Sentencias típicas

En este grupo pueden incluirse las sentencias cuyos rasgos básicos responden a la configuración clásica del órgano de control. Entre ellas, se contemplan, sin lugar a dudas, las sentencias estimatorias y desestimatorias de los órganos controlantes. Por ejemplo, desde una perspectiva elemental, como lo señala Nogueira Alcalá, cuando se considera una sentencia que pone término a una confrontación entre una norma jurídica infraconstitucional y la constitución, la sentencia puede ser estimatoria de la pretensión

⁵¹¹ Nogueira señala al respecto que: “Las sentencias de término constituyen las decisiones jurisdiccionales más importantes de los tribunales constitucionales, tanto desde un punto de vista jurídico como de su trascendencia política, ya que dicha decisión se refiere a la Constitución *Política* del Estado, como asimismo, porque tales decisiones determinan el sentido y alcance de valores y principios constitucionales que modelan y determinan el contenido de la normativa infraconstitucional”. Véase Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, cit., p.235.

⁵¹² Fix Zamudio, Héctor, “Sentencia”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, cit., t. VI, p. 393.

⁵¹³ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., pp. 116 y ss.

de inconstitucionalidad planteada por el requirente o demandante, como asimismo, en aquellos casos en que el orden jurídico establece que el órgano de control debe pronunciarse de oficio u obligatoriamente. A su vez, la sentencia puede ser desestimatoria si el órgano de control, confrontando la constitución con la norma jurídica infraconstitucional impugnada por quienes tienen legitimación activa para ello, determina que la primera no tiene vicios de inconstitucionalidad⁵¹⁴. Pero además de estos casos, existen otros en que las demandas que se plantean ante los órganos de control pueden contener más de una pretensión de declaración de inconstitucionalidad, por lo que las sentencias también pueden ser total o parcialmente estimatorias. Las sentencias de este tipo que no plantean mayores dificultades pueden considerarse como típicas, mientras que aquellas que tienen notables implicaciones y una importante trascendencia jurídica y política merecen ser consideradas como formas atípicas.

El contenido de cada sentencia estará relacionado con la naturaleza del proceso de que se trate y con su objeto. Ya se ha señalado el ejemplo de las sentencias que ponen fin al control de constitucionalidad de la ley, pero éste no es el único. Las sentencias del contencioso de protección de derechos fundamentales deberán determinar si se ha producido o no vulneración de un derecho fundamental en el supuesto planteado. Si la vulneración ha existido se tendrá que eliminar aquel acto, decisión o resolución que la ha provocado, adoptando las medidas pertinentes para restablecer la integridad del derecho y su protección. Las sentencias que acaben con conflictos positivos de competencias o atribuciones fijarán a quién le corresponde la titularidad de la competencia o atribución controvertida y decidirán la validez o invalidez de la disposición o acto impugnado basado en la competencia discutida. Por su parte, las sentencias que resuelven conflictos negativos también tendrán que fijar la titularidad competencial, mientras que las sentencias que recaen sobre conflictos entre órganos tendrán que solventar las situaciones de hecho o de derecho nacidas del uso de la competencia o atribución controvertida⁵¹⁵. Éstos son sólo

⁵¹⁴ Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, cit., p. 238.

⁵¹⁵ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., pp. 116-117.

algunos ejemplos de los muchos que se pueden presentar en virtud del contencioso que resuelva el órgano de control.

Es necesario determinar también cuál es la parte vinculante de las sentencias y los efectos que éstas producen. Por lo que hace al primer aspecto, Nogueira Alcalá ha señalado que:

Es punto pacífico en la doctrina y el derecho positivo comparado la obligación de cumplir lo resuelto en la parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Constitucional, debatiéndose en doctrina y dependiendo de la normativa que regula las sentencias en cada país, si los elementos de razonamiento que sustentan la decisión o que constituyen *ratio decidendi* del contencioso sometido a la consideración del Tribunal Constitucional tienen carácter vinculante a diferencia de los *obiter dicta*, sin perjuicio de la dificultad para separar claramente unos de otros⁵¹⁶.

Hay que añadir además que en los sistemas de control concentrado, la distinción entre la parte dispositiva y la motivación es muy importante, al menos en los casos en que el efecto vinculante de la decisión no se extiende a la parte de la motivación. La razón es simple: en tales ordenamientos la parte dispositiva es la que provoca la anulación de la ley, y es por tanto esta parte del pronunciamiento la que produce los efectos de la resolución. Por su parte, en los modelos de control difuso (o mejor dicho en los ordenamientos de *common law*), el valor del precedente comprende por entero la *ratio decidendi* de la motivación. En este modelo pasa a un segundo plano la parte de la decisión en la que el tribunal dispone respecto al caso concreto, que en los *reports* se cita con el nombre de los contendientes, pero no con relación a los aspectos personales del caso, sino por aquello que se ha establecido, de una vez para siempre, con relación a los perfiles jurídicos esenciales que caracterizan las controversias⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, cit., p. 246.

⁵¹⁷ Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, cit., pp. 138-139. Este autor señala también que en este caso, existen excepciones pues, por ejemplo, “la giurisprudenza canadese ha elaborato un tipo di pronunce che contengono quella che la dottrina denomina una ‘*constitutional exemption*’. Con esse, è fatta salva la legge, la cui applicazione non viene tuttavia estesa alla parte o alle parti”.

Lo anterior, como lo señala Lucio Pegoraro, suscita el problema de las sentencias constitucionales como fuentes del derecho, así como la duda sobre si el carácter de fuente de una sentencia se refiere a la totalidad, o sólo a la parte dispositiva de la misma. La respuesta más compartida parece ser que ciertas sentencias deben ser consideradas como fuentes del derecho. Y es que, como menciona este autor:

Siendo conocido por todos que en los ordenamientos de *common law* el precedente judicial se considera fuente del derecho y siendo pacífica la idea de que nunca pueden ser consideradas como tales las decisiones asumidas por los tribunales constitucionales en sede de control preventivo de las leyes (o de otros actos normativos), observamos que -a pesar de autorizadas opiniones en contrario- parece preferible la tesis de que también en los sistemas de *civil law* deban incluirse como fuente del derecho las sentencias de los tribunales constitucionales con eficacia *erga omnes*. Independientemente del modo en que se configure o sea denominado el efecto producido por la decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo vigente (y por tanto la abrogación o la anulación), el resultado alcanzado es precisamente el de expulsar normas del ordenamiento jurídico, pero también introducir otras nuevas⁵¹⁸.

Para comprender bien los alcances de la reflexión que hace Pegoraro, es necesario hacer referencia a los efectos de las sentencias de los órganos de control. Por lo que se refiere a los efectos del fallo respecto de las personas, las sentencias constitucionales pueden tener efectos *inter partes*, es decir, sólo en el caso concreto y respecto de las partes que han actuado en él, o bien, *erga omnes*, si la decisión es vinculante respecto de todos, lo que, como señala Nogueira, “otorga a la sentencia una fuerza similar a la que detenta el poder legislativo, pero de carácter inverso, al eliminar el precepto normativo del ordenamiento jurídico, que es la regla general en el caso de las acciones abstractas de inconstitucionalidad que se concretan cuando el precepto impugnado ya forma parte del ordenamiento jurídico (control represivo o reparador)”⁵¹⁹.

⁵¹⁸ *Ibidem*, pp. 139-140.

⁵¹⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, cit., p. 255.

Además de los efectos personales de las sentencias de los procesos constitucionales, deben también tomarse en cuenta sus efectos temporales. En efecto, las sentencias de los órganos jurisdiccionales de control pueden tener efectos *ex tunc* o *ex nunc*. El primero de los casos se presenta si las sentencias determinan la nulidad de la norma o acto impugnado, eliminándolo del ordenamiento jurídico con efecto retroactivo. Así, se considera que la norma o el acto nunca existieron y, por tanto, la sentencia tiene carácter declarativo⁵²⁰. Por el contrario, se considera que una sentencia tiene efectos *ex nunc* cuando el fallo que reputa inconstitucional una norma o un acto no tiene efectos declarativos, sino constitutivos, es decir, que se despliegan hacia el futuro (salvo en materia penal, en la que los efectos pueden hacerse retroactivos a favor del inculpado). Sin embargo, existe también un sistema intermedio en Costa Rica. En este país, la sentencia de la Sala Constitucional anula y elimina a la norma declarada inconstitucional con efectos retroactivos; pero por razones de seguridad jurídica, justicia o paz sociales, la Sala puede graduar y dimensionar en el espacio, tiempo y materia, la retroactividad de los efectos⁵²¹.

Finalmente, deben hacerse también algunas consideraciones sobre el efecto de cosa juzgada de las sentencias que recaen en los procesos constitucionales. Sobre este punto, Nogueira Alcalá distingue entre el valor de cosa juzgada formal (que se da cuando el respectivo tribunal emite un fallo, pero existen aún recursos que permiten impugnar dicha sentencia ante tribunales o cortes superiores) y el de cosa juzgada material (cuando no existe la posibilidad de impugnar el fallo dictado por el tribunal ya sea porque no existe

⁵²⁰ Sin embargo, en ocasiones existen límites a los efectos retroactivos de las sentencias. El primero de ellos lo constituyen los derechos adquiridos de buena fe. Es sabido que este principio se encuentra implícito en todas las constituciones, pues las relaciones humanas y, en particular, la mayoría de las instituciones jurídicas, se fundamentan en él. Por tanto, una sentencia estimatoria no puede desconocer los derechos adquiridos de buena fe por terceros al amparo de la norma o actos declarados inconstitucionales. Por otra parte, el segundo límite fundamental a la retroactividad de las sentencias estimatorias lo constituyen aquellas relaciones o situaciones jurídicas que están consolidadas por prescripción o caducidad, cuyo fundamento se encuentra en el principio de seguridad jurídica. El tercer límite lo constituyen las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada material, las cuales no pueden ser afectadas por una declaratoria de inconstitucionalidad, pues se violaría el principio constitucional de seguridad jurídica. Finalmente, este principio constitucional fundamenta también el límite de que las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad no afecten las relaciones o situaciones jurídicas extinguidas por consumación material de los hechos, cuando éstos fueren material o técnicamente irreversibles. Véase Hernández Valle, Rubén, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, cit., pp. 115-116.

⁵²¹ Arts. 88 y 91 de la Ley de Jurisdicción constitucional.

recurso para hacerlo o porque ha expirado el plazo para interponer los medios de impugnación existentes). Una vez que ha hecho esta distinción, Alcalá señala que en el ámbito de la jurisdicción constitucional, para que exista una cosa juzgada constitucional material, es necesario que las partes no puedan reabrir el debate constitucional sobre la misma materia en otro procedimiento. Así:

En los países que tienen una jurisdicción constitucional concentrada, la sentencia del Tribunal o Corte Constitucional adopta el carácter de cosa juzgada formal y material o sustancial, salvo los casos en que ella sea revisable mediante algún procedimiento o trámite por el propio Tribunal Constitucional, o cuando el Estado ha reconocido jurisdicción en la materia a un Tribunal supra o transnacional a cuyas sentencias se le ha reconocido carácter jurídico vinculante. En tal caso, la sentencia del Tribunal Constitucional sólo tendrá carácter de cosa juzgada formal mientras no transcurran los plazos que permiten impugnar el fallo, teniendo sólo el carácter de cosa juzgada material si transcurren los plazos sin que dicha sentencia sea recurrida. En este último aspecto, la Constitución peruana [determina en forma explícita] en su artículo 205 que “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”⁵²².

Pero además, en los procesos jurisdiccionales de control, puede darse el caso de que los fallos del Tribunal o Corte constitucional que determinen la constitucionalidad de un enunciado normativo constitucional no tengan fuerza de cosa juzgada material, si a través de un procedimiento posterior, otras partes pueden volver a sostener la inconstitucionalidad del mismo enunciado normativo por la misma razón, situación que posibilita la revisión del criterio antes utilizado por el mismo Tribunal constitucional sobre la conformidad de dicho enunciado normativo con el texto constitucional, generando una nueva doctrina con nuevos fundamentos⁵²³. Éstas son algunas de las características y los

⁵²² Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, cit., p. 243.

⁵²³ *Ibidem*, pp. 243-244.

efectos de las sentencias típicas que, como regla general, aplican también a las sentencias que se calificarán como atípicas. Sin embargo, es precisamente el hecho de que en ocasiones no existan reglas tan claras en este sentido, lo que hace que la doctrina considere que existe un grupo de sentencias a las que se les puede agregar este calificativo. A estas sentencias de carácter atípico se dedicarán las páginas que siguen.

5.4.2 Sentencias atípicas

Los pasos que se han dado en materia de control de constitucionalidad han hecho que este tipo de control no se mantenga estático o dentro de los márgenes en los que fue concebido. La razón es que la realidad constitucional cambia y, consecuentemente, los problemas a los que deben enfrentarse los órganos controlantes se vuelven cada día más complejos. Esta situación ha hecho que surjan nuevos instrumentos de decisión con características que no pudieron haber sido contempladas cuando los sistemas de control comenzaban a funcionar. Y es que hoy en día entre las sentencias estimatorias y desestimatorias se abre un amplio abanico de posibilidades decisorias que sirven para hacer frente de manera más adecuada a los problemas de gran complejidad o con un alto contenido político, social y económico, así como para evitar males mayores que los que se tratan de conjurar con las decisiones de los órganos de control. Esto explica, a decir de Brage Camazano, por qué los órganos de control:

han ido descubriendo y creando, por medio de la interpretación constitucional y normalmente sin base legal, diversas técnicas que modulan de alguna forma la declaración pura y simple de inconstitucionalidad, especialmente en aquellos sistemas que parten como principio general de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad. Ello ha podido dar lugar a situaciones como la italiana, donde, como Rolla y Groppi subrayan, frente al carácter estático de la legislación procesal constitucional, la jurisprudencia constitucional se ha caracterizado por un “intenso dinamismo”, en especial respecto de las modalidades sentenciadoras y sus efectos sobre el ordenamiento. Y esta variedad tipológica de sentencias de inconstitucionalidad ha llevado también a Fernández Segado, siguiendo a Barile, a hablar de que los tribunales

constitucionales, por medio de una cierta sustitución institucional parcial respecto del legislador (se habla incluso de *sentenze-legge* por Zagrebelsky), “influyen sobre el *indirizzo politico*, no sólo constitucional, sino también de gobierno”. Dicho de otro modo, los tribunales constitucionales ejercen en alguna medida una verdadera función de dirección política que se proyecta sobre los restantes órganos constitucionales⁵²⁴.

De esta manera, se ha conformado, en palabras de este autor, un amplio “arsenal sentenciador” por parte de los órganos de control que se sitúa entre las sentencias estimatorias y las desestimatorias, con lo que resulta que, si bien la alternativa nulidad/conformidad constitucional representa el modelo clásico de control jurisdiccional de las normas emanadas del legislativo, este modelo hoy ha sido ya, o está siendo, ampliamente superado por medio de la interpretación constitucional aplicada a las modalidades sentenciadoras. Un ejemplo de estas modalidades lo constituyen aquellas sentencias prospectivas con eficacia *ex nunc*, que surten efectos a partir de un plazo (determinado o indeterminado) que el órgano de control fija (eficacia diferida), frente a la tradicional retroactividad de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley (la sentencia “descubre” un vicio originario en la ley que la da por nula o inexistente desde su origen, lo que permite revisar todas las aplicaciones pasadas de la misma)⁵²⁵.

⁵²⁴ Brage Camazano, Joaquín, “Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad, arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas””, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coord.), *Interpretación constitucional, cit.*, p. 150.

⁵²⁵ *Ibidem*, pp. 151-153. Joaquín Brage señala que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha adoptado esta doctrina desde su sentencia *Defrenne*, de 8 de abril de 1976. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde su sentencia *Marcks*, de 13 de junio de 1979, retomó esta idea y la hizo suya. Este órgano jurisdiccional ha señalado que “Si las consecuencias prácticas de toda decisión judicial deben ser cuidadosamente sopesadas, ello no podría llevar, sin embargo, a doblegar la objetividad del Derecho y comprometer su decisión futura en razón de las repercusiones que una decisión de justicia pueda implicar para el pasado”, lo que lleva a adoptar una decisión con eficacia *pro futuro* en atención a las “consecuencias imperiosas de seguridad jurídica” que así lo exigen. Por su parte, en Austria, se parte del principio general de la eficacia *ex nunc* de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad y, por vía de excepción, se admite incluso que el órgano de control difiera esa eficacia por un plazo nunca superior a los dieciocho meses siguientes a la publicación de la sentencia (*Wartenfrist, Karenzfrist*). Pero se admite igualmente, también por la vía de excepción, que el órgano controlante pueda, discrecionalmente, establecer la retroactividad respecto de hechos consumados antes de la anulación. Ello da notable flexibilidad al órgano de control al determinar la eficacia en el tiempo de sus sentencias, si bien las mismas han de aplicarse siempre retroactivamente al caso concreto que dio lugar, en su caso, al control de la constitucionalidad. Finalmente, el Tribunal Federal Alemán hace una distinción entre mera inconstitucionalidad e inconstitucionalidad con nulidad. La primera de estas calificaciones no supone la nulidad *ex tunc* de la ley, sino sólo una exhortación al Poder Legislativo para que la sustituya (admitiendo su constitucionalidad

Estas sentencias, cuyo origen se encuentra en la sentencia *Linkletter vs. Walker* de la Suprema Corte de los Estados Unidos, ofrecen a los órganos de control facultades para modular en el tiempo sus decisiones, tratando, de esta forma, de encontrar una solución más justa que escape de rigideces que obstaculizarían la buena marcha de su proceder jurisprudencial⁵²⁶.

Otro tipo de sentencias atípicas son las denominadas interpretativas que derivan de la presunción de constitucionalidad de la ley. Estas sentencias están vinculadas al principio de interpretación conforme a la constitución⁵²⁷ y responden a una lógica clara, siendo una buena muestra de ello la aceptación de este principio por vía jurisprudencial en prácticamente todos los sistemas de control de constitucionalidad y muy singularmente en la doctrina del Tribunal constitucional alemán (*Verfassungskonforme Auslegung*)⁵²⁸. Según Hernández Valle, existen dos modalidades de sentencias estimatorias interpretativas que son claramente distinguibles: *a)* las que se dictan cuando la inconstitucionalidad se produce por interpretación errónea o aplicación indebida de una norma a un caso concreto, y *b)* las que se emiten cuando el texto o la norma impugnados son inconstitucionales por sus efectos⁵²⁹.

El primer caso se presenta cuando el texto de una ley o un acto considerados como inconstitucionales no son contrarios directamente a la constitución. No obstante, su interpretación errónea o aplicación indebida, tanto por las autoridades judiciales como administrativas, implica una clara violación al texto constitucional, dado que la norma recabada de esta interpretación o aplicación, se pone en abierto contraste con la constitución, sus valores o principios. En estos casos, las sentencias estimatorias no

provisional entre tanto) por una nueva en un plazo determinado o cuanto antes; se impone, pues, por la sentencia constitucional la eliminación de la norma incompatible, lo que el legislador hará por la técnica de la derogación (*ex nunc*) y no por la de la anulación retroactiva.

⁵²⁶ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., p. 138.

⁵²⁷ El juez Cardozo de la Suprema Corte norteamericana enunció en la sentencia *Aswarder vs. Tennessee* este principio de la siguiente manera: “Cuando es puesta en duda la validez de una ley del congreso, aun cuando exista una seria duda sobre su constitucionalidad, es un principio cardinal que esta Corte decida, en primer lugar, si es posible una construcción o interpretación flexible de la ley, mediante la que pueda ser evitada la cuestión de su constitucionalidad”.

⁵²⁸ Brage Camazano, Joaquín, “Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad, aresnal sentenciador”, cit., pp. 167-168.

⁵²⁹ Hernández Valle, Rubén, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, cit., pp. 89-90.

declaran inconstitucional el texto de la disposición o del acto impugnado, sino la interpretación errónea o la aplicación indebida que las autoridades hacen de ese texto. Por lo tanto, la disposición legislativa o el acto de donde se recabó la norma declarada inconstitucional, se mantiene inalterado y sigue surtiendo sus efectos normales. Lo que no pueden realizar en el futuro las autoridades es darle a ese texto la interpretación que ha sido declarada como inconstitucional⁵³⁰.

El segundo caso está conformado por las sentencias que declaran que un texto o una norma son nulas, no porque violen la constitución de manera directa, sino más bien porque su aplicación modifica inconstitucionalmente otra norma del ordenamiento o bien porque su aplicación implica la violación indirecta del parámetro del juicio de constitucionalidad. Entonces, en estos casos la sentencia estimatoria no declara inconstitucional la norma o actos impugnados por rozar directa e inmediatamente la constitución, sus principios y valores, sino más bien por sus efectos, dado que su aplicación modifica inconstitucionalmente otra norma o bien porque su aplicación viola, de manera indirecta, el texto constitucional⁵³¹.

El siguiente tipo de sentencias son las admonitorias. Con estas decisiones, el órgano de control desestima la pretensión de impugnar una ley, considerándola constitucional, pero, al mismo tiempo, con ellas se pretende desencadenar la actuación del legislador. Estas sentencias se caracterizan por determinar el “posterior deber legislativo de corrección” (*Nachbesserungspflicht*) y se suelen utilizar, como señalan Giancarlo Rolla y Tania Groppi, en asuntos de elevada politicidad. En Italia, se les conoce como *le doppie pronunce*, pues la Corte constitucional introduce una escisión lógica entre la parte dispositiva, en la que declara constitucional la ley, y su fundamentación, en la que se deja entrever claramente que las dudas de constitucionalidad son fundadas, por lo que la Corte anticipa su decisión de considerar la ley inconstitucional, pero sin llegar a declararlo

⁵³⁰ *Ibidem*, pp. 90-91. Este autor señala también que una consecuencia negativa de estas sentencias es que en la práctica se producen con frecuencia enfrentamientos constantes entre los diversos órdenes jurisdiccionales, pues las Salas de Casación (o, en general, los tribunales de última instancia pertenecientes a la jurisdicción ordinaria) son proclives a desconocer las interpretaciones de las normas subconstitucionales que realizan los tribunales constitucionales. De esa forma se produce una dicotomía interpretativa entre dos altos tribunales: uno obligado a velar por el fuero de la legalidad y otro con competencia para tutelar el principio de supremacía constitucional.

⁵³¹ *Ibidem*, pp. 92-93.

expresamente, de modo que en ocasiones llega a concederse al legislador un cierto tiempo para intervenir y sólo si éste no interviene, la Corte constitucional declarará la inconstitucionalidad cuando en el futuro se le vuelva a plantear la cuestión⁵³². Estas sentencias pueden ser específicas y contener datos puntuales sobre la forma en que debe actuar el legislador e incluso plazos determinados en los que se debe producir la modificación de los textos legales, o bien, pueden ser muy genéricas y flexibles.

Las sentencias apelatorias son otro tipo de decisiones que se suman al elenco de sentencias atípicas y se caracterizan por una gran riqueza y variedad que es bien conocida en la práctica jurisprudencial alemana (*Apellentscheidungen*). Esta clase de sentencias pueden reconducirse, en este país, a tres tipos de supuestos según el motivo que las origina: *a)* cambio en las relaciones de hecho y/o jurídicas; *b)* incumplimiento de un deber constitucional de legislar, y *c)* falta de evidencia de la inconstitucionalidad. Joaquín Brage, al referirse a estas sentencias propone una diferenciación entre ellas y las sentencias de mera inconstitucionalidad. Al respecto, este autor señala que:

La diferenciación de las sentencias de mera inconstitucionalidad o incompatibilidad con la Constitución y las sentencias apelatorias es particularmente compleja, en especial si se parte del dato de que en ocasiones [...] las primeras incluyen también una apelación al legislador para que actúe y, a veces, un plazo dentro del cual ha de hacerlo. Ahora bien, puede decirse que hay una diferencia formal o estructural básica entre uno y otro tipo de sentencia, y ello por cuanto que mientras las sentencias de mera inconstitucionalidad son estimatorias de la incompatibilidad con la Constitución, aunque no declaren la nulidad de la ley, en el caso de las sentencias apelatorias se considera la ley constitucional si bien en tránsito, por así decirlo, hacia la inconstitucionalidad, motivo por el cual se anexa a la sentencia una apelación al legislador para que regule urgentemente una determinada materia de conformidad con las exigencias que la Constitución impone en la interpretación del Tribunal constitucional, fijándose en ocasiones, incluso, bien que de forma más o menos determinada, un plazo para hacerlo así. Con todo, las cosas no son tan claras en la realidad y con frecuencia la separación

⁵³² Rolla, Giancarlo y Groppi, Tania, “Tra politica e giurisdizione: Evoluzione e sviluppo della Giustizia costituzionale in Italia”, *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 172 y ss.

entre un tipo y otro de sentencias se hace especialmente compleja, no existiendo un consenso suficiente todavía al respecto y predominando, como por otra parte es lógico, en los tribunales constitucionales un enfoque pragmático e integrador⁵³³.

Pero al margen de ello, a decir del propio Brage Camazano, debe señalarse que lo característico y esencial de este tipo de sentencias, como su propio nombre lo indica, es que, considerando la norma enjuiciada “todavía constitucional”, incluyen, no obstante, una apelación o llamamiento al legislador “para que establezca una situación plenamente constitucional o para que evite una posible inconstitucionalidad futura” que el Tribunal podrá declarar posteriormente. En la doctrina se discute si hay, incluso cuando se señala un plazo, una verdadera obligación del legislador de adecuación de la ley a la constitución, así como su alcance concreto y su posible fundamento. Al respecto, el Tribunal constitucional federal de Alemania ha considerado que se trata de una genuina y propia obligación, así como de un encargo o tarea que deriva directamente de la constitución. Finalmente, cabe precisar que, en principio, este tipo de sentencias tienen sentido, o al menos mucho más sentido, en sistemas como el alemán, en que el control abstracto no está sujeto a la limitación de un plazo para su interposición, pero no, o no tanto, en sistemas que, como el español o el mexicano, precluyen el ejercicio de la acción directa de inconstitucionalidad en un plazo fugaz, por más que subsista la posibilidad de un ulterior control “dinámico” de la constitucionalidad a través de otras vías⁵³⁴.

Otro tipo de sentencias atípicas son cierto tipo de resoluciones que se califican como de inconstitucionalidad parcial. Ya se había adelantado que, en ocasiones, sólo algunas de las disposiciones legales son inconstitucionales, pero no la ley en su integridad. En estos casos, sin embargo, es posible que se presenten algunos casos que pueden calificarse de atípicos, pues la inconstitucionalidad de disposiciones legales singulares deberá traducirse necesariamente en una nulidad total de la ley (expansión de la inconstitucionalidad o nulidad), frente a la regla general de la “incomunicación de la nulidad”. Estos supuestos se pueden presentar bien porque las restantes disposiciones de

⁵³³ Brage Camazano, Joaquín, “Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad, arsenal sentenciador”, *cit.*, p. 181.

⁵³⁴ *Ibidem*, pp. 182-183.

la ley sujeta a examen dejan de tener significado autónomo (criterio de la dependencia), o bien porque las disposiciones inconstitucionales formaban parte de una regulación global a la cual prestaban sentido y justificación (regla de la interdependencia)⁵³⁵.

Las sentencias reductoras, por su parte, son una clase más de las sentencias consideradas como atípicas. Este tipo de sentencias, como su propia denominación lo indica, reducen el contenido de la norma legal enjuiciada a fin de salvar su constitucionalidad, por lo que declaran la inconstitucionalidad de dicha norma sólo “en la parte en que prevé...”, “en cuanto incluye...”, “en la parte en que no excluye...” o fórmulas similares, si bien lo relevante para calificar a una sentencia como reductora es que la misma produzca el efecto reductor sobre el contenido de la norma enjuiciada propio de estas sentencias, siendo indiferente que se utilice o no alguna de las fórmulas indicadas u otras análogas⁵³⁶. Los requisitos para que estas sentencias sean legítimas son dos: *a*) la parte del contenido normativo declarada inconstitucional no se puede identificar con una parte o inciso concreto del texto de la norma enjuiciada (ya que en tal hipótesis lo procedente sería una sentencia de estimación parcial respecto de ese inciso), y *b*) ese contenido normativo inconstitucional ha de ser escindible o ha de poseer cierta autonomía respecto al contenido subsistente, de manera tal que éste pueda entenderse y considerarse existente aun después de la declaración de inconstitucionalidad, sin necesidad de ser completado o precisado por la propia sentencia, pues, en caso contrario, lo que procedería sería una declaración de inconstitucionalidad simple⁵³⁷.

Finalmente, existen las llamadas sentencias aditivas y sustitutivas que, consideradas en conjunto con las reductoras, reciben en la doctrina italiana el nombre de *sentenze manipolative*⁵³⁸. Las primeras son sentencias que declaran inconstitucional una ley no por lo que prevé, sino por lo que no prevé, introduciendo así el órgano de control nuevas normas en el ordenamiento que no se podían deducir del texto normativo por

⁵³⁵ *Ibidem*, pp. 184-185.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 187. Sobre este tipo de sentencia puede verse también Cerri, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 240.

⁵³⁷ Brage Camazano, Joaquín, “Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad, aresnal sentenciador”, cit., p. 187.

⁵³⁸ Sobre las sentencias manipulativas en la doctrina italiana véase Ruggeri, Antonio y Antonino Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., pp. 139 y ss.

medio de la extensión del supuesto de hecho de la norma a hipótesis no contempladas en el enunciado legal sujeto a control, declarándose, pues, la inconstitucionalidad de una disposición legal en tanto que omite decir algo (“en la parte en la que no prevé que”). Por su parte, las sentencias sustitutivas son aquellas que se caracterizan por el hecho de que con ellas el órgano de control declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra y se componen, así, de dos partes diferentes: una que demuele o anula el contenido de la disposición impugnada (se habla de *profilo ablatorio*) y otra que lo reconstruye, a través de la cual el órgano de control dota a la misma disposición de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales (el llamado *profilo ricostruttivo*)⁵³⁹.

Ahora bien, aun cuando el órgano de control puede llevar a cabo funciones que corresponden al legislador, lo cierto es que también debe tomar en cuenta que su actividad tiene ciertos límites pues, como señala Brage:

En primer lugar, y ante todo, parece que podría descartarse la utilización de estas técnicas sentenciadoras en el ámbito penal, pues sería contrario al principio de legalidad penal, a la seguridad jurídica, a la interdicción de la analogía *in malam partem* y al principio de taxatividad, afectando a valores y derechos fundamentales básicos, aunque no parece que pueda llegarse a la misma conclusión respecto de la observancia de la reserva de ley, que no conlleva límite alguno. Además, a fin de restringir estas sentencias a los casos estrictamente necesarios, su empleo debe limitarse a cuando se trate de sentencias de rima obligada, esto es, cuando la solución normativa propuesta por [el órgano de control] no sea resultado de una valoración discrecional, sino que se derive necesariamente del juicio de constitucionalidad (extensión lógicamente necesaria de la norma); si, en cambio, son varias las soluciones discrecionalmente posibles de conformidad con la

⁵³⁹ Brage Camazano, Joaquín, “Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad, arsenal sentenciador”, *cit.*, 189-190. Este autor, además señala que aunque ciertamente por medio de estas sentencias el órgano de control asume un papel que corresponde principalmente al Poder Legislativo, y además pueden tener importantes repercusiones financieras (que, desde luego, han de ser sopesadas convenientemente por el órgano controlante), lo cierto es, por otro lado, que en muchos casos la mera anulación de la ley inconstitucional no resolvería el problema planteado por la cuestión de inconstitucionalidad, haciéndose necesarios este tipo de pronunciamientos a fin de que la justicia constitucional pueda desarrollar el rol que le corresponde, siendo, una vez más, una finalidad pragmática la que explica el empleo de este tipo de pronunciamientos.

Constitución, debe ser el legislador el que escoja la opción pertinente y no el [órgano de control]. Y otra forma alternativa de evitar las interferencias con el Parlamento de este tipo de sentencias ha sido [empleando] las llamadas “sentenze additive di principio”, a través de las cuales [el órgano de control] no introduciría normas, sino principios en el ordenamiento, debiendo el legislador darles desarrollo con normas con efectos *erga omnes*. En algunas ocasiones, en los fundamentos de la sentencia, el Tribunal indica el plazo dentro del cual el legislador debe intervenir y se dejan los principios en que el legislador debe inspirarse: de esta forma, se combinan aquí la técnica de las verdaderas sentencias aditivas con las sentencias “di delega”, conciliando así la inmediatez del acogimiento de la inconstitucionalidad con la necesaria libertad de conformación del legislador, si bien su eficacia plantea problemas respecto de los jueces ordinarios, pues, por lo general, la *interpositio legislatoris* resulta indispensable, sin que el juez ordinario que ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad pueda derivar de la sentencia constitucional la regla del caso concreto⁵⁴⁰.

Los tipos de sentencias a los que se ha hecho referencia son los que más comúnmente se presentan en los sistemas de control; sin embargo, éstos no son los únicos, pues como ya se ha mencionado, el carácter pragmático de estas sentencias hace que cada sistema busque adecuar sus instrumentos decisorios a la realidad social, política, cultural y económica del país en que rige. Sin embargo, la creación de nuevos instrumentos para resolver los conflictos relacionados con la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad demuestra el deseo por encontrar una solución más justa, más eficaz y con menos costos a los problemas planteados en los procesos constitucionales, dado que con ellos se consigue una adaptación a los nuevos contextos y condiciones que presenta la realidad constitucional.

Es verdad que las sentencias atípicas en ocasiones pueden generar inseguridad jurídica, máxime cuando tal forma de proceder no suele estar recogida en textos legislativos. Por ello, como señala Fernández Rodríguez:

⁵⁴⁰ *Ibidem*, pp. 190-191.

resulta imprescindible que los jueces de los órganos de justicia constitucional hagan gala, además de una adecuada formación, de un perfecto conocimiento de sus funciones y de su misión, teniendo forzosamente que conjugar en ocasiones la autolimitación (*self-restraint*) con la solución más justa, todo lo cual debe ser una garantía para la correcta utilización de estos medios, que a veces pueden ser considerados como clara expresión de activismo judicial⁵⁴¹.

Si se cumple con esta condición y existe un compromiso de los integrantes de los órganos de control por evitar la arbitrariedad y emplear los instrumentos de decisión para la defensa y la evolución de la constitución, las sentencias de los órganos controlantes pueden funcionar como un instrumento importante para la conformación de un orden jurídico que corresponda en mayor medida a las pautas del Estado constitucional de derecho.

⁵⁴¹ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., p. 142.

6. EL PAPEL DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE CONTROL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El control jurisdiccional de constitucionalidad ha adquirido a través de los años un lugar preponderante dentro de la realidad del Estado constitucional. Su importancia dentro del marco de la estatalidad radica en primer lugar en que, a la formación de las constituciones, es connatural la predisposición de recursos encaminados a garantizar su observancia y supervivencia⁵⁴². Pero más allá de la función inmediata que cumple, el control jurisdiccional de constitucionalidad evidencia exigencias profundas de la colectividad e incide marcadamente en diversos ámbitos de la vida social y política.

En 1928, Hans Kelsen señalaba que “si la esencia de la democracia ya no reside en la omnipotencia de la mayoría, sino en el continuo compromiso entre las partes que la mayoría y la minoría representan en el parlamento -y por tanto en la paz social-, la justicia constitucional se presenta como el instrumento idóneo para llevar a cabo esta idea”⁵⁴³. De esta afirmación, puede desprenderse que uno de los fines más importantes del control de constitucionalidad es garantizar, a través de la estabilidad de la constitución, la paz social. Para la consecución de este fin, como se ha señalado continuamente a lo largo de esta investigación, es necesario establecer una serie de mecanismos de control que logren hacer que tanto los poderes públicos como los particulares respeten las normas, principios y

⁵⁴² Vergottini, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, México, UNAM-SEPS, 2004, p. 187.

⁵⁴³ Kelsen, Hans, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 295 y ss.

valores contenidos en la constitución y que conforman el fundamento de la sociedad y del Estado. Es precisamente por esta razón que la jurisdicción constitucional ha encontrado en los últimos tiempos una difusión creciente como vía para imponer la constitución. Esto porque, como afirma Grimm:

Los tribunales constitucionales pueden contribuir de manera esencial a la *realización de las exigencias normativas* y a la *obtención del consenso jurídico-constitucional*: sin esta jurisdicción, la constitución queda librada únicamente a su respaldo social. Incluso cuando éste debiera bastar para impedir contravenciones constitucionales intencionadas, no puede excluir interpretaciones divergentes sobre exigencias jurídico-constitucionales concretas. Los conflictos en el marco de la constitución se extienden entonces rápidamente a conflictos sobre la constitución misma. Puesto que a la hora de la verdad los poderes más fuertes pueden dar su interpretación sobre lo válido, existe la amenaza de que a largo plazo el consenso jurídico-constitucional se agote. En cambio, los tribunales constitucionales tienen la posibilidad de enfocar la constitución de un modo relativamente independiente de las coacciones y del mantenimiento de los intereses del poder. En este aspecto el efecto anticipado parece ser aún más eficaz que la decisión judicial concreta, debido a que la existencia de controles judiciales sobre las instancias políticas obliga a plantear la cuestión constitucional de forma relativamente temprana e imparcial⁵⁴⁴.

Estas dos funciones que atribuye Grimm a los órganos de control ponen al control jurisdiccional de constitucionalidad en una posición privilegiada dentro del ámbito estatal. Y es que, según una metáfora referida por Celotto, puede considerarse al Estado como un engranaje grande y complejo, cuyas ruedas dentadas representan los diversos órganos, los cuales tienen una tarea distinta entre sí. En este sistema, los órganos de control de la constitucionalidad no representan una de las ruedas dentadas, sino que más bien se presentan como el custodio del mencionado engranaje: su tarea, por tanto, no implica trabajar con el mecanismo sino vigilar el funcionamiento del sistema, aceitándolo cuando

⁵⁴⁴ Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., p. 36.

lo consideren necesario⁵⁴⁵. Esta imagen de los órganos de control nos ofrece una idea clara de su importancia dentro de un sistema jurídico e institucional. Pero entender que estos órganos son fundamentales en el entramado de las instituciones y que su función es esencial para conservar la fuerza normativa de la constitución, no es suficiente si no se estudia cuál es la relación que tiene el control jurisdiccional de constitucionalidad con algunos temas que son fundamentales en el Estado constitucional. Ofrecer un breve panorama al respecto es el objeto de este capítulo.

6.1 Jurisdicción constitucional y democracia

Uno de los temas que se apuntan con mayor frecuencia cuando se habla de la jurisdicción constitucional es su posible contraposición con el proceso político-democrático. La objeción que más se plantea a la creación de tribunales constitucionales como órganos de control es su supuesta posición de contradicción con el principio democrático, al hacer prevalecer la opinión de un órgano sin conexión (o débilmente conectado) con la voluntad popular, sobre la de órganos legitimados directamente por esa voluntad (como el legislador, por ejemplo).

La propagación de la idea del control jurisdiccional de constitucionalidad como una condición indispensable en los Estados democráticos, como se ha visto, ha hecho que sea difícil poner en duda los cimientos de esta forma de control. Sin embargo, esto no quiere decir que en los modelos de justicia constitucional no exista una tensión que aparece cada vez que los jueces analizan la validez de una ley del Congreso o Parlamento. Y es que, en cualquier Estado constitucional, siempre podrán presentarse interrogantes legítimas como las siguientes: ¿Cómo puede ser que, en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo? o ¿Cómo es posible que un reducido grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares, pueda

⁵⁴⁵ Celotto, Alfonso, *La Corte constitucional en Italia*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, p. 1.

prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular?⁵⁴⁶. Víctor Ferreres, quien ha tratado este tema de manera profunda⁵⁴⁷, señala que es relativamente fácil dar respuesta a cuestionamientos como éstos en el contexto de países federales, en la medida en que los tribunales se encargan de hacer observar las fronteras que delimitan los respectivos poderes de los dos niveles de gobierno (el federal y el estatal). Para él:

Si la Constitución distribuye el Poder Legislativo entre un Parlamento central y varios parlamentos estatales, es inevitable que surjan conflictos entre ellos. Una ley estatal puede entrar en colisión con una ley federal. Hay que encontrar entonces una solución técnica al conflicto, y el control judicial aparece como una de las posibles respuestas. A los tribunales se les reconoce entonces la potestad de interpretar la Constitución a los efectos de decidir cuál de las dos leyes en tensión debe prevalecer. Los jueces pueden, en consecuencia, inaplicar una ley aprobada por un parlamento democrático, pero lo hacen *para proteger otra ley que también ha sido aprobada por un Parlamento*. En este sentido, no es de extrañar que, históricamente, el federalismo haya sido el principal motor de la introducción del control judicial en el mundo⁵⁴⁸.

Sin embargo, la objeción democrática es más seria cuando los motivos de invalidación de una ley no están asociados al federalismo, sino a principios sustantivos recogidos en la constitución, como los derechos fundamentales. En este punto las preguntas que deben responderse son ¿por qué las opiniones de los jueces deben prevalecer sobre las opiniones de las mayorías legislativas en esta materia? ¿Cómo justificar los efectos “contra-mayoritarios” que el control de constitucionalidad comporta en el campo de los derechos? Después de evidenciar la relevancia de la objeción democrática⁵⁴⁹ y de analizar la premisa mayoritaria en la que descansa, Ferreres trata de

⁵⁴⁶ Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

⁵⁴⁷ Por ejemplo en *Justicia constitucional y democracia*, cit.; *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*, México, Fontamara, 2008, y “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, cit., pp. 247-303.

⁵⁴⁸ Ferreres, Víctor, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*, cit., p. 43.

⁵⁴⁹ Para Ferreres “Parece innegable que existe una conexión entre el principio democrático y la aprobación de las leyes a través de un parlamento elegido de manera periódica por los ciudadanos, bajo la regla de la mayoría. La democracia, cabe sostener, es un procedimiento que otorga a cada ciudadano una igual

dar respuesta a estas interrogantes mostrando que el control jurisdiccional de constitucionalidad es un medio útil para garantizar ciertos principios fundamentales de justicia (los derechos fundamentales), ya que los tribunales están mejor equipados que las asambleas legislativas para interpretar y aplicar esos principios⁵⁵⁰.

Para ello, Ferreres rechaza por insuficientes las teorías que analizan la objeción democrática desde un punto de vista simplemente procedimental. Una de las teorías de este tipo más influyentes en las últimas décadas es la elaborada por John Ely, para quien los tribunales no deben tratar de proteger valores sustantivos frente al legislador, sino que su función está más circunscrita: deben preocuparse sólo por mantener abiertos los canales del cambio político y por corregir cierto tipo de discriminación en contra de las minorías. El argumento central de la tesis de Ely se da a partir de la distinción entre sustancia y proceso. Para él, los tribunales no están en mejor posición que las asambleas legislativas para especificar los valores fundamentales de carácter sustantivo. Esto porque debido a que la identificación y elaboración de valores sustantivos es asunto controvertido, y dado también que los tribunales no están en mejor posición que los legisladores para afrontar esta tarea, la democracia exige que sean las mayorías legislativas quienes decidan. Los

oportunidad de participar con su voz y con su voto en la toma de decisiones colectivas. En las circunstancias de la modernidad, hay que organizar la democracia en torno a un esquema representativo, dadas las ventajas de la división del trabajo. Pero la aspiración subyacente es respetar el igual estatus de los ciudadanos y de sus representantes en el plano de las decisiones legislativas que van a afectar a todos. Por ello, la regla general es que las decisiones políticas se deben adoptar por mayoría. La regla de la mayoría tiene un valor intrínseco, en la medida en que otorga el mismo peso al voto de cada persona, no expresa una preferencia sustantiva a favor de una determinada decisión frente a otra, y no privilegia el *statu quo* frente al cambio. Ciertamente, la igualdad política no se puede reducir a la regla de la mayoría. Si no se satisface una cierta igualdad social y económica, por ejemplo, la igualdad política no es genuina. Además, la libertad de expresión y otras libertades deben estar garantizadas, para que el proceso mayoritario tenga valor instrumental [...] se puede incluso sostener que el proceso mayoritario carece de legitimidad si infringe clara y gravemente ciertos derechos básicos [...] Podemos, pues, decir, que existe un conjunto de precondiciones que deben satisfacerse para que el proceso político mayoritario sea verdaderamente igualitario, instrumentalmente fiable, y moralmente legítimo. Estas precondiciones, sin embargo, pueden ser cumplidas en mayor o menor grado. Existe un umbral mínimo por debajo del cual el proceso político mayoritario carece de todo valor. En este punto, es interesante constatar que incluso quienes abogan por el control de constitucionalidad de la ley aceptan que las democracias para las que proponen este control satisfacen las precondiciones mínimas. Consideran que, a pesar de sus muchas imperfecciones, las democracias existentes en muchos países desarrollados son valiosas. Si ello es así, hay que admitir que la introducción en esos países del control judicial de la ley supone un 'coste' desde un punto de vista democrático, pues este control implica la posibilidad de que los tribunales de justicia (menos sensibles a la voluntad popular) anulen las leyes adoptadas a través de los parlamentos democráticos (más sensibles a esa voluntad)." Véase Ferreres, Víctor, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*, cit. pp. 44-46.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, pp. 46-58.

tribunales, en cambio, son mejores que los legisladores a la hora de identificar supuestos en que el proceso político no opera correctamente desde una perspectiva democrática, pues quienes constituyen una mayoría gobernante no tienen incentivos para corregir el defectuoso funcionamiento del sistema. Esta situación no se presenta con instituciones externas como los tribunales, que están mejor situadas para detectar el problema y buscar una solución, ya que no tienen tanto interés en mantener el *statu quo*⁵⁵¹.

El problema que conllevan los planteamientos de Ely, a decir de Ferreres, es que justificar la actuación de los órganos jurisdiccionales de control sólo cuando se restringen aquellos derechos gracias a los cuales el proceso político mantiene su calidad democrática o para garantizar el derecho de los distintos grupos sociales a no sufrir discriminación, no es posible porque esta afirmación no puede mantenerse de manera coherente. La razón es que Ely sostiene que los tribunales no están mejor equipados que las asambleas legislativas para interpretar valores sustantivos; pero si esto es así:

los tribunales difícilmente pueden justificar entonces sus decisiones acerca de si son razonables *las restricciones que el legislador impone a los derechos procesales*. Hay que tener en cuenta que los derechos, cuya garantía Ely encomienda a los jueces, no son absolutos -pueden ser objeto de restricciones, con el objeto de salvaguardar otros intereses o valores sustantivos- [...] Pero si los tribunales de justicia no están en mejor posición institucional que los legisladores a la hora de definir y apreciar los intereses y valores sustantivos que pueden operar como límites a los derechos “procesales”, ¿cómo justificar que las opiniones de los jueces se impongan a las del legislador, cuando éste ha ponderado unos y otros? En definitiva, difícilmente encontraremos casos “puros” en los que los derechos de participación no entren en conflicto con valores o intereses sustantivos⁵⁵².

Las cosas se complican más cuando Ely encarga a los jueces que garanticen el derecho de ciertos grupos a no ser discriminados en virtud de prejuicios, porque, para

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 62. Puede verse también, del mismo autor, “Justicia constitucional y democracia”, *cit.* pp. 250 y ss.

⁵⁵² Ferreres, Víctor, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, *cit.* pp. 62-63.

empezar, determinar qué creencias constituyen “prejuicios” depende de una teoría sustantiva. Por lo tanto, la conclusión a la que llega Ferreres Comella es que para defender el control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley de la objeción democrática, es necesario contar con argumentos que permitan afirmar que los tribunales están en una mejor posición institucional que las asambleas parlamentarias a la hora de interpretar y aplicar ciertos intereses o valores no sólo de tipo procesal, sino también sustantivos⁵⁵³. A partir de esta consideración, Ferreres otorga algunas ideas básicas que, a su juicio, pueden contribuir a construir una teoría más plausible para legitimar (y limitar) el control jurisdiccional de constitucionalidad⁵⁵⁴. Estas ideas son las siguientes:

a) Uno de los ingredientes esenciales de la democracia, sin el cual ésta deja de ser valiosa, es la deliberación pública: los ciudadanos, directamente o a través de sus representantes, sólo pueden tomar decisiones colectivas después de que se haya desarrollado un debate abierto a todos, durante el cual haya podido calibrarse la fuerza de las razones a favor y en contra de las diversas propuestas.

b) La existencia de una constitución que no sólo protege procedimientos, sino también valores sustantivos, y que lo hace en términos abstractos, puede contribuir a que en el contexto de esa deliberación pública se tengan en cuenta determinadas razones y contrarrazones de especial calidad: las que derivan de los derechos fundamentales. Estos derechos son aceptados como valiosos por la propia mayoría (por amplias mayorías, de hecho) en cada momento histórico. No son restricciones impuestas por una generación anterior, sino restricciones que la propia generación actual acepta como válidas. Pero en la medida en que la constitución enuncia los derechos en términos abiertos, no zanja las polémicas contemporáneas en torno a su significado concreto: simplemente canaliza el debate articulándolo.

c) El control jurisdiccional de constitucionalidad puede contribuir a mantener viva la cultura deliberativa, en un doble sentido: en primer lugar, la mayoría se ve obligada a explicitar ante un tribunal cuáles son las razones que justifican la ley que ha aprobado. En segundo lugar, tiene que pechar con la carga de dar respuesta a las contrarrazones que

⁵⁵³ *Ibidem*, pp. 63-64.

⁵⁵⁴ Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, *cit.*, pp. 301-303.

aduce ante el tribunal que impugna la ley. Si quien ha acudido al tribunal es un individuo perteneciente a un grupo cuyas voces pueden haber quedado marginadas en el debate político, el papel del tribunal es entonces especialmente importante.

d) Pero el tribunal encargado del control no es el único intérprete de la constitución. También lo es el legislador democrático. Por ello, el tribunal debe examinar la ley partiendo de una presunción de constitucionalidad, esto es, debe operar bajo la presunción de que la ley descansa en una interpretación razonable del texto constitucional. La fuerza de esta presunción puede variar según los supuestos; pero, por regla general, no debe llegar al extremo de que sólo en casos de inconstitucionalidad manifiesta puede el tribunal dar el paso de descalificar la ley, pues una presunción tan fuerte privaría al control de constitucionalidad de toda capacidad para generar los efectos deliberativos deseados, esto es, para que, tanto en el proceso político como en el posterior proceso judicial, la mayoría se sienta compelida a dar razones de peso a favor de sus decisiones, y a contestar las contrarrazones esgrimidas por quien pone en tela de juicio la constitucionalidad de la ley.

e) El tribunal tampoco tiene la última palabra a la hora de interpretar la constitución. Por ello, el proceso político democrático puede reaccionar de varios modos ante una sentencia que invalida una ley. Una vía es la reforma constitucional. La otra, más delicada, es la aprobación de una nueva ley de contenido idéntico o similar al de la ley invalidada. Bajo ciertas condiciones, esta “respuesta” al control de constitucionalidad es legítima. La existencia de votos particulares a las sentencias, así como la renovación periódica de los jueces que administran la justicia constitucional, son factores que promueven la existencia de *inputs* políticos en el proceso de evolución jurisprudencial. El significado de la constitución no se establece de una vez para siempre: es el producto de una conversación abierta a todos, y es objeto de una búsqueda sin término.

A partir de estas ideas, Ferreres concluye que el argumento instrumental para salvar la objeción democrática del control de constitucionalidad está constituido por la defensa de los derechos fundamentales. Y es que esta función justifica plenamente los “costes democráticos” que puede implicar la instauración de un sistema de control de constitucionalidad. Por su parte, el que este control lo lleven a cabo órganos

jurisdiccionales se justifica en virtud del mayor tiempo y aislamiento de que disponen los jueces para la reflexión, del carácter especializado de su función, y de la cultura de los principios que está asociada a sus decisiones⁵⁵⁵.

Ahora bien, debe señalarse también que la objeción democrática al control jurisdiccional de constitucionalidad puede ser de mayor o menor intensidad según la manera en que se presenten distintos elementos institucionales y contextuales. Así por ejemplo, la objeción democrática es de mayor o menor intensidad dependiendo del grado de rigidez de la constitución, de la clase de mecanismos de selección de jueces, de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, de quiénes están legitimados para presentar argumentos en defensa de la ley impugnada, de las restricciones a la declaración de inconstitucionalidad, de las facultades interpretativas con que cuente el legislador, de las vías de acceso a la justicia constitucional, y del contexto social en el que opera el control de constitucionalidad⁵⁵⁶.

Todos estos argumentos permiten afirmar que la democracia no debe ser entendida sólo como un sistema que permite la participación del pueblo en el ejercicio del poder público o como un simple procedimiento formal de designación de gobernantes. Los derechos fundamentales se presentan como límites a las decisiones de la mayoría o de los gobernantes elegidos por una mayoría popular y, por tanto, la validez de la democracia debe ser determinada, en sentido material, por la realización de sus fines. Este simple

⁵⁵⁵ Ferreres ha señalado al respecto que: “Un control externo sobre el legislador puede ser necesario para empujar a la comunidad política hacia una apreciación más profunda de los principios constitucionales, así como a una mayor disposición a respetarlos. En esta materia, los tribunales presentan ciertas ventajas potenciales, en comparación con los legisladores. En primer lugar, está la cuestión del tiempo disponible para reflexionar acerca de determinados asuntos. Del mismo modo que la democracia representativa se justifica por los beneficios que aporta la división del trabajo, el control de constitucionalidad supone atribuir una especial responsabilidad en materia de derechos fundamentales a una institución (un tribunal) que puede reflexionar acerca de los mismos en una atmósfera de mayor tranquilidad intelectual. Como decía Alexander Bickel, los jueces constitucionales gozan del tiempo y aislamiento propios del estudioso para reflexionar acerca de los valores y finalidades del Estado, en mayor grado que los representantes políticos [...] En segundo lugar, los tribunales tienen una mayor predisposición institucional a tomarse en serio los valores constitucionales [...] En tercer lugar, los tribunales, en una cultura jurídica desarrollada, tienen que decidir con arreglo a principios. Tienen que ofrecer razones para justificar sus decisiones, y estas razones tienen que ser de orden general: deben valer, no sólo para el caso concreto, sino también para casos futuros. Y como los jueces no pueden saber con precisión quiénes resultarán beneficiados o perjudicados el día de mañana por las reglas jurisprudenciales que hoy formulan, tienen un fuerte incentivo para actuar de manera objetiva.” Véase *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*, cit., pp. 70-71.

⁵⁵⁶ Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, cit., pp. 20-21.

aforismo implica, como indica Luis Castillo Córdova, que la decisión de la mayoría será válida en la medida que se ajuste y promueva una serie de valores o principios dirigidos a conseguir la plena realización de la persona humana a través del favorecimiento de la vigencia de su dignidad y sus derechos fundamentales⁵⁵⁷.

En este contexto:

la jurisdicción constitucional aparece como una realidad necesaria a la vez que idónea para evitar que la sola vigencia de una democracia formal se convierta en tiranía de la mayoría, al evitar que el ejercicio del poder de la mayoría se realice al margen de la sujeción efectiva a la Constitución en general y a los derechos fundamentales en particular. Es una realidad necesaria porque pretenderá que el ejercicio del poder no se desenvuelva de modo irracional o arbitrario, sino que transcurra por los cauces que brotan de las normas, principios y valores reconocidos en la Constitución; y como se sabe, sólo a través de un ejercicio limitado y racional del poder es posible constituir una comunidad política en la que la persona humana pueda desarrollarse plenamente como tal a través del ejercicio pleno de sus derechos como persona humana. Y es una realidad idónea porque [...] la organización judicial de la función de control de la constitucionalidad de los actos del poder (público y privado) es la que mejor disposición presenta para interpretar y aplicar la Constitución correctamente, en la medida que, primero, se realiza por un órgano independiente, sin interés propio en las cuestiones que se decidan; y, segundo, porque a través del proceso judicial previo a la toma de decisión, manifestará las razones que justifican la misma⁵⁵⁸.

El control de constitucionalidad se presenta entonces como la mejor manera de controlar el poder a partir de los límites contenidos en los principios y valores

⁵⁵⁷ Castillo Córdova, Luis, *El tribunal constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, p. 17. Y es que, como señala Ferrajoli, “la dimensión material de la que bien podría llamarse ‘democracia sustancial’ [...] se refiere al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la *sustancia* o el *significado* de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla”. Véase Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 23.

⁵⁵⁸ Castillo Córdova, Luis, *El tribunal constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial*, *cit.*, pp. 18-19.

constitucionales. Por ello, no es exagerado afirmar que ahí donde el Estado se ha organizado jurídicamente con base en una constitución, no será posible hablar de verdadera democracia si a la vez no existe una jurisdicción contitucional que realice un efectivo control de la constitucionalidad, pues no habrá democracia ahí donde no haya ni limitación real del poder ni vigencia efectiva de los derechos fundamentales⁵⁵⁹. De esta manera, los posibles costes que puede implicar para la democracia el control jurisdiccional de constitucionalidad se convierten en condición para su supervivencia y, por tanto, la relación que existe entre el control jurisdiccional de constitucionalidad y la democracia es hoy en día importantísima dentro del Estado constitucional de derecho.

6.2 El papel de la jurisdicción constitucional en la dinámica de las instituciones

A nadie escapa que los sistemas de control buscan satisfacer las necesidades propias de una estatalidad que se determina por factores de diversa índole y, así, algunos de ellos otorgan un lugar preponderante a la defensa de los derechos y las libertades fundamentales de las personas, otros tienden en mayor grado a mantener el equilibrio en las relaciones entre poderes y otros más a resolver los conflictos de competencia entre autoridades locales, regionales o federales, por mencionar algunos casos. Pero como consecuencia de esta adecuación de los sistemas de control a las necesidades particulares de los Estados y de las sociedades, se da también un cambio en la praxis de los órganos encargados de la defensa de la constitución que, en algunos casos, dirigen su acción en mayor medida a la defensa de los valores fundamentales que cuentan con una gran carga histórica, y, en otros, a desempeñar una función de mediación y moderación en los conflictos que emergen de las contingencias de la vida política y social.

Esta multiplicidad de funciones influye también de manera importante en el marco institucional y en el actuar de los encargados del servicio público. La razón es que en cada sistema de control de constitucionalidad pueden converger finalidades diversas que siempre están sujetas a cambios eventuales que son producto de la evolución de las exigencias de la comunidad política. Por lo que, cuando se habla del influjo y las

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 20.

consecuencias de un modelo de control determinado, no pueden referirse sólo categorías abstractas o considerar ámbitos restringidos. Los mecanismos de control de la constitucionalidad de los Estados se configuran como una realidad única en razón de sus relaciones con la estructura constitucional -como la forma de Estado y de gobierno o, más en general, con el tejido político y social- en la que operan⁵⁶⁰; sin embargo, a pesar de las formas en que el control jurisdiccional de constitucionalidad puede influir en los Estados, lo cierto es que el grado de esta influencia siempre será preponderante debido a que la palabra “constitución”, como ya se ha dicho, también es sinónimo de estabilidad del sistema político e institucional. Desde esta perspectiva, no es difícil pensar en el control de constitucionalidad como un elemento sumamente importante dentro de la dinámica de las instituciones. Y es que las modalidades de defensa de la constitución inciden directamente en la concepción organizativa de los poderes públicos, en el marco normativo y en los actos de las autoridades administrativas y políticas.

Ya se ha visto que los sistemas jurisdiccionales de control pueden estar diseñados de maneras diversas. El ejercicio de las funciones de control puede basarse en el sistema americano, en el modelo kesleniano o en una combinación de ambos a la que se pueden añadir las particularidades propias que exige la realidad constitucional que da contenido a la norma fundamental de un Estado determinado. Así, la forma en que se estructura el control producirá varios tipos de consecuencias según los órganos que lo ejercen y los procesos previstos por los diferentes ordenamientos para llevarlo a cabo. El sistema de control que se adopte en los Estados tendrá una influencia importantísima en la organización estatal, pues la división de poderes y la atribución de funciones de cada uno de los órganos del Estado, estarán determinados por el tipo de control de la constitucionalidad que se adopte, y, por tanto, también su actuar estará condicionado a las relaciones y a la subordinación que estén obligados a prestar al órgano encargado del control de constitucionalidad.

Por ejemplo, en lo que se refiere a la relación entre el órgano de control y el legislativo, existen importantes consecuencias del comportamiento de los primeros en la

⁵⁶⁰ Cheli, Enzo, *Il giudice delle leggi, cit.*, p. 10.

actuación de los segundos. La defensa del texto constitucional implica en ocasiones, como ya se ha apuntado, el poder para expeler del ordenamiento jurídico las normas contrarias a la constitución y, por lo tanto, es evidente que esta situación determinará en algún modo el actuar del legislador.

Existen casos en los que la existencia de un órgano facultado para declarar inconstitucional una ley, hace que el parlamento actúe con conciencia al redactar los textos legislativos, a fin de que éstos sean congruentes con los dictados de la norma fundamental y, consecuentemente, estén fuera del alcance de una decisión que los vuelva nulos o ineficaces. Además, también se presentan situaciones en que los órganos legislativos locales reforman una ley que, en su contenido, es idéntica o similar a otra emitida por otro órgano legislativo local y que ha sido declarada inconstitucional. Éstos son dos ejemplos de la forma en que la existencia de un sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad tiene una influencia positiva en la forma en que actúa el legislador.

Pero el influjo de los medios de control de constitucionalidad no siempre determina de manera positiva la actuación del órgano encargado de legislar. Se han presentado casos en que los parlamentos reaccionan a la declaración de inconstitucionalidad de una norma reproduciéndola, con el mismo texto, a través de una disposición de carácter constitucional y, aunque como ya se ha dicho, ésta es una forma de reaccionar a las sentencias de los órganos de control con la que cuentan los órganos representativos, en ocasiones esta facultad degenera y puede utilizarse para desvirtuar el actuar de los encargados, en el ámbito jurisdiccional, de defender el texto constitucional. Así sucedió en Italia cuando el Parlamento, a través de la ley 267 de 1997, aprobó reformas al código de procedimientos penales en materia de valoración de pruebas, disponiendo que no podrían utilizarse las declaraciones acusatorias de aquellos que, en el curso de las actuaciones judiciales, se negaran al interrogatorio por parte del acusado. Esta reforma tenía el objetivo de quitar el valor, dentro de los procesos penales, a las declaraciones de los “colaboradores de la justicia” que frecuentemente eran empleadas como principal elemento de prueba en los procesos contra la mafia.

La Corte constitucional italiana, con la sentencia 361/1998, declaró inconstitucional esta disposición poniendo en entredicho la “razonabilidad” de la reforma

legislativa a través de la ponderación entre los valores que se encontraban en juego, juzgando con mayor valía el conservar los elementos de prueba conseguidos en forma legítima. Frente a esta resolución de la Corte -que fue tomada como una decisión a favor de los “jueces” y contra el “legislador”- la reacción del Parlamento fue inmediata y vehemente, a través de la aprobación del proyecto de ley constitucional 2 de 1999, con la que se modificó el artículo 111 de la norma fundamental y fueron introducidos los principios del llamado “justo proceso”. Con esta ley se insertaron en la constitución normas que hubieran sido más propias del Código de Procedimientos Penales y que fueron elevadas a rango constitucional sólo con el fin de imponérselas al órgano de control⁵⁶¹.

Si bien es cierto que desde el punto de vista formal el parlamento podía superar la decisión de la Corte constitucional a través de la aprobación de una ley constitucional, también es verdad que la forma de actuar de un órgano legislativo que, frente a las decisiones con las que la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley, decide confirmar esta norma dándole jerarquía constitucional, debe tomarse como un comportamiento absolutamente excepcional y por nada normal en las relaciones entre órganos constitucionales que puede paralizar a la Corte y provocar el debilitamiento de la idea misma de constitución como un cuadro tendencialmente estable y de garantía⁵⁶². Éste es sólo un ejemplo de la forma en que la actuación de los órganos de control puede condicionar la manera en que se comportan muchas de las autoridades de un Estado. En ocasiones, el actuar de las instituciones puede contribuir al fortalecimiento del Estado constitucional, pero en otras, como en el caso que se acaba de citar, puede debilitarlo. Por ello la importancia de un sistema de control fuerte y que cuente con la legitimidad necesaria para que sus resoluciones sean respetadas a cabalidad.

6.3 La jurisdicción constitucional y su influencia en los Estados compuestos

⁵⁶¹ Malfatti, Elena *et al.*, *Giustizia costituzionale*, *cit.*, pp. 307 y 308.

⁵⁶² *Idem.*

Los órganos de control, como ya se ha dicho, además de las actividades de tipo garantista que ejercen, también llevan a cabo funciones de naturaleza arbitral entre los diversos niveles de gobierno que componen la estructura estatal. La defensa de la división de funciones entre centro y periferia ha sido a través del tiempo un mecanismo que ha permitido a estos órganos garantizar el adecuado funcionamiento de los Estados compuestos, pero también, un instrumento que ha servido como catalizador del proceso democrático⁵⁶³. Y es que la relación que existe entre la estructura compuesta de un Estado y el control de constitucionalidad ha sido muy clara a través del tiempo. Basta recordar que los primeros tribunales constitucionales en Europa fueron creados en los Estados con estructura federal⁵⁶⁴ o que, ya antes de *Marbury vs. Madison*, en *El Federalista* se planteaba la importancia de un control jurisdiccional que garantizara la división de funciones entre la Unión americana y los estados que la conformaban. Esta obra refiere la importancia en los Estados compuestos⁵⁶⁵ de un equilibrio entre la autoridad que ejercen las autoridades centrales y los diversos entes territoriales. De hecho, en el ensayo XXXIII se establece que: “Si el gobierno federal sobrepasara los justos límites de su autoridad, haciendo un uso tiránico de sus poderes, el pueblo, de quien es criatura, debe invocar la norma que ha establecido y tomar las medidas necesarias para reparar el agravio hecho a la Constitución, como lo sugieran las exigencias del caso y lo justifique la prudencia”⁵⁶⁶. Con esta premisa, al referirse a las competencias del Poder Judicial Federal, Hamilton afirma: “No creo que admita controversia el que la autoridad judicial de la Unión debe extenderse a las siguientes categorías de casos: [...] 4º, a todos los que comprometan la paz de la Confederación, ya sea que se refieran a las relaciones de los Estados Unidos

⁵⁶³ Sobre esta última afirmación véase Armenta López, Leonel Alejandro, *La controversia constitucional*, México, Facultad de Derecho de la UNAM, 2003, pp. 3 y ss.

⁵⁶⁴ Sobre este punto, Dominique Rousseau señala que: “Il faut observer que les premières Cours constitutionnelles on été créées dans les Etats à structure fédérale -Autriche, Allemagne-, et qu’elles se sont imposées sans problème dans cette catégorie d’Etats ou dans les systèmes constitutionnels accordant aux ‘régions’ de réels pouvoirs de décision politique -Italie, Espagne, Portugal, Bulgarie, Hongrie. En effet, quelles que soient la qualité et la précision du texte constitutionnel de chacun de ces pays, les chevauchements de compétences sont inévitables et un juge constitutionnel est ‘techniquement’ nécessaire pour trancher les conflits entre le niveau central et les entités politiques locales, ou entre les entités politiques locales elles-mêmes.”, Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, cit., pp. 113-114.

⁵⁶⁵ En el caso de los Estados Unidos de un Estado Federal.

⁵⁶⁶ Hamilton, Alexander, *El Federalista*, cit., p. 131.

con naciones extranjeras *o de los Estados entre sí*'. Y es que, según Hamilton, todo lo que pudiera trastornar la armonía entre los Estados debía constituir un objeto legítimo de la vigilancia y la superintendencia federales⁵⁶⁷. Con la influencia del pensamiento de Hamilton, en los Estados Unidos la protección de esta armonía entre las entidades de la Unión⁵⁶⁸ se logró a través del control que ejerce la Suprema Corte y, por tanto, la actividad de este órgano jurisdiccional en el reparto de poder entre los diversos niveles de gobierno ha sido de suma importancia en la afirmación del federalismo norteamericano. Pero lo que ha sucedido en los Estados Unidos no es un caso aislado, pues como afirma Enoch Albertí Rovira:

Resulta claro que en todo Estado cuya Constitución establezca una división vertical del poder entre [varias] instancias territoriales de gobierno y prevea, a la vez, un mecanismo jurisdiccional de garantía de la propia Constitución, del tipo que sea, este mecanismo va a ser utilizado para resolver las controversias que se produzcan entre las [...] instancias de gobierno acerca de la concreta delimitación de los ámbitos de poder que les corresponden, atribuidos o reservados por la Constitución. Cuando se unen en la Constitución una estructura compuesta del Estado y una justicia constitucional, es evidente que la segunda va a desempeñar algún papel en la configuración y el desarrollo de la primera. Ello constituye una consecuencia lógica de la combinación de estos dos elementos en el sistema constitucional, que se halla por otra parte plenamente confirmada por la experiencia histórica y comparada⁵⁶⁹.

En efecto, la experiencia muestra que los conflictos que afectan a entes territoriales dotados de autonomía política tienen una trascendencia tan importante que en los Estados federales (como Alemania, Austria, Bélgica, o Rusia) o en aquellos con entes territoriales autónomos (como Chipre o Serbia), estas controversias están en la primera línea del fuego político. Esto porque, como menciona Fernández Rodríguez, en estos conflictos el órgano

⁵⁶⁷ *Ibidem*, pp. 349-340.

⁵⁶⁸ Sobre el desarrollo del federalismo en los Estados Unidos de América véase Armenta López, Leonel Alejandro, *La forma federal de Estado*, 1a. reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, pp. 15 y ss.

⁵⁶⁹ Albertí Rovira, Enoch, "La intervención del Tribunal Constitucional en la construcción del Estado autonómico español", *cit.*, p. 194.

de control desempeña un papel clave en la supervisión de las fricciones que se producen entre las diversas entidades que integran los Estados, de tal forma que desde el punto de vista teórico es impensable que un Estado federal carezca de justicia constitucional. Y si efectivamente carece de ella habrá que dudar de la verdadera naturaleza federal de tal Estado⁵⁷⁰. Pero la importancia de la actividad de los órganos de control no se limita a la resolución de controversias. Algunos órganos de control han ido más allá, jugando un papel fundamental en la construcción de las relaciones entre los diversos órganos de poder central y local. Un ejemplo de ello es el Tribunal constitucional español, cuya actuación ha sobrepasado la simple resolución de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En España, los jueces constitucionales han actuado superando esta intervención “ordinaria” que podría considerarse consustancial a los Estados compuestos y su actuación ha contribuido a la construcción del modelo de organización territorial instaurado por la constitución de 1978. Además, a esta conformación estructural del Estado autonómico español, se une el hecho de que los actores políticos han renunciado en gran parte a definir los elementos del modelo territorial que la constitución dejaba abiertos, transfiriendo al Tribunal constitucional la tarea de configurarlos. Ambas circunstancias, una objetiva y la otra subjetiva, han tenido como resultado un papel esencial del Tribunal constitucional en la construcción del Estado de las autonomías⁵⁷¹.

Al caso español, puede sumarse también el papel determinante que ha jugado el Tribunal constitucional alemán cuando, por ejemplo, anuló la ley de 24 de junio de 1986, relativa a la compensación financiera entre los *Länder*, y pidió al legislador encontrar el justo medio entre la autonomía, la responsabilidad y la salvaguardia de la individualidad de los *Länder* y la corresponsabilidad de estas entidades, con el propósito de lograr una actuación solidaria para el destino de los ciudadanos⁵⁷². En Italia, el papel de la *Corte costituzionale* ha sido también fundamental para el paso de un sistema en el que el poder se ejercía de manera predominantemente central a uno en el que las Regiones fueron adquiriendo cada vez mayores competencias y se configuró una cooperación entre

⁵⁷⁰ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., p. 83.

⁵⁷¹ Albertí Rovira, Enoch, “La intervención del Tribunal Constitucional en la construcción del Estado autonómico español”, cit., pp. 194-195.

⁵⁷² Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, cit., pp. 114-115.

autoridades locales y centrales⁵⁷³. Estos son sólo algunos ejemplos de los muchos en los que los órganos jurisdiccionales de control han contribuido a crear un sistema de competencias a través del cual el poder es repartido entre autoridades centrales y locales (comunidades autónomas, regiones, estados, cantones, etc.) con el fin de evitar que las decisiones en los Estados compuestos sean demasiado favorables a unas u otras. La importancia cardinal de la actuación de los órganos de control en este ámbito es consecuentemente la razón de que su jurisprudencia sea analizada con una atención particular pues, a través de la resolución de casos concretos, los jueces constitucionales contribuyen a definir la estructura competencial de los distintos núcleos de poder estatal y a colmar las lagunas que el texto constitucional puede contener en lo que se refiere a los elementos esenciales de la arquitectura territorial del Estado.

6.4 Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales

El papel arbitral de los órganos de control en los Estados compuestos y la influencia que éstos tienen en la construcción de la estructura estatal, se ve complementada en las democracias con la defensa de los derechos fundamentales que se lleva a cabo a través de los procesos constitucionales. Si bien es cierto que en muchos sistemas, al menos en sus orígenes, el papel arbitral de los órganos controlantes en los conflictos existentes entre diversas autoridades prevalecía sobre la jurisdicción constitucional de la libertad, hoy, como lo señala Pegoraro, esto no es así. Y es que aun cuando la intervención en las controversias competenciales sigue siendo una función de suma importancia para los órganos de control, la progresiva incorporación en los textos constitucionales de cartas de derechos siempre más extensas y su parametrización, así como la necesidad de hacer efectivo el principio de igualdad y cumplir con la exigencia de redimensionar los valores en conflicto que se desprenden del texto constitucional de acuerdo con los cambios

⁵⁷³ En este sentido se pronuncia Dominique Rousseau, quien señala que, en 1986, la Corte constitucional “a décidé que ‘le rapport entre compétences étatiques et compétences regionales devait s’apprécier à la lumière du *principe de coopération loyale*’, tout en précisant que ‘les règles de répartition de compétences ne peuvent pas être interprétées de façon si rigide qu’elles empêcheraient la législation étatique de pourvoir à la mise en place d’instruments normatifs et d’organisations destinées à la poursuite de finalités générales d’un service à caractère national, ou de la mise en œuvre d’une programmation’”. *Ibidem*, p. 115.

sociales que se van presentando, ha hecho que los órganos de control construyan día a día una jurisprudencia constitucional que pone a la tutela de los derechos al centro de la actividad de los tribunales constitucionales y de todos los órganos jurisdiccionales que participan en la defensa de los derechos⁵⁷⁴.

De esta forma, los órganos de control contribuyen a la mejora de la tutela de los derechos fundamentales de las personas pues, como se estableció en la Declaración de Antigua de 1992, “la existencia de una justicia constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales”. Es evidente entonces que la participación de los órganos de control debe jugar y está jugando día con día un rol decisivo en el desarrollo de los derechos constitucionales. La razón de esto es que la interpretación de las disposiciones constitucionales que establecen los derechos del hombre ha sido objeto de verdaderas construcciones teóricas por parte de los jueces y, en consecuencia, también de la doctrina. Los fundamentos teóricos que se desprenden de la jurisprudencia constitucional se han desarrollado de tal manera que, en la actualidad, muchos de ellos se han visto reflejados en las constituciones que han sido aprobadas recientemente⁵⁷⁵.

Por otro lado, además de la defensa de los derechos fundamentales, los órganos de control también contribuyen a la generalización de estos derechos, pues como señala Pérez Tremps:

Los tribunales constitucionales cumplen una doble función dentro del sistema institucional, doble función que resulta especialmente clara en materia de derechos fundamentales. Por una parte, los tribunales constitucionales son garantes de la norma fundamental y, en cuanto tal, deben proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, deben hacer efectivos esos derechos en las relaciones jurídicas de todo signo; los tribunales constitucionales cumplen, pues, en este sentido, una función subjetiva de la tutela y protección de derechos. Pero, a la vez, los tribunales constitucionales son también intérpretes de la norma fundamental y su función va más

⁵⁷⁴ Véase Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata, cit.*, pp. 181-182.

⁵⁷⁵ Fromont, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde, cit.*, p. 114.

allá de la de defender situaciones subjetivas para convertirse en un elemento central de la interpretación constitucional, cumpliendo, pues, una función objetiva⁵⁷⁶.

De esta manera, a través de la tutela de los derechos fundamentales en situaciones concretas se garantiza también la supremacía de la constitución, y específicamente, de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales. Éste es, ciertamente, un efecto indirecto o reflejo, pero sin que esto autorice a concluir que es un efecto no buscado. Por el contrario, la garantía de la supremacía constitucional es un efecto no sólo querido, lo que resulta obvio, sino también principal para los órganos de control⁵⁷⁷. Esto por lo que se refiere a los procesos de control concreto; pero a través de los procesos objetivos de control se da también como efecto indirecto o reflejo la tutela de los derechos (subjetivos) fundamentales. Así ocurre, como indica Joaquín Brage, en todos los casos en que el control de constitucionalidad de las normas tenga como referente constitucional alguna de las normas de la constitución relativas a derechos fundamentales. La jurisdicción constitucional, por tanto, no sólo garantiza la supremacía normativa de la constitución, negando validez a normas de rango inferior que contradicen a la constitución, sino que también, de manera indirecta, tutela numerosas situaciones subjetivas, aunque no sean concretamente valorables por el órgano de control sino sólo en abstracto, y con unas consecuencias que pueden llegar a ser muy importantes, aunque quizá menos perceptibles a simple vista⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, cit., p. 98. Este doble carácter es evidente en los instrumentos de protección de los derechos fundamentales con los que cuentan los órganos de control para la defensa de la constitución. Incluso, autores como Ignacio Burgoa ven en esta doble función la defensa de intereses de orden privado y de orden público y social. Al referirse al amparo mexicano, Burgoa señala que esta institución “tiene una finalidad esencial dual, simultánea e inseparable, pues al proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad que infrinja la Constitución y, por ende, todo el ordenamiento legal secundario, preserva concomitantemente el orden constitucional y el normativo no constitucional. Por razón de dicha doble finalidad, el amparo es una institución jurídica de índole individual y social al mismo tiempo, es decir, de orden privado y de orden público y social. De orden privado, porque tutela los derechos constitucionales del gobernado en particular; y de orden público y social, debido a que tiende a hacer efectivo el imperio de la Constitución y de la ley frente a cualquier órgano estatal y en cuya observancia palpita un indiscutible interés social, toda vez que, sin el respeto a las disposiciones constitucionales y legales, se destruiría el régimen de derecho dentro del que deben funcionar todas las autoridades del país”. Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, cit., p. 170.

⁵⁷⁷ Brage Camazano, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 46-47.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 48.

La labor de los órganos de control al dotar de contenido a las disposiciones constitucionales y al defender a los ciudadanos de violaciones concretas de sus derechos, es sumamente importante y tiene efectos que se extienden a diversos ámbitos. Un ejemplo de ello es la labor interpretativa que realizan los órganos de control, pues a través de su jurisprudencia, los jueces constitucionales desarrollan una función esencial respecto de los ciudadanos y del cuerpo social de un Estado determinado. Y es que, como afirma Rolla, a través de la interpretación del texto constitucional, los órganos de control contribuyen a promover en la realidad cotidiana y en las relaciones sociales, el espíritu de los principios democráticos y de libertad consagrados en el texto constitucional. En otras palabras, los jueces constitucionales desarrollan, sobre todo en los sistemas de reciente democratización, una importante acción cívica y didáctica⁵⁷⁹.

Los órganos de control cumplen así una función de educación para la democracia pues tienen un enorme potencial para instaurar la cultura de los derechos fundamentales y hacer perceptible ante la opinión pública el significado y el valor de las disposiciones constitucionales en materia de derechos. Pero además de su papel educativo, los órganos jurisdiccionales de control cumplen también una función de tipo informativo, ya que su jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, constituye un espejo emblemático de la realidad social, de sus contradicciones y de sus transformaciones. En este sentido la jurisprudencia de los órganos controlantes también tiene un rol fundamental en la concreción del principio personalista, pues favorece una lectura evolutiva de las disposiciones constitucionales en materia de derechos. Esto es así porque las interpretaciones concretas de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales por parte de los órganos de control, permiten asegurar una constante síntesis entre las disposiciones contenidas en la constitución y los valores contemporáneos, es decir, entre derecho e historia⁵⁸⁰.

Aunada a estas funciones y sus consecuencias, la protección de los derechos fundamentales por los jueces constitucionales también permite, como ya se ha dicho, superar la objeción democrática. Además, en las fases de transición, la defensa de los

⁵⁷⁹ Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, cit., p. 120.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, pp. 120-123.

derechos a través de los procesos ante los órganos de control permite afianzar los contenidos democráticos de un Estado, contribuyendo a afirmar los nuevos valores constitucionales que se persiguen después de la existencia de regímenes totalitarios.

Otro más de los beneficios que otorga la protección de los derechos a través de los órganos de control es la garantía del equilibrio que debe existir cuando existen derechos susceptibles de entrar en conflicto. A este propósito, la actividad de los jueces constitucionales es decisiva al hacer que la afirmación de un derecho no suponga una negación o una excesiva disminución de otro derecho, merecedor también de tutela constitucional⁵⁸¹.

Los beneficios que conlleva la protección de los derechos por el órgano de control se han visto reflejados frecuentemente en la práctica constitucional y, por ello, se ha hablado incluso de un progreso a través de la actuación de los procesos constitucionales de control⁵⁸². Un ejemplo de ello es la sentencia *Lüth-Urteil* que se dictó en Alemania en 1958. Mediante este fallo, como comenta Antonio López Pina⁵⁸³, cobró nueva vida la antigua idea de que los derechos fundamentales no son solamente derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que, simultáneamente, forman principios objetivos tanto determinadores de medidas legislativas como inspiradores del ordenamiento jurídico. Y es que en el caso *Lüth*, el *Bundesverfassungsgericht* declaró que las exigencias de los derechos fundamentales no solamente vinculan al legislador, sino que informan también la interpretación y aplicación de las leyes. La protección de los derechos fundamentales fue llevada así hasta el campo de la aplicación del derecho y ello significó que, a la hora de interpretar los preceptos del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código civil), los tribunales civiles habrían de tener en cuenta que el comportamiento de *Lüth* entraba dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión. La irradiación a terceros era así, en principio, reconocida y los derechos fundamentales se liberaban de la orientación unilateral de la intervención estatal y cobraban validez universal. La significación de esta sentencia se aprecia también al considerar que, hasta ese momento,

⁵⁸¹ *Idem*.

⁵⁸² Véase Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, cit., p. 118.

⁵⁸³ En el estudio preliminar a la obra de Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., p. 11.

la influencia de los derechos fundamentales acababa en el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes, debido a que por más que la interpretación y aplicación de una ley tuviera como efecto la intervención en un derecho fundamental, quedaba fuera del alcance de este derecho. El caso *Liith-Urteil* dio lugar, por el contrario, a que los derechos fundamentales incidieran como parámetro valorativo en la aplicación de las normas jurídicas. De esta forma, el Tribunal constitucional federal alemán extendió en ese país la sensibilidad para los derechos fundamentales hasta donde la libertad y la igualdad se plantean en concreto al individuo. Pero los efectos de este caso van más lejos. Una vez que los derechos fundamentales no son solamente derechos subjetivos de defensa frente al Estado, sino también principios objetivos a los que ha de ajustarse el ordenamiento jurídico, tienen también para el Estado consecuencias impulsoras a su acción, pues fundan obligaciones estatales de protección dondequiera que la libertad jurídicamente garantizada se vea amenazada por terceros o no sea ejercible sin asistencia estatal. De este modo, el acento de la protección del derecho fundamental se ve desplazado y, si originariamente, lo fundamental era limitar al Estado soberano en interés de la libertad, hoy en día, los derechos impulsan al Estado a actuar en interés del establecimiento o la preservación de igual libertad, de que compensen expectativas privadas protegidas jurídicamente y de que se impida la imposición unilateral de determinadas pretensiones de libertad a costa de los derechos de otros⁵⁸⁴.

A partir de ejemplos como éste es evidente que la dogmática y la jurisprudencia de los derechos fundamentales en Alemania hace justicia a cambios que hacía tiempo habían tenido lugar en la acción del Estado. De ser éste una instancia que preservaba un orden justo preexistente o que lo restablecía después de determinadas perturbaciones, se convirtió al paso del tiempo, teniendo como elemento fundamental las sentencias del Tribunal constitucional federal, en una agencia planificadora, de desarrollo y de servicios para la sociedad, que desde entonces trata de contrarrestar la insensibilidad del sector

⁵⁸⁴ Todas estas consideraciones sobre el caso *Liith-Urteil* se contemplan en Grimm, Dieter, *constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., pp. 11-12.

privado para los costes externos que el mismo genera o la orientación de los partidos políticos al corto plazo⁵⁸⁵.

El caso *Lüth-Urteil* en Alemania es sólo un botón de muestra⁵⁸⁶ de los muchos beneficios que la relación derechos fundamentales-órgano de control puede tener en el progreso del Estado constitucional y en la concreción y desarrollo de los valores democráticos. Y es que la jurisdicción constitucional tiene la competencia y la fuerza para la dirección y para la mejora, aunque en forma limitada, de la realidad estatal⁵⁸⁷. Por ello la importancia de que existan medios adecuados de protección jurisdiccional de los derechos en los sistemas de control.

6.5 *El control jurisdiccional de constitucionalidad y la política*

Una vez analizada la influencia que los órganos de control pueden tener en la protección y evolución de los derechos fundamentales, debe considerarse también que, con la expansión a escala mundial de los sistemas de control de constitucionalidad, surge una exigencia profunda de garantía que se liga a una demanda creciente de racionalización de la esfera política. Esta exigencia ha hecho que la política día a día se empiece a determinar por el derecho y no que el derecho sea condicionado por la política. La convicción que mueve a este proceso es que no sirve fijar en una constitución las reglas esenciales de convivencia –como las libertades fundamentales, el sistema de relaciones entre poderes públicos, etc.- si no existe la posibilidad de garantizar la preeminencia de la misma constitución sobre las expresiones de la voluntad política que se manifiestan, en primer lugar, por medio de la ley. Por ello, si esta preeminencia no se afirmara y se volviera efectivamente operante a través del control de constitucionalidad, cada ley, expresión de la voluntad de la mayoría, podría derogar a los mandamientos contenidos en los textos constitucionales, anulando las garantías que los individuos y las fuerzas sociales (en

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁸⁶ A este ejemplo, se pueden sumar muchos otros como el papel de la Corte Warren en la determinación de la incompatibilidad de la esclavitud con la constitución norteamericana, en la superación de la discriminación racial o en la afirmación del derecho a la tutela judicial efectiva.

⁵⁸⁷ Cfr. Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, cit., p. 119.

particular las fuerzas de la minoría) adquieren con la existencia de la constitución⁵⁸⁸. Esta situación hace evidente que también la esfera política se ve condicionada en su actuar por el control de constitucionalidad.

La constitución, al ser al mismo tiempo un *acto* (determinado en el tiempo) y un *proceso* (histórico)⁵⁸⁹ no debe desarrollar sólo una función conservadora (que provoque la cristalización del los significados de la norma fundamental) ni extremadamente progresiva (que provoque reformas constitucionales acordes con todos los deseos sociales o de la clase política), sino que debe adoptar una función estabilizadora, de moderación y equilibrio a través de una inteligente -y, por tanto, razonable- actualización de las necesidades y valores originarios, que deben ser protegidos en su núcleo duro e intangible⁵⁹⁰.

No puede negarse que los mismos órganos de control -simplemente llevando a cabo sus funciones- influyen en la formación de la opinión pública democrática (moderno rostro mediático de la soberanía popular), que a su vez tiende a influenciar las decisiones de los órganos de control. Sin embargo, es necesario que estos órganos jurisdiccionales, en la medida de lo posible, no se dejen influenciar por los impulsos contingentes que mueven la opinión pública o por las opiniones de los diversos grupos políticos existentes en cada Estado, cuyos cambiantes deseos no deberían incidir en lo más mínimo en las decisiones de los jueces constitucionales. La brújula que debe guiar estas decisiones es simplemente el parámetro constitucional. De hecho, una de las funciones más importantes de los órganos de control es servir como “freno” a las cambiantes presiones de la opinión pública que son siempre más manipulables por los factores reales del poder y capaces de condicionar de manera importante el actuar de los legisladores. En pocas palabras, los órganos de control no deben identificarse con la famosa expresión de Unamuno “¿A dónde vas Vicente? A donde va la gente”. La opinión pública corre el riesgo de convertirse en el “nuevo” soberano en el terreno político y por lo tanto es necesario que los órganos de

⁵⁸⁸ Cheli, Enzo, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 13.

⁵⁸⁹ Sobre la importancia de la constitución como proceso histórico véase por ejemplo, Serrano Migallón, Fernando, *La vida constitucional de México*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, v. 1.

⁵⁹⁰ Ruggeri, Antonio y Antonino Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 15.

control resistan a todo tipo de presiones de los grupos de poder, incluyendo las de una difusa “conciencia social” o las de una aguerrida “opinión pública”⁵⁹¹.

De esta forma, los órganos jurisdiccionales de control garantizan el equilibrio entre la soberanía popular y la supremacía del sistema de valores constitucionales; sin embargo, los órganos controlantes deberán buscar dar siempre primacía a los valores constitucionales (incluso aquellos metademocráticos) que se desprenden del texto constitucional o de las normas que lo integran como parámetro, pues no ejercen una actividad política en sentido estricto, sino que son órganos dotados de fuerza política con funciones jurídico-arbitrales de custodia y garantía incluso de los mismos actos (como las leyes) en que se traduce la soberanía popular⁵⁹². Pero al proteger los valores constitucionales, los órganos jurisdiccionales de control deberán ser muy cuidadosos y sus integrantes tendrán que tomar en cuenta los aspectos políticos de gran trascendencia, pues una decisión ajena a estos acontecimientos puede ocasionar más problemas que beneficios al momento de defender la constitución. Por ello, los órganos controlantes en ocasiones deben ejercer su autonomía de decisión a través del *self restraint* o de diversas técnicas decisorias que respeten la discrecionalidad del legislador o las decisiones de órganos políticos dotados de legitimidad democrática, siempre que éstas no sean arbitrarias o irrazonables. Es verdad que la tensión entre política y control siempre existirá, pero para aminorar sus efectos, los jueces constitucionales deberán considerar las situaciones políticas que se presentan al momento de llevar a cabo su función, teniendo siempre en cuenta, como hilo conductor en sus decisiones, al parámetro constitucional. De esta forma, la política no irá más allá de los fines del control jurisdiccional de constitucionalidad, es decir, de la defensa del texto constitucional y los principios y valores que de él se desprenden.

⁵⁹¹ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

⁵⁹² Serrano Migallón, Fernando, “Jurisdicción constitucional y política”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional*, cit., t. 1, p. 886.

7. A MANERA DE CONCLUSIONES: ¿ES POSIBLE UNA TEORÍA DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD?

Responder a la pregunta contenida en el enunciado que da nombre a este capítulo no es sencillo si se considera la polisemia de la palabra “teoría”. Y es que ésta ha sido definida de muchas maneras: Aristóteles identificaba a la teoría con la beatitud y, con el pasar del tiempo, este término ha alcanzado significados muy diversos que van desde considerarlo simplemente como especulación o vida contemplativa, hasta definirlo como un conjunto de leyes o principios que determinan un orden de efectos o fenómenos. Sin embargo, en estas páginas más que entrar al debate sobre lo que es o debe considerarse como teoría, se entenderá a esta última como un conocimiento meramente especulativo sobre una rama determinada del saber. Concebida de esta forma, la teoría se identificará con una condición hipotética ideal que, sin embargo, es construida sin alejarse del conocimiento empírico, pues hoy en día no puede negarse que es muy deseable que las construcciones teóricas en el campo de las ciencias sociales se vean apoyadas en la realidad, ya que es ésta la que condiciona los planteamientos explicativos y normativos contenidos en los principios que en ellas se producen.

En el ámbito jurídico, además, cualquier teoría que se construye se configura como un complejo orgánico de enunciados sobre un determinado objeto que tiene repercusiones en el ámbito social. Es también por ello que una teoría del control no puede ser una teoría filosófica, sino una teoría empírica cuyos términos y tesis contemplen una relación semántica con un conjunto de fenómenos y experiencias. El desarrollo que ha tenido en

la práctica el control jurisdiccional de constitucionalidad hace que este hecho se cumpla, pues la dogmática jurídica en materia de control ofrece muchos ejemplos de la manera en que los problemas en esta materia han sido tratados en diversos Estados. Además, debe tomarse en cuenta que el control jurisdiccional de constitucionalidad ha tenido una rápida evolución y una afirmación pragmática tan importante que, a partir de ellas, pueden formularse diversas hipótesis que sirvan para enunciar explicaciones provisionales cuyo fin sea hacer comprender con mayor facilidad el fenómeno del control.

Dado que actualmente la ciencia moderna ha abandonado la repugnancia que en los siglos XVIII y XIX el mundo científico sentía por las hipótesis (expresada, entre otros, por Newton), éstas han dejado de ser una conjetura acerca de las causas últimas o recónditas de los fenómenos y se han visto influenciadas por la realidad, que permite que las hipótesis sean explicadas y criticadas, dotando de sentido a las concepciones teóricas y abandonando la malograda idea, en el campo de lo social, de alcanzar una pureza conceptual. A partir de este cambio ideológico, muchos doctrinarios han dejado de lado las “hipótesis trascendentales” que apelan a una simple idea de la razón y se han pronunciado a favor de las hipótesis empíricas, cuyo carácter es la suficiencia para determinar *a priori* las consecuencias ya dadas⁵⁹³.

Entonces, si se considera a la teoría en el marco de este nuevo escenario doctrinal y se comparte la idea de su carácter hipotético, no cabe duda que, como se ha visto a lo largo de este trabajo, el desarrollo que ha tenido a través del tiempo el control jurisdiccional de constitucionalidad y su consolidación en los Estados democráticos, permiten establecer una serie de hipótesis que pueden servir como reglas de carácter ideal, pero que también hacen posible el descubrimiento de hechos nuevos que sin ellas no podrían advertirse. Desde el enfoque que se desprende de esta primera premisa, es posible considerar que una teoría del control jurisdiccional de constitucionalidad es viable si existe la posibilidad de encontrar hipótesis que sirvan para establecer reglas prácticas susceptibles de ser pensadas como principios generales sobre el fenómeno que se estudia. Naturalmente, en el ámbito del control, debido a las particularidades de cada Estado, la

⁵⁹³ En este sentido, por ejemplo, se pronuncia Kant en la sección 3 del capítulo I de la *Crítica de la Razón Pura*.

teoría no podrá señalar cuáles son los principios que deben incorporarse en cada ordenamiento (algo que sólo puede determinarse a través de la dogmática jurídica) y tampoco podrá establecer cuáles de estos principios pueden ser válidos de manera general, pues esta tarea corresponde a la filosofía del derecho. Es por ello que, desde la perspectiva en que en este trabajo se considera a la teoría, ésta debe limitarse a asumir y definir conceptos e instituir relaciones sistemáticas entre ellos, así como a desarrollar las implicaciones que éstos pueden tener y, por tanto, analizar la forma lógica y la estructura normativa que son propias del fenómeno de control cuando los conceptos que con él se relacionan se ponen en acción. De esta manera, para hablar de una teoría del control jurisdiccional de constitucionalidad, es necesario determinar si existen conceptos a partir de los cuales se pueden establecer relaciones lógicas que determinen la forma en que debe concebirse este tipo de control. Lo señalado en estas páginas puede ayudar a responder esta pregunta.

En este trabajo se han ofrecido algunos conceptos que pueden ser considerados como la base de una teoría del control jurisdiccional de constitucionalidad. El primero de ellos es el concepto de constitución. La constitución es considerada aquí como la norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable en un determinado territorio, que organiza al Estado y garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de la población y se ejerza con respeto a los derechos de las minorías y con el fin de hacer accesibles los derechos sociales. A esta noción de constitución, se le ha dotado de un contenido axiológico que se encuentra en la idea de democracia y, por tanto, se han fijado como los fines de la constitución el asegurar la libertad, igualdad, dignidad y seguridad de las personas, así como hacer posible su participación en la vida pública y determinar un ejercicio adecuado del poder político. A partir de estos planteamientos se ha construido una idea sobre la constitución en dos direcciones: su concepción como “norma” y su consideración como “normas”. La primera de ellas toma en cuenta que la eficacia de una constitución, es decir, la realización de sus valores y sus fines depende básicamente de su capacidad de regular la conducta de los sujetos relevantes, así como de transformar los valores y los fines que contiene en prohibiciones y deberes dirigidos a ciertos destinatarios. Por su parte, la

segunda de estas concepciones hace ver que la constitución debe considerarse como un conjunto de prescripciones, de normas preceptivas o de preceptos que enuncian normas, pero de los que también se desprenden principios jurídicos. Esta condición de la constitución como complejo normativo es importante porque sólo a partir de ella se pueden distinguir los diversos tipos de disposiciones que la conforman, su carácter de disponibles o indisponibles, y el lugar que las normas que derivan de ellas tienen al momento del control.

Estos planteamientos sobre la constitución permiten tener elementos para formular un concepto “constitucionalmente adecuado” de control y, por tanto, éste se ha concebido, de manera abstracta, como el poder que, teniendo como finalidad la tutela de los valores expresados o institucionalmente protegidos por la autoridad controlante frente al ejercicio concreto o potencial de ciertos poderes o facultades, se estructura en un *juicio* sobre la normalidad del modo de actuar o de ser de los operadores jurídicos y que implica, en caso de que ese juicio resulte desfavorable, una medida que, dicho de manera general, obstaculiza el comportamiento o la situación organizativa considerada como anómala. Este primer acercamiento al control, que podría parecer adecuado si se busca la unificación conceptual, como se ha visto, conllevaría diversos problemas al momento de trasladar esta idea a su aplicación práctica. Por lo tanto, para lograr ser congruentes con lo que se ha expresado previamente, debe considerarse al control tomando en cuenta también los elementos empíricos que ofrece en cada Estado la realidad constitucional. Y es que, como se señaló en el primer capítulo, la diversidad de elementos que la categoría de control presenta en sus manifestaciones prácticas, hace pensar que cualquier intento de establecer un único concepto de control es una empresa condenada, teóricamente, al fracaso, o en todo caso, operativamente, a la esterilidad. La conclusión a la que puede llegarse entonces es que no existe un concepto unívoco de control sino que, por el contrario, si quiere ofrecerse una noción “adecuada” de este fenómeno, deberá recurrirse a la pluralidad conceptual que permita distinguir las diversas modalidades que adopta el control para, de esta manera, no reducir la utilidad práctica que este concepto puede ofrecer.

Una de estas modalidades es el control jurisdiccional de constitucionalidad y sobre él, aunque condicionadas por las características de cada sistema, se pueden establecer ciertas particularidades de carácter general. En primer lugar debe recordarse que este tipo de control tiene como finalidad salvaguardar los “valores” contenidos en la constitución, a través de la verificación de la constitucionalidad de las leyes, actos y actitudes de la autoridad. Además, el control jurisdiccional es un control jurídico y por lo tanto objetivado y necesario. Al ser un control normativizado y no condicionado al arbitrio del sujeto controlante, este control es el más regular y, consecuentemente, tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de derecho, para la división y equilibrio de las ramas del poder público y para el respeto de los derechos fundamentales.

Ahora bien, a pesar de estos caracteres -que son generales en el control jurisdiccional de constitucionalidad- en cada sistema constitucional existirán elementos que darán un rostro propio a la actividad de control, pues es indudable que ésta es el resultado de modos de pensar, situaciones concretas, experiencias, corrientes de pensamiento, posturas políticas y procesos evolutivos particulares. A través del estudio de estos ingredientes -que dan forma a los diversos sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad-, se pueden individuar algunas de las variantes aplicativas que presenta esta institución.

El análisis de estas variantes puede ser también útil en una más de las funciones esenciales de la teoría: la definición de modelos e instrumentos de clasificación y previsión. En este sentido, el breve estudio histórico y de derecho comparado realizado a lo largo de esta investigación, ha servido para definir algunos modelos que, en principio, pueden servir como factores para determinar una tipología explicativa de las variables conformadoras del control jurisdiccional de constitucionalidad. Sin embargo, este análisis también ha hecho patente que, aun cuando existen elementos que predominan en los diversos sistemas de control, hoy en día, usando las palabras de Fernández Segado⁵⁹⁴, es

⁵⁹⁴ Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, pp. 91 y ss.

posible evidenciar una mixtura e hibridación de los dos principales modelos jurisdiccionales (el europeo y el americano) de control de constitucionalidad. Sin embargo, si los constituyentes y legisladores diseñan los sistemas de control de constitucionalidad con el fin de alcanzar el máximo posible de armonía y racionalidad en un territorio determinado, deben proceder además a considerar la estratificación de textos normativos, de orientaciones políticas, de la propia y peculiar evolución histórica, de influencias culturales y de un dispar conjunto de variables difícilmente reconducibles a criterios racionales unívocos⁵⁹⁵. Es por estas razones y por la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano, que una eventual clasificación de los sistemas de control es viable si se considera su utilidad sólo desde el punto de vista pedagógico, pero no será muy fructífera en la práctica (al menos si, para construirla, se consideran sólo las variables que presentan el sistema de la *judicial review* y el modelo concentrado) pues actualmente ni siquiera los sistemas considerados como modélicos se han mantenido “puros”, ya que se han visto obligados a importar características de otras formas de control existentes más allá de las fronteras de los territorios en los que funcionan.

Otro de los apuntes generales de importancia que pueden hacerse con relación a la teoría, es que ésta debe constituir un conjunto de reglas de inferencia que permitan la previsión de los datos de hecho. En este ámbito, la influencia que tienen las características procesales, funcionales y organizativas del control jurisdiccional de constitucionalidad en la dinámica institucional y en el fortalecimiento del Estado constitucional, puede considerarse un elemento fundamental para la determinación de ciertos comportamientos de los operadores jurídicos que se relacionan con el ejercicio del control y de ciertas situaciones que pueden presentarse cuando éste se lleva a cabo. Por ello se ha intentado demostrar a lo largo de este trabajo que existe una red de relaciones entre la organización, estructura y funcionamiento de los órganos de control y el papel que éstos tienen dentro de los Estados constitucionales. Esto se ha hecho con el fin de dejar entrever ciertas reglas

⁵⁹⁵ Pizzorusso, Alessandro, “I sistemidi giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, 1982, pp. 521 y ss.

que son comunes en los distintos sistemas de control y para mostrar los beneficios que algunas de ellas pueden ofrecer al control jurisdiccional de constitucionalidad. Además, se han aportado también justificaciones a las relaciones existentes entre este tipo de control y algunos de los temas que están íntimamente relacionados con él (e.g. la democracia, la defensa de los derechos fundamentales, la conformación de los Estados compuestos, etc.). De esta forma se ha intentado conseguir otro de los elementos que son constantes en una teoría científica, esto es, constituir un esquema de unificación sistemática para diferentes contenidos.

Debido a que otro de los fines de la teoría es lograr un grado de comprensividad adecuado para el juicio acerca de su validez, en esta investigación se han fijado ciertas categorías conceptuales y se han tratado algunas cuestiones que son recurrentes en el control jurisdiccional de constitucionalidad. El análisis del parámetro de control, de su objeto o de los vicios que pueden poner en marcha la maquinaria jurisdiccional de control, son sólo una muestra de los muchos temas que pueden ser determinantes en la comprensividad de una teoría del control jurisdiccional de constitucionalidad y que pueden condicionar las conjeturas que se hacen sobre ella.

Todo lo dicho hasta aquí puede servir entonces para afirmar que existen elementos en condiciones de contribuir a la construcción de una eventual teoría del control jurisdiccional de constitucionalidad. Es cierto que esta labor necesita completarse con muchos más conceptos y con el estudio de las relaciones lógicas que existen entre ellos, para poder ofrecer una imagen clara del “control como es”, pero sobre todo, para concebir una idea del “control como debe ser”, con base en la lógica que es propia de esta actividad y teniendo en cuenta los contenidos nuevos y diversos que las transformaciones políticas y sociales imponen a su conformación normativa. Pero la lógica indica que para llegar a una meta es preciso comenzar a recorrer un camino: es por ello que estas páginas solamente han buscado contribuir al inicio de un debate académico que sirva, como ya se ha señalado, para completar esta tarea a través de la crítica y los comentarios que sobre ellas puedan hacerse.

BIBLIOGRAFÍA

-AGUILÓ REGLA, Josep, “Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución”, *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007.

-ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, “La intervención del Tribunal Constitucional en la construcción del Estado autonómico español”, en Revenga Sánchez, Miguel *et al.* (coord.), *50 años de Corte Constitucional italiana 25 años de Tribunal Constitucional español. IV Jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional*, Madrid, Ministerio de Justicia del Gobierno de España, 2007.

-ALLEGRETTI, Umberto, “Il problema dei limiti sostanziali all’innovazione costituzionale”, *Il Foro Italiano*, Roma, Vol. CXVIII, Parte V, 1994.

-ALOISIO, Salvatore, “Alcuni cenni sull’evoluzione delle esternazioni del Presidente della Corte costituzionale e sulle prospettive del fenomeno”, en Costanzo, Pasquale, (coord.), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1996.

-ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, t. I 1999.

-ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, José Luis, “Seleccionar lo importante. La reciente reforma del trámite de admisión de la ‘Verfassungsbeschwerde’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 41, 1994.

-ANZON, Adele, “Gli assistenti di studio dei giudici costituzionali”, en Costanzo, Pasquale, (coord.), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1996.

- ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.
- _____, *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- _____, “La Constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- _____, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. I.
- ARMENTA LÓPEZ, Leonel Alejandro, *La controversia constitucional*, México, Facultad de Derecho de la UNAM, 2003.
- _____, *La forma federal de Estado*, 1a. reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.
- ATIENZA, Manuel, “El derecho como argumentación”, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.
- ATIENZA, Manuel, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2001.
- AZZARITI, Gaetano (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2007.
- BARAK, Aharon, *La discrezionalità del giudice*, Milán, Giuffrè, 1995.
- BARSOTTI, Vittoria, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Turín, Giappichelli, 1999.
- BASSOLI, Elena, “Il sistema informativo della Corte costituzionale”, en Costanzo, Pasquale, (coord.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1996.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y González García, Julio V. (ed.), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, 2006.
- BIANCHI, Paolo, “La giustizia costituzionale negli Stati Uniti”, en Luther, Jörg *et al.* (coord.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2000, t. I.

- BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.
- BIN, Roberto, *Capire la Costituzione*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 2008.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “La función judicial de defensa del orden constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., México, 2006, t. I.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad, arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas””, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. I.
- _____, *La acción de inconstitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *La justicia constitucional (procesos y procedimientos constitucionales)*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007.
- BRUSCHI, Alessandro, *Metodologia della ricerca sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2008.
- BRYCE, James, *Costituzioni flessibili e rigide*, Milán, Giuffrè, 1998.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 38a. ed., México, Porrúa, 2001.
- CABO, Carlos de, “La función histórica del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la consttución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- CALLEJAS, César Benedicto, *Argumentación jurídica en la formación y aplicación del Talmud*, México, Facultad de Derecho de la UNAM, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1968.
- _____, *La giurisdizione costituzionale della libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milán, Giuffrè, 1955.
- _____, *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, México, Facultad de Derecho de la UNAM, 1987.

- _____, “¿Renegar de Monetsquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 17, 1986.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Comentada)*, México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2007.
- _____ (coord.), *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.
- _____ (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH-Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, 2008.
- _____ (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.
- _____, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004.
- _____, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2005.
- _____ (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007.
- _____ (comp.), *Teoría de la constiución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- CARIOLA, Agatino, “Legittimazioni del giudice costituzionale ed uso del criterio di ragionevolezza”, en Pitruzzella, Giovanni *et al.* (coord.), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Turín, Giappichelli, 2000.
- CARNEVALE, Paolo, “*Ecce iudex in ca(u)sa propria: ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte-giudice (prime riflessioni sulla posizione della giurisprudenza della Corte costituzionale intorno al problema della natura delle norme di autoregolamentazione dei propri giudizi nel quadro del dibattito dottrinario)*”, en Costanzo, Pasquale, (coord.), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1996.
- CARPIO MARCOS, Edgar, “La *jury constitutionnaire* en el pensamiento de Sieyès”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXII, núm. 95, 1999.

- CARPIZO, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, “Amérique Latine”, en Favoreu, Louis y Jolowicz, John-Anthony, *Le contrôle juridictionnel des lois (Légitimité, effectivité et développements récents)*, París, Economica-Presses Universitaires d’ Aix-Marseille, 1986.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, 2a. ed., México, Facultad de Derecho de la UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CARROZZA, Paolo, “La giustizia costituzionale e i suoi modelli: il problema delle regole su organizzazione e funzionamento. Sintesi di un dibattito”, en Costanzo, Pasquale, (coord.), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1996.
- CASASOLA MENDOZA, Alberto, *La acción de tutela contra particulares y los efectos de las sentencias de tutela, de acuerdo con la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia*, México, Documento de Trabajo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El tribunal constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008.
- CASULLI, Vincenzo Rodolfo, “Controllo”, en Azaro, Antonio y Eula, Ernesto (dirs.), *Novissimo Digesto Italiano*, 3a. ed., Turín, UTET, 1968, t. IV.
- CELOTTO, Alfonso, *La Corte constitucional en Italia*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.
- _____, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 1, 2004.
- CERRI, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, 4a. ed., Milán, Giuffrè, 2004.
- CHAGNOLLAUD, Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, 5a. ed., París, Dalloz, 2007, t. 1.
- CHELI, Enzo, *Il giudice delle leggi*, Bolonia, Il Mulino, 2005.
- _____, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Nápoles, Editoriale scientifica, 2006.
- COMANDUCCI, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

- CONTRERAS BUSTAMANTE, Raúl, *Derecho Constitucional*, vol. 2, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2016.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, México, Fondo de Cultura Económica-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.
- _____, “La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 15, 2006.
- CORWIN, Edward S., *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971.
- COSSÍO, José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 26, 2012.
- COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, 2001.
- _____, *La teoría del rombo. Ingeniería constitucional del sistema político democrático*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, 2000.
- CRICK, Bernard, *The Reform of Parliament*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1968.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987.
- DOGLIANI, Mario, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1994.
- ESCOBAR FORNOS, Iván, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.
- ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- ETO CRUZ, Gerardo, “John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. 1.
- FAVOREU, Louis, *Les Cours constitutionnelles*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1996.

_____ y Jolowicz, John-Anthony, *Le contrôle juridictionnel des lois (Légitimité, effectivité et développements récents)*, París, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986.

_____ y Philippe, Xavier, *La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958*, París, Documento del Conseil constitutionnel, 2008.

-FAZZALARI, Elio, "Procedimento e processo (teoria generale)", *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1986, t. XXXV.

-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión", en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007.

_____, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2007.

-FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

_____, "La jurisdicción constitucional en la actualidad", *Ius et Praxis*, Lima, núm. 16, 1990.

_____, "Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamérica: del control político al control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 17, núm. 49, 1997.

_____, "Sistemas de protección judicial de los derechos humanos", *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, tomo XII, núms. 67-72, junio 1995-mayo 1996.

-FERRAJOLI, Luigi, "Democrazia senza Stato?", en Labriola, Silvano (ed.), *Ripensare lo Stato*, Milán, Giuffrè, 2003.

_____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001.

_____, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, t. 1.

BIBLIOGRAFÍA

- FERRARA, Gianni, “Il diritto come storia”, en Azzariti, Gaetano (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2007.
- FERRARA, Gianni, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milán, Feltrinelli, 2006.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., México, 2006, t. I-IV.
- _____ (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2005, t. 1.
- _____, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002.
- _____, “Los Tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*, México, Fontamara, 2008.
- _____, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- _____, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002.
- _____, “La justicia constitucional en América Latina”, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, México, UNAM, 1989, t. IV.
- _____, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982.
- _____, “Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. 1.
- _____, “Sentencia”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, t. IV.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- FORTI, Ugo, “I controlli dell’amministrazione comunale”, en Orlando, Vittorio Emanuele (ed.), *Trattato di diritto amministrativo italiano*, Milán, Società Editrice Librai, 1915, v. II, parte II.
- FLORES, Imer B., “Sobre la (in)constitucionalidad de ‘reformas constitucionales’: a propósito de los casos de Chiapas, Michoacán y Oaxaca”, *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 17, julio-diciembre 2007.
- FLORES, Imer B., “Sobre las formas y los límites de la legislación: a propósito de la constitucionalidad de una reforma constitucional”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (eds.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, t. I.
- FROMONT, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, Dalloz, 1996.
- GALEOTTI, Serio, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1963.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.
- _____, “La acción de inconstitucionalidad en el Derecho comparado”, *Lecturas Constitucionales Andinas*, Lima, núm. 1, 1991.
- _____, “La interpretación constitucional como problema”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. 1.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2006.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, “El status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, 1981.
- GARCÍA ROCA, Javier, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987.
- GARCÍA TORRES, Jesús y Jiménez Blanco, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986.
- GARLICKI, Lech, “Constitutional courts versus supreme courts”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, núm. 5, 2007.

- GIANNINI, Massimo Severo, “Controllo: nozioni e problemi”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milán, núm. II, 1974.
- _____, “Recensione a Salvi”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey (ed.), *Interpreting constitutions. A comparative study*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2003.
- GÓMEZ-LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 8a. ed., México, Harla, 1990.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, “El control de la reforma constitucional”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.
- GRIFFIN, Stephen M., *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bolonia, Il Mulino, 2003.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- GROPPI, Tania y Olivetti, Marco (eds.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milán, Giuffrè, 2003.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003.
- _____, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 2006.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, “Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. III.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.
- _____, “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 5, 2001.

- _____, "Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2000, t. I.
- HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, 2a. ed., México, Porrúa, 2007.
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *El Federalista*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- HAMON, Francis y Troper, Michel, *Droit Constitutionnel*, 30a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 2007.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.
- HUPPMANN, Reinhild, *La giustizia costituzionale in Austria*, en Luther, Jörg *et al.* (coords.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2000, t. 1.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1979.
- JEMOLO, Arturo Carlo, *Che cos'è la Costituzione*, 2a. ed., Roma, Donzelli Editore, 2008.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- JULIEN-LAFERRIÈRE, François, "Las insuficiencias del control de la constitucionalidad de las leyes en Francia", en Carbonell, Miguel (coord.), *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.
- JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000.

- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.
- _____, *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981.
- KIRBY, Michael, “Judicial dissent”, *Paper delivered to Inter Alia, the Law Students’ Society of James Cook University at Cairnes*, Australia, 2005.
- KRASNER, Michael A. *et al.*, *American Government: Structure and Process*, Nueva York, MacMillan, 1977.
- KURLAND, Philip B., “Magna Carta and constitutionalism in the United States: ‘The noble lie’”, en Thorne, Samuel E. *et al.*, *The Great charter: four essays on Magna carta and the history of our liberty*, Nueva York, Pantheon Books, 1965.
- LANDA, César, *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.
- _____, “La elección del juez constitucional”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, año I, núm. 2, julio-diciembre de 2004.
- LIMBACH, Jutta, “La interpretación de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. II.
- LINARES, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., “La interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. II.
- LOBO ANTUNES, Miguel, “Fiscalização abstracta da constitucionalidade. Questões processuais”, *Estudos sobre a jurisprudencia do Tribunal Constitucional*, Lisboa, Aequitas-Notícias, 1993.
- LYNCH, Andrew, “Taking delight in being contrary, worried about being a loner or simply indifferent: How do judges really feel about dissent?”, *Federal Law Review*, Canberra, núm. 32, 2004.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976.
- LUTHER, Jörg, *et al.* (coord.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2000, t. I y II.

- MAGLIO, Anna Maria, “La biblioteca della Corte costituzionale”, en Costanzo, Pasquale, (coord.), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1996.
- MALFATTI, Elena, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 2007.
- MARSHALL, John, *Judicial Review e Stato federale*, Milán, Giuffrè, 1988.
- MENDOCA, Daniel y Guibourg, Ricardo A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2004.
- MOHNHAUPT, Heinz y Grimm, Dieter, *Costituzione. Storia di un concetto dall’Antichità a oggi*, Roma, Carocci, 2008.
- MONROY CABRA, Gerardo, “Concepto de Constitución”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.
- MORBIDELLI, Giuseppe, *et al.*, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2a. ed., Bolonia, Monduzzi Editore, 1995.
- _____, *Diritto Pubblico Comparato*, Turín, Giappichelli, 2004.
- MORRONE, Andrea, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza e nelle fonti*, 2a. ed., Padua, CEDAM, 2007.
- MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia, “Habeas data”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, t. IV.
- NIETO, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de administración pública*, México, núm. 100-102, 1983.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 1, 2004.
- _____, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004.
- ÖHLINGER, Theo y Gerhard Holley, “El modelo austriaco de jurisdicción constitucional: un panorama general”, en García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.

- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.
- OLIVETTI, Marco, “La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)”, en Groppi, Tania y Olivetti, Marco (ed.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milán, Giuffrè, 2003.
- ORLANDO, Vittorio Emanuele (ed.), *Trattato di diritto amministrativo italiano*, Milán, Società Editrice Libraia, 1915, v. II, parte II.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, *Derecho constitucional consuetudinario*, 1a. reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993.
- PANIZZA, Saulle, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1998.
- PARDO FALCÓN, “Nota sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 72, 1991.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Madrid, Dykinson, 1999.
- PEGORARO, Lucio, “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 2, 2004.
- _____, “Forme di governo, definizioni e classificazioni”, en Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella (eds.), *Semipresidenzialismi*, Padua, CEDAM, 1997.
- _____, *Giustizia costituzionale comparata*, Turín, Giappichelli, 2007.
- _____, “L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana”, en Franco Ferrari, Giuseppe y Gambaro, Antonio (coords.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991.
- PÉREZ TREMP, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.
- _____, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

- PFERSMANN, Otto, “Carré de Malberg y la jerarquía normativa”, *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 4, 2001.
- PINARDI, Roberto, *L’horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all’interzia del legislatore*, Milán, Giuffrè, 2007.
- PIZZORUSSO, Alessandro, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, 1982.
- _____, *Justicia, Constitución y Pluralismo*, Lima, Palestra-Pontificia Universidad Católica de Perú, 2005.
- _____, “Problemas metodológicos en el estudio de las fuentes del derecho”, en Brito Melgarejo, Rodrigo (comp.), *Leges et Iura. Escritos del profesor Alessandro Pizzorusso*, México, Facultad de Derecho de la UNAM.
- RAMOS TAVARES, André, *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado. Hard cases e soluções juridicamente adequadas*, San Paolo, Método, 2006.
- RANDAZZO, Alberto, “Dell’impossibilità, per il giudice costituzionale, di controllare l’esercizio del potere costituente”, *Documento de trabajo para el seminario celebrado el 4 de noviembre de 2008 en la Universidad de Pisa*.
- RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional”, *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 18, enero-junio de 2008.
- REDENTI, Enrico, “Intorno al concetto di giurisdizione”, *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, Milán, Giuffrè, 1962, v. 1.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Una relectura del *Dr. Bonham’s Case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, t. 1.
- RINELLA, Angelo y Tobia, Mario, “I giudici costituzionali nei sistemi federali”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 8, 2004.

- RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia, “El control de los actos y disposiciones del Tribunal Constitucional en el ordenamiento español. Una comparación con el sistema italiano”, *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, núms. 12-13, 2003.
- ROLLA, Giancarlo, “El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.
- _____, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.
- ROLLA, Giancarlo y Tania Groppi, “Tra politica e giurisdizione: Evoluzione e sviluppo della Giustizia costituzionale in Italia”, *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 2, enero-junio de 2000.
- ROMBOLI, Roberto (coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Turín, Giappichelli, 1990.
- ROMBOLI, Roberto y Tarchi, Rolando, “La giustizia costituzionale in Spagna”, en Luther, Jörg *et al.* (coords.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2000, t. II.
- ROUSSEAU, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, París, Montchrestien, 1998.
- ROZO ACUÑA, Eduardo, *Le garanzie costituzionali nel diritto pubblico dell’America Latina*, Turín, Giappichelli, 2006.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 12, núm. 35, Mayo-Agosto de 1992.
- _____, “Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe”, *Annuaire International de Justice Constitutionnel*, París, núm. XII, 1996.
- RUGGERI, Antonio, “Linguaggio della costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità”, en Pitruzzella, Giovanni *et al.* (coord.), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Turín, Giappichelli, 2000.

- RUGGERI, Antonio y Antonino Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 2001.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “El trasfondo teórico-ideológico de la ‘libertad civil’ y su eficacia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 20, 2007.
- _____, *Libertad civil e ideología democrática. De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004.
- SALVI, Luciano, *Premessa a uno studio sui controlli giuridici*, Milán, Giuffrè, 1957.
- SATTA, Salvatore, “Giurisdizione (nozioni generali)”, *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1962, t. XIX.
- SCHMITT, Carl, *Il custode della costituzione*, Milán, Giuffrè, 1981.
- _____, *Teoría de la Constitución*, 5a. reimpresión, Salamanca, Alianza Universidad Textos, 2006.
- SCHNEIDER, Hans-Peter, “El Tribunal Constitucional Federal alemán entre la justicia y la política”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati, núm. 31, septiembre-diciembre de 1991.
- SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez-Fundación Konrad Adenauer, 2003.
- SCHWARTZ, Bernard, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, 1a. Reimpresión, Madrid, Civitas, 1990.
- SERRA RAD, María Mercedes, *Procesos y recursos constitucionales*, Buenos Aires, Depalma, 1992.
- SERRANO MIGALLÓN, Fernando, “Jurisdicción constitucional y política”, en Ferrer MacGregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, t. 1.

- _____, “La interpretación conforme a la constitución: un canon interpretativo en claroscuro”, *Homenaje a Ignacio Burgoa Orihuela*, México, Porrúa, 2007.
- _____, *La vida constitucional de México*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, v. 1.
- SILVA, José Afonso da, “El proceso constitucional”, en Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución: garantismo y controles. Libro en reconocimiento al doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, EDIAR, 2003.
- SILVA RAMÍREZ, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, México, Porrúa, 2008.
- SPADARO, Antonino, “Dalla costituzione come ‘atto’ (puntuale nel tempo) alla costituzione come ‘processo’ (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità”, en Pitruzzella, Giovanni *et al.* (coords.), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Turín, Giappichelli, 2000.
- _____, “Sulla razionalizzazione del potere di autoformazione interna della Corte costituzionale”, en Costanzo, Pasquale, (coord.), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1996.
- SPAGNOLI, Ugo, “Appunti di un giudice costituzionale”, en Costanzo, Pasquale, (coord.), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1996.
- STARCK, Christian, “La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Núm. 7, 2003.
- SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, México, Porrúa, 2007.
- SUNSTEIN, Cass R., *Why Societies Need Dissent*, Massachusetts, Harvard University Press, 2005.
- TAJADURA TEJADA, Javier, “Hans Kelsen: un jurista demócrata ante la crisis de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Instituto de Investigaciones

Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, México, 2008, t. I.

-TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2a. ed., México, Fontamara, 2002.

_____, Rolando, “La interpretación constitucional (la falacia de la interpretación cualitativa)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2005, t. II.

-TARUFFO, Michele, “Primera Lección: Teoría general de la decisión”, *Cinco Lecciones Mexicanas: Memoria del Taller de Derecho Procesal*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2004.

-THORNE, Samuel E. *et al.*, *The Great charter: four essays on Magna carta and the history of our liberty*, Nueva York, Pantheon Books, 1965.

-TRIBE, Laurence H. y Dorf, Michael C., *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bolonia, Il Mulino, 2005.

-TROPER, Michel, “Kelsen y el control de constitucionalidad”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, año 2, núm. 4, 1995.

_____, “La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución”, *Doxa*, Alicante, núm. 22, 1999.

-TURPIN, DOMINIQUE, *Le Conseil constitutionnel. Son rôle, sa jurisprudence*, 2a. ed., París, Hachette, 2000.

-URIBE ARZATE, Enrique, “Elementos para el diseño de un sistema de justicia constitucional en los Estados federales”, *Revista de Derecho*, Chile, vol. XIX, núm. 2, Diciembre de 2006.

-VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 3ª ed., México, UNAM-Porrúa, 2006.

_____, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, Documento de Trabajo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

-VANOSSI, Jorge Reinaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Eudeba, 2000.

-VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, México, UNAM-SEPS, 2004.

- VIGO, Rodolfo Luis, “Directivas de la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. II.
- _____, *Interpretación jurídica (Del modelo juspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- VIZIOLI, Nicola, “La giustizia costituzionale in Belgio”, en Luther, Jörg *et al.* (coords.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2000, t. II.
- VOLPE, Giuseppe, *L’ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1977.
- WAHL, Rainer y Wieland, Joachim, “La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al *Bundesverfassungsgericht*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 51, 1997.
- WÜRTEMBERGER, Thomas, “Interpretación del derecho constitucional (desde una perspectiva realista)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. II.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, Querétaro, Fundap, 2004.
- _____, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.
- _____, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2007.
- _____, “Jueces constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 117, Septiembre-Diciembre de 2006.
- _____, *La giustizia costituzionale*, Nueva edición, Bolonia, Il Mulino, 1988.
- _____, *La virtù del dubbio. Intervista su ética e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- _____, *Società-stato-costituzione. Lezioni di dottrina dello stato degli anni acc. 1986-1987 e 1987-1988*, Turín, Giappichelli, 1988.