

# ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista del Centro de Estudios Constitucionales



**Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Centro de Estudios Constitucionales**

---

**Dirección:** Québec 415 esquina Avda. Condell, Providencia, Santiago, Chile  
**Correo electrónico:** [cecoh@utalca.cl](mailto:cecoh@utalca.cl) **Página web:** [www.cecoh.cl](http://www.cecoh.cl)

**Estudios Constitucionales**  
**Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca.**

**REPRESENTANTE LEGAL:**

Dr. Álvaro Rojas Marín, Rector de la Universidad de Talca.

**DIRECTOR:**

Humberto Nogueira Alcalá. Doctor en Derecho.  
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Talca.

**SUBDIRECTOR:**

Jorge Precht Pizarro. Doctor en Derecho.  
Profesor de Derecho Público, Universidad de Talca.

**Consejo Editorial Nacional**

Eduardo Aldunate L.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Raúl Bertelsen Repetto.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector  
Universidad de Los Andes.

José Luis Cea Egaña.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de  
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Kamel Cazor Aliste.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho,  
Universidad Austral de Valdivia.

Miguel Ángel Fernández

Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de la  
Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Católica de Santiago y Universidad de Talca.

Emilio Pfeffer Urquiaga.

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público de la  
Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Lautaro Ríos Álvarez

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la  
Universidad de Valparaíso.

Jorge Tapia Valdés.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho  
de la Universidad Arturo Prat, Iquique.

Francisco Zúñiga Urbina.

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile.

## Consejo Consultivo Internacional

Carlos Ayala Corao.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela.

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, Colombia. Ex Presidente de la Corte Constitucional.  
Ex Defensor del Pueblo de Colombia.

Jorge Carpizzo.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

Francisco Eguiguren Praeli.

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho de la Universidad Católica de Lima, Perú.

Francisco Fernández Segado.

Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.

Profesora de Derecho Constitucional. Universidad Rafael Landívar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala.

Luca Mezzetti.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine, Italia.

Pablo Pérez Trems.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Director de la Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano, Universidad Carlos III, Madrid, España.

Néstor Pedro Sagüés.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario, Argentina.

Secretaría

María Soledad Ramírez Ramírez

Diseño Gráfico

Marcela Albornoz Dachelet

Revisión de Textos

Víctor Concha Anabalón

Editado por

Librotecnia Editores

Correo electrónico [cecoch@utalca.cl](mailto:cecoch@utalca.cl)

## EL SISTEMA EUROPEO-CONTINENTAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

José Ignacio Martínez Estay \*

### RESUMEN

El modelo europeo de tribunales constitucionales está en directa relación con la falta de tradición constitucional de gran parte de los países de Europa continental en los que nacen y se expanden. En otros términos, estos órganos no son de la esencia del constitucionalismo. Por el contrario, sí parece serlo el hecho de que, como la Constitución es Derecho, y en concreto la norma jurídica más importante y superior a todas las demás, los jueces deben considerarla y aplicarla a la hora de resolver pleitos. Ello porque los conflictos son resueltos por los jueces aplicando Derecho, y la Constitución lo es.

Por ello, en caso de oposición entre la Constitución y una norma inferior, lo natural y obvio es que el juez prefiera la primera, y aplique ésta y no aquella. Ésta es la lógica del *judicial review* norteamericano, que es la que sustenta el archiconocido fallo de *Marbury v. Madison* (1803). Por eso un sistema mixto de control de constitucionalidad como el de Portugal, cuya Constitución hace posible que tanto el Tribunal Constitucional como los jueces ordinarios controlen la constitucionalidad de las normas, parece en principio más lógico y más acorde a los caracteres de supremacía y directa aplicabilidad de la Constitución. Pero, además, también resulta acorde a los fines de la Constitución que nadie pueda atribuirse el monopolio exclusivo de la interpretación constitucional. Re-

---

\* José Ignacio Martínez Estay, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes; Catedrático Jean Monnet, Universidad de los Andes. [jimartinez@uandes.cl](mailto:jimartinez@uandes.cl). Artículo recibido el 10 de marzo de 2005 y aprobado el 15 de abril de 2005.

cuérdese que el propio constitucionalismo surge como una respuesta al absolutismo, y a la pretensión de éste de monopolizar toda la producción jurídica, idea heredada después por el Estado.

## PALABRAS CLAVE

Derecho Constitucional; derecho procesal constitucional, Jurisdicción constitucional; modelo mixto de control de constitucionalidad de Portugal.

## I. JUEZ Y CONSTITUCIÓN EN EUROPA CONTINENTAL

Así como Inglaterra y Estados Unidos han vivido bajo un sistema constitucional desde los siglos XVII y XVIII, respectivamente, Europa continental tuvo que esperar hasta el siglo XX para tener una auténtica experiencia de este tipo. Junto al fracaso de la Revolución Francesa, las ideas del liberalismo no prendieron del todo en el ámbito jurídico. A ese respecto Bartolomé Clavero sostiene acertadamente que, en gran medida, el fracaso de la Revolución Francesa y su Declaración de los Derechos del Hombre se debió al nulo papel atribuido a los jueces. El poder se concentraba «en el legislativo con participación del ejecutivo y exclusión del judicial»,<sup>1</sup> lo que hacía imposible el respeto y plena vigencia del Derecho. Y es que parece difícil que pueda haber Derecho donde no hay jueces o donde éstos no pueden cumplir su función, pues ¿de qué sirve contar con una declaración de derechos si éstos no pueden ser invocados ante un tribunal?

A la Revolución Francesa le sucede el imperio napoleónico, y a éste «la Restauración y toda una época moderadamente contrarrevolucionaria en buena parte de Europa, con un pie todavía en el absolutismo».<sup>2</sup> La restauración monárquica acarrió el surgimiento de un nuevo concepto de Constitución. Se trataba de un concepto «que se pretendía puramente jurídico de Constitución, expresión que ahora servía para designar cualquier tipo de normas que tengan por objeto la organización del poder, garantizando o no las libertades, función esta última que desaparece del concepto».<sup>3</sup>

El poder se vestía con ropajes de apariencia constitucional, característica propia de las monarquías constitucionales europeas del pasado siglo, en que el monarca autolimitaba su poder otorgando una Constitución. En este marco surge el concepto alemán de *Rechtstaat* o Estado de Derecho durante el siglo XIX. Como nos recuerda Garrorena, la

<sup>1</sup> Clavero, Bartolomé, 1993. «'Garantie Des Droits': Emplazamiento histórico del enunciado constitucional», *Revista de Estudios Políticos* 81, Madrid, 20-21. Sobre este mismo aspecto Rodolfo Vigo sostiene que el «protagonismo del Parlamento francés para efectivizar la operatividad de la Constitución, neutralizaba la obligatoriedad inmediata de la misma y la reducía a un programa que era necesario desarrollar por medio de leyes»; Vigo, Rodolfo Luis. 1993. *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 62.

<sup>2</sup> Torres del Moral, Antonio. 1991. *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 65.

<sup>3</sup> Aragón, Manuel, 1986. «Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad», *Revista de Estudios Políticos* 50, Madrid, 15.

voz *Rechtstaat* fue consagrada por Robert von Mohl en 1832, «en el marco de las emergentes 'Monarquías limitadas' de los Estados germánicos». <sup>4</sup> El Estado de Derecho suponía «la subsistencia para el poder de la Corona y de su Ejecutivo de determinadas zonas de inmunidad frente al Derecho». <sup>5</sup> El *Rechtstaat* no era más que una autolimitación por parte del propio poder estatal.

Las constituciones tenían un carácter revocable, pues «el poder estatal no estaba constituido por la Constitución, sino al revés, el poder precedía histórica y teóricamente a la Constitución que estaba constituida por él». <sup>6</sup> Como resalta el profesor Kriele, se trataba de meras tolerancias «que podían en todo momento ser violadas o derogadas», por mucho que el derecho común de Prusia hablase de libertad y derechos universales de los hombres. <sup>7</sup> En pocas palabras, Europa continental no tenía una verdadera vida constitucional, por lo que obviamente no conoció la supremacía del derecho frente al poder, o sea, la supremacía constitucional. Sin embargo, las constituciones europeas sí tenían un cierto carácter normativo, pues, como acota Kriele, podían ser aplicadas por los jueces. <sup>8</sup> Pero este carácter normativo estaba absolutamente relativizado, desde el momento en que la Constitución carecía de supremacía, por lo que podía ser transgredida por el poder.

Un intento de cambio se produce durante la etapa de entreguerras, en el primer tercio del siglo pasado. Con la Constitución alemana de 1919 se procuró superar definitivamente las dificultades que habían impedido en Alemania una auténtica experiencia constitucional. Pero dicho intento concluyó en fracaso. En Alemania no existía un acuerdo sobre lo fundamental. Más aún, un importante sector de la sociedad alemana rechazaba de plano el marco institucional democrático establecido en esta Constitución. <sup>9</sup>

La situación no era muy distinta en el resto de Europa continental, en que los procesos democratizadores y la adopción del constitucionalismo toparon también con la existencia de un frágil acuerdo sobre lo fundamental. A la de por sí endeble situación se

---

<sup>4</sup> Garrorena Morales, Ángel. 1987. *El Estado Español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 163.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Kriele, Martin. 1980. *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma (traducción de Eugenio Bulygin; título original *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Hamburgo, 1975), 142.

<sup>7</sup> *Ibid.*, 157-158. Una opinión distinta es sostenida por Jörg Polakiewicz, a propósito de las constituciones de los Estados alemanes del siglo XIX. Según este autor, si bien esas constituciones eran concesiones de los monarcas, la abolición o enmienda de los derechos y libertades que reconocían «ya no dependía de la voluntad de los respectivos soberanos». Asimismo, agrega que la consagración de «derechos fundamentales» contribuyó «al sometimiento de la administración a la ley, a través de la consagración del principio de reserva de ley»; en Polakiewicz, Jörg, 1993. «El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania», *Revista de Estudios Políticos* 81, Madrid, 24-25. Si bien el principio de reserva de ley es un importante aporte doctrinario, la verdad es que resulta difícil hablar de «derechos fundamentales» cuando tales derechos estaban consagrados en documentos que eran simples concesiones reales.

<sup>8</sup> Kriele, 157.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 141. También Rubio Llorente, Francisco, 1982-1983. «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho Político* 16, Madrid, 28-29.

sumó el resurgimiento del positivismo jurídico, debido a las teorías de Hans Kelsen. El jurista vienés creyó posible desligar el derecho de toda cuestión valorativa, reduciéndolo a una pura cuestión de formas. El ordenamiento jurídico es presentado por Kelsen en forma de pirámide, en cuya base invertida sitúa a la norma estructuradora de dicho ordenamiento: la Constitución. Ésta es por tanto la norma suprema del ordenamiento, y en tal carácter determinadora de la validez de las restantes normas inferiores que conforman aquél. A su vez, la Constitución deriva su validez, y por tanto su supremacía, de lo que Kelsen denomina norma básica o fundante (*Grundnorm*), la que se da por supuesta.<sup>10</sup> Como las cuestiones valorativas quedan al margen de la teoría del ordenamiento jurídico de Kelsen, el contenido material de la Constitución resulta indiferente.

Sin embargo, esta misteriosa norma básica tiene muy poco de jurídico, por lo que resulta frustrada la pretensión kelseniana de explicar el Derecho sin recurrir a factores ajenos a él. Como hace presente Leibholz, el «derecho público no puede hacerse independiente por completo de la política».<sup>11</sup> Pero además, la teoría kelseniana del Derecho conduce a un absurdo, que en palabras de Heller consiste en que las normas jurídicas «han de establecerse y asegurarse a sí mismas, o sea que carecen de positividad». Y como todo el Derecho se funda en la norma fundamental, que es la pura voluntad estatal sometida a formas, se trata de un Derecho sin normatividad.<sup>12</sup> Eso último no deja de resultar curioso en una teoría que ve al Derecho como un conjunto de normas.<sup>13</sup>

La concepción kelseniana del Derecho concibió necesaria la creación de un sistema, que velase por la concordancia entre las normas inferiores del ordenamiento jurídico con la Constitución. Se debe justamente a Kelsen la creación de los tribunales constitucionales, inventados con ese preciso fin. La Constitución austríaca de 1920 refleja con nitidez la influencia del pensamiento kelseniano, al punto de ser la primera en consagrar un Tribunal Constitucional. Las ideas de Kelsen influyeron también en cierta medida en la Constitución española de 1931, que adoptó un Tribunal de Garantías Constitucionales. Sin embargo, la falta de experiencia constitucional no pudo ser suplida por el positivismo. La presunta asepsia valorativa de éste, en particular la kelseniana, le impidió reconocer que la Constitución no agota el Derecho, y que es necesario contar con un acuerdo mínimo sobre las cuestiones fundamentales. Incluso la doctrina kelseniana conducía, «en último término, a la identificación de derecho y fuerza y a la afirmación de que todo Estado es Estado de Derecho».<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Kelsen, Hans. 1981. *Teoría Pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, segunda edición (primera edición en castellano, 1979).

<sup>11</sup> Leibholz, Gerhardt. 1964. *Conceptos Fundamentales de la Política y de Teoría de la Constitución*, Madrid, Civitas, 38.

<sup>12</sup> Heller, Herman. 1971. *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica (traducción de Luis Tobío; título original *Staatslehre*, Leiden, 1934), 216.

<sup>13</sup> Sobre la imposibilidad de una «teoría pura del Derecho» y sobre la crisis del positivismo jurídico ver también La Torre, Máximo, 1993. «Derecho y concepto de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 16, Madrid, 67-93.

<sup>14</sup> Heller, *Teoría...*, 239.

Pero como recuerda Konrad Hesse, «la primacía de la Constitución escrita no la convierte en la última fuente del derecho».<sup>15</sup> Más aún, «la Constitución debe su legitimidad al acuerdo en torno a su contenido, o al menos al respeto del mismo. Pero ni siquiera el más completo acuerdo es capaz de excluir la posibilidad de una contradicción entre la Constitución y los más altos principios del Derecho como último fundamento de la legitimidad. Cuya fuerza de obligar, sin embargo, no puede ser constatada por ninguna otra instancia sino por la conciencia jurídica».<sup>16</sup> De ahí el rotundo fracaso que supuso para el positivismo la convulsión que vivió Europa, y en cierto modo el mundo entero, entre 1936 y 1945 (desde la Guerra Civil Española hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial). La traumática experiencia de aquel período histórico llevó a que la inmensa mayoría de los países de Europa occidental se comprometieran con los ideales del constitucionalismo y la democracia.

Después de la Segunda Guerra Mundial, Europa adoptó y adaptó una serie de instituciones del constitucionalismo clásico, y otras provenientes de concepciones positivistas. La supremacía y el carácter jurídico de la Constitución se tradujeron en la adopción de cláusulas que proclaman su obligatoriedad para todos los poderes públicos, e incluso para los particulares. Y así, la más emblemática de las constituciones de la segunda posguerra, la Constitución alemana de 1949, consagra su supremacía, juridicidad y directa aplicabilidad. La Ley Fundamental alemana establece expresamente en su artículo 1.3 que los derechos fundamentales que consagra «vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable».

Algo similar se contempla en los artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución española. En base a ello la doctrina y jurisprudencia españolas se han referido al carácter jurídico de la Constitución, entendiéndola como una gran norma jurídica de directa aplicación. Ese es el sentido de expresiones como «normatividad» o «valor normativo directo», tan comunes en aquellos ámbitos, y de las que me haré cargo más adelante. Pero esas cualidades constitucionales se traducen también en la consagración de tribunales constitucionales en ambas Constituciones.<sup>17</sup>

## II. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Probablemente la creación de los tribunales constitucionales es una de las mejores demostraciones de la falta de tradición constitucional de Europa continental. Como destaca Pérez Royo, la existencia de estos tribunales no es «síntoma de buena salud consti-

---

<sup>15</sup> Hesse, Konrad. 1992. *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, segunda edición (traducción de Pedro Cruz Villalón; el libro es una recopilación de los siguientes trabajos originales: «Begriff und Eigenart der Verfassung» y «Verfassungsinterpretation», publicados en *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1966; *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, 1959, y *Grenzen der Verfassungswandlung*, Berlin, 1974), 22. Sobre este respecto Heller es tajante: nunca «está comprendido todo el Derecho en la letra de los preceptos jurídicos positivos»; *Teoría...*, 276.

<sup>16</sup> Hesse, 22-23.

<sup>17</sup> Artículos 92 y siguientes de la Ley Fundamental; 159 y siguientes de la Constitución española.

tucional, sino de todo lo contrario». Más precisamente, dichos órganos son «producto de la falta de respeto a la Constitución por los poderes clásicos del Estado».<sup>18</sup> Esa es la razón que movió a algunos constituyentes europeos a crear esta clase de tribunales, que Favoreau define como “una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos”.<sup>19</sup>

El propio Favoreau señala que la adopción de esta clase de tribunales y no de un sistema de control difuso, se debió a diversas razones, tales como:

– La “sacralización de la ley” en Europa, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos en donde “la Constitución es sagrada”.<sup>20</sup>

– La opinión generalizada de que los jueces ordinarios no están capacitados para interpretar la Constitución.<sup>21</sup> Esta opinión está representada en cierto modo por el propio Favoreau, al decir que “los jueces constitucionales pertenecen a otra categoría y a otro mundo distinto de los jueces ordinarios”.<sup>22</sup>

– La inexistencia de unidad de jurisdicción en gran parte de los países europeos. Así, junto a los tribunales ordinarios, había también contenciosos especiales, como el administrativo. Ello hacía relativamente lógico que se crease también un contencioso especial en lo constitucional, separado de la judicatura ordinaria.<sup>23</sup>

– La insuficiente rigidez constitucional.<sup>24</sup>

La suma de todos esos factores llevaron al fracaso a los intentos por adoptar un sistema de control de constitucionalidad similar al *judicial review* en Francia, a partir de 1902, Alemania, durante la Constitución de Weimar de 1919, y en la Italia de la posguerra.<sup>25</sup> Sin duda estos mismos factores determinaron que en los demás países europeos ni siquiera se intentase la adopción de aquel modelo. A ello se suma la enorme influencia de Hans Kelsen, quien propuso la adopción de esta clase de órganos con el objeto de velar por la “norma fundamental”. En todo caso, gran parte de los países europeos se apartaron del modelo típicamente kelseniano, al menos por cuatro razones:

– En el modelo kelseniano de justicia constitucional, “puede y debe decirse que sólo el Tribunal Constitucional queda vinculado jurídicamente por ésta”<sup>26</sup> (la Constitución). La

<sup>18</sup> Ver Pérez Royo, Javier 1994. *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 574, 577.

<sup>19</sup> Favoreau, Louis. 1994. *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 13. No obstante, y a pesar de la autorizada opinión de Favoreau, existen tribunales constitucionales que forman parte del Poder Judicial. Así, y como se verá más adelante, el Tribunal Constitucional alemán no sólo es parte de éste, sino que además es el máximo órgano de dicho poder.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 19.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Favoreau, Louis. 1984. “Informe general introductorio”, en v.v.a.a. *Tribunales Constitucionales europeos y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 21.

<sup>23</sup> Favoreau, *Los tribunales...*, 19-20.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 21.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 17-18.

<sup>26</sup> García de Enterría, Eduardo. 1991. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, tercera edición, 60.

Constitución no resulta una norma aplicable por los tribunales ordinarios. El Tribunal Constitucional concentra «en sí toda relación posible de la Constitución con las normas, y hacerlo al margen del proceso aplicativo de éstas, pierde su naturaleza judicial».<sup>27</sup> En cambio, en sistemas constitucionales como el alemán o el español, la Constitución vincula tanto a los poderes públicos como a los particulares. Y entre los poderes públicos se sitúan los tribunales ordinarios, que pueden aplicar directamente las disposiciones constitucionales.

– Asimismo, las competencias otorgadas a tribunales constitucionales como el italiano, el alemán, el portugués o el español no se reducen al mero control de constitucionalidad de las leyes. Y así por ejemplo destacan las competencias de los tribunales alemán y español, para conocer de recursos de amparo constitucional de los derechos y libertades individuales.

– Pero además, y como advierte Aguiar, los tribunales constitucionales han dejado de ser meros legisladores negativos, según se correspondía con el modelo kelseniano, transformándose en verdaderos colegisladores o legisladores positivos.<sup>28</sup> Ángela Figueruelo señala aún más explícitamente que en los modelos europeos contemporáneos de Tribunal Constitucional, «cada vez son más abundantes los supuestos en que el Tribunal Constitucional amplía el ámbito de sus funciones, incidiendo positivamente en la tarea del legislador, ya sea actuando como colegislador o introduciendo en su jurisprudencia controles de mérito u oportunidad».<sup>29</sup>

– A ello se une el hecho de que las Constituciones italiana, alemana y española, contienen disposiciones claramente desligadas del positivismo jurídico. Así, el artículo 2º de la Constitución italiana señala que «la República reconoce y asegura los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea como miembro de los grupos sociales en que proyecta su personalidad...». Por su parte, la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 1.1 declara que: «La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público». Además, su artículo 1.2 indica que «el pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo». Pero la Carta Fundamental alemana va más allá, pues reconoce el «derecho de resistencia» (artículo 20.4), cuyo carácter no positivista es evidente.<sup>30</sup> Y el artículo 10 de la Cons-

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, 61.

<sup>28</sup> Aguiar de Luque, Luis, 1987. «El Tribunal Constitucional y la Función Legislativa: El Control del Procedimiento Legislativo y de la Inconstitucionalidad por Omisión», *Revista de Derecho Político* 24, Madrid, 12. En este mismo sentido ver Ahumada Ruiz, María Ángeles, 1991. «El control de constitucionalidad de la omisión Legislativa», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 8, Madrid, 169. Sobre la inconstitucionalidad por omisión en general ver la monografía de Fernández Rodríguez, José Julio. 1998. *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas.

<sup>29</sup> Ángela Figueruelo sostiene esta misma tesis; Figueruelo, Ángela, 1993. «Incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo», *Revista de Estudios Políticos* 81, Madrid, 50.

<sup>30</sup> Otto Bachof destaca el carácter no positivista de la Constitución alemana, que parte del reconocimiento de la existencia y vigencia «jurídica de un orden de valores morales anterior al Derecho legislado»; en Bachof: *Jueces y Constitución*. 1985. Madrid, Civitas, 45-46.

titución española contiene una manifiesta declaración iusnaturalista cuando señala que la «dignidad de la persona» y «los derechos inviolables que le son inherentes», «son fundamento del orden político y de la paz social».<sup>31</sup>

En cualquier caso, lo cierto es que el constitucionalismo europeo continental de la segunda posguerra mundial se encaminó hacia un sistema de control de constitucionalidad basado en tribunales constitucionales, desligando en principio a los jueces ordinarios de esta labor. Favoreau estima que los tribunales constitucionales europeos presentan dos características comunes, a saber:

– Los tribunales constitucionales europeos se enmarcan en lo que denomina “un contexto institucional y jurídico peculiar”.<sup>32</sup> Así, algunos forman parte de estados con formas de gobierno parlamentaristas (Alemania, Italia, España, Bélgica), mientras otros están insertos en países con sistema semiparlamentarista (Francia, Austria y Portugal). Además, algunos se insertan en esquemas jurisdiccionales duales, es decir, con una jurisdicción ordinaria y una administrativa (Italia, Francia, Austria, Bélgica, Portugal y España), y otros en sistemas de pluralidad de jurisdicciones (Alemania, que cuenta con cinco jurisdicciones).<sup>33</sup>

– Estos tribunales cuentan con un estatuto constitucional, es decir, están contemplados en las constituciones respectivas, las que además regulan sus aspectos básicos y esenciales.<sup>34</sup>

– Los tribunales constitucionales europeos tienen el monopolio de lo “contencioso constitucional”, pues los jueces ordinarios “no pueden conocer de lo contencioso reservado al Tribunal Constitucional”.<sup>35</sup>

– Los jueces de los tribunales constitucionales europeos no son magistrados de carrera, y son designados por autoridades políticas.<sup>36</sup>

– Los tribunales constitucionales europeos constituyen “una verdadera jurisdicción”.<sup>37</sup>

– Los tribunales constitucionales no forman parte “del aparato jurisdiccional”.<sup>38</sup>

– En términos generales, en los tribunales constitucionales europeos es posible encontrar tanto sistemas de control abstracto como concreto, y contenciosos objetivos y subjetivos.<sup>39</sup>

<sup>31</sup> Sobre los modelos de justicia constitucional norteamericano y kelseniano y sobre las funciones de la justicia constitucional, puede verse Sánchez Agesta, Luis, (1982-1983). «La Justicia Constitucional», *Revista de Derecho Político* 16, Madrid, 7-25. Sobre el modelo kelseniano y su influencia en el sistema español de justicia constitucional ver Gascón Abellán, Marina, 1994. «La Justicia Constitucional: Entre Legislación y Jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional* 41, Madrid, 63-87.

<sup>32</sup> Favoreau, *Los tribunales...*, 27.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*, 28.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*, 29.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 31.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 34. Pero como se dijo en la nota 91, y como se verá más adelante, el Tribunal Constitucional alemán no sólo es parte del Poder Judicial, sino que además es el máximo órgano de dicho poder.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 35-36.

– Por último, las técnicas de control de constitucionalidad utilizadas por los diversos tribunales constitucionales tienden a asemejarse, y lo mismo ocurre con los contenidos y alcances de sus fallos.<sup>40</sup>

A continuación se analizarán los sistemas de control de constitucionalidad de Alemania, Francia, Portugal y España, con especial énfasis en el rol que en ellos cumplen sus tribunales constitucionales. Pero además se estudiará el sistema de control de constitucionalidad de la Unión Europea. Ello porque todo indica que ésta ya tiene una Constitución, y que en la creación de ésta, así como de los pilares mismos del sistema jurídico de la Unión, ha jugado un rol preponderante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. De hecho Robertson y Pereira Menaut entienden que el papel jugado por este órgano lo transforma en una especie de Tribunal Constitucional.<sup>41</sup>

### III. EL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ALEMANIA

En Alemania el control de constitucionalidad de las leyes corresponde al *Bundesverfassungsgericht*, probablemente el Tribunal Constitucional más importante e influyente del mundo, pues es “el principal ejemplo de jurisdicción constitucional concentrada, así como el norteamericano lo es de control de constitucionalidad difuso”.<sup>42</sup> Más aún, si la Corte Suprema norteamericana “es el principal tribunal supremo del mundo, el alemán es el principal Tribunal Constitucional”.<sup>43</sup> La influencia del Tribunal Constitucional alemán es enorme, tanto en el propio sistema jurídico alemán como fuera de las fronteras de la federación. Así, su jurisprudencia influye de manera revelante “sobre el orden jurídico y político”, al punto que puede sostenerse que “en Alemania federal, más allá del mismo Estado de derecho está el Estado de los jueces”.<sup>44</sup> Fuera de Alemania, esta misma jurisprudencia es considerada por otros tribunales constitucionales, como el español, en muchas de cuyas sentencias se aprecia la enorme influencia de su símil alemán.

Obviamente el Tribunal Constitucional es el órgano más importante del poder judicial alemán, pues la Constitución es la norma suprema y de directa aplicación en toda la federación, y porque Alemania cuenta con cinco tribunales supremos especializados (jurisdicción ordinaria, administrativa, financiera, laboral y social), y cada Land cuenta con su propio Tribunal Constitucional.<sup>45</sup> Y si bien Favoreau sostiene que está situado “fuera del aparato jurisdiccional”,<sup>46</sup> lo cierto es que está regulado en el Capítulo IX de la

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, 38.

<sup>41</sup> Robertson señala expresamente que el Tribunal de Justicia cumple un rol de *constitutional court*; Robertson, A.H. 1973. *European institutions*, Londres y Nueva York, Stevens and Sons Limited/Matthew Bender, 189. La opinión de Pereira Menaut puede consultarse en Pereira Menaut, Antonio Carlos; Bronfman, Alan; Cancela Outeda, Celso y Hakansson, Carlos. 2000. *La Constitución Europea*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 20.

<sup>42</sup> Pereira Menaut, Antonio Carlos. 2003. *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Santiago de Compostela, Tórculo, 101.

<sup>43</sup> *Ibid.*, 102.

<sup>44</sup> Favoreau, *Los tribunales...*, 82.

<sup>45</sup> Pereira. *Sistema...*, 103.

<sup>46</sup> Favoreau, *Los tribunales...*, 13.

Constitución alemana, cuyo título es “De la jurisdicción” («Die Rechtsprechung»), y su artículo 92 señala expresamente que

“Se encomienda a los jueces el Poder Judicial, que será ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, por los Tribunales Federales que se prevén en la presente Ley Fundamental y los tribunales de los Estados”.<sup>47</sup>

Por ello Pereira Menaut sostiene sin ambages que el Tribunal Constitucional alemán “está dentro del Poder Judicial”,<sup>48</sup> y que ello lo diferencia, por ejemplo, de su homólogo español. Esto porque en España el Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial, del que es su órgano superior el Tribunal Supremo. Lo mismo ocurre en Italia y en Francia, en que la Corte Constitucional y el Consejo Constitucional, respectivamente, no forman parte de los poderes judiciales de ambos países. No obstante, en Portugal, conforme al artículo 209 de la Constitución, que está inserto en el Título V (“De los Tribunales”), el Tribunal Constitucional forma parte de los tribunales, aunque, como señala Gomes Canotilho, está situado en una posición especial, en el sentido de que se trata de un “órgano constitucional, institucional y funcionalmente autónomo”.<sup>49</sup> Por lo demás, todo ello se ve reflejado en que está regulado en un título distinto de la Constitución, el VI, dedicado íntegramente a este organismo.

El Tribunal Constitucional está compuesto por dos salas, de ocho jueces cada una, y cuenta con un Presidente y un Vice-Presidente,<sup>50</sup> y duran doce años en sus cargos, sin posibilidad de reelección, y con un límite de edad de sesenta y ocho años.<sup>51</sup> De acuerdo al art. 94 de la Constitución, sus miembros son “elegidos por mitades por la Dieta Federal y el Consejo Federal. No podrán, sin embargo, pertenecer a la Dieta Federal, al Consejo Federal, al Gobierno Federal ni a órganos equivalentes de Estado alguno”.

En cuanto a sus competencias, éstas pueden agruparse en cuatro categorías:<sup>52</sup> control de constitucionalidad de las leyes (artículos 93.2, 93.2a, y 100); protección de los derechos fundamentales (artículo 93.4a); resolución de conflictos entre el Bund y los Länder, y entre órganos del Estado (artículos 93.1.1, 93.1.3, 93.1.4, 93.1.4.b), y otras competencias. Entre éstas se cuentan, por ejemplo, la declaración de privación de cier-

<sup>47</sup> El texto de la Constitución alemana aquí utilizado puede consultarse en *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez/Konrad Adenauer Stiftung, 2003, 413 y ss.

<sup>48</sup> Pereira. *Sistema...*, 102. Para Schlaich el Tribunal Constitucional “es la última y más alta instancia entre todos los órganos jurisdiccionales”. Schlaich, Klaus. 1984. “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en v.v.a.a., *Tribunales Constitucionales europeos y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

<sup>49</sup> Gomes Canotilho, J.J.1998. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2ª ed., 591. El texto de la Constitución portuguesa aquí utilizado puede consultarse en el sitio web del parlamento de Portugal [http://www.parlamento.pt/espanhol/const\\_leg/crp\\_esp/crp\\_97\\_3.html](http://www.parlamento.pt/espanhol/const_leg/crp_esp/crp_97_3.html)

<sup>50</sup> Favoreau. *Los tribunales...*, 63; Pereira. *Sistema...*, 104.

<sup>51</sup> Favoreau. *Los tribunales...*, 65.

<sup>52</sup> Sigo aquí el criterio propuesto por Pereira Menaut en *Sistema...*, 107.

tos derechos fundamentales (artículo 18<sup>53</sup>); resolver el recurso interpuesto en contra de la decisión del Bundestag por la que se privó a un diputado de la calidad de tal (artículo 41); resolver las acusaciones en contra del Presidente de la República (artículo 61<sup>54</sup>).

En lo que respecta al control de constitucionalidad de las leyes, su competencia arranca de una serie de disposiciones de la Ley Fundamental. Así, de conformidad al artículo 93.2, el Tribunal Constitucional resuelve “en casos de discrepancia o de dudas sobre la compatibilidad formal y objetiva del derecho federal o del derecho de un Estado con la presente Ley Fundamental o compatibilidad del derecho de un Estado con otras normas de derecho federal, a instancias del Gobierno Federal, de un Gobierno regional o de un tercio de los componentes de la Dieta Federal”. Asimismo, conforme al artículo 93.2.a), tiene a su cargo la resolución “de controversias sobre si una ley se adecua a los requisitos del artículo 72, apartado 2, a petición del Bundesrat, del Gobierno de un Land o de la Asamblea legislativa de un Land”.

Pero además, ratificando el monopolio del control de constitucionalidad propio del Tribunal Constitucional, conforme al artículo 100.1 de la Ley Fundamental de Bonn, cuando “un tribunal considere anticonstitucional una ley de cuya validez dependa el fallo”, deberá suspender el proceso, y requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal. Asimismo, de acuerdo a este precepto el juez deberá suspender también el procedimiento y consultar la opinión del Tribunal Constitucional. También en caso de infracción de la “Ley Fundamental por el derecho regional o de la incompatibilidad de una ley regional con una ley federal”. Conforme al artículo 100.2 la misma regla se aplica cuando recayesen dudas acerca de si “una norma de derecho internacional forma parte del derecho federal y si crea directamente derechos y deberes para los individuos (art. 25)”. Por último, según el artículo 100.3 de la Constitución alemana, “cuando, con motivo de la interpretación de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional de un Estado tenga la intención de apartarse de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal o del Tribunal Constitucional de otro Estado, deberá recabar resolución del Tribunal Constitucional Federal”.

---

<sup>53</sup> Conforme al artículo 18 de la Ley Fundamental “quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, apartado 3), de reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del de asilo (artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal”.

<sup>54</sup> “Artículo 61

1. La Dieta Federal o el Consejo Federal podrá acusar al Presidente de la República ante el Tribunal Constitucional Federal por violación deliberada de la Ley Fundamental o de cualquier otra Ley Federal. La moción de enjuiciamiento deberá ser depositada por una cuarta parte, como mínimo, de los miembros de la Dieta Federal o de una cuarta parte de los votos del Consejo Federal, y la resolución de enjuiciamiento requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros de la Dieta Federal o de dos tercios de los votos del Consejo Federal. La acusación será mantenida por un comisionado de la Cámara acusadora.

2. Si el Tribunal Constitucional Federal fallare que el Presidente Federal es culpable de una violación deliberada de la Ley Federal o de cualquier otra Ley Federal, podrá declararle privado del cargo, y podrá asimismo disponer mediante auto provisional, una vez acordado el enjuiciamiento, que el Presidente queda incapacitado para el ejercicio de su cargo”.

En resumen, las reglas del artículo 100 de la Ley Fundamental ratifican de manera clara que sólo compete al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes.<sup>55</sup> Los procedimientos de este artículo son fórmulas especiales de control concreto de constitucionalidad, en el sentido de que se presentan en casos concretos de que están conociendo órganos judiciales. La diferencia con el sistema de control concreto más clásico radica en que la resolución de la duda de constitucionalidad no la hará el órgano que esté conociendo del procedimiento en que aquélla se presenta, sino que el Tribunal Constitucional. En opinión de Kommers, un factor importante que determinó que la Ley Fundamental atribuyese este monopolio al Tribunal Constitucional, habría sido la poca familiaridad de los jueces ordinarios con la interpretación constitucional.<sup>56</sup>

Por último, en cuanto a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán al ejercer control de constitucionalidad de normas legales, lo usual es que “la comprobación de la inconstitucionalidad de una disposición legislativa debe conducir a su anulación”.<sup>57</sup> En otros términos, sus efectos operan *erga omnes*. No obstante, y como acota Favoreau, “cada vez más, ante la duda de las consecuencias de semejante decisión, el Tribunal Constitucional recurre a otros métodos”.<sup>58</sup> Así por ejemplo, para impedir las consecuencias perniciosas que podría suponer la declaración de nulidad con efecto retroactivo, de acuerdo al artículo 79 de la Ley del Tribunal Constitucional, los efectos de una norma declarada nula que ya no puedan ser objeto de impugnación, subsisten.<sup>59</sup> Asimismo, el Tribunal ha utilizado la técnica de “anulación parcial cualitativa”, que consiste “en declarar que la ley es nula en la medida en que se aplica a dicha situación”<sup>60</sup> (a la que fue objeto de control). Otro sistema utilizado por el Tribunal alemán es el de la “interpretación conforme”. Según este mecanismo, la ley impugnada seguirá vigente en la medida que se explique conforme a la interpretación que le da el propio Tribunal Constitucional.<sup>61</sup>

Pero además el Tribunal Constitucional ha recurrido a otras dos vías. La primera es la de “declaración de inconstitucionalidad sin anulación subsiguiente”, utilizada fundamentalmente “cuando se lesiona el principio de igualdad u otro derecho fundamental en correlación con el principio de igualdad”.<sup>62</sup> El último sistema usado por el máximo intérprete de la Constitución alemana es el de la “anulación diferida”. Ha sido usado en casos de leyes que han sido constitucionales en su origen, pero que con el transcurso del tiempo han devenido en inconstitucionales “debido a la evolución de los hechos o del

<sup>55</sup> Esta opinión es matizada por Schlaich, para quien los jueces ejercen un control de constitucionalidad de las leyes. Lo que pasa es que éste se traduce en su deber de plantear la duda ante el Tribunal Constitucional, pues sólo éste puede declarar la no validez de la norma legal cuestionada. Schlaich, 142 y 162.

<sup>56</sup> Kommers, Donald P. 1997. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham and London, Duke University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 3. En un sentido similar se pronuncia Favoreau, pero en general respecto de todos los tribunales constitucionales europeos; en *Los tribunales...*, 19.

<sup>57</sup> Favoreau, *Los tribunales...*, 77.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> Favoreau, *Los tribunales...*, 77.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 78.

<sup>62</sup> *Ibid.*

derecho”. En este caso no se anula la ley, sino que el Tribunal “la pone en precario al indicar al legislador que ya sólo es constitucional provisionalmente, por razones que se precisan en la exposición de motivos, y le ordena que modifique la ley, fijándole en ocasiones un plazo concreto”.<sup>63</sup>

#### IV. EL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN FRANCIA

Hasta la Constitución de 1958 Francia no contaba con un sistema de control de constitucionalidad. El peso de la tradición político-jurídica de la Revolución Francesa con sus dogmas acerca de la soberanía,<sup>64</sup> determinaron que en Francia la cúspide de las normas jurídicas estuviese representada por la Ley y no por la Constitución. En otros términos, sobre la Ley no había ninguna otra norma jurídicamente superior. Ello incluso llevó a la creación de un mecanismo especial de garantía de respeto a la ley, el recurso de casación, y de un tribunal especializado en el conocimiento y resolución de estos recursos, el Tribunal de Casación.

Pero como se dijo antes, las cosas cambian con la Constitución de la V República, que crea un Consejo Constitucional, órgano especializado en el control de constitucionalidad de las leyes. De acuerdo al artículo 56 de la Constitución francesa, el Consejo Constitucional está compuesto por nueve miembros, que duran nueve años en sus cargos, sin posibilidad de reelección. Se renueva por tercios cada tres años. Tres de sus miembros serán nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. Este precepto contiene además una regla peculiar, al señalar que “además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex Presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional”. El Consejo cuenta con un Presidente, que es designado por el Presidente de la República, y cuyo voto es dirimente en caso de empate.

En cuanto a sus competencias, obviamente la más importante es la de control de constitucionalidad de las leyes. En opinión de Rubio Llorente, la idea del constituyente francés del 58 fue tratar “de preservar por este medio la separación entre el dominio de la ley y el del reglamento, o más precisamente la intangibilidad de la reserva de reglamento”.<sup>65</sup> Algo similar opina Pactet, para quien el control de constitucionalidad de las leyes a cargo del Consejo Constitucional está orientado a proteger las potestades del Ejecutivo.<sup>66</sup> Ello se ve claramente ratificado por lo que señalan de manera expresa los artículos 41 y 61 de la Constitución francesa. Según el primero,

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, 78-79.

<sup>64</sup> La máxima manifestación de la voluntad soberana era la Ley.

<sup>65</sup> Rubio Llorente, Francisco. 1999. “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en Gómez Bernales, Gastón (Editor): *La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma*, Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 42.

<sup>66</sup> Pactet, Pierre. 1981. *Institutions politiques. Droit Constitutionnel*, París, Masson, 5ª ed., 465.

“Si en el transcurso del procedimiento legislativo se advierte que una proposición o una enmienda no pertenece al ámbito de la ley o es contraria a una delegación concedida en virtud del artículo 38, el Gobierno podrá oponerse a su admisión.

En caso de desacuerdo entre el Gobierno y el Presidente de la asamblea interesada, el Consejo Constitucional, a petición de una u otra parte, se pronunciará en el plazo de ocho días”.

Por su parte, de acuerdo al segundo de esos preceptos,

“Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores.

En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días.

En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación.

Como se ve, el sistema francés contempla dos clases de control de constitucionalidad de las leyes. Uno obligatorio, aplicable a las leyes orgánicas, que opera a priori, es decir, antes de la promulgación de éstas (artículo 61), y uno a requerimiento de legitimados activos (artículo 41).<sup>67</sup> Pero además de esta función de control de constitucionalidad, el Consejo cumple también con las siguientes: pronunciarse sobre la regularidad de las elecciones de diputados y senadores (artículo 51); velar por la regularidad de los referéndum (artículo 60).

Obviamente en el sistema francés de control de constitucionalidad de las leyes los jueces ordinarios no juegan ningún papel. Entre otras cosas ello se traduce en “que ni los ciudadanos pueden impugnar ni los jueces poner en cuestión” las leyes. Además, “los derechos no tienen más contenido accionable ante los tribunales que el que la ley les da, y la Constitución sigue siendo para el ciudadano, como en el siglo pasado, una carta política, más que una fuente eficaz de derechos; las leyes viejas, por “inconstitucionales” que resulten para nuestra sensibilidad actual, perpetúan su vigencia hasta que el legislador decida derogarlas o modificarlas; las leyes nuevas sólo se cuestionan si son objeto de contienda política y en ningún caso puede ponerse en cuestión la legitimidad constitucional de la interpretación y aplicación judicial de las leyes”.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Hauriou denomina a ambos tipos de control, como control obligatorio, el primero, y facultativo, el segundo. Hauriou, André. 1980. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 721.

<sup>68</sup> Rubio Llorente, “Tendencias...”, 44.

El efecto de las sentencias dictadas por el Consejo Constitucional al ejercer control de constitucionalidad está claramente definido por la propia Constitución francesa en su artículo 62, según el cual la norma declarada inconstitucional “no podrá ser promulgada ni entrar en vigor”. En otros términos, el efecto de este pronunciamiento es *erga omnes*.<sup>69</sup>

## V. EL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN ITALIA

El actual sistema de control de constitucionalidad italiano fue creado por la Constitución de 27 de diciembre de 1947, que introduce por primera vez este concepto, así como el de Tribunal Constitucional. No obstante, sólo entró en funciones “ocho años más tarde, cuando una ley de 1953 estableció una serie de disposiciones complementarias y de puesta en práctica de las normas constitucionales”.<sup>70</sup>

Biscaretti señala que este es un órgano “de naturaleza jurídico-política”, al que se han atribuido “funciones jurisdiccionales a las cuales precisamente se ha reconocido carácter materialmente constitucional”.<sup>71</sup> A diferencia de lo que ocurría con el Tribunal Constitucional alemán, y de manera similar a lo que sucede con el Consejo Constitucional francés, el Tribunal italiano “no está comprendido en el Poder Judicial; queda fuera de los tres poderes clásicos, junto al Presidente de la República, en cuanto garantía suprema de las normas constitucionales”.<sup>72</sup>

De acuerdo al artículo 135 de la Constitución italiana, está compuesto por quince miembros, que duran nueve años en sus cargos, sin posibilidad de reelección. Cinco de ellos son designados por el Presidente de la República, otros cinco por el Parlamento, y los restantes cinco “por las supremas magistraturas ordinaria y administrativas”. No obstante, el artículo 135 dispone expresamente que “en el juicio de acusación contra el Presidente de la República intervendrán, además de los magistrados ordinarios del Tribunal, dieciséis miembros elegidos a la suerte de una lista de ciudadanos que reúnan los requisitos para ser elegidos senadores y que el Parlamento designará cada nueve años mediante elección con las mismas formalidades que las establecidas para el nombramiento de los magistrados ordinarios”. Por otra parte, el mismo artículo 135 dispone que los miembros del Tribunal Constitucional italiano son “escogidos entre los magistrados, incluso los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativas, los profesores catedráticos de Universidad en disciplinas jurídicas y los abogados con más de veinte años de ejercicio profesional”. De entre sus miembros el propio Tribunal elige a su Presidente.

---

<sup>69</sup> El inciso 2° de este precepto agrega que “las decisiones del Consejo Constitucional no son susceptibles de recurso. Se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales”.

<sup>70</sup> Pizzorusso, Alessandro. 1984. “El Tribunal Constitucional Italiano”, en v.v.a.a. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 233.

<sup>71</sup> Biscaretti di Ruffia, Paolo. 1987. *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 571.

<sup>72</sup> *Ibid.*, 575.

Las competencias y funciones del Tribunal Constitucional de Italia están consagradas en el 134 de la Constitución, según el cual corresponde al Tribunal juzgar

“sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones;

sobre los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las Regiones y los de las Regiones entre sí;

sobre las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República, conforme a las normas de la Constitución”.

Como se ve, de entre las funciones destaca en particular la relativa al control de constitucionalidad de las normas con rango de ley emanadas tanto del Estado como de las regiones (recuérdese que Italia tiene una forma de Estado compuesta, que se estructura en regiones). En palabras de Biscaretti, este control de constitucionalidad puede efectuarse sea por vía incidental, sea por vía de acción.<sup>73</sup> El primero supone la existencia de un proceso judicial, en el que una de las partes o el Ministerio Público sostiene la inconstitucionalidad de un precepto de naturaleza legal. En tal caso, o cuando el juez de la causa tenga dudas de constitucionalidad relativas a una norma legal, el órgano jurisdiccional deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional, y se suspenderá el procedimiento.<sup>74</sup> Se trata de una forma especial de control concreto de constitucionalidad. Ello porque si bien supone la existencia de un procedimiento judicial en donde se presentan dudas de constitucionalidad, quien las resuelve no es el juez ante quien se tramita el asunto, sino que el Tribunal Constitucional.

Por su parte, en el segundo procedimiento de control sólo tienen legitimación activa el Gobierno y las Regiones. Así, de acuerdo al artículo 127 de la Constitución italiana

“cuando el Gobierno estime que una ley regional excede de la competencia de la Región, podrá plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a su publicación.

Cuando una Región estime que una ley o un acto con fuerza de ley del Estado o de otra Región lesiona su ámbito de competencia, podrá entablar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de la ley o del acto con fuerza de ley”.

Así las cosas, en Italia el control de constitucionalidad de las leyes es monopolio del Tribunal Constitucional. Ello porque en el procedimiento por vía de excepción la actuación de los jueces ordinarios no está destinada a que sean ellos mismos los que resuelvan las dudas de constitucionalidad.<sup>75</sup> Como se vio antes, su deber es elevar los antece-

---

<sup>73</sup> Biscaretti, 585.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Pizzorusso hace presente que durante el período en que el Tribunal Constitucional no estuvo operativo, debido a la no dictación de la legislación complementaria necesaria, “se introdujo una forma de control formal de la constitucionalidad de las leyes por vía jurisprudencial. La decisión de la Corte de Casación que abrió la vía en esta dirección, y que fue comparada a la decisión del tribunal americano *Marbury* versus *Madison*, no se basaba como esta última en una norma legal explícita, sino que hacía derivar la supremacía de la Constitución sobre la ley ordinaria de una exigencia de orden racional”, *op. cit.*, 234.

dentes al Tribunal Constitucional, para que éste se pronuncie sobre la constitucionalidad del precepto legal cuestionado. En todo caso, Pizzorusso sostiene “que nada impide que el incidente de inconstitucionalidad sea provocado mediante la formulación de un litigio ficticio, para la solución del cual sería necesario aplicar la ley que se quiere denunciar como inconstitucional”.<sup>76</sup>

Finalmente, en lo que respecta a los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en materia de control de constitucionalidad, el artículo 136 de la Constitución italiana dispone que “cuando el Tribunal declare la inconstitucionalidad de una disposición legislativa o de un acto de fuerza de ley, la norma dejará de surtir efecto desde el día siguiente a la publicación de la sentencia”. En palabras de Pizzorusso, ello transforma en “inaplicable, por parte de cualquiera, la norma declarada inconstitucional a partir del día siguiente al de publicación de la sentencia”.<sup>77</sup> Es decir, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal tiene efecto *erga omnes*.

Pero al igual que en el caso del Tribunal Constitucional alemán, para matizar los profundos efectos de la declaración de inconstitucionalidad, su homólogo italiano utiliza también algunas técnicas. La primera corresponde a las denominadas “sentencias interpretativas de rechazo”.<sup>78</sup> En este caso el Tribunal rechaza la inconstitucionalidad, en el bien entendido de que la norma sea interpretada conforme a la interpretación que le ha dado él. Pero el alto Tribunal italiano utiliza también el mecanismo de las así llamadas “sentencias interpretativas de acogida”,<sup>79</sup> que a su vez pueden ser de distinto tipo:

– “Sentencias de acogida parcial, o reductivas”, que son aquellas en que el Tribunal Constitucional hace recaer la declaración de inconstitucionalidad respecto de la disposición que se ha impugnado, sólo en determinado aspecto.<sup>80</sup>

– “Sentencias agregadas, o aditivas”, que son aquellas en las que el Tribunal “declara la ilegitimidad constitucional de la disposición impugnada ‘en la parte en que ésta no dice otra cosa’: introduciendo en el lugar de esa omitida previsión la disciplina que faltaba, trayéndola no de la fantasía del Tribunal mismo, sino, por analogía, de otras normas o principios contenidos en el sistema”.<sup>81</sup>

– “Sentencias sustitutivas o manipulativas”, en las que el Tribunal sustituye una parte del texto por su interpretación, pues desde el punto de vista literal éste resulta inconstitucional.<sup>82</sup>

---

<sup>76</sup> *Ibid.*, 240-241. En todo caso, el propio Pizzorusso hace presente que para que prospere el incidente mediante el envío de los antecedentes al Tribunal Constitucional, para su resolución, se deben cumplir algunos requisitos. En éstos se cuentan “la importancia determinante de la cuestión” en la resolución del caso, y que la propia cuestión no sea “manifiestamente infundada”. *Ibid.*, 242.

<sup>77</sup> Biscaretti, 591.

<sup>78</sup> *Ibid.*, 593.

<sup>79</sup> *Ibid.*, 594.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Biscaretti, 594.

<sup>82</sup> *Ibid.*

– Por último, a través de sus sentencias el Tribunal Constitucional también ha elaborado una “jurisprudencia constitucional de orientación”, de carácter no vinculante, dirigida al Poder Legislativo, y cuyo fin es fijar “principios directivos para el futuro legislador”.<sup>83</sup>

## VI. EL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN PORTUGAL

Si bien la Constitución portuguesa es de 1976 (25 de abril), el Tribunal Constitucional de Portugal sólo fue introducido en la Carta Fundamental en la reforma constitucional de agosto de 1982. El Tribunal comenzó sus funciones en abril de 1983.<sup>84</sup> Hasta la reforma, el control de constitucionalidad era más bien heterodoxo, pues lo ejercían “el Consejo de la Revolución (órgano político) y la Comisión constitucional (órgano jurídico similar a los Tribunales constitucionales), pero también los tribunales ordinarios”.<sup>85</sup>

En palabras de Gomez Canotilho, resulta indiscutible que el Tribunal Constitucional portugués es un tribunal, “con las características de un órgano constitucional, institucional y funcionalmente autónomo”.<sup>86</sup> Pero a pesar de ello “sólo es..., un órgano de soberanía en cuanto está integrado en los ‘tribunales’ considerados en su conjunto”.<sup>87</sup> Y es que, como aparece de manifiesto de lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución del Portugal, dentro de las diversas clases o categorías de tribunales se incluye expresamente al Tribunal Constitucional. La fórmula utilizada por el constituyente portugués fue decir que “además del Tribunal Constitucional” existen otras categorías de tribunales (artículo 209).

De acuerdo al artículo 222 de la Constitución, el Tribunal Constitucional está compuesto por trece jueces. Diez de ellos los designa la Asamblea de la República, y los tres restantes por los diez antes mencionados. Seis de los jueces deben provenir de los demás tribunales, y los otros siete deben ser juristas. Los jueces duran nueve años en el cargo, sin posibilidad de reelección. El Tribunal cuenta con un Presidente, que es elegido por sus propios miembros.

La competencia y funciones del Tribunal Constitucional portugués están definidas en los artículos 221, 222 y 277 y siguientes de la Constitución. De acuerdo al primero “el Tribunal Constitucional es el Tribunal al que compete específicamente administrar justicia en materias de naturaleza jurídico-constitucional”. Por su parte, el segundo contempla dos clases de competencias: las propias de un órgano de control como éste, es decir, el

<sup>83</sup> Ibid., 595.

<sup>84</sup> Favoreau, *Los tribunales...*, 126.

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> Gomes, 591. La traducción es del autor.

<sup>87</sup> Ibid.

control de constitucionalidad<sup>88</sup> y además el de legalidad (artículo 222.1), así como otras de diversa naturaleza (artículo 222.2<sup>89</sup>).

En lo que respecta al control de constitucionalidad, el sistema de control se fundamenta en lo preceptuado por el artículo 277, según el cual

- “1. Son inconstitucionales las normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o los principios establecidos en ella.
2. La inconstitucionalidad orgánica o formal de tratados internacionales regularmente ratificados no impide la aplicación de sus normas en el ordenamiento jurídico portugués, con tal que dichas normas sean aplicadas en el ordenamiento jurídico de la otra parte, excepto si esa inconstitucionalidad resulta de la violación de una norma fundamental”.

El control de constitucionalidad es ejercido por el Tribunal a través de cuatro mecanismos:

– Control preventivo de constitucionalidad respecto de tratados internacionales, decretos y decretos leyes, decreto legislativo regional, o decreto reglamentario de ley general de la República. En términos generales, tienen legitimación activa para impetrar este control el Presidente de la República, los Ministros de la República, el Primer Minis-

<sup>88</sup> Moreira Cardoso da Costa señala que el control de constitucionalidad de las normas jurídicas representa el 95% del trabajo del Tribunal Constitucional de Portugal. Moreira Cardoso da Costa, José Manuel, 2002. “Los ámbitos y formas del Control de Constitucionalidad por el Tribunal Constitucional en Portugal”, *Jus et Praxis* (online) vol. 8, n° 1 [citado 27 diciembre 2004], pp. 333-336. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122002000100018&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100018&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012

<sup>89</sup> El artículo 222.2 dice: “**2.** Compete asimismo al Tribunal Constitucional:

1. Comprobar la muerte y declarar la incapacidad física permanente del Presidente de la República, así como comprobar los impedimentos temporales para el ejercicio de sus funciones;
2. Comprobar la pérdida del cargo del Presidente de la República, en los casos previstos en el apartado 3 del artículo 129 y en el apartado 3 del artículo 130;
3. Juzgar en última instancia la regularidad y la validez de los actos de proceso electoral, en los términos que establece la ley;
4. Comprobar la muerte y declarar la incapacidad para el ejercicio de la función presidencial de cualquier candidato a Presidente de la República, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 124;
5. Comprobar la legalidad de la constitución de partidos y sus coaliciones, así como apreciar la legalidad de sus denominaciones, siglas y símbolos, y ordenar su respectiva extinción, en los términos establecidos por la Constitución y por la ley;
6. Comprobar previamente la constitucionalidad y la legalidad de los referendos nacionales, regionales y locales, incluyendo la apreciación de los requisitos relativos al respectivo universo electoral;
7. Juzgar a requerimiento de los Diputados, en los términos establecidos por la ley, los recursos referentes a la pérdida del mandato y a las elecciones realizadas en la Asamblea de la República y en las asambleas legislativas regionales;
8. Juzgar las acciones de impugnación de elecciones y decisiones de órganos de partidos políticos que, en los términos establecidos por la ley, sean susceptibles de recurso.

Asimismo, el apartado 3 del artículo 222 contempla una competencia residual al señalar que compete al Tribunal Constitucional “ejercer las demás funciones que le sean atribuidas por la Constitución y por la ley”.

tro o una quinta parte de los Diputados a la Asamblea de la República en el ejercicio efectivo de sus funciones (artículo 278).<sup>90</sup>

– Control concreto a posteriori en contra de sentencias de los tribunales (artículo 280), “que denieguen la aplicación de cualquier norma por razón de inconstitucionalidad” o que “apliquen una norma cuya inconstitucionalidad haya sido suscitada durante el procedimiento”.

– Control abstracto de constitucionalidad de cualquier norma (artículo 281).

– Control de la inconstitucionalidad por omisión (artículo 283), extraña figura del Derecho Constitucional portugués, destinada a verificar “el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales” (artículo 283.1), y dar “conocimiento de ello al órgano legislativo competente” (artículo 283.2).<sup>91</sup>

Finalmente, en cuanto a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, es necesario hacer una distinción. Así, conforme al artículo 279.1 “si el Tribunal Constitucional se pronunciare por la inconstitucionalidad de una norma contenida en cualquier decreto o acuerdo internacional, el texto deberá ser vetado por el Presidente de la República o por el Ministro de la República, según los casos, y devuelto al órgano que lo hubiere aprobado”. Como se ve, la sentencia se traduce en un deber del Presidente de la República, consistente en vetar la norma declarada inconstitucional. La norma vetada no podrá ser incluida en el texto que se promulgue, a menos que se “confirme por mayoría de dos tercios de los Diputados presentes, siempre que sea superior a la mayoría absoluta de los Diputados en el ejercicio efectivo de sus funciones” (artículo 279.2).

Si el texto declarado inconstitucional es reformulado, “podrá el Presidente de la República o el Ministro de la República, según los casos, solicitar el examen preventivo de la constitucionalidad de cualquiera de sus normas” (artículo 279.3). Por último, “si el Tribunal Constitucional se pronunciare por la inconstitucionalidad de norma contenida en un tratado, éste sólo podrá ser ratificado si la Asamblea de la República lo llegara a aprobar por mayoría de dos tercios de los Diputados presentes, siempre que sea superior a la mayoría absoluta de los Diputados en el ejercicio efectivo de sus funciones” (artículo 279.4).

<sup>90</sup> De acuerdo al artículo 278 “1. El Presidente de la República puede solicitar al Tribunal Constitucional el examen preventivo de la constitucionalidad de cualquier norma contenida en un tratado internacional que le haya sido sometido para su ratificación, de todo decreto que le haya sido enviado para su promulgación como ley o como decreto-ley o de cualquier acuerdo internacional cuyo decreto de aprobación le haya sido remitido para su firma.

2. Los Ministros de la República pueden igualmente solicitar al Tribunal Constitucional el examen preventivo de la constitucionalidad de cualquier norma contenida en un decreto legislativo regional o en un decreto reglamentario de ley general de la República que les hayan sido enviados para su firma.

3. Pueden solicitar al Tribunal Constitucional el examen preventivo de la constitucionalidad de cualquier norma contenida en un decreto que haya sido enviado al Presidente de la República para su promulgación como ley orgánica, además del propio Presidente, el Primer Ministro o una quinta parte de los Diputados a la Asamblea de la República en el ejercicio efectivo de sus funciones”.

<sup>91</sup> Moreira Cardoso da Costa señala que a 2002 el Tribunal Constitucional portugués ha conocido de sólo “cinco o seis solicitudes, solamente en dos casos hemos concluido que hacía falta una ley para dar cumplimiento a esta tarea constitucional”; *op. cit.*

En lo que respecta al control concreto de constitucionalidad del artículo 280, la Constitución portuguesa no contiene ninguna norma que de manera concreta diga cuál será dicho efecto. Sin embargo, y como apunta Gomes Canotilho, del régimen de recursos consagrado en esta Constitución y de la Ley del Tribunal Constitucional, se deduce que el efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional en caso de control concreto es relativo.<sup>92</sup> No obstante, el Tribunal Constitucional puede examinar y declarar, con efectos *erga omnes*, la inconstitucionalidad de cualquier norma que haya sido declarada por él inconstitucional en tres casos concretos (artículo 281.3). No obstante, el carácter relativo del efecto de la sentencia que declara la inconstitucionalidad se ve modulado por lo que dispone el artículo 280.5 de la Constitución. De acuerdo a este precepto, cuando un tribunal aplique a un caso concreto una norma declarada previamente inconstitucional por el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público deberá plantear un recurso ante el Tribunal Constitucional.

Por su parte, tratándose de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 281, conforme al artículo 282.1 “la declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad con fuerza general de obligar surte efectos desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional o ilegal y determina el restablecimiento de las normas que, eventualmente, esa declaración haya derogado”. No obstante, tratándose de la inconstitucionalidad “por infracción de una norma constitucional o legal posterior, la declaración sólo surte efecto desde la entrada en vigor de esta última” (artículo 282.2). Ambas reglas no se aplican a “los casos juzgados, salvo decisión contraria del Tribunal Constitucional, cuando la norma se refiera a materia penal, disciplinaria o de ilícito de mera infracción social y sea de contenido menos favorable al imputado” (artículo 282.3). Asimismo, “cuando lo exijan la seguridad jurídica, razones de equidad o de interés público de excepcional importancia, que deberá ser motivado, el Tribunal Constitucional podrá fijar los efectos de la inconstitucionalidad o de la ilegalidad con un alcance más limitado que el previsto en los apartados 1 y 2” (artículo 282.4).

Finalmente, respecto de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad por omisión del artículo 283 de la Constitución, éstos están ligados a lo que señala el artículo 283.2, en orden a que comprobada la inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional “dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente”. Pero la Constitución no fija plazos ni nada que se le parezca para que el legislador se ajuste a la Constitución. Gomes Canotilho entiende que la declaración de inconstitucionalidad por omisión puede interpretarse como una apelación que hace el Tribunal Constitucional, con un “significado político y jurídico para los órganos legislativos competentes”.<sup>93</sup>

Pero a diferencia de lo que ocurre en los otros sistemas constitucionales que se han analizado hasta aquí, en Portugal el control de constitucionalidad no es monopolio del Tribunal Constitucional, pues los tribunales ordinarios también tienen un rol. Ello es consecuencia de lo que señala de manera expresa, y bajo la forma de mandato, el artículo 204 de la Constitución, según el cual “en los hechos sometidos a enjuiciamiento, los

---

<sup>92</sup> Gomes, 890.

<sup>93</sup> *Ibid.*, 922.

Tribunales no pueden aplicar normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o en los principios formulados en ella”. Como se comprenderá, ello quiere decir que en Portugal conviven dos formas de control de constitucionalidad. Una está a cargo de los jueces ordinarios, en las causas de que conocen, y otra corresponde al Tribunal Constitucional, a través de los diversos procedimientos mencionados antes. Obviamente el que ejercen los jueces ordinarios es un control concreto, en tanto que el del Tribunal Constitucional puede ser concreto o abstracto, según se vio antes.

## VII. REFLEXIONES FINALES<sup>94</sup>

¿Qué resulta más lógico, un sistema de control de constitucionalidad como el *judicial review* norteamericano, o el modelo que se ha analizado hasta aquí? Como se dijo al comienzo de este trabajo, el modelo europeo de tribunales constitucionales está en directa relación con la falta de tradición constitucional de gran parte de los países de Europa continental en los que nacen y se expanden. En otros términos, estos órganos no son de la esencia del constitucionalismo. Por el contrario, sí parece serlo el hecho de que, como la Constitución es Derecho, y en concreto la norma jurídica más importante y superior a todas las demás, los jueces deben considerarla y aplicarla a la hora de resolver pleitos. Ello porque los conflictos son resueltos por los jueces aplicando Derecho, y la Constitución lo es.

Por ello, en caso de oposición entre la Constitución y una norma inferior, lo natural y obvio es que el juez prefiera la primera, y aplique ésta y no aquélla. Esta es la lógica del *judicial review* norteamericano, que es la que sustenta el archiconocido fallo de *Marbury v. Madison* (1803), en el que el Juez Marshall señaló que “todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la nación y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula”. Por eso, al preguntarse sobre si una ley contraria a la Constitución puede obligar a los tribunales, a pesar de ser nula, Marshall responde que si la respuesta fuese afirmativa, se “anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grande para insistir en él”.

Más aún, Marshall llama la atención respecto de que el control de constitucionalidad es parte de la propia función judicial, pues los jueces deben decidir cuál de dos normas contradictorias resultan aplicables a un caso, en el sentido de que “cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables al mismo caso, de modo que el Tribunal debe decidirlo ya conforme a la ley, desechando la Constitución, ya conforme a la Constitución, desechando la ley, el Tribunal debe determinar cuál de las normas en conflicto es aplicable al caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia”.

<sup>94</sup> Estas reflexiones no sólo son producto de la investigación bibliográfica, sino que fundamentalmente de las largas conversaciones mantenidas en Santiago con el profesor de la *Valparaiso School of Law*, Indiana, Sr. Richard Stith, quien gracias al programa de Incentivo a la Cooperación Internacional N° 7040101, visitó la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes entre los días 10 de julio al 1 de agosto de 2004. Estas reflexiones son tributarias también de tantas y tantas conversaciones mantenidas con el profesor Pereira Menaut a lo largo de los últimos catorce años.

Pero como “los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ésta es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al que ambas normas son aplicables”. Y es que si las cosas fueren a la inversa, significaría que una ley nula, por inconstitucional, sería igualmente obligatoria. “Significaría sostener que si el Legislativo actúa de un modo que le está expresamente prohibido, la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Legislativo una omnipotencia total con el mismo aliento con el que restringe sus poderes dentro de estrechos límites. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción”.

Por eso un sistema mixto de control de constitucionalidad como el de Portugal, cuya Constitución hace posible que tanto el Tribunal Constitucional como los jueces ordinarios controlen la constitucionalidad de las normas, parece en principio más lógico y más acorde a los caracteres de supremacía y directa aplicabilidad de la Constitución. Pero además, también resulta acorde a los fines de la Constitución que nadie pueda atribuirse el monopolio exclusivo de la interpretación constitucional. Recuérdese que el propio constitucionalismo surge como una respuesta al absolutismo, y a la pretensión de éste de monopolizar toda la producción jurídica, idea heredada después por el Estado.

De ahí entonces que parece ajustarse más a los objetivos del constitucionalismo un pluralismo interpretativo que un monopolio en estas materias. A su vez, la interpretación constitucional debería tener efectos sólo para el caso concreto, sin perjuicio de que el *estare decisis* o doctrina que funda la decisión sí deba tener aplicación general. Ello porque el efecto relativo de las sentencias sólo impide darle aplicación *erga omnes* a la decisión o parte resolutive de un fallo, pero no es una prohibición de aplicar un razonamiento judicial anterior a un caso posterior semejante. De hecho si no fuese así, y por ejemplo el juez resolviese un caso semejante de manera absolutamente diversa a un caso anterior, infringiría no sólo el principio de razonabilidad, sino que probablemente también el de igualdad, en su vertiente de aplicación de la ley.