

# CONTROL JURISDICCIONAL VS. CONTROL POLÍTICO: LA EROSIÓN DE UNA CATEGORÍA DICOTÓMICA (Y EL PROGRESIVO ALCANCE DE ESTE ÚLTIMO)

Judicial review vs. political control: The erosion  
of a dichotomous category  
(And the progressive scope of latter)

LUCIO PEGORARO<sup>1</sup>  
lucio.pegoraro@unibo.it

## **Cómo citar/Citation**

Pegoraro, L. (2019).  
Control jurisdiccional vs. control político: la erosión de una categoría  
dicotómica (y el progresivo alcance de este último).  
*Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(1), 43-86.  
<https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.02>

## **Resumen**

El artículo critica la dicotomía prevalente político/jurisdiccional utilizada para clasificar los sistemas de justicia constitucional; recuerda que en cada sistema de justicia constitucional conviven al lado de características jurisdiccionales formas «políticas» de control de la ley, y funciones otorgadas a los tribunales constitucionales que no son típicas de la jurisdicción; sobre todo, subraya que la propia noción de

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Público Comparado de la Università degli Studi di Bologna (Italia), profesor afiliado de la Universidad Autónoma de Nuevo León (México) y profesor en el Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad Libre (Bogotá, Colombia). Es director de la *Revista General de Derecho Constitucional Comparado*.

jurisdicción no es nítida. A menudo los tribunales constitucionales tienen conexiones estrictas con la política, pueden actuar sin impulso de parte y otorgar opiniones y asesorar a los órganos políticos. Sobre todo la posibilidad de autorregularse, de establecer la tipología de sentencias, de dominar los efectos temporales de las mismas, y la latitud de su discrecionalidad interpretando la Constitución, y la ley les confiere una libertad no tanto distinta a la de los órganos políticos. Hay entonces que matizar la dicotomía.

### ***Palabras claves***

Derecho público comparado; justicia constitucional; jurisdicción; control político.

### ***Abstract***

This article criticizes the prevailing dichotomy “political/jurisdictional”, used to classify systems of judicial review; it recalls that in each system of judicial review, alongside jurisdictional characteristics, there are “political” forms of control of the law, and functions granted to constitutional courts that are not typical of the scope of jurisdiction; above all, it emphasizes that the notion itself of jurisdiction is not clear-cut. Often, constitutional courts have connections with politics, they can act without impulse of parties and grant opinions and advise to political bodies. Additionally, the possibility of self-regulation, establishing the typology of judgments, or deciding on the temporal effects of the judgements, as well as the latitude of their discretion interpreting the Constitution and the law, gives them a freedom that is not so different from that of political bodies. It is then necessary to rethink the dichotomy.

### ***Keywords***

Comparative public law; Judicial review; Jurisdiction; Political oversight.

## SUMARIO

---

I. PREMISA: 1. Modelos y sistemas. 2. Clasificaciones rígidas y *fuzzy*. 3. Control jurisdiccional y político. II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD «POLÍTICO» EN LAS CLASIFICACIONES TRADICIONALES: 1. El rechazo de la constitucional *judicial review* en Inglaterra. 2. La «vía francesa» de control de las leyes. 3. Los países socialistas: la unidad del poder estatal y el rechazo del control externo. 4. El jefe del Estado como «guardián de la Constitución»: la supervivencia (aunque marginal) de un modelo en el marco de sistemas con base prevalentemente jurisprudencial. III. OTRAS FORMAS DE CONTROL «POLÍTICO» (O POR LO MENOS «NO JURISDICCIONAL») E «INTERNO»: 1. El control religioso: entre forma y sustancia. 2. Controles internos al lado del control jurisdiccional. IV. HIBRIDACIONES ENTRE «POLÍTICO» Y «JURISDICCIONAL» EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: LA VARIANTE DE LAS FUNCIONES EJERCITADAS. V. LA DERIVACIÓN POLÍTICA EN LA SELECCIÓN DE LOS JUECES DE LOS TRIBUNALES SUPREMOS Y DE LOS ESPECIALIZADOS. VI. LA NATURALEZA CONTENCIOSA DEL PROCESO CONSTITUCIONAL; MANDAMIENTOS Y CONSEJOS; EL PRINCIPIO *UBI ACTIO, IBI IURISDICTIO*: 1. La existencia de una controversia concreta. 2. La índole repressiva o meramente consultiva de los pronunciamientos. 3. El impulso de parte. VII. ELEMENTOS ULTERIORES CONECTADOS A LA DICOTOMÍA JURISDICCIONAL/POLÍTICO: EL *RIGHT TO STAND*, LA TIPOLOGÍA DE SENTENCIAS, EL PARÁMETRO Y EL OBJETO: 1. Acceso y *right to stand*. 2. Tipología de sentencias. 3. Amplitud del parámetro. 4. Objeto del control. VIII. LA *DEFERENCE* Y LA INTENSIDAD DE LOS VÍNCULOS LINGÜÍSTICOS. IX. LA CLASIFICACIÓN CON BASE EN LA NATURALEZA POLÍTICA O JURISDICCIONAL DEL CONTROL. X. CONCLUSIONES: *THE MOST DANGEROUS BRANCH?* BIBLIOGRAFÍA.

---

### I. PREMISA

En este escrito, quiero detenerme en la dificultad de enmarcar en conjuntos rígidos la primera dicotomía que está en la base de las clasificaciones tradicionales de la justicia constitucional: entre el control jurisdiccional y lo político.

En primer lugar, hay que enfatizar, en vez de los modelos, los sistemas concretos; en segundo lugar, aceptar que no existen ni modelos ni sistemas

«puros»; en tercer lugar, y por consiguiente, matizar las clases utilizando categorías débiles o flexibles; en cuarto lugar, subrayar la dificultad de definir de manera precisa los términos «político» y «jurisdiccional», y finalmente, analizadas las experiencias históricas y las correspondientes clasificaciones tradicionales, clasificar los sistemas vigentes según su mayor o menor pertinencia a las categorías respectivas.

Utilizando, en relación con el tema específico, algunas reflexiones generales ya elaboradas en varias obras anteriores dedicadas al método comparado y la justicia constitucional (Pegoraro, 2016: 1725 y ss.; 2015: 223 y ss.; 2011: 273 y ss.; 2010: 11 y ss.), intentaré demostrar que, aunque existen sistemas que rechazan conferir a los jueces el control de la ley, ningún sistema es *puramente* jurisdiccional: sea porque al lado del control de la ley por parte de jueces ordinarios o *ad hoc* sobreviven formas de fiscalización de la misma actuadas por órganos políticos, sea porque en cualquier caso hay conexiones entre jurisdicción y política en el nombramiento de los jueces, en las funciones desarrolladas por los tribunales, en la elección de las decisiones, y en el proceso de validación de las mismas.

## 1. MODELOS Y SISTEMAS

Acerca de los modelos, aceptada la crítica de los mismos sugerida por G. Tusseau (2012), confirmo no solo que no existen modelos «puros» de justicia constitucional<sup>2</sup>, sino que a veces la adscripción de uno u otro sistema a un modelo ideal puede ser peligrosa, por el riesgo de describir algo que existe solo en un mundo ideal. Tusseau no niega que sea provechoso construir modelos. Sin embargo, rechaza la idea de que los sistemas de justicia constitucional sean herederos de dos modelos —el estadounidense y el de Kelsen— porque el derecho positivo demuestra que cada ordenamiento constituye casi un elemento aislado, evidenciando caracteres suyos bajo todo punto de vista que pueda ser considerado. Pero no solamente eso, sino que Tusseau también señala que los elementos individualizados en los modelos americano y austriaco, que parecen caracterizarlos de forma unitaria, no siempre «van juntos», es decir, son frecuentes los casos en los que los elementos americanos se mezclan con los austriacos.

En el centro debe colocarse hoy, al lado y más allá del concepto de modelo, aquel de sistema. Ningún sistema se vale ya de una sola forma (o modelo) de control de las leyes: en todos los ordenamientos conviven a menudo control

<sup>2</sup> Igualmente no existen modelos puros de forma de Estado, forma de gobierno, federalismo, etc.

político y jurisdiccional, centralizado y difuso, *ex ante* y *ex post*, concreto y abstracto, durante un juicio o mediante recurso, sobre las competencias o sobre la libertad, etc., o al menos algunos de estos binomios<sup>3</sup>. En el pasado, ya propuso por tanto nuevas lógicas clasificatorias, basadas sobre diversos elementos, y más centradas en el funcionamiento concreto de los diversos sistemas que en la adhesión, o no, a los presuntos modelos ideales.

Todo eso vale en particular para la distinción preliminar entre control político y control jurisdiccional: rechazando la dicotomía y, en consecuencia, invirtiendo el método de investigación, no se propone partir de Estados Unidos y Austria (modelo jurisdiccional), de un lado, y Francia (modelo político) del otro, para incorporar a ellos las diversas experiencias (posiblemente forjando clases mixtas o híbridas), sino de la extraordinaria variedad del derecho positivo, y desde esta (re)construir eventualmente las clases.

## 2. CLASIFICACIONES RÍGIDAS Y FUZZY

Así, he rechazado que para estudiar la justicia constitucional las clasificaciones tradicionales puedan cumplir sus tareas. Esas tienen dos propiedades basadas en la lógica, además de una tercera, subjetiva, basada en la *pertinencia*. «Las categorías identificadas deben ser en primer lugar *recíprocamente exclusivas*, es decir, debe ser posible proceder a la clasificación de todos los elementos, de modo que ninguno de ellos esté incluido simultáneamente en varias categorías [...]. Las categorías deben ser además *conjuntamente exhaustivas*, en el sentido de no dejar ningún elemento por clasificar fuera de ellas [...]»<sup>4</sup>. Queda claro el límite de esta metodología clasificatoria, rígida y escasamente idónea sobre todo para estudiar las ciencias sociales.

Más útil parece ser la *fuzzy sets theory*, que se basa en clases con contornos vagos y en la idea de que los objetos pertenecen a las clases solo en cierta medida, matizando el resultado dicotómico perseguido por las teorías clásicas: usar estas persiguiendo la precisión puede llevar a perder de vista el verdadero

<sup>3</sup> La naturaleza abstracta se encuentra a veces en los sistemas difusos, la naturaleza concreta, en los concentrados; la eficacia declarativa o constitutiva no representa una característica de un tipo o de otro, etc., por no decir que en los mismos modelos los elementos tradicionales se encuentran solamente de manera general, y hay excepciones. Bibliografía de las obras más importantes que tratan la justicia constitucional en Pegoraro, 2015.

<sup>4</sup> Tusseau, 2012: 29. La exhaustividad es un objetivo que se puede alcanzar creando clases residuales. Sin embargo, si es posible encuadrar en ellas casos muy heterogéneos, es nocivo incluir un número de datos demasiado alto respecto a la consistencia de las otras clases.

significado. «Los conjuntos *fuzzy* —recuerda S. Baldin— conciben la colocación incierta —desarrollando el paradigma de la pertenencia mediante la noción del “grado de pertenencia”— donde el tradicional estudio de los conjuntos establece, en cambio, un umbral exacto que determina si un objeto puede o no pertenecer a una clase» (Baldin, 2011).

En el caso de la clasificación de un sistema de justicia constitucional definido por la doctrina académica como «político» o «jurisdiccional», las categorías se sobreponen, aunque se pueden encontrar sistemas exclusivamente «políticos».

### 3. CONTROL JURISDICCIONAL Y POLÍTICO

Las opciones metodológicas indicadas —es decir, basarse en los sistemas en lugar de los modelos, y clasificar de manera dúctil— se conectan a dos cuestiones: la primera, semántica, la segunda —variante de esta—, clasificatoria. Primero: ¿que es «jurisdiccional» y qué es «político»? (Butturini y Nicolini, 2017; Grandjean y Wildemeersch, 2016). Como recuerda G. Pavani, «la literatura jurídica no ofrece soluciones ciertas para entender lo que diferencia a la jurisdicción, en particular, de la administración, excepto en lo que respecta al origen de la distinción» (Pavani, 2018: 224).

Acerca de la legislación, se observa que «pone» el ordenamiento, mientras que la jurisdicción lo tutela, y siempre está a ella subordinada, incluso donde actúa el *stare decisis* y se reconoce al precedente judicial un papel creativo. Para subrayar la diferencia, se añade que también donde se atribuye carácter creativo a la interpretación eso solo es consecuencia del «espacio libre que el legislador otorga al poder jurisdiccional, y que por otra parte puede siempre “avocar” (con la interpretación auténtica)» (*ibid.*). De verdad, como se analizará a continuación, los tribunales encargados de ejercer la función jurisdiccional tienen una latitud interpretativa ampliada fuera de proporción por la hipertrofia legislativa y la oscuridad del lenguaje, tal que le otorga una libertad no siempre y no tanto distinta de la del legislador; sus actas —sentencias— son intangibles por los otros poderes; cuando declaran o formulan principios, pretenden que actúen *pro futuro*, como la ley (aunque la ley pueda superarlos cambiando la ley); si hacen ponderaciones en el marco del control constitucional, contrarias a las del legislador, pueden ser superadas solo por la reforma constitucional, y ni siquiera siempre; la jurisdicción puede autogobernarse mediante su propia jurisprudencia, en medida muy amplia en el campo constitucional. En pocas palabras, la distinción entre jurisdicción y legislación se puede entender intuitivamente, pero mucho menos hoy con base en la experiencia empírica y la actuación concreta.

Entre los elementos distintivos respecto de la Administración:

La administración es dependiente y opera en el cauce de su discrecionalidad; la jurisdicción es independiente y su actividad se ve constreñida a rigurosas restricciones legales. De hecho, se ha observado como también la organización judicial está sometida al poder político (que dicta las reglas y, en muchos casos, regula sus órganos); al poder administrativo (el poder judicial debe someterse, aunque con excepciones, a las reglas discrecionales de la administración); al propio poder judicial (*inferior iudex non potest tollere legem superioris*)<sup>5</sup>, es decir, el Tribunal inferior sucumbe frente al superior. Por el contrario, incluso la administración sufre los límites de la legislación y mientras crea discrecionalmente Derecho, al mismo tiempo, se ve obligada por ello.

Como escribe Kelsen, «la discrecionalidad no es nunca del todo libre [...] y nunca es del todo dependiente» (Kelsen, 1920: 17); y, sin embargo, está sujeta, en su caso, a la voluntad de la jurisdicción. «Se trata, por tanto —escribe Pavani—, de una distinción que parece percibirse intuitivamente, pero que está sujeta a excepciones y graduaciones, sobre todo si se tiene en cuenta el alto grado de libertad que caracteriza la interpretación judicial, también a causa de la oscuridad de los preceptos legislativos<sup>6</sup>».

Otras características que según la doctrina caracterizan la jurisdicción son las siguientes.

a) La naturaleza secundaria de la jurisdicción, o sea, que su intervención se da solo cuando se ha violado el ordenamiento y alguien solicita su restablecimiento (*ubi actio ibi iurisdictio; nullo actore, nullus iudex*)<sup>7</sup>. Esto conecta con el principio por el cual el tribunal solo decide sobre la solicitud y no sobre otras cosas: *ne eat iudex ultra petita partium*. Sin embargo, estas reglas sufren muchas excepciones.

<sup>5</sup> Textualmente: «El juez inferior no puede quitar la ley del superior».

<sup>6</sup> Un segundo carácter distintivo señalado, por otro lado, por solo parte de la doctrina se conecta no con un perfil formal, sino material, es decir, con la circunstancia de que los objetivos del Estado sean perseguidos de modo directo o indirecto. En este segundo caso (cuando el Estado garantiza los objetivos que se propone a través de su aparato), entre jurisdicción y Administración existen diferencias; en el primero, por el contrario, cuando el Estado se limita a garantizar el cumplimiento por parte de terceros de sus reglas, no: jurisdicción y administración coincidirían, ya que ambos aplican, especifican, concretizan y crean el derecho (Kelsen, 1920: 18).

<sup>7</sup> Cappelletti, 1968. Al tiempo que admite que «también podemos ignorar de manera segura tales disquisiciones terminológicas y definitorias», Cappelletti señala que *ubi non est actio, ibi non est iurisdictio*, y por esas razones insiste —pero no olvidamos que el escrito data de 1978— sobre la índole «política» del control de constitucionalidad ejercido en Francia también con base en la regulación constitucional de la V República.

b) La naturaleza inmodificable de las sentencias (*res iudicata*)<sup>8</sup>, que, a diferencia de las leyes y los actos administrativos, no pueden quedar anuladas por los actos legislativos o administrativos.

c) La procedimentalización del proceso. Se recuerdan algunas de las características de la jurisdicción: *nemo esse iudex in causa sua potest* (y otras fórmulas similares)<sup>9</sup>, por la que la jurisdicción es tal, si el juez no tiene interés en la controversia. La imparcialidad es relevante no tanto en relación con otros poderes (el rey, el Gobierno, el Parlamento) como para las partes involucradas; *audiatur et altera pars* (o *nemo debet inaudito damnari*)<sup>10</sup>, es decir, en el proceso debe prevalecer, en condiciones de sustancial igualdad, el contradictorio entre las partes; los criterios para determinar la competencia: de *de minimis non curat praetor*<sup>11</sup> a *iudex extra territorium est privatus*<sup>12</sup>. También estos principios, como el principio *iura novit curia*<sup>13</sup>, por el cual no hay necesidad de probar la existencia del derecho, que se presume conocido por el juez, el principio por el cual *actor rei forum sequitur*<sup>14</sup>, y muchos otros, se observan, además, en la Administración estatal y, por tanto, no contribuyen a distinguir siempre la posición de los jueces pertenecientes al Poder Judicial de los funcionarios administrativos<sup>15</sup>.

d) Otro principio evocado es el carácter obligatorio de la jurisdicción; Pavani concluye que, en definitiva,

la jurisdicción en sentido moderno y occidental se define sobre la base de una serie de requisitos que le corresponden principalmente, pero no exclusivamente; que se pueden utilizar de forma conjunta, pero también solo en parte; que comprenden perfiles estructurales (de los cuales la independencia e imparcialidad parecen los más relevantes), así como funcionales (la aplicación de la ley en casos concretos, aunque

<sup>8</sup> «Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione, vel absoluteione contingit» (Modestino: 1, I, D., *De re iudicata*, 42, I) («Llámase a cosa juzgada a la que pone término a las controversias con el pronunciamiento del juez, lo cual acontece por condena o absolución»).

<sup>9</sup> «Nadie puede ser juez en su propia causa».

<sup>10</sup> Respectivamente, «óigase la causa por la otra parte» y «nadie debe ser condenado sin ser oído». También: *nemo damnatus nisi auditus* (*idem*).

<sup>11</sup> «El pretor no se ocupa de insignificancias».

<sup>12</sup> «Fuera del territorio de su jurisdicción el juez es un particular». V. también de Ulpiano: 1, 3, D., *De iurisdictione*, 2, 1, «Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia».

<sup>13</sup> «El tribunal conoce el derecho».

<sup>14</sup> «El actor sigue el fuero del demandado».

<sup>15</sup> P. ej., *iudex obligatus est, si cum imprudentia fecerit*: «el juez es responsable si actuó con imprudencia».



con las aclaraciones ya realizadas); que se distingue por las formas particulares que caracterizan (especialmente, pero no solo) la producción de los actos típicos —sentencias—, las cuales, sin embargo, pueden colocarse junto a otros actos (ordenanzas, decretos, órdenes, etc.).

El segundo problema evocado es dónde colocar los varios sistemas y cómo construir clasificaciones con base en la naturaleza jurisdiccional o política del control ejercitado. En relación con la justicia constitucional, el sentido de «político» podría deducirse *a contrariis*, es decir, por la falta de las características arriba elencadas: sin embargo, ¿deben faltar todas o solo una basta?; y ¿en qué medida y cantidad? La neutralidad o terriedad de un Tribunal constitucional ¿se puede medir de manera dicotómica, o se trata de un problema *cuantitativo*? Y si un tribunal constitucional, p. ej., cumple, al lado de funciones que ejerce con todas las características de la jurisdicción, otras ejercitadas sin impulso de parte, o en vía previa, etc., ¿se convierte el control en «político»?

## II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD «POLÍTICO» EN LAS CLASIFICACIONES TRADICIONALES

En la doctrina comparada<sup>16</sup>, el elemento representado por la naturaleza jurisdiccional o no del órgano está en la base de la primera dicotomía

<sup>16</sup> Para clasificar la experiencia de la justicia constitucional, la doctrina, por una parte, una vez diferenciados los modelos con base en el carácter político o jurisdiccional del órgano encargado de realizarla y en la fase del control, ha desarrollado una teoría de los modelos (jurisdiccionales) clásicos, progresivamente adaptada e integrada, que usa como criterio fundamental para la identificación de los elementos determinantes, la naturaleza concentrada o difusa del modelo, las modalidades de acceso, la eficacia (declarativa o constitutiva) del pronunciamiento. De lo anterior muchos autores deducen la existencia de modelos híbridos, creados de la fusión de elementos de distintos prototipos. En tal sentido se valoraron y se continúan a valorar de «terceras» o «cuartas vías». En varios escritos anteriores, y además en particular en *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, he tomado la idea de valorar un *tertium genus*, el control ejercitado por un tribunal centralizado sobre excepción de los jueces, y un *quartum genus*, el de adoptar contemporáneamente el sistema difuso y el concentrado (Blaco de Morais, 2013: 183 y ss.). Por el contrario, no considera el ítalio-alemán un género en sí el que sería el luso-brasileño, que considera de hecho «tercero género». Una fuerte crítica a la clasificación de Cappelletti, en Tusseau, 2015: 217 y ss. Un debate sobre la obra de Cappelletti, en Barsotti y Varano, 2018.

identificada por Calamandrei (1950) y Cappelletti, pero se encuentra también difusamente en otros autores, como en N. Sagiús (2008), en C. Blanco de Morais (2002) y en muchos estudiosos franceses que se preocupan por evidenciar la progresiva jurisdiccionalización del sistema de aquel país<sup>17</sup>.

Muchos destacan que Inglaterra y Francia no tienen (o no tenían) control jurisdiccional; sin embargo, mientras de Francia se afirma que tiene (o tenía) control político, de Inglaterra se dice comúnmente que no tiene *judicial review*, y el control del Parlamento de Westminster sobre la conformidad de la ley a los principios del *common law* no se considera «político». En ambos casos, para explicar esta anomalía, todos se detienen sobre la historia y las doctrinas políticas subyacentes (Blondel, 1928).

Además de los casos del Reino Unido y Francia, se subraya por distintos autores que otras doctrinas hostiles a un control jurisdiccional de constitucionalidad han sido elaboradas en Alemania, donde por otra parte no han salido del despacho de Carl Schmitt, dado que su idea del jefe del Estado como guardián de la Constitución tuvo que sucumbir de frente a la afirmación de la antitética propuesta de Hans Kelsen. Otra corriente está representada por la doctrina marxista, así como realizada por los Estados del socialismo real.

A continuación analizamos los ejemplos «clásicos» de «no control», de «control no jurisdiccional» o de «control político» evocados por la doctrina tradicional.

## 1. EL RECHAZO DE LA CONSTITUCIONAL *JUDICIAL REVIEW* EN INGLATERRA

Gran parte de los estudiosos remonta el más inmediato precedente del moderno control de constitucionalidad de las leyes al famoso caso *Bonham*, debatido ante el Tribunal de los *Common Pleas* en 1610; en él el magistrado inglés *sir* Edward Coke puso en duda la legitimidad de la ley invocada como apoyo a la pretensión punitiva, sentenciando: «[...] en muchos casos el Derecho común puede servir de parámetro para controlar las leyes del Parlamento y algunas veces declararlas privadas de eficacia: en efecto, cuando una ley del

<sup>17</sup> Favoreu, 1996; Fromont, 1996; Rousseau, 1998. Favoreu distingue entre modelos preventivos y modelos sucesivos, Fromont, aparte de señalar tres fases en la evolución de la justicia constitucional, subraya la diferenciación entre procedimientos concretos y abstractos, los cuales son ejercitados, respectivamente, ante tribunales ordinarios o especializados. Rousseau también clasifica los distintos sistemas de justicia constitucional desde una perspectiva temporal, basándose en las categorías tradicionales, insiste de alguna manera en la diferencia entre control preventivo y control sucesivo.

Parlamento es contraria a la justicia común y razón o es repugnante o irrealizable, es posible, por ello, contestar su legitimidad con base en el Derecho común y, si procede, declararla nula». El derecho común, es decir, el *common law* —monopolio del Poder Judicial— representaba según Coke tanto la Ley Fundamental del Reino como la encarnación de la razón: ella contenía dentro de sí todo lo que, muchos años después, los juristas americanos incluirán en su idea de *Constitution*: tanto el *Bill of Rights* como el *frame of government* (o sea, los derechos individuales de los ciudadanos y también la estructura organizativa del Gobierno). En Inglaterra, sin embargo, el doble conflicto entre el Parlamento y el soberano y entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo se solucionó con la plena victoria de este último, de modo que, a pesar de algunas referencias en el siglo siguiente, la doctrina de Coke se abandonó bien pronto, y con ella el principio según el cual la voluntad de las asambleas representativas podía ser sometida a las decisiones de los jueces. En su lugar, arraigó la idea de la omnipotencia del Parlamento, muy bien expresada por la conocida frase de De Lolme, según la cual el Parlamento podía hacer de todo excepto transformar un hombre en mujer, y viceversa.

## 2. LA «VÍA FRANCESA» DE CONTROL DE LAS LEYES

También Francia manifestó una tenaz renitencia a introducir el control de constitucionalidad de las leyes; no obstante, las razones fueron distintas: por una parte, las teorías de Montesquieu y de Rousseau sobre el papel meramente declarativo de los jueces obstaculizaban todo intento serio de encomendarles el control de las leyes aprobadas por los representantes de la nación. Por otra parte, las doctrinas del iluminismo revolucionario encontraban consagración en la tesis de que la división de poderes y la tutela de las libertades se garantizaban precisamente por la Constitución (tanto es así que la formalización de esta última representó una de las contribuciones más originales del constitucionalismo francés). Era por tanto inevitable que la vía francesa de control de constitucionalidad de las leyes generase una solución espuria. Debía existir un control; sin embargo, no podía ser ejercitado por los jueces, sino por el mismo Poder Legislativo o, al menos, por órganos llamados a actuar durante el procedimiento legislativo, en vía preventiva, capaces de permitir que el acto de control asumiese la misma naturaleza de la ley en cuanto absorbido por el procedimiento para su producción.

En este país, después de varias experiencias acaecidas con anterioridad (Pegoraro y Rinella, 2018), la Constitución de la V República había mantenido no pocas peculiaridades, que se refieren a la composición del colegio de jueces, a las modalidades de acceso y, sobre todo, a la naturaleza preventiva del control (*ibid.*). En primer lugar, el órgano llamado a juzgar las leyes

comprende nueve miembros cuyo mandato es de nueve años. La duración del mandato asegura una parcial independencia del órgano, incluso si el origen de los miembros todavía es hoy más marcadamente político que en otros ordenamientos<sup>18</sup>.

Al *Conseil Constitutionnel*, además de otras funciones<sup>19</sup>, le compete llevar a cabo el control preventivo obligatorio de las leyes orgánicas y de los reglamentos parlamentarios, y el control facultativo de las leyes y tratados<sup>20</sup>. El carácter exclusivamente preventivo y de abstracto del control, que se desarrollaba sobre decisiones legislativas todavía no sometidas a la prueba de la interpretación, caracterizaba al modelo francés y hacía de este un prototipo, aunque a lo largo del tiempo ha sufrido una evolución que ha atenuado la índole política, hasta la transformación radical experimentada en el siglo actual, que culminó en 2008 con la introducción del control incidental sucesivo y concreto.

Inicialmente la decisión de constitucionalidad solo podían promoverla el presidente de la República, el primer ministro y los presidentes de las dos ramas del Parlamento. También el parámetro de las decisiones aparecía limitado, no comprendiendo más que el texto de la Constitución entendido *stricto sensu*, con exclusión de la regulación de los derechos, apenas esbozada en el corpus. Un cambio de rumbo en la justicia constitucional en Francia se produjo en los años setenta. Primero, con una célebre decisión de 16 de julio de 1971, el *Conseil Constitutionnel* incorporó en el *bloc de constitutionnalité* (o sea, insertó entre los parámetros de juicio) el preámbulo de la Constitución, que alude a la Declaración de Derechos de 1789, al preámbulo de la Constitución de 1946 y a los principios fundamentales de las leyes de la República<sup>21</sup>.

A continuación, con la Ley constitucional de 29 de octubre de 1974, la legitimación para acudir al *Conseil* se atribuye igualmente a sesenta diputados o a

<sup>18</sup> En efecto, tres integrantes son nombrados por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado. A ellos se añaden los expresidentes de la República. El art. 13, último apdo., Const., introducido por la revisión de 2008, somete ahora los nombramientos presidenciales al consenso parlamentario.

<sup>19</sup> La vigilancia sobre la regularidad de las elecciones y del referéndum, y opinar acerca de la asunción de poderes excepcionales por parte del presidente *ex art.* 16 Const.

<sup>20</sup> Respectivamente, arts. 58-60, 61, y 54, revisados el 25 de junio de 1992.

<sup>21</sup> De tal modo, de mero controlador de las esferas de competencia delineadas en el texto del 58, el *Conseil Constitutionnel* pudo transformarse —de «perro guardián» del Ejecutivo (Prélot) o «cañón apuntado contra el Parlamento» (Eisenmann) — en juez pleno de la constitucionalidad de las leyes, también respecto a la violación de los derechos y libertades.

sesenta senadores; de este modo, las minorías parlamentarias, usando inmediatamente después de la introducción de la *saisine parlementaire* la posibilidad de interponer una cuestión de legitimidad constitucional ante el *Conseil Constitutionnel*, contribuyeron a un gran crecimiento cuantitativo y cualitativo del control de constitucionalidad<sup>22</sup>.

El dogma de la intangibilidad de la ley aprobada fue violado por la reforma del art. 74 de la Constitución<sup>23</sup>, que permite a las *Collectivités d'outre-mer* derogar las leyes en conflicto con su Estatuto, siempre que el Consejo Constitucional haya verificado la violación de las competencias. Por último, en 2008 una revisión constitucional<sup>24</sup> ha reconocido al Tribunal de Casación y el Consejo de Estado la facultad de someter al *Conseil Constitutionnel* la cuestión de inconstitucionalidad contra las leyes ya adoptadas, consideradas en violación de los derechos y libertades contenidos en la Constitución<sup>25</sup>. No solo por la composición, sino también por la importancia que sigue teniendo el control preventivo, la justicia constitucional francesa representa un modelo aparte. La creencia de algunos autores de que la antítesis del modelo estadounidense sea el francés (B. Chantebout), o que solo Francia encarna el arquetipo del modelo inspirado a Kelsen (G. Drago), se mitiga. A su modo, Francia está inscrita en el grupo de los ordenamientos que mezclan las distintas formas de cumplir la justicia constitucional.

### 3. LOS PAÍSES SOCIALISTAS: LA UNIDAD DEL PODER ESTATAL Y EL RECHAZO DEL CONTROL EXTERNO

En los países socialistas, para frenar la introducción de un control jurisdiccional de constitucionalidad, se usó la teoría que allí se contraponía a la de Montesquieu: o sea, la unidad del poder estatal (Biscaretti, 1988). La actuación de verdaderos y propios tribunales constitucionales ha sido, por lo

<sup>22</sup> Por su parte, el *Conseil* se dotó de una amplia gama de instrumentos procesales y sustanciales (entre los que asume marcado relieve la dilatación de la tipología de los pronunciamientos), hasta tal punto que se habló de la *spectaculaire argumentation* de los mismos (L. Philip), madurando, además, el estilo de las sentencias, provistas hoy de motivaciones tan articuladas y complejas como las elaboradas por tribunales de otros países (Maus y Roux, 1995).

<sup>23</sup> L. const. n. 276, de 28 de marzo de 2003.

<sup>24</sup> L. const. n. 724, de 23 de julio.

<sup>25</sup> La Ley Orgánica 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, y los reglamentos de procedimiento de 18 de febrero de 2010, que garantizan la publicidad de las audiencias y el procedimiento contradictorio, han acercado aún más el sistema francés a los que operan en otros países, sin socavar por completo sus características peculiares.

tanto, rechazada y fue considerada, durante la vigencia del bloque soviético, no coherente con el orden de las instituciones y con las ideas guía que lo inspiraban (Rousillon, 1977). En cambio, resultaba plenamente compatible con ese sistema que la vigilancia de la conformidad de las leyes a la Constitución y, más en general, de la aplicación de la misma, se otorgue a la propia asamblea representativa o al órgano más restringido y permanente del Parlamento —el *Praesidium*<sup>26</sup>—, mientras que el ejercicio del control solo se confirió a un tribunal en casos esporádicos<sup>27</sup>.

Sin embargo, ahora todo esto forma parte de la historia del derecho, habiendo casi todos los ordenamientos repudiado la forma de Estado socialista, acogido el modelo liberal-democrático y, con ello, formas más cumplidas y completas de control de constitucionalidad «jurisdiccional» de leyes.

#### 4. EL JEFE DEL ESTADO COMO «GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN»: LA SUPERVIVENCIA (AUNQUE MARGINAL) DE UN MODELO EN EL MARCO DE SISTEMAS CON BASE PREVALENTEMENTE JURISPRUDENCIAL

La solución de un control no jurisdiccional no es, sin embargo, aislada: también en muchos ordenamientos liberal-democráticos un ejemplo de control «político» está representado precisamente por la atribución al jefe del Estado de funciones relativas al control de constitucionalidad, que a veces coexiste con varias tipologías de controles «internos» del Parlamento. «La tesis de que el jefe del Estado y ningún otro órgano sea el calificado guardián de la Constitución» —escribía Kelsen al inicio de los años treinta del siglo pasado polemizando con Carl Schmitt— no tenía otra finalidad salvo «volver a poner en uso [...] un arnés justamente abandonado a la pólvora», trayendo de «fuera del desván del teatro constitucional el trozo de escenario más viejo». Tales cáusticas palabras habrían encontrado eco en la moderna historia institucional: esté configurado como *pouvoir neutre*, según la conocida formulación de Benjamin Constant, o como guía del Ejecutivo, al jefe del Estado —monárquico o republicano— ningún ordenamiento democrático-liberal le encomienda hoy

<sup>26</sup> En este sentido tenemos, por ejemplo, las constituciones de Rumania (1965), Bulgaria (1971), la República Democrática Alemana (1968), Hungría (1972), Albania y Polonia (ambas de 1976), la Unión Soviética y Cuba (1977), y China (1978).

<sup>27</sup> Precisamente, además de Polonia (revisión de 1982), Checoslovaquia en 1968 —donde, no obstante, el instituto no se puso en marcha nunca—, Yugoslavia (constituciones de 1963 y 1974), la URSS según la Constitución de 1924 y las revisiones de 1988 y de los dos años sucesivos, y Hungría (revisión de 1983).

en exclusiva el deber de defender la Constitución de los atentados perpetrados por leyes u otros actos que estén en conflicto con ella.

De todas formas, casi por todas partes el jefe del Estado, *de iure* o *de facto*, contribuye a tales funciones: no solo donde él está legitimado, a veces compitiendo con otros órganos, para recurrir al tribunal constitucional o para solicitarle una decisión o un dictamen, sino sobre todo en caso de que pueda oponer su propia voluntad a la del Parlamento, al final del procedimiento legislativo, (también) por razones de constitucionalidad. Salvo excepciones poco frecuentes, semejante intervención todavía se registra hoy a través de diversas modalidades de participación en el procedimiento legislativo: el reenvío al Parlamento de la deliberación legislativa, la sanción o la promulgación (o el rechazo de estas últimas), y un poder de veto o de reenvío superable por una nueva deliberación de las Cámaras se encuentra en varios ordenamientos republicanos, de Estados Unidos a Francia o Italia, y así muchos otros<sup>28</sup>. Cada ordenamiento configura de manera diversa el rol del jefe del Estado en el procedimiento legislativo, y las convenciones constitucionales concurren para compensar los poderes recíprocos del Parlamento, del jefe de Estado y de los tribunales, también sobre la base de razones históricas y teóricas de sus respectivos roles<sup>29</sup>. Una solución a menudo encontrada es que el presidente que establece el veto debe pedirle al tribunal una opinión previa.

### III. OTRAS FORMAS DE CONTROL «POLÍTICO» (O POR LO MENOS «NO JURISDICCIONAL») E «INTERNO»

Al lado de los ejemplos clásicos profundizados por la doctrina, analizados en el apartado segundo, existen otras formas de control de constitucionalidad que no pueden ser consideradas «jurisdiccionales» en el sentido tradicional (y muy largo). Se pueden reagrupar en dos distintas categorías: a) formas anómalas

<sup>28</sup> En este sentido, p. ej., la Constitución rusa confiere al presidente el poder de reenviar las leyes y anular los decretos y las ordenanzas del Gobierno de la Federación Rusa contrarios a la Constitución, a las leyes federales y a los edictos del presidente. *Vid.* los arts. 107 y 115.3. El art. 80.2 configura al presidente como verdadero y propio garante de la Constitución, con poderes de suspensión de actos inconstitucionales y de veto en el ámbito de la función legislativa.

<sup>29</sup> Cuando un presidente establece preventivamente el veto sobre una ley por razones de constitucionalidad, *en teoría* invade la esfera de competencia del tribunal constitucional, donde está instituido. El Parlamento puede lamentar la lesión de las normas que confían tal control al tribunal (o a los tribunales). No existen soluciones uniformes para resolver la antinomia.

de control «no jurisdiccional», como el religioso, que caracterizan algunos sistemas en su conjunto, y b) formas de controles internos a los Parlamentos, que en distintos ordenamientos estatales acompañan, integrándolas, formas de control considerado jurisdiccional.

## 1. EL CONTROL RELIGIOSO: ENTRE FORMA Y SUSTANCIA

Tiene mucha relevancia la solución experimentada en la República de Irán, que se caracteriza por una forma de Estado teocrático (Pegoraro y Rinnella, 2018). Se asume que el Corán es la Ley Fundamental y la *Shari'a* es la fuente suprema de la ley (arts. 2, 4), aplicable a todos los artículos de la Constitución; de aquí, el art. 72 establece la ilegitimidad de la legislación contraria a las directivas de la religión oficial, y el art. 170, la obligación para los jueces a desaplicar las normas en conflicto con la ley islámica. Para comprobar que ningún acto aprobado por el Parlamento sea contrario a la Constitución, a su vez sujeta a los principios del islam, hay un Consejo de Guardianes, compuesto por doce jueces, donde la mitad de los miembros provienen del clero, nombrados por una parte por el Líder Supremo, y, por otra parte, por el Parlamento, que tiene el poder de decidir previamente sobre todos los actos parlamentarios. Salvo que se justifique de otro modo, el Consejo se pronunciará dentro de diez días, asumiendo como primer parámetro los principios del islam, según la opinión de los seis miembros religiosos, y después la Constitución (con decisión colegiada). Los documentos que no cumplen con las normas son enviados otra vez al Parlamento para su reconsideración, siendo previstos procedimientos de conciliación y posible participación de los Guardianes en la deliberación parlamentaria (art. 97).

En Egipto, con los recientes desarrollos (2014), la interpretación de la Constitución está subordinada en menor medida a las limitaciones de la Constitución anterior (2012), ya sea por lo que afecta a las «reglas fijas» del Derecho islámico, sobre las cuales el tribunal no tenía discrecionalidad, ya sea en particular por la obligación de consultar a la Universidad (islámica) de Al-Azhar sobre cuestiones que comprometen el derecho religioso<sup>30</sup>. A pesar de que en parte ha cambiado el controlador, se mantiene el mismo parámetro, la *Shari'a*, que la Constitución continúa considerando como la fuente principal de derecho.

<sup>30</sup> Art. 4 Const. 2012: «Al-Azhar Senior Scholars are to be consulted in matters pertaining to Islamic law». Para la doctrina v. C. Sbailò, «Riespansione del principio ordinatore islamico. Il caso egiziano» (Cantaro, 2013: 174 y ss.; Bernard, 2013: 190).



## 2. CONTROLES INTERNOS AL LADO DEL CONTROL JURISDICCIONAL

La actuación en el ámbito de los más variados ordenamientos de tribunales constitucionales no excluye que, al lado de ellos, otros órganos estén llamados a colaborar en funciones de control de constitucionalidad de leyes o de otros actos durante el procedimiento establecido para su adopción.

Por ejemplo, si a la decisión del Gobierno francés de presentar la inadmisibilidad de propuestas de ley o de enmiendas legislativas, porque violan la reserva de reglamento establecida en el art. 34, o en cuanto produzcan aumento de los gastos o disminución de los ingresos, no se oponen el presidente de la República o los presidentes de la Asamblea Nacional o del Senado, aquella es definitiva, y es, pues, el Ejecutivo el que asume el papel de único garante de la constitucionalidad. Solo para el caso opuesto, para dirimir una eventual controversia (aunque esto sucede raramente), se llama al *Conseil Constitutionnel*<sup>31</sup>.

Una segunda hipótesis la representa el control de la existencia de requisitos de necesidad y urgencia de los decretos leyes, que los reglamentos de las Cámaras italianas encomiendan todavía hoy a las comisiones de asuntos constitucionales y/o al pleno: un control que, hasta el cambio de jurisprudencia de la Corte, agotaba toda forma de control<sup>32</sup>.

Puede recordarse el control interno y previo de la comisión de asuntos constitucionales del Parlamento finlandés (*Perustuslakivaliokunta*), que expresaba hasta el año 2000 —fecha de la introducción del control difuso— el único modo para bloquear las leyes inconstitucionales<sup>33</sup>. Es político además el control previo ejercido por el ministro de Justicia de Canadá, del *Attorney-General* en Nueva Zelanda y del ministro competente del Reino Unido (Duranti, 2014: 552). Un control político en vía transitoria es el configurado en el art. 106.2 de

<sup>31</sup> Además del art. 34, v. respectivamente art. 40 Const. y art. 39.3 y 39.4. Ver, igualmente, para la inadmisibilidad financiera, el art. 93.3 y el 93.5 Const. Georgia.

<sup>32</sup> Art. 96 *bis* Reg. Cámara, modificado por el texto que entró en vigor el 1 de enero de 1998 y después el 24 de septiembre de 1997; art. 78 Reg. Senado, y sentencias n. 29 y n. 161/1995.

<sup>33</sup> La índole política del control era (y es) por otro lado mitigada por la composición de la Comisión, en la que participan desde 1995 destacados constitucionalistas, por lo que ha representado también «el efectivo punto de referencia para todo el ordenamiento en orden a la interpretación constitucional de los actos normativos, hasta el punto de constituirse como el intérprete más importante de la propia Constitución finlandesa» (Duranti, 2009: 148).

la Constitución de Georgia<sup>34</sup>. En Grecia, en donde no existe un tribunal constitucional y muchas disposiciones de la Constitución de 1975 aseguran un recíproco control de los órganos constitucionales del Estado, el presidente de la Asamblea puede plantear la cuestión de constitucionalidad de un proyecto de ley, que viene sometida a debate preliminarmente a toda otra excepción procedimental y al debate sobre el fondo<sup>35</sup>.

#### IV. HIBRIDACIONES ENTRE «POLÍTICO» Y «JURISDICCIONAL» EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: LA VARIANTE DE LAS FUNCIONES EJERCITADAS

El grado de «jurisdiccionalidad» puede cambiar en ocasiones, y ser más o menos intenso, según múltiples variables, ya elencadas en el apartado 1.3. Considerando no solo el control de la ley, sino también otras funciones ejercitadas por los tribunales constitucionales, la hibridación entre las categorías del «político» y del «jurisdiccional» parece aún más clara.

La particularísima índole de las decisiones de los tribunales constitucionales —cuya sustancia es ampliamente discrecional, por no decir política, pero cuya forma está caracterizada por la jurisdiccionalización del proceso—, y, sobre todo, la posición de tercero en que operan los jueces de las leyes, ha sugerido otorgarles una serie de otras funciones que reclaman el ejercicio de un papel arbitral, diferentes de aquellas relativas a la regulación de competencias entre entes y órganos, además del control de constitucionalidad de las leyes en sentido estricto. Por su riqueza —aunque no comparable a la de textos más recientes, especialmente del Este europeo—, son emblemáticas a este respecto las regulaciones operadas por el *Grundgesetz* y por la Constitución italiana, además de las respectivas legislaciones de desarrollo<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Para el cual: «Durante los dos años posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, el Presidente de Georgia y el Parlamento de Georgia deben proceder a la convalidación de los actos normativos adoptados antes de la entrada en vigor de la Constitución, verificando su compatibilidad con la Constitución y las leyes».

<sup>35</sup> Art. 80.2 Reg. del Parlamento.

<sup>36</sup> Entre las competencias especiales del *Bundesverfassungsgericht* tenemos: a) la declaración de la pérdida de derechos fundamentales, que afecta a individuos que abusan de los mismos con el fin de combatir el ordenamiento democrático y liberal fundamental; b) la declaración de inconstitucionalidad de partidos políticos que, por la finalidad perseguida o por el comportamiento de los propios afiliados, pretenden dañar o suprimir el ordenamiento democrático y liberal fundamental o amenazar la existencia de la República Federal de Alemania, y c) la verificación de las elecciones. De conformidad

Siguiendo el ejemplo de tales experiencias, varios ordenamientos han cargado (y a menudo sobrecargado) al propio tribunal constitucional de ulteriores funciones, que pueden reagruparse como sigue, según se trate de la forma de Estado o de la forma de gobierno, o de ambas.

Entre las primeras (forma de Estado), en los ordenamientos protegidos contra la actividad de partidos o asociaciones anticonstitucionales, es frecuente que las decisiones sobre la naturaleza de los mismos, como también en algún caso la irrogación de las sanciones pertinentes, sean encomendadas al tribunal constitucional, considerado más idóneo que otros poderes para asumir una decisión imparcial; siguiendo el ejemplo del *Grundgesetz* alemán, otras constituciones han hecho provisiones análogas: así ha sido en Portugal, Bulgaria, Rumania, Croacia, Eslovenia, República Checa y Eslovaca, Georgia, Albania, Polonia, Chile, Corea, etc. En algunos casos, los tribunales revisan también los presupuestos de los partidos políticos. Solo en Alemania, sin embargo (pero no en otros países), le corresponde al *Bundesverfassungsgericht* declarar la pérdida de derechos fundamentales de la persona<sup>37</sup>.

Entre los poderes relacionados con la forma de gobierno, los tribunales constitucionales están casi siempre interesados en el procedimiento de *impeachment* referido al presidente de la República y/o a los ministros, a los jueces u otros funcionarios. Así lo disponen, entre otras, las constituciones de Ucrania, Lituania, Croacia, Chile, República de Corea, Yemen y Congo<sup>38</sup>. En algún ordenamiento, también compete al tribunal la tarea de constatar el impedimento temporal o definitivo del jefe del Estado, y analizar los presupuestos para proceder al *interim*<sup>39</sup>, o comprobar la muerte o la incapacidad de los candidatos a la presidencia de la república (Portugal). Ulteriores provisiones atribuyen a los tribunales constitucionales competencias de lo más variado: constatar las circunstancias de la disolución presidencial de las Cámaras; verificar

---

con el art. 134 de la Const. italiana y con las leyes constitucionales y sucesivas, corresponde a la *Corte costituzionale* juzgar las acusaciones promovidas contra el presidente de la República y, hasta la revisión constitucional de 1989, los ministros; además, el juicio sobre la admisibilidad del referéndum abrogativo *ex* art. 75 Const. Sobre las funciones ulteriores de las Cortes, v. en un amplio cuadro comparativo, Baldin (2000) y Nogueira (2006: 241 y ss.).

<sup>37</sup> Acerca del rol de las Cortes en el control de los partidos y en general sobre la oposición anticonstitucional: para Estados Unidos (Reposo, 1977).

<sup>38</sup> A veces el juicio compete al tribunal constitucional, a solicitud de otros órganos constitucionales; en otras ocasiones solo debe emitir una opinión, o instruir la acusación, o garantizar la correcta observancia del procedimiento. Sobre la llamada justicia política, Oliviero (2001).

<sup>39</sup> Como, por ejemplo, en Portugal, Rumania, Chile, Lituania, Moldavia, Armenia.

la incompatibilidad de los ministros, y pronunciarse sobre las candidaturas al cargo presidencial.

Afectan a las relaciones entre las autoridades y los ciudadanos (forma de Estado) y al mismo tiempo a las relaciones entre los órganos (forma de gobierno) otras funciones asignadas a menudo a los tribunales constitucionales, como, por ejemplo, la vigilancia de operaciones electorales, políticas o presidenciales o también administrativas, y/o la decisión sobre recursos en la materia<sup>40</sup>. Así pues, los tribunales constitucionales son con frecuencia llamados a examinar la regularidad del procedimiento del referéndum (Chile) o, como en Italia, la admisibilidad de las demandas relativas al mismo, a declarar la pérdida del mandato electoral, a emitir dictámenes sobre la proclamación de medidas de emergencia (Francia)<sup>41</sup>.

También la atribución de tareas que exceden a la justicia constitucional en sentido estricto ha contribuido, al dilatar las funciones de los tribunales constitucionales, a aumentar su importancia y a descompensar (o compensar) a su favor los equilibrios entre los órganos constitucionales. Aunque operando con los instrumentos típicos de la jurisdicción, y pudiendo actuar, en muchas ocasiones, solo a instancia de parte, los tribunales pronuncian, de hecho, también en estos casos, decisiones caracterizadas por un elevado grado de politización. Esto es particularmente evidente en aquellos países donde el tribunal constitucional está llamado —como consagración de su *status* de «constituyente permanente»— a intervenir en el proceso de revisión constitucional (lo que sucede —además de en Sudáfrica, donde se le encomendó a la Corte Constitucional la tarea de verificar el cumplimiento de la propia Constitución, que entró en vigor en 1997, a las normas básicas elaboradas en 1993 por una asamblea especial— en Angola, Argelia, Chile, Costa Rica, Turquía, Rumania, Bolivia, Moldavia, India, Colombia...)<sup>42</sup>; o a dar la interpretación oficial de la Constitución y de las leyes (Rusia, Ucrania, Uzbekistán, Chipre, etc.).

Por supuesto, donde operan cortes supremas, (casi) todas las funciones arriba elencadas competen a ellas en calidad de cúspide del sistema jurisdiccional, en virtud de específicas normas constitucionales o de la propia organización del mismo.

---

<sup>40</sup> Francia, Alemania, Austria, Portugal, Lituania, República Checa y Eslovaca, Croacia, Rumania, Moldavia, Chile, Yemen, etc.

<sup>41</sup> Sobre el control de las elecciones, un encuadramiento comparativo en Pegoraro, Pavaní y Ragone, 2015.

<sup>42</sup> Ragone, 2011. Sobre la importancia del control (cada vez más frecuente) sobre la reforma constitucional, Gözler (2008).

## V. LA DERIVACIÓN POLÍTICA EN LA SELECCIÓN DE LOS JUECES DE LOS TRIBUNALES SUPREMOS Y DE LOS ESPECIALIZADOS

Como se ha dicho, el control de constitucionalidad se define «jurisdiccional» si lo lleva a cabo —con modalidades y mediante actos típicos de la jurisdicción— un órgano que tenga asegurada la autonomía y la independencia. Autonomía e independencia que, sin embargo, pueden tener dimensiones muy distintas<sup>43</sup>.

En los ordenamientos en los que se ejerce en vía difusa, como EE. UU., las garantías coinciden con las propias de la magistratura<sup>44</sup>. En Estados Unidos, los jueces de la Corte Suprema y de los otros tribunales federales son nombrados de por vida (o, mejor, *during good behaviour*), por el presidente, previo *advise and consent* del Senado, teniendo en cuenta la cualificación profesional. Normas convencionales contribuyen a equilibrar la composición de la Corte Suprema, condicionando las elecciones del presidente, que debe tener en cuenta criterios étnicos, geográficos, sexuales, religiosos, pero no políticos<sup>45</sup>. Como en otros ordenamientos donde son análogos los mecanismos jurídicos, las convenciones, las praxis acerca de los nombramientos en el órgano de control de leyes, en EE. UU. la independencia se garantiza, *in primis* y en un plano individual, por la falta de expectativas de los jueces respecto al poder político (una vez elegidos no aspiran a mayores y distintas gratificaciones); en segundo lugar, y en un plano colegial, por la circunstancia de que la Corte, o, mejor, su mayoría, puede ser o no de la misma orientación del presidente y/o de la mayoría parlamentaria<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Aunque un régimen de incompatibilidades, inamovilidad, rigurosos procedimientos para la destitución y el mantenimiento del tratamiento económico están previstos, conjuntamente o no, en todas las constituciones.

<sup>44</sup> Sobre los perfiles estructurales de las Cortes, Calamo, 2011.

<sup>45</sup> En la Corte están representados tanto jueces del Norte como del Sur, del Este como del Oeste; además, también están presentes los católicos, al menos un juez es hebreo, uno de color y, desde la presidencia de Reagan, uno es mujer. Entre los requisitos no se exige la licenciatura en Derecho; aun así, tanto hoy como en el pasado tienen o tuvieron tal título todos sus integrantes.

<sup>46</sup> En otros ordenamientos donde el control de constitucionalidad se ejerce por los tribunales ordinarios, como en Canadá, Australia, Irlanda, India, Filipinas, en algunos países de América Latina (México, Brasil) o africanos la independencia se garantiza a través de una variedad de instrumentos: el nombramiento de los jueces por parte del presidente o gobernador, a menudo con el consentimiento de la Cámara Alta o del Parlamento, hasta la edad de jubilación; la prohibición de remoción, sino a través de procedimientos complejos, solo por motivos relacionados con un comportamiento

En parte rechazando el sistema norteamericano, algunos ordenamientos latinoamericanos han aportado algunas modificaciones al esquema, disponiendo que los magistrados del tribunal supremo tengan duración temporal, de cuatro a diez años (Nicaragua, Paraguay, Panamá, Honduras), y sean a veces reelegibles (Paraguay, Honduras). Esto mina obviamente su independencia y desequilibra las relaciones entre los poderes del Estado, típicas del sistema de EE. UU.

Singular es el procedimiento adoptado en Japón: los jueces del Tribunal Supremo son nombrados de por vida por el Gobierno, pero con ratificación popular con ocasión de las primeras elecciones generales al Congreso de los Diputados, y posibilidad de *recall*. En la Confederación Helvética los jueces del Tribunal Federal los elige la Asamblea Federal entre los ciudadanos elegibles al Consejo Nacional, con base en las convenciones que presiden los nombramientos, de hecho decididos por los partidos principales; en Suiza la representación se basa en criterios geográficos, étnico-lingüísticos y políticos. No opera el principio de inamovilidad y está vigente la praxis de reelegir a sus integrantes<sup>47</sup>.

También las soluciones escogidas para asegurar la autonomía y la independencia de los tribunales constitucionales especializados son varias y numerosas.

Generalmente, las constituciones requieren que los candidatos demuestren una adecuada preparación jurídica, y que integren los tribunales constitucionales solo juristas de clara fama, que sean profesores universitarios, abogados, jueces o licenciados en materias jurídicas, con una adecuada experiencia en la profesión legal<sup>48</sup>. La costumbre de los jueces constitucionales al *reasoning* jurídico, en lugar de las argumentaciones de los políticos, es idónea

---

inadecuado o incapacidad, y la prohibición de reducir la asignación económica a lo largo del mandato.

<sup>47</sup> Por último, en algunos países africanos como Botsuana, Lesoto, Namibia son designados para los tribunales superiores los llamados *expatriate judges*, jueces extranjeros (lo mismo ocurre en Bosnia); la razón es que se supone que los locales no están culturalmente preparados para una tarea tan delicada; la consecuencia es alejarlos de los conflictos, garantizando la independencia de la sala; un corolario es que estos jueces utilizan mucho el derecho comparado en la solución de los casos.

<sup>48</sup> La relevante excepción a esto la constituye Bélgica: los doce jueces son, de hecho, la mitad políticos, y solo la mitad juristas. La exigencia de equilibrio entre las comunidades étnico-lingüísticas, que caracterizan a Bélgica, es aún más marcada en Chipre, cuya Constitución de 1972 instituye un Tribunal Constitucional Supremo compuesto por solo tres miembros: uno nombrado por el presidente y uno por el vicepresidente, respectivamente, en representación de las comunidades griega y turca, y un tercero

para asegurar, aunque de un modo precario, una cierta separación del poder político; sin embargo, más significativos son los factores representados por las modalidades de selección de los jueces, por la duración de su mandato y por la prohibición de su reelección.

En Italia, la Asamblea Constituyente se orientó a favor de la creación de un órgano *ad hoc*, conectado con el Parlamento y con el presidente de la República, llamados a elegir o a nombrar dos tercios de los integrantes, mientras que el tercio restante lo eligen la supremas magistraturas ordinaria y administrativa, para un total de quince jueces con mandato de nueve años. La mayoría requerida en el Parlamento en sesión conjunta es de dos tercios de la asamblea en los primeros tres escrutinios, después la mayoría exigida es de tres quintos. La duración del mandato de cada juez (nueve años) y la prohibición de la reelección se combinan para garantizar su independencia, junto con las garantías del órgano y de sus componentes, los requisitos técnicos y profesionales previstos. El modelo italiano ha sido imitado en muchos países. Un mecanismo análogo, aunque no idéntico, se ha adoptado en España<sup>49</sup>, en Bulgaria<sup>50</sup>, y, de forma similar, en Lituania, Malí y otras antiguas colonias francesas (con más variedad en Togo, donde incluso la universidad, así como en Guatemala, puede elegir un juez).

En algún país, la conexión con las Cámaras parlamentarias aparece más estrecha, por lo general a causa de un difuso *metus* respecto al Poder Judicial y, en general, a los jueces (incluidos los constitucionales): la desconfianza está particularmente viva en algunas nuevas democracias de Europa Centro-oriental, en la que el equilibrio de poderes deja fuera al judicial<sup>51</sup>.

---

«neutral», que actúa de presidente, el cual no puede ser ciudadano de la República, ni griego, ni turco, ni súbdito del Reino Unido o de sus colonias.

<sup>49</sup> ...donde el Tribunal Constitucional está compuesto de manera que asegura una equilibrada presencia de miembros de nombramiento parlamentario, gubernativo y judicial, mientras varios mecanismos garantizan su independencia, pero con un mayor desequilibrio a favor del binomio mayoría-Ejecutivo, en perjuicio de la magistratura. Una ulterior garantía de independencia del poder político está determinada por la larga duración del mandato y por la prohibición de reelección para el mandato inmediatamente sucesivo.

<sup>50</sup> Cuyo tribunal se compone de doce jueces, tres de ellos elegidos por la Asamblea Nacional, tres por el presidente de la República, tres por la asamblea de los magistrados del Tribunal Supremo y tres por el Tribunal Superior Administrativo.

<sup>51</sup> Como en la República Eslovaca, donde a los dieciséis jueces constitucionales los designa el presidente de la República, que los elige de una lista de veinte realizada por el Consejo Nacional; o en Rumania, donde los nombramientos de los nueve jueces proceden de la Cámara de Diputados, del Senado y del presidente de la República.

Fuera del Este europeo, la Constitución portuguesa encomienda a la Asamblea de la República designar diez de los trece jueces constitucionales (los otros tres son cooptados). En Perú los integrantes del Tribunal Constitucional son todos nombrados por el Congreso Nacional, con el voto de dos tercios de los presentes. En Colombia, el nombramiento por parte del Senado está vinculado a las listas presentadas por el presidente de la República, la Corte Suprema y el Consejo de Estado<sup>52</sup>.

Un parcial cambio de camino se registra en algunos países latinoamericanos: en Bolivia, la Constitución afirma que los jueces del Tribunal Supremo y de la Corte Constitucional Plurinacional «serán elegidas y elegidos por sufragio universal<sup>53</sup>». Formas más atenuadas de participación popular en la elección de las Cortes (o salas) llamadas a desarrollar el control de constitucionalidad se introducen en Argentina, Ecuador y Venezuela<sup>54</sup>.

---

Del mismo modo, véanse los casos de Albania, donde los nombra el presidente con el consentimiento del Parlamento, y Bielorrusia, donde seis jueces son elegidos por el presidente y seis por el Parlamento. En Hungría los quince miembros del Tribunal Constitucional los elige el Parlamento por mayoría de dos tercios, y, en Polonia, los quince jueces también son elegidos por él. En la Federación Rusa, como en Azerbaiyán, los jueces (respectivamente, diecinueve y nueve) son elegidos por el Consejo Federal, pero a propuesta del presidente de la Federación. El ejemplo no se sigue en todas las repúblicas de la antigua URSS.

<sup>52</sup> En algunos casos, los criterios para el nombramiento están condicionados por la necesidad de representar en condiciones de igualdad tanto el centro como la periferia. Así, el Tribunal Constitucional alemán se compone de dieciséis jueces, ocho de los cuales son elegidos por el *Bundestag*, y los otros ocho por el *Bundesrat*. La separación del poder político está asegurada por la larga duración en el cargo —doce años—, por la prohibición de la reelección y por la incompatibilidad con cargos parlamentarios y gubernativos. La participación de las comunidades autónomas en el nombramiento de los jueces parlamentarios se contempla también en España.

<sup>53</sup> La Asamblea Legislativa Plurinacional selecciona con un *quorum* de dos tercios las candidaturas de los magistrados y las envía al órgano electoral. La votación se produce sobre la base de una preselección llevada a cabo en la Comisión parlamentaria mixta, con una valoración de mérito y una *hearing* pública. Los candidatos no pueden hacer campaña electoral, y los candidatos no pueden pertenecer, o haber pertenecido durante el año anterior a la candidatura, a ninguna organización política.

<sup>54</sup> ...donde la participación popular en su nombramiento es solo indirecta, es decir, no se produce trámite de elecciones, sino con la implicación en el procedimiento de preelecciones de órganos constituidos por la sociedad civil, como, por ejemplo, los diferentes Comités de Postulaciones (Ecuador y Venezuela) o procesos de consulta



Con algunas relevantes excepciones —Austria y Bélgica, por ejemplo—, generalmente la duración del mandato no es vitalicia, aunque es más larga que la prevista para cualquier otro órgano constitucional. Esto contribuye a favorecer un desfase temporal entre juez individual y órgano que lo ha elegido, de modo que se eliminan o se limitan eventuales vínculos de vasallaje<sup>55</sup>. Una ulterior garantía de independencia se asegura por la prohibición de reelección, dispuesta a nivel constitucional, por ejemplo, en Italia, Francia, Eslovenia, Polonia, Bulgaria, Rumania, Ucrania, Colombia: ordenamientos, todos estos, que prevén un mandato particularmente largo.

La independencia de los órganos de justicia constitucional —además de los sistemas de nombramiento, de la atribución de autonomía financiera, de la tutela de la sede, de la regulación de la inmunidad y del conjunto de garantías— es asegurada a menudo por la propia Constitución mediante un adecuado poder de autorregulación<sup>56</sup>.

## VI. LA NATURALEZA CONTENCIOSA DEL PROCESO CONSTITUCIONAL; MANDAMIENTOS Y CONSEJOS; EL PRINCIPIO *UBI ACTIO, IBI IURISDICTIO*

Además del perfil estructural (independencia del órgano), a definir el grado de «politicidad» de la justicia constitucional en cada sistema concurren otros elementos.

---

popular (Argentina). Lo que refleja el anhelo de legitimación de los jueces y de «democratización» de la justicia, no ausente en el debate originario estadounidense, del cual es característica la elección directa de los mismos en algunos estados (Bagni, 2015).

<sup>55</sup> Algún ordenamiento prevé la renovación parcial del tribunal transcurrido cierto plazo (como sucede en España, Rumania, Bulgaria, Lituania, Albania, Senegal, etc.), mientras que en Italia la Corte se configura como colegio continuo, cuya plantilla se completa cada vez que queda vacante un puesto por una de las razones previstas (muerte, jubilación, fin de mandato, etc.).

<sup>56</sup> Varias constituciones, así como leyes de desarrollo, establecen las modalidades de nombramiento del presidente del tribunal constitucional según dos esquemas antitéticos: o puede ser elegido por el mismo tribunal (por ejemplo: Italia, Portugal, Rumania, Bulgaria, Eslovenia, Albania —con el consentimiento del Parlamento—, Ucrania, Bolivia, Mali), o desde fuera, la mayor parte de las veces por el presidente de la república, de dentro o fuera del seno del colegio (Francia, República Eslovaca, Kazakstán, Bielorrusia).

## 1. LA EXISTENCIA DE UNA CONTROVERSIA CONCRETA

El control previo se considera comúnmente el control «político» por excelencia. No es casualidad que, cuando se identifica un modelo con un sistema concreto, siempre se cite al respecto el caso francés. En relación con la fase en que se sitúa el control de constitucionalidad, el control *a priori* no ha encontrado excesiva fortuna, excepto en los ordenamientos que sufrieron la dominación colonial de Francia o, también, influenciados de otra manera<sup>57</sup>.

En general, hay que señalar que no solo en las antiguas colonias francesas, sino también en otros lugares, no es raro que los controles sobre las propuestas de ley u otros actos legislativos, llevados a cabo de acuerdo con la petición de órganos precisos sean previos; sin embargo, muy pocas veces el control previo agota, dentro de cada ordenamiento, las posibles formas de control de constitucionalidad. Esto, en cambio, es lo que sucedió en Francia hasta que, en 2008, se introdujo la *question prioritaire de constitutionnalité*.

Un control preventivo de las leyes, diseñado siguiendo los pasos de la Constitución de la V República francesa, convive, de todos modos, con formas de control sucesivo, configuradas de diversas maneras, en Portugal<sup>58</sup>, y en Rumania<sup>59</sup>, donde el control previo está al lado del incidental. Otros casos de control preventivo, a solicitud del presidente de la república, se encuentran, por ejemplo, en Irlanda, Kazajstán, Hungría, Colombia, Chipre, y limitadamente al control de tratados u otras normas de derecho internacional, en Venezuela, Bulgaria, Ucrania<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Las constituciones de Argelia, República Democrática del Congo, Chad, Mali, Togo, etc., contemplan —aunque, respecto al modelo francés, con algunas variantes— un control preventivo de las leyes orgánicas, de los reglamentos parlamentarios y de los proyectos de leyes y de tratados. En clave comparada, Alegre, 1995.

<sup>58</sup> Donde la Constitución confiere al presidente de la República el poder de solicitar un examen de la constitucionalidad de tratados o acuerdos internacionales, y de proyectos de leyes ya discutidos, que se le remiten porque con la promulgación asumen forma de leyes, de leyes orgánicas o de decretos leyes.

<sup>59</sup> En este último país la Constitución establece que el Tribunal Constitucional «se pronuncia sobre la constitucionalidad de las leyes, antes de su promulgación, por iniciativa o solicitud del Presidente de Rumania, o de uno de los presidentes de las Cámaras, del Gobierno, del Tribunal Superior de Justicia, de al menos cincuenta diputados o veinticinco senadores, o de oficio en iniciativas de revisión constitucional» (Vrabie, 2005: 547 y ss.).

<sup>60</sup> Sobre las ventajas y desventajas del control previo, Blanco, 2011: 26 y ss.

## 2. LA ÍNDOLE REPRESIVA O MERAMENTE CONSULTIVA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS

A veces los tribunales constitucionales están llamados a ejecutar actividades de consulta por consiguiente a la solicitud de pareceres y/o la formulación de cuestionamientos por parte de órganos legitimados. La actividad consultiva es diferente de la jurisdiccional, y la sola neutralidad del órgano llamado a ejercerla (el mismo que opera en sede contenciosa) no es suficiente para caracterizar las llamadas *advisory opinions* como actividad jurisdiccional en sentido estricto.

Desde el comienzo de su propia actividad, la *Supreme Court* de Estados Unidos se ha negado a llevar a cabo actividades de mera consulta en materia constitucional, hasta las *advisory opinions* fueron explícitamente prohibidas en 1911 con la sentencia *Muskrat vs. United States*<sup>61</sup>, con lo cual reafirmó su naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, no falta, a veces, la atribución de funciones de asesoramiento a distintos órganos del Estado, como en Guatemala, Bolivia, India, Corea y Samoa<sup>62</sup>. Canadá, a diferencia de Estados Unidos y Australia, donde las *advisory opinions* fueron declaradas inconstitucionales en *Re Judiciary and Navigation Acts* (1921) 29 *C.L.R.* 257, prevé también formas consultivas de control de la constitucionalidad, aunque ejercitadas por órganos independientes y sobre la solicitud de parte.

## 3. EL IMPULSO DE PARTE

La existencia de un impulso de parte, según Cappelletti, es el elemento más típico de la jurisdicción<sup>63</sup>. El principio *ubi actio, ibi iurisdictio*, sin embargo, no caracteriza el control *ex officio* ejercitado en ocasiones por tribunales y cortes constitucionales sobre algunas categorías de actos. En muchos casos, deben ser objeto de control *de iure* las leyes orgánicas, en Francia y excolonias, en Rumania y algunos países de América Latina. Lo mismo pasa en varios países por los tratados<sup>64</sup>. Además, algún texto confiere un auténtico y genuino

<sup>61</sup> 219 US 346.

<sup>62</sup> Art. 272.1, let. e, Const. Guatemala; art. 202.7 Const. Bolivia; art. 143 Const. India (a pedido del presidente); art. 111.5 Const. Corea, y art. 73.3 Const. Samoa.

<sup>63</sup> *Supra*, apartado 1.3.

<sup>64</sup> Por cuanto concierne el derecho europeo, en Alemania, p. ej., la revisión del art. 23 GG deja abierto el camino para una intervención del *Bundesverfassungsgericht*, en el caso de que de la adhesión o de la revisión de los tratados se derive una modificación o una adición de la Ley Fundamental, para dirimir eventuales controversias entre *Bund* y *Länder*; en Francia, la Ley constitucional 92-554 del 25 de junio de 1992 ha estipulado que «si

poder de resolver, anteriormente, como en Chile, «cualquier cuestión de constitucionalidad que pueda surgir durante el examen de [...] enmiendas constitucionales<sup>65</sup>», o de decidir sobre la «constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución» (Bolivia)<sup>66</sup>. El art. 141.2 de la Constitución de Moldavia prescribe que los proyectos de ley de revisión constitucional presentados al Parlamento sean examinados por la Corte Constitucional, a petición de al menos cuatro jueces<sup>67</sup>.

## VII. ELEMENTOS ULTERIORES CONECTADOS A LA DICOTOMÍA JURISDICCIONAL/POLÍTICO: EL *RIGHT TO STAND*, LA TIPOLOGÍA DE SENTENCIAS, EL PARÁMETRO Y EL OBJETO

Otros elementos permiten matizar la dicotomía jurisdiccional/político.

### 1. ACCESO Y *RIGHT TO STAND*

En primer lugar, el *right to stand*, y en general la amplitud de acceso, influye aunque de manera indirecta en la «politización» de la justicia constitucional: un procedimiento de acceso concreto, anclado a los casos jurisdiccionales, amplía la gama de las ocasiones para controlar una ley. En cuanto más un sistema diversifica y abre sus puertas de acceso, tanto más el papel del control de constitucionalidad resulta lleno y estratégico en el ordenamiento global, concurriendo a la definición de la forma de gobierno (si no de la misma forma de Estado), al equilibrio entre poderes y al desarrollo de las relaciones entre instituciones y sociedad, entre autoridad y libertad.

La clasificación jurisdiccional/político en razón al tipo de acceso puede ser analizada también desde un punto de vista diacrónico. La tendencia es ampliar, no restringir el acceso: el arquetipo kelseniano proponía un acceso circunscrito, sobre el recurso de pocos órganos o entes, pero a tal riesgo se puso remedio con la reforma de 1929, y después en sucesivas etapas. Aún más emblemático es el caso francés, que ha resistido largamente manteniendo solo

---

el Consejo Constitucional [...] ha declarado que un compromiso internacional comporta una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el compromiso internacional en cuestión no puede producirse sino después de la revisión de la Constitución». Del mismo modo, pero en general para todos los tratados, véase el art. 139 Const. Togo.

<sup>65</sup> Art. 82.1, n. 2, Const.

<sup>66</sup> Art. 202.10 Const.

<sup>67</sup> Véanse sobre el tema el apartado 4 y nota 46.

el recurso previo, aunque fuese con la posibilidad de la *saisine parlementaire* en 1974, pero ha aceptado finalmente —anticipado de las excolonias— añadir al recurso la *question prioritaire*, alineándose en tal modo a la gran mayoría de los sistemas de justicia constitucional.

Casi todos los países, de hecho, prevén el doble mecanismo: recurso de entes y órganos, e incidentes, decididos directamente por los jueces (*common law*, Argentina, y en parte, América Latina), o bien trámite reenvío a un tribunal especializado o a la corte suprema (Alemania, Italia, España, Este de Europa, hasta Corea). Un peso muy relevante a fin de la clasificación en cuestión lo tiene la atribución a los ciudadanos de impugnar delante de las Cortes actos lesivos de derechos garantizados directamente por la Constitución (amparo, *Beschwerde*). En algunos casos (Alemania, México) el objeto puede ser también una ley.

## 2. TIPOLOGÍA DE SENTENCIAS

En segundo lugar, en cuanto a los efectos de las sentencias, algunos elementos conectados a las características tipológicas a su vez influyen en el grado de discrecionalidad/politización de cada sistema. Excluido desde el principio que la gama de opciones podría limitarse a la alternativa de estimación/rechazo, los tribunales utilizan en modo más o menos intenso sentencias interpretativas, aditivas, manipulativas, de dirección, etc.<sup>68</sup>.

Solo en pocos casos, las constituciones y las leyes sobre derecho procesal constitucional ordenan la materia (más allá de meras previsiones sobre las sentencias estimatorias). Frecuentemente, hoy se rompe con el pasado introduciendo reglas sobre la constitucionalidad por omisión y sobre efectos temporales de los pronunciamientos. En ausencia de normativa, a menudo las crean los mismos tribunales y cortes. Mientras en algunos sistemas de justicia constitucional los jueces no manifiestan ninguna rémora en la modulación de las sentencias (desde Estados Unidos a Canadá, Alemania o Italia y Francia), adaptándose a los casos la tipología, y creando así derecho procesal además de derecho sustancial, en otros, razones relacionadas con la cultura jurídica sirven como freno a la creatividad procesal de las cortes (p. ej., México, Norte de Europa).

La principal división depende de la autonomía o la heteronomía en la creación del derecho procesal constitucional, la mayor o menor concentración

---

<sup>68</sup> En el *common law*, es la *ratio decidendi* la que vincula; pero también en el *civil law* son las máximas, los principios expresados en las motivaciones, los que producen efectos análogos, sea respecto a la jurisprudencia o al legislador. Así como los dispositivos de reenvío a las motivaciones, que se ven en las sentencias interpretativas.

en las cortes del poder de autodeterminar las reglas del proceso, no solo en las fases de introducción e intermedia<sup>69</sup>, sino también en las fases finales donde se producen los efectos: las sentencias. Esa puede ser una variable de reglas constitucionales o legislativas precisas o imprecisas, extensas o menos extensas, pero también de factores que operan como criptotipos (la actitud del juez frente al poder normativo).

Fuera de un análisis diacrónico (para lo cual, como en otras clasificaciones, Austria y Francia, de los arquetipos, resultan los sistemas más limitados), la observación empírica nos da hoy un conjunto de sets muy complejo: casi todas las cortes emiten varias tipologías de sentencias, y casi todas lo hacen en plena autonomía, prescindiendo de expresas previsiones. Algunas no se frenan en su creatividad (de EE. UU., de *Roe vs Wade*, hasta Alemania), otras son más prudentes (América Latina, pero solo en algunos casos). En determinadas circunstancias puede operar la inconstitucionalidad por omisión, cuyos efectos son susceptibles solo de sanciones políticas (Portugal y Brasil; en Ecuador, sin embargo, el art. 436 Const. confiere a la Corte también poderes de intervención activos)<sup>70</sup>. Muchas dominan los efectos temporales, bien por previsión constitucional (p. ej., Austria), o bien por su propia autodisciplina (Italia). Algunas pueden imponer la ejecución (España), otras deben confiar en la intermediación de poderes diversos (Italia)<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Por ejemplo, es la misma Corte italiana la que decide quién está legitimado para proponer un conflicto de atribuciones entre los poderes del Estado, decidiendo el sentido de tal expresión. Entre los poderes legitimados se han individuado: las comisiones parlamentarias de investigación, los presidentes de cada Cámara, el Parlamento en sesión común, las Cámaras, el Gobierno, el presidente del Consejo o ministros particulares cuyas competencias directamente se deriven de la Constitución, cada juez, el Tribunal de Cuentas, el presidente de la República, el Consejo Superior del Poder Judicial, la misma Corte Constitucional, así como un «poder» externo al Estado-persona, es decir, el pueblo, representado por el comité promotor de un referéndum.

<sup>70</sup> De hecho, le corresponde: «Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley».

<sup>71</sup> Un último elemento que puede ayudar a clasificar los sistemas de justicia constitucional desde la óptica en examen está representado por los efectos directos de los pronunciamientos: esto se basa en el poder de las Cortes de dar actuación a sus propias decisiones y en sus efectos entre las partes, siempre directos en algunos casos (como en Estados Unidos y España), indirectos (o por lo más indirectos) en otros casos, como

### 3. AMPLITUD DEL PARÁMETRO

En tercer lugar, la amplitud del parámetro: un sistema basado sobre una constitución no solo larga, sino también racionalizada, articulada, extensa en la parte orgánica, en la cual la corte constitucional o suprema puede utilizar la tradición, convenciones, principios y valores como parámetros de juicio, si quiere abandonando cada concepción *strict constructionist* y haciéndose levemente influenciada por la *deference*, le otorga mucha más libertad en la selección del material que puede utilizar para controlar las leyes. Hay una multiplicación geométrica de las posibles normas (o principios) a su disposición, y entonces —pese de la racionalidad intrínseca de la motivación— de su poder discrecional.

Desde la perspectiva indicada, los sistemas pueden subdividirse —teniendo en cuenta los distintos grados— en limitados y amplios (*recte*, de «parámetro limitado» y de «parámetro amplio»). En los primeros, los tribunales toman como parámetro solamente la constitución o incluso parte de ella (como sucedía en Bélgica hasta la reforma de 2003, en Francia hasta 1971, en EE. UU. hasta la introducción de los *Civil War Amendments*, en Canadá hasta la adopción de la *Charter*); en los segundos, junto con la Constitución, forman parte del bloque de constitucionalidad (además de las leyes orgánicas, en algunos casos, y de otras fuentes) también los tratados internacionales y los convenios sobre derechos (como sucede, por ejemplo, en varios países latinoamericanos o pertenecientes al antiguo Pacto de Varsovia), o, en Europa, las normas que regulan la estructura y la actividad de la Unión.

La tendencia en general es que también donde la Constitución se basa en las ideas que le están detrás (forma de Estado liberal-democrática o «constitucional»), el control jurisdiccional de constitucionalidad va poco a poco cediendo el paso a aquel de convencionalidad, avalado por los mismos tribuna-

---

en Italia (Bagni, 2007). La Corte Suprema canadiense a veces usa suspender la eficacia de la declaración de ilegitimidad constitucional, cuando los efectos de la pronunciación sean tales de crear incertidumbre jurídica o seria amenaza a la seguridad pública. Con base en la cláusula *notwithstanding* del art. 33 del *Constitution Act* de 1982 «el legislador, federal o provincial, puede, tramite una afirmación explícita, mantener en vida, por un periodo de cinco años, prorrogable, una normativa contraria a la mayor parte de los derechos fundamentales de libertad garantizados por la Carta. Es entonces permitido al legislador sustraer sus leyes al control de constitucionalidad, y además superar, por medio de la aprobación de una nueva ley, dotada de la cláusula, decisiones de inconstitucionalidad de una normativa anterior: en otras palabras es atribuido al legislador (al legislador *tout court*, fuera de cualquier recurso a la revisión constitucional o a procedimientos agravados) el “derecho a la última palabra”».

les además de por las mismas constituciones. Queda igualmente un control jurídico, pero la referencia (el parámetro) se sitúa en medida cada vez mayor fuera de los *four corners* de la constitución de derivación popular. Se busca, coherentemente con las tendencias globalizadoras, en las nuevas cartas y declaraciones mundiales o regionales, o en los principios y valores «universales», o presuntamente tales, declarados o de otra manera hechos efectivos por los tribunales mismos.

#### 4. OBJETO DEL CONTROL

Acerca el objeto, por encima y/o al lado de la ley, son controlables normas interpuestas como las leyes orgánicas o reforzadas (siempre en relación con el procedimiento de adopción, y casi siempre con referencia al contenido sustancial), y las leyes de delegación. Los tratados, aunque a menudo parametrizados (Estados Unidos, América Latina), en muchos casos son sometidos a control de constitucionalidad, no solo en cuanto a lo que se refiere a los eventuales vicios de la ley ratificada, sino incluso a aquellos relacionados con cuestiones sustanciales (Francia, Alemania), o al menos aquellos que inciden sobre el llamado núcleo esencial de la Constitución (Italia). Los reglamentos parlamentarios, no sometidos al control en algunos ordenamientos (como Italia), en otros pueden ser sometidos sea eventualmente, sea obligatoriamente (Francia, sus excolonias, Rumania y muchos otros). Junto con la Constitución (aunque un poco por debajo), algunos ordenamientos admiten como objeto de control incluso el control de las mismas leyes de revisión constitucional. Cuando esto sucede cambia la misma naturaleza del control de constitucionalidad, respecto de su finalidad originaria, y los jueces de la ley pueden tomar en el ejercicio de esta función un carácter *totalmente* político, porque se convierten en poder constituyente, siendo los límites de la interpretación del texto evanescentes.

Con base en el elemento objetivo, los sistemas de justicia constitucionales pueden ser colocados en una línea ideal según sean más o menos integrales (*recte*, «con objeto integral»), cuando las cortes pueden conocer sobre la ilegitimidad de las leyes, de los actos administrativos, de actos políticos, de fuentes intermedias entre la constitución y las leyes, de tratados, y de las propias leyes de revisión, o pueden ser parciales («con objeto parcial», con control solo sobre las leyes, o, con procedimientos diversos, actos administrativos). En un extremo de esta línea ideal se colocan, por ejemplo, en virtud de expresas disposiciones constitucionales que contemplan también el control sobre las leyes de revisión, Chile, Bolivia, Moldavia, Colombia, Panamá, Sudáfrica, Costa Rica, Turquía y algún otro; y en consecuencia de su misma jurisprudencia constitucional, Italia, Alemania, Perú, India. En otro extremo de la línea, los



ordenamientos donde el control está circunscrito a las leyes (y en distinta medida, los actos administrativos), el poder de revisión aparece más libre y las leyes que modifican la constitución están menos sujetas a vínculos formales o sustanciales.

### VIII. LA DEFERENCE Y LA INTENSIDAD DE LOS VÍNCULOS LINGÜÍSTICOS

La fuerza más o menos obligatoria de tradición de *deference* («fidelidad constitucional») respecto de la política influye en las relaciones entre política y jurisdicción.

En el Norte y Noreste de Europa las Cortes pueden desaplicar la ley, sin embargo, no lo hacen, como pasa en Noruega. En Estonia en los años veinte se afirmó el principio —acogido también por la contemporánea Constitución lituana y por otros países de la región— de que las leyes contrarias a la constitución están privadas de fuerza jurídica. En estos países, sin embargo, del arquetipo estadounidense parece haber circulado predominantemente la idea del poder formal de desaplicar, pero no la de su ejercicio: la diferencia hacia los poderes directamente legitimados es de hecho tal que los casos de desaplicación son muy reducidos<sup>72</sup>. Así, también en Japón, donde la Constitución de 1946 otorga la *judicial review* a la Corte Suprema, en caso de contraste entre ley y Constitución (art. 81)<sup>73</sup>, pero desde la posguerra a hoy las declaraciones de inconstitucionalidad no superan la docena. A la *deference*, o mejor, a la falta de una tradición cultural en el plantear incidentes de constitucionalidad, se conecta en Hungría el escaso uso que los jueces ordinarios hacen de la cuestión prejudicial (Kelemen, 2014: 435).

Además de un formante criptotípico, como es la deferencia, el poder de los jueces constitucionales en la elección de decisiones discrecionales representa una variable del lenguaje de las constituciones y de las doctrinas subyacentes al concepto de constitución (y del papel del pueblo y de los propios jueces).

Cada modelo de constitución tiene características de estilo diferentes: las variables más importantes están representadas por la presencia o ausencia de una declaración de derechos y su formulación, por el carácter flexible o rígido,

<sup>72</sup> Para una panorámica, Husa (2000: 354 y ss.).

<sup>73</sup> La misma Corte, además, desde un caso de 1947, parece haber autorizado a cualquier corte a operar la interpretación de la Constitución, negando así la concentración de la función solo en sus manos: *Komatsu v. Japan*, Sup. Ct., feb. 1, 1950.

por el texto largo o corto y el sustrato jurídico desde el que provienen (p. ej., de *civil law*, *common law*, *soviet law*, etc.)<sup>74</sup>.

La constitución —como es la base de un nuevo ordenamiento— identifica objetos que no existen en el momento de su aprobación; está siempre llena de sustantivos, adjetivos, verbos polisémicos, que se pueden cargar de nuevos significados adicionales dependiendo del texto y contextos lingüístico y extralingüístico; a menudo, el vocabulario utilizado no es propio del ámbito del derecho, mientras, en otras circunstancias, una palabra se usa en el sentido que se le da cada vez en los ámbitos del derecho civil, penal, administrativo, etc.; son frecuentes las suposiciones, las referencias al significado dado por el legislador (o en la jurisprudencia, o por la doctrina). Un texto jerárquicamente superior a la ley se flexiona a través del intérprete: no solo el tribunal constitucional sino el mismo legislador (o los jueces) atribuyen el significado legal a las palabras de la constitución, y ocurre incluso que, en el juicio de constitucionalidad, el parámetro está representado por una disposición constitucional que se interpreta en el sentido especificado por la ley (objeto del juicio) o por la Administración.

Cuanto más las constituciones utilizan un lenguaje polisémico, sea conscientemente como por descuido de las técnicas editoriales, más será el aporte del intérprete en darle un sentido<sup>75</sup>. Habitualmente, los enunciados de la

<sup>74</sup> Sobre el lenguaje de las constituciones, Pegoraro (1994: 21 y ss.), y Pegoraro y Porras (2006: 63 y ss.). En relación con la Constitución estadounidense, Díaz (2017).

<sup>75</sup> La elección de este tipo de lenguaje puede ser consciente, en cuyo caso el constituyente sacrifica deliberadamente la certeza del derecho constitucional sobre el altar de la seguridad proporcionada por la ley y la jurisprudencia, si el cuerpo de la legislación y/o de la jurisprudencia da expectativa suficiente de estabilidad y unidad. La flexibilidad lingüística refleja entonces la incertidumbre dada por los cambios lentos de significado de las palabras. Por el contrario, sucede a veces que la opción a favor de la imprecisión se debe, al menos en parte, a la falta de cultura jurídica y lingüística, a la improvisación, a la superficialidad, a renuncias en decidir de los padres fundadores (o por el poder de revisión), en presencia de contrastes graves surgidos dentro del órgano constituyente (o de reforma). En esta circunstancia, la brecha entre el texto y la constitución viviente puede convertirse en el abismo; la incertidumbre del derecho constitucional puede ser acompañada por la inseguridad del derecho *tout-court*, en ausencia de una sólida tradición jurídica, de principios establecidos por la jurisprudencia, ante Parlamentos fragmentados y en total desacuerdo. La técnica de la redacción de la constitución, configurando la relación entre poder constituyente, legislador, Administración y tribunales, contribuye al diseño de la forma de Estado de cada ordenamiento.

constitución son más indeterminados, vagos y ambiguos que el resto del ordenamiento.

A medida que crece la autonomía del proceso de decisión, gracias a las modalidades de reclutamiento, a los requisitos requeridos, a las garantías de independencia aseguradas al juez singular y al colegio, a la misma naturaleza de los juicios que son llamados a actuar, a las circunstancias que son *superiorem non recognoscentes*, también fermenta el grado de libertad en la selección de los materiales jurídicos para elaborar, en la valoración de las consecuencias de la sentencia, en los «valores» a privilegiar en el *test* de ponderación. Son los mismos tribunales los que individualizan los valores —por lo tanto, los que deciden qué representa un «valor» merecedor de tutela— y les atribuyen, en un determinado momento histórico, una posición privilegiada respecto a otros, según una interpretación de la realidad que no siempre está en sintonía con la que tienen otros órganos o sujetos políticos, pero que presumen que es conforme a lo que expresa la sociedad.

En la ejecución de tales operaciones los tribunales a menudo sacrifican las orientaciones morales y políticas inspiradoras de la ley e incorporadas en ella, en beneficio de las del intérprete del derecho (es decir, de las suyas propias), permitiendo algunas veces la edificación de metafísicas globales, capaces de ser señaladas como fraguas de elaboración de nuevos *iusnaturalismos*.

## IX. LA CLASIFICACIÓN CON BASE EN LA NATURALEZA POLÍTICA O JURISDICCIONAL DEL CONTROL

La clasificación de las familias políticas propuesta por U. Mattei, ancladas al papel prevalente de la tradición, de la política o del derecho, encuentra su reflejo también en la catalogación de los sistemas de justicia constitucional<sup>76</sup>.

El modelo que se ha afirmado donde prevalece el Estado constitucional de derecho (que a grandes rasgos coincide con la idea y el área de la familia del *rule of professional law*) es aquel del control «jurisdiccional». Allí donde este ha prevalecido, no se ha perdido del todo el control político, ejercitado en las

<sup>76</sup> La hipótesis que propone Mattei prevé que los sistemas jurídicos puedan ser reagrupados, con base en el criterio de prevalencia en tres principales familias jurídicas: 1) la familia de la hegemonía profesional (*rule of professional law*); 2) la familia de la hegemonía política (*rule of political law*), y 3) la familia de la hegemonía tradicional (*rule of traditional law*). Se trata de una tripartición no rígida, basada en un juicio completo de «prevalencia» o de «hegemonía»; en otras palabras, los caracteres propios de cada ordenamiento podrían ser reconducidos a más de una familia, pero se eligen el carácter o caracteres predominantes para determinar la colocación clasificatoria.

formas analizadas. Y viceversa, donde es prevalente el *political law*, también la justicia constitucional, donde existe, sufre la más fuerte contaminación con la política. (Al *traditional law*, es más difícil aplicar este paralelismo, aunque sí ordenamientos a ello adscritos —p. ej., el británico y aquellos tribales— comparten, aunque sea por razones muy distintas, la lejanía del concepto mismo de control de la ley<sup>77</sup>).

Como dicho ya en el apartado primero, la clasificación de los sistemas de justicia constitucional con base en el elemento indicado, difícilmente puede ofrecer resultados apaciguados si queda anclada a esquemas con dicotomía. Mientras se pueda pensar en modelos políticos y modelos jurisdiccionales, no será fácil encontrar, excepto casos limitados, ordenamientos que agoten el control de las leyes *solo* en remedios procesales, o *solo* en remedios políticos (también si este segundo suceso es más frecuente).

Por otra parte, el grado de «jurisdiccionalidad» puede cambiar en ocasiones, y ser más o menos intenso, según las múltiples variables analizadas arriba.

La percepción de la tasa de politicidad o de jurisdiccionalidad de cada uno de los sistemas es una variable de tantas. Por ejemplo, el sistema francés ha sido durante mucho tiempo percibido (y definido) como «político», por estar caracterizado por un procedimiento abstracto y preventivo (en ausencia de controversias concretas), y ejercitado ante un órgano con garantía de independencia menos intensa que la que caracteriza a los jueces ordinarios. El mismo estilo de las decisiones (no «sentencias») suportaba esta idea, como el mismo nombre del órgano (no «Supremo», «Corte» o «Tribunal», sino «Consejo», que evoca la idea de un órgano que ofrece su parecer, pero no «sentencias»). Algunas de estas variables se mantienen: queda sobre todo la que se encuentra ligada a la extracción de los jueces, a su criterio de nombramiento; queda en buena parte el control preventivo, ahora flanqueado por aquel sucesivo/ represivo, anclado a casos concretos. Sin embargo, la doctrina, y el mismo *Conseil*, especialmente durante la presidencia Badinter, ha operado para que fuese reconocida al *Conseil Constitutionnel* y a su actividad le ha sido reconocida la patente de «jurisdiccionalidad» (Tusseau, 2012: 92 y ss.). ¿Dónde colocar entonces el actual sistema francés de control de constitucionalidad?

El francés es un ejemplo que demuestra también desde una perspectiva diacrónica la parcial transformación de un sistema; permanece un elemento estructural típico del modelo político, o incluso aquel relacionado con la extracción (no necesariamente jurídica) de los magistrados; permanece un rito previo, todavía importante; existe una deferencia respecto del poder político;

<sup>77</sup> Asimismo, como en África austral, se tienen también sistemas de *traditional law* evaluados a la luz de un contexto de *professional law*, como en Botsuana.

pero junto con ese se han afianzado formas de control concreto y sucesivo y ha cambiado el estilo de las decisiones.

En otros ordenamientos, se encuentran en determinadas ocasiones la prevalencia de la política o de la jurisdicción, en razón de los mecanismos utilizados con mayor frecuencia y eficacia, que presentan las características recurrentes en el uno y en el otro. Aunque donde el control de constitucionalidad sea pacíficamente jurisdiccional, las formas de control político pueden sumarse en modo más o menos intenso. Es el caso, por ejemplo, de algunas «áreas incontrolables», porque son consideradas *political question*, que son sustraídas del control jurisdiccional, y asignadas al control político<sup>78</sup>. Esto salva la pureza del control jurisdiccional como modelo vigente en aquel sistema, pero no hace del sistema global de justicia constitucional de un ordenamiento jurídico un sistema exclusivamente jurisdiccional. Es también el caso del control sobre los requisitos de necesidad y urgencia de los decretos leyes italianos, que por mucho tiempo han estado sustraídos del control de la jurisdicción constitucional ordinaria, y asignados en exclusiva a órganos políticos llamados a decidir sobre la constitucionalidad con criterios políticos.

Todo ello no se traduce en un nihilismo cognitivo que impida clasificar los sistemas de justicia constitucional desde la perspectiva en examen, a condición de no trazar líneas de demarcación netas, ni en los modelos (jurisdiccional/político) ni mucho menos en los sistemas. En los modelos, porque la naturaleza jurisdiccional o política del control no depende de una única característica, sino de muchas (aquellas anteriormente indicadas); dentro de los sistemas aún menos, porque en prevalencia conviven más modelos y más ritos.

En prevalencia, no siempre. En un extremo de una línea guía en la que se coloca la experiencia en clases dúctiles, en efecto, se pueden posicionar todos los ordenamientos que rechazan el control de constitucionalidad jurisdiccional. En ellos, existe la preeminencia absoluta de la política. Es cuanto sucede mayormente en la forma de Estado socialista, que en nombre de la unidad del poder estatal se rechaza que la jurisdicción constitucional pueda prevalecer sobre la voluntad del pueblo, encarnada en los órganos a través de los cuales

---

<sup>78</sup> Es necesario afirmar que también el uso de la *political question* enmascara una precisa elección política de los tribunales, que pueden decidir no decidir y «salvar» la opción del legislador, o viceversa, analizar el fondo de la cuestión y anular la ley. Estando en su poder escoger si decidir o no decidir (y cambiar la idea al respecto, como, p. ej., en *Baker vs Carr*, 369 US 186 [1962], después *Colegrove v. Green*, 328 US 549 [1946], sobre la discutible estructura de los distritos electorales [denominada *malapportionment*]), *political question* no significa solo respetar la voluntad política del Poder Legislativo, sino incluso hacer una elección política.

se expresa. Por diversos motivos, también el Reino Unido se sitúa en esta postura: es el Parlamento el que prevalece, y, a título subsidiario, la tradición.

Un poco más allá, se sitúan los ordenamientos socialistas que en parte «externalizan» el control, sin embargo, manteniendo en el poder político, a través del partido único, el control del órgano; el cual a su vez opera con base en ritos, con objetivos, con parámetros que nada tienen que ver con la jurisdicción en sentido estricto. Así ocurre también en Irán, debido a la composición del órgano —el Consejo de Guardianes— y el parámetro (la *Shari'a*), por no mencionar el complejo contexto ajeno al Estado de derecho, aunque hay una muy parcial jurisdiccionalización cuando no están implicadas cuestiones religiosas.

Al otro extremo de la línea guía debemos colocar los sistemas que operan solo con la modalidad jurisdiccional, quedando excluidos las estructura y procedimientos políticos. El modelo es solo ideal. Estados Unidos representa el ejemplo más puro, pero no es puro del todo, al menos por dos razones: la posibilidad (aunque recesiva en la experiencia empírica desde 900) de utilizar el veto presidencial por razones de constitucionalidad (Buratti, 2012: 54 y ss. y 85 y ss.), y la existencia de áreas no justiciables, marcadas por la doctrina de las *political questions* (aunque incluso la *political question* implica una elección política por parte de los jueces). Al lado podemos situar a Australia.

Canadá ya aparece, como sistema, menos puro, porque, al contrario de Estados Unidos, allí se han previsto también formas consultivas de control de constitucionalidad, también ejercitadas por órganos independientes y la solicitud de parte: la actividad consultiva es diferente de la jurisdiccional, y la neutralidad del órgano llamado a ejercerla (el mismo que opera en sede contenciosa) no basta para caracterizar las *advisory opinions* como actividad jurisdiccional.

En el medio de la línea guía ideal se encuentran otros infinitos casos, en su mayoría tendientes hacia la vertiente «jurisdiccional», que ha prevalecido sobre la idea de control político.

Resulta, por lo tanto, necesario graduar ulteriormente los modelos siguiendo las características arriba señaladas. No solo la concurrencia, con las cortes o tribunales, de otros sujetos a la función de control de las leyes inducen a graduar la «politicidad» o la «jurisdiccionalidad» de un sistema de justicia constitucional, sino que influyen sobre la naturaleza del órgano también el grueso de funciones ejercitadas, diferentes del control de constitucionalidad. Donde el órgano no ejercita solo la actividad típica, pero se le atribuyen funciones «políticas» —control sobre los partidos, sobre las elecciones, etc. — y, de hecho, las desempeña, se enfatiza su perfil político, o cuanto menos caen en la sombra las funciones jurisdiccionales (como en el caso francés, antes mencionado, al menos en un período inicial).

Sobre todo, el elemento estructural resulta importante. Si el juez es poco independiente frente al poder político, aun juzgando según los procesos y con el lenguaje de la jurisdicción, con instrumentos llamados sentencias, quizá definitivas y no recurribles, sobre el impulso de parte, puede que el control sea jurisdiccional, pero resultará un poco más «político» que donde la corte o tribunal están formados, por la modalidad de la elección y nombramiento y sobre las reglas de la preparación profesional, con mayor garantía de independencia. Por tanto, entre los sistemas europeos, Alemania, Austria e Italia pueden ser clasificados en clases más o menos coincidentes a aquellas donde se sitúan Hungría, Polonia, Rusia, Corea, y lo mismo Portugal, pero no del todo, porque allí (como en otros ordenamientos) es más inmediata la derivación de los órganos políticos (Parlamento y/o presidente de la república).

La cuestión de que algunas cortes manifiestan, de hecho, una fuerte *deference* al poder político no afecta a la naturaleza jurisdiccional del control ejercitado. Incluso en este caso, aflora sin embargo una conexión con la política. El hecho de que, como en Japón o el Norte de Europa, las sentencias de inconstitucionalidad se contaran con los dedos de la mano en más de medio siglo, es índice de sujeción a las decisiones del Parlamento, y que por razones muy variadas la jurisdicción deja el campo libre a la política. El control ejercitado por los respectivos sistemas permanece jurisdiccional, pero aparece menos pleno que en Estados Unidos, en Canadá o algunos países europeos.

También la extracción de los jueces contribuye a la medición del grado de politicidad de un sistema: donde *de iure* (Italia y gran parte de los ordenamientos) o *de facto* (EE. UU.) estos deben ser juristas (provenientes del foro, de la universidad, del aparato administrativo), la naturaleza jurisprudencial del sistema es o se hace *más* marcada de donde estos son de proveniencia en todo o en parte de la política (Bélgica, Francia por los expresidentes de la República).

Todos los factores evocados pueden ser evaluados separadamente como también combinarse entre ellos para medir el grado de pertenencia mayor o menor de un sistema a las clases de la jurisdiccionalidad o de la politicidad. Los límites en ocasiones son nítidos, pero a menudo existe una superposición e incertidumbre. Esto es a grandes rasgos lo que sucede cuando se fijan estándares para evaluar el grado de democracia de un país (Cassese, 2011: 701 y ss.) o, más en general, con los colores del arcoíris, los cuales se perciben bien en el núcleo central, pero se pierde la delimitación en el contorno, mezclándose los unos con los otros.

La corte «más fuerte», más «política» —*the most dangerous branch*— es aquella que tiene el monopolio de las funciones, que es independiente, que es ampliamente solicitada de sujetos varios y con ritos alternativos; que tiene por objeto de su escrutinio varios actos jurídicos, de génesis, naturaleza, jerarquía

y eficacia diferentes, incluso las leyes de revisión constitucional; que puede utilizar un parámetro muy extenso; desenvuelve funciones complementarias y accesorias; que se vale de una extensa tipología de decisiones; que puede hacerlas directamente eficaces, sin la intermediación de otros poderes; que por razones históricas y culturales es escasamente deferente hacia el poder político...<sup>79</sup>.

## X. CONCLUSIONES: *THE MOST DANGEROUS BRANCH?*

Todo eso no oculta el progresivo poder discrecional de los jueces de las leyes en cuanto fenómeno generalizado. Está en acto un ataque vigoroso, de parte de las teorías neoconstitucionalistas, al principio democrático, y se ha ido afirmando la idea de que los jueces no deban ser (solo) los guardianes de la constitución, sino también los efímeros forjadores de un derecho anclado a valores presumidamente inmutables y eternos, cualquiera que sea el lugar en donde estos sean aplicados. En muchos países, la doctrina ha alimentado la jurisprudencia constitucional, que se ampara —con millares de citas— para justificar un activismo excesivo a menudo tendiente a reescribir las ponderaciones del legislador, imponiendo axiologías no siempre de acuerdo a la cultura jurídica (y social) subyacente, y a las interpretaciones que le dan los órganos electivos. La *liaison* se muestra aún más élatante en el derecho supranacional y en el control de convencionalidad. Esto tiene como producto la aceptación difusa de la idea de la existencia de una «hiperconstitución» metafísica transnacional, basada en los derechos humanos (o fundamentales) de impronta occidental y sobre la división de poderes como única estructura admisible del *frame of government*, que desquicia la jerarquía de las fuentes; pero sobre todo del desplazamiento del poder de establecer las normas: mientras las constituciones las escriben los constituyentes, las reformas constitucionales, los órganos para eso habilitados por la constitución, y las leyes, los legisladores, la «hiperconstitución» la escriben, avalados por la doctrina que llaman como apoyo, los jueces constitucionales y transnacionales.

Además, «hoy en día no pocos juristas y filósofos políticos sostienen que [...] los derechos fundamentales estén en conflicto con los principios

<sup>79</sup> Ello poco tiene que ver con la dicotomía propuesta por Tushnet, entre una *strong-form judicial review* y una *weak*, individuadas sustancialmente del hecho que la prevalencia en tema de interpretación de la constitución sea confiada a los órganos judiciales correspondientes, o a una especie de diálogo entre ellos y los Parlamentos (Tushnet, 2008: 321 y ss.).



democráticos, los cuales exigen que las decisiones políticas sean asumidas por órganos representativos (electivos) a mayoría. Según este modo de interpretar, los derechos constitucionales “inciden en manera destructiva sobre el núcleo mismo de la democracia, la soberanía popular, y contradicen, por una proclamada inmodificabilidad, la exigencia de mantener relaciones fluidas entre orden social y orden jurídico [...]; arrastra[n] con si una presencia más fuerte, hasta la supremacía, del sistema judicial” (Guastini, 2012: 169).

Fuerte del descrédito de la política en gran parte de los países del mundo, del declino de las formaciones intermedias entre Estado y sociedad, de la crisis de los partidos políticos, de la palingénesis de la dicotomía amigo-enemigo, del personalismo de las *leadership*, del carácter icástico de la información política, del declino del formalismo de las fuentes, la conjunción entre (parte de la) doctrina y jurisdicciones constitucionales (y transnacionales) genera una nueva fuente de legitimación de los sistemas jurídicos del mundo, que condiciona la entera producción jurídica y que traduce el activismo judicial, de «dictadura comisaria», autorizada democráticamente, a «dictadura soberana», autorizada solo por sí misma y por otro «poder» no democrático, la doctrina (Pegoraro, 2015: 251 y ss. y 329 y ss.; Ragone, 2015; Passaglia, 2015;). Ello no solo en áreas jurídico-culturales donde no hay fractura entre formante cultural y formantes jurídicos, sino también —con reclamos hegemónicos y, a veces, mera aceptación— donde el desprendimiento sea profundo y arraigado en los siglos.

### **Bibliografía**

- Alegre, M. A. (1995). *Justicia constitucional y control preventivo*. León: Universidad de León.
- Bagni, S. (2007). *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei “modelli” dottrinali*. Bologna: Clueb.
- (2015). Hitos de democratización de la justicia constitucional en América Latina: una mirada desde afuera. En R. Tur (dir.). *Problemas actuales de Derecho constitucional en un contexto de crisis* (pp. 219-248). Granada: Comares.
- Baldin, S. (2000). *Le “altre” funzioni delle Corti costituzionali con particolare riferimento agli ordinamenti dell’Europa centro-orientale*. Trieste: Edizioni Università di Trieste.
- (2011). Riflessioni sull’uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 10, 1-20.
- Barsotti, V. y Varano, V. (2018). *La tradizione giuridica occidentale*. Torino: Giappichelli.
- Bernard, N. (2013). Legal Reforms, the Rule of Law, and Consolidation of State Authoritarianism under Mubarak. En S. A. Arajomand y N. J. Brown (eds.). *The*

- Rule of Law, Islam and Constitutional Politics in Egypt and Iran* (pp. 179-206). New York: SUNY Press.
- Biscaretti di Ruffia, P. (1988). *Introduzione al diritto costituzionale comparato*. Milano: Giuffrè.
- Blanco de Morais, C. (2002). *Justiça Constitucional. Tomo I. Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora.
- (2011). *Justiça Constitucional. Tomo II. O direito do Contencioso Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora.
- (2013). Una tercera vía en el control de constitucionalidad. En S. Bagni (ed.). *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*. Bologna: Bononia University Press.
- Blondel, A. (1928). *Le controle jurisdictionnel de la constitutionnalité des lois: (étude critique comparative. États Unis-France)*. Paris: Recueil Sirey.
- Buratti, A. (2012). *Veti presidenziali. Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*. Roma: Carocci.
- Butturini, D. y Nicolini, M. (2017). *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*. Bologna: Bononia University Press.
- Calamandrei, P. (1950). *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: CEDAM.
- Calamo, M. (2011). *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*. Torino: Giappichelli.
- Cantaro, A. (2013). *Dove vanno a finire le primavere arabe?* Roma: Ediesse.
- Cappelletti, M. (1968). *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè.
- Cassese, S. (2011). Global standards for national democracies? *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3, 701-724.
- Díaz Revorio, F. J. (2017). Algunas consideraciones sobre el lenguaje jurídico y el lenguaje normativo. En S. Bagni, G. Figueroa y G. Pavani (coords.). *La ciencia del derecho constitucional comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Duranti, F. (2009). *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*. Torino: Giappichelli.
- (2014). Nuovi modelli di giustizia costituzionale. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 547-557.
- Favoreu, L. (1996). *Les Cours constitutionnelles*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Fromont, M. (1996). *La justice constitutionnelle dans le monde*. Paris: Dalloz.
- Gözler, K. (2008). *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press.
- Guastini, R. (2012). *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Grandjean, G. y Wildemeersch (2016). *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*. Bruxelles: Bruylant.
- Husa, J. (2000). Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries. *American Journal of Comparative Law*, 48 (3), 345-381. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/840859>.

- Kelemen, K. (2014). L'accesso individuale indiretto alla Corte costituzionale ungherese. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 432-446.
- Kelsen, H. (1920). *Vom Wesen un Wert der Demokratie*. Tübingen: Mohr.
- Maus, V. D. y Roux, A. (1995). *30 ans de saisine parlementaire du Conseil Constitutionnel*. Paris: Economica; Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- Nogueira, H. (2006). La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional Chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 10, 241-280.
- Oliviero, M. (2001). *L'impeachment. Dalle origini inglesi all'esperienza degli Stati Uniti d'America*. Torino: Giappichelli.
- Passaglia, P. (2015). *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina-Les rapports entre la jurisdiction constitutionnelle et la doctrine*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Pavani, G. (2018). Poder Judicial. En L. Pegoraro y A. Rinella. *Derecho Constitucional Comparado. Sistemas constitucionales comparados* (pp. 209-272). Buenos Aires: Astrea.
- Pegoraro, L. (1994). La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee. *Diritto e Società*, 1.
- (2010). Classificazioni dei sistemi di giustizia costituzionale e *nomen* della materia di studio. En E. Ferrer Mac-Gregor (coord.). *Diritto processuale costituzionale. L'origine scientifica (1928-1956)* (pp. 11-29). Bologna: Bononia University Press.
- (2011). Elementi determinanti ed elementi fungibili nella costruzione dei modelli di giustizia costituzionale. En R. Balduzzi, M. Cavino y J. Luther (eds.). *La Corte Costituzionale vent'anni dopo la svolta* (pp. 273-291). Torino: Giappichelli.
- (2015). Hacia una nueva sistemática de los modelos de justicia constitucional. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 18, 4.
- (2016). Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado. En L. Estupiñán, C. A. Hernández y W. G. Jiménez (eds.). *Tribunales y Justicia Constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional Colombiana* (pp. 31-67). Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Pegoraro, L., Pavani, G. y Ragone, S. (2015). *El guardián de las elecciones. El control electoral en perspectiva comparada*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Pegoraro, L. y Porras, A. (2006). *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, Stati, enti territoriali-Calidad normativa y técnica legislativa. Europa, Estados y entidades infraestatales*. Bologna: Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna.
- Pegoraro, L. y Rinella, A. (2018). *Derecho constitucional comparado. Sistemas constitucionales comparados*. Buenos Aires: Astrea.
- Ragone, S. (2011). *I controlli giurisdizionali sulle revisione costituzionali. Profili teorici e comparativi*. Bologna: Bononia University Press.
- (2015). *La aportación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional española*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Reposo, A. (1977). *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*. Padua: CEDAM.
- Rousseau, D. (1998). *La justice constitutionnelle en Europe*. Paris: Montchrestien.
- Roussillon, H. (1977). Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois dans les Pays socialistes. *Revista de Derecho Público y Ciencia Política*, 1, 55.
- Sagüés, N. P. (2008). *Derecho procesal constitucional: logros y obstáculos*. Lima: Tribunal Constitucional del Perú; Centro de Estudios Constitucionales.
- Tushnet, M. (2008). *Weak Court, Strong rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1515/9781400828159>.
- Tusseau, G. (2012). Classificazioni. En L. Pegoraro (ed.). *Glossario di Diritto pubblico comparato*. Roma: Carocci.
- (2015). Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques sur un dogme explicatif de l'étude du contentieux constitutionnel. *Jus Politicum*, 7, 217-44.
- Vrabie, G. (2005). La Cour constitutionnelle en Roumanie. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 9, 547-605.