

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ADEMÁS DE LOS MODELOS HISTÓRICOS: METODOLOGÍA COMPARADA Y PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS

ROBERTO SCARCIGLIA*

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO.—II. LOS MODELOS «HISTÓRICOS» DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL.—1. El modelo americano.—2. El modelo europeo.—3. Los sistemas mixtos.—III. ELEMENTOS INVARIABLES EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.—IV. METODOLOGÍA COMPARATIVA Y MODELOS HISTÓRICOS.
V. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El ensayo aborda la cuestión de la justicia constitucional con el fin de superar los modelos históricos norteamericano y europeo, presentando la tesis según la cual cada modelo de justicia constitucional es diferente de otro, si bien dos modelos pueden presentar caracteres comunes y ser semejantes a los históricos. Diferentes tradiciones y culturas legales de hecho van a influir sobre los rasgos característicos de la justicia constitucional en los diferentes Países del mundo.

Desde esta perspectiva, nos preguntamos si hay factores clave que no varían en los diferentes sistemas de justicia constitucional y la forma en que puede ayudar el uso de la metodología comparativa funcionalista.

Palabras clave: justicia constitucional; modelos históricos; tradiciones legales; elementos determinantes; metodología comparativa.

ABSTRACT

The paper attempts to address the issue of constitutional justice in order to overcome the historic American and European models, presenting the argument that each model of constitutional justice is different from another: that could happen even if two

* Catedrático de Derecho público comparado de la Universidad de Trieste.

models may have common characteristics and be similar to those historical. Different legal traditions and cultures made will influence the characteristics of constitutional justice in different Countries of the World. From this point of view, we wonder if there are basic elements that do not vary in some different systems of constitutional justice and how it can help our analysis the use of functional method of comparative law.

Key words: constitutional justice; historic models; legal traditions; determinant elements; comparative methodology.

I. PLANTEAMIENTO

El control de constitucionalidad de las leyes representa uno de los temas clásicos analizados en los cursos de Derecho constitucional comparado y es objeto de una amplia y a la vez crítica investigación científica. Se utilizan, también, otras expresiones, como, por ejemplo, «control de constitucionalidad», pero siempre con el mismo significado: un órgano jurisdiccional ejerce un control sobre la incompatibilidad —o la compatibilidad— entre la Constitución y las normas que le están subordinadas, como son las leyes y los actos con fuerza de ley. Este órgano, definido como «juez de las leyes», ejerce la función de despojar de eficacia a los actos del poder legislativo que entran en conflicto con la Constitución¹. En el fondo, el juez de las leyes, a través de su control, convierte en obligatoria la propia Constitución, imponiendo a todos los poderes públicos que respeten los principios y los valores sobre los cuales se fundamenta un Estado de Derecho.

Sin embargo, no todas la Constituciones poseen la misma fuerza normativa y el mismo valor, porque estas características dependen también de otros factores de naturaleza constitucional —como la forma de Estado y de Gobierno— y extra-constitucional, como las tradiciones culturales y jurídicas, y muchos otros factores, sociales, económicos, políticos y religiosos. En este sentido, utilizando una conocida expresión del comparatista americano John H. Wigmore —autor de dos volúmenes de ideas fructíferas como *Panorama of the World's Legal Systems* (de 1928) y *A Kaleidoscope of Justice* (de 1941)— podemos hablar de «caleidoscopio» de la justicia constitucional para indicar que todos estos factores se componen y se recomponen, produciendo, en una perspectiva dinámica, resultados diferentes². En el caleidoscopio de la justicia de Wigmore se incluye un

¹ Véase más recientemente, entre otros, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Justicia Constitucional. Una visión de Derecho Comparado*, tomo I, Dykinson, Madrid, 2009; Tania GROPPi y Marie-Claire PONTTHOREAU (coords.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

² John H. WIGMORE, *A Kaleidoscope of Justice*, Washington Law Books, Washington, D.C., 1941, p. V.

cuadro en el que podemos ver algunas de las cifras que las rotaciones de un prisma —de hecho, la de un caleidoscopio— puede ser producido a partir de elementos comunes.

Estas matrices comunes, en efecto, se desarrollan según directrices diferentes y cambiantes, orientándose a veces hacia la defensa de las libertades fundamentales de los ciudadanos, otras veces hacia el equilibrio entre los poderes y entre las diferentes articulaciones del Estado, poniendo de manifiesto a los comparatistas las dificultades para describir un sistema de justicia constitucional según categorías abstractas.

La tesis que aquí se presenta considera que cada modelo de justicia constitucional es diferente de otro, si bien dos modelos pueden presentar caracteres comunes y ser semejantes a los históricos norteamericano y europeo. Pero es justamente la combinación de factores lo que determina los modelos, en el fondo únicos, y que toman el nombre de cada Estado (francés, portugués) o del área geográfica de pertenencia (nórdica, africana, etc.), mejor que adjudicándoles un número (tercer, cuarto modelo, etc.) o clasificándoles en un modelo mixto.

Desde la perspectiva del derecho comparado, se observa que los modelos de justicia constitucional no pueden ser analizados de manera completa sin estudiar la relación entre estos propios modelos y todos los elementos que componen el sistema jurídico en el que el modelo ha sido creado o trasplantado, como una parte en comparación con el conjunto.

¿Cuál es la contribución que la metodología comparativa puede dar al desarrollo de estas relaciones?

Desde esta perspectiva, voy a utilizar algunas referencias al funcionalismo epistemológico, que me permite una mejor adecuación de los modelos al contexto y es una excelente ayuda para la comprensión de la perspectiva operacional, es decir, de cómo los modelos de justicia constitucional operan en concreto.

II. LOS MODELOS «HISTÓRICOS» DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El término «modelo» implica una idea de clasificación, una idea de síntesis de la complejidad a través de categorías lógicas. La clasificación implica la definición en categorías de los objetos de análisis mediante la identificación de rasgos peculiares de todos los objetos que puedan ser reconducibles a esa clase. Aunque la idea de definir modelos y esquemas de clasificaciones representa una constante en los principales ensayos sobre un tema científico, sin embargo, no es posible prescindir de una evaluación de la aptitud de los mismos modelos para aislar y reproducir el fenómeno estudiado, y, sobre todo, aplicarlo de manera eficaz a una experiencia concreta.

Los modelos de control de constitucionalidad originarios y más conocidos —el «americano», de la *judicial review*, y el «europeo», de origen kelseniano—, sintetizan los principales problemas sobre la justicia constitucional³.

Sin embargo, las descripciones tradicionales se muestran limitadas en el salto que hay de las descripciones clasificatorias a la perspectiva del procedimiento metodológico que caracteriza la comparación jurídica. La presencia, en la literatura científica, de apreciables clasificaciones y modelos —surgidas a la sombra de los dos iconos más conocidos y clásicos de la justicia constitucional—, es de gran utilidad para el estudio de la actividad del juez de las leyes y constituye la base dogmática para la superación de las tipologías tradicionales y para la clasificación de tipologías no encuadrables en los dos modelos americano o europeo.

1. El modelo americano

El verdadero origen del modelo americano de justicia constitucional, y de la teoría de la *Judicial Review*, se remonta a la sentencia pronunciada por la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos en el año de 1803, en el clásico caso *Marbury* contra *Madison* y es la sentencia más citada de la Corte Suprema, dictada sin que la Constitución de 1787 hubiera previsto un control de constitucionalidad. La técnica del *judicial review* fue perfeccionada en las sentencias *Fletcher* contra *Peck* de 1810, en la que se afirmó el principio del control de constitucionalidad también respecto a las leyes de los Estados miembros, y *McCulloch* contra *Maryland* del año 1819, con la introducción del principio de que la interpretación constitucional realizada por la Corte Suprema obliga a todos los poderes públicos.

Nacía así el control de constitucionalidad de las leyes, sin un verdadero tribunal constitucional.

En el modelo americano son predominantes cuatro características principales señaladas por la doctrina: a) el control de constitucionalidad es descentralizado o difuso, en el que el mismo control se ejerce por parte de todos los órganos judiciales —federales o estatales— de un determinado ordenamiento, para tutelar, en muchos casos, los derechos subjetivos de los ciudadanos; b) el control es concreto, en el sentido que es ejercitado en el curso de un juicio: el juez debe aplicar la ley u otras normas jurídicas para la solución de un caso concreto. En efecto, el artículo tercero, sección segunda, de la Constitución norteamericana de 1787 previó que este poder se confería solamente en relación a casos o controversias; c) el juez es investido de la cuestión de inconstitucionalidad por vía incidental,

³ Guillaume TUSSEAU, *Contre les «modèles» de justice constitutionnelle: Essai de critique méthodologique*, Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 17.

o de excepción —y por tanto la cuestión es prejudicial o accesoria a la solución del asunto—, en el sentido que juzga indirectamente la norma de la que se duda sobre su (in)constitucionalidad; d) la decisión del Tribunal se aplica exclusivamente a las partes en el proceso y la disposición, des- aplicada en el asunto, mantiene plena validez para solucionar otros asuntos; e) el control es sucesivo, es decir que el control se centra sobre una ley entrada ya en vigor. Este modelo produce, en primer lugar, la aplicación de una ley o de otros actos sujetos a control constitucional como manchas de leopardo, y, a la vez, después, tras algunos años de su emanación, potencialmente produce también el surgimiento de derechos.

Sin embargo, esta inseguridad en la aplicación de una ley —inconstitucional en un caso, y constitucional en otro—, no se produce cuando quien se pronuncia sobre la cuestión de constitucionalidad es la Corte Suprema federal, cuya decisión, por la regla de *stare decisis*, se caracteriza por tener un alcance horizontal —en el sentido que el precedente judicial vincularía *pro futuro* al mismo juez— y otro vertical, por el que quedan vinculados todos los jueces de nivel inferior. En cuanto al alcance horizontal, este principio no fue nunca vinculante para la Corte Suprema norteamericana, mientras que la Cámara de los Lores (*House of Lords*) británica abolió esta vinculación en 1966. En su alcance vertical, la regla *stare decisis* deriva de la organización piramidal de los tribunales de justicia, creada por el *Judicature Act* de 1873. Sin embargo, los jueces de nivel superior utilizaron el principio del alcance horizontal para asegurarse el respecto de sus propios precedentes por parte de otros jueces superiores, ejercitando una función nomofiláctica, a través de la cual los mismos aseguran la uniforme interpretación de la ley.

Respecto de la regla *stare decisis*, la decisión de la Corte Suprema en el caso *Cooper* contra *Aaron* de 1958 reafirmó la obligación por los poderes públicos de obedecer a una decisión de la misma Corte. En el caso en cuestión, el estado de Arkansas se había negado a obedecer la decisión de la Corte Suprema que lo obligaba a abolir la segregación en las escuelas, con la consecuencia de que el Presidente Eisenhower envió la Guardia Nacional a Little Rock en Arkansas para imponer el respeto de la sentencia de la Corte Suprema.

El carácter difuso del sistema de justicia constitucional del modelo norteamericano se encuentra presente en las experiencias jurídicas de los Estados con influencia de la *Common Law* como, por ejemplo, Canadá y Australia.

2. El modelo europeo

El modelo europeo presenta características muy diferentes del norteamericano. Se denomina «europeo» porque su teorización se debe a la

contribución de Hans Kelsen y a su inclusión en la Constitución austriaca de 1920 (la *Verfassungsgerichtsbarkeit*). Después de la Primera Guerra mundial, en la doctrina fue muy intenso el debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre quién habría debido ser el guardián de la Constitución, norma suprema y caracterizada por su rigidez. Según Schmitt, el Presidente del *Reich* era el órgano de garantía del ordenamiento, legitimado para tomar decisiones en situaciones excepcionales, mientras Kelsen afirmaba que «la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder y garantía de la Constitución significa la certidumbre de que estos límites no serán rebasados», y sostenía la supremacía de la Constitución sobre el Parlamento.

Para conseguir este objetivo, el maestro checoslovaco sostenía la tesis de que la tarea de anular los actos legislativos inconstitucionales habría debido «confiarse a un órgano diferente, independiente de éste y de cualquier autoridad estatal, es decir a una jurisdicción o tribunal constitucional». Desde las posiciones de Schmitt y de Kelsen se han desarrollado dos macro-modelos, el político —en el cual el control de la compatibilidad de la norma con la Constitución se produce durante el propio procedimiento legislativo y es confiada a órganos de naturaleza política— y el jurisdiccional, del cual forman parte los ordenamientos que confían el mismo control a órganos diferentes del poder legislativo y ejecutivo. La justicia constitucional se ha desarrollado en Europa después de la Segunda guerra mundial, con la reviviscencia del Tribunal austríaco en 1946 y la previsión de una Corte *ad hoc* en la Constitución de Italia de 1947 y en la Ley fundamental de Alemania de 1949. En 1958, en Francia, la Constitución de 1958 había introducido un órgano de justicia constitucional —el *Conseil constitutionnel*—, para cambiar la función del Parlamento. A pesar del escepticismo inicial, el *Conseil* se ha convertido en un instrumento fundamental de la democracia parlamentaria francesa, y sobre todo, después de la *Grande Décision* de 16 de julio de 1971 —con la que el propio órgano de justicia ha establecido la extensión del parámetro de legitimidad constitucional de las leyes más allá de una interpretación literal de la Constitución de 1958—, se lo considera un verdadero Tribunal constitucional. En los años sesenta, fueron creados sistemas de justicia constitucional en Chipre (Corte Suprema, desde 1960), Turquía (Corte Constitucional, 1961), en Yugoslavia (Corte Constitucional 1963) y, después del fin de las dictaduras en algunos países europeos y la proclamación de nuevas constituciones, se introdujeron órganos de justicia constitucional en Grecia (1975), en Portugal (1978) y en España (Tribunal Constitucional, 1978). En Bélgica, la Cour d'Arbitrage fue creada en 1980, y desde 7 de mayo de 2007, ha cambiado su denominación a la de Corte Constitucional.

En Europa centro-oriental, la introducción de modelos de justicia cons-

titucional iniciada con Polonia (1982) y Hungría (1989), ha tenido su epicentro después de la caída del Muro de Berlín de 1989 en los ordenamientos de Rusia, Bulgaria, Lituania, República Checa, República Eslovaca, Rumanía, Eslovenia, Croacia, Albania, Moldavia, Letonia, Estonia.

Las principales características del modelo europeo son: a) el control de constitucionalidad es confiado a un único órgano concentrado, un tribunal diferente de la jurisdicción ordinaria, que ejerce mediante vía exclusiva esta función; b) el control es «abstracto», es decir que éste es ejercido a partir del análisis de un hecho concreto; c) el juez puede estar facultado para plantear la cuestión de constitucionalidad tanto por vía directa como por vía incidental; d) la sentencia sobre la cuestión de constitucionalidad produce efectos *erga omnes*: por un lado, la norma declarada inconstitucional es anulada —en otras palabras la sentencia excluye del ordenamiento la norma disconforme con la Constitución—, y, por otro lado, la norma anulada es inaplicada por el juez de la causa.

El control de tipo concentrado está presente en algunos Estados asiáticos, como Tailandia y Corea del Sur, y muchos africanos, sobre todo de influencia francesa, como Argelia, Marruecos, y Túnez. Pero, como veremos en el próximo párrafo, la presencia de características de los dos prototipos históricos es solamente uno de los componentes de los modelos que cada ordenamiento jurídico plasma con sus propias «materias primas», dando vida a modelos únicos.

3. Los sistemas mixtos

Los dos modelos históricos no son suficientes para explicar el estado del arte de la justicia constitucional en el siglo XXI, en primer lugar, si consideramos que el ámbito cultural que expresan estos dos términos —«americano» y «europeo»— se coloca en la clásica perspectiva de la tradición jurídica occidental, pero existen diferentes tradiciones y culturas legales que necesariamente van a influir sobre los rasgos característicos de la justicia constitucional en los diferentes países del mundo. Los elementos determinantes típicos del modelo «bipolar» no deben permitir, también por estas razones, utilizar los esquemas conceptuales que constituyen su base como instrumentos de clasificación. Sin embargo, la doctrina ha intentado perfilar nuevos modelos, a través de la «hibridación» de los dos modelos clásicos.

Sin embargo la presencia de elementos comunes o la creación teórica de macro-modelos de justicia constitucional —y ello a pesar de una (aparente) estandarización de las funciones atribuidas a los órganos de justicia constitucional— no excluye que dentro de los diferentes sistemas jurídicos de los Estados se desarrollen modelos únicos, bien sea por la diferen-

te incidencia de las variables (constitucionales y extra-constitucionales), bien sea por las funciones suplementarias atribuidas a los mismos tribunales constitucionales.

Este concepto recuerda la idea de que cada componente de un sistema jurídico no está en el mismo plano que los otros ($F \neq F^1$, $F^1 \neq F^2$), y que un sistema de justicia constitucional representa un subsistema en el contexto del sistema jurídico de un determinado país, análogamente a lo que sucede en la teoría de los conjuntos entre «conjunto» y «elemento». Si el sistema de justicia constitucional z —el elemento z — pertenece al País Z —el conjunto Z — ($z \in Z$), eso no significa que los elementos del sistema de justicia constitucional del País A (g, g^1, g^2), —que pertenecen evidentemente al País A ($g, g^1, g^2 \in A$)—, deberían ser iguales o equivalentes a los del País Z ($\{g, g^1, g^2\} = \{z, z^1, z^2\}$). Es más probable que solamente algunos de estos elementos coincidan y deban ser, en cada caso, interpretados según el método hermenéutico del ordenamiento de pertenencia.

También resulta válido para la justicia constitucional el principio de que si un sistema Y integra los enunciados x^1 y x^2 , procedentes del sistema X , y los enunciados z^1 y z^2 , procedentes del sistema Z , esos mismos enunciados (x^1, x^2, z^1 e z^2), resultan válidos en la medida en que hayan sido integrados en el sistema Y . Hasta que dicha integración no tiene lugar, x^1, x^2, z^1 y z^2 no pertenecen al conjunto Y , no siendo por ello válidos, mientras que de manera posterior tales elementos podrán formar parte del conjunto Y ($x^1, x^2 \in Y$), en tanto que hayan pasado a convertirse en reglas del sistema en que se integran. Las reglas de integración pueden presentar un grado de complejidad bastante elevado, que pone de relieve como algunos elementos o formantes —en este caso del sistema de justicia constitucional— determinan en su composición/descomposición un resultado único, que no provoca cambios sobre el cierre del sistema.

Por lo demás el problema de buscar los elementos determinantes es típico de toda ciencia empírica. Como ha observado el filósofo analítico norte-americano Willard van Orman Quine, aunque con referencia a las formas lingüísticas, no se dan en absoluto dos situaciones completamente similares. Lo importante es más bien la semejanza en los aspectos relevantes. El problema es siempre el de comprender cuáles son las partes constitutivas simples de las que se compone un objeto.

III. ELEMENTOS INVARIABLES EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

¿Cuáles pueden por tanto considerarse elementos definidores en el calidoscopio de la justicia constitucional teniendo en cuenta que aunque con diferencias significativas casi todos los países del mundo han instituido un juez de constitucionalidad de las leyes? Observando el calidoscopio de la

justicia diseñado en 1941 por el comparatista americano Wigmore, se pueden vislumbrar figuras diferentes según se refieran a Europa, Asia, América, África, Oceanía y mundo antiguo, partiendo de una figura de modelo, pero en cada uno de ellos hay al menos dos figuras, la cometa y la flecha. Este ejemplo puede resultar útil para buscar dentro de un sistema de justicia constitucional elementos que no varían estructuralmente en el tiempo.

La primera invariable es sin duda la presencia de un órgano (*O*) que ejerza el control de constitucionalidad, tanto si es un tribunal *ad hoc* o un órgano de la jurisdicción (o una sección específica de él) colocado en la cúspide del sistema de la justicia de un país (p. ej. Tribunal supremo) o, por contra, que sea un órgano de carácter difuso concretado en cada juez dentro de un sistema judicial. Sobre este elemento necesario pueden añadirse algunas variables: a) el momento cronológico del control (*c*), que podría ser preventivo (*c*¹) o bien sucesivo (*c*²), según se ejerza antes de que el acto normativo sea aprobado definitivamente por el órgano legislativo o bien posteriormente a la entrada en vigor del mismo acto; b) la abstracción (*a*) o la concreción (*a*¹) del control, según si el mismo prescinde de un procedimiento ante un juez —y cumpla una función de garantía de la constitución de carácter neutral—, o bien tenga origen en un procedimiento judicial en el que el juez debe aplicar una norma jurídica vigente a un caso concreto; c) las modalidades de acceso al juicio de constitucionalidad (*m*), que varían según si al juicio se accede en vía principal (*m*¹) —a través de una acción de inconstitucionalidad presentada por sujetos legitimados en los distintos ordenamientos (del Estado a otros sujetos dotados de autonomía (regiones, comunidades, provincias autónomas, estados miembros, etc.), desde el gobierno a órganos de distinta naturaleza (desde un cierto número de parlamentarios al Defensor del Pueblo u otras figuras con características análogas), o tras una iniciativa de los propios ciudadanos— o bien por vía indirecta (*m*²), en la que ante un juez las partes (o el propio juez) plantean la cuestión de constitucionalidad de la ley, que debe ser aplicada por el juez para resolver el caso concreto que le ha correspondido; d) las modalidades de nombramiento o designación (*n*) —que pueden ser diferentes en relación a una mayor o menor dependencia del poder político— y la composición del tribunal (*t*), que pueden decisivamente variar en un plano numérico (*t*³, *t*⁴, *t*⁵, *t*⁶, *t*⁷, *t*ⁿ); e) la duración (*d*) que puede ser limitada en el tiempo (*d*³, *d*⁴, *d*⁵, *d*⁶, *d*⁷, *d*ⁿ); o bien vitalicia (*dx*), como, por ejemplo en los Estados Unidos. En esta última hipótesis si, de una parte, se garantiza una mayor autonomía del elegido, de otra, podría darse una cristalización de precedentes judiciales o de la doctrina expresada por los jueces.

Otra invariable viene dada por la decisión asumida por el juez de constitucionalidad (*D*). También para esta invariable pueden existir variables

que afectan por otra parte a decisiones de distinto tipo, incluso de contenido procesal (p. ej. ordenanzas). Parece oportuno además hacer alguna referencia entre las tipologías de decisiones, sólo a las sentencias (s), que pueden ser: a) estimatorias (s^1) o desestimatorias (s^2), en el sentido de que pueden acoger, completa o parcialmente, o bien rechazar la cuestión de constitucionalidad.

La alternativa ‘acogida *versus* rechazo’ hoy aparece limitada y los propios tribunales han introducido nuevas tipologías de sentencias (aditivas, monitorias, parciales, interpretativas, manipulativas, optativas, de principio, etc.), usando una perspectiva de implementación de los instrumentos de la justicia constitucional; b) típicas (t) o atípicas ($t-x$, $t+x$), según tengan encaje o no en un esquema teórico previo; c) los sujetos vinculados por las decisiones (v), ya que existe una diferencia según que el control sea concentrado (v^1) o difuso (v^2), en el sentido de que podrá tener efectos frente a todos (*erga omnes*) o sólo frente a las partes procesales (*erga partes*).

Todas las variables a las que se ha hecho referencia tienen valor ejemplificativo y corresponderá al intérprete investigarlas en cada ordenamiento y ponerlas después en relación con los formantes existentes, a través del uso de criterios hermenéuticos y procedimentales detectables en un país determinado. Las letras con las que hemos identificado estas variables puede constituir un ejercicio válido para colocarlas en un mapa geográfico o en un atlas de derecho constitucional comparado, de forma análoga a lo hecho por Wigmore en su *Panorama of the World's Legal Systems* de 1936.

IV. METODOLOGÍA COMPARATIVA Y MODELOS HISTÓRICOS

Como he señalado en la introducción de esta ponencia, los modelos de justicia constitucional derivados de la tradición jurídica occidental —al igual que otras instituciones del Derecho— están sujetos a desgaste y sometidos a un análisis crítico impuesto por los retos de la globalización⁴. Esta crisis de los institutos clásicos no puede resolverse dentro de las categorías conceptuales habituales a los que está acostumbrado el estudioso occidental del derecho positivo. Lo mismo se aplica obviamente a la metodología y, en particular, a la metodología comparativa, que resulta necesaria para, además de determinar los elementos en la base de un instituto de derecho, obtener los perfiles dinámicos, las mutaciones y las variables

⁴ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «La faillite de la bipolarité ‘modèle américain-modèle européen’ en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d’une nouvelle typologie explicative», en *Mélanges en l’honneur de Franck Moderne*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 1108 ss.).

contenidas dentro y fuera de un sistema legal. La globalización exige una mayor atención a los métodos que se han descuidado o que se han desarrollado poco en los estudios de derecho comparado para el conocimiento de los sistemas jurídicos extranjeros.

Por utilizar una expresión de David Gerber, podemos decir que para el estudio de la Justicia constitucional siempre debemos tener en cuenta la distinción entre «información» y «conocimiento»: si el primer elemento, el de la información, es un requisito previo para el desarrollo del método comparativo, el conocimiento es en cambio el primer propósito de la comparación misma⁵. El acto de conocer cobra nuevas dimensiones —por ejemplo, la dimensión nacional y global de los sistemas de justicia—, la dimensión diacrónica o temporal, la dimensión institucional e inter-institucional, la dimensión comunicativa, que puede referirse tanto al diálogo entre Cortes, como entre Cortes y otros poderes o Cortes y ciudadanos. Todos estos factores se interseccionan, se modifican y se influyen mutuamente. Como observa Michaels en relación al funcionalismo epistemológico, ninguna clase de elementos se puede interpretar *tout court* y más bien, los elementos individuales, básicos, que forman un sistema de justicia constitucional —como hemos subrayado en el párrafo anterior— tenían que ser entendidos en relación a aspectos particulares del sistema, como resultados diferentes para la misma función: «Una serie de elementos $a \alpha_1, \beta_1, a \alpha_2, \beta_2, a \alpha_3, \beta_3$, no pueden ser comprendidos simplemente por el criterio común a , sino más bien por la regularidad con la que sus elementos se obtienen a través de la función $a x y$, en la que la variable x define todo α , la variable y define todos los β , y todos estos elementos se encuentran en una regularidad funcional de modo que es posible crear nuevos elementos en la serie»⁶.

Michaels dice que tenemos que entender un elemento como resultado variable de una conexión funcional con otros elementos variables. Desde este punto de vista, la perspectiva funcionalista nos permite declarar no tanto la existencia de un elemento α o β , como sólo que si hay una cierta α , habrá en correspondencia una cierta β .

Si tenemos en cuenta las variables identificadas en relación con la justicia constitucional, ciertamente creemos que es posible suponer la existencia de grupos de elementos y describirlos sin la pérdida de especificidad determinada por las clasificaciones tradicionales de los modelos históricos europeo y norteamericano. «La función $a x y$ —observa Michaels— describe

⁵ David J. GERBER, «Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative Law», en *Tulane Law Review*, n. 75, 2000-2001, pp. 950 ss.

⁶ Ralf MICHAELS, «The Functional Method of Comparative Law», en Mathias REIMANN and Rheinhard ZIMMERMANN (coords), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 356 ss.

completamente todos los elementos de las series, mientras que centrarse, por ejemplo, en el elemento común α de naturaleza evidentemente clasificatoria, nos lleva a ignorar tanto las diferencias entre dos elementos $\alpha 1$, $\beta 1$ y $\alpha 2$, $\beta 2$, así como la relación funcional específica entre a y y que crea los respectivos elementos.

Estos factores, que son característicos de un sistema de justicia constitucional —como piezas de un caleidoscopio— se componen y recomponen entre sí mismos, produciendo resultados diferentes desde un punto de vista dinámico. Las matrices comunes se desarrollan de acuerdo a direcciones variables, a veces orientadas a la defensa de las libertades fundamentales, otras veces hacia el equilibrio de poder, y los diferentes órganos del Estado, poniendo de manifiesto las dificultades al comparatista para describir un sistema de justicia constitucional, de conformidad con categorías teóricas.

Si tenemos en cuenta la cantidad de factores que se pueden tener en cuenta, además de los diferentes tipos de formantes legales y meta-formantes, es más consistente referirse a las experiencias individuales de la justicia constitucional en cada país (por ejemplo, la experiencia de Bélgica de justicia constitucional), o para áreas específicas geográfica (por ejemplo, la América del Norte), en lugar de colocarlos en «sistemas completos llave en mano». Por otra parte, un análisis realizado *ab externo* no siempre nos permite evaluar cuáles son los caminos para llegar al juicio deliberativo, y cuáles han sido los factores extra-legales, que han tenido un impacto en la decisión de la Corte (*decision-making strategies of individuals*). De este modo, el estudio de la justicia constitucional comparada se ha llevado a cabo, al menos a nivel de análisis principal, sólo en función de las características jurídicas observables desde el exterior, a través del estudio de las decisiones de los tribunales constitucionales o supremos, independientemente de los estudios, de carácter sistémico, orientados en términos del proceso de toma de decisiones, que tiene lugar bajo el velo del secreto de la cámara de consejo.

V. CONCLUSIÓN

Este no es el lugar para un análisis completo de la relación entre la decisión del juez constitucional y el proceso de toma de decisión, entre la decisión y el pragmatismo de la misma —en el sentido de «fuerza de ley» según el pensamiento de Derrida— o bien un análisis en torno a la función de juez constitucional como legislador⁷. En esta perspectiva, si los modelos históricos están cambiando de la misma forma en la que el elemento dinámico caracteri-

⁷ Jacques DERRIDA, «Force de loi: le fondement mystique de l'autorité, en *Cardozo Law School Conference*, October, 1989.

za las tradiciones jurídicas del mundo, el derecho comparado está transformando los estudios constitucionales, a través de un análisis interdisciplinar y del auxilio de otras ciencias, como las cognitivas, la antropología, las ciencias políticas y la sociología. Estoy convencido que los estudios sobre Justicia Constitucional —y los diferentes factores que la componen— se orientará hacia los elementos básicos en diferentes contextos, a través de otros instrumentos de análisis, para afirmar el derecho constitucional comparado en un área de investigación que mejora cuando cruza fronteras de otras ciencias con respecto tanto a la sustancia como al método.

