

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

LUCIO PEGORARO,
Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi,
Torino, G. Giappichelli Editore, 2015, 305 pp.

I. El profesor Lucio Pegoraro, professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato en el Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Bolonia, es un prestigiosísimo comparatista muy bien conocido en toda América Latina, además de en España y en buen número de países europeos, por lo que no requiere de muchas presentaciones. A su amplísima obra de 15 monografías y más de 300 artículos publicados en muy diferentes países, une ahora este nuevo libro en el que retoma un tema que lleva estudiando desde largo tiempo atrás y sobre el que ya ha tenido ocasión de escribir muchas páginas, el de la absoluta insuficiencia, incluso obsolescencia, de la clasificación tradicional de los sistemas de justicia constitucional que, como es sobradamente conocido, los agrupa en el binomio sistema concentrado/sistema difuso.

El libro se estructura en tres partes, precedidas por una introducción y finalizadas por unas conclusiones. En la primera parte («I modelli e la modellistica tradizionali»), se revisan las clasificaciones tradicionales de la doctrina, a cuyo efecto se separan en dos capítulos, de un lado, el control político *vs.* el control jurisdiccional, y de otro, dentro del control jurisdiccional, la típica dicotomía de los modelos concentrado/difuso. La segunda parte («Sistematica») abarca dos capítulos, en el primero de los cuales («Descostruzione dei modelli») se abordan los elementos pertinentes para unas posibles clasificaciones, mientras que en el segundo, a la vista de los referidos elementos, se proponen unas reclasificaciones de los sistemas de justicia constitucional. En la parte tercera («Il discorso delle Corti e il loro ruolo politico»), Pegoraro atiende a cuestiones tales como las técnicas argumentativas en la interpretación constitucional, las *dissenting opinions* y el rol político de los jueces. El libro se cierra con una extraordinariamente amplia selección bibliográfica.

En la explicación de la metodología seguida, que recoge el autor en su introducción, al margen ya de la obvia (aunque tantas veces olvidada) referencia de que comparar («comparare») significa tanto como cotejar («paragonare») o confrontar («confrontare»), lo que presupone el conocimiento de los objetos singulares que se estudian, o lo que es igual, la vivencia del derecho en cada uno de los ordenamientos analizados, lo que, como es obvio, incluye un análisis histórico, a cuyo través el volumen ha de dar cuenta de la idea de

lex superior y de su positivación. No en vano, como con toda razón recuerda Pegoraro, el constitucionalismo se ha edificado sobre bases iusnaturalistas, traduciendo esa filosofía en reglas de derecho positivo: las constituciones, apareciendo la justicia constitucional como una consecuencia de la jerarquización de las normas. El parámetro de control, como es bastante evidente, no está integrado por ideas, sino por reglas expresadas en disposiciones jurídicas a las que se asigna un valor superior, puesto de manifiesto con los procedimientos de rigidez de los textos constitucionales.

II. La primera parte de la obra, como ya se ha dicho, aborda los modelos tradicionales. Recuerda el autor, que las claves de lectura de la doctrina comparatista son, en lo sustancial, de dos tipos: una vez diferenciados los modelos en base a la índole política o jurisdiccional del órgano fiscalizador, se ha desarrollado una teoría de los modelos jurisdiccionales clásicos, adaptada e integrada progresivamente, que se apoya en un prevalente criterio de identificación de los elementos determinantes, que se van decantando de la naturaleza concentrada o difusa del modelo. La titularidad y la estructura del órgano son siempre añadidas como elemento esencial de clasificación. El momento temporal del control, que una buena parte de la doctrina francesa, pero también de autores de otros países, considera central a efectos clasificatorios, generalmente se pone en conexión con otros elementos, como la naturaleza política o jurisprudencial del control, la eficacia de las decisiones o su naturaleza abstracta o concreta. Casi siempre aparece como elemento imprescindible de las clasificaciones el modo de acceso a las cortes o tribunales. También para algunos autores, como Calamandrei o Cappelletti, la naturaleza declarativa o constitutiva de las decisiones representa un verdadero pilar en la clasificación. El autor recuerda a continuación algunos posicionamientos doctrinales que han intentado separarse del binomio tradicional entre los sistemas de control jurisdiccional, modelo americano/modelo europeo-kelseniano, como ha sido el caso de Rubio Llorente y otros autores.

A partir de aquí, el primero de los capítulos de esta parte se centra en la bipolaridad control político/control jurisdiccional. El tema es lo suficientemente conocido como para que nos detengamos en la exposición, en la que, en relación al control político, lógicamente se presta particular atención, entre otros temas, a la «vía francesa», sus orígenes históricos y su dinámica, al rol asumido en la Alemania de Weimar por el jefe del Estado, a los ordenamientos socialistas y a lo que se identifica como el «control religioso» (República de Irán y Egipto), mientras que en relación al control jurisdiccional, el autor estudia, entre otras cuestiones, la génesis histórica de la *judicial review*, el control de constitucionalidad en los Estados Unidos y la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana y su plasmación en la Constitución austriaca.

En el capítulo segundo, Pegoraro aborda dos temas íntimamente vinculados, que el propio autor ha tratado en diversas ocasiones: el de la circulación de los modelos y el de la hibridación de los mismos con el consiguiente poliformismo de los sistemas. A la circulación se dedica una primera sección, mientras que la hibridación es objeto de la segunda sección del capítulo. La existencia de unos modelos hegemónicos que se configuran como «figuras ejemplares» postula «per se» la circulación de los propios modelos. Pegoraro se detiene de modo sucesivo en las recepciones del modelo francés de control previo; en la circulación del control difuso en los ordenamientos de *common law*; en la recepción del modelo difuso en los sistemas de *civil law*, y en la amplia penetración en los nuevos constitucionalismos surgidos en diversas partes del mundo del modelo concentrado.

Como acaba de decirse, la sección segunda de este mismo capítulo trata de la hibridación de los modelos, que es la resultante del entremezclamiento de algunos de los rasgos de los ordenamientos considerados «líderes», o lo que es igual, modelos de referencia, que ha conducido a la aparición de sistemas de justicia constitucional completamente nuevos. Pegoraro estima que, asumiendo como elemento discriminatorio la dicotomía concentrado/difuso, y dejando al margen otras características, es posible mezclar las dos características en un *tertium genus*. Admite asimismo cómo en otros casos se ha optado por hacer correr de modo paralelo dos o más modos diferentes de hacer justicia constitucional. A partir de estas diversas opciones, el autor examina las diversas formas de hibridación de los modelos clásicos que ha venido a suponer el control incidental de constitucionalidad, deteniéndose en el control prevalentemente incidental italiano, en el control prevalentemente concreto alemán y lo que identifica como la «crisi di rigetto» del modelo incidental en España. Finalmente, y de resultados de los procesos anteriormente descritos, el profesor Pegoraro se detiene en lo que denomina el «poliformismo de los sistemas». En los sistemas que se acaban de describir, ese *tertium genus* capaz de configurar a su vez un verdadero y propio modelo, no puede sin embargo ocultar una realidad difícilmente discutible: la de que el control de constitucionalidad permanece sólidamente en manos de un órgano central, y el elemento de «difusión» es colocado tan solo en la fase introductoria del proceso, no en la decisoria. Esto no ha impedido que a este nuevo mecanismo los países en cuestión le hayan añadido otros más tradicionales, particularmente los más próximos al recurso directo de matriz kelseniana. Existen asimismo situaciones en las que la utilización conjunto del tipo americano y del modelo austriaco se ha llevado a cabo de modo diverso; así, en algunos ordenamientos, junto al control difuso realizado por los tribunales, se han encomendado competencias especiales a los específicos órganos centralizados, llamados a ejercer de algún modo el control de constitucionalidad. El autor pone de relieve, que la excentricidad

de las soluciones señaladas consiste en que las mismas se llevan a cabo en sistemas de *civil law*, donde, por lo menos *de iure*, el precedente jurisprudencial tiene eficacia tan solo en casos esporádicos y por lo general no vincula a los tribunales inferiores. Así las cosas, los potenciales conflictos entre los jueces ordinarios y el juez constitucional se resuelven a menudo mediante la desaplicación de la ley inconstitucional por los jueces ordinarios, concentrando a la par en el tribunal constitucional, en la corte suprema o en una de las salas de ésta la función de expulsarla del ordenamiento jurídico con eficacia vinculante *erga omnes*.

III. En la segunda parte del libro el profesor de Bolonia, en su intento de búsqueda de una nueva clasificación de los sistemas de justicia constitucional, en el primero de los dos capítulos de que consta esta parte, procede a seleccionar los elementos que entiende pertinentes a tal efecto, tras lo que, a lo largo de cinco secciones, desarrolla los distintos aspectos de cada uno de esos elementos. Pegoraro parte del rechazo de la dicotomía y de la inversión del modelo de investigación: no partir de los Estados Unidos ni de Austria para reconducir a ellos las distintas experiencias, arrancando por el contrario de la extraordinaria variedad del derecho positivo para, a partir de ella, proceder a reconstruir eventualmente las clases. A partir de ello, el autor en las secciones antes referidas los siguientes elementos: la titularidad del control y la estructura de los tribunales; las competencias y el bien tutelado, el acceso al órgano de fiscalización; el parámetro y el objeto de control, y en fin, la tipología y efectos de las decisiones dictadas en sede constitucional. Bien es verdad que en el segundo capítulo, en el que elabora ya su nueva clasificación, Pegoraro incluye un nuevo elemento a efectos clasificatorios: la naturaleza política o jurisdiccional del control.

Al abordar el elemento relativo a la titularidad del control y a la estructura de los tribunales, el autor considera necesario atender a los criterios de selección de los jueces de las cortes supremas, o, alternativamente, a los criterios que rigen el nombramiento o elección de los tribunales constitucionales, y al *status*, garantías y organización interna de estos órganos. En lo que se refiere a las competencias y al bien tutelado, el autor contempla desde una óptica evolutiva el núcleo histórico del control de constitucionalidad, que ha evolucionado de la regulación competencial en los ordenamientos policéntricos a la jurisdicción constitucional de la libertad y de la igualdad. A ello ha de añadirse un conjunto adicional de funciones que requieren el ejercicio de un rol arbitral, que encuentran su razón de ser en la «posizione di tercietà» en que actúan los jueces constitucionales, esto es, en su posición de terceros anejos al conflicto sobre el que han de pronunciarse. En cuanto al bien tutelado, aunque es obvio que éste es siempre la supremacía de la constitución, a la vista de las

competencias anteriormente señaladas, las mismas pueden reagruparse en dos clases: tutela de las competencias y tutela de la libertad. El acceso a los tribunales constitucionales es el tercero de los elementos a atender; reconoce el profesor italiano que el mismo se vincula estrechamente a la teoría dicotómica de los modelos, concentrado/difuso, no obstante lo cual considera que este es un elemento importante que debe tenerse en cuenta a los efectos que el libro pretende. Dentro de este elemento se presta una atención particularizada a la tutela de las libertades y derechos de los ciudadanos, particularmente al amparo y al recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). El cuarto elemento a efectos clasificatorios es el del parámetro y objeto de control. En relación al primero, se destaca su externalización, que aparece perfectamente visualizada cuando atendemos al «bloque de constitucionalidad». En cuanto al objeto, se pone de relieve asimismo su dilatación, esto es, en función de las competencias de un tribunal constitucional, éste podrá ocuparse de las leyes, en lo que constituye su función característica de «juez de la ley», pero también, por poner algún ejemplo, del estatuto de los partidos políticos, cuando al tribunal le corresponda enjuiciar la supuesta inconstitucionalidad de un partido, o de los comportamientos invasores de competencias ajenas cuando nos situamos ante el tribunal actuando como jurisdicción de competencias. En fin, el último elemento clasificatorio al que se va a atender es el relativo a la tipología y a los efectos de las sentencias. En relación a la referida tipología, se atiende ante todo a la naturaleza declarativa o constitutiva de las decisiones, que se halla en la base de los esquemas binomiales. Aunque tal factor se considera importante, junto a él, y a los efectos clasificatorios que el autor persigue, se entiende necesario considerar otros aspectos, como la diferenciación entre estimación y rechazo, los sujetos vinculados, los efectos temporales, la ejecutabilidad directa o mediata... Atendiendo ya a los efectos, se analizan, sucesivamente, distintos aspectos que lógicamente tienen que ver con los mismos: desde la «fuerza» de las decisiones constitucionales y la posible consideración de las sentencias como fuente del Derecho, hasta los efectos temporales de las mismas, pasando por la vinculación de los jueces frente a las sentencias constitucionales, sin olvidar la relación entre el legislador y el juez constitucional.

A partir de los elementos clasificatorios expuestos, el capítulo segundo de esta misma segunda parte inicia la clasificación propiamente dicha que el autor propone. La primera clasificación ha de atender a la naturaleza política o jurisdiccional del control, si bien atender a este elemento tan solo difícilmente puede ofrecer resultados satisfactorios si se sustentan en esquemas dicotómicos, pues, como señala el profesor Pegoraro, el grado de «jurisdiccionalidad» puede cambiar y ser más o menos intenso en función de un buen

número de variables; por ejemplo, allí donde los jueces, bien *de iure*, bien *de facto*, son juristas cualificados, la naturaleza jurisdiccional del sistema se acentuará en mucha mayor medida que allá donde su origen, en todo o en parte, es de proveniencia política. La segunda clasificación se conecta con la titularidad y estructura del órgano de control. En relación a este elemento, la clasificación tradicional conduce a la clásica dicotomía control difuso/control concentrado, si bien el autor entiende que su análisis demuestra una fuerte pulsión hacia la concentración del control, si bien la gran división binómica no puede ser completamente abandonada. En referencia al contexto estructural en que se insertan los órganos de la justicia constitucional, se señala que los tribunales pueden ocupar una posición casi exclusivamente o prevalentemente monopolística, o bien prevalentemente compartida con otros órganos. En fin, combinando las diversas variables, Pegoraro cree que se pueden distinguir: sistemas unitarios (casi) integralmente concentrados, sistemas plurales parcialmente concentrados, sistemas plurales parcialmente descentralizados y sistemas plurales (aunque solo en teoría) íntegramente descentralizados. La tercera clasificación atiende a las funciones ejercitadas y al bien tutelado por los órganos de la justicia constitucional. Aquí se hace una distinción entre sistemas monofuncionales y plurifuncionales; a la primera categoría pertenecen muchas cortes de los ordenamientos de *common law*, mientras que a la segunda, los tribunales constitucionales europeos clásicos y aquellos otros de Europa Oriental. En cuanto al bien tutelado, el autor estima, que allí donde se prevé un recurso individual directo prevalece la actividad de defensa de los derechos. La clasificación sustentada en la amplitud del parámetro de control lleva al autor a diferenciar entre los sistemas de parámetro limitado y aquellos otros de parámetro amplio; como es obvio, en los primeros los tribunales toman como parámetro de constitucionalidad la sola constitución, mientras que en los segundos, al texto constitucional se incorpora el *bloc de constitutionnalité*. Atendiendo al objeto, se pone de relieve que los sistemas de justicia constitucional contemplan por lo general mecanismos para extender su control más allá de las leyes, así por ejemplo a los actos infralegislativos. En base a este elemento objetivo, los sistemas de justicia constitucional pueden ubicarse a lo largo de una línea ideal graduada en función de que sean más o menos integrales, esto es, «de objeto integral», cuando los tribunales puedan conocer la inconstitucionalidad de las leyes, de los actos administrativos, de los actos políticos..., o bien parciales, esto es, «de objeto parcial», con un control circunscrito tan solo a las leyes. Si se atiende a los sujetos y a las modalidades de acceso a los tribunales, la clasificación se puede conectar con otras que atienden a elementos contiguos, como la naturaleza previa o sucesiva, concreta o abstracta del control. Pegoraro considera que esta clasificación puede ser revisada en función de

una perspectiva diacrónica, que nos revela la tendencia a ampliar, que no a restringir el acceso. A efectos de esta clasificación, se considera un dato relevante la atribución a los ciudadanos de la posibilidad de impugnar ante los tribunales actos lesivos de los derechos que les son constitucionalmente garantizados. Así, se distinguen los sistemas «cerrados», de los «abiertos», donde el control tiene como protagonistas, además de entes y órganos, también los jueces, siéndolo en mayor medida aún aquellos en que, a través de la acción popular, la *Beschwerde*, el amparo u otros institutos similares, se posibilita el acceso de los ciudadanos. La última clasificación atiende a la tipología y a los efectos de las sentencias. Al respecto, la clásica distinción entre sentencias con eficacia declarativa o constitutiva se cree que ha perdido una parte de su valor frente a otros elementos que se obtienen de la evolución de los sistemas. El autor entiende más pertinentes a fines clasificatorios diversos elementos vinculados a las características tipológicas. Por supuesto, excluye que la alternativa pueda venir dada por el binomio estimación/rechazo, dada la enorme variedad de sentencias constitucionales con que nos encontramos hoy (interpretativas, aditivas, manipulativas...). Un elemento al que puede atenderse viene representado por los efectos directos de la decisión, o lo que es igual, sobre el poder de los tribunales de dar ejecución a sus propias decisiones, o sobre los efectos en relación a las partes, directos en algunos casos e indirectos en otros. Al margen ya de un análisis diacrónico, la observación empírica nos muestra hoy un conjunto de *sets* un poco enmarañados («alquanto ingarbugliato»): casi todos los tribunales dictan una pluralidad de tipos de sentencias y algunos lo hacen con plena autonomía, prescindiendo de expresas previsiones normativas; muchos de ellos dominan los efectos temporales, bien con base en una previsión constitucional (como en Austria), bien por una propia autodisciplina (como en Italia). El propio autor reconoce finalmente, que un problema ante el que sus clasificaciones múltiples se pueden encontrar es el de si se pueden entrecruzar para simplificar la taxonomía.

IV. En la tercera y última parte del libro el autor cambia en cierto modo de registro para centrarse en el discurso de estos tribunales y en su rol político, analizando de modo sucesivo la interpretación constitucional y las técnicas argumentativas, las *opiniononi dissenzienti*, *dissenting opinions* o votos particulares, y finalmente el rol político de los jueces constitucionales. En las conclusiones, el profesor de Bolonia hace diversas reflexiones acerca de la legitimación de la justicia constitucional, en las que vale la pena detenerse brevemente. Como es sabido, son dos las posturas existentes: la de quienes sostienen su incompatibilidad con el sistema democrático y la de aquellos otros que defienden la coesencialidad de aquella con éste, no identificando la democracia con el mero principio mayoritario. Como es obvio, de que se opte por una u otra

opción depende que se acepte o no la propia existencia de un juez constitucional que no cuenta con una legitimación democrática; asimismo, allí donde de cualquier manera se acepte, de lo anterior también dependerá la intensidad de los límites interpuestos. Como aduce el autor, alguna vez se persigue una suerte de «alineamiento astronómico» de las mayorías presidencial, parlamentaria y de la corte. Independientemente de cuál sea la opción elegida, lo que es un hecho indudable es que para dar sentido a las palabras de la constitución están siempre los intérpretes y son los propios tribunales quienes están llamados a interpretar la constitución.

Estamos ante una obra que no hace sino profundizar de modo bien significativo en reflexiones precedentes vertidas por el autor acerca de los modelos de justicia constitucional. Sus tesis, al igual que cualesquiera otras, no dejan de ser discutibles, aunque están impregnadas de racionalidad, y, por otro lado, abren nuevas vías y orientaciones para el estudio de la justicia constitucional, y ya desde esta misma perspectiva merecen el mayor de los elogios, todo ello al margen ya del enorme conocimiento de la justicia constitucional que el autor demuestra con este libro, muy fácil de leer por lo demás. Los estudiosos de la justicia constitucional hemos pues de felicitarnos ante una publicación como la del profesor Pegoraro.

Francisco Fernández Segado
Universidad Complutense, Madrid