

SILVIA BAGNI Y MATTEO NICOLINI: *Justicia constitucional comparada*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, 445 págs.

1. Estamos de enhorabuena en la comunidad iuspublicista por la publicación de esta relevante monografía que ahora comentamos. Aborda un tema clásico de nuestra disciplina científica, que no ha dejado de estar de actualidad y de mostrar aristas discutibles y polémicas. Además, y no lo podemos olvidar, la justicia constitucional se ha convertido en una institución imprescindible en todo sistema democrático. Así se ha perfilado con su evolución y desarrollo. Su sentido está plenamente justificado en la lógica teórica de los poderes de un sistema de ese tipo. Se trata primigeniamente de garantizar, ni más ni menos, la supremacía de la constitución, norma jurídica fundamental y fundamentadora del ordenamiento. De esta forma, se entiende que la democracia requiere la presencia de la justicia constitucional, o sea, su ausencia hace dudar de que estemos ante una verdadera democracia.

Pero, como decimos, al tiempo en que se sedimentaban sus rasgos definitorios, no se desprendía definitivamente de ciertos aspectos controvertidos. Sobre la justicia constitucional gravita de manera permanente la cuestión de su legitimidad: ¿un órgano que no es de elección popular puede estar investido de la facultad de eliminar o no aplicar una ley que como tal ha sido aprobado por los representantes del pueblo? En este sentido, parafraseando a García de Enterría, podemos decir que el tribunal de la historia ha dictado sentencia favorable a los tribunales constitucionales y fijado su legitimidad al amparo de la efectividad del principio de supremacía de la carta magna. Sin embargo, las dudas al respecto semejan reproducirse; tal vez no resulta posible desprenderse realmente de ellas.

De igual forma, sobre esta institución pende cual espada de Damocles el riesgo de la politización y, por ende, de su falta de independencia, lo que puede imposibilitar el verdadero cumplimiento de sus competencias en la medida en que se alejaría del interés general y oscurecería el argumentario jurídico empleado en las resoluciones. Otro elemento, poderoso, que impone conflictividad en la dinámica práctica de esta institución y que nos obliga a ofrecerle reflexiones académicas que arrojen luz y alternativas que sirvan para disipar estos peligros, permitiendo un mejor desempeño en el entramado del sistema público.

2. Por lo tanto, el tema sigue reclamando la atención doctrinal para dotarlo de bases robustas, periódicamente actualizadas, y en progreso. Así las cosas, la obra a la que nos referimos sirve para cumplir tan elevadas tareas, para lo cual es en buena medida muy útil el recurso al método comparado y el empleo conjunto de los formantes doctrinal, normativo y jurisprudencial. Todo ello se efectúa con destreza, lo que revela la finura en el proceder jurídico de los profesores italianos Sivlia Bagni, de la Universidad de Bolonia, y Matteo Nicolini, de la Universidad de Verona.

Esto explica que el desarrollo argumental en el libro resulte sumamente acertado. Se van superando fases con solvencia, incluso con habilidad habida cuenta la cantidad de aspectos abordados y la multitud de ejemplos mostrados. Así se logra combinar ágilmente los tres formantes vistos, con un permanente anclaje en el Derecho comparado, actual y pasado. Esta forma de proceder determina un resultado riguroso e informado.

3. El libro en cuestión se conforma por una introducción y cuatro partes, que a su vez contienen ocho capítulos. La introducción sirve para ofrecer la definición, las clasificaciones y la naturaleza y funciones de la justicia constitucional, al margen de mostrar el plan de trabajo que se sigue en el resto de la obra.

La primera parte aborda la función de garantía del principio de jerarquía entre las fuentes. Aquí se ubica el núcleo más conocido de esta institución al abarcar el control de constitucionalidad de la ley. Así se estudia el control de legitimidad de los actos normativos subordinados a la constitución en tres capítulos. El Capítulo I analiza el desarrollo del modelo nomocrático de justicia constitucional, desde sus orígenes históricos hasta la aparición de los principales modelos heurísticos (se citan el jurisdiccional difuso estadounidense, el concentrado kelseniano, el jurisdiccional incidental, el político francés, el soviético y el nórdico). El Capítulo II se titula «Reelaboración, circulación y deformación de los modelos ejemplares», donde se tocan múltiples supuestos, que incluyen Alemania, Italia, India, Japón, Austria, Suiza, Francia, Grecia, Portugal, España, Irán o Bélgica, y la difusión de la justicia constitucional en los países descolonizados y la hibridación de los modelos. El Capítulo III versa sobre las variables del modelo nomocrático, para lo que se seleccionan ciertos elementos constitutivos (acceso, objeto, parámetro, efectos, ejecución).

La segunda parte se refiere a la función de arbitraje en el ejercicio de los poderes soberanos. Se trata de algo de suma relevancia, aunque a veces ha estado oscurecido por la luminosidad del referido control de constitucionalidad. De nuevo hay tres capítulos que desgranar las diferentes tipologías de control de soberanía en el modelo pantocrático. Así, se ve el control que implica una función de arbitraje en el ejercicio de los poderes soberanos para la resolución de los conflictos entre entidades, órganos, instituciones y ciudadanos con

relación al tipo de Estado (reparto de competencias territoriales), en la forma de Estado (control de elecciones, partidos, autonomía local, derechos individuales, sobre las omisiones inconstitucionales) o en la forma de gobierno.

A su vez, la tercera parte trata la relación entre justicia constitucional y sistema multinivel de protección de derechos. Un único capítulo (el VII) aborda la problemática del control de convencionalidad dentro de la teoría constitucional y se despliegan los sistemas internacionales y supranacionales de protección de derechos humanos consolidados (el europeo y el interamericano).

Y la última parte, la cuarta, se plantea buscar un límite entre el rol de juez y el rol de legislador, reflexionándose sobre la compatibilidad entre la justicia constitucional y el Estado democrático y constitucional de Derecho. El Capítulo VIII, entonces, toca el tema de la legitimidad centrándose en los instrumentos de compensación ante la falta de responsabilidad de los órganos jurisdiccionales de justicia constitucional frente al pueblo: criterios de nombramiento de los jueces constitucionales, motivación de las sentencias, y apertura del proceso constitucional a las formas de democracia deliberativa.

Este planteamiento metodológico es coherente y robusto, lo que evidencia el rigor científico que emplean los dos autores. A lo largo de las páginas se emplean a la vez elementos descriptivos y analíticos, lo que hace más eficaz la transmisión de las ideas expuestas. Queremos subrayar este extremo, pues refleja de nuevo lo ya dicho acerca del buen hacer de los autores: una metodología adecuada en las ciencias sociales y jurídica aconseja emplear de forma paralela estos dos tipos de elementos para ir asentado la línea argumental construida.

4. Es de reseñar el correcto uso del método comparado, basado en un análisis horizontal, por tópicos o categorías, no por países. Es curioso ver todavía trabajos que no emplean de forma adecuada el recurso a la comparación, y parcelan la información por países, lo que impide alcanzar los resultados sinérgicos de un buen uso de la comparación. De lo que se trata con la comparación es mostrar los elementos comunes o disímiles de una figura con el objeto de servir a una mejor caracterización de la misma y, llegado el caso, para realizar una reforma normativa o incidir hermenéuticamente en el Derecho propio.

Estas ideas también son compartidas por los autores de la obra ahora comentada cuando señalan que «no se trata de examinar los institutos que delinean la justicia constitucional en los ordenamientos constitucionales individuales» (p. 31). Y en el concreto caso que nos incumbe la comparación jurídica debe permitir comparar soluciones adoptadas en distintos ordenamientos para asegurar la superioridad de la constitución y el respeto de la legalidad constitucional y de sus valores por parte de los poderes públicos.

Asimismo, también hay que tener presente que la institución analizada es susceptible de ser estudiada en macro comparación y en micro comparación. En función de la primera, se examinan los sistemas de justicia constitucionales como tales, y con base en la segunda se atiende a los institutos, modalidades de acceso y competencias de los órganos de justicia constitucional. Respecto a esto último se dice que su fin es formular clasificaciones y modelos para estudiar circulaciones y recepciones y «constatar el surgimiento de nuevos sistemas e hibridaciones entre los institutos» (p. 32).

5. Una institución del significado e importancia como es la que se estudia en el libro requiere ser delimitada conceptualmente con precisión y sometida a variables clasificatorias que arrojen un plus en su determinación epistemológica. Así se hace en el libro con cierto detenimiento. La variedad de expresiones y la influencia de la familia jurídica a la cual pertenecen es una dificultad inicial. La justicia constitucional, en la literatura científica, se aborda o bien como una disciplina con autonomía didáctica pero no autónoma respecto al Derecho constitucional (a diferencia de lo que pasa con el Derecho procesal constitucional), o bien con un enfoque que privilegia el carácter científico de la materia, que por lo tanto permite un ámbito autónomo de investigación científica. Estas cuestiones tienen un sentido específico en el ámbito latinoamericano con relación a la categoría de Derecho procesal constitucional, que suele estar «más interesado en el examen de los institutos individuales de naturaleza procesal, que en el análisis de los efectos sistémicos que la justicia constitucional puede determinar» (p. 25).

Así las cosas, se propone como definición de justicia constitucional la «interacción entre sujetos, órganos y procedimientos que permiten el control de actos y/o comportamientos de los poderes públicos en relación con las normas de rango constitucional» (pp. 26-27). Por lo tanto, se aboga por darle el sentido de cierta actividad de índole amplio que abarca la actuación de cualquier sujeto que lleva a cabo una comparación entre normas constitucionales y otras que deben estar sometidas a la constitución.

Pero también se ofrece una definición más restringida al acotarla al ejercicio de un órgano jurisdiccional o que tienen una forma jurisdiccional, operando en posición de tercero imparcial. A ello se une la expulsión o no aplicación de las normas contrarias al parámetro constitucional (p. 28). Por lo tanto, esta visión atiende sobre todo a la forma del sujeto que ejercita la función.

6. Los temas clasificatorios adquieren un protagonismo relevante, conectado con la propia metodología comparada. El punto de partida tradicional es la diferencia entre la *judicial review* y la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, o sea, entre el modelo norteamericano y el modelo europeo. Calamandrei y Cappelletti dan carta de naturaleza a ambos modelos. Sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial la situación evoluciona rápidamente y se va alejando de las dos

versiones canónicas. En la obra se repasan las posiciones de distintos autores (Pizzorusso, Favoreu, Fromont, Rousseau, Pegoraro, Rubio Llorente, Häberle, Palici di Suni, Fernández Segado, o nosotros).

Tras ello, desde la definición amplia defendida, se opta por diferenciar entre control de legitimidad, control de soberanía y control de convencionalidad (p. 41). Esto les lleva a indicar la interesante diferencia entre un modelo nomocrático o mínimo de justicia constitucional (donde solo está previsto el control de legitimidad de los actos normativos) y un modelo pantocrático o potenciado (en el que la actividad de todos los poderes públicos está sujeta a las formas de control de constitucionalidad). Este adquiere una intensidad variable en función de las formas de control previstas respecto a los otros poderes estatales (en la p. 44 se citan el «judicial, ejecutivo, electoral, de revisión constitucional y popular»). Se considera que estas formas desempeñan una función de arbitraje, lo cual, desde nuestro punto de vista, solo puede entenderse en un sentido relativo habida cuenta el preciso perfil que tiene la institución del arbitraje.

La adscripción de los ordenamientos a uno de estos dos modelos no se puede hacer de una forma sencilla e inmediata. Por eso aciertan Bagni y Nicolini al aplicar una lógica multivalente que tenga en cuenta los elementos difusos que están presentes (*fuzzy set theory*). Así, no conviene efectuar atribuciones inequívocas en los supuestos limítrofes, aun cuando el modelo que ha crecido es el pantocrático.

Acto seguido se avanza un paso más en el tema clasificatorio y se exploran submodelos y tipologías para realizar ulteriores agrupaciones. De esta forma, muestran una taxonomía descriptiva con una matriz de cuatro: nomocrático-jurisdiccional, nomocrático-no jurisdiccional, pantocrático-jurisdiccional (el mayoritario hoy) y el pantocrático-no jurisdiccional (p. 46). A su vez, al modelo nomocrático permite individualizar submodelos: de acceso (directo, incidental, mixto), de eficacia de los pronunciamientos (*erga omnes/inter partes*; retroactivos/*pro futuro*), de momento del juicio (preventivo, continuado), de parámetro (amplio, restringido), de ejecución (directa, mediata). Y aplicando el criterio de la titularidad de la función de control se alude a concentrado, difuso, difuso-concentrado, dual e incidental. Por su parte, dentro del modelo pantocrático, teniendo en cuenta la heterogeneidad existente, no se puede hablar de submodelos sino de tipologías, que atañen tanto a la forma de estado como a la forma de gobierno. Se ofrece un amplio listado, que incluye, por ejemplo, el control de la regularidad de las elecciones, el control sobre los partidos políticos o el control sobre la revisión constitucional.

Además, se aborda la problemática del control de convencionalidad en el sistema interamericano para concluir que debe ser considerado un género distinto de la justicia constitucional, y que como tal necesita una dogmática

jurídica propia. En efecto, concordamos sustancialmente con tal postura. En realidad, nos sorprende cómo se ha desarrollado y asentado en América Latina ese control, de forma un tanto irreflexiva, incluso sin previsión constitucional al respecto. Un tratado internacional no puede tener la misma legitimidad que una constitución democrática, nacida de un proceso constituyente que objetiva la soberanía del pueblo. En esta línea también se expresan los autores del libro cuando indican que existe una imposibilidad de reconducir la legitimación de este control «al consenso popular en torno al pacto constituyente» (p. 56).

7. No cabe duda de que la justicia constitucional ha sido muy exitosa, hasta el punto de ligarse a la propia lógica del sistema democrático. Es decir, una democracia para ser tal requiere un tribunal constitucional u órgano equivalente. La difusión a nivel mundial de la justicia constitucional encuentra cortes o tribunales *ad hoc*, aunque en algunos supuestos es la justicia ordinaria la que la desempeña, por lo general en su vértice. Por ello, estos últimos supuestos no contradicen lo que acabamos de indicar. Pero incluso también se ha extendido por países que no se ubican en los presupuestos del constitucionalismo democrático, lo que demuestra el simbolismo adquirido.

Este éxito requirió un enorme esfuerzo dogmático y epistemológico para asentar todos sus elementos, hacerlos evolucionar e ir adaptándolos a los nuevos contextos. No olvidemos que esta tarea es primigeniamente jurídica, aunque también debe completarse desde otras ciencias. Así las cosas, por ejemplo, fue necesario perfilar con rigor técnico las reglas del juicio constitucional, inicialmente por la pluma de procesalistas, después con el torrente de ideas de la dialéctica impercedera entre Schmitt y Kelsen. Este proceso constitucional se disecciona en el libro ahora recensionado por medio de la subdivisión del órgano en secciones, salas o senados; el rol de las partes y de los terceros; los poderes probatorios de las cortes; los mecanismos de decisión; y los poderes cautelares (pp. 241 y ss.).

Asimismo, el funcionamiento de la justicia constitucional requiere sortear temas cuanto menos lábiles, que podrían tensionar de manera excesiva dicho funcionamiento. El ejemplo tal vez más evidente son lo que nosotros calificamos en su momento de sentencias atípicas, aunque esta terminología no se emplea en el libro que estamos comentando. En él se aborda la tipología de sentencias, históricamente iniciada de forma simple al contraponerse sentencia de aceptación y sentencia de rechazo, además del pronunciamiento parcial, y creciendo en densidad con el paso del tiempo. Así, se sostiene que «la evolución de la tipología de los pronunciamientos señala una apertura hacia la hibridación de los modelos históricos y el cambio de la función prevalente de la justicia constitucional, de defensa de la autonomía territorial a garantía de los derechos fundamentales» (p. 255). Se citan alguno de los géneros de pronunciamientos,

sobre todo provenientes de Alemania e Italia, como las sentencias interpretativas (de aceptación o rechazo), manipulativas (sustitutivas, reductoras, aditivas, aditivas de principio, aditivas de prestación), y exhortativas del parlamento (monitorias, de mera incompatibilidad, suspensivas). Las manipulativas son especialmente delicadas pues producen tensiones con el legislador y evidencian «un poder extrínsecamente creativo» (p. 263).

También el central tema de los efectos de las sentencias parte de una base relativamente simple que se ha ido complicando. Dicha base, en el sistema concentrado, prevé unos efectos *pro futuro*, constitutivos (de anulación de la disposición o acto impugnado) y generales (*erga omnes*); y en el sistema difuso, efectos retroactivos, declarativos y particulares (*inter partes*). La hibridación de los sistemas de justicia constitucional, de nuevo, transforma el esquema de base en lo temporal y en lo concerniente a los destinatarios. Por ejemplo, en Alemania o España se prevén los efectos *ex tunc*, o sea, nulidad *ab origine*. En Italia la declaración de inconstitucionalidad tiene un limitado efecto retroactivo, en el que también incide la obra la obra de la Corte, que modula sus propias decisiones. Algo similar sucede en Francia con la «question prioritaire de constitutionnalité» (QPC) y la facultad del *Conseil* de definir el eventual alcance retroactivo.

En fin, el control de las revisiones constitucionales presenta de igual forma extremos sumamente delicados ya que interviene en un ámbito «en el que la tensión entre jurisdicción constitucional y poder democráticamente legitimado puede producir conflictos entre cortes y legisladores de revisión constitucional» (p. 358). Los tribunales muestran así un poder «supramayoritario» al controlar un acto legislativo que quiere formar parte de la constitución. Las previsiones acerca de este control han crecido en el Derecho comparado, pero también hay supuestos que niegan expresamente esta posibilidad. Toda esta problemática, ya en nuestra opinión, se conecta con la interesante cuestión de los límites, explícitos o implícitos, de la reforma constitucional y de la posibilidad de que alguien ubicado fuera del poder constituyente constituido intervenga.

8. Una obra de esta naturaleza, como no podía ser de otro modo, toca varios temas relacionados con España. Entre ellos, desde el método histórico comparativo en la reconstrucción de los modelos, se comenta la experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales español de 1931, considerado una «forma ejemplar para las constituciones de las excolonias» (p. 112), a pesar de su limitada virtualidad práctica, obstaculizada por el clima político de aquellos años. También, claro está, se incide en la solución concentrada en la vigente Constitución española de 1978 (pp. 166 y ss.), donde concurren la citada experiencia histórica y la influencia comparada italiana y alemana, además del eco de las teorías kelsenianas.

9. También está muy presente el permanente tema de la legitimidad de la justicia constitucional. Un tema recurrente, que se entreteje con el citado y permanente riesgo de politización del órgano. El planteamiento del problema es sencillo, su resolución compleja. ¿Cómo justificar la labor del juez constitucional que expulsa una norma que había sido aprobada por el legislador democrático, esto es, por el legislador que representa la voluntad del pueblo soberano? La respuesta no es inmediata y es deudora del contexto y del tiempo.

En el libro ello se aborda de forma sugerente, sobre todo en el capítulo final. Se parte de una pregunta inquietante (¿jueces omnipotentes?) y se intenta remediar el recurrente déficit de legitimación democrática. Tema clásico y a menudo revisitado: cómo justificar el rol de control de órganos que carecen de legitimidad democrática directa popular en unas sociedades organizadas sobre el principio democrático y la separación de poderes (p. 416). Es la objeción contramayoritaria, tratada en el pasado por conocidas plumas (Bickel, Lambert, Cappelletti, Tushnet) y que se realimenta con el discurrir del tiempo. El activismo de los tribunales enfatiza las polémicas sobre un constitucionalismo transformador y la renovación social.

El ámbito de las interacciones entre tribunales y legisladores es muy amplio, tanto de diálogo como de tensión. Las interpretaciones de la ley del tribunal y del legislador dialogan en el marco de una razonabilidad admisible. Por su parte, el conflicto surge de la diversidad estructural de ambos (no mayoritario *vs.* mayoritario). A veces las asambleas ven al tribunal como anti mayoritario, con lo que el conflicto se dispara. Así, estas asambleas pueden llegar a aprobar de nuevo, pero con rango constitucional, una norma anteriormente legal que el tribunal había declarado ilegítima. Frente a esto, el tribunal, como ya hemos dicho, afirma su poder de controlar la revisión constitucional. El conflicto, entonces, puede explotar.

Incluso, en la parte final del libro, en la línea de Bernal Pulido, se aboga por incidir en el rol de los jueces constitucionales en procesos deliberativos: dialogar entre los propios jueces y las otras instituciones y la sociedad civil como interlocutores. En todo caso esta deliberación debe ser «buena», en un sentido procedimental que maximice el consenso (p. 442). Se citan como medidas favorecedoras la ampliación de la legitimación, la intervención de interlocutores externos y las audiencias públicas cognitivas. Así se sugiere que la justicia constitucional deliberativa podría convertirse en un nuevo símbolo de la democracia contemporánea, ecológica e intercultural (p. 445).

Sea como fuere, y desde nuestro punto de vista, la evolución de la propia justicia constitucional no ha sido capaz de liberarse del citado riesgo de politización. Semeja que casi noventa años después Carl Schmitt se ha vengado de Kelsen. Aquel en su famosa obra *Der Hüter der Verfassung* concluía que el control de constitucionalidad era por naturaleza político por lo que no

podía juridificarse, *ergo* debía estar en manos del presidente del Reich como poder neutro que se imponía a la lucha partidista. En cambio, Hans Kelsen propugnaba la existencia de un tribunal *ad hoc* que abordase jurídicamente dicho control. La inquietud dimanada de esta disputa académica creemos que permanece.

10. Echamos en falta, en la parte final del libro, dos apartados: uno para las conclusiones de una obra intensa y de amplio recorrido como esta; y otro que recoja la bibliografía citada, lo que no solo es habitual en el ámbito de los trabajos científicos, sino que también resulta extremadamente útil al lector interesado. Y ello sobre todo cuando a lo largo del texto se emplea la expresión «cit.» para referirse a las segundas y ulteriores citas de un trabajo ya aludido. Esperemos que en una próxima edición la obra se complete con ambos apartados.

11. En fin, un libro de sumo interés, construido de manera excelente, que debe convertirse en un referente necesario en los estudios comparados de justicia constitucional, en permanente evolución en el nuevo entorno de la sociedad convulsa y agitada que camina por el siglo XXI. Trabajos como este servirán para mejorar nuestro entendimiento de una institución esencial en la dinámica del poder jurídico-constitucional e, incluso, serán útiles para perfilar de forma más satisfactoria su propia regulación.

*José Julio Fernández Rodríguez*

Universidad de Santiago de Compostela

LUIS EFRÉN RÍOS VEGA E IRENE SPIGNO (dirs.), YESSICA ESQUIVEL ALONSO Y CARLOS ALFREDO DÁVILA AGUILAR (coords.): *La reelección en América Latina en el siglo XXI*, Ciudad de México, Tirant lo blanch, 2021, 263 págs.

Un problema constitucional, rodeado de una rica historia, atraviesan los países americanos en virtud de la reelección presidencial, que comporta riesgos para la estabilidad democrática. En los últimos treinta años esa modalidad de reelección pasó de tener un carácter excepcional, a ser admitida por un elevado número de países de la Región. El libro *La reelección en América Latina en el siglo XXI*, de Tirant lo Blanch México y la Academia Interamericana de Derechos Humanos, de la Universidad Autónoma de Coahuila, que forma parte de su colección «Derechos Políticos», examina con detalle este fenómeno a partir de un estudio de casos sobre ocho países.

La obra fue dirigida por Luis Efrén Ríos Vega e Irene Spigno, coordinada por Yessica Esquivel Alonso y Carlos Alfredo Dávila Aguilar y participan en ella diez docentes e investigadores provenientes de universidades americanas. El