



Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional

ESTUDIOS DOCTRINALES

MANUEL ARAGÓN REYES

El futuro de la justicia constitucional

LUCIO PEGORARO

Control jurisdiccional vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)

CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGOL

El control de constitucionalidad en Cuba: recuento histórico y valoraciones de la nueva propuesta en la Constitución de 2019

PATRICIA LLOPIS NADAL

La cuestión prejudicial como instrumento para interpretar derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

Derechos humanos, proceso jurisdiccional y sus modos normales de terminación

VÍCTOR OROZCO

Aproximación al bloque de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

CARLOS FERNÁNDEZ ESQUER

El creciente activismo de la Corte Constitucional italiana ante las reformas del sistema electoral nacional

ALBERTO MACHO CARRO

De la dificultad contramayoritaria al diálogo interinstitucional: mecanismos de equilibrio en la relación justicia constitucional – Poder Legislativo

23

Número 1
enero/junio

2019

PRESENTACIÓN



ESTUDIOS
DOCTRINALES



ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES



COMENTARIOS
BIBLIOGRÁFICOS

Directores

Javier Díaz Revorio, Universidad de Castilla-La Mancha
Joan Oliver Araujo, Universidad de las Islas Baleares

Secretario

David Delgado Ramos, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

Vocales

Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia
Raúl Canosa Usera, Universidad Complutense, Madrid
José María Castellá, Universidad de Barcelona
Domingo García Belaunde, Pontificia Universidad Católica del Perú
Piedad García-Escudero Márquez, Universidad Complutense, Madrid
Ricardo Haro, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Luis López Guerra, Universidad Carlos III, Madrid
Jorge Miranda, Universidad de Lisboa
Josefa Ridaura, Universidad de Valencia
Diego Valadés Ríos, Universidad Nacional Autónoma de México

Comité Científico Asesor

ALEMANIA

Peter Häberle, Universidad de Bayreuth
Armin von Bogdandy, Instituto Max Planck, Heidelberg

ARGENTINA

Jorge Omar Barcholc, Universidad de Buenos Aires
Walter F. Carnota, Universidad de Buenos Aires
Alberto R. Dalla Via, Universidad de Buenos Aires
Antonio María Hernández, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Juan Carlos Hitters, Universidad Nacional de La Plata
Patricio Maraniello, Universidad de Buenos Aires
Daniel Alberto Sabsay, Universidad de Buenos Aires
Néstor Pedro Saqués, Universidad de Buenos Aires
Jorge Reinaldo Vanossi, Universidad de Buenos Aires
Alberto Zarza Mensaque, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

BOLIVIA

Jorge Asbun Rojas, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra
José Antonio Rivera Santiviáñez, Universidad Mayor de San Simón

BRASIL

José Afonso da Silva, Universidad de São Paulo
Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontificia Universidad Católica de São Paulo
José Carlos Barbosa Moreira, Universidad del Estado de Rio de Janeiro
Luis Roberto Barroso, Universidad del Estado de Rio de Janeiro
Paulo Bonavides, Universidade Federal do Ceará
Dalmo A. Dallari, Universidad de São Paulo
Ivo Dantas, Universidad Federal de Pernambuco
Gilmar Ferreira Mendes, Supremo Tribunal Federal
Márcio Gonçalves Ferreira Filho, Universidad de São Paulo
Eros Roberto Grau, Supremo Tribunal Federal
Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Universidad de Curitiba
José M.ª Othon Sidou, Academia Brasileira de Letras
Juri-dicas
Lenio Luiz Streck, Universidad de Vale do Rio dos Sinos

CHILE

José Luis Cea Egaña, Pontificia Universidad Católica de Chile
Humberto Nogueira Alcalá, Universidad Talca
Lautaro Ríos Álvarez, Universidad de Valparaíso
Fernando Saenger Gianoni, Universidad Católica de la Santísima Concepción
Alejandro Silva Basculán, Universidad Central de Chile

COLOMBIA

Manuel José Cepeda Espinosa, Universidad de los Andes
Eduardo Cifuentes Muñoz, Universidad de los Andes
Augusto Hernández Becerra, Universidad Externado de Colombia
Fabio Morón Díaz, Corte Constitucional
Julio César Ortiz, Universidad Externado
Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado
Álvaro Tafur Galvis, Corte Constitucional
Jaime Vidal Pardo, Corte Constitucional

COSTA RICA

Rubén Hernández Valle, Universidad de Costa Rica
Victor Eduardo Orozco Solano, Universidad de Costa Rica

CUBA

Diego F. Cañizares Abedo, Universidad de La Habana
Eduardo Lara Hernández, Unión Nacional de Juristas de Cuba

ECUADOR

Rodrigo Borja, Universidad de Quito
Oswaldo Cevallos Bueno, Tribunal Constitucional
Hernán Salgado Pesantes, Pontificia Universidad Católica del Ecuador

EL SALVADOR

Salvador Enrique Anaya, Universidad del Salvador
Mario Antonio Solano Ramírez, Tribunal Supremo

ESPAÑA

Eliseo Ala, Universidad de Barcelona
Oscar Alzaga Villaamil, Universidad Nacional de Educación a Distancia
Miguel Ángel Aparicio, Universidad de Barcelona
Manuel Aragón Reyes, Universidad Autónoma de Madrid
Roberto L. Blanco Valdés, Universidad de Santiago de Compostela
Ana María Carmona Contreras, Universidad de Sevilla
José Luis Cascao, Universidad de Salamanca
Javier Corcuera Ateiza, Universidad del País Vasco
Pedro Cruz Villalón, Universidad Autónoma de Madrid
Eduardo Espín Templado, Universidad de Castilla-La Mancha
Ángela Figueroa, Universidad de Salamanca
Teresa Freixes Sanjuán, Universidad Autónoma de Barcelona
Manuel B. García Álvarez, Universidad de León
Mariano García Canales, Universidad de Murcia
Javier García Fernández, Universidad de Alicante
José Luis García Guerrero, Universidad de Castilla-La Mancha
María del Rosario García Mahamut, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana
Javier García Roca, Universidad Complutense, Madrid
Ángel Garroena Morales, Universidad de Murcia
Dolores González Ayala, Universidad Carlos III, Madrid
Esther González Hernández, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid
Pedro González-Trevijano, Tribunal Constitucional
Luis Ignacio Gordillo, Universidad de Deusto
Luis Jimena Quesada, Universidad de Valencia
Javier Jiménez Campo, Tribunal Constitucional
Juan Fernando López Aguilar, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Raúl Morodo Leoncio, Universidad Complutense, Madrid
Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Tribunal Supremo
Alberto Pérez Calvo, Universidad Pública de Navarra
Pablo Pérez Tremps, Universidad Carlos III, Madrid
Antonio Porras Nadales, Universidad de Sevilla
Artemi Rallo Lombarte, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana
Miguel Revenga Sánchez, Universidad de Cádiz
Agustín Ruiz Robledo, Universidad de Granada
Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Universidad de Jaén
Remedio Sánchez Ferriz, Universidad de Valencia
Antonio Torres del Moral, Universidad Nacional de Educación a Distancia

Rosario Tur Ausina, Universidad Miguel Hernández de Elche
José Manuel Vera Santos, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid
Jaume Vernet i Llobet, Universidad Rovira i Virgili
Roberto Viciano, Universidad de Valencia
Camino Vidal Fueyo, Universidad de Burgos

FRANCIA

Guillaume Tusseau, Sciences Po, Paris

GUATEMALA

Jorge Mario García Laguardia, Universidad de San Carlos de Guatemala
Carmen M.ª Gutiérrez de Colmenares, Tribunal Constitucional

HONDURAS

José Rolando Arriaga M., Tribunal Supremo

ITALIA

Roberto Romboli, Universidad de Pisa
Giancarlo Rolla, Universidad de Génova
Lucio Pegoraro, Universidad de Bologna

MÉXICO

César Astudillo Reyes, Universidad Autónoma de México
José Barragán Barragán, Universidad Nacional Autónoma de México
Miguel Carbonell, Universidad Autónoma de México
José Ramón Cossío Díaz, Suprema Corte de Justicia de la Nación
Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Universidad Nacional Autónoma de México
Héctor Fix-Zamudio, Universidad Nacional Autónoma de México
Sergio García Ramírez, Corte Interamericana de Derechos Humanos
Felipe de la Mata Pizaña, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
Mario Melgar Adalid, Universidad Nacional Autónoma de México
J. Jesús Orozco Henríquez, Tribunal Electoral Federal
José Ovalle Favela, Universidad Nacional Autónoma de México
José Luis Soberanes Fernández, Comisión Nacional de Derechos Humanos
Salvador Valencia Carmona, Universidad Nacional Autónoma de México
Arturo Zaldívar Leto de Larrea, Universidad Nacional Autónoma de México

NICARAGUA

Iván Escobar Fornos, Tribunal Supremo

PANAMÁ

Arturo Hoyos, Tribunal Supremo
Francisco Rodríguez Robles, Universidad de Panamá

PARAGUAY

Luis Lezcano Claude, Tribunal Supremo
Jorge Seall-Sasiain, Universidad Nacional de Asunción

PERÚ

Enrique Bernales Ballesteros, Pontificia Universidad Católica del Perú
Alberto Borea Odría, Pontificia Universidad Católica del Perú
Francisco J. Eguiguren Praeli, Pontificia Universidad Católica del Perú
César Landa Arroyo, Pontificia Universidad Católica del Perú
Marcial Rubio Correa, Pontificia Universidad Católica del Perú
Eloy Espinosa-Saldaña, Tribunal Constitucional del Perú

POLONIA

Krzysztof Komplik, Universidad de Wrocław

PORTUGAL

José J. Gomes Canotilho, Universidad de Coimbra
Vital M. Moreira, Universidad de Coimbra
Afonso d'Oliveira Martins, Universidades Lusitana
María Fernanda Palma, Tribunal Constitucional
Marcelo Rebelo de Sousa, Universidad de Lisboa

URUGUAY

Rubén Correa Freitas, Universidad de la Empresa
Eduardo Esteva Gallicchio, Universidad Católica del Uruguay
Martín Rísso Ferrand, Universidad Católica del Uruguay

VENEZUELA

Asdrúbal Aguiar Aranguren, Universidad Católica Andrés Bello
José Guillermo Andueza, Universidad Central de Venezuela
Carlos M. Ayala Corao, Universidad Católica Andrés Bello
Allan R. Brewer-Carías, Universidad Central de Venezuela
Josefina Calcaño de Temeltas, Academia de Legislación y Jurisprudencia
Ricardo Combellas, Universidad Central de Venezuela

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional

23

Número 1
enero/junio
2019

ISSN-L: 1138-4824

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Los contenidos del ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
están disponibles en acceso abierto en las direcciones:

Revistas electrónicas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8>

Repositorio Español de Ciencia y Tecnología
<http://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/index>

Catálogo General de Publicaciones Oficiales
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Dialnet
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=4240>

SUSCRIPCIONES

Para adquirir números sueltos en papel debe dirigirse a:
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 MADRID (España)
Tel. (34) 91 4228 972/91 4228 973
email: suscripciones@cepc.es
<http://www.cepc.gob.es/tienda/c%C3%B3mo-comprar-una-revista>

El Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional cumple con los criterios de calidad
LATINDEX y está indizado en SCOPUS.

ISSN-L: 1138-4824
Depósito legal: M. 491-1997

DOI: 10.18042/cepc/aijc

NIPO pdf: 044-19-012-9
NIPO html: 044-19-013-4

Fotocomposición: TRECEOCHO EDICIÓN, S.L. - ÁVILA, 12-28830 San Fernando de Henares



PAPEL RECICLADO
LIBRE DE CLORO

SUMARIO

Núm. 23(1), año 2019

| | |
|---|---------|
| <i>Presentación</i> | 7 |
| ESTUDIOS DOCTRINALES | |
| MANUEL ARAGÓN REYES | |
| El futuro de la justicia constitucional. | 11-41 |
| LUCIO PEGORARO | |
| Control jurisdiccional <i>vs.</i> control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último) | 43-86 |
| CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGOL | |
| El control de constitucionalidad en Cuba: recuento histórico y valoraciones de la nueva propuesta en la Constitución de 2019. . . . | 87-110 |
| PATRICIA LLOPIS NADAL | |
| La cuestión prejudicial como instrumento para interpretar derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. | 111-141 |
| LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA | |
| Derechos humanos, proceso jurisdiccional y sus modos normales de terminación | 143-173 |
| VÍCTOR OROZCO | |
| Aproximación al bloque de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense . . . | 175-206 |

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

CARLOS FERNÁNDEZ ESQUER

El creciente activismo de la Corte Constitucional italiana ante las reformas del sistema electoral nacional. 209-230

ALBERTO MACHO CARRO

De la dificultad contramayoritaria al diálogo interinstitucional: mecanismos de equilibrio en la relación justicia constitucional – Poder Legislativo 231-260

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *El juicio de amparo, la Constitución de Querétaro de 1917, y su influjo sobre la Constitución de la Segunda República Española*. Volumen I: *Antecedentes y evolución del juicio de amparo hasta su recepción por la Constitución de Querétaro. El inicio con ella de la nueva era del constitucionalismo social*, por Pere Ollers Vives 263-268

UGO ADAMO: *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia (Constitución y fin de la vida. Testamento vital y eutanasia)*, por Jorge Lozano Miralles 268-274

MARCELO BERNAL Y CALOGERO PIZZOLO (DIRS.) Y GABRIEL CARRANZA (COORD.): *Modelos para armar. Procesos federales actuales, descentralización del poder y desafíos del gobierno multinivel*, por Ángel Luis Alonso de Antonio. 274-283

TABLE OF CONTENTS

Issue 23(1), Year 2019

| | |
|---|---------|
| <i>Presentation</i> | 7 |
| STUDIES | |
| MANUEL ARAGÓN REYES | |
| The future of constitutional justice | 11-41 |
| LUCIO PEGORARO | |
| Judicial review <i>vs.</i> political control: The erosion of a dichotomous category (And the progressive scope of latter) | 43-86 |
| CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGOL | |
| The control of constitutionality in Cuba: Historical record and preliminary assessments of the new proposal in the constitution of 2019 | 87-110 |
| PATRICIA LLOPIS NADAL | |
| Preliminary ruling as an instrument to interpret fundamental rights within the legal framework of the European Union. | 111-141 |
| LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA | |
| Human rights, jurisdictional proceedings and normal ending of the court proceedings | 143-173 |
| VÍCTOR OROZCO | |
| Approach to the bloc of constitutionality and conventionality in the Costa Rican constitutional justice system | 175-206 |

CASE LAW

CARLOS FERNÁNDEZ ESQUER

The growing activism of the Italian Constitutional Court facing the reforms of the national electoral system 209-230

ALBERTO MACHO CARRO

From the counter-majoritarian difficulty to an interinstitutional dialogue: Mechanisms of balance in the relationship between judicial review and the legislature 231-260

BOOKS REVIEWS

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: *El juicio de amparo, la Constitución de Querétaro de 1917, y su influjo sobre la Constitución de la Segunda República Española. Volumen I: Antecedentes y evolución del juicio de amparo hasta su recepción por la Constitución de Querétaro. El inicio con ella de la nueva era del constitucionalismo social*, by Pere Ollers Vives 263-268

UGO ADAMO: *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia (Constitución y fin de la vida. Testamento vital y eutanasia)*, by Jorge Lozano Miralles 268-274

MARCELO BERNAL AND CALOGERO PIZZOLO (DIRS.) AND GABRIEL CARRANZA (COORD.): *Modelos para armar. Procesos federales actuales, descentralización del poder y desafíos del gobierno multinivel*, by Ángel Luis Alonso de Antonio. 274-283

PRESENTACIÓN

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO
JOAN OLIVER ARAUJO

El mes de enero de 2018 asumimos, con voluntad de servicio a la comunidad académica, la dirección del *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Como indicábamos en la Presentación del número anterior, en esta nueva etapa, nos hemos propuesto mantener los elementos esenciales que dan valor al *Anuario*, y al mismo tiempo seguir trabajando para alcanzar los máximos estándares de calidad científica. Somos conscientes de que el requisito esencial para alcanzar este objetivo es publicar en sus páginas trabajos innovadores y relevantes que respondan, de una u otra manera, a la materia de la justicia constitucional, parcela científica en la que esta revista está especializada. Creemos que los índices de los dos números del *Anuario* que, hasta ahora, hemos dirigido dan prueba del empeño que hemos puesto en el logro de este objetivo.

Por otra parte, a partir de este número, el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* pasará a publicarse semestralmente. Si bien se mantiene la denominación y su condición de Anuario, la revista se dividirá en dos volúmenes cada año, que saldrán a la luz en los meses de junio (1) y diciembre (2). De esta manera, el equipo directivo de la publicación cree que esta podrá dar un seguimiento más actual a los problemas y temas jurídicos que el devenir jurídico y político nos vaya planteando, así como incluir más prontamente los estudios relevantes en la materia. Esperamos que este cambio, que no está exento de esfuerzo y trabajo, sea valorado positivamente por los lectores.

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL FUTURO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL¹

The future of constitutional justice

MANUEL ARAGÓN REYES²
Universidad Autónoma de Madrid
manuel.aragon@uam.es

Cómo citar/Citation

Aragón Reyes, M. (2019).

El futuro de la justicia constitucional.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(1), 11-41.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.01>

Resumen

El objetivo de este trabajo es exponer el futuro de la justicia constitucional desde el enfoque de los desafíos a los que se enfrenta en el futuro inmediato. En particular, el análisis se centra en la hipótesis de una justicia constitucional multinivel y la necesidad de que los Estados se integren en ella, para reforzar su eficacia. Todo ello, sin olvidar el sentido de la justicia constitucional y el rol que desempeña en el Estado de derecho. El trabajo concluye con una reflexión sobre el Tribunal Constitucional español y sus reformas recientes para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones.

¹ Una primera versión de este trabajo se corresponde con mi discurso de ingreso, como académico de honor, en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, pronunciado en noviembre de 2016. Ahora he incorporado, además de algunos cambios, otras reflexiones posteriores. He eludido, salvo excepciones, las citas bibliográficas, suficientemente conocidas y que, por lo demás, pueden encontrarse en los diversos escritos sobre justicia constitucional contenidos en mi libro (Aragón, 2013).

² Catedrático emérito de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, magistrado emérito del Tribunal Constitucional y académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

Palabras clave

Justicia constitucional; multinivel; Estado de derecho; futuro.

Abstract

The aim of this work is to expose the future of constitutional justice from the approach of the challenges it faces in the immediate future. In particular, the analysis focuses on the hypothesis of multilevel constitutional justice and the need for States to integrate into it, to reinforce its effectiveness. All this, without forgetting the sense of constitutional justice and the role it plays in the rule of law. The work concludes with a reflection on the Spanish Constitutional Court and its recent reforms to ensure compliance with its resolutions.

Keywords

Constitutional justice; multilevel; rule of law; future.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL. II. EL ACTIVISMO JUDICIAL. III. UNA DISCUSIÓN REITERADA Y, CASI SIEMPRE, MAL PLANTEADA: JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA: 1. Planteamiento. 2. La democracia constitucional. 3. La justicia constitucional: género y especies. 4. La llamada «objeción democrática» a la justicia constitucional y la necesidad de distinguir entre la democracia «de» la constitución y la democracia «en» la constitución. 5. La interpretación constitucional. 6. Los significados procedimental y sustantivo de la democracia. Justicia constitucional y reforma de la Constitución. 7. El problema de las relaciones entre justicia constitucional y democracia no radica tanto en la existencia de la primera, sino en su modo de actuar. IV. EL FUTURO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA: 1. Justicia constitucional y jurisdicción constitucional. 2. El futuro de la justicia constitucional desempeñada por los jueces y tribunales ordinarios. 3. El futuro de la justicia constitucional desempeñada por el Tribunal Constitucional. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Por exigencias de la teoría, que la práctica ha venido confirmando, cabe sostener que constitución y justicia constitucional son hoy realidades inseparables. Ello es claro en lo que podríamos llamar constituciones modernas, «racional-normativas» en términos de García-Pelayo, pero también lo es en el único ejemplo de constitución antigua o «histórica» que todavía se conserva: la del Reino Unido. Allí la Constitución, o al menos sus partes destinadas a regular las relaciones de los ciudadanos con el poder, es, y siempre ha sido, derecho aplicable por los jueces, aunque esa Constitución no goce del carácter suprallegal que sí tienen las constituciones modernas. Cuando, a través de un largo proceso, las constitucionales «racional-normativas» fueron desplegando la potencialidad inherente a sus postulados (primero en los Estados Unidos de América y después en Europa), que no eran otros que la soberanía del pueblo, los derechos fundamentales y la división de poderes, quedó patente que solo concibiendo la constitución como norma jurídica suprema y dotando de eficacia a esa supremacía jurídica, la constitución podría regir efectivamente la vida de una comunidad.

Partir, pues, de que la constitución es derecho significa aceptar que los jueces deberán aplicarla, pues no hay derecho sin la garantía judicial de su cumplimiento, y eso exige, necesariamente, atribuir esa garantía a órganos de naturaleza jurisdiccional. Y efectivamente, allí donde hay una auténtica constitución, lo que hoy significa una constitución normativa, que regula un Estado democrático de derecho, los jueces y tribunales controlan la constitucionalidad de las demás normas del ordenamiento y de los actos que en su aplicación se realizan. La justicia constitucional, en suma, no es otra cosa que la aplicación jurisdiccional de la constitución. En algunos países esa justicia la desempeñan todos los jueces y tribunales, sea cual sea la norma o acto sometido a su control. Ese modelo de justicia constitucional es el que suele calificarse como de jurisdicción difusa. En otros países, sin perjuicio de que también todos los jueces y tribunales aplican la constitución, se atribuye en exclusiva a un solo órgano jurisdiccional, un tribunal constitucional, el control de constitucionalidad de las leyes. Es el modelo también denominado de jurisdicción concentrada, o europeo, porque aquí nació aunque se ha extendido a otras zonas del mundo.

Ese es el presente. El futuro de la justicia constitucional no es otro, pues, que el futuro de la constitución, que es lo mismo que decir hoy del Estado constitucional y democrático de derecho. Las transformaciones que, como consecuencia de los procesos de supraestatalización, en unos casos, y de globalización, en todos, esa forma de Estado está experimentando en los últimos tiempos no suponen por sí solas que la justicia constitucional desaparezca, solo que está obligada a operar en ámbitos más extensos y complejos. Por otra parte, los peligros que ahora rondan a aquella forma de Estado, representados por los fundamentalismos identitarios, los populismos y los nacionalismos excluyentes, que pretenden acabar con ella, con ser ciertos y graves, confío en que no logren sus objetivos y, en tal sentido, si el Estado constitucional y democrático de derecho se mantiene en el futuro, seguirá manteniéndose, sin duda, la justicia constitucional.

Todo lo que acabo de decir no significa desconocer los defectos que esa justicia constitucional pueda tener, que sí los tiene. Lo único que he pretendido en esta especie de introducción es señalar, de manera general, o más exactamente, conceptual, el carácter indisociable de constitución y justicia constitucional, avalado hoy, como dije al principio, por la teoría y la práctica. Cosa bien distinta es examinar el estado en que se encuentra en la actualidad la justicia constitucional y, en ese plano histórico y concreto, señalar algunas de sus disfunciones y proponer determinadas reformas para eliminarlas o atenuarlas, pues si el futuro de aquella, como institución, no lo veo radicalmente comprometido, sí creo que ese futuro transcurrirá en mejores condiciones

si se erradican algunos de los defectos que hoy aquejan a la aplicación de la constitución por los órganos jurisdiccionales.

II. EL ACTIVISMO JUDICIAL

El principal de esos defectos creo que es el activismo judicial. Pero antes de referirme a él debo aclarar que por activismo judicial no entiendo los casos, lamentables, de que en algunas ocasiones o lugares la justicia constitucional haya producido decisiones fundadas en razones políticas y no jurídicas. Eso no es activismo, sino incumplimiento grave de la obligación constitucional de juzgar conforme a derecho y no por motivos ideológicos o morales. Que los tribunales que han de aplicar la constitución puedan tener en cuenta las consecuencias políticas de sus decisiones es una cosa, perfectamente lógica, y otra distinta y rechazable es que la decisión que adopten, incluso tomando en consideración ese factor, no se argumente con razones jurídicas. Por fortuna, en los países con justicia constitucional consolidada resoluciones así, tan contrarias a la función jurisdiccional, no suelen producirse. Por activismo entiendo otra cosa: la laxitud interpretativa de los textos jurídicos y la suplantación por el órgano jurisdiccional de las competencias de otros poderes del Estado.

Ese activismo sí es relativamente frecuente, y debe criticarse. En cuanto a la laxitud interpretativa, me refiero a la que puede recaer tanto sobre la constitución como sobre las leyes, ya que a la justicia constitucional le corresponde la interpretación de la constitución y la interpretación constitucional de la ley. Sobre ambos textos ha de producirse, pues, una actividad interpretadora que debe tener límites, pues, de lo contrario, los órganos de justicia constitucional no solo podrían suplantar al constituyente, sino también al legislador.

Es cierto que la interpretación de la constitución, por el amplio grado de abstracción y generalidad inherentes a muchas de sus prescripciones, lleva consigo una alta dosis de recreación y adaptación de la norma a nuevas circunstancias, pero también es cierto que esa capacidad tiene un límite, que me parece que no es otro que el derivado del significado unívoco que algunos de los términos normativos puedan tener. Cuando ello se desconoce, haciéndole decir a la constitución lo contrario de lo que literalmente dice, no se está interpretando la constitución, sino modificándola sin seguir su propio procedimiento de reforma. Los órganos de la justicia constitucional cooperan con el constituyente, por supuesto, pero no deben suplantarlos.

Y en lo que se refiere a la interpretación constitucional de la ley, para adaptar su sentido a lo previsto en la constitución, esa tarea, de obligado cumplimiento, no debe llevar al extremo de evitar la anulación o inaplicación de la ley mediante la operación de hacerle decir lo contrario de lo que la ley dice,

sencillamente porque entonces a quien se está sustituyendo es al propio legislador. En un Estado constitucional, los órganos de la justicia constitucional debe ejercer jurisdicción, no legislación.

De este activismo judicial, de este criticable desvío de la justicia constitucional, sí que contamos con indudables ejemplos de decisiones jurisdiccionales en España y fuera de ella, que no es preciso ahora identificar, dado el carácter general de las reflexiones que estoy formulando en esta parte del presente trabajo. Solo debo apuntar que de ese activismo debe huirse mediante una seria reconsideración acerca de los límites de la interpretación constitucional y de los excesos de las sentencias llamadas interpretativas, reconsideración necesaria si no se quiere poner en peligro la propia legitimidad de los órganos de la justicia constitucional.

Conectado con el problema anterior, de tal manera que es solo una variante de él, cabe señalar al activismo caracterizado por la actuación de los órganos de la justicia constitucional como verdaderos agentes de cambio social, formulando en sus decisiones programas concretos de políticas públicas y obligando a los poderes políticos (Ejecutivo y Legislativo) a su realización. Eso sucede en las llamadas, con discutible terminología, sentencias «estructurales», nombre que ha hecho fortuna en algún sector de la doctrina constitucional iberoamericana (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010). Tales sentencias, con la pretensión de asegurar la efectiva protección de los derechos (preferentemente sociales, pero no solo ellos) de extensos grupos de personas, imponen, pues, al Estado amplias obligaciones de hacer (de tipo normativo e incluso ejecutivo), reservándose, a veces, el control de su cumplimiento.

Este tipo de activismo, o si se quiere de judicialización de la política, aunque lo han practicado en ocasiones órganos judiciales ordinarios, es en la jurisdicción constitucional donde ha tenido su mayor proyección. Bien es cierto que solo en determinados países, especialmente en Colombia en los últimos tiempos³. No obstante, la existencia de resoluciones judiciales que ordenan a los poderes públicos la realización de un programa normativo no es algo nuevo, pues ya se habían producido parecidas sentencias (aunque con mandatos menos detallados e incisivos) en jurisdicciones constitucionales o análogas de otros lugares. Así, un ejemplo próximo podría ser el de las llamadas «sentencias piloto» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las

³ Entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional colombiano de 1 de agosto de 2002, referencia T-595 de 2002; de 22 de enero de 2004, referencia T-025 de 2004; de 31 de julio de 2008, referencia T-760 de 2008, y de 15 de diciembre de 2008, referencia T-1258 de 2008.

que se impone a un Estado el establecimiento de determinadas medidas⁴, o el de sentencias del Tribunal Supremo norteamericano que marcan estándares de protección de derechos que las autoridades deben cumplir⁵, o el de sentencias del Tribunal Constitucional de Sudáfrica en el mismo sentido⁶.

El principal problema de este tipo de sentencias radica en el riesgo de desnaturalización de la función jurisdiccional, que está para controlar a los poderes públicos, pero no para sustituirlos. Y ese riesgo se encuentra unido al del mayor o menor grado de concreción de sus mandatos de hacer. Que los tribunales (me refiero ahora solo a los que ejercen la jurisdicción constitucional) en sus decisiones protegiendo un derecho han de «adoptar las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación» (como expresa, por cierto, el art. 55.1.c de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español —en adelante LOTC—) es algo claro, pacífico y debido. Pero cosa bien distinta es que impongan un programa detallado de regulación general (o para grupos o clases amplias de personas) de ese derecho para hacerlo efectivo (y en caso de un derecho social, de una política pública detallada para lograrlo). Y no es un tema que afecte solo a la legitimidad del órgano jurisdiccional, sino también a la eficacia de sus decisiones, ya que esta será siempre, de modo inevitable, inversamente proporcional al mayor o menor grado de concreción de las medidas que la sentencia establezca.

III. UNA DISCUSIÓN REITERADA Y, CASI SIEMPRE, MAL PLANTEADA: JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

1. PLANTEAMIENTO

Hablar de «justicia constitucional y democracia» obliga a poner de manifiesto, desde el primer momento, cuál es el auténtico fondo de esa relación

⁴ Por señalar una: la STEDH de 19 de junio de 2006, caso *Hutten-Czapska vs. Polonia*.

⁵ Así, por ejemplo, la conocida Sentencia de 17 de mayo de 1954, caso 347 US 483 (1954), asunto *Brown vs. Board of Education*, complementada por la *Brown II*, de 31 de mayo de 1955, caso 349 US 294 (1955) del mismo asunto. De todos modos, el Tribunal Supremo ha limitado extraordinariamente ese tipo de resoluciones, rechazando que se concreten o detallen en exceso tales estándares, pues ello conduciría a una «desmedida intervención de los jueces» en los otros poderes del Estado (Sentencia de 14 de mayo de 1979, caso 441 US 520 [1979], asunto *Bell vs. Wolfish*).

⁶ Así la pionera Sentencia de 4 de octubre de 2000, caso CCT 11/00, asunto *Irene Grootboom and Others vs. The Government of the Republic of South Africa and Others*.

problemática, tan mal entendida o tan confusamente entendida, a veces, por algunos sectores del derecho público e incluso de la filosofía del derecho.

El fondo al que antes me refería consiste en que para relacionar justicia constitucional y democracia es necesario partir de un significado muy preciso de ambos términos. Así, por lo que se refiere a la democracia, no es intelectualmente válido apelar a un concepto abstracto de democracia, sino a un concreto entendimiento de ella: el de la democracia constitucional. Tampoco, bajo el nombre de justicia constitucional, cabe referirse a cualquier modo de control de constitucionalidad, sino solo al que se le encomienda a órganos jurisdiccionales independientes, jurídicamente solventes y que adoptan sus decisiones fundadas únicamente en razones de derecho. Es a partir, pues, de tales significados específicos cuando puede enfocarse debidamente la relación que une a ambos términos.

Por ello, de manera previa al examen de la naturaleza de aquella relación, conviene dejar bien claro lo que esos términos significan, comenzando por el de la democracia constitucional.

2. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

La democracia, como forma de organización y ejercicio del poder en una comunidad política, solo ha podido verse garantizada cuando se ha formalizado a través de la constitución, única norma que asegura la soberanía del pueblo e impide, por ello, que el poder del Estado vulnere los derechos de libertad e igualdad de los ciudadanos cotitulares de esa soberanía. De ahí que no haya más constitución auténtica que la constitución democrática ni más democracia auténtica que la democracia garantizada por la constitución. En realidad, ello no significa otra cosa que lo que hace ya casi dos siglos y medio estableció la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que, después de proclamar que no hay más soberanía que la de la nación, estableció, en su art. 16, que todo país en el que no estén divididos los poderes ni garantizados los derechos de los ciudadanos carece de constitución. Aparecía así el Estado constitucional como nueva forma política histórica, basada en la existencia de una norma suprema, la constitución, emanada del poder constituyente soberano, cuyo objeto era la limitación funcional (división de poderes), temporal (elecciones periódicas) y material (garantía de los derechos fundamentales) del poder del Estado para asegurar la propia soberanía del pueblo, pues solo un pueblo libre puede ser soberano y solo un pueblo es libre si los ciudadanos que lo componen tienen asegurada su libertad.

La concepción formal de constitución (derecho supremo que vincula a todos los poderes públicos) y la concepción material de constitución (norma que tiene por objeto la limitación del poder en garantía de la libertad) aparecen,

así, indisolublemente asociadas. Para la forma política nueva, racionalizada, llamada Estado constitucional, que surge en Norteamérica y Europa a finales del siglo XVIII, la idea misma de constitución es la que permitiría que en aquella forma política no fuese realidad lo que Rousseau decía de los ingleses, que se creen libres, pero se equivocan, pues solo lo son en el momento de votar, quedando sometidos después a un poder tan omnímodo como el de la monarquía absoluta: el del Parlamento. Sin perjuicio de que el constitucionalismo británico (y ello difícilmente podía ser advertido por Rousseau) haya sido capaz hasta hoy de preservar la libertad política de los ingleses, no mediante la garantía de una constitución suprallegal, de la que carecen, sino de las garantías políticas y sociales que sí han servido allí para mantener su constitución histórica y prescriptiva.

Lo que importa subrayar es que la idea de que no hay democracia sin constitución, ni constitución sin democracia, está en los mismos orígenes del Estado constitucional «moderno» (a diferencia del «antiguo» y consuetudinario que surgió a través de los siglos en el Reino Unido) y fue haciéndose realidad práctica, en determinados países del mundo entre los que nos encontramos, en el transcurso de un proceso histórico que, a lo largo de casi siglo y medio, logró fundir liberalismo y democracia, no solo políticamente, sino también jurídicamente mediante el instrumento de la constitución. La democracia constitucional acabó siendo así una democracia asegurada por la constitución, lo que significa que no cabe apelar a la democracia por encima o al margen de la constitución, dado que solo dentro de ella la democracia se encuentra garantizada.

3. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: GÉNERO Y ESPECIES

Como es obvio, la democracia constitucional tiene como presupuesto la vigencia efectiva de la constitución como norma suprema del ordenamiento. Y como no hay derecho sin justicia que lo aplique en última instancia, únicamente si existe una justicia capaz de hacer cumplir la constitución la democracia constitucional está garantizada. Por ello, también desde los comienzos del constitucionalismo moderno, «racionalizado», surgió el convencimiento de que la justicia constitucional era un elemento necesario de la idea misma de constitución, aunque su implantación práctica haya sido también fruto de un largo proceso histórico que se inició primero en Estados Unidos, que se extendería después a algunos países iberoamericanos y que acabó imponiéndose en Europa (e incluso en algunos otros lugares del mundo) a lo largo del pasado siglo XX, dando lugar a un fenómeno cuyas características actuales es conveniente recordar, porque si bien a partir del significado de «democracia constitucional» ya es suficiente para encuadrar uno de los términos de la relación a que nos

estamos refiriendo, es preciso, sin embargo, detallar algo más en lo que afecta al otro término, «justicia constitucional», dada la variedad y complejidad de los modelos en que esta se ha desarrollado.

En la actualidad, dentro del mismo género (no hay otro válido) de justicia constitucional como institución jurisdiccional de control de la efectividad de la constitución, encontramos diversas especies: modelos de jurisdicción concentrada (al estilo europeo), de jurisdicción difusa (el ejemplo norteamericano, que también se extendió a otros lugares, entre ellos en Iberoamérica) y mixta (coexistencia entre el control concentrado y el control difuso, especie muy frecuente hoy en países iberoamericanos). No obstante, esta multiplicidad, en el fondo, es menos variada de lo que suponen esas meras descripciones.

De un lado, porque en los modelos de jurisdicción difusa se da hoy una relativa aproximación a los modelos de jurisdicción concentrada, al menos en lo que se refiere a los efectos generales de algunas de las resoluciones que en esa jurisdicción difusa se adoptan y a la existencia en ella, en determinados casos, de acciones colectivas, y no solo individuales, de acceso a la justicia constitucional, aparte de la función unificadora que genera el precedente.

De otro lado, porque en los modelos de jurisdicción concentrada la constitución también la aplican los jueces y tribunales ordinarios, aunque esté encomendado únicamente a los tribunales constitucionales el control de la constitucionalidad de la ley (no así en los Estados de la Unión Europea el control de la adecuación de la ley interna al derecho de la Unión, confiado a todos los jueces y tribunales ordinarios en una suerte de jurisdicción difusa) y porque incluso, allí donde existe el recurso de amparo, los ciudadanos pueden acceder directamente al tribunal constitucional.

Y por último, porque en los modelos mixtos hay una mezcla de jurisdicción concentrada y de jurisdicción difusa en el control de la ley, lo que ha originado que, pese a existir diferencias, ya no pueda hablarse, con propiedad, de una distinción radical entre los diversos modelos de justicia constitucional.

De todos modos, y al margen de la aproximación entre los modelos, la transformación más profunda que hoy ha experimentado la justicia constitucional consiste en la existencia de instancias jurisdiccionales de control de constitucionalidad de ámbito internacional o supranacional, como sucede en Europa, con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en Iberoamérica, con el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos. Instancias de auténtica justicia constitucional, dado que resuelven (o deben resolver) los procesos de que entienden a través de un razonamiento jurídico y no político, y que el parámetro de control que utilizan son normas materialmente constitucionales aunque formalmente hayan sido establecidas por tratados o convenios internacionales, ya sean el Tratado de

la Unión Europea (y dentro de él la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), el Convenio Europeo de Derechos Humanos o el Convenio Interamericano de Derechos Humanos. Instancias que, además, se superponen, en una relación de delicado equilibrio, a los órganos de justicia constitucional de los Estados nacionales.

Ahora bien, tanto en las instancias nacionales de control de constitucionalidad como en las aludidas instancias supranacionales, la estructura y función que las caracteriza es la misma: se trata de órganos de composición meritocrática (cuyos integrantes han de ser juristas de reconocida competencia), en los que el principio democrático solo opera indirectamente en su designación, y que tienen, no obstante, facultades de control de actos y normas adoptados por los poderes emanados de la representación popular. Esa aparente contradicción es la que ha conducido a que algunos, con escasa meditación, entiendan que existe una franca oposición entre democracia y justicia constitucional. Entendimiento viciado, creo, por un defecto de enfoque y por una inapropiada construcción teórica, que es de lo que ahora vamos a tratar.

4. LA LLAMADA «OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA» A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA NECESIDAD DE DISTINGUIR ENTRE LA DEMOCRACIA «DE» LA CONSTITUCIÓN Y LA DEMOCRACIA «EN» LA CONSTITUCIÓN

Como una especie de secuela de las viejas ideas de Carl Schmitt, que, frente a Kelsen, negaba el carácter jurídico de la justicia constitucional, ha vuelto a utilizarse en nuestro tiempo, y ha tenido cierta fortuna, el argumento de la ilegitimidad de un órgano estatal no democrático para controlar las decisiones de los órganos políticos democráticos. Esa es la base de la llamada «objección democrática» a la justicia constitucional, al menos en su vertiente más simple, aunque también se haya extendido otra (cuyo origen, más que en Schmitt, está en Lambert) que, aceptando que la justicia constitucional es justicia y no política, discute la legitimidad de que unos jueces puedan controlar al legislador democrático, ya que entonces son aquellos los que «gobiernan» y no los representantes del pueblo, subvirtiendo de ese modo la división de poderes. En ambos casos cabe encontrar una evidente debilidad teórica. Simplemente porque se basan en un defectuoso entendimiento de la democracia constitucional.

Como ya se dijo más atrás, la democracia constitucional no significa otra cosa que el establecimiento de reglas de derecho que limitan el poder constituido, y ello, en una democracia, significa limitar el poder de la propia mayoría. Por eso, la capacidad de un órgano del Estado democrático, necesariamente judicial (como debe ser cualquier órgano que resuelva de manera

definitiva las controversias en derecho), de anular las decisiones adoptadas por la propia mayoría democrática no es una paradoja real, sino únicamente aparente, pues el Estado constitucional democrático no deja de serlo, democrático, por el hecho de que la mayoría no pueda ser soberana. Al contrario, esa es la condición de la democracia constitucional, en la que solo el pueblo (y no sus representantes) ostenta la soberanía. De ahí que el Estado constitucional democrático se base en una distinción sin la cual tal forma de Estado carecería de sentido: la diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido.

En ambos planos se proyecta el principio democrático, aunque no de igual manera. En el plano constituyente (democracia «de» la constitución), la democracia no puede sustentarse en la regla de la simple mayoría, sino en la regla del consenso, esto es, de exigencia de unas mayorías muy cualificadas; cosa obvia, puesto que la constitución garantiza derechos y estructuras que no pueden estar a la disposición del poder constituido, es decir, de las mayorías cambiantes que en cada momento se sucedan como consecuencia de los procesos electorales. Si así no fuera, la constitución desaparecería, dado que dejaría de ser una norma suprallegal, y, entonces, como se expresó en frase afortunada y bien conocida, sería «una página en blanco que el legislador puede escribir a su capricho», lo que significaría, simplemente, que no habría constitución.

Una constitución es democrática porque emana democráticamente. Pero una constitución garantiza la democracia porque la preserva frente a la propia mayoría, en cuanto que establece unas prescripciones que la simple mayoría no puede cambiar. Unas prescripciones fundamentales (en su doble significado de superiores y de más importantes) que solo pueden ser acordadas por la democracia de consenso. Consenso que será obligatorio, en coherencia, para la reforma de la misma constitución. Esa es la base democrática de la rigidez constitucional.

Distinta es la proyección del principio democrático en el poder constituido, que opera a través de la regla de la mayoría y no del consenso, salvedad hecha de que algunas medidas que la propia constitución prevé deban adoptarse por mayorías superiores a la simple, así la emanación de determinadas leyes, pero siempre por una mayoría cualificada inferior a la que puede disponer de la constitución, pues de lo contrario se confundirían poder constituyente y poder constituido. Ese, el que se proyecta en el poder constituido, es el plano de la democracia «en» la constitución, esto es, el de la democracia que la constitución establece para la adopción de las decisiones ordinarias del Estado. Y esta segunda forma de proyección de la democracia no puede sobreponerse sobre aquella primera, de manera que la democracia «en» la constitución ha de atenerse a la democracia «de» la constitución. Para que ello sea así está precisamente la justicia constitucional, que tiene como función garantizar que

el poder constituido no vulnera lo decidido por el poder constituyente. En tal sentido no solo resulta incorrecto entender que hay una oposición entre democracia y justicia constitucional, sino que debe afirmarse que es la justicia constitucional la que hace posible la propia democracia, esto es, la que garantiza que la democracia de consenso, que produjo la constitución y ha de regir sus reformas, no sea suplantada por la democracia de la mayoría, propia de las actuaciones del poder constituido.

En consecuencia, la democracia constitucional, en la que la democracia «en» la constitución está subordinada a la democracia «de» la constitución, exige que haya justicia constitucional. Justicia de jueces y no de políticos (lo que sería un contrasentido), pues es función «natural» de la jurisdicción resolver los conflictos entre normas (entre la constitución y las que componen el resto del ordenamiento). Si así no fuera tendría todo el sentido la conocida frase de Rousseau, ya citada más atrás, de que «los ingleses se creen libres, pero solo lo son el momento de votar». En la democracia constitucional la libertad de los ciudadanos está garantizada en todo tiempo porque la constitución limita el poder de la propia mayoría, es decir, porque el Parlamento no es soberano, que solo lo es el pueblo, que mediante la democracia de consenso estableció unas reglas que garantizan los derechos y limitan el poder y por ello no están a la plena disposición de los poderes constituidos, existiendo una instancia objetiva, de aplicación de la constitución, que tiene encomendada la custodia fiel de esas reglas.

A partir de este entendimiento, que considero correcto, la llamada «objeción democrática» a la justicia constitucional carece de legitimidad teórica. No es que no haya oposición entre justicia constitucional y democracia, es que la una requiere necesariamente de la otra. Ahora bien, precisamente porque la justicia constitucional no puede dejar de estar sometida a la propia constitución, es por lo que su función de custodia de ella ha de ser «fiel», esto es, limitarse a fundar en razones jurídicas sus decisiones de preservación de la constitución frente a los actos del poder constituido. Por ello, el problema de la relación entre democracia y justicia constitucional no puede residenciarse en la existencia misma de esa justicia, existencia que es necesaria, sino en el modo de actuación de la jurisdicción constitucional, en su modo de aplicación «fiel» de la constitución. De donde se desprende que el problema de la relación entre democracia y justicia constitucional, que es un problema cierto, donde se sitúa, exactamente, es en la interpretación constitucional, de manera que, para evitar la contradicción entre los dos términos de esa relación, aquella interpretación habrá de producirse de modo jurídicamente razonable, y por ello objetivable, y no a través de decisiones fundadas en un mero ejercicio de voluntad política de la que, por principio, la justicia constitucional carece, pues su única legitimidad reside en el derecho y no en la política, y por ello en el razonamiento jurídico

que sirve de base a sus decisiones. Lo que nos lleva a examinar, aunque sea brevemente, el específico carácter de la interpretación constitucional.

5. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Ya, al hilo del activismo judicial, se apuntó más atrás que la interpretación constitucional es una de las claves para determinar con propiedad lo que tiene de genuina la función de la suprema interpretación y aplicación de la constitución y de la suprema interpretación y aplicación constitucional de las leyes. Ahora conviene extenderse sobre este asunto verdaderamente nuclear. Los tribunales constitucionales, o los supremos tribunales en los modelos de jurisdicción difusa, son los supremos intérpretes de la constitución, además de los supremos intérpretes de la constitucionalidad de la ley. De ahí que su doctrina, derivada del ejercicio de ambas funciones, sea vinculante para todos los poderes públicos y, en especial, para todos los jueces y tribunales ordinarios, que deberán interpretar la constitución y las leyes de acuerdo con lo establecido en dicha doctrina. Dicho ello, la cuestión principal, entonces, es la de los límites de la interpretación constitucional, pues, mediante ella, ni el supremo intérprete constitucional puede suplantar al poder constituyente ni sustituir al legislador, cuyos actos puede anular por inconstitucionales, por supuesto, pero no desvirtuarlos o sustituirlos. Por ello, ni puede hacer decir a la constitución lo contrario de lo que ella dice, pues para modificarla está el poder de reforma constitucional, no el poder jurisdiccional, ni, para salvar su constitucionalidad, hacerle decir a la ley lo que objetivamente ella no dice, pues si bien puede hacer de legislador negativo, no le cabe comportarse como legislador positivo suplantando el legítimo papel del legislador democrático. Esas reglas generales de los límites de la interpretación constitucional han de seguirse, desde luego, pero solo con enunciarlas no se resuelven los complejos problemas que la interpretación constitucional plantea.

Y tales problemas radican en la peculiaridad que, frente a la interpretación de las leyes, tiene la interpretación de la constitución, debida a la diferente naturaleza de que gozan la Constitución y la ley. La constitución es norma bien distinta de la ley no solo por razones de forma, en cuanto que la constitución es la norma suprema, a la que la ley está subordinada, sino también por razón de su contenido, en cuanto que la constitución está integrada, además de por reglas, por una amplia variedad de principios que, como tales, están enunciados con una alta dosis de generalidad y abstracción. Ello es consecuencia de la función que cumplen las constituciones modernas, que no solo determinan el funcionamiento del Estado, sino que proclaman valores y principios que han de regir en la totalidad de la vida social, más exactamente, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico público y privado. Por eso se

ha dicho en frase gráfica que hoy «por la constitución pasan todos los hilos del derecho». Una norma así, tan omnicomprendiva y al mismo tiempo tan sintética (pues de lo contrario se convertiría en un cuerpo legal de dimensiones incalculables aparte de dejar sin espacio suficiente al desarrollo constitucional y de correr el riesgo cierto de la obsolescencia), requiere de una interpretación muy especialmente cualificada.

Si interpretar la ley ya supone una actividad intelectual muy alejada de la vieja idea de que el intérprete ha de limitarse a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, dado que hoy (y creo que siempre) en las leyes existen enunciados que requieren de un proceso hermenéutico que encierra una dosis de actividad recreadora (aunque siempre limitada por las exigencias de la seguridad jurídica), interpretar la constitución eleva esa actividad recreadora de manera exponencial. En ambos casos, interpretación de la constitución e interpretación de la ley, no debe perderse de vista que si la interpretación de una norma es, en muchos supuestos, recreación de ella, lo que no cabe admitir (salvo en los sistemas de *common law*) es que, mediante la actividad interpretadora, el juez cree, *ex nihilo*, normas antes inexistentes. Mediante la interpretación de los enunciados normativos, las normas que cabe deducir de ellos se «descubren», pero no se «inventan».

Sin embargo, no es esta distinción de cantidad (más principios y más abstracción en la constitución que en la ley), sino una distinción de cualidad, la principal diferencia entre ambos textos normativos, derivada del hecho de que las indefiniciones de la ley pueden ser concretadas a la luz de su interpretación constitucional, mientras que las indefiniciones de la constitución no pueden serlo apelando a una norma superior a ella. Y en todo caso, cuando cabe, en alguna materia constitucional, apelar a una norma más alta desde el punto de vista de la jerarquía hermenéutica (no exactamente de la jerarquía normativa), como sucede en los supuestos de sumisión estatal a los tratados o convenios sobre derechos humanos (y a la doctrina de las jurisdicciones internacionales o supranacionales que tienen encomendada su protección), los problemas interpretativos que tales normas planteen tampoco pueden resolverse apelando a otra norma más alta, que no la hay.

De manera que en el estrato ordinamental superior, las indefiniciones normativas que no puedan resolverse en el interior del texto da la disposición de que forman parte utilizando los métodos habituales de la interpretación jurídica únicamente cabe concretarlas elevándose del plano dogmático normativo y apelando a la teoría, esto es, a la teoría general de la constitución (de la que forma parte la teoría general de los derechos humanos). Solo intérpretes muy cualificados, capaces de poseer los suficientes conocimientos teóricos, pueden, en los casos difíciles, realizar una interpretación constitucional objetivada. Es decir, una interpretación fundada en el derecho y no en el arbitrio. Una in-

interpretación razonada y razonable, capaz de ser contrastada en el seno de la comunidad jurídica.

A estas razones que explican la singularidad de la constitución y por lo mismo de la interpretación constitucional, se añade otra, también derivada de una última distinción entre constitución y ley: la que se sustenta en la garantía del pluralismo político como valor constitucional. La constitución, además de contener determinadas reglas cerradas, sin las cuales difícilmente podría servir de límite al legislador, ha de contener otras reglas abiertas, susceptibles de desarrollos legislativos distintos en función del propio pluralismo. De ahí que la interpretación de la constitución sea, también por este motivo, una interpretación distinta de la de la ley. En la constitución democrática (lo que significa democrática-pluralista) la ley no es ejecución de la constitución como el reglamento sí lo es de la ley, pues la constitución ampara que bajo su vigencia pueda haber políticas legislativas distintas en función de la mayoría que en cada momento gana las elecciones. Mayoría que no goza de una completa libertad, por supuesto, pues si así fuera no habría constitución, pero sí que ha de tener una esfera de discrecionalidad, siempre dentro de los límites sustantivos que la propia constitución ha marcado. Incluso en unas normas materiales tan significativas como las que enuncian los derechos fundamentales, la sumisión del legislador no lo es a la totalidad del ámbito en el que el derecho puede desarrollarse, sino al contenido esencial de ese derecho, que es el límite que, necesariamente, el legislador ha de respetar.

Ello convierte a la interpretación constitucional en una tarea delicada y de suma prudencia, pues no le compete cerrar aquello que el constituyente dejó abierto. Solo una cuidadosa exégesis del texto constitucional, capaz de discernir entre reglas cerradas y abiertas, capaz de combinar, en la teoría y en la práctica, los principios y valores que la constitución impone, sea cual sea la mayoría parlamentaria, y las cláusulas facultativas, que no obligatorias, que la constitución también contiene para garantizar la capacidad de acción de esa misma mayoría, puede realizar con éxito aquella tarea. Y hacerlo de manera que la interpretación constitucional resultante no pierda su ineludible condición de objetividad mediante una argumentación razonable capaz de ser compartida, o criticada, a partir de los argumentos que el derecho, y no la política, proporciona.

Las características antes aludidas no hacen desaparecer la naturaleza de norma jurídica que la constitución posee (y en tal sentido no es teóricamente aceptable la idea de Schmitt de que la constitución es norma política y no exactamente norma jurídica), pero sí es cierto que dotan a su interpretación de una especial singularidad. Por ello, en el campo, pues, de la interpretación constitucional, realizada por los órganos de la justicia constitucional, es donde hoy se sitúan, verdaderamente, los problemas atinentes a la relación entre justicia constitucional y democracia. Y esos problemas no son otros que los derivados de los

límites de la interpretación constitucional y por ello de los límites que la justicia constitucional no debe traspasar. La discusión hay que centrarla entonces en el «activismo judicial» y en el «exceso de jurisdicción» a que ese activismo tiende, que sí pueden poner en peligro el necesario equilibrio entre justicia constitucional y democracia, asuntos de los que se ya se ha venido tratando.

6. LOS SIGNIFICADOS PROCEDIMENTAL Y SUSTANTIVO DE LA DEMOCRACIA. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Si deseamos, por su patente inconsistencia teórica y su innegable falsedad práctica, la vieja contraposición entre democracia formal y democracia real, pues sin normas que la garanticen la democracia no es posible, solo cabe discutir en serio otra distinción relevante para el asunto de que se está tratando: la que pudiera existir entre democracia procedimental y democracia sustantiva. La primera se sostiene en el aserto de que la democracia «es procedimiento y solo procedimiento» (frase bien conocida de Kelsen, aunque en cierto modo relativizada en su obra *De la esencia y valor de la democracia*) y la segunda está basada en la idea de que la democracia se identifica con un conjunto de valores sustantivos que los procesos de decisión no pueden cambiar.

Una y otra versión de la democracia parten de un presupuesto común: no hay democracia fuera del derecho. Pero se distinguen en cuanto a las reglas que el derecho impone a la democracia. Para unos, el derecho solo impone la exigencia de que, para adoptar decisiones políticas, el poder público ha de someterse a los procedimientos democráticos. Para otros, lo que el derecho exige no es solo que se sigan tales procedimientos, sino que se acaten también unos valores (dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes) que quedan sustraídos a la capacidad de decidir mediante procedimientos democráticos. Y así se ha dicho, en frase gráfica y muy repetida, que «la democracia no puede ser destruida mediante procedimientos democráticos».

Este problema, como es obvio, no se plantea en el ámbito de la democracia «en» la constitución (esto es, de la democracia en el poder constituido), puesto que toda constitución exige el acatamiento no solo de unas reglas procedimentales, sino también materiales, que limitan la acción del poder del Estado. En tal sentido, la democracia «en» la constitución es procedimental y sustantiva al mismo tiempo y de manera inseparable. Donde el problema se plantea es en el ámbito de la democracia «de» la constitución (esto es, de la democracia en el poder constituyente). Para Kelsen, toda ley inconstitucional lo sería por razones formales, es decir, por no haber seguido el legislador el procedimiento de reforma de la constitución. Lo que significa que, si ese procedimiento se siguiera, la constitución podría cambiarse sin límite material

alguno. No habría, en consecuencia, valores vedados a la capacidad de acción del soberano popular siempre que actúe a través de los procedimientos de reforma constitucional. En cambio, para los defensores de la democracia en sentido sustantivo, el poder constituyente democrático está también limitado, pues la constitución, y su reforma no podrían ser democráticas si el texto constitucional resultante no garantizase la existencia de los valores y derechos inherentes a la dignidad de la persona que son presupuesto de la democracia misma.

Dicho con otras palabras, para los defensores de la democracia procedimental, en el plano de la democracia «de» la constitución (que es una democracia de consenso) no existen límites al pluralismo político (sí, claro está, en el plano de la democracia «en» la constitución, que es democracia de mayoría), mientras que para los defensores de la democracia sustantiva el pluralismo político se encuentra limitado, no sólo en el plano de la democracia «en» la constitución, sino también en el de la democracia «de» la constitución. Este y no otro es el problema que plantean los límites materiales, explícitos o implícitos, a la reforma constitucional. Y este es, en consecuencia, el problema último con que se enfrenta la justicia constitucional, en su relación con la democracia, al controlar las reformas constitucionales.

En un Estado democrático de derecho me parece claro que la justicia constitucional tiene legitimidad para controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales en cuanto a comprobar si han seguido o no el procedimiento que la constitución ha establecido para su propia reforma. Si así no fuera, las normas constitucionales sobre la reforma, al carecer de la garantía jurídica de su cumplimiento, no serían constitución, aunque formaran parte de su texto. La rigidez constitucional sería, simplemente, un mandato político cuya eficacia dependería exclusivamente de la libre voluntad del poder constituyente-constituido. Es obvio que ello no puede aceptarse teóricamente, aparte de que prácticamente haría que la constitución, pese a presentarse como rígida, sería, en realidad, flexible. La supralegalidad constitucional desaparecería, y, con ello, la propia constitución en su sentido moderno, «racional-normativo» (tan bien descrito por García-Pelayo). De ahí la necesidad de admitir que la justicia constitucional posee legitimidad para controlar las reformas constitucionales por razones de procedimiento.

Cuestión distinta es si puede también controlarlas por razones de fondo, esto es, porque tales reformas alteren el sistema de valores materiales sin los cuales no cabría hablar de constitución democrática. Y aquí se abren dos perspectivas, según que la Constitución haya fijado o no, de manera expresa, límites materiales a su reforma. Si lo ha hecho, la legitimidad de la justicia constitucional para efectuar ese control de fondo es clara, por ser coherente con lo dispuesto en el mismo texto constitucional. Si no lo ha hecho, entonces la cuestión es mucho más compleja, pues nos encontraríamos con el problema

de los límites materiales implícitos, cuya aceptación depende, a mi juicio, del modo de participación del soberano popular en la propia reforma constitucional.

En ausencia, pues, de límites materiales explícitos a la reforma, si es el pueblo soberano el que al final del procedimiento de reforma se pronuncia definitivamente sobre la misma, aprobándola, resulta muy cuestionable que la justicia constitucional pueda controlar la reforma por razones de fondo, pues el cambio constitucional lo ha sancionado el propio poder constituyente, jurificado por la constitución como poder de reforma, pero solo jurificado en cuanto al procedimiento, no en cuanto a la materia. En cambio, si ante el mismo supuesto de ausencia de límites materiales expresos a la reforma constitucional, esa participación popular directa no se da, es plausible que la justicia constitucional haya de velar por que el cambio constitucional, aprobado no por del poder constituyente jurificado, sino por el poder constituido reformador, se atenga (como poder constituido, aunque de reforma) a unos límites que, como poder delegado y no originario, tiene impedido traspasar, que operarían, interpretativamente, como límites materiales implícitos a la reforma constitucional. Ahora bien, si toda interpretación de la constitución es tarea compleja y delicada, esta de la obtención interpretativa de límites materiales implícitos a la reforma lo es mucho más, de manera que solo en supuestos de clara obtención interpretativa de tales límites y de indudable transgresión de ellos la justicia constitucional estaría legitimada para controlar la validez de la reforma constitucional por razones de fondo.

Nuevamente, en el tema de los límites implícitos, y especialmente en los casos en que no coinciden subjetivamente el poder constituyente y el poder de reforma, nos encontramos, pues, en el mismo terreno donde cabe situar la relación entre justicia constitucional y democracia: el de la capacidad y alcance de la interpretación constitucional. Si esa capacidad es libre, entonces sí que cabría sostener que la justicia constitucional se ha sobrepuesto a la democracia. Si, por el contrario, esa capacidad está subordinada a una fundamentación jurídicamente razonable, lo que habría hecho la justicia constitucional es realizar su función, legítima, de preservar la constitución, y por ello la democracia constitucional, haciendo prevalecer la democracia «de» la constitución sobre la democracia «en» la constitución.

Cuestión distinta, de naturaleza teórica y no dogmática, y por ello más propia del plano de la legitimidad que del de la validez, es la de si una reforma constitucional aprobada por el poder constituyente jurificado puede dar lugar a una eliminación de la democracia. Si así fuera, el resultado de esa reforma ya no sería una nueva constitución, sino un abandono de la concepción misma de constitución, pues en sentido propio no cabe hablar de constitución si esta no es democrática, no solo en su origen, sino también en

su contenido. En tales casos, el control de esa reforma, que más que reforma sería ruptura (ruptura del texto y ruptura del tipo), realizada, en ausencia de límites materiales explícitos, por el poder constituyente juridificado en cuanto al procedimiento pero no en cuanto a la materia, me parece que sería una tarea que excedería de la capacidad de actuación de la justicia constitucional.

Después de ese abandono de la forma constitución (y por ello de la democracia constitucional), su recuperación únicamente podría estar en manos de los políticos y de los propios ciudadanos, que en un determinado momento contribuyeron a su desaparición y que, si cambian de idea, solo podrían hacerla valer fuera de los cauces que el derecho positivo ofrece, bien mediante acuerdos que diesen paso a un proceso pacífico de transición hacia la democracia, bien incluso resucitando los viejos derechos naturales «de resistencia» e incluso «de rebelión, frente al poder injusto». En tal situación la justicia constitucional no tendría nada que hacer, entre otras cosas porque, por el cambio constitucional, esa justicia habría desaparecido, al menos en su significado auténtico.

En resumen, incluso en este supuesto límite, se hace patente, una vez más, que justicia constitucional y democracia constitucional no son realidades contradictorias, sino inseparables. No puede ser la una sin la otra.

7. EL PROBLEMA DE LAS RELACIONES ENTRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA NO RADICA TANTO EN LA EXISTENCIA DE LA PRIMERA, SINO EN SU MODO DE ACTUAR

Como he intentado explicar a lo largo de este trabajo, carece de sentido plantearse la relación entre justicia constitucional y democracia en términos de contradicción insalvable, puesto que, en la democracia constitucional, la justicia constitucional es requisito de la misma democracia.

El auténtico problema de esa relación, y no importa reiterarlo una vez más, ya no se sitúa en la existencia de la justicia constitucional, sino en su modo de actuar. Si ese modo se realiza sin caer en el activismo judicial, sometándose a los límites jurídicos que la interpretación de la constitución impone y sin excederse de la función jurisdiccional, que permite controlar a los poderes públicos, pero no sustituirlos, no cabe hablar de contraposición entre democracia y justicia constitucional. Si, por el contrario, ambas condiciones no se observan, entonces sí que podría tacharse a la justicia constitucional de actuar de manera poco respetuosa con la democracia.

Ese es el desafío que ha de afrontar la justicia constitucional, y solo si lo gana, esto es, si no pierde la única legitimidad que la sostiene, que no es otra que la fundamentación en derecho de sus decisiones, podrá mantenerse como lo que es y debe ser: la institución imprescindible para garantizar la efecti-

va vigencia de la constitución, que es un marco, además, en que los valores y principios constitucionales trascienden hoy el ámbito de las jurisdicciones nacionales como consecuencia del proceso de internacionalización de los derechos humanos, de manera que, en nuestros días, el constitucionalismo ha adquirido una dimensión global, convirtiéndose en una especie de *ius commune* de los países civilizados. Por cierto, ese fenómeno es lo que permite también dotar de objetividad, no solo teórica sino también práctica, a la teoría general de la constitución.

El constitucionalismo global de nuestro tiempo se sustenta, precisamente, en el entendimiento más correcto de la democracia constitucional, que consiste no solo en la existencia de procesos electorales libres, competitivos y transparentes, sino también en la garantía de que tales procesos no pueden conducir a la erradicación de unos valores sustantivos que, por fortuna, no pertenecen al mundo discutible de las ideas políticas, sino que han sido concretados en reglas jurídicas compartidas por las constituciones nacionales y los tratados y convenios sobre derechos humanos, que están protegidas, en los ámbitos internos y en los internacionales o supranacionales, por auténticos tribunales. La garantía jurisdiccional de los derechos humanos y de la forma de Estado democrática se ha supraestatalizado, al menos en determinados ámbitos geográficos. Esa es la nueva realidad.

La justicia constitucional de los Estados ha de acomodarse, pues, a esa nueva realidad, que ha conformado una justicia constitucional global o «multinivel» y que obliga a una leal cooperación y un continuo diálogo entre los órganos internos y los órganos internacionales o supranacionales que tienen encomendada esa común tarea. Esta globalización no puede verse como un debilitamiento de la justicia constitucional estatal, sino como un refuerzo de su eficacia, en cuanto que la cooperación recíproca ya aludida (que se sustenta en una comunidad de reglas, principios y valores) enriquece (y permite objetivar) la función que unos y otros tribunales desempeñan.

Que en el futuro se mantenga esta fértil conjunción de garantías de la democracia constitucional como sistema depende, en primer lugar, de la resistencia de la democracia constitucional frente a los peligros que la acechan, representados hoy por los movimientos fundamentalistas y populistas cuyo objetivo no es otro que destruirla; en segundo lugar, del cuidado que se ponga en la designación de los miembros de los órganos jurisdiccionales de garantía, de manera que se seleccione a juristas de reconocida competencia y se evite cualquier apariencia de parcialidad, y, por último, del funcionamiento adecuado de esos órganos, tanto los nacionales como los internacionales o supranacionales, que no deben adoptar sus decisiones mediante un acto de voluntad, sino de razón, de razón jurídica. Solo la rigurosa fundamentación de sus resoluciones hace aceptable el ejercicio de unas facultades de tan alto

relieve como las que tales órganos tienen atribuidas, entre ellas las del control de las decisiones de la representación popular residenciada en el Parlamento.

De las resoluciones que dicten podrá discreparse, por supuesto (incluso en el interior del órgano mediante votos particulares), pero siempre ha de exigirse que la argumentación que el órgano jurisdiccional emplee para fundamentarlas esté suficientemente razonada en términos de derecho, de manera que también, razonablemente, pueda ser criticada por la comunidad jurídica, pues tal crítica supone el contrapeso más eficaz al ejercicio de la ingente potestad que la justicia constitucional ejerce. Al fin y al cabo, la justicia constitucional (como el Estado constitucional democrático a cuya conservación sirve) solo puede funcionar allí donde existe una auténtica cultura política y jurídica constitucional, lo que presupone una sociedad mayoritariamente convencida de que democracia y Estado de derecho son realidades indisociables. Por ello, la efectividad de los derechos de los ciudadanos y el correcto funcionamiento de las instituciones deben buscarse siempre dentro y no fuera de las reglas que la propia constitución proporciona y de aquellas otras que cabe deducir de su texto mediante una rigurosa interpretación. Si ello no fuera suficiente, la alternativa es reformar la constitución, pero de ninguna manera tergiversarla o destruirla.

IV. EL FUTURO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

1. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y JURISDICCION CONSTITUCIONAL

El sistema español de justicia constitucional pertenece, como es sabido, al modelo europeo de jurisdicción concentrada, que no es, exactamente, el que Kelsen originariamente había defendido, dado que hoy no existen dos jurisdicciones separadas por el derecho que aplican, una, la constitucional, que aplicaría exclusiva y excluyentemente la constitución, y otra, la ordinaria, que solo podría aplicar las leyes; ni por los actos sometidos a control, las leyes en la primera y las demás normas y actos en la segunda; que era el primitivo esquema kelseniano.

Entre nosotros, y lo mismo sucede en los países europeos tributarios de ese modelo, la Constitución es hoy norma jurídica que, a diferencia de lo auspiciado originariamente por Kelsen, han de aplicar todos los jueces y tribunales, de manera que la jurisdicción ordinaria, al resolver cualquier proceso, ha de garantizar la vigencia de la Constitución, pudiendo anular los actos y normas reglamentarias que la vulneren, además de que debe interpretar las leyes y reglamentos de conformidad con las prescripciones constitucionales. Lo único que no le está permitido hacer es controlar la constitucionalidad de las

leyes, que ello está atribuido, en monopolio, al Tribunal Constitucional, que además tiene la exclusiva en el control de los actos políticos parlamentarios y la resolución de conflictos entre órganos constitucionales. Frente a las leyes inconstitucionales, la obligación de no aplicarlas se resuelve en la jurisdicción ordinaria mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que es una vía, fundamental, de colaboración de la jurisdicción ordinaria con la tarea del Tribunal Constitucional de controlar la constitucionalidad de las leyes.

En nuestro sistema de justicia constitucional, la jurisdicción del Tribunal Constitucional se caracteriza porque le corresponde la suprema interpretación de la Constitución, debiendo los jueces y tribunales ordinarios aplicar la doctrina emanada por el Tribunal en toda clase de procesos de que entiende. También porque tiene en monopolio, como se ha dicho, el control de constitucionalidad de la ley e incluso de normas infralegales y de determinados actos impugnables ante el Tribunal mediante el conflicto de competencias territoriales, las impugnaciones directas previstas en el título V de la LOTC, el conflicto entre órganos constitucionales y el recurso de amparo.

En consecuencia, debe distinguirse entre la justicia constitucional, que no es otra cosa que la aplicación judicial de la Constitución, y que en España llevan a cabo el Tribunal Constitucional y todos los jueces y tribunales ordinarios, y la jurisdicción constitucional, que es la atribuida en exclusiva al Tribunal Constitucional a través de los procesos de que conoce. Esta distinción formal, procesal, si se quiere, entre nuestras dos jurisdicciones, no se corresponde plenamente con una distinción material, pues, salvo en el control de la ley (ya sea de modo previo respecto de tratados y reformas estatutarias, ya sea resolviendo recursos y cuestiones de inconstitucionalidad e incluso conflictos en defensa de la autonomía local), en el conflicto entre órganos constitucionales y en el recurso de amparo frente a actos parlamentarios sin valor de ley, en los demás casos los actos y normas que, por razones de constitucionalidad, pueden ser controlados por el Tribunal Constitucional también lo pueden ser por la jurisdicción ordinaria.

2. EL FUTURO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DESEMPEÑADA POR LOS JUECES Y TRIBUNALES ORDINARIOS

Los órganos integrantes de nuestro Poder Judicial han cumplido de manera muy satisfactoria su cometido de aplicar la Constitución en toda clase de procesos. Hubo, no obstante, hace años, cierta tensión entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en relación con la delimitación de ambas jurisdicciones, pero ese problema creo que ya puede darse por resuelto. Lo que no significa ignorar que hay algunas zonas de posible colisión entre la

jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional, debidas a la confluencia material que, en determinados ámbitos de conocimiento, existe entre las dos jurisdicciones. Para evitar, o minimizar, esas colisiones es preciso que ambas jurisdicciones tengan claros dos postulados inherentes a nuestro sistema: a) que el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la constitucionalidad de la ley, no revise la interpretación legal del Tribunal Supremo salvo en los casos en que su contradicción con la Constitución sea indiscutible, aplicando la máxima de que «en caso de duda, a favor del Tribunal Supremo», y b) que los jueces y tribunales ordinarios acaten sin reparo alguno la doctrina sobre la interpretación de la Constitución y la interpretación constitucional de la ley establecida por el Tribunal Constitucional, con el que deben colaborar planteando las cuestiones de inconstitucionalidad y evitando la tentación de controlar al legislador.

Dicho lo anterior, no puede ocultarse que hoy los órganos judiciales ordinarios pueden inaplicar leyes por su contradicción con el derecho de la Unión Europea, pero eso no significa que tengamos una justicia difusa de la constitucionalidad de la ley, sino una justicia difusa de su adecuación al derecho europeo, ámbitos que pueden deslindarse siempre que tanto los jueces y tribunales ordinarios como el Tribunal Constitucional no los confundan. Para evitar esa confusión es preciso que la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial no se interfieran.

Por último, y referido solo a la labor de la jurisdicción ordinaria en el control de constitucionalidad de actos y normas infralegales, en concreto, la tutela de los derechos fundamentales, cabe apuntar que, respecto de los derechos susceptibles de amparo ante el Tribunal Constitucional, la actual regulación del incidente de nulidad de actuaciones, como remedio procesal previo al amparo, no contribuye precisamente a potenciar aquella tutela por la jurisdicción ordinaria. Tal como está previsto, se trata de una impugnación horizontal (ante el mismo órgano judicial que adoptó la última decisión) y sin intervención del Ministerio Fiscal, que hace prácticamente inoperante tal remedio, con la consecuencia de que ni descarga de trabajo al Tribunal Constitucional ni facilita que las vulneraciones de derechos producidas en la última decisión judicial puedan ser depuradas (y por ello esos derechos tutelados) por la propia jurisdicción ordinaria.

De ahí la conveniencia de que se reforme el procedimiento de ese incidente, transformándolo en un remedio vertical, de manera que siempre entienda del mismo el órgano judicial superior del que dictó la última resolución (si procedió del Tribunal Supremo, en el caso de secciones, la sala, en el caso de la sala, el pleno, y en el caso del pleno, el órgano previsto en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—) e intervenga necesariamente el Ministerio Fiscal, que por mandato constitucional y por

exigencias de su Estatuto Orgánico ha de actuar en los procesos en defensa de los derechos fundamentales, y este incidente lo es.

3. EL FUTURO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DESEMPEÑADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Creo que puede sostenerse, con objetividad, que la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional ha sido muy positiva en su tarea de supremo intérprete y defensor jurídico de la Constitución. Más aún, ha de reconocerse que el Tribunal Constitucional ha sido, y sigue siendo, la institución fundamental para garantizar y desarrollar los derechos fundamentales, y absolutamente necesaria para la construcción y funcionamiento de nuestro complejo Estado autonómico (Aragón, 1986).

Es cierto que algunas de sus decisiones pueden ser criticables (y ello, creo, queda dentro de la normalidad), pero en términos generales la inmensa mayoría de ellas han sido plenamente acertadas, y todas, sin excepción, suficientemente razonadas en derecho. La existencia, en nuestro ordenamiento, de los votos particulares, ha contribuido, además, a hacer más transparente las resoluciones del Tribunal, a fomentar su crítica (algo siempre conveniente, más aún, necesario) y a propiciar cambios de jurisprudencia.

El elenco de competencias de nuestro Tribunal también parece el adecuado en términos generales (salvedad hecha de que alguna de ellas pueda ser criticable, como la de atribución en exclusiva al Tribunal del control de constitucionalidad de las normas fiscales forales vascas) y su composición (en la línea del modelo europeo de tribunales constitucionales) no resulta inapropiada, aunque precise, a mi juicio, de ciertos cambios concretos a los que también después me referiré.

Dicho lo anterior, y pensando en el futuro de la institución, no cabe ocultar que ese futuro, en primer lugar, está inevitablemente unido al futuro de nuestra democracia constitucional, como ya advertí desde el comienzo mismo de este trabajo, y, en segundo lugar, que si pese a la crisis que hoy está experimentando la democracia constitucional en España (y en otros países), esa crisis se remonta (como es de esperar) y aquella democracia se conserva (e incluso se mejora), ello no asegura por completo que el Tribunal Constitucional pueda mantenerse en el ejercicio eficaz de sus funciones. Para que eso se logre es preciso que aumente y no disminuya su legitimidad, ya que solo en ella puede descansar el desempeño aceptable de las supremas potestades que le están atribuidas.

Por ello, voy a referirme brevemente a algunas medidas que, para garantizar el buen futuro del Tribunal, debieran adoptarse, o, incluso, a determinadas condiciones que siempre debieran mantenerse con el mayor rigor. Dado el

carácter general del presente trabajo, solo voy a referirme a las que creo más importantes (eludiendo a otras que posiblemente requerirían de cambios en la propia jurisprudencia del Tribunal, por ejemplo, las relativas a la situación creada, y criticable, a mi juicio, por las SSTC 102/2016, 116/2016 y 127/2016 sobre la prevalencia, y la STC 118/2016 sobre el control de constitucionalidad de las normas fiscales forales vascas).

a) La erradicación del sistema de cuotas entre partidos a la hora de la designación de los magistrados constitucionales; bien por abandono de esa práctica política, que por sí sola no origina necesariamente politización, pero que sí genera una «apariencia» de politización que no beneficia la legitimación del Tribunal, volviéndose a la regla del consenso que se aplicó en la primera composición que este tuvo; bien, si ese cambio de práctica no se produjera, acudiéndose a una modificación normativa (posiblemente en los reglamentos del Congreso y el Senado) para imponer un procedimiento (y habría fórmulas para ello) que obligase al consenso, o, en último extremo, si ninguno de esos cambios fuesen posibles, acudiendo a un remedio radical: reformar la Constitución para establecer un mandato de los magistrados constitucionales que duraría hasta que cumplieran la edad de 75 años, con lo cual, además de asegurarse mejor su independencia, se eliminarían las actuales renovaciones por tercios cada tres años (solo habría las individuales producidas por la terminación del tiempo de mandato o por fallecimiento o renuncia), con lo cual desaparecería el sistema de cuotas, tan unido al modo actual de renovación.

b) La exigencia de una rigurosa selección de los magistrados constitucionales para que, efectivamente, siempre lo sean entre «juristas de reconocida competencia», concepto jurídico indeterminado que, no obstante, es objetivamente determinable en cada caso. Para controlar que ello sea así, está previsto precisamente el control sobre la idoneidad de los magistrados propuestos, atribuido al propio Tribunal Constitucional por el art.2.1.g) LOTC. El desempeño fiel y eficaz de ese control que el Tribunal tiene atribuido es, en mi opinión, la última garantía para que a él lleguen personas de probada experiencia y reconocida excelencia en el mundo del derecho.

c) La eliminación de los excesivos retrasos que, pese a los esfuerzos realizados en los últimos años, aún tienen algunos asuntos pendientes en el Tribunal, lo que es posible si se organiza bien el trabajo interno y se agilizan las deliberaciones. Precisamente la última reforma del recurso de amparo, en 2007, facilita que el Tribunal pueda dedicar más tiempo a los demás procesos constitucionales, entre ellos los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, que es donde ahora (y siempre) residen los más largos retrasos en resolver. Acrecentar la eficacia y prontitud de la respuesta del Tribunal acrecentará, sin duda, su legitimación.

d) La reducción, en la medida de lo posible, de las sentencias interpretativas para no contribuir a las situaciones de inseguridad jurídica que, a veces, suelen producir, y, sobre todo, para que el Tribunal evite convertirse en legislador positivo, lo que no se corresponde con su naturaleza jurisdiccional. La interpretación constitucional de las leyes, que es, por supuesto, una obligación, tiene límites derivados del tenor inequívoco de los preceptos legales, límites que no debieran traspasarse, pues el Tribunal está para controlar las leyes, no para legislar.

e) Por último, y en relación con el nuevo amparo, cuya objetivación no ha hecho desaparecer su función también de tutela de derechos, creo que es necesario que se extreme el rigor en la admisión, pues solo así se preserva su nuevo significado y, al mismo tiempo, su funcionalidad respecto de las demás competencias del Tribunal.

V. CONCLUSIONES

Si tenemos en cuenta la actual situación de globalización en materia económica, de universalización e incluso, en determinadas zonas geográficas, de supraestatalización en materia de derechos humanos, fenómeno este último que se ha manifestado en América y Europa principalmente y que ha llevado a la implantación de órganos jurisdiccionales transnacionales de garantía de esos derechos, como son el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y si reparamos, además, que en ciertos países, los que componen la Unión Europea, en la que España está integrada, las exigencias de respeto a los principios democráticos y a los derechos constitucionales vienen impuestas por instancias superiores a ellos, cabe plantearse cuál será el futuro, en tales condiciones, de la justicia constitucional.

La respuesta no es difícil: el mismo futuro de las constituciones. Es decir, de igual manera que las constituciones de los Estados han de atenerse a la globalización económica si quieren ser normas eficaces y no puramente nominales o semánticas, no permanecer ajenas a la internacionalización de los derechos humanos, e incluso algunas aceptar la supraestatalización de los derechos fundamentales y de la forma de Estado democrático y de derecho, que son condiciones que les vienen impuestas, la justicia constitucional ha de acomodarse a esa nueva realidad. Hoy se habla incluso de una justicia constitucional «multinivel», que es un término poco aseado lingüísticamente pero que expresa bien la existencia de jurisdicciones de garantía que exceden en su ámbito el de los Estados, pero que son un complemento de las jurisdicciones internas.

De manera que hoy, al menos en determinadas zonas del mundo, la justicia constitucional de cada Estado ha de imbricarse en ese sistema de justicia constitucional supraestatal. Se ha producido una suerte de derecho constitucional común que obliga al diálogo permanente (expreso o implícito) entre jurisdicciones constitucionales de determinado conjunto de Estados y entre esas jurisdicciones y los órganos internacionales o supranacionales de garantía. En resumen, la justicia constitucional ha de acomodarse a esas nuevas circunstancias. Ello, a mi juicio, no tiene por qué dar lugar al debilitamiento de su función, sino al reforzamiento de su eficacia, siempre que se mantengan los requisitos cuyo cumplimiento la sostienen. Y ahí sí que se juega el futuro la justicia constitucional.

Porque, a diferencia de los órganos políticos, los órganos de la justicia constitucional, y en especial los tribunales constitucionales, no adoptan sus decisiones por un acto de voluntad, sino de razón, esto es, de razón jurídica. Solo la rigurosa fundamentación jurídica de sus resoluciones hace aceptable el ejercicio de unas facultades de tan alto relieve, entre ellas, el control del legislador democrático. De esa fundamentación podrá discreparse, por supuesto, pero es exigible que la argumentación que el órgano jurisdiccional emplee siempre esté suficientemente razonada en términos de derecho.

Como ya se examinó más atrás, hoy la vieja polémica, protagonizada en los años veinte del pasado siglo, entre otros, por Carl Schmitt y Hans Kelsen, acerca de la naturaleza política o jurídica de las decisiones del órgano que desempeña la jurisdicción constitucional ha de darse por resuelta, pese que a que en algunos sectores, más por ignorancia que por conocimiento crítico, vuelva a surgir de cuando en cuando. La importancia política de los pronunciamientos de un tribunal constitucional (o del Tribunal Supremo norteamericano, por poner el ejemplo de otro modelo) es incuestionable, al menos en los asuntos de mayor calado. Pero ello no excluye que esos pronunciamientos dejen de ser sobre asuntos de derecho y, en consecuencia, resueltos a través de las reglas de la interpretación jurídica. Una interpretación jurídica que, cuando ha de recaer sobre la constitución, dada la densidad normativa y generalidad de muchos de sus preceptos, es más compleja (aunque no completamente distinta) que la que tiene por objeto la ley, y de ahí la necesidad de que los órganos de la jurisdicción constitucional sean ocupados por juristas expertos en esa difícil tarea.

De igual modo, el socorrido argumento del carácter contramayoritario de sus decisiones para poner en cuestión la existencia misma de los tribunales constitucionales resulta de muy escasa entidad, siempre que se acepte un punto de partida insoslayable; que la constitución limita a los poderes constituidos, y por ello al legislador. De la misma manera que no pueden contraponerse constitución y democracia, tampoco pueden contraponerse

justicia constitucional y democracia, si esa relación se plantea y examina adecuadamente, como también ya se trató en la primera parte del presente trabajo. Quien opone democracia a constitución, aparte de ignorar la naturaleza y eficacia de la constitución, confunde, gravemente, la democracia como idea con la democracia constitucional como concepto. En la democracia constitucional, democracia y Estado de derecho son, tienen que ser, realidades indisolubles. La constitución democrática, que es la única constitución auténtica, se caracteriza por que sus reglas se imponen frente a la mayoría parlamentaria, esto es, porque el legislador no es soberano ni lo es tampoco cualquier otro poder público central o territorial, que han de estar sometidos a las reglas y principios que la constitución ha establecido y que el tribunal constitucional o los tribunales ordinarios en los modelos de jurisdicción difusa deben garantizar cuando para ello sean requeridos.

A partir de ese postulado, los conflictos entre la constitución, como norma jurídica suprema, y las demás normas y actos del poder solo pueden ser resueltos, si se quiere conservar el principio de la seguridad jurídica, por un órgano jurisdiccional. Bien sabemos, desde hace siglos, que no hay derecho (objetivo o subjetivo) sin la existencia de jueces que lo garanticen. Esa es la razón por la que la aplicación última de la constitución ha de dejarse en manos de órganos jurisdiccionales y no políticos. Cosa distinta es el modo en que los órganos de la jurisdicción constitucional apliquen la constitución, y ahí sí tiene todo el sentido la crítica, no a la existencia de esos órganos, sino a su inadecuada composición o al incorrecto ejercicio de sus funciones. Incorrección esta que puede llegar en los casos extremos a la fundamentación de sus decisiones en argumentos políticos, morales o sociales, pero no jurídicos. Ello, por fortuna, como ya se dijo más atrás, es infrecuente en los Estados constitucionales con una cultura jurídica consolidada, en los que, sin embargo, sí es menos raro que aquellas decisiones se produzcan a veces a través de una motivación en derecho de escasa solidez, defecto del que la justicia constitucional debe huir porque, indefectiblemente, la desacredita.

De la eficacia en el desempeño de su función, y ello exige evitar excesivos retrasos en resolver, así como también exige una redacción clara y concisa de las decisiones que adopten; de la desaparición de cualquier apariencia de parcialidad, y ello exige una cuidadosa y despolitizada selección de quienes la desempeñan, pero, sobre todo, de la legitimidad de sus pronunciamientos, y ello exige que estén bien razonados en derecho, dependerá el buen o mal futuro de la justicia constitucional, que es lo mismo que decir el buen o mal futuro de la constitución. Un éxito o un fracaso cuya responsabilidad recae en los poderes políticos que regulan esas instituciones, pero también en el modo de actuar de quienes las desempeñan.

También hay que decir que no contribuye precisamente a afianzar el futuro de cualquier tribunal constitucional (incluido el nuestro) el hecho, criticable, de que se trasladen, permanentemente, a él conflictos políticos que deben tener su solución en otras instancias, pues, sin perjuicio del derecho innegable, e incluso la obligación, de impugnar leyes (u otras normas y actos) por razones de inconstitucionalidad, parecería un manifiesto abuso convertir a la jurisdicción constitucional en una especie de tercera Cámara a la que acuda habitualmente la oposición para intentar ganar allí la batalla que en el Parlamento perdió, o a la que acudan los Gobiernos para endosar al tribunal constitucional determinadas decisiones que ellos no se atreven a tomar pese a tener suficientes competencias para ello. Esa tendencia, muy patente en España, debiera eliminarse o, cuando menos, reducirse, pues, si se intenta judicializar la política, ambas funciones acaban resultando perdedoras.

Por último, no cabe ocultar que otra condición para que en el futuro se mantenga la justicia constitucional es la de asegurar que sus decisiones se cumplan, de manera que los órganos que la desempeñan posean las competencias suficientes para hacer efectiva la plena ejecución de sus resoluciones. Administrar justicia es juzgar y ejecutar lo juzgado. Esa competencia, que la tiene cualquier órgano de la jurisdicción ordinaria, han de tenerla, y ejercerla, también los órganos supremos de la jurisdicción constitucional. Así sucede en la inmensa mayoría de los demás países con justicia constitucional consolidada, y así debiera suceder en el nuestro.

Termino este trabajo, como acaba de verse, con una alusión a la situación española, y ello es debido a la preocupación que me embarga, pensando en el futuro de nuestro Tribunal Constitucional, porque desde ciertos sectores, incluidos algunos académicos, haya podido ponerse en duda la oportunidad e incluso la corrección de dotar a ese Tribunal de poderes suficientes para hacer cumplir sus resoluciones. Una cosa es que puedan criticarse los términos imprecisos con que está redactada alguna de las medidas concretas que al efecto se han establecido recientemente, y otra bien distinta que se pretenda que el Tribunal no pueda por sí mismo asegurar el cumplimiento de sus resoluciones y tenga que quedar para ello a expensas de otros poderes del Estado. Sin perjuicio del auxilio que ellos deberán prestar al Tribunal, a él y solo a él, como auténtico Tribunal, le corresponde la tarea de garantizar el pleno ejercicio de su jurisdicción, lo que significa que ha de gozar de las potestades suficientes para hacer cumplir sus decisiones. Así lo ha entendido, finalmente, el propio Tribunal Constitucional en sus sentencias 185 y 215/2016, desestimatorias de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley Orgánica 15/2015, de 10 de octubre, sobre regulación de la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional en garantía del Estado de derecho. Unas sentencias

que, como todas, pueden ser discutibles (prueba de ello son los tres votos particulares que las acompañan) pero que a mí me parecen bastante razonables.

Ninguna institución tiene su futuro, por siempre, asegurado, pero tengo la convicción, que he querido trasladar en estas páginas, de que el futuro de la justicia constitucional, y en especial el futuro de nuestro Tribunal Constitucional, que no lo veo radicalmente en peligro, estará mucho más despejado si se adoptan las medidas y se evitan los riesgos que he venido mencionando a lo largo de este trabajo.

Bibliografía

- Aragón, M. (1986). ¿Estado jurisdiccional autonómico? *Revista Vasca de Administración Pública*, 16, 7-12.
- (2013). *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia. En P. Arcidiácono, N. Espejo y C. Rodríguez (coords.). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina* (pp. 83-154). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

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 PEGORARO¹
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

¹ 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 constitucional², 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

² 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 binomios³. 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 [...]»⁴. 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

³ 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.

⁴ 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*)⁵, 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 legislativos⁶».

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*)⁷. 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.

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

⁶ 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).

⁷ 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*)⁸, 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)⁹, 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*)¹⁰, 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*¹¹ a *iudex extra territorium est privatus*¹². También estos principios, como el principio *iura novit curia*¹³, 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*¹⁴, 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 administrativos¹⁵.

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

⁸ «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»).

⁹ «Nadie puede ser juez en su propia causa».

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

¹¹ «El pretor no se ocupa de insignificancias».

¹² «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».

¹³ «El tribunal conoce el derecho».

¹⁴ «El actor sigue el fuero del demandado».

¹⁵ 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 comparada¹⁶, el elemento representado por la naturaleza jurisdiccional o no del órgano está en la base de la primera dicotomía

¹⁶ 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 Moraes (2002) y en muchos estudiosos franceses que se preocupan por evidenciar la progresiva jurisdiccionalización del sistema de aquel país¹⁷.

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

¹⁷ 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 ordenamientos¹⁸.

Al *Conseil Constitutionnel*, además de otras funciones¹⁹, 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 tratados²⁰. 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 República²¹.

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

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

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

²¹ 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 constitucionalidad²².

El dogma de la intangibilidad de la ley aprobada fue violado por la reforma del art. 74 de la Constitución²³, 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 constitucional²⁴ 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 Constitución²⁵. 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 contraponen 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

²² 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).

²³ L. const. n. 276, de 28 de marzo de 2003.

²⁴ L. const. n. 724, de 23 de julio.

²⁵ 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*²⁶—, mientras que el ejercicio del control solo se confirió a un tribunal en casos esporádicos²⁷.

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

²⁶ 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).

²⁷ 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 otros²⁸. 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 roles²⁹. 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

²⁸ 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.

²⁹ 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 religioso³⁰. 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.

³⁰ 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*³¹.

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 control³².

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 inconstitucionales³³. 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

³¹ 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.

³² 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.

³³ 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 Georgia³⁴. 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 fondo³⁵.

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 desarrollo³⁶.

³⁴ 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».

³⁵ Art. 80.2 Reg. del Parlamento.

³⁶ 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 persona³⁷.

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 Congo³⁸. 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*³⁹, 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.).

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

³⁸ 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).

³⁹ 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 materia⁴⁰. 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)⁴¹.

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...)⁴²; 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.

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

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

⁴² 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 distintas⁴³.

En los ordenamientos en los que se ejerce en vía difusa, como EE. UU., las garantías coinciden con las propias de la magistratura⁴⁴. 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 políticos⁴⁵. 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 parlamentaria⁴⁶.

⁴³ 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.

⁴⁴ Sobre los perfiles estructurales de las Cortes, Calamo, 2011.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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 integrantes⁴⁷.

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 legal⁴⁸. 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.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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 España⁴⁹, en Bulgaria⁵⁰, 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 judicial⁵¹.

«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.

⁴⁹ ...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.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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 Estado⁵².

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 universal⁵³». 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 Venezuela⁵⁴.

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.

⁵² 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.

⁵³ 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.

⁵⁴ ...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 vasallaje⁵⁵. 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 autorregulación⁵⁶.

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).

⁵⁵ 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.).

⁵⁶ 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 manera⁵⁷.

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 Portugal⁵⁸, y en Rumania⁵⁹, 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, Ucrania⁶⁰.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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.).

⁶⁰ 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*⁶¹, 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 Samoa⁶². 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 jurisdicción⁶³. 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 tratados⁶⁴. Además, algún texto confiere un auténtico y genuino

⁶¹ 219 US 346.

⁶² 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.

⁶³ *Supra*, apartado 1.3.

⁶⁴ 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 constitucionales⁶⁵», o de decidir sobre la «constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución» (Bolivia)⁶⁶. 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 jueces⁶⁷.

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.

⁶⁵ Art. 82.1, n. 2, Const.

⁶⁶ Art. 202.10 Const.

⁶⁷ 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.⁶⁸.

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

⁶⁸ 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 intermedia⁶⁹, 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)⁷⁰. 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)⁷¹.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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».

⁷¹ 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 reducidos⁷². 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)⁷³, 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,

⁷² Para una panorámica, Husa (2000: 354 y ss.).

⁷³ 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.)⁷⁴.

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 sentido⁷⁵. Habitualmente, los enunciados de la

⁷⁴ 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).

⁷⁵ 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 constitucional⁷⁶.

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

⁷⁶ 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 ley⁷⁷).

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;

⁷⁷ 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 político⁷⁸. 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

⁷⁸ 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...⁷⁹.

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

⁷⁹ 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.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN CUBA: RECUENTO HISTÓRICO Y VALORACIONES PRELIMINARES DE LA NUEVA PROPUESTA EN LA CONSTITUCIÓN DE 2019

The control of constitutionality in Cuba: Historical record and preliminary assessments of the new proposal in the constitution of 2019

CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGOL¹
Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey
cavillabella84@gmail.com

Cómo citar/Citation

Villabella Armengol, C. M. (2019).
El control de constitucionalidad en Cuba: recuento histórico y valoraciones preliminares de la nueva propuesta en la Constitución de 2019. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(1), 87-110.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.03>

Resumen

El control de constitucionalidad en Cuba ha marchado a contracorriente de la tendencia mundial. Durante la primera mitad del siglo xx se instaló un modelo

¹ Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Máster por la Universidad de Granada. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana. Estudios posdoctorales en la Universidad de Oviedo. Integra varias redes académicas internacionales. Ha impartido cursos en numerosas instituciones y universidades de España y Latinoamérica. Es autor o coautor de 36 obras y ha publicado 21 artículos en revistas científicas de varios países en los últimos años. Es profesor de la Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno del TEC de Monterrey, en México, coordina el Programa de Doctorado del Centro de Ciencias Jurídicas de Puebla y es director de la Revista IUS.

concentrado y no especializado en manos de la Corte Suprema, a la que se accedía mediante recurso incidental de parte afectada, acción pública plural y acción pública individual. En la segunda mitad del siglo xx se implementó un modelo concentrado y semiespecializado con el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, que funcionó como sala del Tribunal Supremo, y, además de los recursos mencionados, se regularon otras acciones procesales. Este canon de justicia constitucional constituyó una innovación para la época en la región. La Constitución socialista de 1976 desconoció estos aportes e implementó un esquema de revisión de constitucionalidad político que no operó en la práctica. La Carta Magna aprobada en 2019 supera el texto anterior, pero resulta omiso e incompleto. El artículo valora la evolución del control de constitucionalidad en Cuba auxiliándose de los métodos histórico-lógico, análisis-síntesis y exegetico.

Palabras clave

Control de constitucionalidad en Cuba; constitucionalismo cubano y justicia constitucional; los modelos de control constitucional en Cuba.

Abstract

The control of constitutionality in Cuba has gone against the trend of the world. During the first half of the 20th Century, a concentrated and non-specialized model was installed in the hands of the Supreme Court, which was accessed through an incidental appeal from an affected party, plural public action and individual public action. In the second half of the 20th Century, a concentrated and semi-specialized model was implemented with the Court of Constitutional and Social Guarantees, which functioned as The Supreme Court Chamber, and in addition to the mentioned resources, other procedural actions were regulated. This Canon of Constitutional Justice was an innovation at the time in the region. The socialist Constitution of 1976 ignored these contributions and implemented a scheme of revision of political constitutionality that did not operate in the practice. The Magna Carta approved in 2019 exceeds the previous text, but it is omitted and incomplete. The article assesses the evolution of the control of constitutionality in Cuba. It is supported by a historical-logical, analysis-synthesis and exegetical methods.

Keywords

Control of constitutionality in Cuba, Cuban constitutionalism and constitutional justice, models of constitutional control in Cuba

SUMARIO

I. SINOPSIS DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL CUBANA. II. EL MODELO DE CONTROL JUDICIAL DE 1901. III. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE 1940. IV. EL CONTROL POLÍTICO INSTITUIDO EN 1976 Y EL NUEVO CANON DE 2019. *BIBLIOGRAFÍA*

I. SINOPSIS DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL CUBANA

El derecho constitucional cubano ha discurrido por tres etapas: el siglo XIX bajo el dominio colonial español, la primera mitad del siglo XX, donde se configuró la república, y el período iniciado en 1959 con el triunfo de la revolución socialista.

En el primer momento se yuxtapusieron textos españoles y las constituciones emitidas durante la guerra de Independencia.

De las cartas magnas españolas de esa centuria, 1812, 1834, 1837, 1845, 1869 y 1876, los documentos de 1812 y 1837 tuvieron especial efecto en la isla. La Constitución gaditana rigió en los períodos de 1812-1814 y 1820-1823. Refrendó un régimen asimilista y de igualdad, al declarar que la nación era la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios, postura aprobada previamente en las Cortes Generales y Extraordinarias en los decretos de 15 de octubre de 1810 y 9 de febrero de 1811 (Portuondo, 2008: I, 101). Difundió las ideas liberales y propició el debate al legitimar la libertad de prensa y palabra, lo que facilitó la politización de las reflexiones sobre los temas nacionales y la alineación de los diferentes estamentos sociales en torno a ellos: «La mayor repercusión en Cuba radica en lo ideológico, en la siembra hecha en la cultura política de la colonia. Catalizó un adelanto significativo en la conformación de nuestra nacionalidad, al propiciar el debate de ideas y visiones y los necesarios procesos de tipificación y diferenciación de identidades» (Suárez, 2011: 48).

La Constitución de 1837 marcó un viraje en el tratamiento de las colonias al legitimar un régimen de excepcionalidad. Obedeció al consenso entre progresistas y moderados de alejarse de la normativa de 1812, concibiéndose un documento que fue «doctrinalmente simbiótico, sincrético y transaccional» (Varela, 1983-1984: 95). El trato diferenciador y excluyente se patentizó, primero, al no permitirse que los diputados electos tomaran posesión de sus

cargos, y, luego, en el artículo adicional segundo, que expresó que las provincias de ultramar serían gobernadas por leyes especiales.

Esa política diferenciadora se ratificó por las constituciones de 1869 y 1876, y se concretó, finalmente, con la Constitución Autonómica de 1897 para Cuba y Puerto Rico promulgada por Real Decreto de 25 de noviembre de 1897, que estuvo vigente del primero de mayo de 1898 hasta el primero de enero de 1899. El modelo de gobierno descentralizador que implementó constituía una aspiración desde inicios del siglo XIX. La metrópoli lo había enarbolado oportunamente en momentos de crisis del sistema colonial, aunque nunca llegó a concretar cambios reales en el régimen centralista (Bizcarrondo y Elorza, 2001). Por ello, la ley mencionada significó una solución tardía, desesperada e inútil, de resolver el «problema cubano». Como expresa Franco Pérez:

La descentralización colonial fue enfocada de forma diferente desde un lado y otro del Atlántico. Desde la Isla el proyecto descentralizador fue diseñado como estrategia [...] para que España otorgase potestad legislativa [a fin] de que los cubanos pudieran construir un espacio político propio. Desde la península la descentralización colonial siempre fue vista con reticencia [...] y cuando se utilizó se hizo como [...] estrategia de contención [...] del nacionalismo independentista (2002: 318).

El derecho español decimonónico mencionado respondió a un período de transición en el que se asientan las bases de la España contemporánea, una etapa inestable políticamente, en la que progresaron un constitucionalismo transaccional y un Estado que no definió su fisonomía (Varela, 2011: 13-25). En ese contexto, la relación entre España y Cuba fue un diálogo «entre sordos y ciegos» (Portuondo, 2008: 75), y los liberales españoles no concretaron una solución política al tema colonial: «Fue una historia de paternalismo y mezquindad, de tira y afloja, de ensayos y experimentos, convertida Cuba en laboratorio institucional y permanente problema para el que no se acabó de encontrarse solución [...]» (Alonso, 2002: 59-60).

En el siglo XIX se encuentran también los textos promulgados durante la guerra de Independencia contra España, identificados con el nombre del territorio en donde se redactaron: Guáimaro, 1869; Baraguá, 1878; Jimaguayú, 1895, y La Yaya, 1897.

La Constitución de Guáimaro fue un documento breve, sin subdivisiones, concebido como provisional para que rigiera durante la guerra. Trascendió porque institucionalizó esta y aseguró la unidad política (Villabella y Matilla, 2009). El texto de Baraguá fue expresión de la protesta del mismo nombre que repudió el Pacto del Zanjón que se firmó con España para finalizar la

beligerancia. En puridad, fue un estatuto simbólico que expuso la voluntad de continuar luchando hasta obtener la independencia (Hernández, 1960: 30). El documento de Jinguayú fue igualmente un texto breve que declaró la conformación de la isla como Estado independiente, bajo el nombre de República de Cuba. La Carta Magna de La Yaya fue la más acabada en cuanto a forma (estructurada en títulos y secciones) y contenido (reguló la ciudadanía, el territorio y contó con partes orgánica y dogmática).

Estas leyes fundaron el derecho constitucional patrio y expusieron el decurso formativo de la nacionalidad cubana, en tanto la guerra de la que emanaron fue «la matriz de la nación» (Vitier, 1990: 100). Fueron gestadas para legitimar e institucionalizar la gesta liberadora, acogieron los principios liberales y entre ellas hubo continuidad constituyente y técnica. Se destacan las constituciones de Guáimaro y La Yaya por su simbolismo y contornar cánones políticos diferentes.

En el segundo período constitucional referido se emitieron seis leyes fundamentales: la Constitución de 1901; el texto de 1928 que se gestó como enmienda y culminó emitiéndose como un documento nuevo, cuestión por la cual se consideró ilegítimo (Álvarez, 1953: 11; Gutiérrez, 1938: XXIII); el Estatuto para el Gobierno Provisional de 1933; la Ley Constitucional del Gobierno Provisional de 1934; la Ley Constitucional de 1935; la Constitución de 1940, y el Estatuto Constitucional de 1952.

La ley suprema de 1901 promulgada por la Orden Militar número 181 el 20 de mayo de 1902 resultó de una constituyente que, además de elaborar el documento constitucional, definió el marco jurídico de las relaciones con Estados Unidos, tema que resultó el más tenso de la asamblea porque los delegados fueron presionados hasta lograr que la carta se promulgara con el *addendum* de la «Enmienda Platt²». Este instrumento cercenó la independencia y soberanía al imponer condiciones para las relaciones exteriores de Cuba, excluir la Isla de Pinos del territorio nacional, estipular la entrega de tierras para la construcción de carboneras o estaciones navales y legitimar el derecho de intervención de Estados Unidos (Roig, 1961). El texto constitucional recogió los postulados del liberalismo decimonónico y estuvo influenciado por la Carta Magna norteamericana en varios aspectos de su contenido (Ferrara, 1945: 29).

A partir de la década del treinta sobrevino un período de inestabilidad político-institucional en el que se sucedieron varios presidentes *de facto* (algunos duraron solo días) y diversas leyes constitucionales que reprodujeron

² Enmienda propuesta por el senador Orville Hitchcock Platt a la Ley de Gastos del Ejército norteamericano en 1901.

el canon de la ley fundamental anterior. El Estatuto para el Gobierno Provisional fue un texto de siete artículos que establecieron principios generales del gobierno, estuvo vigente de septiembre de 1933 a febrero del siguiente año. La Ley Constitucional de febrero de 1934 reprodujo el texto de inicios de siglo, modificando el mecanismo orgánico de poder e introduciendo algunas novedades en los derechos; rigió hasta marzo de 1935 y en ese lapso tuvo trece reformas. La Ley Constitucional de 1935 retomó también el texto de 1901, añadiendo alrededor de doce artículos y treinta disposiciones transitorias que ordenaron el régimen de gobierno que fungiría provisionalmente hasta las elecciones generales que se producirían al año siguiente.

La Carta Magna de 1940 mutó el canon introducido por el texto de 1901. Fue un documento extenso, de alta proyección social, progresista e innovador. Su vigencia se vio interrumpida por el golpe de Estado de marzo de 1952, que fue legitimado por el Estatuto Constitucional de abril de ese año. En octubre de 1953 fue restaurada.

La etapa republicana descrita sucintamente se caracterizó por la inestabilidad política, las rupturas democráticas³ y la fragilidad constitucional. Los documentos que la integraron expresaron la conformación y evolución del Estado-nación en condiciones de protectorado de Estados Unidos, país que ejerció permanente injerencia en la política local a través de su embajada.

Sobresalen las leyes supremas de 1901 y 1940 porque emanaron de procesos constituyentes y refrendaron paradigmas diferentes, convirtiéndose en cánones sobre los que se desplegaron sendos ciclos constitucionales. La Constitución de 1901 fungió como basamento jurídico del Estado de derecho que nació con la culminación de la guerra y respondió al modelo liberal de constitución. La Constitución de 1940 fue precursora del constitucionalismo social, abarcadora en contenidos, principista, programática, novedosa, y evidenció la quiebra del formato constitucional consagrado a inicios de siglo.

La tercera etapa del constitucionalismo cubano se integra por tres textos: la Ley Fundamental de 1959, la Constitución de 1976 y la Constitución de 2019.

La Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959 retomó la normativa de la Constitución de 1940, realizando cambios menores en la ciudadanía y los derechos, y modificaciones sustanciales en la organización de poderes. La

³ Desde el 20 de mayo de 1902 hasta el 1 de enero de 1959, cuatro presidentes no culminaron su mandato, nueve fungieron como gobernantes provisionales y tres fueron derrocados por golpes militares.

adopción del texto mencionado se amparó en dos razones: su contenido progresista fungía de sostén a las transformaciones que el Gobierno revolucionario se proponía acometer y la promulgación de una nueva carta resultaba inviable en las condiciones políticas en que se desarrollaba el poder revolucionario emergente.

La ley sufrió cientos de reforma mediante un procedimiento expedito en manos del Consejo de Ministros, órgano que concentró el poder legislativo, ejecutivo, gubernativo y constituyente. También fue mutada a través de prácticas políticas, algunas de las cuales se realizaron en concentraciones públicas en las que se adoptaron decisiones o crearon organizaciones. Así, el texto fue multirreformado por vía normativa y convencional, alterándose su fórmula política y rebasándose su techo ideológico, con lo cual, se difuminó como norma suprema y progresó una dilatada provisionalidad estatal de quince años.

El proceso político destituyente/instituyente que comenzó en 1959 tuvo un momento final en los primeros años de la década del setenta con la redacción de 94 leyes sobre diversos ámbitos sociales e institucionales que sentaron las bases para la consolidación del proceso político socialista. En ese tracto, se promulgó la Constitución en 1976, que no se gestó en asamblea constituyente, sino que fue concebida por una comisión, el documento sometido a consulta popular y luego aprobado en referendo⁴.

El texto institucionalizó el socialismo que se edificaba desde 1961 sin referendo, en particular, siguió el formato de algunas leyes supremas de la antigua Europa del Este (Hungría, Bulgaria, Polonia). De esa manera, se distanció del constitucionalismo nacional y desconoció valiosos antecedentes.

La jerarquía material de la preceptiva se resintió *ab initio* por varias razones: el texto no postuló su eficacia directa, quedaron contenidos pendientes de leyes complementarias (en 47 ocasiones remitió a leyes de desarrollo), no se concretó un mecanismo de control de constitucionalidad efectivo que propiciara la protección y actualización de la normativa y, en algunos contenidos, se empleó una retórica programática que atentó su juridicidad.

Durante su vigencia, tuvo tres enmiendas formales en 1978, 1992 y 2002. Igualmente, fue mutada, aunque no existen estudios que expongan la magnitud de ese fenómeno. Ocurrieron prácticas políticas que lo complementaron (mutación tácita), se nominalizaron o desactualizaron artículos (mutación por desuetudo) y acaecieron prácticas y se emitieron normas de diferente jerarquía que, obedeciendo al cambio de circunstancias socioeconómicas, contradijeron la

⁴ En el referendo participó el 98 % de la población mayor de 16 años y se obtuvo el 97,7 % de votos afirmativos.

preceptiva constitucional (mutación sustancial). En ese caso, la validez de las mutaciones fue controvertible porque, en puridad, se produjo un quebrantamiento de la Ley Fundamental (Dau-Lin, 1988). Durante la década siguiente a su promulgación fungió como referente de la actuación político-jurídica y las relaciones sociales, en la medida que se desactualizó, se redujo a instrumento de ordenación del poder y símbolo del Estado-nación, desvaneciéndose como regla de reconocimiento del ordenamiento jurídico y las relaciones sociales.

La Constitución de 2019 se promulga luego de varios años de ostensible caducidad del texto anterior. No fue concebida en asamblea constituyente como su predecesora, pero, al igual que aquella, el proyecto redactado por una comisión del Parlamento fue sometido a consulta popular⁵ y aprobado mediante referendo⁶. Así, lo que se postuló inicialmente como una reforma al texto de 1976 culminó en una Constitución nueva, cuestión que provocó una ruptura en la continuidad constitucional porque la Asamblea Nacional no tenía competencia para desarrollar una reforma total a partir de la enmienda de 2002.

Como se expone, esta etapa se inicia a partir de una revolución armada que marca un parteaguas en la historia constitucional. La Ley Fundamental de 1959 amparó el proceso de refundación política, pero quedó rebasada por vía normativa y convencional, sobreviniendo un período de inconstitucionalidad y provisionalidad política. El texto de 1976 representó un parteaguas en la historia cubana al legitimar el socialismo y acoger los principios del sistema, en ese punto, ignoró a las constituciones precedente y fue una ley sin muchos aportes técnicos. Su paulatina obsolescencia suscitó anomia constitucional. La Carta Magna de 2009 se distanció del modelo constitucional precedente en varios contenidos, aunque sin abandonar la fórmula política del socialismo, que declara irrevocable en varios momentos, de igual forma, asumió corrientes del constitucionalismo moderno.

II. EL MODELO DE CONTROL JUDICIAL DE 1901

En Cuba se puede hablar de control de constitucionalidad a partir del derecho constitucional del siglo xx. La Constitución de 1901, en el art. 83, regulador de las funciones del Tribunal Supremo, refrendó la atribución de

⁵ Según cifras oficiales, la ciudadanía realizó 1 445 289 intervenciones, 2 100 de ellas procedentes de cubanos residentes en el extranjero, y se incorporaron al proyecto el 40 % de los planteamientos.

⁶ Acudió a las urnas el 90,15 % de los ciudadanos empadronados y votó positivamente el 78,30 %.

decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos cuando fuere objeto de controversia entre partes. La norma fue desarrollada por la Ley de 31 de marzo de 1903, que en el artículo primero reguló que «toda controversia entre partes sobre la constitucionalidad de la Ley, Decreto o Reglamento, será decidida exclusivamente por el Tribunal Supremo de Justicia, en la forma y los trámites que la presente Ley establece» (Borges, 1944: 126). Así, se contornó un procedimiento incidental de parte afectada, que —como reconoció la doctrina de la época— prosperaba cuando se producía «un perjuicio que se corresponda con un derecho cierto, real, del reclamante, trascendente al orden práctico, de carácter privado y de contenido material, en el sentido de que afecte al valor, a la utilidad, económica o de otro orden que el mismo represente» (Blanco, 1941: 117).

Los caracteres de este recurso fueron los siguientes: i) lo interponía la parte perjudicada por una ley, decreto o reglamento que afectara los intereses derivados de un derecho constitucional, causando daño o perjuicio; ii) el juez ordinario en su fallo se abstendrían de pronunciarse sobre ese extremo, dando paso a la acción del interesado; iii) la parte afectada tenía derecho de recurrir al Tribunal Supremo interponiendo recurso de casación o apelación; iv) en caso de procesos que no contaran con los recursos de casación o apelación, el reclamante podía interponer recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia dictada en última instancia, y v) la sentencia pronunciada por el Pleno del Tribunal Supremo tenía efecto interpartes, declarativo y *ex tunc*.

El artículo octavo de la mencionada ley instituyó también un recurso de inconstitucionalidad administrativo fuera de actuaciones judiciales, que podía ser interpuesto por personas que fueran perjudicadas en actuaciones administrativas. Era una vía directa al margen de una litis. Con posterioridad, el Tribunal Supremo, en las sentencias 23 y 44 de 1935, señaló que la disposición cuya inconstitucionalidad se arguyera debía haber sido aplicada efectivamente.

La Constitución consagró a su vez en el art. 20 una garantía específica para la libertad a través de un recurso que tenía los atributos de *habeas corpus*, aunque no lo mencionaba como tal, que se interponía por el afectado u otro ciudadano. En el art. 37 reguló una protección normativa para resguardar el contenido esencial de los derechos: «Las leyes que regulen el ejercicio de los derechos que esta Constitución garantiza, serán nulas si los disminuyen, restringen o adulteran» (Lazcano, 1952: 547).

La Ley de 17 de marzo de 1922 en el artículo cuarto, introdujo una innovación por señalar que, al declararse inconstitucional una norma en más de dos ocasiones, la autoridad que la hubiera promulgado debía, en el plazo de 20 días, derogarla o modificarla, transcurrido ese tiempo «[...] la disposición impugnada perderá toda su eficacia y dejara de ser obligatoria en cuanto haya sido declarada contraria a la constitución» (Borges, 1944: 507). Así, se

adoptó el principio de *stare decisis* y el fallo del órgano se tornó abrogatorio y *erga omnes*: «Implicó no solo un cambio notable en cuanto a los efectos de la inconstitucionalidad, sino que de esa forma el expresado recurso había tomado la orientación certera y adecuada de su propia naturaleza, ya que en el fondo de toda acción de inconstitucionalidad se debaten intereses públicos representados por la necesaria intangibilidad del texto constitucional» (Maza, 1944: 139).

La Ley Constitucional del 23 de febrero de 1934 acogió la tipología de control descrito *ut supra*, pero incluyó en el ámbito de la revisión constitucional a las órdenes y disposiciones emitidas por autoridad o funcionario. Asimismo, al recurso de parte afectada se añadieron dos procedimientos: la acción pública de veinticinco ciudadanos o acción pública plural, y la acción pública de un ciudadano (Ponte, 1958: 350). Estos quedaron expuestos en el art. 78, que señaló que la revisión de constitucionalidad podía ser solicitada a petición de parte afectada o a solicitud suscrita por no menos de veinticinco ciudadanos que estuviesen en pleno goce de sus derechos civiles y políticos. El art. 38 prescribió también que cualquier acto normativo «que regule el ejercicio de los derechos que esta Ley Constitucional garantiza, serán nulos si los disminuyen, restringen o adulteran. El Tribunal Supremo lo declarará así a petición, en todo tiempo, de cualquier ciudadano en la forma que determina esta Ley Constitucional para los recursos de inconstitucionalidad, sin que puedan volver a aplicarse» (Lazcano, 1952: 625).

La conexión entre los procedimientos citados fue reconocida en la sentencia del Tribunal Supremo número 26 de 29 de septiembre de 1934:

[...] la Ley Constitucional vigente concede tres recursos para impugnar las Leyes, Decretos o actos contrarios a sus disposiciones, uno general utilizable por veinticinco ciudadanos; otro por parte afectada; y otro por cualquier ciudadano cuando sean vulnerados los derechos [...] sin que este último este sujeto a término como lo demuestran las palabras «en todo tiempo» [...] la que solo está subordinada a la forma o requisitos externos de los [otros] dos recursos (Hernández, 1935: 103).

La acción pública colectiva se concibió para la impugnación de normas y disposiciones cuya inconstitucionalidad afectara el interés general, aunque no hubiera creado un perjuicio en su aplicación, lo cual fue reconocido en la Sentencia número 35 de 14 de mayo de 1937:

podía presentarse con independencia de la extensión o pluralidad de los perjuicios privados que haya ocasionado o sea capaz de ocasionar la medida —cuyo ámbito y alcance desde ese punto de vista no se toman en cuenta [...]. Por eso el éxito de la reclamación no se traduce en la reparación del perjuicio sufrido [...] por aquellos a quienes se haya aplicado la ley, no para evitar en lo provenir posibles daños individuales, sino porque cada una de ellas representaría una nueva transgresión a la Constitución (Ponte, 1958: 350).

Las características del recurso de acción pública plural fueron: i) procedía contra leyes, decretos leyes, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones, acuerdos y actos; ii) debía ser interpuesto por veinticinco ciudadanos acreditados por certificado de nacionalidad o carta de naturalización; iii) los promoventes tenían que estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos; iv) debía ser presentado formalmente por escrito, y v) no prescribía el tiempo para su interposición.

Por su parte, las peculiaridades del recurso de acción pública individual fueron las siguientes: i) procedía contra leyes, decretos, decretos leyes, reglamentos, órdenes y disposiciones; ii) se interponía por un ciudadano; iii) el objeto de demanda era la vulneración de cualquiera de los derechos individuales planteados en la Constitución (la Sentencia número 42 de noviembre de 1934 los restringió a las figuras contenidas en el título IV de la Constitución)⁷; iv) la disposición anticonstitucional podía ser previa a la Ley Constitucional (planteado la Sentencia número 26 del Tribunal Supremo); v) debía ser presentado formalmente por escrito en que estuviera consignada la norma que se impugnaba, y vi) el término para su interposición estaba prescrito por ley.

El texto constitucional señaló además tres aspectos aplicables a los recursos citados: i) el tribunal debía proveer un tiempo al demandante para que fueran subsanados los defectos de forma que pudiera tener el recurso; ii) el órgano debía resolver siempre el fondo de reclamación, y iii) una vez declarada la inconstitucionalidad no podría aplicarse nuevamente en ninguna forma ni con ningún pretexto (fue ratificado por la Sentencia número 41 de febrero de 1939), por lo que el fallo adquiriría alcance constitutivo, *ex nunc*, y *erga omnes*.

La jurisdicción de la libertad quedó reforzada con el procedimiento de *habeas corpus* que se refrendó en el art. 21 constitucional, el que se desarrollaba ante los tribunales ordinarios cuando alguna persona fuera detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en la Constitución y las leyes. El precepto incorporaba también la responsabilidad en que incurría el funcionario responsable, que sería detenido como infractor y juzgado como reo de un delito de desobediencia grave.

Como se comenta, iniciando el siglo xx se instauró en Cuba un tipo de control constitucional en manos del máximo órgano del Poder Judicial con tres vías procesales fundamentales: el recurso incidental de parte afectada, la acción pública plural y la acción pública individual, que permitían un control

⁷ La sentencia recibió el voto particular de los magistrados Gastón Mora y José F. Perra, que se opusieron a la visión restringida y sostuvieron que debía abarcar a todos los derechos del ciudadano establecidos en cualquier precepto constitucional, o derivados del principio de soberanía y la forma de gobierno.

abstracto. Las dos últimas acciones, implementadas en los años treinta, junto con la adopción del principio del *stare decisis* que dotaba a la decisión de efectos *erga omnes*, conformaron un modelo avanzado para la región.

Para contextualizar lo que se afirma, debe considerarse que en América Latina el primer constitucionalismo de inicios del siglo XIX asumió la tipología de control político bajo el influjo francés y español, el que depositaron, primordialmente, en una Cámara del Congreso o el Consejo de Estado. Posteriormente, durante la segunda mitad de la centuria, la mayoría de los países adoptó el *judicial review*, pero con diferencias respecto al prototipo norteamericano. Un elemento que lo diferenció fue que el órgano supremo del poder judicial monopolizó la función, no permitiéndosele a los jueces de instancia desaplicar normas inconstitucionales; por ello, García Belaunde ha planteado con acierto que en realidad se constituyó un tipo de control concentrado, pero en manos del poder judicial (García Belaunde, 2014: 304). Otra novedad fue que se instrumentaron vías procesales directas para demandar la inconstitucionalidad; *verbi gratia*, la acción popular refrendada primigeniamente por la Constitución de Cundinamarca de 1811, y el amparo regulado por la Constitución de Yucatán de 1841, y luego generalizado a todo México por el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847.

Cuba, que inició su camino como nación independiente con un siglo de diferencia en relación con Latinoamérica, adoptaba la tendencia predominante en el área en su versión más acabada.

III. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE 1940

La Constitución de 1940 y la Ley 7 de 31 de mayo de 1949, que desarrolló la institución, introdujeron novedades en el canon de justicia constitucional. La primera y más descollante fue la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales como sala especializada del Tribunal Supremo. A su vez, se ampliaron las vías procesales para el reclamo de la inconstitucionalidad de normas, disposiciones y actuaciones. También, se enfatizó el principio de supremacía constitucional como parámetro de interpretación en el art. 194: «Los jueces y tribunales están obligados a resolver los conflictos entre las leyes vigentes y la Constitución, ajustándose al principio de que ésta prevalezca siempre sobre aquélla» (Lazcano, 1952: 847).

El TGCS quedó integrado por nueve magistrados, uno de los cuales fungía como presidente; además, un abogado fiscal y un abogado de oficio. Los jueces eran nombrados por el presidente de la República, de una terna que proponía un colegio electoral designado por el Pleno del Tribunal Supremo,

el titular del Ejecutivo y la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. La sala era presidida por el presidente del Tribunal Supremo en los asuntos constitucionales, ampliándose la composición a quince miembros (se incorporaban los presidentes de las demás salas).

Los arts. 174 y 182 de la Constitución estipulaban el carácter bifronte del órgano: «[...] decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones y otros actos de cualquier organismo, autoridad o funcionario, y conocer de las cuestiones jurídico-políticas y las de legislación social que se sometan a su consideración». En esos ámbitos, podía ir contra la actuación de cualquier poder o agente del Estado, siendo sus resoluciones inapelables. Ello lo contornaba como un órgano omnipotente, en tanto devenía en tribunal constitucional, de casación, de consultas, de apelación y de garantía de la libertad. Ello fue criticado por la doctrina de la época al señalar que suponía una invasión del poder jurisdiccional en el legislativo y un desequilibrio entre las competencias respectivas de los poderes (Blanco, 1941: 118).

Las competencias del órgano eran desarrolladas *in extensum* por la ley orgánica. Una valoración de estas revela las diferentes dimensiones de su actuar.

- Órgano revisor de la constitucionalidad de las normas: conocía el recurso de inconstitucionalidad contra normas, disposición, resolución judicial o acto; el recurso de queja contra actuaciones que entorpecieran la acción privada de inconstitucionalidad fuera del litigio entre partes, y evacuaba las consultas de los jueces sobre constitucionalidad de normas.
- Órgano verificador de la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos: ventilaba el recurso contra los abusos de poder y revisaba la validez de los procesos de reforma de la Constitución.
- Jurisdicción constitucional orgánica: conocía el recurso de inconstitucionalidad contra todo tipo de norma o actuación que impidiera el funcionamiento adecuado de un órgano del Estado y el recurso contra las sentencias que juzgaran al presidente de la República, los ministros, los gobernadores y los magistrados del Tribunal Supremo.
- Jurisdicción de la libertad: tramitaba el recurso de inconstitucionalidad contra toda norma, disposición o acto que disminuyera, restringiera o adulterase derechos; el recurso de inconstitucionalidad contra la expropiación a la propiedad en caso de falta de certeza de la utilidad de este acto; el recurso de apelación de *habeas corpus*, y el recurso de inconstitucionalidad en que se impugnara la retroactividad de una ley.
- Sala social: gestionaba los recursos de apelación y casación que autorizaran las leyes para desarrollar los derechos económicos; los recursos que versaran sobre derechos y obligaciones de carácter social, las relaciones entre patro-

- nos y obreros o que afectaran el derecho de estos y los recursos contra las resoluciones de las comisiones de conciliación o tribunales del trabajo.
- Evaluaba las consultas de los jueces sobre la constitucionalidad de las normas que se aplicarían en un juicio y que se consideraba que violaban derechos o garantías previstos en la constitución.

En los anteriores ámbitos se regulaba una variedad de recursos. Los más importantes eran los siguientes.

- Recurso de inconstitucionalidad promovido por acción privada dentro de actuación judicial, cuando en el marco de una litis una de las partes alega la inconstitucionalidad de una norma, disposición, acuerdo, medida o acto. Sus requisitos fundamentales eran a) que el demandante expusiera la afectación o interés lesionado y el artículo de la constitución violado o indebidamente aplicado; b) ser interpuesto directamente ante el TGCS, y c) plazo de diez días si el demandante era residente en las provincias occidentales, o quince si era de las orientales.
- Recurso promovido por acción privada fuera de actuación judicial cuando se aplica una norma, disposición, acuerdo, medida o acto inconstitucional a una persona. Sus requisitos fundamentales eran a) que el demandante diera a conocer por escrito al funcionario o autoridad responsable su propósito de interponer el recurso de inconstitucionalidad; b) plazo de cinco días siguientes a la notificación de la disposición perjudicial; c) exhibir la solicitud en que pide copia de la orden o resolución lesiva; d) que la resolución u orden que reclamaba fuera firme; e) representación letrada; f) exponer los hechos, fundamentar la inconstitucionalidad y mencionar el artículo constitucional vulnerado; g) entregar tantas copias como partes eran emplazadas, y h) plazo de diez o quince días, en dependencia de la residencia del postulante.
- Recurso promovido por acción pública de veinticinco ciudadanos contra disposiciones de carácter general (norma, medida, acto o acuerdo) que atentara contra la vigencia de algún precepto constitucional. Su intención no era la reparación de un perjuicio sino la salvaguarda del orden constitucional. Sus requisitos fundamentales eran a) que los promoventes acreditaran su condición de ciudadanos y estuvieran en pleno goce de sus derechos; b) representación letrada; c) consignación de la fecha de la disposición impugnada, el fundamento de inconstitucionalidad de esta y el artículo constitucional que infringía, y d) plazo de un año desde la promulgación de la norma.
- Recurso promovido por acción pública contra disposiciones o actos generales que negaran, disminuyan, restrinjan o adulteren derechos y

garantías, o que impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado. Sus requisitos fundamentales eran: a) podía ser promovido por una amplia gama de sujetos: el presidente, los miembros del Consejo de Gobierno, senadores, diputados, miembros del Tribunal de Cuentas, gobernadores, alcaldes, concejales, jueces, tribunales, el Ministerio Fiscal, las universidades, los organismos autónomos autorizados, persona individual o colectiva que haya sido afectada por un acto o disposición que considere inconstitucional, u otros siempre que presten la fianza correspondiente; b) que los promoventes debían tener plena capacidad civil; c) representación letrada, y d) prestación de fianza.

- Recurso promovido por acción pública de veinticinco ciudadanos o uno o varios miembros de alguna de las Cámaras del Congreso contra acuerdos que infrinjan los preceptos que regulan las relaciones entre ambos cuerpos colegisladores, afecten el proceso de formación de las leyes, o vicien formalmente una ley durante su creación. Sus requisitos fundamentales eran a) que fuera interpuesta en el transcurso de un año desde la afectación, y b) exhibición de los fundamentos.
- Recurso por acción pública promovido por veinticinco ciudadanos, una o varias personas o el Ministerio Fiscal, contra las infracciones del procedimiento de reforma constitucional estipulado en la constitución, los acuerdos de la asamblea plebiscitaria o el Congreso que apruebe la reforma. La demanda debía ser interpuesta en el término de treinta días desde la fecha de publicación de la ley que disponía la convocatoria de referendo o la elección de los delegados a la constituyente, o de noventa desde que se declarara la validez de la reforma.
- Recurso contra el abuso de poder que realice cualquier órgano de poder. Era un proceso para uso de los organismos públicos a fin de proteger sus facultades y régimen de autonomía de las extralimitaciones que podían tener otros órganos estatales superiores. La demanda debía ser interpuesta en el término de ciento ochenta días desde la fecha de la promulgación de la resolución recurrida.
- Recurso de *habeas corpus* por vía de apelación⁸ contra la resolución dictada por un tribunal ordinario o en caso de que no se hubiera hecho

⁸ Existía un procedimiento sumarísimo de *habeas corpus* en vía ordinaria regulado por el art. 29 constitucional para todo aquel que se encontrara detenido o preso fuera de los casos previstos o sin las formalidades estipuladas. Este recurso declaraba nula de oficio cualquier disposición que impidiera o retardara la presentación de la persona privada de libertad. «Cuando el detenido o preso no fuere presentado ante el Tribunal que conozca del *habeas corpus*, éste decretará la detención del infractor, el que será

- eficaz la resolución de *habeas corpus*. La demanda debía ser interpuesta por la persona que hubiera sido parte en el procedimiento, u otra que actuara en su nombre en caso de que se encontrara impedida.
- Recurso de apelación contra las resoluciones del Tribunal Superior Electoral que violen preceptos constitucionales en el caso de candidatos a presidente, vicepresidente, senador y gobernador que hubieran sido declarados no electos por sentencia de ese órgano.
 - Recurso de apelación o casación en materia de derechos económicos contra las resoluciones del Ministerio de Trabajo en materia de controversia laboral, despido obrero, descanso retribuido, excedencias, escalafones, sindicación, contratos de trabajo, salarios, jornada de trabajo, maternidad obrera, condiciones de trabajo, relaciones entre patrones y obreros u otros que afecten derechos de los patrones o de los trabajadores. También contra los acuerdos de los directorios de retiro o seguro social que versen sobre jubilaciones, pensiones y retiros de determinados sectores profesionales y obreros. Igualmente, contra las resoluciones de las comisiones de conciliación o de los tribunales de trabajo. Sus requisitos fundamentales eran a) término de diez días luego de haber sido notificada la resolución lesiva, y b) exponer los motivos de hecho y de derecho.

La tutela de los derechos se reforzaba por una protección al contenido esencial en el art. 40 constitucional, más abarcadora que la comentada anteriormente: «Las disposiciones legales, gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que esta Constitución garantiza, serán nulas si los disminuyen, restringen o adulteran» (Lazcano, 1952: 847).

Los recursos de inconstitucionalidad podían ser motivados por vicio material (inconstitucionalidad intrínseca) o por defecto de forma (inconstitucionalidad extrínseca). En el primer caso las normas eran impugnadas, aunque se hubiesen promulgado antes de la entrada en vigor de la Constitución.

Respecto al escrito de presentación, en el art. 194 constitucional se planteaba que si adoleciera de algún defecto de forma, (los tribunales) concederán un plazo al recurrente para que lo subsane, y añadía que los tribunales debían resolver siempre el fondo de la reclamación.

Las formalidades de las demandas fueron precisadas por la jurisprudencia al reconocer como defectos que invalidaban la presentación de los recursos

juzgado de acuerdo con lo que disponga la Ley. Los Jueces o Magistrados que se negaren a admitir la solicitud de mandamiento de *habeas corpus*, o no cumplieren las demás disposiciones de este Artículo, serán separados de sus respectivos cargos por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo».

los siguientes: i) establecer la acción en una vía improcedente; ii) ejercitarlo fuera del término; iii) anunciarlo indebidamente ante quien no procedía; iv) no acompañar las pruebas pertinentes, y v) ejercer la acción después de haber aceptado la aplicación del precepto tachado de inconstitucional (Garcerán, 1947: 37; de Montagú, 1951: 27).

Las decisiones sobre inconstitucionalidad se adoptaban por mayoría absoluta de votos. Si ese porcentaje cualificado no se obtenía, la ley orgánica estipulaba la realización de una segunda votación a fin de lograr una posición inequívoca al respecto.

Podían iniciar la declaración de inconstitucionalidad los interesados en los juicios, causas o negocios de que conociesen la jurisdicción ordinaria y las especiales, veinticinco ciudadanos que justificasen su condición de tales, y la persona a quien afectase la disposición que estimase inconstitucional. Se añadían otros sujetos que podían acudir al tribunal en determinados recursos públicos: presidente de la República, miembros del Consejo de Gobierno, representantes y senadores, integrantes del Tribunal de Cuentas, gobernadores, alcaldes, concejales, jueces, el Ministerio Fiscal, las universidades, los organismos autónomos autorizados por la Constitución y toda persona individual o colectiva que hubiera sido afectada por un acto o disposición que considerase inconstitucional.

En sintonía con la tendencia que se había introducido desde 1922, el efecto de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad rebasaba a las partes, ya que la norma o acto impugnado no podría emplearse nuevamente. El art. 194 constitucional señalaba que el organismo, autoridad o funcionario que hubieren dictado la disposición anulada estaba obligado a derogarla de inmediato. Los arts. 73 y 74 de la Ley 7 planteaban que la disposición o medida se consideraría nula y sin valor ni efecto desde el día de la publicación de la sentencia, adquiriendo el fallo adquiría efectos constitutivos, *en nunc* y *erga omnes*.

La mencionada ley agregaba en el art. 74 que, si la declaración de inconstitucionalidad era por defecto de forma, el fallo, a discreción del tribunal, podía adquirir efectos generales retroactivos. El art. 75 contemplaba otras variantes en las que la sentencia adquiría efectos *ex tunc*: aplicación indebida de retroactividad de una ley no penal, expropiación de bienes con incumplimiento de los requisitos previstos en la constitución, disposición legal o gubernativa restrictiva de derechos, disposiciones modificativas de la legislación electoral, etc.

Como se evidencia, se contornó un modelo de control concentrado, semi-especializado, abarcador; desarrollando por acción y de manera principal, a la par que, por excepción y de forma incidental. Así se desplegó un tipo de control, promovido por interés directo, y a su vez abstracto, no vinculado con

agravios. La sentencia tenía efecto *erga omnes*, constitutivo y *ex nunc*, pero podía adquirir también efectos *ex tunc* en determinados casos. Con estos caracteres orgánico-funcionales, el canon implementado en 1940 se desmarcó del modelo de la carta de 1901, y paralelamente, del prototipo estadounidense. Se siguió el paradigma europeo

Para comprender la génesis de este arquetipo, debe tenerse presente que el proceso de expansión de los mecanismos de justicia constitucional que comenzó en los inicios del siglo xx provocó en las siguientes décadas que se configuraran arquetipos en los que se desdibujaron los rasgos antitéticos de los modelos concentrado y difuso. Como afirma Fernández Segado, se produjo un movimiento de acercamiento entre los dos sistemas, una atenuación de las claras contraposiciones ideológicas que están en la base de aquellas (Fernández, 2004: 91). *Verbi gratia*, países del sistema difuso institucionalizaron salas constitucionales en la corte suprema propiciando una especialización de la función; asimismo, la máxima magistratura redujo los casos que conocía a tenor del principio de *writ of certiorari* y la sentencia adquirió eficacia *erga omnes* por la aplicación del principio de *stare decisis*. Por su parte, en países del tipo concentrado, los tribunales ordinarios se sumaron a la tarea de depuración del ordenamiento jurídico mediante la cuestión de inconstitucionalidad, posibilitando que los jueces de instancia realizaran un primer test de constitucionalidad; también, se refrendaron recursos que protegían a los derechos fundamentales en los tribunales ordinarios.

En esa línea hay que inscribir el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales que introdujo la Constitución de 1940. Cuatro décadas después, esta variante fue seguida por otros países del área: en 1983 se creó en El Salvador la sala constitucional dentro de la Suprema Corte a tenor de la Constitución promulgada en ese año; en 1995 sucedió en Nicaragua mediante una reforma constitucional; en 1989 la introdujo Costa Rica de igual manera; en 1992 Paraguay adoptó la sala especializada en la Constitución de ese año; en 1999 la instituyó Venezuela mediante la Carta Magna de igual fecha, y en el año 2000 la refrendó Honduras por una reforma constitucional.

Por la fecha en que se instituía la sala especializada cubana, la Constitución de Ecuador de 1945 introducía el Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano autónomo, aunque este tuvo una eficacia limitada por su composición no especializada y el hecho de que solo podía suspender provisionalmente la vigencia de una ley inconstitucional hasta que el Congreso adoptara la decisión final; además, solo funcionó durante un año. Fue reinstaurado en 1998 como Tribunal Constitucional y la Carta Magna de 2008 lo ratificó como Corte Constitucional.

Años después, varios países adoptaron órganos *ad hoc* para el ejercicio de la función: en 1965 la Constitución de Guatemala instituyó la Corte Consti-

tucional, que funcionó hasta 1982, en que se produjo el golpe de Estado, retomándose en 1985; en 1971 se creó el Tribunal Constitucional en Chile a tenor de una reforma de la Constitución; en 1979 surgió el Tribunal de Garantías Constitucionales de Perú en la Ley Fundamental de ese año, denominándose Tribunal Constitucional en 1993; en 1991 se instituyó la Corte Constitucional de Colombia mediante la Carta Magna de igual fecha, y en 1994 se creó el Tribunal Constitucional de Bolivia por una reforma constitucional que se convirtió posteriormente en el Tribunal Constitucional Plurinacional en 2009.

Se ha debatido cómo podría clasificarse el TGCS cubano. El mencionado Fernández Segado consideró que fue un embrión de tribunal constitucional: «[...] puede ser considerado como la primera experiencia iberoamericana que, muy tempranamente reflejará, parcial, impropia o desnaturalizadamente si se prefiere, el modelo europeo, [así] se puede valorar la trascendencia del paso dado por los constituyentes cubanos» (Fernández Segado, 2014: 205). El también citado García Belaunde señaló que fue un planteamiento original, que constituyó el «primer y más elaborado esbozo de modelo concentrado en América Latina» (Belaunde, 2014: 238). En la doctrina nacional, Ramón Infiesta señaló que con la creación del tribunal se estructuró un modelo de control mixto porque si bien se incardinaba en el Tribunal Supremo «por la competencia y en el procedimiento, era un verdadero Tribunal separado» (Infiesta, 1942: 112). Este criterio siguieron otros investigadores cubanos (Méndez y Cutie, 2009: 513; Fernández, 1994: 19).

A favor de la idea de que se configuró un órgano al estilo europeo puede aducirse, además de la denominación y el tratamiento normativo especial, lo siguiente: la sala/tribunal concentraba el control constitucional, no se subordinaba a ninguna institución y sus fallos tenían efectos *erga omnes*. En defensa de la tesis de que no se conformó una corte constitucional puede argüirse que el órgano no poseía autonomía funcional, los jueces tenían el mismo estatus que el resto de los magistrados, para resolver los temas de inconstitucionalidad debía adoptar una composición ampliada y encabezarlo el presidente del Tribunal Supremo y sus atribuciones rebasaban el contenido meramente constitucional.

Es evidente que los constituyentistas de 1940 se propusieron construir un prototipo que se desmarcara del *judicial review* plus instaurado en 1901. Así, denominaron al órgano como tribunal y lo dotaron de una norma particular (sección tercera del capítulo XIV dedicado al Poder Judicial en la Constitución y Ley 7/1949); empero, el atrevimiento no llegó hasta concebirlo como un ente autónomo. El órgano, la cantidad de acciones procesales que se refrendaron y los efectos de estas contornaron un canon revolucionario en la región. En esta ocasión, no se siguió la tendencia sino que se marcaba pauta.

IV. EL CONTROL POLÍTICO INSTITUIDO EN 1976 Y EL NUEVO CANON DE 2019

La Ley Fundamental de 1959 mantuvo el TGCS, pero una ley de reforma de 1960 cambió la denominación del órgano por el de sala, remarcando su integración en el Tribunal Supremo. Aunque el órgano pervivió, su actividad languideció por autoinhibición política y el *desuetudo* de la Ley Fundamental. En 1973 se promulgó la Ley 1250 de Organización del Sistema Judicial, que reorganizó la judicatura y lo extinguió.

La Constitución de 1976 que institucionalizó el sistema socialista mutó las coordenadas de la justicia constitucional al adoptar una tipología de control constitucional político. En el nuevo entramado de órganos supremos que se instauró, la Asamblea Nacional de Poder Popular, órgano supremo del poder del Estado con función constituyente y legislativa, tenía entre sus atribuciones la revisión de la constitucionalidad de las normas y disposiciones. Ello se encontraba en la tendencia que abrazó el constitucionalismo socialista europeo.

El Reglamento de la Asamblea Nacional de 18 de julio de 1977, en los arts. del 93 al 98, reguló el proceso de revisión de constitucionalidad de las normas y otras disposiciones por causas formales y materiales. Los sujetos legitimados eran los diputados, el Consejo de Estado, el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, las Asambleas municipales y provinciales del Poder Popular, el Tribunal Supremo Popular y la Fiscalía General. También se reconoció una acción pública de veinticinco ciudadanos que se hallaren en pleno goce de sus derechos.

El escrito que iniciaba el proceso tenía que identificar la disposición o norma que se impugnaba, el órgano emisor y la razón de inconstitucionalidad; se presentaba al presidente de la Asamblea Nacional, quien lo remitía a la comisión de asuntos constitucionales y jurídicos para que dictaminara. El órgano legislativo debía pronunciarse en los siguientes términos: negar la solicitud por improcedente, revocar la norma o derogarla parcialmente.

El 5 de agosto de 1982 la ANPP promulgó un nuevo reglamento, que ratificó lo estipulado en la norma anterior, incorporando al Consejo de Ministros entre los sujetos legitimados para solicitar la revisión de constitucionalidad.

El 25 de diciembre de 1996 se emitió otro reglamento, que excluyó el procedimiento de control descrito. Al paralelo, la Asamblea Nacional promulgó el Acuerdo IV-57, que encomendaba redactar un proyecto de ley sobre el tema, propuesta que nunca se concretó. De esa forma, desapareció la vía imprecisa y limitada de control político descrita, instaurada en contrasentido al mecanismo de justicia constitucional que había evolucionado durante décadas en el país y constituyó un referente regional.

Como se constata, el texto constitucional de 1976 soslayó los dos antecedentes que se habían adoptado en el constitucionalismo nacional (modelo concentrado y no especializado en manos del Tribunal Supremo/modelo concentrado y semiespecializado en el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales), instituyendo un esquema de control político que, por demás, no terminó de configurar jurídicamente. Fue la tendencia de la doctrina socialista europea, con excepción de Yugoslavia y Checoslovaquia, que en las constituciones 1963 y 1968, respectivamente, implementaron tribunales constitucionales. Esta postura fue correlato de la concepción político-formal de constitución que sostuvo el socialismo y el principio de unidad de poder que concebía a las Asambleas nacionales como el órgano supremo del poder soberano.

El nuevo texto constitucional de 2009 supera la exclusión que tuvo el documento del 76 respecto al tema en análisis, lo que es loable. Lo primero a destacar es que refrenda el principio de supremacía constitucional y asienta una cláusula de protección genérica al referir que «todos están obligados a cumplirla»; añadiendo que las disposiciones y actos del Estado, sus funcionarios y organizaciones se ajustan a sus presupuestos⁹.

En el capítulo sexto, regula dos garantías específicas de las libertades, o, en *stricto sensu*, reconoce una que ya existe en el ordenamiento jurídico y delinea otra. Refrenda el *habeas corpus* como garantía de la libertad, institución que se encontraba olvidada en el art. 467 y siguientes de la Ley de Procedimientos Penales de 13 de agosto de 1977; y en el art. 92 esboza la vía procesal de garantía de los derechos, al afirmar que «las personas pueden acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos».

La configuración de ambos procesos queda en manos de legislador, cuando por su importancia debió delimitarlos el constituyente. El silencio es particularmente trascendente en la acción de tutela porque se introduce en un entorno en el que no existe cultura de garantías procesales a los derechos, la institución no tiene referente inmediato y en Cuba tampoco existe tradición de control difuso. Por tanto, el mutismo del constituyente plantea una infinidad de preguntas sobre los contornos básicos de la institución que debían estar en la Ley Fundamental.

Más adelante, la Constitución plantea que la persona a la que se le vulneren los derechos y sufre daño o perjuicio por acción u omisión tiene derecho a reclamar ante los tribunales la restitución del derecho y la reparación o indemnización mediante un procedimiento preferente, expedito y concentrado; agregando al final del artículo que la «ley establece aquellos derechos

⁹ Constitución de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2AtxLoW>.

amparados por esta garantía». La redacción suscita dudas: ¿la sentencia del proceso de tutela no entraña la restitución y reparación?, ¿se refiere a otro proceso?, ¿no todos los derechos vulnerados serían restituidos y reparados?

El capítulo introduce también en el art. 97 el derecho de acceso a la información de datos personales que se encuentra en registros públicos, unificando en un precepto el derecho a conocer los datos que se encuentran almacenados, la posibilidad de actualizarlos, rectificarlos o suprimirlos y la facultad de exigir su protección. En el derecho comparado, existen constituciones que refrendan el derecho (acceso a la información) y la acción procesal (*habeas data*) al unísono, mientras otras lo hacen por separado; empero, en cualquier caso, queda claro que constituyen cuestiones diferentes.

El precepto que comentamos lo enuncia como derecho, aunque la inclusión en el capítulo presupone que de este se deriva una garantía, sentido en el que la formulación es omisa.

Por otro lado, en los ordenamientos jurídicos comparados el derecho se ejercita frente a las entidades públicas y privadas, sin embargo, el texto cubano menciona «registros, archivos u otras bases de datos e información de carácter público», lo cual estampa una interrogante no poco importante: ¿quién determina el carácter público o no de un dato personal? El cambio puede resultar significativo para la efectividad del derecho en el entorno de una administración pública con vicios burocráticos y con síndrome de secretividad.

La garantía orgánica de la Constitución queda encomendada, *ex novo*, a la Asamblea Nacional del Poder Popular en el art. 158 inciso e): «[...] ejercerá el control de constitucionalidad sobre las leyes, decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones generales»; procedimiento que, igualmente, se encarga al legislador. Así, se continúa apostando por el control político que ninguna eficacia ha tenido en el derecho constitucional.

Por otra parte, el artículo no especifica si el control es previo o posterior. Si es previo, no es verdadero control, sino revisión de constitucionalidad del proyecto de norma. Si es *a posteriori* asalta la pregunta: ¿la ANPP revisora de la constitucionalidad actuará contra la ANPP legisladora?

La Carta Magna de 2019 sobrepasa el anterior texto, pero no diagrama de manera completa un modelo de control de constitucionalidad. Establece la garantía de los derechos en sede judicial y la revisión de la constitucionalidad de las leyes en el órgano legislativo-constituyente, a pesar de lo evidente de la inoperancia de esta tipología; además, todo queda pendiente de configuración legislativa. La propuesta es incompleta, inconexa, timorata, en contrasentido a la tendencia mundial, y no asegura adecuadamente el derecho ciudadano a la supremacía de la Constitución.

¿Cuál hubiera sido una propuesta ideal a tono con la nueva Constitución que introdujo cambios significativos? Considero que un modelo mixto,

como el instaurado en numerosos países de América Latina, algunos de ellos con notoria estabilidad y eficacia, e importante jurisprudencia. Una propuesta pertinente a mi juicio podría haber sido retomar la sala constitucional dentro de la máxima magistratura, y en paralelo, reconocer a los jueces facultades de revisión de constitucionalidad en los casos que ventilan. La sala constitucional tendría funciones de control previo (dictaminaría sobre la constitucionalidad de proyectos legislativos y tratados internacionales; la ejecución de referendos y consultas populares, y las preguntas que en estos se realizaran; revisaría la legitimidad de la reforma parcial de la constitución; resolvería consultas del Ejecutivo, etc.) y *a posteriori* (conocería el recurso de inconstitucionalidad de carácter abstracto por vía de acción directa, la demanda de constitucionalidad de carácter concreto, la acción de cumplimiento de sentencias, y atraería en revisión determinados casos de tutela de derechos a fin de homogenizar jurisprudencia). Por su parte, los tribunales provinciales sustanciarían el proceso de tutela de derechos, y todos los jueces tendrían competencia para desaplicar normas y decisiones inconstitucionales en casos concretos.

Bibliografía

- Alonso Romero, M. P. (2002). *Cuba en la España liberal (1837-1898). Génesis y desarrollo del régimen autonómico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Álvarez Tabío, F. (1953). *Evolución constitucional de Cuba (1928-1940)*. La Habana: Talleres Gráficos O'Reilly.
- Bizcarrondo, M. y Elorza, A. (2001). *Cuba/España. El dilema autonomista, 1878-1898*. Madrid: Editorial Colibrí.
- Blanco, A. (1941). Sobre la técnica del Tribunal Supremo en materia inconstitucional. *Revista Cubana de Derecho*, año XV, 1 (57), 117-123.
- Borges, M. A. (1944). *Compilación ordenada y completa de la Legislación cubana de 1899 a 1950* (vol. 1). La Habana: Editorial Lex.
- Dau-Lin, H. (1988). *Mutación de la Constitución*. Oñate/Onati: Instituto Vasco de Administración Pública/Herri Ardulararitzaren Euskal Erakundea.
- De Montagú, G. (1951). *El poder judicial y la Constitución y otros estudios*. La Habana: Culturas S. A.
- Fernández Bulté, J. (1994). Los modelos de control de constitucionalidad y la perspectiva de Cuba de hoy. *Revista El Otro Derecho*, 6 (2), 19-31.
- Fernández Segado, F. (2004). *La justicia constitucional en el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas; Universidad Nacional Autónoma de México.

- Ferrara, O. (1945). *Las ideas jurídico-sociales en las constituciones cubanas*. Conferencia pronunciada en el ilustre Colegio de Abogados de Madrid el 29 de enero de 1945. Madrid: Talleres Gráficos Marsiega.
- Franco Pérez, A. F. (2002). Cuba y el orden jurídico español del siglo XIX: la descentralización colonial como estrategia y táctica jurídico-política (1837-1898). *Revista de Historia Constitucional*, 5, 313-324.
- Garcerán, J. (1947). Estudio crítico del recurso de inconstitucionalidad. Su fundamento, origen y desenvolvimiento. En *Anuario de la Asociación Nacional de Funcionarios del Poder Judicial*. La Habana: Editorial LEX.
- García Belaunde, D. (2014). El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 37 (109), 238-312.
- Gutiérrez y Sánchez, G. (1938). *Historia del Derecho Constitucional cubano*. La Habana: Cultura S. A.
- Hernández Corujo, E. (1935). *La acción pública en materia de inconstitucionalidad en Cuba*. La Habana: Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca.
- (1960). *Historia constitucional de Cuba* (vol. 1). La Habana: Compañía Editora de Libros y Folletos.
- Infiesta y Pages, R. (1942). *Derecho Constitucional*. La Habana: Editorial Selecta.
- Lazcano y Mazón, A. M. (1952). *Las Constituciones de Cuba*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica.
- Maza, E. (1944). El recurso de inconstitucionalidad. Sus fuentes actuales. *Revista Cubana de Derecho*, 2 (70), 139-151.
- Méndez López, J. y Cutie Mustelie, D. (2009). La función de los tribunales de salvaguardar la Constitución. En A. Matilla Correa (comp.). *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)* (pp. 487-536). México: Editorial Porrúa.
- Ponte, F. J. (1958). *Historia de la Guerra de los 10 Años*. La Habana: Imprenta El Siglo XX; Muñiz y Cía.
- Portuondo Zuñiga, O. (2008). *Cuba. Constitución y liberalismo (1808-1841)* (vol. 2). Santiago de Cuba: Editorial Oriente.
- Roig de Leuchsenring, E. (1961). *Historia de la Enmienda Platt*. La Habana: Instituto Cubano del Libro.
- Suárez Suárez, R. (2011). Repercusiones de la Constitución de Cádiz en Cuba (1812-1814). En C. Villabella Armengol. *Hitos constitucionales del siglo XIX cubano*. Camagüey: Editorial Ácana.
- Varela Suanzes-Carpegna, J. (1983-1984). La Constitución española de 1837: una constitución transaccional. *Revista de Derecho Político*, 20, 95-106.
- (2011). La construcción del Estado en la España del siglo XIX. Una perspectiva constitucional. En C. Villabella Armengol. *Hitos del constitucionalismo del siglo XIX cubano*. Camagüey: Editorial Ácana.
- Villabella Armengol, C. M. y Matilla Correa, A. (2009). *Guáimaro: alborada en la historia constitucional cubana*. Camagüey: Ediciones Universidad.
- Vitier, C. (1990). *Ese sol del mundo moral*. La Habana: Ediciones Unión.

LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO INSTRUMENTO PARA INTERPRETAR DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

Preliminary ruling as an instrument to interpret
fundamental rights within the legal framework
of the European Union

PATRICIA LLOPIS NADAL¹
Universitat de València
patricia.llopis@uv.es

Cómo citar/Citation

Llopis Nadal, P. (2019).

La cuestión prejudicial como instrumento para interpretar
derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(1), 111-141.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.04>

Resumen

El presente trabajo estudia la relevancia de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como instrumento para interpretar derechos fundamentales. Para ello, en primer lugar, se realiza una breve introducción a la Unión Europea y a su Carta de Derechos Fundamentales como norma de rango superior; en segundo lugar, se exponen los aspectos más relevantes de la institución

¹ Profesora ayudante doctora de Derecho Procesal en la Universitat de València. Máster en Estudios Internacionales y de la Unión Europea como becaria de excelencia académica de la Generalitat Valenciana. Trabajo realizado durante la vigencia del contrato predoctoral «UV-Atracció de Talent». Correo electrónico: patricia.llopis@uv.es.

jurisdiccional de la Unión, prestando especial atención a los principios de gratuidad y contradicción y a la competencia del TJUE para proteger derechos fundamentales y, finalmente, se explica en qué consiste el mecanismo de la cuestión prejudicial y cómo está siendo utilizado para interpretar derechos fundamentales en el marco de un ordenamiento jurídico con particulares características como es el de la Unión Europea.

Palabras clave

Unión Europea; derechos fundamentales; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; cuestión prejudicial; Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Abstract

This paper is aimed at studying the importance of preliminary proceedings before the European Court of Justice (ECJ) as an instrument to interpret fundamental rights. For that purpose, firstly, the paper contains a brief introduction to the European Union and its Charter of Fundamental Rights—which is currently considered a superior rule. Secondly, the paper explains the most important features of the European Union judicial Institution, paying special attention to the principle of freedom from costs and the principle that the parties must be heard, as well as analyzing the ECJ jurisdiction to protect fundamental rights. Finally, the paper expounds the preliminary ruling mechanism and how it is being used in order to interpret fundamental rights within the framework of a legal system with specific characteristics such as the European Union.

Keywords

European Union; Fundamental Rights; European Court of Justice; preliminary ruling; Charter of Fundamental Rights of the European Union.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA UNIÓN EUROPEA Y SU CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. La Unión Europea como ordenamiento jurídico de carácter supranacional. 2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: 2.1. *La evolución de la Carta: de pacto de caballeros a instrumento jurídico vinculante.* 2.2. *La problemática derivada del ámbito de aplicación de la Carta.* III. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. Las características generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. Los principios de gratuidad y contradicción en el proceso ante el TJUE. IV. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE: 1. La cooperación prejudicial entre el TJUE y los tribunales nacionales: 1.1. *La regulación de la cuestión prejudicial y su relevancia en el diálogo entre jueces.* 1.2. *Los diferentes tipos de cuestión prejudicial.* 1.3. *La obligación de los tribunales nacionales de plantear cuestión prejudicial.* 1.4. *La legitimación activa para plantear la cuestión prejudicial.* 1.5. *Los criterios que debe tener en cuenta el juez nacional para elevar cuestión prejudicial.* 1.6. *El procedimiento para la resolución de una cuestión prejudicial por el TJUE.* 1.7. *Los efectos de la sentencia del TJUE que resuelve la cuestión prejudicial.* 2. Algunas interpretaciones de derechos humanos realizadas por el TJUE. V. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el viejo continente existen dos jurisdicciones con competencia en materia de derechos humanos: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH); sin embargo, estos órganos jurisdiccionales actúan interpretando y aplicando derechos humanos previstos en textos jurídicos diferentes. Así, mientras el TJUE tiene competencia respecto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea² (en adelante, la Carta) —que forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión—, la competencia del TEDH se extiende

² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en Niza, el 7 de diciembre de 2000, *D.O.U.E.*, C 83, de 30 de marzo de 2010, p. 389 y ss.

sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos³ (en adelante, el Convenio) —creado, expresamente, para velar por la tutela de estos derechos en el ámbito del Consejo de Europa—.

Puesto que la Unión Europea, como organización supranacional, no es parte contratante del Convenio —cuestión diferente es que lo sean, a título individual, los Estados que la integran—, entre el TJUE y el TEDH no se ha establecido relación jerárquica de ningún tipo; en otras palabras, no existe subordinación del TJUE a la jurisprudencia dictada por el TEDH en aplicación de los derechos humanos reconocidos por el Convenio. En consecuencia, estos tribunales de ámbito regional realizan, *en principio*, interpretaciones autónomas e independientes de los derechos previstos en sus respectivos catálogos jurídicos; *en principio*, puesto que el art. 52.3 de la Carta introduce el principio de homogeneidad, así, en la medida en que la Carta tenga derechos que se correspondan con los del Convenio, el sentido y el alcance de estos deberán ser equivalentes. Esto implica que, si el contenido de ambos textos coincide, el TJUE, al interpretar los derechos fundamentales previstos en la Carta, tendrá que respetar la jurisprudencia del TEDH respecto de los derechos humanos del Convenio⁴.

En el caso del TEDH, la aplicación e interpretación de los derechos humanos del Convenio tiene lugar mediante demanda del particular afectado ante el propio órgano jurisdiccional, de modo que se prevé, expresamente, un mecanismo para facilitar la tutela de estos derechos. En cambio, el sistema jurisdiccional de la Unión Europea no establece una vía específica que permita a los particulares hacer valer ante el TJUE la vulneración de sus derechos fundamentales en el marco de este ordenamiento jurídico, siendo posible utilizar cualquiera de los *recursos*⁵ que pueden ejercerse ante la institución jurisdiccional de la Unión con carácter general —esto es, recursos que no han sido previstos, en concreto, para la tutela de los derechos humanos—.

No obstante, el principal problema para los ciudadanos de la Unión Europea radica en la restringida —e incluso, en ocasiones, inexistente— legitimación

³ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950, modificado por los protocolos n.º 11 y n.º 14.

⁴ Para una exposición detallada sobre la interpretación del *principio de homogeneidad* previsto en el art. 53.2 de la Carta, Llopis Nadal, 2015: 10 y ss.

⁵ El concepto *recurso* empleado al hacer referencia al procedimiento ante el TJUE no debe entenderse como un mecanismo de impugnación frente a una resolución judicial previa, sino que todas las demandas introducidas ante el TJUE reciben el nombre de *recurso* —traducción literal del francés *recours*—, e independientemente de que este actúe en primera instancia o revise una decisión judicial previa.

activa que tienen para acceder al TJUE a fin de obtener la protección de los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico de la Unión —incluidos los considerados como fundamentales—. Esto se mantiene tanto para la solicitud de tutela a título individual como para el ejercicio de acciones colectivas por el conjunto de particulares afectados. Lo anterior, unido al papel activo de los tribunales nacionales, justifica que, si bien existen otros posibles recursos, la cuestión prejudicial se haya configurado como el principal instrumento para la interpretación de los derechos humanos por el TJUE⁶.

Por este motivo, el objeto del presente trabajo es estudiar detalladamente la cuestión prejudicial como mecanismo a través del cual se articula el diálogo entre el TJUE y los tribunales nacionales y son interpretados los derechos fundamentales reconocidos en la Carta. Para ello, en primer lugar, se realiza una breve introducción a la Unión Europea como ordenamiento jurídico y a la Carta como su catálogo de derechos fundamentales; en segundo lugar, se exponen las principales características de la institución jurisdiccional de la Unión, prestando especial atención al proceso ante el TJUE y a su competencia para proteger derechos fundamentales, finalmente, se explica en qué consiste la cuestión prejudicial y cómo está siendo utilizada para interpretar derechos humanos en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

II. LA UNIÓN EUROPEA Y SU CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. LA UNIÓN EUROPEA COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO DE CARÁCTER SUPRANACIONAL

Desde sus orígenes y de modo progresivo, la Unión Europea ha ido asumiendo nuevas competencias que le eran atribuidas por sus Estados miembros, hasta constituir un auténtico ordenamiento jurídico —autónomo respecto de los ordenamientos de los países que la integran—, cuyos sujetos son, entre otros, los nacionales de los Estados miembros —quienes pueden hacer valer ante los órganos jurisdiccionales los derechos que se les reconocen—. En la actualidad, este ordenamiento jurídico de carácter supranacional regula cada vez más materias, y se aplica por un total de veintiocho Estados del

⁶ «[L]a cuestión prejudicial comporta la mayor carga de trabajo del TJUE, de tal suerte que podría decirse que dicha vía incidental o indirecta, tanto en el plano cuantitativo como cualitativo, viene a hacer las veces de un inexistente recurso de amparo directo ante el Tribunal de Luxemburgo» (Jimena Quesada, 2017: 273).

continente europeo, así como por instituciones, órganos, organismos y agencias pertenecientes a la Unión.

En un intento por progresar en el desarrollo y consolidación de este ordenamiento, en el año 2004 fue sometido a ratificación el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, sin embargo, en algunos Estados el referéndum obtuvo resultados negativos. A pesar de este fracaso, en el estado actual, es indudable que el ordenamiento jurídico de la Unión, en defecto de una constitución formal⁷, está dotado de una constitución propia desde el punto de vista material⁸. En este sentido, el propio TJUE ha calificado los tratados constitutivos como la carta constitucional fundamental del ordenamiento jurídico de la Unión Europea⁹. Tras la última modificación del derecho originario llevada a cabo por el Tratado de Lisboa¹⁰, la Constitución material de la Unión Europea está compuesta por el Tratado de la Unión

⁷ Como explican Fossum y Menéndez, el concepto *Constitución formal* hace referencia al conjunto de normas jurídicas integradas en un documento, designado por la práctica social como *la Constitución* o *la Ley Fundamental*. Sus tres características son la singularidad, su carácter escrito y el hecho de que sea reconocida por la sociedad en su práctica diaria (Fossum y Menéndez, 2011: 20 y ss.). En el caso de la Unión Europea, la ausencia de una práctica social que identifique un texto o un conjunto de textos y se refiera a ellos como la *Constitución de la Unión* determina que no pueda reconocerse la existencia de una constitución formal en su ordenamiento jurídico.

⁸ Mantienen Fossum y Menéndez que por *Constitución material* debe entenderse el conjunto de normas consideradas básicas o fundamentales de acuerdo con la práctica social. La *Constitución material de tipo jurídico* se caracteriza por dos aspectos: está integrada exclusivamente por normas jurídicas y sus normas fundamentales son las relativas a la estructura institucional, los procesos de toma de decisiones y los derechos básicos que se reconocen los sujetos entre sí (Fossum y Menéndez, 2011: 22 y ss.). Con base en esto, es posible afirmar que la Unión Europea sí que tiene su propia *Constitución material de tipo jurídico*.

⁹ El asunto *Kadi* destaca entre la jurisprudencia del TJUE, quien, en respuesta a una presunta violación de ciertos derechos fundamentales, recuerda que los actos de los Estados y las instituciones de la Unión están sujetos al control de conformidad con *la carta constitucional que constituye el Tratado de la Comunidad Europea*, e indica que, a tal fin, se ha previsto un sistema de vías de recurso y de procedimientos ante el TJUE (Sentencia *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, EU:C:2008:461, puntos 281 y ss.).

¹⁰ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa, el 13 de diciembre de 2007.

Europea¹¹ —que regula la parte orgánica de la Unión—, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹² —donde se prevén sus competencias—, la Carta de Derechos Fundamentales —que constituye su parte dogmática— y los principios generales del derecho de la Unión¹³.

Sin embargo, la actual estructura institucional y constitucional de la Unión Europea como ordenamiento jurídico, aunque dotada de un auténtico catálogo de derechos fundamentales —la Carta— y de un sistema jurisdiccional propio —integrado por el TJUE y los tribunales nacionales—, carece de algo a lo que están sometidos todos sus Estados: un control judicial externo en materia de derechos humanos. La reforma operada por el Tratado de Lisboa no solo recuperó la idea de adhesión al Convenio, sino que, además, le otorgó carácter obligatorio, con el objetivo de garantizar que la Unión quedara sujeta a la jurisdicción exterior del TEDH. Sin embargo, pese a la previsión expresa del art. 6.2 del TUE, el intento de adhesión de la Unión Europea al texto del Consejo de Europa quedó frustrado tras el Dictamen 2/13 del TJUE¹⁴, al considerar que el Proyecto de Acuerdo de Adhesión, negociado entre la Comisión Europea y los 47 Estados contratantes del Convenio, era incompatible con los tratados de la Unión.

2. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. *La evolución de la Carta: de pacto de caballeros a instrumento jurídico vinculante*

La Carta representa una norma de rango superior dentro del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, y constituye su principal catálogo de derechos fundamentales. Tras un largo proceso de elaboración¹⁵, fue definitivamente

¹¹ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, *D.O.U.E.*, C 202, de 7 de junio de 2016, p. 13.

¹² Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *D.O.U.E.*, C 202, de 7 de junio de 2016, p. 47.

¹³ No deja de ser difícil demostrar la existencia de una constitución europea sin que haya un Estado o un verdadero poder constituyente en la Unión. No obstante, tal y como ha sido defendido por algunos autores —entre ellos, el exjefe del TJUE, Pierre Pescatore—, es suficiente para poder hablar de constitución la existencia de estos elementos configuradores de un derecho constitucional material, puesto que, de no ser así, se estaría sobrevalorando el aspecto formal de las Constituciones (Pinon, 2011: 66 y ss.).

¹⁴ Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454.

¹⁵ Adicionalmente, es interesante resaltar el carácter democrático del procedimiento de adopción de la Carta —diferente al del resto de textos procedentes de las Conferencias Intergubernamentales—, en el que se tomó como punto de partida una convención

aprobada en diciembre de 2000 (Corcuera Atienza, 2002: 84 y ss.). Integrada por un total de 54 artículos, este texto tiene por finalidad la protección de los derechos humanos, y, con este propósito, se concreta en la misma un conjunto de derechos de tipo civil, político, económico y social¹⁶. En ella se establecen los derechos fundamentales que deben respetarse en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión, aunque estos, en su mayoría, habían sido previamente reconocidos como integrantes del derecho de la Unión Europea —en la jurisprudencia del TJUE, en el derecho constitucional de los Estados Miembros o en el Convenio—. En todo caso, la adopción de este catálogo supone un notable avance dado el carácter novedoso de algunos de sus derechos —p. ej., la protección de datos de carácter personal o la propiedad intelectual—.

Si bien la Carta fue proclamada solemnemente, no se le concedió valor jurídico vinculante, sino que los Estados y las instituciones de la Unión se limitaron a manifestar su compromiso con el respeto de los derechos humanos previstos en este texto. A pesar de la inicial falta de carácter vinculante, la Carta fue tomada como texto de referencia por las instituciones de la Unión para la protección de los derechos humanos¹⁷. Posteriormente, como consecuencia de las modificaciones operadas por la reforma del Tratado de Lisboa de 2007, la Carta adquiere carácter obligatorio y se reconoce a sus derechos, libertades y principios el mismo valor jurídico que a los tratados; de este modo, se convierten en normas de rango superior del ordenamiento jurídico de la Unión Europea —como parte del derecho originario—, y, como tales, deben ser objeto de interpretación por el TJUE mediante la cuestión prejudicial (Carrillo, 2017: 221-222).

2.2. La problemática derivada del ámbito de aplicación de la Carta

El art. 6.1 del Tratado de la Unión establece que la Carta no podrá utilizarse para ampliar las competencias que tiene atribuidas la Unión Europea,

donde participaron instituciones de la Unión, Estados miembros, observadores y expertos, e incluso los ciudadanos europeos, y cuyos trabajos fueron públicos y accesibles a través de Internet. A propósito de la elaboración y redacción de la Carta, Jimena Quesada (2006: 175-178).

¹⁶ Sobre el contenido de la Carta, Mangas Martín y González Alonso (2008).

¹⁷ A título de ejemplo, destaca la Sentencia *Promusicae contra Telefónica de España*, C-275/06, EU:C:2008:54, puntos 61 y ss. En este asunto, el TJUE tuvo que pronunciarse sobre el equilibrio entre los derechos fundamentales a la protección de la propiedad intelectual y a la tutela judicial efectiva (arts. 17.2 y 47 de la Carta, respectivamente) y los derechos fundamentales a la vida privada y familiar y a la protección de datos de carácter personal (arts. 7 y 8 de la Carta).

lo que implica que todos los derechos humanos y libertades fundamentales que la Carta reconoce han de ser respetados, exclusivamente, en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión —esto es, sin que quepa exigirse su respeto por parte de los actos y de las normas jurídicas de producción nacional—. Adicionalmente, el art. 51 de la Carta establece que sus disposiciones se dirigen a las instituciones y órganos de la Unión Europea, así como a los Estados miembros únicamente *cuando apliquen el derecho de la Unión*¹⁸.

No obstante, si bien respecto de los Estados el ámbito de aplicación de la Carta se limita al derecho de la Unión, no debe olvidarse que la Carta forma parte de este ordenamiento jurídico supranacional, siendo una norma de rango superior dentro del sistema de fuentes de la Unión Europea. Adicionalmente, el principio de cooperación leal exige que los Estados respeten el ordenamiento jurídico de la Unión y no adopten normas de derecho nacional que sean contrarias al mismo, quedando sus órganos jurisdiccionales obligados a dejar de aplicar cualquier norma interna que pueda ser contraria al derecho de la Unión.

Respecto de esta cuestión es posible observar una evolución en la jurisprudencia del TJUE. En un primer momento, consideró que la Carta no crea derechos, libertades ni principios nuevos, sino que simplemente reafirma y hace más visibles aquellos que ya habían sido aceptados por el ordenamiento jurídico de la Unión¹⁹. Tomando esto como punto de partida, extendió la obligación de respetar la Carta a las medidas nacionales por las que se aplica el derecho de la Unión²⁰, exigiendo que la protección conferida por este instrumento y la jurisprudencia del TJUE respecto de cada derecho fundamental fueran respetadas incluso cuando la acción del Estado miembro no estaba totalmente determinada por el derecho de la Unión²¹.

¹⁸ Para una exposición detallada sobre cuándo ha de entenderse que los Estados miembros aplican el derecho de la Unión, a efectos de concretar cuál es el ámbito de aplicación de la Carta, Bustos Gisbert (2017: 335 y ss.).

¹⁹ Sentencia *N.S. y M.E.*, asuntos acumulados, C-411/10 y C-493/10, EU:C:2011:865, punto 119 *in fine*.

²⁰ Si bien es cierto que, con anterioridad a que se le concediera carácter obligatorio a la Carta, el TJUE ya había reconocido que los derechos fundamentales, como parte de los principios generales del derecho de la Unión, disponían de eficacia vinculante sobre las actuaciones que realizaran los Estados miembros en aplicación de las normas del ordenamiento jurídico de la Unión Europea (Sentencia *Wachauf*, C-5/88, EU:C:1989:321, punto 19).

²¹ Auto *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:280, punto 29, y Sentencia *Stefano Melloni y Ministerio Fiscal*, C-399/11, EU:C:2013:107, punto 60. A propósito de estas dos sentencias del TJUE, Milione (2017: 671-673).

Sin embargo, esta extensión concedida al ámbito de aplicación de la Carta ha sido limitada en decisiones más recientes. De este modo, el TJUE se ha declarado incompetente para conocer de cuestiones prejudiciales, considerando que, si la situación jurídica no puede incluirse en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión —en otras palabras, si pertenece exclusivamente al derecho de producción nacional—, el hecho de que se invoquen disposiciones de la Carta no es suficiente para fundar su competencia²².

Por tanto, según las circunstancias de la norma nacional y del caso concreto, y atendiendo a la extensión que se conceda al art. 51.1 de la Carta y a la jurisprudencia expuesta, el propio TJUE podría examinar si la disposición interna infringe los derechos fundamentales previstos en la Carta, en cuanto este catálogo de derechos se integra en el ordenamiento jurídico de la Unión y los Estados miembros tienen la obligación de respetar su contenido (Roca Trías y García Couso, 2017: 539).

III. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea la compone un conjunto de instituciones encargadas de realizar las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales propias de esta organización supranacional. Creado en 1951, el TJUE es el que ejerce la función judicial dentro de la Unión. Desde sus orígenes, esta institución ha ido evolucionando, siempre con el propósito de poder adaptarse a las nuevas necesidades de una organización supranacional cada vez más compleja²³.

²² Sentencia *Torrallbo Marcos*, C-265/13, EU:2014:187, punto 30; Auto *Balazs y Papp*, C-45/14, EU:C:2014:2021, punto 23, y Auto *Vararu*, C-496/14, EU:C:2015:312, punto 18. Asimismo, destaca la afirmación mantenida en el asunto *Willems y otros*: «Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. En otros términos, la aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta» (Sentencia *Willems y otros*, asuntos acumulados, C-446/12, C-447/12, C-448/12 y C-449/12, EU:C:2015:238, punto 49).

²³ Como indica Iglesias Buhigues, la estructura actual del TJUE es muy diferente a la que presentaba en el momento de su creación, debido a «la propia evolución y dinámica del fenómeno de integración europea». En concreto, lo que ha determinado esta transformación ha sido el aumento cuantitativo de litigios y cuestiones planteados

La función del TJUE es la de garantizar «el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados», esto debe entenderse como referido a la totalidad del ordenamiento jurídico de la Unión, incluidos los derechos fundamentales previstos en la Carta²⁴. A fin de cumplir con esta función, la institución jurisdiccional se estructura en tres órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados²⁵. Adicionalmente, en la estructura de esta institución jurisdiccional debemos integrar a los tribunales de todos los Estados miembros, que tienen la obligación de aplicar, en un primer momento y en su ámbito territorial, el derecho de la Unión. En este sentido, los Estados están obligados a fijar las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva cuando deba aplicarse este ordenamiento jurídico²⁶.

—motivado por las sucesivas ampliaciones de la Unión y la progresiva atribución de competencias— y el incremento del nivel de especialización de los asuntos conocidos por el TJUE —con la aparición de nuevas materias y de un carácter técnico-jurídico cada vez más elevado— (Iglesias Buhigues, 2013: 20 y 23).

²⁴ «Los Tribunales Constitucionales han dejado de tener el monopolio sobre la interpretación de los derechos y libertades fundamentales (art. 10.2 CE). Es más, en aquellos casos en que afecte a derechos fundamentales relacionados con la competencia de la UE, podría afirmarse que han dejado de tener el control [...] en definitiva los derechos fundamentales no dejan de ser una materia transversal que acompaña a la materia de la que bien la Unión bien el Estado son competentes» (Roca Trías y García Couso, 2017: 537).

²⁵ Respecto de los tribunales especializados en la actualidad no hay ninguno en funcionamiento, no obstante, hasta septiembre de 2016 el TJUE disponía del Tribunal de la Función Pública —órgano jurisdiccional de carácter especializado al que le correspondía la competencia para enjuiciar los litigios entre los eurofuncionarios y la propia Unión Europea—; los siete jueces que lo componían pasaron a integrar el Tribunal General (Reglamento [UE, Euratom] 2015/2422, *D.O.U.E.*, L 341, de 24 de diciembre de 2015, considerando 9.º).

²⁶ El TJUE considera que el sistema de recursos y procedimientos que establece el derecho de la Unión es completo, pero añade: «Corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva [...] de conformidad con el principio de cooperación leal [...] los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto» (Sentencia *Unión de Pequeños Agricultores [UPA] c. Consejo de la Unión Europea*, C-50/00, EU:C:2002:462, puntos 38 y ss.,

Lo anterior predetermina que, habitualmente, sean los tribunales nacionales los que apliquen las normas que integran el derecho de la Unión y, salvo que el órgano jurisdiccional del Estado miembro eleve cuestión prejudicial, los asuntos que tienen por objeto este ordenamiento supranacional no lleguen a ser conocidos por el TJUE; ha sido el papel activo de los tribunales nacionales, mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales, el modo en que el TJUE se ha pronunciado sobre la interpretación de los derechos fundamentales de la Carta.

A pesar de estas previsiones, sigue cuestionándose si el ordenamiento jurídico de la Unión pone a disposición de los particulares un sistema de recursos que respete las exigencias del art. 47 de la Carta —artículo que reconoce el *derecho a la tutela judicial efectiva*—. La realidad del sistema jurisdiccional de la Unión muestra que son muy reducidas las posibilidades de los particulares de acudir al TJUE en caso de vulneración de los derechos que les reconoce este ordenamiento —sean o no fundamentales—. Asimismo, a título individual, los ciudadanos europeos carecen completamente de opciones para demandar a otro particular ante el TJUE —en caso de infracción, solo podrán alegar el derecho de la Unión ante los tribunales nacionales—.

Finalmente, procede destacar un límite impuesto a la competencia del TJUE que incide en la tutela de los derechos humanos: este Tribunal carece de competencia respecto del derecho originario, puede interpretarlo pero no puede decidir sobre la validez de las disposiciones que lo integran²⁷. En cambio, cuando se trata de derecho derivado puede pronunciarse tanto sobre su interpretación como sobre su validez²⁸.

En el ámbito de la protección de los derechos humanos, la diferencia existente entre el derecho originario y el derecho derivado implica que, ante

especialmente, puntos 41 y 42). Sobre esta cuestión, es interesante tener en cuenta la exposición que realiza Liñán Nogueras (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2012: 269 y ss.).

²⁷ De Schutter considera estos límites como «tres lagunas en el control del respeto de los derechos fundamentales garantizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión» (De Schutter, 2010: 544 y ss.).

²⁸ El derecho originario se caracteriza por ser adoptado por los propios Estados miembros y presentar naturaleza convencional; está integrado por los tratados constitutivos —y sus modificaciones—, los tratados de adhesión a la Unión, la Carta y los principios generales del derecho. Por su parte, el derecho derivado es adoptado por las instituciones de la Unión en ejercicio de su función legislativa; se compone, fundamentalmente, por los reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes (art. 288 del TFUE). Ambos grupos de normas integran el sistema de fuentes propio del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

una norma de derecho derivado que viole los derechos fundamentales previstos en la Carta, presentado el recurso oportuno, el TJUE podrá declarar inválida la disposición. Por el contrario, frente a una norma de derecho originario que plantee dudas por ser contraria a los derechos fundamentales, si no es posible para el TJUE ofrecer una interpretación de la disposición conforme a los derechos y libertades reconocidos en la Carta, no podrá, por sí mismo, declarar la norma de derecho originario inválida. En tales supuestos, deberá ponerlo en conocimiento de los Estados miembros para que procedan a la revisión de los tratados. Lo mismo sucede respecto de los derechos humanos previstos en las disposiciones de la Carta: el TJUE puede interpretarlos, pero, en la medida en que son normas de derecho originario, no podrá pronunciarse sobre su validez.

2. LOS PRINCIPIOS DE GRATUIDAD Y CONTRADICCIÓN EN EL PROCESO ANTE EL TJUE

En el procedimiento que se sigue ante el TJUE rigen los principios de gratuidad, de contradicción, de igualdad y de publicidad; por sus características, entendemos que conviene hacer mención especial a los dos primeros. El principio de gratuidad significa que el acceso a la justicia impartida por el TJUE no exige que se pague ningún tipo de tasa judicial; no obstante, este principio no exonera a la parte que ha sido condenada en costas del pago de las mismas. En todo caso, para los procesos seguidos ante este Tribunal, se prevé el derecho a la asistencia jurídica gratuita con valor de fundamental en el art. 47 de la Carta²⁹.

En cuanto al principio de contradicción debe señalarse la problemática suscitada por la imposibilidad de que las partes del litigio, y los demás interesados, contesten a las conclusiones presentadas por el abogado general en relación con la cuestión prejudicial; este puede presentar sus conclusiones al final de la vista oral, tras lo cual, el presidente de la Sala declarará su terminación. Después de oír al abogado general, el TJUE podrá ordenar la apertura o reapertura de la fase oral; en particular, si considera que no dispone de información suficiente, si una de las partes ha invocado un hecho nuevo decisivo o si el asunto va a resolverse con base a un argumento no debatido³⁰.

²⁹ Sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos ante los diferentes tribunales que integran el TJUE, Llopis Nadal (2017: 170-171).

³⁰ Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, *D.O.U.E.*, C 337, de 6 de noviembre de 2012, arts. 82 y 83. Si bien la enumeración de motivos no es una lista tasada, tampoco implica que, de modo imperativo, al concurrir uno de estos, el TJUE

En varias ocasiones, los interesados han solicitado presentar respuesta por escrito a las conclusiones del abogado general, y, con carácter subsidiario, reabrir la fase oral o reconsiderar estas conclusiones. La respuesta del TJUE ha sido reconocer que el derecho de la Unión no prevé la posibilidad de que las partes presenten observaciones a las conclusiones del abogado general; no obstante, mantiene que esto no constituye una violación del derecho a un procedimiento contradictorio derivado del art. 6.1 del Convenio, de acuerdo con la interpretación realizada por el TEDH. Asimismo, ha defendido al abogado general como lo que es: una figura propia del ordenamiento jurídico de la Unión que no debe confundirse con instituciones nacionales³¹.

La problemática generada por la imposibilidad de que los interesados contesten a las conclusiones del abogado general ha sido planteada ante el TEDH, alegando que ello era contrario al derecho a un proceso equitativo reconocido por el art. 6 del Convenio. Ahora bien, las dos demandas presentadas ante el TEDH han sido declaradas inadmisibles —por motivos distintos y, en cierta medida, intentando eludir el examen de las normas de un ordenamiento jurídico que no está sujeto a su jurisdicción—, de modo que, de momento, el TEDH no ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el fondo respecto de si esto constituye una vulneración del principio de contradicción³².

deba proceder a la apertura o reapertura del juicio oral; se trata de una facultad que, en última instancia, queda en manos de la actuación discrecional de los jueces.

³¹ Auto *Emesa Sugar (Free Zone) NV y Aruba*, C-17/98, EU:C:2000:70, puntos 3 a 16. En particular, subraya el TJUE que entre los abogados generales no existe vínculo de subordinación, no constituyen ningún órgano ni ministerio público, no ejercen sus funciones sometidos a una autoridad y no están encargados de la defensa de interés alguno.

³² La primera demanda tiene lugar con el asunto *Emesa Sugar v. The Netherlands*, el TEDH la declara inadmisibile por no ser compatible *rationae materiae* con las disposiciones del Convenio; el motivo es que la demanda está fuera del ámbito civil y penal al que se refiere el art. 6 del Convenio, pues se trata de un asunto sobre aranceles, una materia fiscal que pertenece a las prerrogativas del poder público (TEDH, *Emesa Sugar v. The Netherlands* [n.º 62023/00], de 13 de enero de 2005, pp. 10-11). La segunda demanda fue con el asunto *Kokkelvisserij U.A. v. The Netherlands*, esta también fue declarada inadmisibile por el TEDH al considerar que la demanda era manifiestamente infundada, pues el demandante no probó que, al no haber podido contestar a las conclusiones del abogado general, el Estado holandés le hubiera otorgado una protección deficiente y, por tanto, contraria al art. 6 del Convenio (TEDH, *Coöperatieve Producentenorganisatie Van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. v. The Netherlands* [n.º 13645/05], de 20 de enero de 2009, p. 21).

IV. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE

La cooperación prejudicial entre la institución jurisdiccional de la Unión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros se articula mediante las cuestiones prejudiciales, por tanto, se trata de un mecanismo que sirve de base para el diálogo entre el TJUE y los tribunales nacionales. La cuestión prejudicial tiene naturaleza jurídica de incidente procesal, y se utiliza con la finalidad de que los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros interpreten y apliquen el derecho de la Unión de manera uniforme³³. Las resoluciones que se dictan en respuesta a una duda prejudicial no son susceptibles de recurso ante ningún otro órgano jurisdiccional.

Respetando el objetivo de acercar Europa a los ciudadanos permitiéndoles utilizar su idioma ante las instituciones de la Unión, durante el desarrollo del proceso ante el TJUE puede hacerse uso de cualquiera de las lenguas oficiales de la Unión Europea³⁴. No obstante, como regla general la lengua del procedimiento será la que elija el actor en el momento de interponer su demanda —en el caso de la cuestión prejudicial, será la lengua oficial del órgano jurisdiccional que plantea la duda—, mientras que, al margen del idioma seguido durante el procedimiento, forma parte de la costumbre del TJUE que la lengua de trabajo de sus jueces sea el francés.

³³ El TJUE, en el asunto *Rheinmühlen*, reconoció la importancia de la cuestión prejudicial en cuanto sirve para «evitar divergencias en la interpretación del Derecho comunitario que han de aplicar los órganos jurisdiccionales nacionales» y ofrece a estos órganos «un medio para eliminar las dificultades que pueda suscitar la exigencia de dar plenos efectos al Derecho comunitario». En esta sentencia, el TJUE mantiene que todos los órganos jurisdiccionales nacionales pueden someter una cuestión prejudicial al TJUE —siempre que ello sea necesario para emitir su fallo—, y lo justifica en el hecho de que la cuestión prejudicial es «esencial para preservar el carácter comunitario del Derecho» y «tiene por objeto garantizar que, en cualesquiera circunstancias, este Derecho produzca el mismo efecto en todos los Estados de la Comunidad» (Sentencia *Rheinmühlen-Düsseldorf*, C-166/73, EU:C:1974:3, punto 2). Desde la sentencia *Rheinmühlen* hasta la actualidad, la jurisprudencia del TJUE ha mantenido la importancia de la vía prejudicial para preservar la homogeneidad en la interpretación y aplicación de las normas del ordenamiento jurídico de la Unión, incluidos los derechos fundamentales de la Carta.

³⁴ Estas lenguas oficiales son: alemán, búlgaro, checo, croata, danés, eslovaco, esloveno, español, estonio, finés, francés, griego, húngaro, inglés, irlandés, italiano, letón, lituano, maltés, neerlandés, polaco, portugués, rumano y sueco.

1. LA COOPERACIÓN PREJUDICIAL ENTRE EL TJUE Y LOS TRIBUNALES NACIONALES

1.1. *La regulación de la cuestión prejudicial y su relevancia en el diálogo entre jueces*

El mecanismo de la cuestión prejudicial está previsto en los tratados de la Unión. Asimismo, el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia regula las cuestiones prejudiciales de modo detallado³⁵. Sin embargo, aunque el derecho de la Unión regula la cuestión prejudicial, ha sido el TJUE, a través de su jurisprudencia y de sus recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales³⁶, el que ha concretado muchos aspectos de este instrumento procesal.

La cuestión prejudicial posibilita la colaboración entre jurisdicciones de diferente ámbito: las nacionales de los Estados miembros y la supranacional de la Unión Europea. En este sentido, el mismo TJUE ha definido la cuestión prejudicial como «un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales», y ha señalado que su utilidad consiste en que aporta a los tribunales nacionales «los elementos de interpretación del Derecho [de la Unión] que precisan para resolver los litigios de que conocen³⁷».

1.2. *Los diferentes tipos de cuestión prejudicial*

De acuerdo con lo establecido en los tratados de la Unión, son dos los tipos de cuestión prejudicial que pueden plantearse ante el Tribunal de Luxemburgo: la interpretativa y la de validez, sin embargo, difiere el ámbito de aplicación de cada una de ellas. La cuestión prejudicial interpretativa permite que el TJUE indique la correcta interpretación de una norma de derecho de la Unión, pudiendo plantearse este tipo de cuestión prejudicial respecto de cualquier disposición, incluyendo los tratados internacionales firmados con terceros y la jurisprudencia del propio TJUE.

³⁵ Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, *D.O.U.E.*, C 337, de 6 de noviembre de 2012.

³⁶ Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, *D.O.U.E., resoluciones, recomendaciones y dictámenes*, C 338, de 6 de noviembre de 2012.

³⁷ Sentencia *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, C-112/00, EU:C:2003:333, punto 30.

En cambio, la cuestión prejudicial de validez únicamente puede utilizarse para que el TJUE concrete si una norma de derecho derivado —esto es, un acto adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de su función legislativa— respeta las disposiciones de derecho originario —es decir, si es conforme a los tratados constitutivos, a la Carta o a los principios generales del derecho de la Unión—. No obstante, en ningún caso podrá el TJUE pronunciarse sobre la validez de las normas de derecho originario, sino que solo podrá fijar las pautas para su interpretación.

Respecto de los derechos fundamentales, estos tienen carácter de derecho originario, en la medida en que son disposiciones reconocidas en una Carta a la que se le ha concedido el mismo valor que a los tratados. La consecuencia de esto es que pueden plantearse cuestiones prejudiciales de tipo interpretativo respecto de estas disposiciones, sin embargo, no cabe que se planteen cuestiones prejudiciales sobre la validez de un derecho fundamental previsto en este instrumento jurídico. Sí que es posible, en cambio, tomar estos derechos fundamentales como referencia y plantear cuestión prejudicial de validez respecto de cualquier norma de derecho derivado por entender que es contraria a los derechos o libertades previstos en la Carta.

1.3. La obligación de los tribunales nacionales de plantear cuestión prejudicial

Es necesario diferenciar en función del origen de la disposición controvertida —de producción nacional o de producción supranacional—, para determinar si los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros están obligados a elevar cuestión prejudicial.

De una parte, cuando se trata de normas de producción nacional, los jueces, independientemente de que actúen como tribunal que agota la vía interna, no están obligados a plantear la duda al TJUE. En otras palabras, sin necesidad de que haya un pronunciamiento del TJUE, los tribunales nacionales pueden inaplicar la norma de derecho nacional, cuya validez ponen en entredicho por entender que es contraria al derecho de la Unión. Esto es así puesto que se permite que las normas nacionales sean objeto de un control difuso, es decir, un control ejercido por el tribunal nacional competente para resolver sobre el litigio. Por este motivo, nada impide que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro deje de aplicar una norma de derecho interno —especialmente, si considera que esta tiene algún tipo de repercusión en el ámbito del derecho de la Unión Europea— cuando entienda que la misma no respeta los derechos fundamentales previstos en la Carta.

De otra parte, cuando el tribunal nacional tenga dudas respecto de una norma de derecho de la Unión no puede, por sí mismo, dejar de aplicar esta

norma de producción supranacional³⁸. En tales casos, el órgano jurisdiccional del Estado miembro elevará cuestión prejudicial al TJUE, a fin de que se pronuncie sobre la interpretación o sobre la validez de esta norma. Puesto que las normas de derecho de la Unión únicamente pueden quedar sujetas a un *control concentrado*, que será ejercido, con carácter exclusivo, por el TJUE. De modo que, si el tribunal nacional entiende que una norma de derecho de la Unión es contraria a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta, elevará cuestión prejudicial de validez.

Sin embargo, el tribunal nacional no ha de plantear cuestión prejudicial imperativamente cada vez que tenga dudas, sino que la obligatoriedad de utilizar este incidente procesal depende del grado en que decida. Así, como regla general, para el tribunal nacional es facultativo solicitar al TJUE que se pronuncie sobre cómo debe interpretarse o aplicarse la norma de derecho de la Unión. En cambio, cuando el órgano jurisdiccional nacional agota la vía interna deberá, preceptivamente, someter su duda al TJUE; en otras palabras, está obligado a plantear cuestión prejudicial interpretativa o de validez el tribunal nacional contra cuyas decisiones no cabe presentar ulterior recurso. Lo anterior se mantiene aunque la duda suscitada en el litigio principal sea relativa a uno de los derechos fundamentales previstos en la Carta.

1.4. La legitimación activa para plantear la cuestión prejudicial

Las partes del litigio principal —esto es, los particulares que intervienen en el proceso ante el tribunal nacional— pueden solicitar al juez que conoce

³⁸ En *Foto-Frost*, el *Finanzgericht* de Hamburgo plantea una cuestión prejudicial al TJUE, preguntando si tenía competencia para pronunciarse, por sí mismo, sobre la invalidez de una decisión de la Comisión Europea. Mediante su respuesta, el TJUE declara la imposibilidad de que un tribunal nacional inaplique por su cuenta normas de derecho de la Unión por estimarlas contrarias a otras disposiciones del mismo ordenamiento, pero de mayor rango jerárquico. En este sentido, el TJUE señala que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden examinar la validez de un acto de la Unión y concluir que el acto es plenamente válido si no presenta los motivos de invalidez que han alegado las partes, pero añade que, en cambio, *no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones de la Unión*; la razón de ser de esto es respetar la competencia del TJUE de garantizar la aplicación uniforme del derecho de la Unión Europea. Finaliza el TJUE indicando que, si mediante el recurso de anulación el TJUE tiene competencia exclusiva para anular un acto de la Unión, «la coherencia del sistema exige que la facultad de declarar la invalidez del mismo acto, si se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional, esté reservada [...] al Tribunal de Justicia» (Sentencia *Foto-Frost y Hauptzollamt Lübeck-Ost*, C-314/85, EU:1987:452, puntos 13 y ss., especialmente, punto 17).

del asunto el planteamiento de cuestión prejudicial. Sin embargo, únicamente está legitimado para presentar esta duda el tribunal competente para resolver el litigio principal³⁹. Asimismo, el TJUE ha defendido que los tribunales nacionales no tienen la obligación positiva de elevar cuestión prejudicial; incluso cuando son las partes del litigio las que han solicitado que se plantee la duda; en tales casos, si se opondrá será necesario que su negativa esté lo suficientemente motivada, puesto que, de lo contrario, su oposición podría entenderse como constitutiva de infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁴⁰.

Sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial a petición de las partes, y la posible violación de la tutela judicial efectiva en caso de que no se respete su solicitud, ha tenido la ocasión de pronunciarse el TEDH en el asunto *Grifhorst c. France*. En esta sentencia, mantuvo que las características de la cuestión prejudicial eran, *en principio*, compatibles con el art. 6 del Convenio, y, en consecuencia, inadmitió la demanda por lo que respecta a la violación del derecho a un proceso equitativo⁴¹. Conviene hacer una breve referencia a la jurisprudencia del TEDH en el asunto *Grifhorst*.

Robert Grifhorst, condenado en Francia, presentó recurso contra la sentencia de condena ante la *Cour d'Appel*, solicitando que fuera elevada cuestión prejudicial ante el TJUE. La *Cour d'Appel* consideró que no era necesario preguntar y desestimó el recurso. Posteriormente, ante la *Cour de Cassation*, el demandante alegó la violación de los arts. 6 y 7 del Convenio, pero no solicitó a la última instancia francesa que planteara cuestión prejudicial para verificar si las normas francesas eran compatibles con el derecho de la Unión. Desestimado el recurso de casación, en la demanda ante el TEDH Grifhorst mantuvo que se había infringido su derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 6 del Convenio; justificaba esta violación alegando, entre otros, que la *Cour d'Appel* no había tomado en consideración su solicitud de elevar cuestión prejudicial.

³⁹ El TJUE ha defendido que, en el marco de la cooperación prejudicial, el tribunal que conoce del litigio es «el único que posee un conocimiento directo de los hechos que lo originaron y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse», y le corresponde apreciar, «a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea» (Sentencia *Eugen*, C-112/00, EU:C:2003:333, punto 31).

⁴⁰ Sentencia *Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, EU:C:2010:21, puntos 44 y ss., donde el TJUE confirma su jurisprudencia anterior en la que había declarado la inexistencia de una obligación positiva de elevar cuestión prejudicial.

⁴¹ TEDH, *Grifhorst c. France* (n.º 28336/02), de 7 de septiembre de 2006.

En su respuesta, en cuanto a la petición de cuestión prejudicial, el TEDH indicó que «no puede deducirse del art. 6.1 del Convenio el derecho absoluto a que un asunto sea sometido a título prejudicial al TJUE»; de modo que no existe un derecho que permita a los particulares exigir la cuestión prejudicial ante cualquier instancia nacional y que esta sea preceptivamente elevada al TJUE. No obstante, a pesar de esta afirmación, el TEDH continuó señalando «es cierto que, en determinadas circunstancias, el rechazo acordado por una jurisdicción nacional que se pronuncia en última instancia puede infringir el principio de un proceso justo, particularmente, cuando este rechazo sea arbitrario⁴²». Por tanto, nada impide que incluso el órgano jurisdiccional nacional que conoce en última instancia se niegue, aunque exista previa petición del particular, a plantear una cuestión prejudicial, siempre que actúe con imparcialidad y motive su respuesta negativa. Si bien, en el caso concreto el TEDH no reconoció la vulneración del art. 6.1 del Convenio porque la cuestión prejudicial solo se solicitó a la *Cour d'Appel* y la petición no fue reiterada ante la *Cour de Cassation*⁴³.

⁴² Idéntica respuesta proporcionó la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *Société Divagsa* (Com.E.D.H., *Société Divagsa c. Espagne* [n.º 20631/92], de 12 de mayo de 1993, p. 3) y el TEDH en el asunto *Dotta* (TEDH, *Dotta c. Italie* [n.º 38399/97], de 7 de septiembre de 1999, p. 3). Adicionalmente, en ambas decisiones se hace referencia a la jurisprudencia *Cilfit* del TJUE, al indicar: «Cuando una jurisdicción nacional conoce en última instancia, esta tiene la obligación de elevar cuestión prejudicial. Sin embargo, es cierto que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la obligación de remisión prejudicial no es absoluta si no existen dudas sobre la respuesta a proporcionar. Esta es la teoría del acto claro». Esta cita implícita de la jurisprudencia del TJUE no se incluyó en la decisión *Grifhorst*.

⁴³ No es la primera vez que los órganos encargados del control del Convenio conocen de la negativa de los tribunales nacionales a elevar cuestión prejudicial cuando ha sido solicitada por el demandante. En 1992 se presentó una primera demanda, pero la Comisión Europea de Derechos Humanos la declaró inadmisibile (Com.E.D.H., *Société Divagsa*). Posteriormente, el propio TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad de la cuestión prejudicial con el art. 6 del Convenio. Con *Predil*, el TEDH consideró que podía haber violación en caso de rechazo arbitrario, al margen de la instancia en que hubiera actuado el tribunal, de modo que la exigencia de un rechazo no arbitrario no se aplica exclusivamente a las resoluciones dictadas en última instancia (TEDH, *Predil Anstalt c. Italie* [n.º 31993/96], de 8 de junio de 1999, p. 11). Asimismo, destaca la sentencia *Ullens* —posterior al asunto *Grifhorst*—, donde el TEDH interpreta *rechazo arbitrario* como la negativa a elevar cuestión prejudicial cuando las normas no prevén excepción alguna al reenvío, cuando el rechazo se fundamenta en razones diferentes a las previstas en las normas que permiten su excepción, y cuando la negativa a elevar cuestión prejudicial no haya sido debidamente motivada.

1.5. Los criterios que debe tener en cuenta el juez nacional para elevar cuestión prejudicial

Una de las dudas fundamentales que se plantean al decidir si procede o no elevar cuestión prejudicial es la relativa al margen de apreciación del juez nacional para plantearla. Este aspecto ha sido delimitado por la propia institución jurisdiccional mediante su jurisprudencia y sus recomendaciones dirigidas a los tribunales nacionales.

El criterio utilizado es la existencia de una *duda razonable* respecto de la interpretación o la validez de la disposición controvertida. Esta duda ha de surgir en el marco de un litigio real conducente a la adopción de una decisión judicial; este requisito excluye que se planteen cuestiones prejudiciales sobre aspectos hipotéticos o cuya respuesta no influya en la resolución del litigio principal⁴⁴. Además, se exige que sea imprescindible que el TJUE se pronuncie sobre la duda para que el órgano jurisdiccional nacional pueda resolver el asunto principal con base en la respuesta proporcionada⁴⁵.

Concluye el TEDH: «El artículo 6.1 del Convenio sí impone a los tribunales nacionales la obligación de motivar las decisiones por las que rechazan plantear una cuestión prejudicial [...], especialmente, cuando el derecho aplicable únicamente admite el rechazo con carácter excepcional» (TEDH, *Ullens, de Schooten et Rezabek c. Belgique* [n.º 3989/07 y n.º 38353/07], de 20 de septiembre de 2011, puntos 57 y ss., especialmente, punto 60).

⁴⁴ Sobre esto, en el asunto *Foglia II*, el TJUE destacó que sobre la base de una cuestión prejudicial no podía emitir opiniones consultivas relativas a dudas generales o hipotéticas. Por consiguiente, consideró que no era competente para conocer de cuestiones prejudiciales planteadas «en el marco de artificios procesales utilizados por las partes con el objeto de que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre ciertos problemas de Derecho comunitario que no obedecen a una necesidad objetiva inherente a la solución de un litigio» (Sentencia *Pasquale Foglia c. Mariella Novello*, C-244/80, EU:C:1981:302, punto 18).

⁴⁵ La idea de la duda razonable se introduce por el TJUE mediante el asunto *Cilfit*, con el que mantiene que los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia no tienen la obligación de elevar cuestión prejudicial en dos supuestos: si la respuesta al problema planteado es «clara» (acto claro), en el sentido de que «la correcta aplicación del derecho de la Unión pueda imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión planteada», o si la solución al problema ya ha sido «aclarada» (acto aclarado), en cuanto «existe jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata» (Sentencia, *Srl CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero della Sanità*, C-283/81, EU:C:1982:335, puntos 16 y 14, respectivamente).

Por último, es requisito para plantear cuestión prejudicial que las resoluciones de remisión que presentan los tribunales nacionales estén suficientemente motivadas —exponiendo las razones por las que se considera necesaria la aclaración—. Todas estas condiciones que deben concurrir para que el juez nacional plantee duda prejudicial se exigen, igualmente, cuando la misma tiene por objeto alguno de los derechos fundamentales previstos en la Carta.

Las matizaciones expuestas en los párrafos precedentes tienen como consecuencia que los jueces nacionales no siempre eleven cuestión prejudicial —incluso en aquellos litigios en que ha habido previa petición de las partes—. Esto es debido, en gran medida, al hecho de que preguntar al TJUE depende tanto de la voluntad del juez que conoce del asunto como de su grado de implicación con el derecho de la Unión Europea (Jimena Quesada, 2017: 304 y ss.). En todo caso, cuando haya solicitud de las partes del litigio principal, la jurisprudencia del TEDH impone que el rechazo del tribunal nacional a plantear la cuestión prejudicial no sea arbitrario.

Respecto de los criterios que ha de tener en cuenta el juez nacional al decidir si plantea o no cuestión prejudicial, debe señalarse que el hecho de que la norma controvertida haya sido aplicada en litigios previos por tribunales jerárquicamente superiores no excluye la posibilidad de plantear cuestión prejudicial. Asimismo, tampoco impide que se eleve duda prejudicial cuando el TJUE se haya pronunciado sobre la disposición; de ser el caso, la cuestión prejudicial puede presentarse para obtener un giro jurisprudencial, para que matice o concrete sus resoluciones previas...; en materia de derechos humanos, tras la concesión de carácter vinculante a la Carta, se está recurriendo a la cuestión prejudicial para que examine normas de derecho de la Unión a la luz de los derechos fundamentales reconocidos por este ordenamiento jurídico.

1.6. El procedimiento para la resolución de una cuestión prejudicial por el TJUE

En el marco del proceso nacional, la cuestión prejudicial puede plantearse en cualquier momento en que el tribunal competente tenga dudas sobre la norma que debe aplicar⁴⁶. No obstante, resulta conveniente que la misma se presente cuando los elementos jurídicos y fácticos del litigio principal estén definidos, en particular, después del trámite de audiencia de las partes.

Si decide elevar cuestión prejudicial, el tribunal nacional deberá remitir dos documentos al TJUE: el dossier del litigio donde surge la duda y la pregunta o preguntas exactas que se plantean. El procedimiento ante el TJUE

⁴⁶ Sentencia *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10, EU:2010:363.

se inicia cuando este recibe la resolución del órgano jurisdiccional nacional en la que se formula la duda, y como consecuencia, el litigio principal que está siendo conocido por el tribunal del Estado miembro queda suspendido a esperas de la respuesta por parte de la institución jurisdiccional de la Unión.

Una de las características que ha de señalarse respecto del procedimiento para la resolución de la cuestión prejudicial es que no tiene carácter contradictorio; sin embargo, tanto las partes del litigio principal como las instituciones de la Unión y los Estados miembros —cualquiera de estos, aunque no esté directamente implicado en el asunto que dio lugar al planteamiento de la duda— están legitimados para presentar sus observaciones ante el TJUE. En todo caso, debe destacarse que durante el procedimiento para resolver la cuestión prejudicial nunca interviene el juez nacional que planteó la duda, limitándose a remitir el problema y a acatar la solución.

Para resolver la cuestión prejudicial puede seguirse ante el TJUE el procedimiento general o, excepcionalmente, el procedimiento acelerado⁴⁷ o el de urgencia⁴⁸. Es el mismo Tribunal el que decide si procede aplicar la excepción a la regla general, una decisión que será adoptada a instancia del órgano jurisdiccional nacional que ha remitido la duda o de oficio por el propio TJUE. El hecho de que la cuestión prejudicial esté relacionada con los derechos fundamentales de la Carta no implica que, necesariamente, se abandone el procedimiento general para seguir uno de estos dos procedimientos excepcionales.

1.7. Los efectos de la sentencia del TJUE que resuelve la cuestión prejudicial

Los efectos de la sentencia que dicta el TJUE para responder a una duda prejudicial son diferentes en función de si la cuestión planteada era relativa a la interpretación de una norma de derecho de la Unión o a su validez.

Al pronunciarse sobre una cuestión prejudicial interpretativa, el TJUE se limita a interpretar el derecho de la Unión y, con ello, sin dar una solución al caso concreto, proporciona al tribunal nacional los elementos necesarios para resolver el litigio principal⁴⁹. La interpretación que realiza el Tribunal de Luxemburgo vincula a los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros, que están obligados a respetar en futuros asuntos la jurisprudencia

⁴⁷ Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, arts. 105 y ss.

⁴⁸ *Ibid.*, arts. 107 y ss.

⁴⁹ Sin embargo, es cierto que, con su respuesta, el TJUE predetermina la resolución del litigio principal (Mangas Martín y Liñán Noguera, 2012: 458).

previa del TJUE⁵⁰. En este sentido, siempre puede forzar una interpretación de las disposiciones del ordenamiento jurídico de la Unión que sea conforme a los derechos fundamentales previstos en la Carta.

En cambio, las consecuencias que pueden desprenderse de una cuestión de validez son diferentes. Si, tras el estudio de la duda, el TJUE estima que la norma de derecho derivado es inválida, la misma será declarada nula y los efectos de su nulidad se extenderán *erga omnes y ex tunc*. Por tanto, en el caso de que el Tribunal de Luxemburgo considere que no es posible dotar a la norma de derecho derivado de una interpretación conforme a los derechos fundamentales de la Carta —esto es, conforme a disposiciones de derecho originario—, la norma de rango inferior será declarada nula. En consecuencia, la norma no podrá ser aplicada por ninguna institución ni Estado miembro de la Unión Europea —tampoco por sus órganos jurisdiccionales— y la extensión de esta invalidez no se limita al momento posterior en que se dictó la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino que se extiende hasta la fecha en que se adoptó la disposición considerada nula.

Tanto en el caso de la interpretación como en el caso de la validez, lo decidido por el TJUE deberá ser respetado por los Estados miembros, esto determina que la extensión que se concede a sus respuestas reduzca las consecuencias de la imposibilidad de ejercer acciones colectivas ante este órgano jurisdiccional por parte de los particulares —algo que solo será posible si, en el asunto que ha dado lugar a la duda, estaba siendo ejercida una acción de naturaleza colectiva—.

Lo anterior se debe al hecho de que, si bien el conjunto de personas que están en la misma situación que los que han sido parte del litigio principal no obtiene del TJUE una respuesta a su caso concreto, su situación, a partir de esta sentencia, deberá ser tratada conforme a lo decidido por este órgano, de modo que las disposiciones que les afectan serán interpretadas según lo ha hecho el TJUE o no serán aplicadas en caso de que este tribunal las haya considerado inválidas —en ambos supuestos, con efectos retroactivos—. Ahora bien, esto no siempre tendrá lugar de manera automática, sino que, en algunos casos, será necesario que los particulares que se encuentran en la misma situación interpongan la correspondiente demanda ante sus tribunales nacionales a fin de obtener una tutela de sus derechos idéntica a la ya concedida por el TJUE.

⁵⁰ El incumplimiento de esta obligación implica incurrir en una infracción del derecho de la Unión y los Estados miembros podrán quedar obligados a responder patrimonialmente por ello.

2. ALGUNAS INTERPRETACIONES DE DERECHOS HUMANOS REALIZADAS POR EL TJUE

La protección de los derechos humanos en la Unión Europea ha experimentado un notable progreso desde la aparición de la primera Comunidad; en este sentido, representa un avance muy significativo el hecho de que, en el estado actual, el TJUE conoce de asuntos en que debe pronunciarse sobre la correcta interpretación de los derechos fundamentales previstos en la Carta⁵¹.

No obstante, es necesario tener en cuenta la importancia del marco en que el TJUE interpreta los derechos fundamentales, puesto que el ordenamiento jurídico de la Unión está compuesto, fundamentalmente, por normas que regulan aspectos económicos. Esto tiene como principal consecuencia que sus resoluciones siempre deben atender a la balanza entre, de una parte, *el derecho humano* y, de otra parte, *las libertades económicas de la Unión Europea*⁵² o *el espacio de libertad, seguridad y justicia*⁵³, en particular, con el propósito de que no se obstaculice el funcionamiento del mercado y la idea de libre circulación entre los Estados miembros⁵⁴. Por este motivo, entendemos oportuno hacer referencia a algunas interpretaciones realizadas por el TJUE al dar respuesta a cuestiones prejudiciales.

⁵¹ Fue necesario esperar a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 para poner fin a la inseguridad jurídica y a la carencia de previsibilidad de una protección, hasta entonces, basada fundamentalmente en la construcción pretoriana realizada por el TJUE. En este sentido, la tutela judicial de los derechos humanos en la Unión Europea mejoró notablemente con la última reforma de los tratados, al positivizarse, en el art. 6.1 del TUE, el carácter vinculante de las disposiciones de la Carta.

⁵² Para consolidar el mercado interior entre los Estados miembros se establecieron las *libertades fundamentales de la Unión Europea*, cuatro libertades económicas integradas por la libre circulación de mercancías, de trabajadores, de capitales y de servicios — desarrolladas en los arts. 26 y ss. del TFUE—.

⁵³ El *espacio de libertad, seguridad y justicia*, regulado en los arts. 67 y ss. del TFUE, tiene como objetivo eliminar todas las fronteras interiores entre los Estados miembros de la Unión Europea, en particular, mediante la cooperación judicial en materia civil, penal y policial, así como el establecimiento de una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores.

⁵⁴ A propósito de esto, Sarrión Esteve destaca que el TJUE «haya pasado de la indiferencia hacia los derechos fundamentales, pasando por una tutela de los mismos condicionada a los objetivos de la Comunidad; a resolver conflictos entre los derechos fundamentales y libertades económicas a favor de los primeros» (Sarrión Esteve, 2013: 17) —dato especialmente relevante si se tiene en cuenta la importancia de las cuatro libertades económicas que representan la base de la Unión Europea—.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial —previsto en el art. 47 de la Carta— ha sido protagonista de algunas sentencias del TJUE. Así, ha interpretado que el respeto de este derecho fundamental impide que la sumisión tácita, necesaria para atribuir competencia judicial internacional, pueda producirse cuando únicamente comparece ante el órgano jurisdiccional el representante judicial, manteniéndose en situación de ausencia el demandado a quien no le fue notificada la demanda por carecer de un lugar de residencia conocido⁵⁵.

En una cuestión prejudicial planteada en el marco de un procedimiento para la concesión de la condición de refugiado, el TJUE entendió conforme al art. 47 de la Carta la normativa que no confiere efecto suspensivo al recurso presentado contra la decisión de no seguir examinando una solicitud de asilo posterior —aun cuando se prive a la persona afectada del derecho de residencia y de asistencia social—, en la medida en que no se trata de una decisión de retorno y no expone al solicitante a una situación de tortura ni de penas o tratos inhumanos o degradantes⁵⁶.

Por su parte, la orden de detención europea constituye una de las regulaciones más problemáticas respecto de la cual el TJUE se ha visto obligado a interpretar la Carta. Esta *orden* se utiliza entre los Estados miembros de la Unión para facilitar la libre circulación de personas y de decisiones judiciales, y consiste en una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena.

Entre esta jurisprudencia destaca el asunto *Melloni*, donde el TJUE interpretó los arts. 47 y 48.2 de la Carta respecto del derecho fundamental del acusado a comparecer en juicio, considerando que se trata de un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, pero, sin embargo, no debe entenderse como un derecho absoluto. Esto implica dos consecuencias: de una parte, el acusado puede renunciar libremente a este derecho —si su renuncia consta de forma inequívoca y se acompaña de unas garantías mínimas—; y, de otra parte, no hay vulneración de estos derechos cuando el interesado no comparece en el juicio pero ha sido informado de la fecha y lugar del mismo —tampoco se comete infracción si durante el juicio ha sido defendido por un letrado con mandato para ello⁵⁷—.

⁵⁵ Sentencia *A, B y otros*, C-112/13, EU:C:2014:2195, puntos 60 y 61.

⁵⁶ Sentencia *Tall*, C-239/14, EU:C:2015:824, puntos 55 y ss.

⁵⁷ Sentencia *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, puntos 47 y ss. Por su parte, en el asunto *Aranyosi*, también cuestionadas las disposiciones de la orden de detención europea, la interpretación del TJUE no será sobre la tutela judicial efectiva, sino sobre la

En relación al sistema europeo común de asilo el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el art. 4 de la Carta, relativo a la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes. Por exigencia del derecho de la Unión, cuando los Estados miembros reciben una petición de asilo deben trasladar al solicitante al Estado miembro responsable de examinar la solicitud. Sin embargo, el TJUE entiende que debe respetarse en todo caso el art. 4 de la Carta, por ello, no ha de regir la presunción irrefutable de que todo Estado miembro respeta los derechos fundamentales, y ante motivos serios y acreditados de que el solicitante de asilo corre el riesgo de ser sujeto a tratos inhumanos o degradantes en el Estado responsable, tiene la obligación de no trasladar al solicitante a este Estado —excepcionando, por el respeto a los derechos humanos, la aplicación de una norma de derecho derivado⁵⁸—.

Los derechos fundamentales a la vida privada y a la protección de datos de carácter personal, previstos en los arts. 7 y 8 de la Carta, respectivamente, también han sido interpretados por el TJUE en respuesta a cuestiones prejudiciales. Entre ellas, destaca el asunto *Google Spain*, con el cual el Tribunal de Luxemburgo entendió que estos derechos fundamentales han de prevalecer sobre el interés económico del motor de búsqueda de contenidos en Internet, así como sobre el interés del público en encontrar la información sobre la persona, salvo que la misma desempeñe un papel en la vida pública de modo que la injerencia en sus derechos pueda justificarse⁵⁹.

Asimismo, el respeto a la vida privada del art. 7, vinculado a la dignidad humana del art. 1 de la Carta, ha sido interpretado por el TJUE en un asunto en el que había sido solicitado el estatuto de refugiado por temor a ser perseguido por su homosexualidad. Consideró el Tribunal que, al evaluar las peticiones de protección internacional con base en las declaraciones del solicitante y en la documentación presentada, el respeto de estos derechos fundamentales impide que las autoridades nacionales realicen interrogatorios detallados sobre las prácticas sexuales del solicitante de asilo o admitan pruebas como la práctica de actos homosexuales por el solicitante, su sumisión a exámenes que demuestren la homosexualidad o la presentación de grabaciones en vídeo de tales actos⁶⁰.

dignidad humana, la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes y el derecho a la libertad y a la seguridad (arts. 1, 4 y 6 de la Carta) (Sentencia *Aranyosi y Caldaru*, C-404/15, EU:C:2016:198, puntos 87 y ss.).

⁵⁸ Sentencia *Puid*, C-4/11, EU:C:2013:740, punto 36, y Sentencia *N.S. y M.E. y otros*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, puntos 94 y 105 y ss.

⁵⁹ Sentencia *Google Spain*, C-131/12, EU:C:2014:317, punto 97.

⁶⁰ Sentencia *A, B, C y Staatssecretaris van Veiligheid en Justice*, C-148/13 y C-150/13, EU:C:2014:2406, punto 72.

Si bien estos no son los únicos derechos fundamentales sobre los que se ha pronunciado el TJUE⁶¹, el objetivo de la exposición llevada a cabo es demostrar que, en realidad, lo que hace el TJUE es interpretar el derecho de la Unión de forma que resulte compatible con las disposiciones de la Carta, y, con ello, progresivamente dota de contenido a los derechos fundamentales reconocidos en esta norma de derecho originario.

Finalmente, en algunas de sus respuestas a cuestiones prejudiciales, el TJUE ha realizado un examen de las condiciones que permiten limitar los derechos y libertades fundamentales previstos en la Carta conforme al art. 52.1 de la misma. Sobre la base de esta disposición, el Tribunal ha analizado, a título individual, algunas de las alegadas violaciones, con el propósito de verificar si el límite al derecho fundamental respetaba las condiciones impuestas por el art. 52.1, a saber, que sea establecido por ley, que respete el contenido esencial del derecho o libertad y que se realice aplicando el principio de proporcionalidad, un principio que exige que la limitación sea necesaria y responda a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de proteger derechos y libertades de los demás⁶².

V. CONCLUSIÓN

Tras la exposición realizada de la cuestión prejudicial y del uso que de esta hace el TJUE, es posible concluir que, entre los instrumentos previstos

⁶¹ P. ej., el derecho fundamental de sufragio activo en las elecciones al Parlamento Europeo (art. 39 de la Carta), en la Sentencia *Delvigne*, C-650/13, EU:C:2015:648, punto 52; los derechos fundamentales reconocidos a favor del menor (art. 24 de la Carta), con la Sentencia *MCB*, C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punto 62; el derecho fundamental a la protección de la propiedad intelectual (art. 17.2 de la Carta), mediante la Sentencia *Promusicae contra Telefónica de España*, C-275/06, EU:C:2008:54, punto 62; el derecho fundamental a acceder a los datos recogidos que conciernen a la persona y a su rectificación (art. 8.2 de la Carta), con la Sentencia *YS y otros*, asuntos acumulados, C-141/12 y C-372/12, EU:C:2014:2081, punto 60, o el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27 de la Carta), en la Sentencia *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, puntos 44 y ss.

⁶² Entre otras, la Sentencia *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, puntos 46 y ss., a propósito de los límites a la libertad de empresa (art. 16 de la Carta); Sentencia *J.N. contra Staatssecretaris van Veiligheid en Justice*, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, puntos 50 y ss., respecto del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad (art. 6 de la Carta), y Sentencia *Volker und Markus Schecke y Eifert*, C-92/09, puntos 65 y ss., sobre los derechos fundamentales al respeto de la vida privada y familiar y a la protección de datos de carácter personal (arts. 7 y 8 de la Carta).

por el sistema jurisdiccional de la Unión, este incidente procesal constituye la vía más adecuada para la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta y para la declaración de nulidad de las disposiciones del ordenamiento jurídico de la Unión que sean contrarias a estos derechos. Contribuyen a defender que estamos ante la vía más adecuada los efectos concedidos a la respuesta del TJUE, ya que, tanto en el caso de la interpretación como en el de la validez, lo mantenido por este Tribunal se extiende más allá del caso concreto, debiendo ser respetado en todos los supuestos de hecho a los que sea de aplicación la disposición controvertida. Además, en cuanto el TJUE se limita a explicar cómo los tribunales nacionales han de interpretar estos derechos fundamentales, dejándoles que decidan su litigio principal, la cuestión prejudicial permite que se establezca un diálogo entre jurisdicciones que incentiva a los jueces a recurrir a este mecanismo.

A pesar de lo afirmado respecto de la adecuación de la cuestión prejudicial, debe destacarse el hecho de que, junto con la aprobación de la Carta, no se haya previsto un recurso específico en materia de derechos humanos ante el TJUE. Con este recurso podrían salvarse algunos de los problemas que presenta la utilización de la cuestión prejudicial para la interpretación de los derechos fundamentales, entre ellos, la falta de legitimación activa de los particulares para poner en funcionamiento este mecanismo, la demora en la resolución por el TJUE cuando no se recurre al procedimiento acelerado o de urgencia e incluso la necesidad de que la duda surja en el marco de un litigio real y que la respuesta a la duda prejudicial sea imprescindible para resolver el asunto —pudiendo introducirse un instrumento específico que permita, adicionalmente, el ejercicio por el TJUE de una función consultiva, a instancia de las instituciones o de los Estados miembros, sobre los derechos fundamentales de la Carta—.

Respecto de las interpretaciones que está realizando el TJUE, no debe olvidarse que este órgano jurisdiccional persigue el respeto de los derechos humanos en el ámbito de la Unión Europea, una organización supranacional centrada en sostener el funcionamiento de un mercado interior entre sus Estados miembros. Por ello, como se ha expuesto, al interpretar los derechos fundamentales, el TJUE atiende al valor de los mismos como norma de derecho originario, pero intenta conciliarlos con los principios que tradicionalmente han caracterizado el ordenamiento jurídico de la Unión, como el de primacía, el de reconocimiento mutuo o el de libre circulación.

Finalmente, debe destacarse que el análisis realizado corresponde a una jurisprudencia sobre derechos fundamentales cuyo desarrollo todavía no ha alcanzado la década —puesto que su inicio tuvo lugar el 1 de diciembre de 2009, cuando, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se le concedió carácter vinculante a la Carta—. Por esta razón, en los próximos años es de

esperar un incremento y evolución de las sentencias del TJUE interpretando los derechos humanos en el complejo ámbito de esta organización supranacional. A este reto debe añadirse la posibilidad de que, en el futuro, se complete la adhesión de la Unión Europea al Convenio, es decir, la ratificación de un tratado internacional que tendrá como consecuencia el sometimiento jerárquico del TJUE —y del ordenamiento jurídico de la Unión en su integridad— a la jurisprudencia del TEDH en materia de derechos humanos.

Bibliografía

- Bustos Gisbert, R. (2017). La aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 333-359. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19167>.
- Carrillo, M. (2017). Sobre el Tribunal de Luxemburgo y la tutela de derechos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 213-234. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19166>.
- Corcuera Atienza, J. (2002). El reconocimiento de los derechos fundamentales en la Unión Europea: el final de un túnel. En J. Corcuera Atienza (coord.). *La protección de los derechos fundamentales* (pp. 61-97). Oñati (Guipúzcoa): Instituto Internacional de Sociología Jurídica; Madrid: Dykinson.
- De Schutter, O. (2010). L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation. *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, 83, 533-571.
- Fossum, J. E. y Menéndez, A. J. (2011). *The Constitution's gift: A constitutional theory for a democratic european union*. New York: Rowman and Littlefield Publishers.
- Iglesias Buhigues, J. L. (2013). El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración. En V. Pardo Iranzo (dir.). *El sistema jurisdiccional de la Unión Europea* (pp. 19-37). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Jimena Quesada, L. (2006). *Sistema Europeo de Derechos Fundamentales*. Barcelona: Colex.
- (2017). La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 271-306. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19154>.
- Llopis Nadal, P. (2015). La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: un asunto que continúa pendiente tras el Dictamen 2/13 del TJUE. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 29, 1-39.
- (2017). La asistencia jurídica gratuita en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea: un Derecho Fundamental reconocido por el artículo 47 de la Carta. En M. Ortells Ramos (dir.). *Los Recursos en el Proceso Civil. Continuidad y reforma* (pp. 159-176). Madrid: Dykinson.

- Mangas Martín, A. (dir.) y González Alonso, L. N. (coord.) (2008). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA.
- Mangas Martín, A. y Liñán Noguera, D. J. (2012). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos.
- Milione, C. (2017). La interpretación del art. 47 CDFUE como expresión de la labor hermenéutica del Tribunal de Luxemburgo en la construcción de un estándar europeo de protección de los derechos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 655-674. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19159>.
- Pinon, S. (2011). Le droit constitutionnel européen, une discipline autonome? *Annuaire de Droit Européen*, VI-2008, 62-75.
- Roca Trías, E. y García Couso, S. (2017). ¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 529-548. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19155>.
- Sarrión Esteve, J. (2013). *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson.

DERECHOS HUMANOS, PROCESO JURISDICCIONAL Y SUS MODOS NORMALES DE TERMINACIÓN¹

Human rights, jurisdictional proceedings and normal ending of the court proceedings

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA²

Universitat de València

luis.a.cucarella@uv.es

Cómo citar/Citation

Cucarella Galiana, L. A. (2019).

Derechos humanos, proceso jurisdiccional y sus modos normales de terminación.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(1), 143-173.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.05>

Resumen

En el trabajo se realiza un análisis del Consejo de Europa y los órganos que lo integran, prestando especial atención al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación con núm. de referencia DER2015-69722-R (MINECO/FEDER), Ministerio de Economía y Competitividad, Gobierno de España.

² Catedrático de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España. doctor Derecho por la Universidad de Bolonia, Italia, y por la Universidad de Valencia, España. Profesor Honorario de la Universidad Continental de Perú. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Asociación Española de Profesores de Derecho Procesal, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, vicepresidente para Europa de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional, Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional, Asociación Argentina de Justicia Constitucional, Asociación Brasileña de Justicia Constitucional, Asociación Brasileña de Derecho Procesal Constitucional.

En dicho análisis se concretan los principios del proceso seguido ante este órgano jurisdiccional y se analizan los modos normales de terminación del proceso. En este sentido, se clasifican y sistematizan los diferentes tipos de sentencias que puede dictar este órgano jurisdiccional.

Palabras clave

Consejo de Europa; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; proceso jurisdiccional; sentencia; derechos humanos.

Abstract

This paper analyzes the Council of Europe and its internal bodies, with special attention given to the European Court of Human Rights. This analysis specifies the principles of the proceeding before this Court and the normal ending means. In this regard, this paper classifies the different types of resolutions handed down by that Court.

Keywords

Council of Europe; European Court of Human Rights; jurisdictional proceedings; judgment; Human rights.

SUMARIO

I. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO ÓRGANO JURISDICCIONAL DEL CONSEJO DE EUROPA: 1. Origen. 2. Finalidad. 3. Órganos: 3.1. Órgano ejecutivo. 3.2. Órgano deliberante. 3.3. Órgano *jurisdiccional*. II. PRINCIPIOS PROCESALES: 1. Relativos a las partes: 1.1. *Dualidad de posiciones*. 1.2. *Contradicción o audiencia*. 1.3. *Igualdad*. 2. Relativos al proceso: el principio dispositivo. 3. Del procedimiento: 3.1. *Forma de las actuaciones*. 3.2. *Idioma*. 3.3. *Publicidad*. III. MODO NORMAL DE TERMINACIÓN DEL PROCESO: 1. Clases de sentencia: 1.1. *Sentencias de fondo o procesales*. 1.2. *Sentencias condenatorias o absolutorias*. 1.3. *Sentencias definitivas o no definitivas*. 1.4. *Sentencias de tutela individual o colectiva*. IV. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO ÓRGANO JURISDICCIONAL DEL CONSEJO DE EUROPA

1. ORIGEN

El fin de la Segunda Guerra Mundial dio paso a los intentos de reconstruir la vieja Europa. Como figura esencial en dicha reconstrucción, debemos señalar el papel que ha desempeñado el Consejo de Europa (CE), cuyo Estatuto está hecho en Londres el 5 de mayo de 1949 (ECE).

Los trabajos preparatorios para la creación de este organismo comenzaron en el Congreso de La Haya de 1948, y en él intervino una veintena de países. Son varias las resoluciones adoptadas, pero, en lo que nos interesa, se tomó la decisión de crear «una unión económica y política con el fin de garantizar la seguridad, la independencia económica y el progreso social, la convocatoria de una asamblea consultiva elegida por los parlamentos, la elaboración de una carta europea de derechos humanos y de un tribunal para aplicar sus decisiones».

Sin embargo, el enfrentamiento político e ideológico entre los países orientales y occidentales de Europa determinó que los primeros quedaran descolgados de este proceso.

El 5 de mayo de 1949, en Londres, tuvo lugar la firma del tratado constitutivo del CE. Son diez los países que lo firmaron: los Reinos de Bélgica,

Dinamarca, Países Bajos, Noruega, Suecia, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, repúblicas francesa e irlandesa, y el Gran Ducado de Luxemburgo. A día de hoy, son un total de 47 países europeos los que forman parte del CE³.

En este trabajo vamos a centrarnos en el papel que desempeña el CE, y sobre todo, el tribunal para la protección de los derechos humanos que se ha creado en el marco de dicho Consejo. Nos referimos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Son muchos los aspectos que podrían tratarse en profundidad en relación con dicho órgano jurisdiccional. En este sentido, por ejemplo, los principios sobre la base de los cuales se estructura el proceso seguido ante el mismo, cuestión a la que nos referiremos un poco más adelante. O también podría ser interesante el análisis de los aspectos relativos a los medios de impugnación que proceden contra las sentencias y decisiones del TEDH (Cucarella, 2016: 307-325). Sin embargo, el objetivo que nos marcamos en este trabajo es centrarnos, sobre todo, en los aspectos relativos a los modos de terminación de los procesos seguidos ante el TEDH. Creemos interesante analizar los modos normales de terminación del proceso. Es decir, nos referimos a los casos en que el Tribunal entra a conocer de la pretensión interpuesta, dictando la correspondiente sentencia, en la que se pronuncia sobre la adecuación de dicha pretensión con el Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH), y los protocolos adicionales (Canosa, 2009: 79-93; Carrillo, 1998: 63-72; González, 2000: 13-36).

En ese momento, deberemos prestar atención a los requisitos de la sentencia que se dicte. En relación con la misma, consideramos de extraordinario interés prestar atención a las sentencias para la tutela colectiva de los derechos, entre ellas, la denominada sentencia piloto (Morte, 2013: 920-921⁴; Abrisqueta, 2013: 73-99).

³ A los diez a los que nos hemos referido hay que sumar los que siguen: Albania, Armenia, Andorra, Austria, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, República de Moldavia, Mónaco, Montenegro, Polonia, Rumanía, Federación Rusa, San Marino, Serbia, República Eslovaca, Eslovenia, España, Suiza, Macedonia, Turquía y Ucrania. Tienen la condición de Estados observadores la Santa Sede, Canadá, México, Estados Unidos de Norteamérica, Israel y Japón.

⁴ Al respecto, afirma que «el procedimiento de Sentencia piloto tiene por objeto tratar de grandes grupos de demandas basadas en el mismo problema estructural o sistémico o cualquier otro tipo de defecto similar que haga que se presenten un gran número

Mediante este tipo de sentencia, ya avanzamos al lector que el TEDH pretende otorgar una tutela colectiva de derechos humanos en los supuestos de violaciones masivas de derechos⁵. No obstante, también prestaremos especial atención a las sentencias que, sin ser piloto, incluyen una serie de medidas generales que debe adoptar el Estado condenado. En ese punto, prestaremos especial atención al análisis de la postura del TEDH en los casos en que, con ocasión de una demanda individual, detecta que la violación denunciada la produce una norma de rango constitucional.

En todo caso, antes de analizar los aspectos que hemos señalado, vamos a completar la introducción que estamos realizando, profundizando en el estudio de la finalidad que se persigue en el CE, así como ofreciendo una visión general de los órganos que lo integran. Posteriormente analizaremos las notas características del proceso seguido ante este órgano jurisdiccional y los modos de terminación.

2. FINALIDAD

La finalidad del CE aparece claramente expresada en el art. 1 ECE. Así, en la letra «a» del mismo se subraya que la misma «consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social⁶». Como se indica a continuación en la letra «b», esta finalidad se pretende alcanzar «a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (Casadevall, 2012: 25-26).

Para alcanzar los objetivos de la protección real y efectiva de los derechos humanos, el art. 3 ECE añade que «cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su Jurisdicción ha de gozar

de casos repetitivos (lo cual representa una parte importante de la carga de trabajo del TEDH)».

⁵ Dejamos fuera de nuestro trabajo el análisis de otros fenómenos tendentes a crear una jurisdicción penal supranacional, cuya idea adquiere fuerza tras el desarrollo de los juicios de Núremberg y Tokio. Sobre los mismos, Gimeno, 1998: 1766-1768.

⁶ En este contexto creemos que deben tenerse presentes las palabras que preceden al articulado del ECE, pues claramente se subraya la finalidad que se persigue.

de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad definida en el capítulo primero».

La sede del CE es Estrasburgo (art. 11 ECE), y sus idiomas oficiales son el francés y el inglés (art. 12 ECE).

3. ÓRGANOS

Los órganos del CE pueden clasificarse en órganos de naturaleza ejecutiva, deliberante y jurisdiccional. En concreto, se trata del Comité de Ministros, la Asamblea Consultiva o Parlamentaria —estando ambos órganos, asistidos por la Secretaría del Consejo— (art. 10 ECE) y el TEDH.

3.1. Órgano ejecutivo

Los aspectos relativos al Comité de Ministros se regulan en el capítulo IV ECE (arts. 13-21). El Comité es el órgano que actúa en nombre del CE (art. 13 ECE). Cada miembro tiene un representante en el Comité de Ministros y cada representante tiene un voto. Dicho representante es el ministro de Asuntos Exteriores de cada uno de esos Estados (art. 14 ECE)⁷. La competencia del Comité es examinar, *motu proprio* o por recomendación de la Asamblea Consultiva, las medidas que sean necesarias para lograr la finalidad del CE, incluida la conclusión de convenios y acuerdos y la adopción por los Gobiernos de los diferentes Estados parte de una política común respecto a determinados asuntos (art. 15a ECE). Las conclusiones a las que llegue el Comité podrán revestir la forma de recomendaciones a los Gobiernos⁸ (art. 15b ECE).

El Comité es el órgano del CE que supervisa el cumplimiento de las sentencias dictadas por el TEDH (Pastor, 2000: 195)⁹.

Como regla, las reuniones del Consejo se celebran a puerta cerrada y en la sede del Consejo (art. 21 ECE) (Casadevall, 2012: 26-27).

⁷ Este art. añade que «cuando un Ministro de Asuntos Exteriores no pueda asistir a las sesiones, o cuando otras circunstancias lo aconsejen, podrá designarse un suplente que actúe en su lugar; éste será, en la medida de lo posible, un miembro del Gobierno de su país».

⁸ De acuerdo con lo previsto en el art. 20a II, estas recomendaciones, para ser aprobadas, requieren de la unanimidad de todos los miembros.

⁹ Al respecto, afirma que «en casos graves el Comité de Ministros podrá utilizar la *presión moral o política* contra el Estado infractor, e incluso podrá dejar en suspenso el derecho de representación el miembro del Consejo de Europa e invitarle a retirarse, o llegar a expulsarle [...]».

3.2. Órgano deliberante

La regulación de la Asamblea Consultiva se incluye en el capítulo V (arts. 22-33 ECE). La Asamblea es el órgano deliberante del CE. Delibera sobre los asuntos que son de su competencia y transmite sus conclusiones al Comité de Ministros (art. 22 ECE). Así, en concreto, la Asamblea puede formular recomendaciones sobre cualquier cuestión que responda a la finalidad del CE (art. 23a ECE). Esta Asamblea se conoce también comúnmente como asamblea parlamentaria. Entre las funciones que tiene encomendadas, destacamos las relativas a la elección del secretario general del CE, la de los jueces del TEDH, y la elección de los miembros del Comité Europeo para la prevención de la tortura.

La Asamblea está constituida por representantes de cada uno de los Estados miembros, elegidos por su Parlamento. Cada Estado tiene un número de representantes en la Asamblea¹⁰. Siendo un total de 318¹¹.

Las sesiones de la Asamblea se desarrollan en la sede del Consejo (art. 33 ECE), y sus deliberaciones serán públicas, a menos que se acuerde lo contrario (art. 35 ECE) (Casadevall, 2012, 27-28).

Como hemos señalado anteriormente, la Secretaría asiste al Comité de Ministros y a la Asamblea Consultiva (art. 10 ECE). La regulación de la misma se contiene en el capítulo VI (arts. 36-37 ECE). Dicha Secretaría está compuesta por un secretario general, un secretario general adjunto y el personal necesario (art. 36a ECE) (*ibid.*: 28).

3.3. Órgano jurisdiccional

El CEDH, tras la enumeración de los derechos que resultan protegidos, incluye en el capítulo II (arts. 19-51) la regulación relativa al mecanismo de control que se prevé. En concreto, se regulan los aspectos referentes al TEDH. En este sentido, el art. 19 CEDH dispone que, «con el fin de asegurar el respeto a los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de

¹⁰ Como indica el art. 25a, párr. 2, «cada uno de los representantes tendrá la nacionalidad del Miembro que represente y no podrá ser a la vez miembro del Comité de Ministros».

¹¹ A título de ejemplo, los países que tienen un mayor número de representantes, un total de dieciocho, son, entre otros, Italia, Reino Unido, Alemania o Francia. Con doce, por ejemplo, España o Turquía. Austria tiene un total de seis representantes. Andorra, o San Marino, tienen un total de dos.

Puede verse el art. 26 ECE, en el que se fija la distribución de representantes que corresponden a cada Estado.

Derechos Humanos, en lo sucesivo denominado “el Tribunal”. Funcionará de manera permanente».

Como puede apreciarse el CEDH ha llevado a la instauración de un órgano jurisdiccional al que le compete el conocimiento de las demandas por violación de los derechos fundamentales protegidos en el ámbito del CEDH y sus protocolos adicionales (Bondía, 2008: 219-252; Ripoll, 2008: 99-116; Cancio, 2017: 271-290).

II. PRINCIPIOS PROCESALES

1. RELATIVOS A LAS PARTES

El TEDH tiene básicamente competencia para conocer dos tipos de procesos en virtud de lo regulado en los arts. 33 y 34 CEDH. Por su importancia, y como pretendemos analizar la protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo, vamos a centrarnos en el análisis de las cuestiones procesales relativas al proceso iniciado en virtud de lo previsto en el art. 34 CEDH.

1.1. *Dualidad de posiciones*

Como hemos señalado más arriba, el TEDH desempeña una labor jurisdiccional a través de un proceso. La naturaleza heterocompositiva del mismo implica que el Tribunal aplique las disposiciones del CEDH y de sus protocolos al caso concreto sobre la base de una dualidad de posiciones. Nótese, por otro lado, que estamos hablando de dualidad de posiciones y no de dualidad de partes.

1.2. *Contradicción o audiencia*

Las partes deben intervenir en el proceso con todas las garantías (Fernández Sánchez, 2000: 165-168). Así, por ejemplo, es preciso dar al demandado la posibilidad de conocer las alegaciones y peticiones formuladas por el demandante. Debe ser efectiva la posibilidad de conocer y poder contradecir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la decisión judicial. El CEDH y el Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 14 de noviembre de 2016 (RTEDH), así lo contemplan.

1.3. *Igualdad*

Las partes deben poder actuar teniendo las mismas posibilidades procesales de actuación. Al respecto, no sería razonable prever prerrogativas o

privilegios en beneficio del Estado demandado y en perjuicio del particular demandante.

El hecho de que en el proceso intervenga un Estado no debe implicar que este tenga una serie de prerrogativas o privilegios frente al particular demandante.

No obstante, consideramos que hay dos cuestiones relativas al desarrollo del proceso ante el TEDH que no se ajustan a las exigencias de igualdad y a las garantías procesales necesarias. A ellas vamos a referirnos brevemente a continuación.

En primer lugar, es criticable que la sala que conoce de una demanda individual dirigida contra un Estado parte esté integrada, entre otros, por el magistrado designado por el Estado demandado¹² (art. 26.1 RTEDH). Es cierto que dicho artículo regula la posibilidad de abstención de dicho magistrado. Sin embargo, no le obliga a ello, de igual modo que tampoco permite su recusación por tener un conflicto de intereses. No perdamos de vista que dicho magistrado está integrando la sala que está juzgando una eventual violación de derechos humanos cometida por el Estado del que es nacional.

Desde nuestro punto de vista, el hecho de que sea el magistrado del Estado sobre cuya actuación se está discutiendo debería inhabilitar a ese magistrado por un problema de falta de imparcialidad objetiva.

Y por otro lado, también es claramente criticable que una vez que se dicte sentencia por la sala correspondiente, si finalmente la Gran Sala acabara conociendo de la impugnación de dicha sentencia, forman parte de la misma magistrados que han integrado la sala que ha dictado la sentencia que ahora se impugna. En concreto, el presidente de la sección a la que se repartió el asunto (art. 24.2a RTEDH) y el magistrado del Estado que ha sido demandado (art. 24.2b RTEDH). En este caso, la contaminación procesal es más que evidente (Pastor, 2000: 182¹³; Fernández Sola, 2000, 182-183).

En definitiva, si bien estas dos cuestiones las tratamos con ocasión del estudio del principio de igualdad, puesto que creemos que implica una prerrogativa del Estado demandado que coloca en situación de inferioridad al

¹² Al respecto, debe tenerse presente que el TEDH está integrado por 47 magistrados, uno por cada uno de los Estados que forman parte del CE. Como hemos señalado más arriba, la Asamblea Consultiva o Parlamentaria es la que designa a dichos magistrados.

¹³ En este sentido, afirma que «esta participación de pleno derecho en el reexamen o apelación ante la Gran Sala, tanto del juez vinculado al Estado parte en el litigio cuanto del presidente de la Sala que ha conocido del asunto en primera instancia, va en contra de la jurisprudencia del TEDH en materia de imparcialidad».

particular demandante, también es una clara vulneración de las garantías procedimentales.

2. RELATIVOS AL PROCESO: EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

El proceso seguido ante el TEDH es un proceso en el que está en juego un interés público: garantizar el debido respeto a los derechos y libertades fundamentales en el seno de la CE. Sin embargo, a pesar de ese interés implicado, el CEDH estructura el proceso seguido ante el TEDH sobre la base del principio dispositivo, si bien no de manera plena. En este sentido, el art. 39.1 CEDH permite que «en cualquier fase del procedimiento, el Tribunal podrá ponerse a disposición de las partes interesadas para conseguir una transacción sobre el asunto inspirándose para ello en el respeto a los derechos humanos tal como los reconocen el Convenio y sus Protocolos» (Sánchez, 1995: 242-246).

También es posible que el procedimiento pueda terminar por desistimiento, tal y como se desprende de lo previsto en el artículo 37.1a CEDH (Gimeno Sendra *et al.*, 2007: 839).

3. DEL PROCEDIMIENTO

3.1. *Forma de las actuaciones*

La fase de enjuiciamiento propiamente dicha, está estructurada sobre la base del principio de oralidad. No ocurre lo mismo con la fase previa, que es escrita (*ibid.*: 839¹⁴).

3.2. *Idioma*

El art. 12 ECE dispone que los idiomas oficiales del Consejo sean el francés y el inglés. Pues bien, estas lenguas son las que también son oficiales en el proceso seguido ante el TEDH (art. 34.1 RTEDH). No obstante, en la fase inicial del procedimiento, hasta que se dicte la resolución sobre la admisibili-

¹⁴ Al respecto, afirma: «Con sus lógicas excepciones, es posible afirmar que el principio de escritura rige en la fase de instrucción, que comprende la de iniciación y de admisibilidad, en la que las partes se relacionan con el Tribunal a través de escritos (demanda del actor, observaciones y memoria de las partes, informes del Juez Ponente, resoluciones del Tribunal). Superada dicha barrera, la fase de enjuiciamiento está inspirada por el principio de oralidad» (capítulo VI del RTEDH rubricado «De la Vista»).

dad de la demanda, la comunicación con el demandante y las observaciones que haga pueden realizarse en inglés o francés o en cualquiera de las lenguas oficiales de un Estado parte (art. 34.2 RTEDH) (*ibid.*: 876). Admitida la demanda, las actuaciones del actor deben realizarse en cualquiera de los dos idiomas oficiales, salvo que el presidente de la sala autorice a «continuar utilizando la lengua oficial de una Parte Contratante» (*op. cit.*).

Si nos referimos a las actuaciones de los Estados parte que hayan sido demandados, estas deben llevarse a cabo en alguna de las dos lenguas oficiales.

3.3. Publicidad

En la fase inicial del procedimiento, como norma general, rige el principio de publicidad. Así se desprende del art. 40.2 CEDH, en el que se dispone que «los documentos depositados en la Secretaría serán accesibles al público, a menos que el Presidente del Tribunal decida de otro modo¹⁵». En lo que se refiere a la fase de enjuiciamiento propiamente dicha, el art. 40.1 CEDH dispone que «la vista es pública, a menos que el Tribunal decida otra cosa por circunstancias excepcionales» (*ibid.*: 875)¹⁶.

Más adelante, con ocasión del estudio de la sentencia piloto, veremos que existen especiales normas de publicidad en lo relativo al inicio del procedimiento que culmine con la emisión de este tipo de sentencias, así como en relación con la sentencia piloto que acabe dictándose. Nos remitimos en este punto al estudio del art. 61 RTEDH que realizamos más adelante.

III. MODO NORMAL DE TERMINACIÓN DEL PROCESO

La manera normal de terminación del proceso seguido ante el TEDH tiene lugar cuando el Tribunal se pronuncia sobre la adecuación de la pretensión interpuesta al CEDH y a sus protocolos adicionales¹⁷. Es decir, cuando

¹⁵ Estos aspectos son desarrollados en el art. 33 RETDH.

¹⁶ En este sentido, sostiene que, «excepcionalmente, el acceso a la sala de audiencia podrá prohibirse para la prensa y el público en los mismos casos previstos en el art. 6.1 CEDH (protección de los valores o intereses de la sociedad, de los menores o de la vida privada de las personas)».

¹⁷ Al respecto, hay que tener presente que esa es la tutela que puede solicitarse y la que condiciona que pueda desarrollarse el proceso ante este Tribunal. De hecho, el art. 35.3a CEDH contempla como causa de inadmisión de una demanda que sea «incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos».

el TEDH se pronuncia sobre el fondo del asunto. Para ello, la resolución que debe dictar es una sentencia.

En este apartado pretendemos estudiar las clases de sentencias que pueden dictarse, poniendo de relieve que, en ocasiones, la sentencia puede ser procesal. No obstante, vamos a prestar especial atención a las sentencias de fondo.

1. CLASES DE SENTENCIA

1.1. *Sentencias de fondo o procesales*

En primer lugar, hemos dicho que cuando el TEDH se pronuncia sobre el fondo del asunto debe dictarse una sentencia. El pronunciamiento sobre el fondo del asunto en sentencia lo encontramos en los arts. 28.1b CEDH para el caso de los Comités de tres magistrados; 29.1 CEDH, para el caso de las sentencias dictadas por las salas, y 31 CEDH, para las sentencias dictadas por la Gran Sala.

Sin embargo, no sería correcto decir que todas las sentencias que dicta el Tribunal son de fondo. Nos podemos encontrar con sentencias de carácter meramente procesal. Al respecto, debemos tener presente que el pronunciamiento relativo al archivo de una demanda admitida en los casos del art. 37 CEDH debe revestir la forma de sentencia (art. 43.3 RTEDH). Nos referimos a los casos en que el demandante no esté dispuesto a mantener la sentencia (art. 37.1a CEDH); que el litigio haya sido ya resuelto (art. 37.1 CEDH), o que por cualquier otro motivo verificado por el TEDH ya no esté justificada la prosecución del examen de la demanda (art. 37.1c CEDH).

Por su parte, el caso de archivo de la demanda por declaración unilateral del Estado demandado reviste la forma de decisión y no de sentencia (art. 43.3 RTEDH).

1.2. *Sentencias condenatorias o absolutorias*

Un segundo criterio de clasificación que podemos seguir es el que atiene al tipo de pretensión que haya interpuesto, y en función de la misma, la sentencia será de una clase u otra. Sin embargo, este criterio de clasificación solamente nos permite hablar de la existencia de sentencias de carácter condenatorio o absolutorio. En este sentido, debe tenerse presente el contenido del art. 34 CEDH, que regula el ejercicio de las acciones individuales.

Nosotros no compartimos las posiciones doctrinales que sostienen que las sentencias del TEDH no sean de carácter condenatorio (Gimeno Sendra *et al.*, 2007: 842). Se apoyan en su argumentación diciendo que el Tribunal

carece de poder coercitivo. Sin embargo, nosotros creemos que se están confundiendo dos cosas distintas. Por un lado, el Tribunal puede condenar si considera que se ha producido la violación del CEDH o de los protocolos. Es decir, el TEDH «declara», en la sentencia dictada al final del proceso, que se ha producido la violación de un derecho del CEDH o de sus protocolos, pero «condena» al Estado demandado a restituir al demandante en el goce pacífico de su derecho. No obstante, dicho Tribunal no puede ejecutar lo que ha juzgado. Ahora bien, la ausencia de poder coercitivo no desnaturaliza el carácter condenatorio del pronunciamiento. Existe un deber de prestación que se impone al Estado, cuyo incumplimiento puede llevar aparejada una serie de consecuencias.

Dicha sentencia se impone como cosa juzgada al Estado que ha sido condenado (Casadevall, 2012: 110). Como indica la doctrina, debe entenderse Estado en sentido amplio, es decir, la condena «se impone a todas las autoridades nacionales con independencia de la separación de poderes» (*ibid.*: 135).

1.3. Sentencias definitivas o no definitivas

Como tercer criterio a tener en cuenta, hay que atender al régimen de impugnación de la sentencia. Si la misma no fuera impugnabile, se denomina sentencia definitiva. Al respecto, son definitivas (o firmes) las sentencias que dictan los comités de tres magistrados aplicando jurisprudencia bien establecida del Tribunal (arts. 28.1 y 28.2 CEDH). Contra dichas sentencias no procede medio de impugnación alguno.

También son definitivas las sentencias dictadas por las salas integradas por siete magistrados en los siguientes casos (art. 42, en relación con el art. 44.2 CEDH) (Sánchez, 1995: 206-2011):

- 1) Cuando las partes hayan declarado que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala (art. 44.2a CEDH).
- 2) Cuando no haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala tres meses después de la emisión de la sentencia (art. 44.2b en relación con los arts. 31c y 43 CEDH).
- 3) Cuando el colegio de cinco magistrados de la Gran Sala rechace la remisión del asunto (art. 44.2c CEDH). Al respecto, hay que subrayar que, remitido el asunto a la Gran Sala, en el plazo de tres meses desde que se dictó la sentencia, un colegio de cinco jueces de la Gran Sala debe pronunciarse sobre la aceptación de la demanda a trámite. Para ello, se tiene en cuenta que el asunto platee una «cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o una cuestión grave de carácter general» (art. 43.2 CEDH).

La doctrina ha calificado a este colegio de cinco jueces como «un órgano de filtraje» (García, 1998: 213; Casadevall, 2012: 83; en general, Sánchez, 1995: 258-259) que debe valorar «la excepcionalidad de los casos y decidir si el asunto, ya juzgado antes por una Sala, plantea una cuestión importante sobre la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o incluso una cuestión seria de carácter general que justifique el reenvío, un segundo examen y el pronunciamiento de una nueva sentencia» (Casadevall, 2012: 83).

Desde nuestro punto de vista, en este caso de impugnación, prima la dimensión objetiva del amparo sobre la subjetiva. Es decir, lo relevante ya no es tanto la tutela del derecho eventualmente lesionado, sino la formación de jurisprudencia sobre un asunto de trascendencia para la interpretación o aplicación del CEDH o sus protocolos adicionales.

En este sentido, y siguiendo las aportaciones doctrinales, pueden llegar a la Gran Sala cuestiones graves relativas a la interpretación del Convenio, que se entienden como los casos en que «el Tribunal no se ha pronunciado anteriormente o cuando la decisión a adoptar pueda tener incidencia en otros asuntos futuros y en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal» (Casadevall, 2001: 144; también, Ruiloba: 2006).

Y se considera una cuestión grave relativa a la aplicación del CEDH la que implique «a un Estado tener que realizar modificaciones sustanciales en su Derecho nacional o las prácticas de su administración» (Casadevall, 2001: 144).

Por último, también es definitiva la sentencia que dicte la Gran Sala a partir de su pronunciamiento (art. 44.1 CEDH) (*ibid.*: 110).

1.4. Sentencias de tutela individual o colectiva

a) Sentencia para la tutela individual

Entendemos como sentencia para la tutela individual aquella en la que se concede la tutela exclusivamente a la persona que ha ocupado la posición activa en el proceso. Este sujeto es el único que puede beneficiarse de las medidas incluidas en el fallo para dar cumplimiento a la condena. Por ejemplo, debe tenerse presente que en la práctica son muy habituales las sentencias en las que se otorga el amparo, y el TEDH fija en el fallo el importe de la indemnización que debe abonar el Estado condenado. O, por otro lado, aunque el TEDH sigue el criterio de que el Estado es libre de elegir el medio que considere adecuado para dar cumplimiento a la sentencia (Fernández Sánchez, 2000: 173), en ocasiones, atendida la naturaleza del derecho lesionado, el Tribunal concreta la medida individual que debe adoptar el Estado condenado (Morte,

2010: 229). En todo caso, cuando se impone cualquier otro tipo de pronunciamiento condenatorio, la única persona beneficiada es la que ha ocupado la posición activa en el proceso (Morte, 2013: 918)¹⁸.

b) *Sentencia para la tutela colectiva*

b1) Sentencias con medidas generales o cuasipiloto. El caso especial de las violaciones de derechos humanos provocadas por norma constitucional

Entendemos como sentencias de tutela colectiva aquellas en las que lo resuelto en el fallo, además de beneficiar al demandante, indirectamente, beneficia a otros sujetos que no han actuado como actores en dicho proceso. Nos estamos refiriendo a sentencias con las que se puede lograr una protección colectiva de derechos humanos. Este tipo de sentencias son más novedosas y se van abriendo paso en la jurisprudencia del TEDH.

El primer supuesto es el de emisión de sentencias en las que el TEDH, además de señalar las medidas individuales de reparación que deben adoptarse por el Estado condenado, impone una serie de medidas de carácter general. Este tipo de sentencias se va abriendo paso poco a poco en la jurisprudencia del TEDH. Nosotros las consideramos como sentencias que sirven para la tutela colectiva de derechos, en la medida en que, indirectamente, se tutela a víctimas potenciales. Es decir, si el Estado condenado acaba adoptando las medidas de carácter general que se le imponen, se evita que en un futuro pueda haber nuevos sujetos cuyos derechos sean objeto de violación. Esta situación ha llevado a algunos autores a considerar este tipo de sentencias como cuasipiloto (Abrisketa, 2013: 75-76).

Sin embargo, hay aspectos en los que el TEDH no ha ido más allá a la hora de establecer las medidas generales que permitan evitar nuevas violaciones y que, por lo tanto, permitan la tutela colectiva de derechos. Este problema lo detectamos, sobre todo, en los casos en que una sentencia del TEDH detecta que la violación de un derecho humano la produce una norma constitucional.

Si prestamos atención a la jurisprudencia del Tribunal, podremos detectar cómo se ha manifestado muy cauto en estos casos.

Puede citarse como ejemplo la STEDH de 27 de agosto de 1991, caso *Demicoli contra Malta*¹⁹. Dicha violación la produjo la aplicación de una

¹⁸ En este sentido, afirma que «en algunas ocasiones, el TEDH indica a los Estados, en sus Sentencias, qué tipos de medidas deben adoptar, por ejemplo, medidas individuales de ejecución tales como la puesta en libertad de los demandantes [...]».

¹⁹ BDAW TEDH 1991\3.

norma constitucional. Aunque el Estado maltés no fue condenado a modificar su Constitución, tras la sentencia, procedió a su reforma.

En concreto, Demicoli era el redactor jefe una revista política satírica de Malta. En su día, publicó un artículo satírico contra unos diputados. El art. 34 de la Constitución de Malta permitía que el Parlamento pudiera juzgar e imponer penas de reclusión y multas a quien ultrajara al Parlamento.

Demicoli fue juzgado ante el Parlamento y se le impuso una pena de multa. El TEDH entendió que se había vulnerado el art. 6.1 CEDH, al no haber sido juzgado y condenado por un tribunal independiente e imparcial. En este sentido, afirma:

En este caso, la Cámara de Representantes ejerció sin duda una función jurisdiccional resolviendo sobre la culpabilidad del demandante. La clave consiste en saber si se cumplió con la exigencia de imparcialidad. A efectos del artículo 6.1, ésta se aprecia subjetivamente, basándose en la convicción o el interés personales de un juez concreto en una situación concreta, y objetivamente determinando si ofrece las garantías suficientes para excluir a este respecto toda duda legítima. En la propia materia las apariencias pueden ser importantes, sobre todo en lo penal (ver, entre otras, la Sentencia Hauschildt de 24 mayo 1989 [TEDH 1989, 8], serie A núm. 154, pg. 21, ap. 46-48).

Los dos diputados cuyo comportamiento en el Parlamento criticaba el artículo enjuiciado, y que denunciaron a la Cámara un atentado contra los privilegios (apartado 11 supra), participaron en el procedimiento dirigido contra el acusado, incluida la constatación de culpabilidad y —salvo uno de ellos, que falleció en el intervalo— la fijación de la pena.

Por este motivo, la imparcialidad del órgano de decisión está sujeta a caución y se justifican en la materia los temores del señor Demicoli (Sentencia Hauschildt, previamente citada, serie A núm. 154, pg. 23, ap. 52).

Entre otros aspectos, el demandante solicitó que el TEDH se pronunciara sobre la necesidad de reformar la Constitución maltesa en relación con los privilegios o prerrogativas del Parlamento. El TEDH, en la línea que hemos señalado más arriba, sostuvo que el CEDH no le permitía realizar dicha condena²⁰.

²⁰ En el párr. 45 se afirma: «El demandante solicita al Tribunal que obtenga, con ayuda del Gobierno, el voto en el Parlamento de una resolución revocando las que le declararon culpable y condenaron a una multa, la derogación del artículo 11.1k por vía de

No obstante, la sentencia, de manera indirecta, acabó provocando una reforma constitucional (Casadevall, 2012: 115). Es decir, se consiguió una tutela colectiva al haber procedido *motu proprio* a la reforma constitucional.

También resulta muy interesante prestar atención a diferentes sentencias dictadas contra Bosnia y Herzegovina.

La primera de ellas es la STEDH (Gran Sala) de 22 de diciembre de 2009, caso *Sejdic et Finci contra Herzegovina*²¹, y es un ejemplo en el que el Tribunal declara que un precepto de la constitución de una nación no cumple con el nivel de protección del CEDH.

En concreto, la demanda ante el TEDH la presentaron el señor Sedjic, de origen romaní, y el señor Finci, de origen judío, contra el Estado de Bosnia-Herzegovina. La demanda se fundamentaba en el hecho de que estas personas, atendida la etnia a la que pertenecían, no podían concurrir a las elecciones de la Cámara de los Pueblos y a las elecciones presidenciales en el país indicado.

La prohibición de intervención tiene su fundamento en la misma Constitución política de Bosnia-Herzegovina. Dicha Constitución establece una clara distinción entre los «pueblos constituyentes» y los «otros» pueblos. En concreto, entre los primeros, se incluye a las personas que pertenecen al grupo de los bosniacos, al de los croatas o al de los serbios. Los «otros» son los miembros de cualesquiera otras minorías étnicas y personas que declaran que no pertenecen a ningún grupo en particular, por ejemplo, porque han contraído matrimonio con una persona de otro origen étnico, o porque los padres son de origen étnico distinto, o por otras razones. Los demandantes pertenecían a dicha categoría de «otros» grupos étnicos.

Para comprender adecuadamente esta distinción y clasificación en grupos étnicos, debe tenerse presente que, en la antigua Yugoslavia, la pertenencia a un grupo étnico era decidida por las mismas personas, en virtud de un «sistema de autoclasificación»²². Como indica el TEDH en los antecedentes del caso, «no se requería el cumplimiento de ningún criterio objetivo, como el conocimiento de una lengua determinada o la pertenencia a una reli-

enmienda a la ordenanza y la supresión, en la Constitución maltesa, de toda referencia a las diligencias por atentado a los privilegios. El Gobierno se opone a ello.

El Tribunal señala que el Convenio no le habilita a admitir esta solicitud. Recuerda que es al Estado a quien corresponde escoger los medios a utilizar en su orden jurídico interno para reparar una situación que ha llevado consigo una violación (ver, *mutatis mutandis*, la Sentencia Zanghi de 19 febrero 1991 [TEDH 1991, 21], serie A núm. 194-C, pg. 48, ap. 26)».

²¹ BDAW TEDH JUR\2009\493814.

²² Véase la STEDH, circunstancias del caso, párr. 11.

gión concreta. Tampoco se requería la aceptación por los demás miembros del grupo étnico en cuestión». Este sistema de autclasificación es el que hereda Bosnia y Herzegovina. De esta manera, los demandantes que afirmaban ser de etnia romaní y de etnia judía quedaban excluidos de los grupos constituyentes.

En los párrs. 42, 43 y 44, el TEDH lleva a cabo una serie de consideraciones de carácter general sobre la diferencia de trato basada en razones étnicas²³.

²³ Así afirma: «El Tribunal recuerda que la discriminación consiste en tratar de forma distinta, sin justificación objetiva y razonable, a personas que se encuentran en situaciones análogas. Un trato diferenciado carece de “justificación objetiva y razonable” cuando no persigue un “fin legítimo” o no existe una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido” (véase, entre muchos otros precedentes, la Sentencia Andrejeva contra Letonia [GS], núm. 55707/2000, ap. 81, 18 de febrero de 2009). El alcance del margen de apreciación de que disponen las Partes Contratantes a este respecto varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto (ibídem, ap. 82).

43. El origen étnico y la raza son conceptos análogos. Mientras que el concepto de raza tiene su origen en la idea de una clasificación biológica de los seres humanos en subespecies basándose en características morfológicas tales como el color de la piel o los rasgos faciales, el origen étnico procede de la idea de que los grupos sociales se distinguen especialmente por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, lengua, origen cultural y tradicional y entorno. La discriminación basada en el origen étnico de una persona constituye una forma de discriminación racial (véase la definición, citada en el apartado 19 supra, adoptada por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y la mencionada en el apartado 23 supra, adoptada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia). La discriminación racial constituye una forma de discriminación especialmente aborrecible que, habida cuenta de la peligrosidad de sus consecuencias, requiere una vigilancia especial y una reacción enérgica por parte de las autoridades. Éstas deben recurrir a todos los medios a su alcance para combatir el racismo, reforzando así la concepción democrática de la sociedad, en la que la diversidad se perciba no como una amenaza, sino como una riqueza (véanse Sentencias Natchova y otros contra Bulgaria [GS], núms. 43577/1998 y 43579/1998, ap. 145, TEDH 2005-VII, y Timichev, anteriormente citada, ap. 56).

44. En este contexto, cuando una diferencia de trato se basa en la raza, el color o el origen étnico, la noción de justificación objetiva y razonable debe interpretarse de la forma más estricta posible (Sentencia D.D. y otros, anteriormente citada, ap. 196). Por otra parte, el Tribunal ha considerado que en una sociedad democrática contemporánea basada en los principios de pluralismo y de respeto por las distintas culturas, no hay posibilidad de justificación objetiva en ninguna diferencia de trato basada exclusivamente o de manera determinante en el origen étnico de una persona

Estas consideraciones generales son las que le llevan a analizar el caso concreto para reconocer que esa diferencia entre los pueblos a la que se refiere la Constitución buscaba el restablecimiento de la paz en el momento en que se aprueba la texto constitucional como anexo al Acuerdo Marco General para la Paz en Bosnia-Herzegovina (Acuerdo de Paz de Dayton), aprobado en Dayton el 21 de noviembre de 1995²⁴. Así se subraya en el párr. 45, en el que se afirma:

Volviendo al presente caso, el Tribunal señala que para poder concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina es necesario declarar la pertenencia a uno de los «pueblos constituyentes». Los demandantes que manifiestan ser de origen romaní y judío, respectivamente, y que no declaran pertenecer a ningún «pueblo constituyente», carecen pues de esta posibilidad (apartado 11 supra). El Tribunal señala que esta regla de exclusión perseguía al menos un fin globalmente compatible con los objetivos generales del Convenio reflejados en su Preámbulo, el restablecimiento de la paz. Cuando se adoptaron las disposiciones constitucionales enjuiciadas, imperaba en el país un frágil alto el fuego. Las disposiciones en cuestión pretendían poner fin a un conflicto brutal marcado por actos de genocidio y de «depuración étnica». La naturaleza del conflicto era tal que era necesaria la aprobación de los «pueblos constituyentes» (bosníacos, croatas y serbios) para garantizar la paz. Ello explica, sin necesariamente justificarla, la ausencia de representantes de las otras comunidades (especialmente las comunidades romaní y judía locales) en las negociaciones de paz y el deseo de los negociadores de velar por la igualdad efectiva entre los «pueblos constituyentes» en la sociedad post-conflicto.

(ibídem, ap. 176). Así las cosas, el artículo 14 del Convenio no prohíbe a las Partes Contratantes tratar a grupos de forma diferenciada con el propósito de corregir “desigualdades fácticas” entre ellos; de hecho, en ciertas circunstancias, es la ausencia de un trato diferenciado para corregir una desigualdad el que, sin una justificación objetiva y razonable, puede constituir una violación de la disposición en cuestión (véase el asunto “relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica” previamente citado, ap. 10 y Sentencia Thlimmenos contra Grecia [GS], núm. 34369/1997, ap. 44, TEDH 2000-IV; y D.H. y otros, anteriormente citada, ap. 175)».

²⁴ Debe tenerse presente, como subraya el TEDH en el párr. 6 de los hechos de la sentencia, que «la Constitución fue redactada y aprobada sin que se aplicaran los procedimientos que habrían podido conferirle la legitimidad democrática. Negociada y publicada en una lengua extranjera, el inglés, representa el único caso de Constitución que nunca ha sido publicada formalmente en las lenguas oficiales del país en cuestión».

Sin embargo, en la adhesión de Bosnia y Herzegovina al CEDH, el TEDH considera que la diferencia de trato y la exclusión del sufragio pasivo a los «otros» ciudadanos suponen una clara violación del derecho reconocido en el art. 14 del CEDH. En la línea con lo que hemos indicado, el TEDH no condenó al Estado a modificar su texto constitucional, sino, simplemente, a indemnizar a los demandados (Kucukalic, 2009: 135-152). En concreto, 1000 euros de indemnización en favor del primero de los demandantes y 20 000 euros en favor del segundo. Es obvio que una reforma constitucional hubiera implicado que en el futuro no volvieran a producirse nuevas violaciones. Sin embargo, como la reforma no tuvo lugar, se han presentado nuevas demandas ante el TEDH fundadas en el mismo tipo de violación.

Sobre esta misma violación se pronuncia también en la STEDH de 15 de julio de 2014²⁵, caso *Zornic contra Bosnia-Herzegovina*. La demanda ante el TEDH que dio origen a esta sentencia fue presentada por una ciudadana bosnia-herzegovina que no se adscribió a ninguno de los pueblos constituyentes de dicho país. Por lo tanto, fue excluida de la participación en el proceso electoral a la presidencia y a la casa del pueblo. En esta sentencia, el TEDH reconoce que el pronunciamiento que en su día dictó en la sentencia del caso *Sejdic y Finci* implicaba que el Estado condenado adoptara medidas que acabaran protegiendo a todas las personas que se encontraban en la misma situación que los demandantes. En el párr. 39 de la sentencia se indica:

El Tribunal recuerda que el artículo 46 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572), interpretado a la luz del artículo 1, impone al Estado demandado la obligación legal de aplicar, bajo la supervisión del Comité de Ministros, medidas adecuadas generales y/o individuales para garantizar el derecho del demandante que el Tribunal ha considerado violado. Dichas medidas deben ser tomadas también respecto del resto de personas en la situación del demandante, en especial solventando los problemas que han llevado a las conclusiones del Tribunal (véase Scozzari y Giunta contra Italia [GS] [TEDH 2000, 391], núms. 39221/98 y 41963/98, ap. 249, TEDH 2000 VIII; Karanović contra Bosnia-Herzegovina, núm. 39462/03, ap. 28, 20 de noviembre de 2007 [JUR 2007, 334165]; Čolić y otros contra Bosnia-Herzegovina, núms. 1218/07 y otros, ap. 17, 10 de noviembre de 2009 [JUR 2009, 448860]; Burdov contra Rusia (núm. 2) [JUR 2009, 123], núm. 33509/04, ap. 125, TEDH 2009 [...]; y Greens y M.T. contra el Reino Unido [JUR 2010, 382394], núms. 60041/08 y 60054/08, ap. 106, TEDH 2010 (extractos).

En el párr. 41 hace referencia a las medidas de ejecución forzosa que deberían haberse adoptado en relación con la anterior sentencia que hubieran

²⁵ BDAW TEDH\201449.

evitado que se repitiera una demanda ante el TEDH. En concreto, reconoce que, de acuerdo con lo fijado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, debería haberse procedido a realizar una reforma constitucional en dicho país²⁶.

Y con ello, en el párr. 43 llega a la conclusión de la necesidad de que Bosnia y Herzegovina acomode su Constitución política al CEDH. En concreto, afirma:

En Sejdíć y Finci el Tribunal observó que cuando se establecieron las disposiciones constitucionales impugnadas estaba en vigor un muy frágil alto el fuego y que las disposiciones fueron diseñadas para poner fin a un brutal conflicto marcado por el genocidio y la «limpieza étnica» (véase *ibíd.*, ap. 45). La naturaleza del conflicto era tal que la aprobación de los «pueblos constituyentes» se hacía necesaria para garantizar la paz (*ibíd.*). No obstante, ahora, más de dieciocho años después del final del trágico conflicto, ya no existiría ninguna razón para el mantenimiento de las controvertidas disposiciones constitucionales. El Tribunal espera que los acuerdos democráticos se realicen sin demora. Habida cuenta de la necesidad de garantizar la efectiva democracia política, el Tribunal considera que ha llegado el momento de un sistema político que proporcione a todos los ciudadanos de Bosnia-Herzegovina el derecho a presentarse a las elecciones a la Presidencia y a la Casa del Pueblo de Bosnia-Herzegovina sin discriminación basada en la pertenencia étnica y sin otorgar

²⁶ Se afirma: «Conforme al artículo 46.2, Sejdíć y Finci está actualmente bajo la supervisión del Comité de Ministros, quien ha examinado regularmente los desarrollos internos y busca un rápido final a la situación de incumplimiento. Siempre ha considerado que deberían adoptarse una serie de enmiendas a la Constitución de Bosnia-Herzegovina y a la legislación electoral para la ejecución de la presente sentencia. El Comité de Ministros aprobó tres resoluciones provisionales instando a las autoridades de Bosnia-Herzegovina a tomar todas las medidas necesarias para la plena ejecución de esa sentencia mediante la adopción de medidas encaminadas a eliminar la discriminación contra quienes no están afiliados con un pueblo constituyente para poder presentarse a las elecciones a la Casa del Pueblo y a la Presidencia de Bosnia-Herzegovina y establecer la conformidad de su Constitución y de su legislación electoral conforme a los requisitos del Convenio sin más dilación (véase el apartado 12; Ver también las resoluciones núms. 1701(2010), 1725(2010) y 1855(2012) y Recomendación núm. 2025(2013) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa). En su tercera resolución en particular el Comité de Ministros hace un llamamiento al Estado demandado “a garantizar inmediatamente que el marco legislativo y constitucional sea conforme con los requisitos del Convenio y que por tanto las elecciones de octubre de 2014 se celebren sin ninguna discriminación contra aquellos ciudadanos que no estén afiliados con ninguno de los “pueblos constituyentes” (véase apartado 12)».

derechos especiales a los pueblos constituyentes excluyendo a las minorías o a los ciudadanos de Bosnia-Herzegovina.

Nótese que el TEDH no se pronuncia expresamente sobre la obligación del Estado demandado de modificar su Constitución. Sin embargo, puede apreciarse un ligero cambio en su jurisprudencia, pues expresamente indica que es hora de que Bosnia y Herzegovina modifique su texto constitucional, habida cuenta de que las circunstancias políticas han cambiado desde el fin de la guerra. Desde nuestro punto de vista, supone un paso adelante en relación con la posibilidad de que una persona directamente afectada por una disposición constitucional pueda conseguir un pronunciamiento del TEDH que acabe beneficiando a otras personas que potencialmente podrían sufrir una lesión en su derecho.

Más recientemente, podemos hacer referencia al caso *Slaku contra Bosnia y Herzegovina*, sentencia de 26 de mayo de 2016²⁷. El supuesto de hecho que da origen a la demanda de amparo es muy parecido al primero de los casos a los que nos hemos referido. En este supuesto, no obstante, el demandante de amparo era un integrante de la minoría étnica albanesa. Por ese motivo, al no pertenecer a las etnias constituyentes, se le impidió participar en el proceso electoral²⁸. El TEDH declara que dicha exclusión prevista en la Constitución política de la nación no es compatible con el CEDH²⁹.

Son ya varios años los que han pasado desde la primera sentencia de condena contra Bosnia y Herzegovina, y el mismo TEDH reconoce en la sentencia que estudiamos que el hecho de que el Estado condenado no haya adaptado su regulación interna al sistema europeo de protección de derechos humanos agrava su responsabilidad, así como supone una clara amenaza para la eficacia del sistema³⁰.

Es cierto que el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha dirigido a Bosnia y Herzegovina diferentes resoluciones para que modifique su ordenamiento interno y lo acomode al sistema, pero el TEDH constata en el párr. 38 de la sentencia que ese país no ha atendido a dichos requerimientos. En esta sentencia, de igual modo que en la anterior, se vuelve a indicar que, después de haber transcurrido varios años desde el fin del conflicto bélico, ya ha llegado el momento de que se garantice a todos los ciudadanos de ese país el derecho

²⁷ BDAW JUR\2016\121383.

²⁸ Véase párr. 29.

²⁹ Véase párr. 33.

³⁰ Véase párr. 37.

a concurrir en condición de igualdad a las elecciones³¹. Obviamente, atender a este requerimiento obligaría a modificar el texto constitucional.

En el caso *Pilav contra Bosnia y Herzegovina*, STEDH de 9 de junio de 2016³², el TEDH vuelve a enfrentarse al problema de la discriminación. Aunque en este caso hay un matiz interesante. En concreto, debe tenerse presente que el Estado de Bosnia y Herzegovina es una república federal que está integrada por dos entidades autónomas: la federación de Bosnia y Herzegovina³³ y la República Srpska³⁴. Según los acuerdos de paz a los que nos hemos referido más arriba, la presidencia de la República está integrada por tres personas: un bosniaco y un croata, ambos elegidos por la federación de Bosnia y Herzegovina, y un serbio, elegido por la República de Srpska³⁵.

Este caso resulta muy interesante, pues en los tres anteriores nos encontramos a personas que no pertenecían a una etnia constituyente o que no declararon a qué etnia pertenecían. Sin embargo, en este caso, el demandante de amparo pertenece a una de las etnias constituyentes, pues es bosniaco. Sin embargo, reside en una república en la que esa condición le impide presentarse a presidente de la República³⁶.

El TEDH considera que la prohibición de presentarse a la presidencia de la República también es una discriminación, ya que, con independencia de la entidad en la que se resida, se está decidiendo sobre la presidencia de la República³⁷. Es por ello por lo que el TEDH llega a la conclusión de que la exclusión del demandante de amparo del proceso electoral supone una discriminación por motivos étnicos, combinada con el dato del lugar de residencia³⁸.

Sin embargo, en la sentencia no se pronuncia el TEDH expresamente sobre el conflicto de la Constitución con el CEDH, y, por lo tanto, sobre la modificación del texto constitucional.

b2) Sentencia piloto

El Comité de Ministros, en su sesión de 12 de mayo de 2004, adoptó una resolución en virtud de la cual invitaba al TEDH, cuando conociera de las demandas individuales, a identificar, cuando fuera posible, el problema estructural subyacente. Esta invitación se efectuó, sobre todo, cuando se trató

³¹ Véase párr. 40.

³² BDAW JUR\2016\136178.

³³ Se encuentra integrada por zonas de población bosniaca-musulmana y croata.

³⁴ La población es serbia.

³⁵ Véase párr. 41.

³⁶ Véase párr. 43.

³⁷ Véase párr. 4.

³⁸ Véase párr. 48.

de problemas que pudieran dar origen a numerosas demandas, ayudando a los Estados parte a buscar una solución adecuada a dicho problema. De igual modo, se pretendía facilitar la labor de control del cumplimiento por parte del Comité de Ministros (Casadevall, 2012: 115). Un mes después, se dictó la primera sentencia piloto. El art. 61 RTEDH regula el procedimiento de la sentencia piloto, así como sus presupuestos.

En concreto, en primer lugar, debe detectarse un problema estructural o sistémico u otra disfunción similar en el Estado demandado (art. 61.1 RTEDH) (Abrisketa, 2013: 81-83). Dicho problema puede afectar a su ordenamiento jurídico o práctica judicial o administrativa, por ejemplo. El TEDH ha entendido que las sentencias piloto se pueden dictar cuando se trata de supuestos de violaciones repetitivas y a gran escala, ocasionadas por «carencias o disfunciones estructurales y sistemáticas en el orden jurisdiccional de ciertos Estados» (Casadevall, 2012: 116)

En tercer lugar, es preciso que la fundamentación fáctica de las demandas presentadas (o que se puedan presentar) permita identificar la misma deficiencia estructural. Como puede apreciarse, estamos hablando de la existencia de varios procesos pendientes (o que puedan originarse) sobre la base de la misma causa de pedir. Es decir, no estamos refiriéndonos a procesos idénticos, pues la litispendencia impediría su desarrollo. Nos referimos a que haya (o pueda haber) diferentes procesos fundados en el mismo supuesto fáctico: la deficiencia estructural o sistémica que afecte al ordenamiento jurídico o al sistema judicial de un determinado país.

En cuarto lugar, se requiere que exista identidad subjetiva en el lado pasivo de los procesos iniciados (o que puedan iniciarse). Al respecto, presupuesto que necesariamente debe concurrir y que está implícito en la concreción de los anteriores es el que el Estado demandado (efectiva o potencialmente) sea el mismo. La razón es evidente. La deficiencia estructural o sistémica es la que provoca (o puede provocar) que ese Estado viole repetidamente el mismo derecho correspondiente a diversas personas.

Desde un punto de vista procedimental, el art. 61.2b RTEDH es claro al indicar que el TEDH puede decidir aplicar el procedimiento que permita la emisión de una sentencia piloto, bien de oficio o a instancia de parte (Morte, 2013: 921). En este último caso, se contemplan dos posibilidades. La primera, que todas las partes procesales soliciten conjuntamente que se acuerde iniciar un procedimiento que permita la emisión de una sentencia piloto. La segunda situación es que la solicitud venga formulada por una sola de las partes. En este sentido, la solicitud puede ser formulada indistintamente por el demandante o también por el Estado demandado. No es condición *sine qua non* que todas las partes formulen conjuntamente la solicitud de iniciar este tipo de procedimiento.

El art. 61.2a RTEDH establece que antes de decidir seguir el procedimiento de sentencia piloto el TEDH debe prestar audiencia a las partes. En relación con esta exigencia, queremos realizar básicamente dos observaciones.

La primera, que este trámite de audiencia debe considerarse necesario en el caso en que el recurso al procedimiento de sentencia piloto se pretenda iniciar de oficio o a instancia de alguna de las partes. Por el contrario, si todas las partes han presentado de manera conjunta su solicitud de recurrir a este procedimiento, no tiene sentido iniciar el trámite de audiencia.

El objeto de este trámite de audiencia es solamente discutir y conocer los argumentos del Tribunal o de la parte contraria acerca de la concurrencia del presupuesto de la existencia de deficiencia estructural o sistémica en el Estado demandado, así como que la demanda se presta a este procedimiento de sentencia piloto.

El art. 61.10 RTEDH exige que el inicio del procedimiento que permita lograr una sentencia piloto deba publicarse en la página web del TEDH. Y a su vez se dispone que la demanda del procedimiento piloto tendrá un tratamiento prioritario (art. 61.2c RTEDH) (*ibid.*: 921).

Si atendemos a los apdos. 3 y 4 del RTEDH, podemos distinguir dos tipos de contenidos en la sentencia: preceptivos y facultativos.

Con carácter preceptivo, la sentencia piloto debe incluir:

- 1) La identificación de la naturaleza del problema estructural o sistémico, o de la disfunción, constatado en el ordenamiento jurídico del Estado demandado.
- 2) Indicación de las medidas reparatorias que el Estado condenado debe adoptar a nivel interno en aplicación del fallo de la sentencia.

En este sentido, hay que señalar que la sentencia piloto da respuesta a la demanda individual presentada, por lo tanto, debe pronunciarse sobre las medidas particulares que deben adoptarse en favor del demandante. Pero, a su vez, fija las medidas de carácter general que habrían evitado que la violación se hubiera producido y que, por lo tanto, pueden evitar que en el futuro puedan producirse nuevas violaciones (*ibid.*: 83-85). En definitiva, el TEDH asume un rol más activo, pudiendo fiscalizar el ordenamiento interno de un Estado (*ibid.*: 75).

Por otro lado, hay que añadir que, en el supuesto en que el demandante hubiera solicitado una satisfacción equitativa al amparo del art. 41 CEDH, el TEDH puede reservarse el análisis de esa cuestión, a la espera del cumplimiento por parte del Estado demandado de las medidas individuales y generales impuestas en la sentencia (art. 61.5 RTEDH).

Con este carácter facultativo, el TEDH puede fijar un plazo para la adopción de las medidas mencionadas anteriormente. La fijación del plazo en concreto depende de la naturaleza de las medidas impuestas y de la rapidez con la cual se puede poner remedio al problema estructural a nivel interno (art. 61.4 RTEDH).

Desde un punto de vista formal, el art. 61 RTEDH no contiene especialidad alguna. Por lo tanto, formalmente, las sentencias piloto son idénticas al resto de sentencias que pueda dictar el TEDH.

De entrada, son aplicables a este tipo de sentencias los requisitos de publicidad que se establecen con carácter general para todas las sentencias dictadas por el TEDH. De este modo, la sentencia piloto puede ser leída en audiencia pública por el presidente de la sala o por el magistrado en que aquel haya delegado. Para ello, los representantes de las partes deben ser debidamente informados de la fecha de la audiencia. En el caso en que no se lea en audiencia pública, la sentencia debe notificarse a las partes por escrito (art. 77.2 RTEDH).

Como requisitos específicos de publicidad, debe tenerse presente el art. 61.9 y 10 RTEDH. Por un lado, el TEDH debe comunicar al Comité de Ministros, a la Asamblea Parlamentaria, al secretario general del CE y al comisario por los Derechos del Hombre del Consejo de Europa la emisión de cualquier sentencia piloto o de otra sentencia que, sin ser piloto, haya identificado un problema estructural sistémico en un Estado parte del CE (art. 61.9 RTEDH).

Por otro lado, la emisión de una sentencia piloto, su ejecución y el cierre del procedimiento deben publicarse en la página web del TEDH (art. 61.10 RTEDH).

La regulación contenida en el art. 61 RTEDH nos permite clasificar los efectos de la sentencia piloto desde dos puntos de vista diferentes.

Si atendemos a los sujetos que pueden haber sido afectados por la deficiencia estructural del Estado condenado, la emisión de la sentencia piloto no impide que puedan volverse a presentar nuevas demandas contra dicho Estado basadas en esa deficiencia estructural. Mientras siga subsistiendo el fallo estructural o sistémico, se seguirán produciendo nuevas violaciones de derechos.

Ahora bien, si el Estado condenado atiende a las medidas generales impuestas, indirectamente, la sentencia acaba beneficiando a sujetos afectados que no han sido parte en el proceso. Es en este punto en el que se constata, claramente, que la sentencia piloto es un mecanismo que sirve para la protección colectiva de derechos.

Ahora bien, el efecto que provoca la emisión de una sentencia piloto, desde el punto de vista procedimental, es relevante. Al respecto, el TEDH puede decidir la suspensión de todos los procesos que ya estén pendientes

contra el mismo Estado y fundamentados en la misma deficiencia estructural (art. 61.6.^a RTEDH) (Morte, 2013: 85-86).

Desde nuestro punto de vista, esta disposición también debe aplicarse por analogía a los casos en que tras la emisión de la sentencia se presenten nuevas demandas frente al Estado basadas en la misma deficiencia estructural. Entendemos que dichas demandas deben ser admitidas a trámite y provocar, por lo tanto, el efecto de litispendencia. Pero una vez iniciado el proceso, debe acordarse la suspensión del mismo.

En todo caso, la suspensión de estos procedimientos se lleva a cabo a la espera de que el Estado condenado adopte las medidas que se han indicado en la parte dispositiva de la sentencia.

La suspensión debe ser comunicada a las partes de todos los procesos afectados, así como cualquier otra nueva circunstancia relevante que afecte a su causa (art. 61.6b RTEDH). No obstante, en cualquier momento, el TEDH puede levantar la suspensión de un determinado procedimiento si fuera necesario por razones de interés de la justicia (art. 61.6c RTEDH).

Los procesos suspendidos pueden acabar de dos maneras, ya sea de manera anormal o normal. Vamos a referirnos separadamente a cada uno de estos supuestos.

Los procesos terminan de manera anormal cuando el Estado condenado adopta las medidas necesarias para dar cumplimiento al fallo o parte dispositiva de la sentencia piloto. En ese caso, además, ofrece a los demandantes, en cada uno de esos procesos, un arreglo amistoso, que deberá ser fiscalizado por el TEDH. Dichos procesos, por esta vía, terminan de manera anticipada sin que el TEDH tenga que entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto (Pastor, 2000: 167; Pastor, 2009: 12-13; Cacho, 2007: 1-30). Sin embargo, como hemos señalado, terminan con la satisfacción del interés particular del demandante. Por lo tanto, el mecanismo de la sentencia piloto, además de permitir extender los efectos de la sentencia a la protección de terceros, permite luchar contra la saturación del Tribunal, a la vez que evita «repetir una y otra vez el mismo mensaje y de atribuir una satisfacción equitativa caso por caso» (Casadevall, 2012: 116).

Sin embargo, es posible que, en relación con un proceso suspendido, o con todos los que han sido objeto de suspensión, se reanude la tramitación procedimental. En estos casos, el proceso terminaría de manera normal, entrando el TEDH a conocer del fondo del asunto. Al respecto, debe tenerse presente que el TEDH puede decidir la reanudación de la tramitación de un procedimiento suspendido tras la emisión de la sentencia piloto, si hubiera un interés de buena administración de la justicia (art. 61.6c RTEDH). Y, por otro lado, se procede a levantar la suspensión de todos los procedimientos

afectados por la emisión de la sentencia piloto cuando el Estado no atiende a las medidas impuestas en el fallo de la sentencia (art. 61.8 RTEDH).

IV. CONCLUSIONES

1.^a El Estado social y democrático de derecho que nace tras el fin de la Segunda Guerra Mundial se pretende construir sobre la base del respeto a la dignidad de la persona y el reconocimiento de los derechos que son los inherentes. En ese contexto, el CE ha desempeñado un papel esencial. Al menos cuantitativamente, en cuanto al número de Estados que forman parte del sistema, puede decirse que se ha logrado el objetivo. No obstante, es discutible en relación con el nivel de protección o reconocimiento de los derechos.

2.^a La creación del TEDH ha contribuido a lograr el anterior objetivo, en la medida en que ha supuesto la creación de un órgano jurisdiccional supranacional ante el que se pueden presentar las demandas individuales por violación de derechos humanos. Creemos que es importante destacar que se trata del primer órgano internacional creado para la protección de derechos humanos y que pone en evidencia la crisis del modelo clásico liberal de la justicia limitada al ámbito territorial de las fronteras de los Estados.

3.^a En la medida en que se trata de un órgano jurisdiccional, son plenamente aplicables los principios y teorías básicas sobre la estructura procesal. En este sentido, es criticable, por ejemplo, que la Gran Sala, al resolver la impugnación contras las sentencias dictadas por las salas, esté integrada por magistrados que integraron la sala que dictó la sentencia que se impugna. El derecho a un proceso con todas las garantías también debe regir en el proceso seguido ante el TEDH.

4.^a Las sentencias que puede dictar el TEDH pueden ser de diferentes tipos. No obstante, creemos que las más relevantes son las que se denominan sentencias condenatorias. Con carácter general, ha sido frecuente que las sentencias se limitaran a establecer medidas de reparación individual. Sin embargo, nosotros creemos que la tutela judicial efectiva no se logra solamente imponiendo al demandado una obligación de pagar o reparar en sentido individual. En ocasiones, nos encontramos con que la tutela solamente se obtiene de manera completa si se incluyen medidas de carácter general que debe adoptar el Estado.

5.^a El TEDH ha sido reacio a establecer esas medidas de carácter general. Un ejemplo de ello se encuentra en los casos en que se detecta que la violación denunciada está producida por una norma de carácter constitucional. Es decir, que es una disposición de la Constitución política de una nación la que viola derechos humanos. En este punto, el sistema europeo adopta una posición

más cautelosa que la que podemos apreciar en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

6.^a Precisamente en un intento de facilitar que los Estados puedan cumplir de mejor manera las sentencias del TEDH, en los últimos tiempos se han ido extendiendo las sentencias en las que al Estado demandado se le indica una serie de medidas generales que debe adoptar. Ese camino se está transitando con las denominadas sentencias piloto.

7.^a Es cierto que con este tipo de sentencias se ha dado un paso adelante en la búsqueda de formas de tutela colectiva. Sin embargo, creemos que aún hay asuntos pendientes, sobre todo, en los casos en los que el Estado no elimine el fallo estructural o sistémico, y, por lo tanto, se sigan produciendo esas violaciones masivas. Y, por otro lado, creemos que la falta de una postura del TEDH sobre el denominado control de convencionalidad impide que lo resuelto en una sentencia piloto pueda hacerse extensivo a otros Estados que no hayan sido parte en el procedimiento en que se dicta la sentencia.

Bibliografía

- Abrisketa Uriarte, J. (2013). Las sentencias piloto: El Tribunal Europeo de derechos humanos, de juez a legislador. *Revista Española de Derecho Internacional*, 65 (1), 73-99.
- Bondía García, D. (2008). El sistema europeo de protección de los derechos humanos. En J. Bonet i Pérez y V. M. Sánchez (coords.). *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios* (pp. 219-252). Barcelona: Huygens.
- Cacho Sánchez, Y. (2007). Cómo mejorar la eficacia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las medidas propuestas por el grupo de sabios en su informe de 15 de noviembre de 2006. *Revista General de Derecho Europeo*, 12 (6), 1-30.
- Cancio Fernández, R. C. (2017). La protección de los derechos humanos en el sistema europeo. En J. M. Enríquez Sánchez, A. Masferrer y R. E. Aguilera Portales (coords.). *Derechos humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis* (pp. 291-328). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Canosa Usera, R. (2009). La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En F. J. García Roca y P. Fernández Sánchez (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado* (pp. 79-93). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Carrillo Salcedo, J. A. (1998). Vínculos entre la Declaración Universal de Derechos Humanos y el sistema europeo de protección de los derechos humanos. En Asociación para las Naciones Unidas en España, X. Pons Rafols (coord.). *La Declaración Universal de Derechos Humanos: comentario artículo por artículo* (pp. 63-72). Barcelona: Icaria.

- Casadevall, J. (2001). El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (análisis teórico-práctico de su funcionamiento). En A. Blanc Altemir (coord.). *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal* (pp. 129-146). Madrid: Tecnos.
- (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cucarella Galiana, L. A. (2016). Medios de impugnación en el sistema europeo de protección de los derechos humanos. En M. Ortells Ramos y R. Bellido Penadés (coords.). *Los recursos en el proceso civil: continuidad y reforma* (pp. 307-325). Madrid: Dykinson.
- Fernández Sánchez, P. (2000). Las obligaciones procedimentales ante el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En *Hacia una Justicia Universal: XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 de junio de 1999* (pp. 165-168). Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.
- Fernández Sola, N. (2000). Dos modelos de Justicia internacional: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional. En *Hacia una Justicia Universal: XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 de junio de 1999* (pp. 181-192). Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.
- García Jiménez, M. E. (1998). *El convenio europeo de derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gimeno Sendra, V. (1998). La experiencia de los «juicios de Nürenberg» y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 1, 1766-1768.
- Gimeno Sendra, V., Moral, A. del, Morenilla Allard, P. y Díaz Martínez, M. (2007). *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Colex.
- González Montes, J. L. (2000). Los avances en la defensa de los derechos humanos en el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En *Hacia una Justicia Universal: XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 de junio de 1999* (pp. 13-36). Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.
- Kucukalic Ibrahimovic, E. (2009). El lugar de «los otros» en la Constitución de Bosnia y Herzegovina. La representación constitucional de las minorías y sus consecuencias sobre los derechos individuales. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 67-68, 135-152.
- Morte Gómez, C. (2010). Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En *Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián: volumen XI: La eficacia del Derecho Internacional de los derechos humanos* (pp. 225-242). Bilbao: Universidad del País Vasco.
- (2013). El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En M. Nogueira Guastavino y G. García Becedas (coords.). *Lecciones de Jurisdicción social* (pp. 920-921). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pastor Palomar, A. (2000). El sistema europeo: el Consejo de Europa (I). En C. Fernández de Casadevante Romaní (dir.). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Dilex.

- Pastor Riduejo, J. A. (2009). La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa. En J. García Roca y P. A. Fernández Sánchez (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado* (pp. 12-13). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ripoll Carulla, S. (2008). El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos y el Derecho español. En J. M. Beneyto Pérez, P. Argerey Vilar y A. Rincón García Loygorri (coords.). *Cincuenta años de construcción europea: grandes logros del pasado y desafíos para el futuro* (pp. 99-116). Madrid: Biblioteca Nueva: Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo.
- Ruiloba Alvariño, J. (2006). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: organización y funcionamiento. *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, 1.
- Sánchez Legido, A. (1995). *La reforma del mecanismo de protección del convenio europeo de derechos humanos*. Madrid: Colex.

APROXIMACIÓN AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

Approach to the bloc of constitutionality
and conventionality in the Costa Rican constitutional
justice system

VÍCTOR OROZCO¹
Universidad de Costa Rica
victorozcocr@gmail.com

Cómo citar/Citation

Orozco, V. (2019).

Aproximación al bloque de constitucionalidad y
de convencionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(1), 175-206.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.06>

Resumen

En el presente trabajo se pretende analizar los componentes del parámetro de regularidad constitucional en los ordenamientos jurídicos francés y costarricense. En el caso particular del sistema de justicia constitucional costarricense se analizan, con detalle, el nuevo paradigma del control de convencionalidad y sus implicaciones sobre ese parámetro.

¹ Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica, letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República de Costa Rica.

Palabras clave

Parámetro de constitucionalidad; control de convencionalidad; sistema de justicia constitucional costarricense; sistema de justicia constitucional francés.

Abstract

This paper aims to analyze the components of the parameter of constitutional regularity in the French and Costa Rican legal systems. In the particular case of the Costa Rican constitutional justice system, the new paradigm of conventionality control and its implications on this parameter are analyzed in detail.

Keywords

Constitutionality parameter; conventionality control; Costa Rican constitutional justice system; French constitutional justice system.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: CONCEPTO, SIGNIFICADO Y CONTENIDOS. III. EL ORIGEN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LAS NORMAS QUE LO COMPONEN EN EL SISTEMA FRANCÉS: 1. El articulado de la Constitución de 1958. 2. El preámbulo de la Constitución de 1958. 3. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789. 4. El preámbulo de la Constitución de 1946. 5. Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. 6. Los principios generales del derecho de valor constitucional. IV. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SU RECEPCIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE: 1. La Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949. 2. Las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa que establecen trámites sustanciales en el procedimiento de formación de las leyes. 3. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. V. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

En términos generales, el propósito de estas notas es analizar el reconocimiento efectivo del carácter normativo y supremo de la Constitución, así como las normas que componen el bloque de regularidad constitucional y convencional en el sistema de justicia constitucional costarricense. Lo anterior también nos obliga a realizar algunos comentarios sobre el origen de esta institución, que corresponde a la tradición jurídica francesa (en cuanto al bloque de constitucionalidad), y la manera en que con posterioridad fue receptada por el ordenamiento jurídico costarricense, señalándose además qué normas lo integran en cada sistema.

II. SOBRE EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: CONCEPTO, SIGNIFICADO Y CONTENIDOS

En esta oportunidad será analizado el origen del bloque de constitucionalidad, así como las normas que lo integran en el ordenamiento jurídico francés, y cuáles son las normas utilizadas por los jueces constitucionales para

determinar si una norma es conforme o no con el derecho de la Constitución (que, como se profundizará en el último capítulo, en la tradición jurídica costarricense justamente se corresponde con el bloque de constitucionalidad, y que incluye, sin duda alguna, al derecho internacional sobre los derechos humanos). Sobre lo anterior, y en términos similares al caso de los preceptos que componen la norma constitucional, es preciso insistir sobre el carácter normativo y exigible de las normas que en cada ordenamiento jurídico se corresponden con el bloque de constitucionalidad, así como en el hecho de que, al igual que en el caso de las normas constitucionales, suponen la existencia de limitaciones y controles al ejercicio del poder. Así, en el caso particular de la Constitución, Aragón ha señalado:

Al margen de todo tipo de adjetivaciones, hablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como un instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se realice, en expresión, bien conocida de Hesse; o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no un mero programa puramente retórico. El control no forma parte únicamente de un concepto «político» de Constitución, como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma (1999: 12).

Pero la Constitución Política no solo es una norma jurídica (es decir, un instrumento normativo de control de poder), sino también es suprema y, como se ha insistido a lo largo de esta investigación, está situada en la cúspide del ordenamiento jurídico. Por este motivo ha sido dotada de mecanismos jurídicos y políticos para su defensa, los cuales no son equiparables, teniendo en cuenta que los controles jurídicos de la Constitución se originan a partir del reconocimiento de la existencia de un parámetro objetivo de valoración de todo el ordenamiento infraconstitucional (así como de los actos y las omisiones de los poderes públicos), que normalmente componen el texto de la Constitución y el bloque de constitucionalidad. De ahí que, tratándose del control jurídico de constitucionalidad (que utiliza como parámetro objetivo de enjuiciamiento de todo el ordenamiento constitucional el bloque de constitucionalidad), la actividad del órgano de justicia constitucional no es libre ni arbitraria, sino sometida a la Norma Básica, imputable a la misma; desde allí, explica Fernández Rodríguez (2003):

Los tribunales constitucionales suelen adoptar una postura que alarga los principios que recoge la Norma Fundamental, en especial a lo que atañe a los derechos y

libertades. Tras períodos de una observancia estricta del texto constitucional, desde hace unos años los tribunales constitucionales han procedido a incidir en el sentido de una serie de principios antes más indeterminados y ahora de destacada importancia para examinar las leyes sometidas a control. Aludimos, por ejemplo, al principio de proporcionalidad o de racionalidad (2003: 63-64).

Un ejemplo de lo anterior, de acuerdo con el mismo autor, es Bélgica, en cuyo sistema jurídico, a la inicial limitación de las normas que integraban el parámetro de control de constitucionalidad (es decir, los artículos de la Constitución relativos al reparto de competencias entre el Estado, las comunidades y las regiones), fueron adicionados: el principio de igualdad, la interdicción de la discriminación y la libertad de enseñanza, en virtud de una reforma en el año 1988 (*ibid.*: 64). En Costa Rica, como hemos adelantado, en el art. 10 de la Constitución Política se ha encomendado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la competencia de juzgar la conformidad de todo el ordenamiento infraconstitucional con respecto a la Constitución y al bloque de constitucionalidad.

A continuación se analizarán las disposiciones que componen el bloque de constitucionalidad, cuyo origen puede ser encontrado en el sistema francés, no sin antes repasar las normas que lo integran en cada ordenamiento jurídico.

III. EL ORIGEN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LAS NORMAS QUE LO COMPONEN EN EL SISTEMA FRANCÉS

De acuerdo con Fernández Rodríguez, el término bloque de constitucionalidad fue introducido por la doctrina francesa en los años setenta del siglo xx para referirse a lo que el Consejo de Constitucionalidad Francés² ha denominado «principios y reglas de valor constitucional». Así en su jurisprudencia, el Consejo Constitucional reconoce todas las implicaciones del concepto sin utilizarlo expresamente (*ibid.*: 65). Se trata entonces de un conjunto normativo «que sirve de parámetro de referencia que engloba, al margen de la

² La Constitución francesa de 1958, en su título VII, regula la composición y las funciones del Consejo Constitucional, el cual está integrado por nueve miembros. En sus decisiones, este órgano jurisdiccional puso fin a una prolongada tradición de soberanía ilimitada de la ley, al afirmar de manera tajante que el legislador «dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui sante q'imposet a tous les organes de l'État», así como la expresión: «La loi [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution» (Pardo Falcón, 1990: 111-112).

vigente Constitución de 1958, el Preámbulo de la misma Constitución y, con él, por el hecho de que se cita en el mismo, la revolucionaria Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la anterior Constitución, la de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (a los que remite el Preámbulo de la Constitución de 1946) (*op. cit.*).

De esta manera, aunque en un inicio se pensaba que el Consejo Constitucional realizaría el control de constitucionalidad de manera marginal, ante la inexistencia de un parámetro de constitucionalidad suficientemente amplio, como para permitir al Consejo el desempeño de su función (en la medida en que el Texto Fundamental no poseía una parte dogmática de reconocimiento de derechos y libertades públicas), con posterioridad el Consejo desmintió esas previsiones iniciales al extender de manera considerable el parámetro y elaborar los cimientos de lo que luego la doctrina denominó bloque de constitucionalidad, lo cual trascendió las fronteras francesas (como se verá más adelante) para ser utilizado de manera regular en la teoría general del derecho constitucional³. Cabe mencionar, siguiendo a Roussillon, que la expresión bloque de constitucionalidad estrictamente proviene del derecho administrativo y, en concreto, del bloque de legalidad, que es bien conocido en las cuestiones administrativas (Roussillon, 2004: 49). Al respecto, Requejo Rodríguez sostiene que la doctrina francesa no hizo sino adaptar al ámbito constitucional el concepto administrativo de «bloque de legalidad» y actualizar la noción de «supralegalidad constitucional» ya presente en la obra de Hauriou. En este sentido, el primero se refería al parámetro utilizado por el Consejo de Estado francés

[...] para determinar la legalidad de los actos administrativos (ley, reglamentos, jurisprudencia) la segunda alude a una serie de principios que, sin estar recogidos en la Constitución vigente y sin existir siquiera una remisión en su favor, vinculan a las normas infra-constitucionales y al propio texto constitucional. La supralegalidad

³ Pardo Falcón, 1990: 116-117. En palabras del autor: «En realidad, la función de control de constitucionalidad quedaba concebida de una forma absolutamente marginal, para recurrir a ella esporádicamente. Esto era algo fácilmente apreciable en el caso de las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas, normas sobre las cuales el Consejo Constitucional efectuaría un control preceptivo, pero agotando buena parte de su competencia en el momento de ejercerla, puesto que su propia naturaleza las hace especialmente perennes y, por tanto, poco proclives a excesivas modificaciones posteriores que pudieran dar lugar a un nuevo control al menos en períodos relativamente breves de tiempo. Algo parecido se pronosticaba en relación a los tratados internacionales, que tampoco deberían ser objeto de control por el Consejo con excesiva frecuencia» (pp. 113-114).

constitucional operará, de este modo, no sólo como criterio de validez de normas legales sino también como parámetro de una reforma constitucional que será invalidada por el órgano competente, a semejanza de lo que venían realizando el Tribunal de Conflictos y el Consejo de Estado, si pretendiera revisar los principios que, de manera tácita o expresa, integran esa ilegitimidad constitucional (Requejo Rodríguez, 1997: 25).

De modo que el bloque de legalidad, de acuerdo con Favoreu, permitía designar, por encima de las leyes, todas las reglas que se imponían a la Administración en razón del principio de legalidad y que no compartían, ciertamente, la misma situación que las primeras, en la medida en que algunas poseían un origen jurisprudencial, particularmente las referidas a los principios generales del derecho. A partir de allí se ha desarrollado por la doctrina francesa la noción del bloque de constitucionalidad que parece adecuado para designar al conjunto «de los principios y reglas de valor constitucional» (Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 20). Como se ha adelantado, en la actualidad el bloque de constitucionalidad lo constituyen: el articulado de la Constitución, el preámbulo de la Constitución de 1958 (y, con ello, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, el preámbulo de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República), los principios generales del derecho de valor constitucional, la conciliación o armonización de las normas y principios constitucionales, y, entre las normas de rango infraconstitucional, la ordenanza orgánica relativa a las Leyes de Presupuestos y otras leyes y ordenanzas orgánicas u ordinarias.

A continuación serán analizados cada una de las normas que en el sistema francés componen el bloque de constitucionalidad, el tratamiento que han recibido por parte del Consejo Constitucional (y, en concreto, algunas de las decisiones en que ha reconocido el valor referido a esas disposiciones) y la manera en que la doctrina ha contribuido en la consolidación del bloque o en la delimitación de sus contenidos.

1. EL ARTICULADO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1958

De acuerdo con Pardo Falcón, el articulado de la Constitución hace referencia a la parte dispositiva del Texto Fundamental, sin tener en consideración el preámbulo. En efecto, aquella reúne el contenido más importante de los que integran el bloque de constitucionalidad en lo que atañe a la materia de organización y funcionamiento de las autoridades públicas. En este sentido, la mayor parte de las normas jurídicas que componen el articulado de la Constitución regulan las instituciones fundamentales del Estado y, en ese sentido, es particularmente relevante el título V: «Des rapports entre le Parlement et

le Gouvernement», en que se regula el funcionamiento del Parlamento (Pardo Falcón, 1990: 116-117). Dicho título ha sido utilizado por el Consejo Constitucional para controlar «la constitucionalidad de los reglamentos de las cámaras y de las leyes orgánicas, que se ocupan de tales instituciones, control que en ambos casos ha efectuado desde un primer momento, y que se ha ido sucediendo sin significativas variaciones cada vez que se ha producido alguna modificación de esas normas» (*ibid.*: 118)⁴. Cabe mencionar que el Consejo Constitucional se compone de dos tipos de miembros; es decir, los designados por las autoridades constitucionales competentes y los miembros de derecho. Asimismo, el presidente del Consejo Constitucional es nombrado entre ambos tipos de miembros y tiene voto de calidad (Bon, 2002: 399). En este sentido, y de conformidad con lo dispuesto por el art. 56 de la Constitución francesa⁵, los miembros *designados* son elegidos en forma discrecional por tres autoridades, el presidente de la República y los presidentes de las dos Cámaras legislativas, en tanto que los *de derecho* son aquellos que adquieren esa calidad en su condición anterior de expresidentes de la República (Pardo

⁴ Sobre el particular, el autor menciona las siguientes decisiones del Consejo Constitucional Francés D. 2DC de 17, 18 y 24 de junio de 1959 (AN), y D. 3DC de 24 y 25 de junio de 1959.

⁵ El art. 56 de la Constitución francesa de 1958 dispone: «Le Conseil Constitutionnel comprend neuf membres dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil Constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres son nommés par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée Nationale, trois par le Président du Sénat [...]».

Cabe mencionar que esta disposición ha sido modificada en virtud de la Ley Constitucional 2008-724, de 23 de julio, la cual entrará en vigor en las condiciones fijadas por las leyes y leyes orgánicas necesarias para su aplicación. De esta manera, y en virtud de esa ley constitucional, el texto del art. 56 ídem será el siguiente:

«ARTÍCULO 56. El Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. El Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años. Tres de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. El procedimiento previsto en el último párrafo del artículo 13 será aplicable a sus miembros serán nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de estos nombramientos. Los nombramientos realizados por el Presidente de cada Cámara serán sometidos únicamente al dictamen de la comisión permanente competente de la Cámara correspondiente.

Además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex-Presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional.

El Presidente será nombrado por el Presidente de la República. Tendrá voto de calidad en caso de empate».

Falcón, 1990: 77)⁶. Entre las normas constitucionales que con más frecuencia ha utilizado el Consejo Constitucional francés en el ejercicio de sus atribuciones, cabe mencionar las siguientes (de acuerdo con Pardo Falcón): el art. 64, que consagra el principio de independencia judicial y de la inamovilidad de los magistrados de carrera; el art. 65, que establece el principio de garantía de la libertad individual a cargo de la autoridad judicial; el art. 2.1, que alude al principio de indivisibilidad de la República; el art. 4, relativo al principio de la libre formación de grupos políticos; el art. 72.2, que proclama el principio de libre administración de las colectividades territoriales, y el art. 3.3, en que se reconoce el derecho de igualdad en el sufragio (*ibid.*: 118-119).

Finalmente, y de acuerdo con el mismo autor, han sido excluidas del bloque de constitucionalidad las siguientes disposiciones del articulado de la Constitución: 1 y de 77 a 88, los cuales han perdido su vigencia en cuanto se referían a la extinta Comunidad (*ibid.*: 119)⁷. También menciona el autor que en algunas ocasiones el Consejo Constitucional ha preferido aplicar una disposición de la Declaración de 1789 sobre el texto de la Constitución, que puede tener un sentido similar, como es el caso del art. 2.1, en que se proclama el derecho de igualdad (Roussillon, 2004: 51).

⁶ Cabe mencionar que ni la Constitución de 1958 ni la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional someten el nombramiento de los miembros de este órgano a algún requisito, de ahí que pueda ser escogida cualquier persona que disfrute de los derechos civiles y políticos, no necesariamente un profesional en derecho. Asimismo, el mandato de cada consejero tiene una duración de nueve años sin posibilidad de reelección. Ahora bien, en lo que atañe a los miembros de derecho, la doctrina ha considerado que su inclusión obedece a una motivación doble y hasta cierto punto paradójica: «En efecto, por un lado se pretendía destacar de este modo la continuidad del régimen republicano por encima de avatares políticos y modificaciones constitucionales, rindiéndose al mismo tiempo un homenaje a quienes habían sido en su momento Presidentes de la Cuarta República, Vicent Auriol y René Coty; pero, por otro lado, esta deferencia también tenía como finalidad fundamental, según algunos, el apartar definitivamente a ambos ex presidentes de la vida política activa, asegurándoles un retiro digno con su integración en la nueva institucional constitucional». Por su parte, el presidente del Consejo Constitucional es elegido a través de una decisión personal de quien ocupe el cargo de presidente de la República, de acuerdo con el párr. 3.º del art. 56 de la Constitución francesa de la Quinta República.

⁷ Sobre el particular, Luis Favoreu afirmó: «Todas las disposiciones de la Constitución tienen la misma fuerza. Ahora bien, hay que señalar que los artículos 77 a 88 —relativos a la Comunidad, que ha desaparecido en 1960, con el acceso a la independencia de los antiguos territorios de África— ya no son aplicables» (Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 26).

2. EL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1958

De acuerdo con Rousseau, el valor normativo de la Declaración de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946 han sido objeto de gran controversia doctrinal hasta el año 1971. Por un lado, Carré de Malberg y Eximen habían insistido en que esos textos no poseían ningún valor normativo, sino que suponían sendas declaraciones de buenas intenciones morales y filosóficas, de ahí que constituirían, en su criterio, un texto literario más que un texto normativo (Rousseau, 2010: 92). Por el otro, varios autores han sostenido (entre ellos Hauriou y Duguit) que esas declaraciones sí poseen fuerza normativa y el mismo valor que el texto constitucional. Por esa razón, estos textos imponían el deber al legislador de respetar el contenido de sus disposiciones (*op. cit.*). En la actualidad, el preámbulo de la Constitución de 1958, en su primer párrafo, proclama lo siguiente: «Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946»

Sobre el contenido de esa disposición, autores como Pardo Falcón afirman que inicialmente estaba desprovisto de todo valor normativo y constitucional, de acuerdo con el Texto Fundamental de 1958. En palabras del autor:

El tema —que se plantea con claridad absoluta durante los debates constitucionales— queda resuelto cuando el comisario del Gobierno, invocando el fantasma del gobierno de los jueces, convence a los miembros del Comité Consultivo Constitucional que habían introducido una enmienda concediéndole dicho valor del extraordinario y desaconsejable poder que se atribuiría al Consejo Constitucional en tal caso, al facultarle para controlar la actividad legislativa también en materia de derechos y libertades. La enmienda es retirada y en el seno del Comité parece hacerse firme la idea de que el Preámbulo de la Constitución de 1958 no va a gozar del mismo valor normativo que las disposiciones incluidas dentro del texto articulado (Pardo Falcón, 1990: 120).

En vista de que dicha tesis prevaleció de manera pacífica entre quienes redactaron la Constitución francesa de la V República, Pardo Falcón supone que ni el Comité ni el Gobierno consideraron necesario diseñar en el texto constitucional alguna disposición que excluyera expresamente del control de constitucionalidad la materia contenida en el preámbulo de la Constitución, como se verificó en la Norma Fundamental de 1946 (*op. cit.*)⁸. Pues bien, tan pronto

⁸ De acuerdo con el autor, en ese sentido se manifestaron Ch. Eisenmann y L. Hamon en el Coloquio de Heidelberg, celebrado en 1962 («La juridiction constitutionnelle en droit français», *Colloque de Heidelberg*, 1962, pp. 231-291).

como las circunstancias políticas lo permitieron, el Consejo Constitucional atribuyó valor constitucional al preámbulo de 1946 mediante la famosa Decisión del 16 de julio 1971⁹, a la Declaración de 1789 mediante la Decisión del 27 de diciembre de 1973 y, de manera general, a todos los textos referidos en el preámbulo de la Constitución de 1958 (Rousseau, 2010: 94). Así, en la Decisión de 16 de julio 1971, el Consejo Constitucional se pronunció sobre una posible violación de la libertad de asociación y anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República contenidos indirectamente en el mismo (Pardo Falcón, 1990: 122)¹⁰. De acuerdo con Rivero, desde ese momento la Constitución francesa se ha duplicado en tamaño por la voluntad del Consejo Constitucional (Rivero, 1984: 168), pues con la aludida decisión se integraron en el bloque de constitucionalidad no solo el preámbulo de 1958 propiamente dicho sino también otros textos jurídicos de contenido mucho más denso, como son: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946 con los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y los principios políticos económicos y sociales particularmente necesarios a nuestro tiempo a los que este último hace referencia» (Pardo Falcón, 1990: 122). De esta manera nació en el sistema francés un complejo sistema de fuentes constitucionales en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, no solo por su nomenclatura sino por los momentos históricos en que esos textos fueron redactados, que plantea severos problemas al intérprete y al operador jurídico en el momento

⁹ Sobre lo anterior, Francisco Fernández Segado ha comentado: «Sería el propio Conseil quien, en la motivación jurídica de sus decisiones, iba a ir precisando las normas de référence que habían de servirle de base, de canon, de parámetro para su fiscalización constitucional. Como ya se ha puesto de relieve en diversos momentos, el hito fundamental de este proceso lo encontramos en la tantas veces citada Decisión de 16 de julio de 1971. En ella (considerando segundo), el juez constitucional se refería por vez primera a los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, expresamente mencionados por el constituyente en la Cuarta República en el primer párrafo del Preámbulo de la Constitución de 1946 y solemnemente reafirmados por el Preámbulo de la Carta de 1958» (Fernández Segado, 2009: 520-521).

¹⁰ En palabras de Jean Rivero: «Le Conseil Constitutionnel a-t-il rendu, le 16 juillet 1971, sa décision *Marbury v. Madison* en affirmant l'inconstitutionnalité des dispositions adoptées par le Parlement qui instituaient une forme de contrôle préalable sur les déclarations d'association? Il serait imprudent de l'affirmer. Pourtant, la décision existe, et c'est précisément sur la violation d'un des “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République” que se fonde la censure prononcée par le Conseil». Véase Rivero(1987).

de su aplicación (*ibid.*: 123). Sobre lo anterior, Rubio Llorente ha sostenido: «Ya esta integración en la Constitución de dos textos que responden a espíritus y concepciones muy distintos, y entre los que inevitablemente se producen antinomias, bastaría para hacer del bloc un cuerpo más bien deforme, junto al cual el Título I de nuestra Constitución pueda ser considerado, sin exageración, como un monumento de claridad cartesiana [...]» (Rubio Llorente, 1997: 107).

Así, y siguiendo con el mismo autor, esta extensión de la noción de las normas constitucionales y su indefinición plantea en el sistema francés profundos problemas de interpretación, de manera que haría desplazar de los países con jurisdicción constitucional los temas clave del control, por el de determinar cuál es, a fin de cuentas, la norma constitucional con la cual debe ser valorada la conformidad del ordenamiento infraconstitucional, es decir, cuál es la norma constitucional que sirve como parámetro de control (*ibid.*: 107-108)¹¹. En consecuencia la expresión *bloc de constitutionnalité* no es para Rubio Llorente la denominación de una categoría, «sino el enunciado de un problema, y de un problema, además, que no hace referencia alguna, ni de lejos ni de cerca, a la función de delimitación competencial que realizan al menos parte de las normas (para algunos autores y en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, todas las normas) que entre nosotros se consideran parte del bloque de la constitucionalidad» (*ibid.*: 108). Todas estas ideas son

¹¹ Sobre lo anterior, Favoreu ha destacado la labor desplegada por el Consejo Constitucional francés, justamente en la delimitación de las normas y los principios que integran el bloque de constitucionalidad, de modo que, en su criterio, la lista de las normas que actualmente componen el bloque de constitucionalidad francés está cerrada. En palabras del autor: «Por tanto la composición actual del bloque de constitucionalidad es novedosa y está integrada por cuatro partes, por cuatro categorías de normas: están las disposiciones de la Constitución de 1958, es decir, desde el artículo 1 al 92 y su Preámbulo, algunas de cuyas disposiciones concretas han sido ya objeto de aplicación, como la relativa al derecho a la autodeterminación de los pueblos de ultramar. Pero a estas disposiciones hay que añadir las categorías a las que también hace referencia el Preámbulo de 1858, es decir, hay que añadir los diecisiete artículos de la Declaración de 1789, más los diecisiete párrafos del Preámbulo de 1946, más los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. La lista está cerrada no hay otra cosa. En algún momento anterior quizá podrían haberse añadido otras normas, pero hoy esta hipótesis debe quedar ya definitivamente excluida. Así lo pone claramente de manifiesto una comunicación que recientemente acaba de exponer el profesor Vedel: existen cuatro categorías de normas de referencia. Eso es todo. Entonces, veamos cada una de las categorías que integran esas normas de referencia y después las normas que quedan excluidas» (Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 61-62).

compartidas en esta investigación, de ahí que no sea posible equiparar la noción del bloque de constitucionalidad que se maneja en el sistema de justicia constitucional francés frente a la que se plantea en el ordenamiento jurídico español.

3. LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 26 DE AGOSTO DE 1789

A pesar de que desde el año 1973 el Consejo Constitucional había afirmado que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 también integraba el bloque de constitucionalidad (particularmente, desde la D. 51DC de 27 de diciembre de 1973, así como en otras decisiones posteriores: D. 56.DC de 23 de julio de 1975, D. 67DC de 15 de julio de 1976, D. 83DC de 20 de julio 1977 y D. 101DC de 17 de enero de 1979), a finales de la década de los setenta se suscitó una discusión doctrinal entre quienes consideraban que la aludida declaración, en su totalidad, poseía valor constitucional y quienes se lo atribuían únicamente a determinadas disposiciones (Pardo Falcón, 1990: 123)¹². En este sentido, dicha polémica fue aclarada por el Consejo Constitucional, con la D. 132 DC de 16 de enero de 1982, en que afirmó: «Le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789»; lo anterior, sin hacer ningún tipo de distinción sobre las disposiciones de la Declaración, otorgándose pleno valor constitucional a sus normas (*op. cit.*)¹³.

¹² Sobre el particular, Luis Favoreu ha sostenido: «El conjunto de las disposiciones (arts. 1 a 17) de la Declaración de 1789 es aplicable. En un primer momento, ciertos autores sostuvieron que únicamente algunas tenían valor de Derecho positivo y eran susceptibles de recibir aplicación. Sin embargo, el Consejo Constitucional no hace ninguna distinción entre ellas y, además, ha aceptado decidir prácticamente sobre la base de todas ellas. Por otra parte, observemos, de paso, que las prescripciones contenidas en los artículos 1 a 17 de la Declaración son comparables a las que figuran en el Capítulo II de la Constitución española (arts. 14 al 38)» (Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 20).

¹³ Sobre esta disputa doctrinal y su posterior resolución por parte del Consejo Constitucional francés en el sentido de que todas las disposiciones de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 tienen valor constitucional y fuerza normativa, Dominique Rousseau ha comentado: «En effet, si la doctrine a pu, un moment, router de la constitutionnalité de ce texte au motif que certaines de ses dispositions ne concernent ni les droits de l'homme, ni les principes de la souveraineté nationale, ou qu'elles son contredites par les nouveaux principes de 1946, il est clair, notamment depuis la décision du 16 janvier 1982, que chacun des 17 articles de la Déclaration de 1789 a une valeur constitutionnelle» (Rousseau, 2010: 94).

De lo anterior, Favoreu ha concluido que «el lugar ocupado por la Declaración en el seno del bloque de constitucionalidad es, sin duda alguna, tan importante al menos como el de sus otros componentes, contrariamente a lo que se podría sostener antes de 1981-1982: el Consejo Constitucional, en su decisión de 16 de enero de 1982, ha confirmado que, a pesar de su edad, la Declaración de derechos del hombre tiene una fuerza, al menos igual a la del Preámbulo de 1946» (Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 27-28). De esta forma, el Consejo Constitucional francés ha declarado numerosas inconstitucionalidades por violación de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, convirtiéndose en el segundo instrumento más utilizado tras el propio texto del articulado constitucional y el primero en materia de derechos fundamentales y libertades públicas (Pardo Falcón, 1990: 123).

4. EL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1946

El Consejo Constitucional francés, en la D. 54 DC de 15 de enero de 1975, aplicó por primera ocasión los principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios en nuestro tiempo, recogidos en el preámbulo de 1946, y les otorgó rango constitucional. En la práctica, el Consejo Constitucional ha utilizado la expresión «principios enumerados en la Constitución de 1946» o la de preámbulo de la Constitución de 1946 para referirse a esta categoría (*ibid.*: 125)¹⁴. De acuerdo con Pardo Falcón, en la decisión anterior

¹⁴ El preámbulo de la Constitución francesa de 1946 es el siguiente:
 Apenas alcanzada por los pueblos libres la victoria sobre los regímenes que pretendieron sojuzgar y degradar la persona humana, el pueblo francés proclama, una vez más, que todo ser humano, sin distinción de raza, de religión o de creencias, posee derechos inalienables y sagrados. Reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano, consagrados por la Declaración de Derechos de 1789, y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. Proclama, además, como particularmente necesarios en nuestra época, los siguientes principios políticos, económicos y sociales: La ley garantiza a la mujer, en todas las esferas, derechos iguales a los del hombre. Todo hombre perseguido a causa de su acción en favor de la libertad goza del derecho de asilo en los territorios de la República. Todos tienen el deber de trabajar y el derecho de obtener un empleo. Nadie puede ser perjudicado en su trabajo o en su empleo a causa de sus orígenes, de sus opiniones o de sus creencias. Todo hombre puede defender sus derechos y sus intereses mediante la acción sindical y adherirse al sindicato de su elección. El derecho de huelga se ejerce con arreglo a las leyes que lo reglamentan. Todo trabajador participa, a través de sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo y en la gestión de las empresas. Todo bien y toda empresa cuya explotación posea o adquiera los caracteres de un

(y, particularmente, en la D. 105 DC de 25 de julio de 1789, «droit de grève à la radio et à la télévision», que constituye la primera de anulación con base en alguno de estos principios), el Consejo Constitucional da por terminada la discusión y la corriente que imperaba en la doctrina francesa, en el sentido de negar el valor jurídico de las disposiciones del preámbulo de la Constitución de 1946. Lo anterior, teniendo en cuenta la imprecisión y la vaguedad de los principios que proclamaba el preámbulo (*ibid.*: 123).

5. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS POR LAS LEYES DE LA REPÚBLICA

Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República constituyen una nueva categoría jurídica que ha adquirido valor constitucional por la mención que con respecto a ella realiza el preámbulo de la Constitución de 1946, tras la remisión efectuada con anterioridad por el preámbulo de la Constitución de 1958. Se trata, siguiendo a Pardo Falcón, de una remisión de

servicio público nacional o de un monopolio de hecho debe pasar a ser propiedad de la colectividad. La Nación proporciona al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo. Garantiza a todos, y en especial al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de su salud, de su seguridad material, de su descanso y de su tiempo libre. Todo ser humano que, en razón de su edad, de su estado físico o mental o de la situación económica, se encuentre incapacitado para trabajar, tiene derecho a obtener de la colectividad medios de existencia decorosos. La Nación proclama la solidaridad y la igualdad de todos los franceses ante los gravámenes resultantes de calamidades nacionales. La Nación garantiza la igualdad del acceso del niño y del adulto a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura. La organización de la enseñanza pública gratuita y laica en todos los niveles es un deber del Estado. La República Francesa, fiel a sus tradiciones, se conforma a las reglas del derecho público internacional. No emprenderá ninguna guerra con fines de conquista y no empleará jamás sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo. Con tal que haya reciprocidad, Francia acepta las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y defensa de la paz. Francia forma con los pueblos de ultramar una Unión fundada en la igualdad de los derechos y de los deberes, sin distinciones de raza ni de religión. La Unión Francesa se compone de naciones y pueblos que ponen en común o coordinan sus recursos y sus esfuerzos para desarrollar sus respectivas civilizaciones, acrecentar su bienestar y proveer a su seguridad. Fiel a su misión tradicional, Francia se propone conducir a los pueblos que ha tomado a su cargo a la libertad de administrarse a sí mismos y de tratar democráticamente sus propios asuntos; desechando todo sistema de colonización basado en la arbitrariedad, garantiza a todos la igualdad de acceso a las funciones públicas y el ejercicio individual o colectivo de los derechos y libertades precedentemente proclamados o confirmados».

segundo grado (*ibid.*: 128). De acuerdo con el mismo autor, la incorporación de estos principios en el preámbulo de la Constitución de 1946 constituye un logro de la derecha francesa, que tenía la intención de elevar a rango constitucional, por esa vía indirecta, la libertad de enseñanza, que con anterioridad no disfrutaba de ningún reconocimiento de derecho positivo. Por su lado, la izquierda acabó admitiendo la introducción del término, para lograr la aprobación del nuevo texto constitucional y bajo la consideración de que esa formulación sería considerada como un mero homenaje de los legisladores de la Tercera República, desprovista entonces de toda relevancia jurídica (*ibid.*: 128-129).

Sin embargo, y como se expuso con anterioridad, el Consejo Constitucional francés, en su D. 44DC de 16 de julio de 1971, anuló de una ley de asociación una disposición que contravenía el principio de la libertad de asociación, que provenía de otra ley sobre la misma materia del año 1901, al considerarla contraria a los principios fundamentales señalados en el preámbulo de 1946. Con posterioridad, en la D. 87DC de 23 de noviembre de 1977 el Consejo confirió el rango constitucional a la libertad de enseñanza y, con ello, confirmó las expectativas de sus valedores en el referido proceso constituyente (*ibid.*: 129).

Como se puede suponer, las decisiones del Consejo Constitucional tendientes a dotar de rango constitucional a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República generaron gran polémica doctrinal y reiteradas inquietudes, en cuanto al alcance de esos principios, sus contenidos y, todavía más, su delimitación. Sobre el particular, Rivero formuló tres grandes preguntas: «Quelles République? quelles lois? que sont les principes fondamentaux?» (Rivero, 1984: 265)¹⁵. Abundando en esto, el mismo Rivero ha sostenido: «Des multiples questions que pose la promotion des «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » dans la hiérarchie des normes juridiques, deux son d'ores et déjà résolues. Et c'est précisément des réponses qu'elles ont reçues que découlent tous les problèmes qui restent à résoudre» (*ibid.*: 154).

¹⁵ Esta situación ha sido descrita por Henry Roussillon del siguiente modo: «Avec cette deuxième catégorie de principes, aujourd'hui "marginiaux" pour le doyen Favoreu, voulue essentiellement par le MRP précisément à cause de son ambiguïté et de la possibilité qu'elle offrait de consacrer un droit particulièrement contesté à l'époque, la liberté d'enseignement, nous nous heurtons à une triple question comme l'a fort bien montré J. Rivero: quels Principes? quelles Lois? quelle République?» (Roussillon, 2004: 55).

Sobre los cuestionamientos anteriores, Rousseau considera que la decisión del Consejo Constitucional francés (D. 244DC de 20 de julio de 1988) aportó varios elementos para resolverlos (Rousseau, 2010: 95); tales cuestionamientos son:

- Los principios fundamentales deben encontrarse recogidos en normas con rango de ley, perfectamente identificables. Sobre lo anterior, Pardo Falcón advierte de que el Consejo Constitucional no aplica este criterio con uniformidad, pues en algunas ocasiones ha declarado la anulación de preceptos por la mera violación de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, sin vincularlos a ningún texto concreto. Ello se ha producido en situaciones en las cuales es difícil conceptualizar el principio fundamental en una determinada disposición, como son los casos de la libertad individual y del derecho de defensa, en los cuales también se debe tener en cuenta su mayor grado de notoriedad y evidencia; en otras ocasiones, cuando la aplicación del principio puede generar mayor controversia, el juez constitucional sí precisa determinar la norma concreta que lo contiene (Pardo Falcón, 1990: 130).
- El principio extraído de la ley de la República es el que tiene rango constitucional, no la ley en sí misma. De lo contrario, advierte Pardo Falcón:

[...] el legislador quedaría vinculado por su redacción concreta sin disponer prácticamente de margen alguno de maniobra [...]. Por consiguiente, en este caso el bloque de constitucionalidad está integrado por principios y no por normas propiamente dichas, lo que explica la utilización por el Consejo Constitucional, como ya hemos dicho, de la expresión principios y reglas de valor constitucional, que incluye también a estos principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (*ibid.*: 131).

- El significado de República: sobre el particular, la doctrina ha determinado que deben ser tomados en consideración los principios fundamentales recogidos durante la legislación producida en las tres primeras Repúblicas (*op. cit.*). Al respecto, Favoreu ha sostenido:

En primer lugar, se ha descartado la asimilación entre tradición republicana y principio fundamental reconocido por las leyes de la República: La tradición republicana no podrá ser invocada con provecho para sostener que un texto legislativo que la contradiga es contrario a la Constitución salvo en la medida en dicha tradición haya engendrado un principio fundamental reconocido por las leyes de la República [...]. Sin embargo, se ha establecido una conexión entre tradición republicana y principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, lo que confirma el hecho de que éstos sólo pueden derivar de las leyes de la República, como

ocurre en la misma decisión, a partir de la cual se pueden enumerar las condiciones requeridas para que haya un principio fundamental reconocido por las leyes de la República (Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 31).

- La exclusión de las leyes de la Cuarta República: lo anterior, teniendo en consideración que la remisión a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República fue realizada justamente por medio del preámbulo de la Constitución de 1946, que establecía la Cuarta República, con lo que no podían ser tomadas en cuenta las leyes que se produjeron en ese período (Pardo Falcón, 1990: 131). De ahí que, siguiendo a Favoreu: «Esta legislación republicana es la aprobada antes de la entrada en vigor del Preámbulo de 1946 (es decir, antes del 27 de octubre de 1946), lo que pone fin a ciertas hipótesis doctrinales según las cuales los principios reconocidos podrían derivar de leyes posteriores a esta fecha» (Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 32).
- El valor constitucional «independiente» de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República: en virtud del cual, de acuerdo con el Consejo Constitucional francés, no es necesario que estén recogidos de manera simultánea tanto en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 como en las leyes de la República (Pardo Falcón, 1990: 132).

En suma, y de acuerdo con Pardo Falcón:

[Los] principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República constituyen sin duda una de las fuentes normativas más complejas de todas aquéllas a que hace expresamente referencia el Preámbulo de la Constitución de 1958. En realidad, junto a la excesiva libertad de apreciación que deja en manos del juez constitucional [...] el inconveniente principal que se ha achacado a esta categoría jurídica es el que vacía en la práctica las competencias del legislador enumeradas en el art. 34 de la Constitución, en concreto por lo que se refiere al establecimiento de garantías para el ejercicio de libertades públicas.

Al respecto, Favoreu advierte sobre la poca importancia cuantitativa que tienen los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República en las decisiones del Consejo Constitucional francés (de acuerdo con el mismo autor, a fecha de 1989 la invocación de estos principios ante el Consejo Constitucional apenas representaba el 3,7 % de los casos planteados, en tanto que de los supuestos de anulación la utilización de esos principios apenas representaba el 4 % de los analizados). De ahí, considera este autor que tales principios apenas constituyen «elementos marginales del bloque de constitucionalidad» (Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 30).

Ahora bien, entre los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República que han sido desarrollados por el Consejo Constitucional francés, es preciso mencionar los siguientes: la libertad de asociación (D. 71-44DC de 16 de julio de 1971), los derechos de defensa (D. 76-70DC de 2 de diciembre de 1976), la libertad individual (D. 76-75DC de 12 de enero de 1977), la libertad de enseñanza (D. 77-87DC), la independencia de la jurisdicción administrativa (D. 80-119DC de 22 de julio de 1980), la independencia de los profesores de universidad (D. 83-165DC de 20 de enero de 1984), la competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa en materia de anulación de actos de la autoridad pública (D. 86-224DC de 23 de enero de 1987), así como la autoridad judicial como guardiana de la propiedad privada (D. 89-256DC de 25 de julio de 1989) (*ibid.*: 32 y 33).

6. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE VALOR CONSTITUCIONAL

Con esta categoría se hace referencia a los principios que han sido utilizados por el Consejo Constitucional para sustentar sus decisiones de manera directa, sin utilizar ningún texto constitucional. De acuerdo con Pardo Falcón, se trata de una expresión de origen doctrinal que sirve para aludir a los que el Consejo Constitucional ha empleado como «principios de valor constitucional» (Pardo Falcón, 1990: 134-135). Entre los principios constitucionales que de acuerdo con el mismo autor pueden ser reconducidos a esta categoría, se podría mencionar los siguientes: el principio de separación de Poderes (D. 104DC de 23 de mayo de 1979), el principio de continuidad en el servicio público (D. 105DC de 25 de julio de 1979), y el derecho de defensa en materia penal (D. 182DC de 18 de enero de 1985 y D. 184DC de 29 de diciembre de 1984) (*ibid.*: 135). Cabe mencionar que el Consejo Constitucional francés también ha integrado en el bloque de constitucionalidad algunas disposiciones de rango infraconstitucional con motivo del control de los reglamentos de las Cámaras. Así se deduce con toda claridad del contenido de las decisiones D. 2 DC de 17, 18 y 24 de junio de 1959, D. 28 DC de 8 de julio de 1966, D. 37 DC de 20 de noviembre de 1969 y D. 86 DC de 3 de noviembre de 1977, en cuya razón incluyó dentro del bloque de constitucionalidad varias ordenanzas relativas a las condiciones de elegibilidad y a las incompatibilidades parlamentarias, así como sobre las materias reservadas a la ley ordinaria (*ibid.*: 142-143). También ha incluido el Consejo Constitucional francés en el bloque de constitucionalidad la Ordenanza Orgánica 59-2 de 2 de enero de 1959, relativa a las Leyes de Finanzas. En este sentido, y según lo ha sostenido el Consejo en la D. 8 DC de 11 de agosto de 1960, la aludida ordenanza forma parte del bloque en todos aquellos supuestos en que se discuta la constitucionalidad de ese tipo de leyes (*ibid.*: 142-142).

Una vez desarrolladas las disposiciones que de acuerdo con el Consejo Constitucional francés componen el bloque de constitucionalidad o el parámetro para juzgar la compatibilidad o la regularidad constitucional del ordenamiento jurídico, es preciso mencionar las disposiciones que han sido excluidas de la configuración francesa del bloque de constitucionalidad, a saber: el derecho internacional, tanto general como convencional; los reglamentos parlamentarios; la costumbre constitucional; las decisiones del Consejo Constitucional, y, por último, las leyes ordinarias y los principios generales del derecho de valor legislativo.

IV. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SU RECEPCIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

Pues bien, una vez expuestas las nociones del bloque de constitucionalidad en el sistema francés, así como las normas que lo componen, de seguido será examinada la concepción del bloque en el ordenamiento jurídico costarricense, que, como se ha adelantado, se corresponde con lo que la doctrina costarricense ha denominado el derecho de la Constitución y que incluye al derecho internacional de los derechos humanos en el nuevo paradigma del control de convencionalidad (Hernández Valle, 1993).

Es claro entonces que el derecho de la Constitución vincula a todas las autoridades y a los Poderes públicos. En este sentido, y en el caso particular de los jueces ordinarios, Solano Carrera ha sostenido que tales funcionarios, por haber rendido el juramento constitucional al asumir el cargo, han prometido observar la Constitución y las leyes, de forma que son los principales obligados a respetar y aplicar ambos tipos de normativa, cada cual en su lugar, es decir, guardando la jerarquía de cada cual, la Constitución y las leyes (Solano Carrera, 1995: 35). Así, en estas líneas será desarrollada la manera en que la fuerza normativa de la Constitución vincula a las autoridades públicas, y la medida en que el derecho de la Constitución sirve como parámetro para analizar la adecuación o la conformidad de todo el ordenamiento jurídico costarricense con respecto al Texto Fundamental.

Así pues, a continuación se realizará una aproximación sobre las normas que en el ordenamiento jurídico costarricense componen el bloque de constitucionalidad o el derecho de la Constitución; tales son, el texto de la Constitución Política de la República de Costa Rica, el derecho internacional de los derechos humanos, y ciertas disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa que establecen trámites sustanciales en el procedimiento de aprobación de las leyes. Al respecto, la inobservancia de alguna de estas formalidades sustanciales en el Reglamento de la Asamblea Legislativa, como

se verá con alguna profundidad más adelante, puede dar lugar a una declaratoria de inconstitucionalidad del precepto infraconstitucional cuestionado, si con motivo de su aprobación se han vulnerado dichos trámites sustanciales, especialmente vinculados con el principio democrático y de publicidad, los cuales deben ser apreciados por la Sala Constitucional en el caso concreto de que se trate. De ahí que no todas las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa integran el derecho de la Constitución, sino aquellas que desarrollan en el seno del procedimiento legislativo varios principios constitucionales, entre ellos, el principio democrático y de respeto de las minorías.

1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA DE 1949

La Constitución Política de la República de Costa Rica fue promulgada el 7 de noviembre de 1949, y a la fecha lleva más de 50 reformas parciales. Sobre el particular, es evidente que el articulado de la Constitución constituye el primer elemento del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense y, además, está dotado de plena normatividad, motivo por el cual es vinculante con respecto a los Poderes públicos.

Es claro entonces que en unos supuestos las disposiciones de la Constitución y su fuerza normativa se imponen de forma directa a las actuaciones y las omisiones de los Poderes constituidos, en otros casos es necesario realizar un proceso de concretización de las normas constitucionales a través de la interpretación, o bien un desarrollo legislativo ulterior con ese propósito. De ahí que no es similar la forma en que las distintas normas constitucionales vinculan a los Poderes constituidos. En consecuencia, los tribunales ordinarios, al resolver con autoridad de cosa juzgada formal y material un conflicto de intereses, aplican la ley y la Constitución, lo cual, lógicamente, implica un juicio previo de constitucionalidad y de convencionalidad sobre la norma legal que ha de ser interpretada en el caso particular. Dicho juicio preliminar se realiza con base en las disposiciones que en el ordenamiento jurídico costarricense integran el bloque de constitucionalidad. De esta forma, si la norma legal no supera el juicio preliminar de constitucionalidad o de convencionalidad realizado por el juez ordinario al pretender aplicar la ley, tiene la obligación de formular la consulta judicial de constitucionalidad como se ha comentado con anterioridad, de acuerdo con el art. 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para que sea la Sala la que determine si esa disposición finalmente lesiona o no el derecho de la Constitución. Lo anterior, teniendo en consideración que el art. 10 de la Constitución Política le atribuye el monopolio del rechazo a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para expulsar del ordenamiento jurídico toda disposición que vulnere el derecho de la

Constitución. De otro lado, si los tribunales ordinarios, al efectuar el examen preliminar de constitucionalidad de las disposiciones legales, estiman que no lesionan el derecho de la Constitución, aplican al caso que deben juzgar tanto la Constitución como la ley, e incluso pueden efectuar una interpretación de la disposición legal conforme al derecho de la Constitución, siempre que no desborde los límites del mismo texto legal. De modo que la eficacia directa e inmediata del derecho de la Constitución supone, en palabras del magistrado Jinesta Lobo:

[...] que todos los jueces y tribunales ordinarios deben interpretarla y aplicarla (verbigracia, enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de la norma aplicable, el que puede traducirse en un juicio positivo de constitucionalidad de la norma o acto aplicable al caso concreto, uno dubitativo fundado de constitucionalidad que desemboca en la consulta judicial de constitucionalidad; la aplicación de los principios y valores constitucionales que deben informar la práctica judicial —entre los que destaca el de interpretación conforme a la Constitución—, así como de la jurisprudencia de la Sala Constitucional que resulta vinculante erga omnes) (Jinesta Lobo, 2007: 230).

En todo caso, a todas luces es evidente la manera en que el derecho de la Constitución vincula la actividad de los órganos jurisdiccionales y de todas las autoridades públicas. En unos casos se impone de manera directa frente a la actuación de los Poderes públicos, en otros, precisa de un desarrollo normativo ulterior que dote a los preceptos constitucionales de eficacia plena. En estos últimos supuestos, la inactividad de los Poderes públicos en desarrollar los preceptos constitucionales de ejecución o de eficacia diferida puede dar lugar a una inconstitucionalidad por omisión, total o parcial, lo cual ha sido plenamente admitido en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (fundamentalmente a partir de la conocida sentencia 2005-05649, de 11 de mayo, en la cual se resolvió la acción de inconstitucionalidad planteada contra la omisión del legislador de dotar de eficacia plena los mandatos establecidos en los arts. 105 y 123 de la Constitución Política, así como el transitorio único de la Ley 8281, de 28 de mayo de 2002, por cuyo medio se reformó parcialmente la Constitución para implementar varios mecanismos de democracia participativa —iniciativa popular y referéndum—, estableciéndose el plazo de un año para dictar las leyes de desarrollo, así como en la doctrina). Al respecto, si bien algún sector doctrinal se ha levantado contra la posibilidad de la Sala Constitucional (y, en términos más generales, de los tribunales constitucionales) de controlar la inactividad de las autoridades públicas que vulnera el derecho de la Constitución, por el contrario, en esta investigación se ha defendido que supone el mayor alcance

del principio de supremacía de la Constitución. En este orden de ideas, Villaverde Menéndez ha sostenido sobre las tesis que han criticado el control de inconstitucionalidad por omisión que eluden «la más intensa legitimidad democrática del legislador puede explicar su preeminencia entre los Poderes del Estado y la superioridad de la ley respecto de las demás formas jurídicas del concreto ordenamiento jurídico, pero no ya su relación con la Constitución, regida únicamente por la supremacía normativa de esta última» (Villaverde Menéndez, 1997: 10). Es muy claro entonces que el legislador, al igual que los otros Poderes públicos, es un Poder constituido y, por ello, sus actos y sus omisiones son susceptibles de control por el Tribunal Constitucional, que lógicamente puede declararlos inconstitucionales si infringen un precepto de la Norma Fundamental. Cabe mencionar que la Constitución Política de la República de Costa Rica está integrada por XVIII títulos más las disposiciones transitorias¹⁶.

A diferencia del sistema francés, el preámbulo de la Constitución Política de la República de Costa Rica¹⁷ no está provisto de carácter normativo ni

¹⁶ Tales son: el título I: «La República»; el título II: «Los Costarricenses»; el título III: «Los Extranjeros»; el título IV: «Derechos y Garantías Individuales»; el título V: «Derechos y Garantías Sociales»; el título VI: «La Religión»; el título VII: «La Educación y la Cultura»; el título VIII: «Derechos y Deberes Políticos» (este título, a su vez, se divide en tres capítulos, que son: el capítulo I: «Los Ciudadanos»; el capítulo II: «El Sufragio», y el capítulo III: «El Tribunal Supremo de Elecciones»); el título IX: «El Poder Legislativo» (que, a su vez, se divide en tres capítulos: el capítulo I: «Organización de la Asamblea Legislativa»; el capítulo II: «Atribuciones de la Asamblea Legislativa», y el capítulo III: «Formación de las Leyes»); el título X: «El Poder Ejecutivo» (que está integrado por los siguientes capítulos: el capítulo I: «El Presidente y el Vicepresidente de la República»; el capítulo II: «Deberes y atribuciones de quienes ejercen el Poder Ejecutivo»; el capítulo III: «Los Ministros de Gobierno»; el capítulo IV: «El Consejo de Gobierno», y el capítulo V: «Responsabilidades de quienes ejercen el Poder Ejecutivo»); el título XI: «El Poder Judicial»; el título XII: «El Régimen Municipal»; el título XIII: «Hacienda Pública» (que, a su vez, está integrado por el capítulo I: «El Presupuesto de la República»; el capítulo II: «La Contraloría General de la República», y el capítulo III: «La Tesorería Nacional»); el título XIV: «Las Instituciones Autónomas»; el título XV: «El Servicio Civil»; el título XVI: «El Juramento Constitucional»; el título XVII: «Las Reformas de la Constitución», y el título XVIII: «Disposiciones Finales», para un total de 197 artículos.

¹⁷ El preámbulo de la Constitución Política de la República de Costa Rica dice lo siguiente: «Nosotros, los representantes del pueblo de Costa Rica, libremente elegidos diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando el nombre de Dios y reiterando nuestra fe en la democracia, decretamos y sancionamos la siguiente: Constitución Política de la República de Costa Rica».

integra o compone el bloque de constitucionalidad. A lo sumo podría servir al juez constitucional como criterio de interpretación de las normas constitucionales (como cualquier otro método o criterio de interpretación: histórico, sistemático, literal, de concretización) y de los demás elementos que conforman el derecho de la Constitución. Además, la Constitución Política costarricense contiene una parte dogmática, de reconocimiento de los derechos fundamentales de que goza todo particular por su condición de ser humano, que no es taxativa y, por el contrario, es completada con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que son directamente exigibles ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, mediante un recurso de amparo, o de *habeas corpus*, o por las diferentes alternativas de control de constitucionalidad, y que incluso la jurisprudencia de la Sala Constitucional les ha otorgado valor supraconstitucional si confieren mayores garantías o mayor nivel de tutela que la propia Constitución. Pero también está conformada la Constitución por una parte orgánica, en que se establece la configuración constitucional de los principales Poderes públicos. Entre los principios generales que informan el texto de la Constitución es posible mencionar los siguientes: el principio republicano, el principio democrático y el respeto de todos los valores que integran la dignidad humana.

Así, la Asamblea Legislativa es un órgano unicameral y se compone de 57 diputados, los cuales tienen ese carácter por la Nación y son elegidos por provincias. De esta forma, los diputados permanecen en sus cargos por períodos de cuatro años y no pueden ser reelectos en forma sucesiva¹⁸. Entre las funciones más importantes que la Constitución Política de la República de Costa Rica le asigna al Poder Legislativo, es preciso mencionar la de control político, así como la de dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el capítulo referente al Tribunal Supremo

¹⁸ Entre los requisitos para ser diputado, el art. 108 de la Constitución Política de la República de Costa Rica menciona los siguientes: ser ciudadano en ejercicio; ser costarricense por nacimiento, o por naturalización con diez años de residencia en el país después de haber obtenido la nacionalidad, y haber cumplido veintiún años de edad. Por su parte, el art. 109 constitucional establece las siguientes incompatibilidades para el ejercicio de la función legislativa: el presidente de la República o quien lo sustituya en el ejercicio de la presidencia al tiempo de la elección; los ministros de Gobierno; los magistrados propietarios de la Corte Suprema de Justicia; los magistrados propietarios y suplentes del Tribunal Supremo de Elecciones, y el director del Registro Civil; los militares en servicio activo; los que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o de policía, extensiva a una provincia; los gerentes de las instituciones autónomas; los parientes de quien ejerza la presidencia de la República, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, inclusive.

de Elecciones. Por su lado, en lo que atañe a la Jefatura del Estado y al Poder Ejecutivo, es preciso mencionar que es un órgano compuesto, que está integrado por cuatro órganos constitucionales, a saber, el presidente de la República (quien es jefe del Estado y jefe del Gobierno), los ministros de ramo, el Consejo de Gobierno y el Poder Ejecutivo en sentido estricto (entiéndanse el presidente de la República y el ministro de ramo correspondiente). De este modo, las funciones de quien ejerce la presidencia de la República han sido contempladas en el art. 139 de la Constitución Política¹⁹, mientras que los requisitos para ocupar ese cargo han sido contemplados en el art. 131 de la Constitución Política²⁰. Por su parte, en lo que atañe a la figura del Poder Ejecutivo en sentido estricto (es decir, a la conjunción del presidente de la República y su ministro de ramo), sus funciones han sido contempladas en el art. 140 de la Constitución. De lo anterior, fácilmente se deduce que la Constitución Política costarricense ha preferido encomendar la mayor parte de las funciones que normalmente corresponden al Ejecutivo al órgano denominado Poder Ejecutivo en sentido estricto. De tal manera que, por ejemplo, si en la adopción de un decreto ejecutivo adoptado con arreglo al art. 140 inciso 3) de la Constitución Política²¹ se omitiese la firma del ministro de ramo que debía suscribir ese acto con el presidente de la República, ello necesariamente produciría la inconstitucionalidad del decreto en cuestión. Sobre los otros órganos que según la Constitución integran el Poder Ejecutivo también se recogen en la misma los requisitos que deben reunir los ministros, así como las funciones propias del Consejo de Gobierno.

¹⁹ El art. 139 de la Constitución Política de la República de Costa Rica dispone: «ARTÍCULO 139.- Son deberes y atribuciones exclusivas de quien ejerce la Presidencia de la República: 1) Nombrar y remover libremente a los Ministros de Gobierno; 2) Representar a la Nación en los actos de carácter oficial; 3) Ejercer el mando supremo de la fuerza pública; 4) Presentar a la Asamblea Legislativa, al iniciarse el primer período anual de sesiones, un mensaje escrito relativo a los diversos asuntos de la Administración y al estado político de la República y en el cual deberá, además, proponer las medidas que juzgue de importancia para la buena marcha del Gobierno, y el progreso y bienestar de la Nación 5) Comunicar de previo a la Asamblea Legislativa, cuando se proponga salir del país, los motivos de su viaje».

²⁰ Dichos requisitos son: ser costarricense por nacimiento y ciudadano en ejercicio, ser del Estado secolar, y ser mayor de treinta años.

²¹ El art. 140 inciso 3) de la Constitución Política de la República de Costa Rica, dispone: «ARTÍCULO 140.- Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: [...] 3) Sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento».

Asimismo, el art. 152 de la Constitución Política de la República de Costa Rica señala que el Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley. Sobre el particular, el art. 154 constitucional establece que solo está sometido a la Constitución y a la ley. Además, y bajo la observancia del principio de independencia jurisdiccional, ningún tribunal puede avocar el conocimiento de causas pendientes ante otro, y solo se pueden solicitar los expedientes *ad effectum videndi*. La Corte Suprema de Justicia es el tribunal superior del Poder Judicial, y de ella dependen los tribunales, funcionarios y empleados en el ámbito judicial, y está conformada por veintidós magistrados, divididos en cuatro salas: cinco en la Sala Primera (que conoce asuntos civiles y contencioso-administrativos), cinco en la Sala Segunda (que conoce asuntos laborales y de familia), cinco en la Sala Tercera (que conoce asuntos penales) y siete en la Sala Constitucional²².

Finalmente, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 99 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, le corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, el cual goza de independencia en el desempeño de su cometido. De esta forma, los magistrados de ese tribunal están sujetos a las condiciones de trabajo, y al tiempo mínimo de labor diaria que indique la Ley Orgánica del Poder Judicial para los Magistrados de la Sala de Casación, y percibirán las remuneraciones que se fijen para estos. Además, duran en sus cargos seis años, y gozan de las inmunidades y prerrogativas que corresponden a los miembros de los Supremos Poderes²³. Por otra parte, es preciso resaltar lo

²² Cabe mencionar que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, incluyendo los de la Sala Constitucional, son electos por ocho años y se consideran reelegidos para períodos iguales, salvo que en votación no menor de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde lo contrario.

²³ Este Tribunal tiene atribuidas constitucionalmente importantes, entre las que destacan, a efectos de nuestra investigación: convocar a elecciones populares (función administrativa electoral); interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral (función normativa electoral), e investigar, por sí o por medio de delegados, y pronunciarse con respecto a toda denuncia formulada por los partidos sobre parcialidad política de los servidores del Estado en el ejercicio de sus cargos, o sobre actividades políticas de funcionarios a quienes les esté prohibido ejercerlas. La declaratoria de culpabilidad que pronuncie el Tribunal será causa obligatoria de destitución e incapacitará al culpable para ejercer cargos públicos por un período no menor de dos años, sin perjuicio de las responsabilidades penales que pudieren exigírsele. No obstante, si la investigación practicada contiene cargos contra el presidente de la República, ministros de Gobierno, ministros diplomáticos, contralor y subcontralor generales de la República, o magistrados

dispuesto por el art. 103 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, en el sentido de que las decisiones del Tribunal Supremo de Elecciones no tienen recurso, salvo la acción por prevaricato.

2. LAS DISPOSICIONES DEL REGLAMENTO DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA QUE ESTABLECEN TRÁMITES SUSTANCIALES EN EL PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE LAS LEYES

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico costarricense el procedimiento de formación de las normas con rango de ley ha sido contemplado en los arts. 123 a 129 del Texto Fundamental, y es desarrollado por las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa. En este sentido, el art. 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su inciso c), establece la posibilidad de entablar una acción de inconstitucionalidad contra una ley cuando durante su proceso de formación se haya violado algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o en el Reglamento de la Asamblea Legislativa.

De lo anterior se infiere, con toda claridad, que las disposiciones del Reglamento aludido eventualmente integran el derecho de la Constitución, si dentro del procedimiento legislativo establecen un trámite sustancial en el cual se desarrolle algún principio fundamental contemplado en la Constitución, como son los casos del principio democrático, el de respeto de las minorías, o publicidad, entre otros²⁴.

de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal se concretará a dar cuenta a la Asamblea Legislativa del resultado de la investigación (función jurisdiccional electoral); y dictar, con respecto a la fuerza pública, las medidas pertinentes para que los procesos electorales se desarrollen en condiciones de garantías y libertad irrestrictas. En caso de que esté decretado el reclutamiento militar, podrá igualmente el Tribunal dictar las medidas adecuadas para que no se estorbe el proceso electoral, a fin de que todos los ciudadanos puedan emitir libremente su voto. Estas medidas las hará cumplir el Tribunal por sí o por medio de los delegados que designe (función normativa electoral); efectuará el escrutinio definitivo de los sufragios emitidos en las elecciones de presidente y vicepresidentes de la República, diputados a la Asamblea Legislativa, miembros de las municipalidades y representantes en Asambleas Constituyentes (función electoral); y hará la declaratoria definitiva de la elección de presidente y vicepresidentes de la República, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la votación.

²⁴ Sobre lo anterior, la Sala Constitucional, en la sentencia No. 2002-11607, de 11 de diciembre, al resolver la acción de inconstitucionalidad planteada contra los arts. 468, 469, 470, 471, 473, 474, 477, 712, 713, 716, 721, 726, 728 del Código Fiscal, señaló: «I.- DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY POR VIOLACIÓN AL TRÁMITE LEGISLATIVO. Conforme lo establece el inciso c) del artículo 73 la Ley

Del contenido de la sentencia transcrita, claramente se deduce que las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa constituyen parámetro de constitucionalidad si establecen algún trámite sustancial en el procedimiento de elaboración de las leyes o si desarrollan algún principio fundamental previsto en la Constitución como el democrático y el de publicidad.

3. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

A diferencia de los criterios sostenidos sobre el particular por el Consejo Constitucional francés y el Tribunal Constitucional español, en el sentido en que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no integran el parámetro o bloque de constitucionalidad, en el ordenamiento jurídico costarricense, en cambio, dichos instrumentos constituyen verdaderas reglas

de la Jurisdicción Constitucional, el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, constituye un parámetro de constitucionalidad en lo que se refiere a los requisitos o trámites sustanciales en el procedimiento de formación de leyes, acuerdos legislativos o cuando se suscriban, aprueben o ratifiquen convenios o tratados internacionales. A través de su jurisprudencia, esta Sala ha establecido que es competente para decretar la anulación de una ley o acuerdo legislativo si constata que en el procedimiento de su formación se violó algún trámite sustancial, previsto en la Constitución o en el Reglamento de la Asamblea Legislativa. En el presente asunto, acusa el accionante que si bien la ley que cuestiona sufrió los tres debates conforme al artículo 95 de la Constitución Política vigente a la promulgación de la norma, no respetó lo dispuesto en el artículo 42 del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina interior del Congreso Constitucional, según el cual: “Es a cargo de la Secretaría la forma y redacción de los decretos y demás disposiciones que emita el Congreso; pero todos ellos serán sometidos a su última aprobación, antes de ser firmados y despachados”. Explica que de conformidad con la norma transcrita, cada proyecto debe contar con tres aprobaciones del mismo, aprobación que de las actas del expediente legislativo de la ley en cuestión, no consta se dio en los dos primeros debates del proyecto y únicamente aparece la última aprobación en tercer debate; lo que a su criterio invalida la norma. A criterio de este Tribunal, el que no se haya estipulado expresamente en las actas la aprobación del proyecto de ley en primero y segundo debate, no invalida el trámite legislativo porque no constituye un vicio o irrespeto del trámite legislativo del que no conste en el acta que no se aprobó en el primero o segundo debate el citado proyecto, ya que el proceso de su discusión y aprobación final se realizó en resguardo del principio democrático y se cumplieron a cabalidad los procedimientos constitucionales y reglamentarios para su aprobación. En consecuencia, la omisión que acusa el accionante no existe y no produce el efecto invalidante de la ley dentro del trámite legislativo, que se pretende en la acción».

jurídicas y son utilizados por la Sala Constitucional para valorar la conformidad de una disposición infraconstitucional con respecto al derecho de la Constitución.

Lo anterior es posible en virtud de una interpretación que sostiene que tales instrumentos, a diferencia de otras normas y reglas del derecho internacional, no tienen únicamente un valor superior a la ley de acuerdo con el art. 7.º de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer sobre estos. De esta forma, lo que ha realizado la Sala Constitucional es una construcción a partir de los alcances del art. 48 de la Constitución Política (en cuya razón es posible plantear un recurso de amparo no solo por la vulneración de un derecho consagrado en la Constitución Política, sino también en un instrumento internacional sobre los derechos humanos), lo cual ha sido desarrollado por la Sala en reiteradas ocasiones²⁵.

Cabe mencionar que los demás instrumentos internacionales, eventualmente, pueden ser utilizados por la Sala Constitucional como parámetro de constitucionalidad, sin que por ello integren el derecho de la Constitución o el bloque, teniendo en consideración lo dispuesto por el art. 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que establece la posibilidad de entablar una acción de inconstitucionalidad cuando alguna ley o disposición general infrinja el 7 párr 1.º de la Constitución, justamente por oponerse a un tratado público o convenio internacional²⁶.

De otro lado, en lo que atañe al valor vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Sala Constitucional, tras una serie de fallos donde se negaba a admitir ese carácter, por medio de la sentencia No. 2014-12703, de 1 de agosto, puso de manifiesto la fuerza

²⁵ Sobre el particular, es preciso consultar las siguientes decisiones: No. 1147-90, de 21 de septiembre, No. 1739-92, de 1 de julio, No. 3435-92, y su aclaración, No. 5759-93, No. 2313-95, de 9 de mayo, No. 2000-09685 de 1 de noviembre, No. 2002-10693, de 7 de noviembre, y No. 2007-1682, de 9 de febrero de 2007, las cuales serán comentadas en la última fase de mi investigación.

²⁶ El art. 7 de la Constitución Política de la República de Costa Rica dispone: «ARTÍCULO 7.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto».

vinculante de estos precedentes, aunque la República de Costa Rica no sea parte del litigio que se trate, con sustento en la siguiente argumentación:

III.- CARÁCTER VINCULANTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. El control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de las sentencias en los casos *Almonacid Arellano y otros c/. Chile* de 26 de septiembre de 2006, *Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú* de 24 de noviembre de 2006, *Cabrera García y Montiel Flores c/. México* de 26 de noviembre de 2010 y *Gelman c/. Uruguay* de 24 de febrero de 2011) es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el *corpus iuris* interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas.

Dicho criterio, que no es compartido por todos los magistrados titulares que actualmente integran la Sala Constitucional, ha servido de base para afirmar el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todo en aquellos casos en que la República de Costa Rica no es parte. Así, en el caso concreto, la Sala Constitucional se valió de los alcances de la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual, y se obligó al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica a extender a la pareja del recurrente el carné para el ingreso y uso de las instalaciones de esa corporación profesional y, en caso de presentar las gestiones concretas, tramitar lo correspondiente para que pueda incluirlo como beneficiario de la póliza de vida y asegurado en las pólizas de los seguros voluntarios.

Cabe mencionar que con esta decisión la Sala Constitucional modificó el criterio vertido en la sentencia No. 2012-5590, de 2 de mayo de 2012, dictada en la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de lo dispuesto en el art. 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro —norma que definía como beneficiaria del seguro de salud a aquella persona de sexo distinto—, en donde la mayoría de la Sala consideró que no resultaba aplicable al tema del aseguramiento para parejas del mismo sexo lo resuelto en la sentencia dictada por la Corte IDH. Sobre el particular, aunque compartimos sin duda los alcances del fallo No. 2014-12703, de 1 de agosto, sobre todo en lo que respecta a la aplicación de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, sí nos parece conveniente proceder con cautela en esta materia, vigilar la jurisprudencia de la Corte IDH, y aplicarla en nuestro país solo si, en aplicación del principio *pro homine*, el estándar convencional es superior al nacional con respecto a

determinado derecho. Es lógico entonces que ello depende, ciertamente, de la ponderación que realice el Tribunal Constitucional en determinado conflicto de derechos, con lo cual el principio de autocontención debe encontrarse de manera permanente en el actuar de los jueces constitucionales, quienes son los únicos facultados para expulsar del ordenamiento jurídico costarricense, con efectos *erga omnes*, una norma con rango de ley que se estime inconvencional, es decir, contraria al derecho de la Constitución o al bloque de constitucionalidad y de convencionalidad.

V. CONCLUSIONES

En este breve ensayo se han repasado el origen del bloque de regularidad constitucional y las normas que lo comprenden en los sistemas de justicia constitucionales francés y costarricense. Ahora bien, en lo que atañe a Costa Rica, dicho bloque de constitucionalidad se ha fortalecido con la inclusión, dentro de ese parámetro, de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, con un valor supraconstitucional, de tal modo que prevalecen, incluso sobre la Constitución, si confieren mayores garantías o mayor nivel cobertura que los derechos que la Norma Fundamental.

En este nuevo paradigma, por obra de la fuerza normativa de la jurisprudencia de la Corte IDH, se ha impulsado el carácter vinculante del *corpus iuris* interamericano, de tal modo que se habla, en la actualidad, de un bloque o parámetro de constitucionalidad y de convencionalidad, cuya tutela o aplicación le corresponde, con carácter de monopolio, a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Lo anterior no impide, sin embargo, y como se expuso con anterioridad, que el juez ordinario sea partícipe de dicho control paralelo de constitucionalidad y de convencionalidad. Se trata, en suma, de un examen preliminar que realiza el juez ordinario en consonancia con la Constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en cuya razón, puede incluso efectuar una interpretación de la normativa infraconstitucional acorde con dicho parámetro. No obstante, si al efectuar dicho examen previo el juez estima que la norma que debe aplicar es inconstitucional o inconvencional, debe promover la consulta judicial para que la Sala Constitucional efectúe el juicio último y definitivo de acuerdo con el parámetro aludido, y en atención al modelo hiperconcentrado de justicia constitucional que se desprende del art. 10 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

Mucho por discutir queda en ese ámbito. Un examen más profundo se espera efectuar en otra ocasión.

Bibliografía

- Aragón, M. (1999). *Constitución y control de poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bon, P. (2002). A propósito del Consejo Constitucional Francés. En *Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos, homenaje al Dr. Rodolfo E. Piza Escalante*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Favoreu, L. y Rubio Llorente F. (1991). El bloque de la constitucionalidad. En *Simposium Franco-Español de Derecho Constitucional*. Sevilla: Universidad de Sevilla; Civitas.
- Fernández Rodríguez, J. J. (2003). *La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos.
- Fernández Segado, F. (2009). *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo II, La justicia constitucional en Francia*. Madrid: Dykinson.
- Hernández Valle, R. (1993). *Derecho de la Constitución, Volumen I-II*. San José: Juriscentro.
- Jinesta Lobo, E. (2007). Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1, 220-240.
- Pardo Falcón, J. (1990). *El Consejo Constitucional Francés, la Jurisdicción Constitucional en la Quinta República*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Requejo Rodríguez, P. (1997). *Bloque de constitucional y bloque de la constitucionalidad*. Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.
- Rivero, J. (1987). *Le Conseil Constitutionnel et les Libertés*. Paris: Économica.
- Rousseau, D. (2010). *Droit du Contentieux Constitutionnel*. Paris: Montchrestien.
- Roussillon, H. (2004). *Le Conseil Constitutionnel*. Paris: Dalloz.
- Rubio Llorente. F. (1997). *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Solano Carrera, L. F. (1995). La aplicación directa de la Constitución (el caso de Costa Rica). *Revista Judicial*, 19 (61), 25-40.
- Villaverde Menéndez, I. (1997). *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

EL CRECIENTE ACTIVISMO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA ANTE LAS REFORMAS DEL SISTEMA ELECTORAL NACIONAL

The growing activism of the Italian Constitutional
Court facing the reforms of the national electoral
system

CARLOS FERNÁNDEZ ESQUER¹
Universidad Autónoma de Madrid
carlos.fernandeze@uam.es

Cómo citar/Citation

Fernández Esquer, C. (2019).

El creciente activismo de la Corte Constitucional italiana ante
las reformas del sistema electoral nacional.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(1), 209-230.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.07>

Resumen

Durante la conocida como Segunda República italiana han existido cuatro sistemas electorales distintos en menos de veinticinco años, lo cual es una anomalía en

¹ Graduado en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). También es máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) y máster en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos por la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Ha realizado estancias de investigación en la Universidad Libre de Bruselas y LUISS Guido Carli de Roma. Actualmente, es investigador predoctoral FPI-UAM en el Departamento de Ciencia Política de la UAM y profesor tutor de Derecho Constitucional en un Centro Asociado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

perspectiva comparada. Además, contra lo que venía siendo habitual en esta materia, la Corte Constitucional italiana, en sus sentencias 1/2014 y 35/2017, ha exhibido cierto activismo judicial, declarando parcialmente inconstitucionales dos leyes electorales, *Porcellum* e *Italicum*. Este artículo examina las reformas electorales más recientes en Italia, así como la jurisprudencia constitucional más destacada.

Palabras clave

Sistemas electorales; reformas electorales; sistema electoral italiano; reformas electorales italianas; Corte Constitucional italiana.

Abstract

During the so-called Second Italian Republic there have been four different electoral systems in less than 25 years, which is an anomaly in comparative perspective. In addition, against what had been usual in this issue, the Italian Constitutional Court, in its judgments 1/2014 and 35/2017, has exhibited certain judicial activism, declaring partially unconstitutional two electoral laws: *Porcellum* and *Italicum*. This paper examines the most recent electoral reforms in Italy, as well as the most prominent constitutional jurisprudence.

Keywords

Electoral Systems; Electoral Reforms; Italian Electoral System; Italian Electoral Reforms; Italian Constitutional Court.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA LEY CALDEROLI O *PORCELLUM*. III. LA SENTENCIA 1/2014: UN DRÁSTICO —E HISTÓRICO— CAMBIO JURISPRUDENCIAL. IV. LA EFÍMERA VIDA DE *ITALICUM* (2015-2017). V. LA SENTENCIA 35/2017: LA REAFIRMACIÓN DEL ACTIVISMO JUDICIAL ELECTORAL. VI. LA NUEVA (¿Y ÚLTIMA?) LEY ELECTORAL ITALIANA: *ROSATELLUM*. VII. REFLEXIONES FINALES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

Italia representa un caso absolutamente excepcional en lo que a su sistema electoral se refiere. Desde la restauración de la democracia tras la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad, se han sucedido hasta seis leyes electorales distintas para el Parlamento italiano. Y lo que se ha dado en llamar como la Segunda República italiana ha conocido cuatro sistemas electorales: *Mattarellum* (1993); *Porcellum* (2005), *Italicum* (2015) y *Rosatellum* (2017). Esta última reforma electoral, que se aplicará por vez primera en las elecciones generales de 2018, representa en realidad el último episodio de la accidentada y compleja historia de las reglas electorales utilizadas para la elección de la Cámara de Diputados y el Senado italianos.

Esta situación contradice una de las principales conclusiones en los estudios sobre sistemas electorales, la cual apunta a que las *major electoral reforms*, esto es, las reformas que modifican el tipo fundamental de sistema electoral, son algo excepcional en las democracias establecidas (Nohlen, 1984; Norris, 1995; Katz, 2005; Renwick, 2010). Es precisamente por ello por lo que resulta interesante examinar los procesos de reforma electoral que se han llevado a cabo en Italia en los últimos tiempos.

El caso italiano destaca asimismo por el rol desempeñado recientemente por la Corte Constitucional italiana a la hora de condicionar estos procesos de reforma electoral: en las sentencias 1/2014 y 35/2017 la Corte ha desplegado un importante activismo judicial. Situación que, al menos hasta los últimos tiempos, ha sido infrecuente en perspectiva comparada, dado que los tribunales acostumbran a considerar que el establecimiento de las reglas electorales debe dirimirse en las instancias exclusivamente políticas. Así las cosas, parece pertinente analizar brevemente los motivos por los que la Corte Constitucional

ha decidido intervenir en una cuestión tan sensible desde el punto de vista político como es el sistema electoral.

El trabajo seguirá la siguiente estructura. Tras esta introducción, se analizará la reforma electoral de 2005 (conocida como *Ley Calderoli* o *Porcellum*), así como el pronunciamiento de la Corte Constitucional del año 2014. Posteriormente, se estudiará la ley electoral aprobada en 2015 (conocida como *Italicum*), así como la correspondiente sentencia de la Corte Constitucional del año 2017. Más adelante, se hará referencia breve a la última de las reformas electorales aprobadas, *Rosatellum*. A modo de conclusión, se realizará una serie de reflexiones finales sobre el creciente activismo de los altos tribunales en un asunto de gran trascendencia política como son los sistemas electorales.

II. LA LEY CALDEROLI O PORCELLUM

En una legislatura caracterizada por la crispación y el desencuentro, se aprobó de forma vertiginosa una nueva ley electoral, la Ley núm. 270, de 21 de diciembre de 2005, auspiciada exclusivamente por los cuatro partidos de centro-derecha que conformaban por entonces la coalición gubernamental, entre los que destacaba Forza Italia, partido encabezado por el primer ministro, Silvio Berlusconi.

En realidad, esta reforma vino motivada por las malas perspectivas electorales que tenía ante sí dicha coalición a falta de un año de las elecciones nacionales de 2006. Dadas las circunstancias, la coalición gobernante decidió acometer una reforma electoral a la medida de sus intereses, con el objetivo de impedir la victoria del centro-izquierda o, al menos, minimizar la magnitud de su previsible mayoría parlamentaria. Tan flagrante fue la manipulación electoral llevada a cabo que su principal impulsor, Roberto Calderoli, reconoció que su intención fue la de realizar una «cerdada» (*porcata*). De ahí que en esta ocasión, el audaz y cáustico politólogo Giovanni Sartori, que tuvo por costumbre satirizar las leyes electorales italianas asignándoles nombres en latín, decidiese bautizar a la nueva ley electoral como *Porcellum* (Pasquino, 2015: 295).

La reforma fue objeto de críticas provenientes de otras fuerzas políticas y desde amplios sectores de la opinión pública, pues entendían todos ellos que se trataba de un intento de la coalición de asegurarse una ventaja partidista o, al menos, de minimizar los daños en las inminentes elecciones. Para la mayoría de analistas también se trató de un ejemplo evidente de manipulación electoral en beneficio propio (Pasquino, 2007).

Se trataba de un nuevo sistema de representación proporcional con fórmula Hare, y en el que, por tanto, desaparecieron los distritos uninominales

que existieron en el anterior sistema electoral². Sin embargo, la proporcionalidad se corregía en la Cámara de Diputados con un premio de mayoría (*premio di maggioranza*) de cuantía variable, pues se otorgaban de forma automática 340 de los 630 escaños de la Cámara (en torno al 54 % del total) a la lista o coalición más votada a nivel nacional, con independencia de su porcentaje de votos y de la diferencia frente a sus competidores. Por tanto, aunque formalmente se trataba de un sistema de tipo proporcional, el premio de mayoría iba a jugar un papel determinante, haciendo que el sistema electoral no pudiese calificarse como meramente proporcional.

El reparto de los escaños entre los partidos restantes se realizaba de forma proporcional, aunque se preveía también un complicado juego de barreras electorales alternativas. Así, solo se permitía acceder al reparto de escaños a aquellas listas que, no presentándose dentro de una coalición electoral, obtuvieran el 4 % de los votos válidos a nivel nacional; o bien a aquellas coaliciones que, sumando los sufragios de todos los partidos que las integrasen, obtuviesen al menos el 10 % de los votos a nivel nacional. Dentro de las coaliciones que cumpliesen dichos requisitos, accedían al reparto de escaños solo aquellos partidos que consiguiesen el 2 %.

Otra de las novedades consistió en que los electores se limitaban a elegir listas cerradas y bloqueadas, formadas de antemano por los partidos, y en las que a los electores no se les permitía la posibilidad de mostrar preferencias por el orden de los candidatos.

Por lo que respecta al Senado, el sistema electoral era similar, aunque se diferenciaba en algunas cuestiones. La más relevante era la relativa al premio de mayoría que no se otorgaba en el conjunto del país, sino que se adjudicaba a cada lista o coalición vencedora en cada una de las veinte regiones italianas (un 55 % de los escaños de la región). Por tanto, la coalición o partido vencedor en las elecciones al Senado no tenía garantizada la mayoría de escaños en la Cámara Alta. Al adjudicarse los premios región por región, el premio obtenido por una lista o coalición en una región podía verse contrarrestado por los obtenidos por otras listas o coaliciones en otras regiones, tal y como terminó ocurriendo en 2006 y, sobre todo, en 2013. También eran distintas las cuantías de las barreras electorales en el Senado: 8 % para aquellas listas que

² Las leyes n.º 276 y 277, del 4 de agosto de 1993, instauraron para la Cámara de Diputados y el Senado el sistema electoral conocido como *Mattarellum*, que estuvo vigente entre 1993 y 2005 y se aplicó a tres procesos electorales (1994, 1996, 2001). Sobre el proceso de aprobación, características, funcionamiento y rendimientos de este peculiar sistema electoral mixto, véanse, entre otros muchos, Presno (1994), Pappalardo (1995), Katz (2001) y Groppi (2008).

concurriesen a las elecciones sin integrarse en ninguna coalición y 20 % para las coaliciones, y dentro de cada coalición se exigía el 3 % para los partidos que formaran parte. En definitiva, a diferencia de lo que ocurría con la Cámara de Diputados, el sistema electoral del Senado no era *majority-assuring*, pues los premios de mayoría se otorgaban a nivel regional y podían cancelarse mutuamente, por lo que la coalición o partido vencedor en el conjunto del país no tenía garantizada la mayoría de escaños en la Cámara Alta.

Con este sistema, aplicado a tres procesos electorales (2006, 2008 y 2013), se generaron incentivos para la fusión de partidos en dos grandes bloques rivales, por lo que se consolidaron desde un primer momento las dinámicas de competición bipolar entre las dos coaliciones de centro-izquierda y centro-derecha. Sin embargo, no se logró eliminar la fragmentación crónica del sistema de partidos italiano, dada la heterogeneidad de las coaliciones de los dos principales polos políticos, conformados por un conglomerado de partidos políticos que, una vez alcanzaban el objetivo de acceder al Parlamento, se escindían en innumerables grupos parlamentarios. A modo de ejemplo, en las elecciones de 2006 entraron en el Parlamento 16 partidos y 22 en las de 2008.

A este factor de inestabilidad gubernamental aun puede añadirse un segundo, si cabe, más problemático: la posibilidad de que se formasen mayorías de distinto color político en la Cámara de Diputados y en el Senado, debido a las diferencias entre sus sistemas electorales. Esto cobra especial importancia en un sistema parlamentario de bicameralismo perfecto o simétrico como el italiano, donde, por tanto, las dos Cámaras tienen un poder equivalente, como evidencia el hecho de que la confianza de los Gobiernos dependa tanto de la Cámara de Diputados como del Senado. Pues bien, esta situación de mayorías no homogéneas se produjo con el Gobierno de Romano Prodi (2006-2008), que dependió del voto oscilante en el Senado de un parlamentario independiente elegido en una circunscripción exterior (Delgado, 2016: 129). Esta situación de debilidad condujo a la caída del Gobierno de Prodi a los dos años y obligó a que se celebraran elecciones anticipadas en 2008, en las que venció de nuevo el centro-derecha con mayoría absoluta en las dos Cámaras.

Este sistema electoral *Porcellum* se intentó modificar en dos ocasiones a través de la figura del referéndum abrogativo, que requiere para su presentación la firma de 500 000 electores. La primera de ellas, admitida por la Corte Constitucional, proponía transferir el premio de mayoría de la coalición vencedora al partido más votado, sustituyendo así los incentivos para dar lugar a una dinámica bipolar por otra de carácter bipartidista. Sin embargo, en el referéndum celebrado en junio de 2009 la petición no alcanzó el *quorum* del 50 % de participación exigido para su validez por el art. 75 de la Constitución italiana.

El segundo de los intentos, que pretendía una abrogación total de la Ley 270/2005 (*Porcellum*), no fue admitido por la Corte Constitucional en la Sentencia 13/2012, que no aceptó el argumento de los promotores del referéndum de reactivar las leyes 276 y 277/1993 (*Mattarellum*), como producto de la eventual derogación de *Porcellum*. Con todo, la Corte, en una serie de *obiter dicta* manifestados en algunas sentencias de admisibilidad (sentencias 15/2008 y 16/2008), ya había informado al Parlamento de que ciertos puntos de la legislación electoral, y, en concreto, la concesión del premio de mayoría sin establecer un umbral mínimo de votos, ofrecían serias dudas sobre su constitucionalidad (Milani y Sorda, 2015: 26; Baraggia, 2017: 275). Sin embargo, el Parlamento no atendió estas advertencias y mantuvo en vigor el sistema electoral *Porcellum*.

En las elecciones de 2013, las últimas en las que se aplicó *Porcellum*, el sistema de partidos italiano evolucionó hacia un formato esencialmente tripartito. Estos comicios arrojaron de nuevo una elevada fragmentación, debido a la fuerte irrupción del Movimiento 5 Estrellas, liderado por Beppe Grillo. Esto dio lugar, de nuevo, a un Parlamento dividido, en el que la coalición de centro-izquierda encabezada por el Partido Democrático se hizo con el dominio de la Cámara de Diputados, pero se quedó lejos de la mayoría absoluta en el Senado. De modo que ninguna de las principales fuerzas políticas fue capaz de conformar una mayoría clara en ambas Cámaras. Lo cual, sumado a la inestabilidad generada por el estallido de la crisis económica, puso en tela de juicio, una vez más, las reglas electorales entonces vigentes.

Así, al inicio de la legislatura el ímpetu reformista reapareció a nivel institucional, creándose dos comisiones de expertos: la primera, a instancias del presidente de la República, Giorgio Napolitano; y la segunda, bajo los auspicios del Gobierno encabezado por Enrico Letta (Quagliariello, 2013). *Porcellum* parecía tener los días contados.

III. LA SENTENCIA 1/2014: UN DRÁSTICO —E HISTÓRICO— CAMBIO JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional italiana, en su histórica Sentencia 1/2014, de 13 de enero, dismantló algunos de los elementos centrales de la Ley 270/2005, que contenía el sistema electoral, *Porcellum*, que se había utilizado en las elecciones de 2006, 2008 y 2013. Se trató del caso «más clamoroso y afortunado de *strategic litigation* de la historia constitucional de la Italia republicana» (Fusaro, 2016: 560), pues este proceso lo puso en marcha un grupo de ciudadanos que fue recurriendo a las distintas instancias de la pirámide judicial italiana hasta llegar a la Corte Constitucional. Así, en esta controvertida sentencia, el

Alto Tribunal italiano admitió a trámite —contra todo pronóstico— la cuestión de legitimidad constitucional que había planteado la Corte de Casación, y se pronunció sobre la conformidad de *Porcellum* con los principios constitucionales. Finalmente, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad parcial de esta ley electoral, siendo la primera vez en la que tomaba la decisión de intervenir en un tema tan sensible desde el punto de vista político como es el sistema electoral del Parlamento, y que tradicionalmente había permanecido en la esfera de decisión política (Longo y Pin, 2014; Milani y Sorda, 2015; Duranti, 2016; Baraggia, 2017).

Antes de analizar la doctrina sentada en esta sentencia, hay que comenzar subrayando que la Constitución italiana no impone ni tampoco prohíbe ningún tipo de sistema electoral, pues no existe ningún precepto que condicione la manera en que han de transformarse los votos en escaños. De hecho, los constituyentes, aun siendo favorables a las fórmulas de tipo proporcional, coincidieron en que no era oportuno constitucionalizar un sistema electoral específico, pues los contextos sociopolíticos pueden transformarse y aconsejar soluciones distintas a la proporcionalidad (Fusaro, 2016: 549). No era conveniente, pues, que el constituyente condicionase la libertad del Parlamento en el futuro.

El único artículo que está directamente relacionado con las elecciones es el art. 48 de la Constitución, y concretamente, el apartado en el que se proclama que el sufragio es personal, igual, libre y secreto. Así, podría interpretarse que la igualdad del sufragio debe entenderse en el sentido de que los votos de los electores deben tener un mismo peso no solo «de entrada» sino también de «salida». Sin embargo, la Corte Constitucional ya señaló en la Sentencia 43/1963 que «el principio de igualdad no se extiende [...] al resultado concreto de la manifestación del votante. El resultado depende, por el contrario, exclusivamente del sistema que el legislador ordinario, no habiendo establecido la Constitución ninguna disposición al respecto, ha adoptado». Como también afirmó, en fechas más recientes, que el voto igual «no puede dar fundamento, por lo que respecta a los resultados de las votaciones, a la obligación de una constitucionalización de la opción de la proporcionalidad» (sentencias 429/1995, 107/1996 y 173/2005).

En sentencias posteriores relacionadas con el sistema electoral, la Corte señala que «no podría de ningún modo, según la misma jurisprudencia reiterada [...], sustituir al legislador en una decisión que le está reservada a éste» (Sentencia 438/1993). En este sentido, «[...] la determinación de las fórmulas y de los sistemas electorales constituye un ámbito en el que se expresa con el máximo de evidencia la cualidad política de las decisiones legislativas, censurables ante los tribunales de constitucionalidad sólo cuando resulten manifiestamente irracionales» (Sentencia 260/2002).

Cabe comentar, por último, la Sentencia 271/2010, en la que se dirimía la constitucionalidad de la ley que regulaba las elecciones al Parlamento Europeo. En esta sentencia, la Corte declaraba inadmisibles las excepciones de inconstitucionalidad, pues «sólo puede corresponder al legislador señalar, con referencia específica al órgano representativo considerado, la solución más idónea para resolver la alegada incongruencia de la materia criticada. Ante una pluralidad de soluciones, ninguna de ellas constitucionalmente obligatoria, este Tribunal no podría sustituir al legislador en una decisión reservada a éste».

Pues bien, en la Sentencia 1/2014, la Corte Constitucional italiana realizó un cambio radical en esa línea jurisprudencial absolutamente deferente hacia el legislador electoral. Así, en palabras de la propia Corte, «aunque el sistema electoral es el resultado de una amplia discrecionalidad por parte del legislador, no está exento de revisión, y puede ser impugnado en cualquier momento a través de procedimientos de revisión constitucional si resulta manifiestamente irracional». Y es que, aunque no exista un precepto constitucional específico, el legislador debe buscar, siempre según la Corte, un equilibrio entre diferentes bienes constitucionalmente protegidos, como son, entre otros, el derecho de sufragio y la gobernabilidad. Eso llevó al Alto Tribunal italiano a considerar incompatibles con la Constitución los dos siguientes aspectos de la ley electoral *Porcellum*: el premio de mayoría (*premio di maggioranza*) de ambas Cámaras y las listas cerradas y bloqueadas (*liste bloccate*). Examinemos los dos aspectos con algo de detenimiento.

Respecto a la primera cuestión, el Tribunal entendió que el premio de mayoría otorgado a la lista o coalición que obtuviese una mayoría relativa de votos (a nivel nacional en la Cámara de Diputados y a nivel regional en el Senado), sin la exigencia de una cuantía mínima para su concesión, limitaba la función representativa del Parlamento, la igualdad ante la ley, así como el principio de igualdad de sufragio. Ahora bien, el Tribunal no consideró inconstitucional el premio de mayoría *per se*, el cual podía justificarse por contribuir a una finalidad constitucionalmente legítima como es la de la formación de una mayoría parlamentaria que asegure la estabilidad gubernamental y la eficiencia de los procesos de decisión en el ámbito parlamentario. Es más, en la Sentencia 356/1998, la Corte ya había admitido la constitucionalidad de los premios de mayoría en el caso de la región de Trentino-Alto Adigio.

En realidad, la Corte entendió que ese premio de mayoría era desproporcionado —desde la óptica de la limitación excesiva de los derechos, no desde la electoral—, en la medida en que su asignación no dependía de la superación de un umbral de voto mínimo razonable. Esto último creaba, a juicio de la Corte, el riesgo de que, en escenarios de una elevada dispersión del voto, una lista o coalición con un bajo porcentaje de votos, aunque superior al del resto de sus competidores, se hiciese con la mayoría absoluta de escaños en

la Cámara de Diputados. Todo lo cual limitaba excesivamente la función representativa de la Cámara y la igualdad de sufragio entendida como igualdad «de salida», esto es, como obligación de reconocer a todos los votos la misma influencia en el resultado final. En definitiva, se trataba de un premio desproporcionado y, por ello, constitucionalmente inadmisibles.

Respecto al premio de mayoría del Senado, la Corte señaló también su ilegitimidad por carecer de un porcentaje mínimo para su concesión. Pero, además, entendió que la multiplicidad de premios regionales comportaba que la existencia de una mayoría parlamentaria en la Cámara Alta fuese el resultado casual de una suma de premios regionales, y, en consecuencia, este sistema era contrario a la finalidad de favorecer la formación de una mayoría parlamentaria, que era precisamente el fundamento en abstracto de la previsión de este tipo de premios.

En cualquier caso, y como era de esperar, la Corte evitó determinar cuál debía ser el número mínimo de votos requerido para hacerse con el premio, cuestión que corresponde al legislador dentro del ámbito de discrecionalidad política del que disfruta (Milani y Sorda, 2015: 29).

Con relación al asunto de las listas cerradas y bloqueadas, el Tribunal entendió que esa previsión, por lo demás común en otros países europeos como España y Portugal, no era en sí misma inconstitucional. El problema era, más bien, el que los electores no pudieran manifestar preferencias por personas concretas en aquellos supuestos, bastante habituales, en los que se presentaban listas en circunscripciones muy grandes, que contenían un número elevado de candidatos. Esta situación suponía, a juicio de la Corte, entregar por completo el poder de decisión sobre el orden de los candidatos a los partidos y, por tanto, impedir a los electores expresar efectivamente su voluntad e influir así en la elección de sus representantes políticos concretos.

En consecuencia, entendió la Corte que esta previsión violaba el principio de libertad de sufragio (art. 48 de la Constitución italiana), al vulnerar el derecho de los votantes a elegir sus propios representantes parlamentarios. Se constata, pues, cómo, entre las motivaciones que estuvieron detrás de la decisión de la Corte Constitucional italiana a la hora de declarar parcialmente inconstitucional *Porcellum*, estuvo bien presente la del poder de decisión de los votantes (Pasquino, 2015: 296). Hay que tener presente que este último aspecto había sido duramente criticado desde algunos sectores de la opinión pública, que había llegado a calificar a la Cámara de Diputados y al Senado como un «Parlamento de designados», en lugar de considerarse diputados elegidos por los votantes (Olivetti, 2015: 47).

Es más, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se tuvo que pronunciar aproximadamente un año y medio antes sobre el asunto de la capacidad de elección de los votantes italianos en los sistemas de listas cerradas

y bloqueadas, en el *Asunto Saccomanno y otros contra Italia*³. En esa controversia, los demandantes alegaban que no habían podido manifestar preferencias por ningún candidato en las elecciones parlamentarias, dado que la ley italiana no permitía la elección directa de representantes por parte de los votantes, lo cual habría vulnerado su derecho de sufragio activo. Sin embargo, el TEDH declaró inadmisibles los recursos y consideró que las listas cerradas y bloqueadas no violaban el art. 3 del Protocolo n.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza el derecho a elecciones libres, periódicas, con sufragio secreto, y en condiciones que garanticen la libre expresión del pueblo en la elección de las Cámaras representativas. Hay que tener presente, apunta el TEDH, el «amplio margen de apreciación de los Estados a este respecto y la necesidad de evaluar la legislación electoral en su conjunto a la luz de la evolución política y sobre la base del contexto histórico y político del país». Doctrina la del margen de apreciación nacional muy asentada en la jurisprudencia del TEDH, que ha optado por la neutralidad en este terreno de los sistemas electorales, donde existen grandes diferencias entre países (Pérez Alberdi, 2013; García Roca, 2014; Fernández-Esquer, 2018).

Retomando la Sentencia 1/2014, la Corte concluyó subrayando que, en lo no declarado inconstitucional, la legislación restante permanecía intacta y, por tanto, era susceptible de ser aplicada en cualquier momento a los efectos de renovar el Parlamento italiano. De modo que con «los restos» de la ley, es decir, con aquello que persistió tras la supresión del premio de mayoría y del carácter bloqueado de las listas, se originó una suerte de «nueva ley electoral» diseñada por la Corte Constitucional italiana: el *Consultellum* (Pasquino, 2015: 295). El *Consultellum* convertía a los sistemas electorales de la Cámara de Diputados y del Senado en sistemas proporcionales puros, sin premios de mayorías, aunque con unas elevadas barreras electorales (especialmente en el Senado), y contemplando también la posibilidad de emitir votos de preferencia, aun en ausencia de regulación (D'Alimonte, 2015: 286; Fusaro, 2016: 562).

IV. LA EFÍMERA VIDA DE *ITALICUM* (2015-2017)

En mayo de 2015 el Parlamento aprobó la penúltima de las leyes electorales de la Cámara de Diputados, cuya entrada en vigor quedó diferida hasta julio de 2016. Sus impulsores presuponían que para entonces el Senado ya no

³ STEDH de 13 de marzo de 2012 (*Asunto Saccomanno y otros v. Italia*), demanda n.º 11583/08.

se elegiría directamente por los ciudadanos, convirtiéndose en una segunda Cámara con unos poderes mucho más limitados, en el marco de la reforma constitucional que se encontraba en marcha en aquellos momentos. Esta ley debe entenderse, por tanto, como un hito más dentro de la agenda reformista auspiciada por el Gobierno de Matteo Renzi en la XVII legislatura (Olivetti, 2015). La reforma electoral formó parte del llamado «Pacto del Nazareno» (*Patto del Nazareno*) —debido al nombre de la calle donde se ubica la sede nacional del Partido Democrático (PD)—, suscrito en enero de 2014 por los líderes de las dos principales fuerzas políticas en aquel momento, Matteo Renzi (PD) y Silvio Berlusconi (Forza Italia), y en el que se contemplaba un conjunto de acuerdos sobre reformas institucionales más amplio.

La nueva ley electoral, a la que Renzi quiso bautizar como *Italicum*, se aprobó finalmente tras una agria tramitación parlamentaria. Este nuevo sistema electoral para la Cámara de Diputados combinaba una naturaleza de tipo proporcional con un premio de mayoría que se otorga a la lista más votada. Así, el reparto de escaños entre las listas se realizaba a nivel nacional. Ahora bien, el carácter proporcional del sistema quedaba diluido por el premio de mayoría, esto es, por una cuota variable de escaños que se atribuía al partido que cosechara el mayor número de apoyos a nivel nacional y que le permitía conseguir la mayoría en la Cámara de Diputados (340 sobre 630 escaños). Concretamente, se otorgaba a aquella lista que consiguiese el 40 % de los votos en una primera vuelta; y, en caso de que ninguna lista alcanzase dicho porcentaje, las dos más votadas pasaban a una segunda ronda y la vencedora de esta segunda vuelta era la que se adjudicaba el premio.

Así pues, queda patente que el objetivo central era el de buscar un equilibrio entre la estabilidad gubernamental y el principio representativo, de acuerdo con la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en la Sentencia 1/2014. Y es que, a diferencia de *Porcellum*, *Italicum* preveía un umbral del 40 % de los votos para adjudicar el premio de mayoría, lo cual es coherente con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el sentido de que este tipo de mecanismos ideados para sobrerrepresentar a la lista más votada, y con ello garantizar las mayorías gubernamentales, deben estar supeditados a la obtención de un respaldo popular considerable, esto es, un porcentaje mínimo de votos. Solo en caso de que ningún partido alcanzase el 40 % de los votos en la primera ronda, se recurría al balotaje: pasaban a la segunda vuelta las dos listas más votadas, de forma que se garantizaba que las elecciones arrojarían siempre un vencedor claro.

Hay que subrayar, además, que el premio de mayoría se atribuía a una lista. En consecuencia, no se admitían las coaliciones de listas para sumar fuerzas y tratar de alcanzar el premio en la primera vuelta; ni tampoco las alianzas en la segunda vuelta entre una lista que se situase entre las dos más

votadas y otras que se hubiesen quedado fuera del balotaje. Ello se explica por el propósito deliberado de los impulsores de acabar con las coaliciones electorales. Este fenómeno había generado unos rendimientos bastante negativos en Italia, pues las coaliciones habían demostrado ser muy heterogéneas, conflictivas, desleales tanto en las labores de gobierno como desde la oposición, por lo que, en definitiva, no habían contribuido a la anhelada estabilidad política (Olivetti, 2015: 46; Pasquino, 2015: 298).

Por lo que respecta a los partidos perdedores, la distribución de sus escaños se realizaría conforme a los votos recibidos en la primera vuelta, siempre que hubiesen superado una barrera del 3 % de los votos a nivel nacional. De este modo, con este sistema electoral, los partidos de la oposición siempre tendrían asegurada una considerable porción de escaños (278 de 630 escaños, un 44 % del total), en base a los votos recibidos en la primera vuelta. Es por ello por lo que D'Alimonte (2015) ha entendido que *Italicum* podía caracterizarse como un sistema que garantizaba las mayorías pero que, a su vez, era respetuoso con las minorías (*majority-assuring but minority-friendly*).

Asimismo, hay que tener en cuenta que, aunque el cómputo de los votos para distribuir los escaños entre los partidos se realizaba en el ámbito nacional, el voto de los electores se repartía en cien colegios plurinominales donde en cada uno de ellos se elegían entre tres y nueve diputados. La decisión de optar por colegios de pequeñas dimensiones pretendía soslayar uno de los principales reproches formulados por la Corte Constitucional en la Sentencia 1/2014. Como se ha señalado, la Corte consideró que el hecho de que existieran circunscripciones con largas listas de candidatos, combinado con la imposibilidad de manifestar preferencias por parte del elector, impedía que este ejerciera su derecho a elegir representantes de forma libre.

Desde el punto de vista del elector, y en relación con lo anterior, *Italicum* restableció el voto de preferencia; y ello a pesar de que el acuerdo original entre Renzi y Berlusconi, debido a las exigencias de este último, preveía un sistema de listas cerradas y bloqueadas. Sin embargo, Renzi logró convencer a Berlusconi de la introducción del voto preferencial, a cambio de establecer un mecanismo mediante el cual los cabezas de lista estuviesen bloqueados, de modo que, en caso de mostrar preferencias, el elector debía hacerlo por otros candidatos distintos (*ibid.*: 288). De esta forma, en cada circunscripción serían automáticamente elegidos los cabeza de lista blindados, en caso de que el partido obtuviese al menos un escaño. El resto de los que pudieran corresponder al partido en la misma circunscripción iría a parar a aquellos candidatos que hubiesen recibido el mayor número de preferencias. A ellos habría de sumarse la aceptación de las candidaturas múltiples, es decir, la posibilidad de que los partidos presentasen al mismo candidato como cabeza de lista en un máximo de hasta diez circunscripciones. En definitiva, en la dimensión intrapartidista

del sistema electoral se articulaba un modelo mixto mediante el cual los partidos continuaban reteniendo parte del control sobre qué candidatos ocuparían finalmente sus escaños, aunque los electores también podrían influir en qué candidatos se hacían finalmente con los asientos correspondientes al partido.

Con todo, el principal problema atribuido a *Italicum* desde su nacimiento era su estrecha conexión con la reforma constitucional. Y es que la ley electoral fue ideada para asegurar una mayoría clara en la Cámara de Diputados, dentro de un proyecto más amplio en el que la relación de confianza con el Gobierno se establecía únicamente con dicha Cámara, mientras que el Senado pasaría a desempeñar un papel secundario y sería elegido de forma indirecta por los Consejos Regionales. En consecuencia, el «pecado original» de *Italicum* fue que su diseño daba por descontado el éxito de la reforma constitucional del Senado que pretendía acabar con el bicameralismo perfecto (Baraggia, 2017).

Finalmente, los peores presagios para Matteo Renzi se confirmaron el 4 de diciembre de 2016, día en que se celebró el referéndum sobre la reforma constitucional al que el primer ministro italiano había ligado su futuro político, y en el que el pueblo italiano lo rechazó con un 60 % de los votos (Bianchi, 2017).

V. LA SENTENCIA 35/2017: LA REAFIRMACIÓN DEL ACTIVISMO JUDICIAL ELECTORAL

Muy poco después, *Italicum* iba a volver a estar en el punto de mira. Con los rescoldos del referéndum sobre la reforma constitucional fallida aún candentes, el 25 de enero de 2017, la Corte Constitucional italiana dictaría la Sentencia 35/2017, en la que declaró inconstitucionales algunos de los puntos de la ley electoral impulsada por Matteo Renzi (Baraggia, 2017).

Pues bien, el principal aspecto de la ley que el Alto Tribunal italiano eliminó fue el *ballottaggio* o segunda vuelta electoral, conforme al cual, si ninguna candidatura lograba el 40 % de los sufragios, las dos más votadas pasaban a una segunda vuelta, haciéndose con la mayoría absoluta el ganador de esta segunda ronda. La Corte no afirmó que la doble vuelta fuese en sí misma inconstitucional, sino que consideró que lo era la manera en la que se había diseñado en la ley electoral, debido a la falta de modulación de sus posibles efectos distorsionadores de la representatividad. Y es que la única condición exigible a una lista para pasar a la segunda vuelta consistía en haber superado la barrera electoral del 3 % de los votos a nivel nacional. Esto suponía que una lista podría acceder a esa segunda vuelta —e incluso obtener el premio de mayoría— con un reducido porcentaje de votos en la primera vuelta. En

suma, este mecanismo, sumado a otras circunstancias electorales, podría catapultar artificialmente a una lista con un escaso apoyo popular a una mayoría absoluta, lo cual suponía una alteración desproporcionada de la representatividad dentro de la Cámara de Diputados (*ibid.*: 278). De nuevo, la Corte Constitucional consideró desproporcionada la forma en que pretendía propiciarse la creación de una mayoría parlamentaria, pues suponía el sacrificio de otros bienes constitucionalmente protegidos, como la representatividad o la igualdad del voto.

A decir verdad, las dudas sobre la constitucionalidad de este elemento de *Italicum* ya se habían expresado por múltiples expertos (Pasquino, 2015: 297). La principal objeción consistía precisamente en señalar que esa forma de articular la segunda vuelta no prevenía la posibilidad de que un partido con un porcentaje de votos en torno al 25 % en la primera vuelta se hiciese finalmente con una mayoría de escaños que le doblase en porcentaje.

Asimismo, la Corte eliminó la posibilidad de las candidaturas múltiples, esto es, que los cabezas de lista presentados en varias circunscripciones, una vez conocidos los resultados de la elección, decidiesen por cuál de todas ellas resultarían electos. El motivo es que la decisión de los cabezas de lista repercutía de manera indirecta en la elección de los candidatos situados inmediatamente después en la lista, pudiendo llegar a crear distorsiones en las preferencias expresadas por los votantes.

Por lo demás, se mantenía el sistema proporcional con reparto de escaños a nivel nacional, el premio de mayoría si se alcanzaba el 40 % de los votos, y la barrera electoral del 3 %. También se conservaba el sistema de listas desbloqueadas mediante el que los electores podían mostrar una preferencia por candidatos individuales, excepto los cabezas de lista que estaban blindados a las alteraciones que pudiesen introducir los electores. Así las cosas, la Corte volvía a señalar en esta ocasión que, salvo lo declarado inconstitucional, la ley electoral era susceptible de inmediata aplicación. No cabe la menor duda de que con esta sentencia la Corte Constitucional se reafirmó de nuevo en la senda jurisprudencial activista que ya había iniciado en 2014.

De esta forma, una de las consecuencias de la sentencia es que convertía un sistema electoral cuya orientación original era esencialmente mayoritaria, en uno de tipo proporcional que, aunque formalmente mantenía un premio de mayoría, era muy difícil de alcanzar, pues se requería un 40 % del voto a nivel nacional en una sola vuelta. Algo que se antoja ciertamente complicado en un escenario tripolar —que no tripartidista— como el actual, en el que la oferta política se encuentra notablemente fragmentada, y en el que se distinguen tres grandes espacios políticos: el del centro-izquierda, en el que destaca

el PD; el del centro-derecha, en el que sobresale la Liga; y el del Movimiento 5 Estrellas, renuente a trenzar alianzas electorales con ningún otro partido.

Pero incluso en el supuesto en el que alguna fuerza política se asegurase una mayoría parlamentaria sólida en la Cámara de Diputados, la estabilidad del Gobierno continuaba dependiendo también del Senado, una Cámara, recordemos, electa a partir de un sistema de tipo proporcional (el *Consultellum*, sistema electoral proporcional sin premio de mayoría resultante de la Sentencia 1/2014). Por tanto, sería bastante probable que en ese escenario se diesen mayorías de distinto signo político en ambas Cámaras. En resumen, en ese estado de cosas, el *Italicum* resultante de la Sentencia 35/2017 podía aumentar el riesgo de la inestabilidad gubernamental, dada la posibilidad de que se conformase un Parlamento dividido, con mayorías de distinto color político en cada una de las dos Cámaras que mantienen una relación de confianza con el Ejecutivo.

Es por ello por lo que la mayoría de especialistas señalaba la necesidad de armonizar de nuevo las leyes electorales de la Cámara de Diputados y el Senado, con el objetivo de prevenir posibles crisis políticas y bloqueos institucionales. Y ello a pesar de que *Italicum* ni siquiera había llegado a aplicarse a un proceso electoral concreto.

VI. LA NUEVA (¿Y ÚLTIMA?) LEY ELECTORAL ITALIANA: ROSATELLUM

Esta angustiante situación llevó a que se aprobase la última de las leyes electorales sancionadas en Italia, apodada como *Rosatellum*, y cuyo nombre coincide con el de su impulsor, el líder del grupo parlamentario del Partido Democrático, Ettore Rosato. Su elaboración era una de las tareas fundamentales del Gobierno de Paolo Gentiloni tras tomar el relevo de su antecesor, Matteo Renzi, ya que en Italia existían dos sistemas electorales distintos aplicados en cada Cámara parlamentaria, declarados cada uno de ellos, y en distintas sentencias, parcialmente inconstitucionales.

En este nuevo formato de sistema de partidos tripolar surgido tras las elecciones de 2013, los dos grandes bloques que han dominado la política durante la Segunda República italiana (el centro-izquierda en torno al Partido Democrático y el centro-derecha en torno a Forza Italia) temían que la tercera pata, el Movimiento 5 Estrellas, alcanzase el poder. Y es precisamente ahí donde han confluido los intereses, una vez más, de los líderes del Partido Democrático y de Forza Italia, es decir, de Renzi y de Berlusconi.

La tramitación de la ley fue especialmente bronca debido a las protestas y concentraciones de repulsa organizadas en los alrededores del Parlamento italiano, donde se manifestaban simpatizantes del Movimiento 5 Estrellas, ahora

liderado por Luigi Di Maio. En cualquier caso, tras desencuentros entre las distintas fuerzas políticas a lo largo del debate parlamentario, la ley fue aprobada gracias al Partido Democrático y a los partidos del centro-derecha. Por el contrario, fue rechazada por la escisión izquierdista del Partido Democrático, el Movimiento de Demócratas y Progresistas y, sobre todo, por el Movimiento 5 Estrellas, que es el principal partido perjudicado.

El *Rosatellum* consiste en un sistema electoral mixto, es decir, un sistema que combina elementos proporcionales y mayoritarios. Existen dos grandes modalidades de sistemas mixtos en función de si los circuitos «mayoritario» y «proporcional» están conectados, o si por el contrario se encuentran tabicados. Cuando los resultados de los dos tipos de elección están conectados y la asignación de escaños en el circuito proporcional depende de lo que ocurra en los distritos uninominales del circuito mayoritario, estamos ante un sistema de representación proporcional personalizada, cuyo arquetipo es el modelo alemán. En cambio, cuando la adjudicación de escaños se aplica de forma separada en los circuitos proporcional y mayoritario, nos encontramos ante un sistema paralelo. Pues bien, el nuevo sistema electoral italiano es de tipo paralelo, sumándose así a países que emplean en la actualidad este sistema, como Rusia o Japón.

Con este nuevo sistema cada elector dispondrá de dos votos dentro de una misma papeleta. Con el primero de ellos elige a un candidato que compite en uno de los 232 distritos uninominales existentes en la Cámara de Diputados o bien a uno de los 109 distritos uninominales del Senado. El candidato que obtiene un mayor número de votos en el distrito, sea cual sea la diferencia con que lo haga, se hace con el escaño, siguiendo la lógica del *first past the post*. Con el segundo de los votos el elector puede escoger a una lista de candidatos de un partido o coalición de partidos, de entre dos y cuatro nombres. En este circuito proporcional habrá un total de 386 diputados o 200 senadores, que se repartirán a partir de la fórmula D'Hondt. Por tanto, en ambos sistemas electorales el peso relativo de los circuitos mayoritario y proporcional es, respectivamente, del 36 % frente al 64 %. Existe, pues, una preponderancia del componente proporcional sobre el mayoritario.

Por lo que respecta a las barreras electorales, se establece una del 3 % para que los partidos puedan acceder al circuito proporcional en ambas Cámaras y del 10 % en el caso de las coaliciones (dentro de las cuales al menos un partido debe haber superado el 3 %).

Con relación a la dimensión intrapartidista, la principal novedad es que desaparece por completo el voto de preferencia. En el circuito proporcional, por tanto, existen listas cerradas y bloqueadas de pocos candidatos. No obstante, esta circunstancia no contradice las indicaciones de la Corte Constitucional, que había rechazado las listas cerradas y bloqueadas en grandes circunscripciones, porque en este caso las listas son lo suficientemente pequeñas

para asegurar el conocimiento de los candidatos que aparecen en ellas. Además, se consigue cierto grado de personalización con la posibilidad de que los electores elijan a un candidato individual en los distritos uninominales en el circuito mayoritario.

Eso sí, el voto cruzado o dividido (*split ticket voting*) está prohibido: no se puede votar por un candidato de un determinado partido en el distrito uninominal y a una lista sin relación con ese partido en el circuito proporcional, como sí podía hacerse, por ejemplo, con *Mattarellum*. Al ser la papeleta única, solo puede emitirse un voto que sea válido tanto para la lista como para el candidato asociado.

Además de las formas expeditivas con las que se ha tramitado la ley, sus detractores acusan a los impulsores de manipular el sistema electoral en su propio beneficio de forma flagrante. Ello se debe a que esta nueva ley electoral beneficia a las coaliciones de partidos frente a los que concurren en solitario. Ese es el caso del Movimiento 5 Estrellas, que siempre se ha negado a coaligarse con otros partidos, apostando por concurrir a las elecciones en solitario, con sus propias siglas, como forma de romper con la vieja política italiana y no «contaminarse». En definitiva, esta ley electoral pretendía frustrar sus aspiraciones de gobierno.

VII. REFLEXIONES FINALES

El caso italiano contradice una de las principales conclusiones en los estudios sobre sistemas electorales, la cual apunta a que las reformas que modifican el tipo fundamental de sistema electoral son algo excepcional en las democracias establecidas. Ahora bien, más allá de esta anomalía puesta de relieve por numerosos comentaristas, este trabajo ha prestado una especial atención a las reformas electorales de 2005 (*Ley Calderoli* o *Porcellum*) y 2015 (*Italicum*), y la importancia que sobre ellas han tenido las posteriores intervenciones judiciales. Aunque los pocos autores que han prestado atención a la actuación de los jueces en los procesos de reforma electoral se han limitado a afirmar que estos juegan un papel poco relevante (Renwick, 2010: 13-14), los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional italiana (1/2014 y 35/2017) evidencian el rol cada vez más activo de los tribunales en los procesos de reforma electoral, y obligan a reconsiderar seriamente la anterior afirmación.

No es posible comprender *Italicum* y *Rosatellum* sin las sentencias de la Corte Constitucional italiana, que, al declarar inconstitucionales algunos aspectos de las leyes electorales *Porcellum* e *Italicum*, transformaron por completo los sistemas electorales originales y, en consecuencia, generaron una presión

en las élites partidistas para aprobar nuevas leyes electorales que sustituyeran esos *productos electorales desfigurados* resultantes tras las sentencias judiciales.

En línea con lo anterior, existe evidencia empírica reciente que apunta a que los países en los que existen órganos judiciales legitimados para ejercer control de constitucionalidad sobre las leyes aumenta la probabilidad de que se produzcan reformas electorales (Núñez y Jacobs, 2016). Por tanto, en lugar de ser considerados únicamente como meros actores con poder de veto (*veto players*) por su capacidad para obstaculizar las reformas, los tribunales también pueden ser actores que jueguen un papel activo en los procesos de reforma electoral.

En este sentido, los tribunales, en función de los países y de las circunstancias, pueden llegar a desplegar cierto protagonismo, que cabría estratificar en tres niveles en función del grado de activismo judicial. En primer lugar, y como ha venido sucediendo tradicionalmente en el ámbito de los sistemas electorales, los tribunales pueden limitarse a avalar la constitucionalidad de un determinado sistema electoral, y en consecuencia, legitimar una reforma electoral previa. Este sería el caso de la Corte Constitucional italiana en su jurisprudencia clásica. O, por ejemplo, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, cuando ha tenido ante sí la posibilidad de valorar si un determinado sistema electoral podía contravenir el derecho a unas elecciones libres y periódicas, ha recurrido a la técnica del margen de apreciación nacional, en lo que cabe calificar de estrategia de deferencia judicial.

En segundo lugar, como ha sucedido en el caso italiano recientemente, los tribunales pueden declarar la inconstitucionalidad parcial de una determinada reforma electoral y declarar aplicable todo lo demás, lo cual tiene una doble derivada: de un lado, el tribunal en cuestión estaría realizando una reforma electoral *de facto*, pues el sistema electoral resultante tras el pronunciamiento judicial no será exactamente el mismo; de otro lado, debido a la afectación que se produce sobre el diseño del sistema electoral original realizado por el legislador, ese pronunciamiento judicial puede contribuir a estimular un nuevo cambio de sistema electoral de forma indirecta.

En tercer lugar, el mayor grado de afectación lo encontramos en aquellos casos en los que el tribunal, además de declarar la inconstitucionalidad de un determinado sistema electoral, emplaza de forma explícita al legislador a realizar una nueva modificación del sistema electoral en una determinada dirección y en un plazo de tiempo acotado. Sería el caso, por ejemplo, de una de las últimas intervenciones del Tribunal Constitucional federal alemán en el año 2008⁴, en la que, en relación con la problemática del valor de logro inverso derivado de los escaños excedentes no compensados, el Tribunal exhortó

⁴ BVerfGE, 121, 266, de 3 de julio de 2008.

al legislador alemán a reformar el sistema electoral para evitar este problema (Nohlen, 2015: 148-151).

En definitiva, la etapa en la que el diseño de los sistemas electorales quedaba a la entera decisión del legislador y, por consiguiente, al libre juego de la correlación de fuerzas existente en los Parlamentos, parece estar quedando atrás. Cada vez es más frecuente que los Altos Tribunales de países con tradiciones jurídicas bien distintas, pero con democracias constitucionales sobradamente consolidadas, como Estados Unidos, Francia, Alemania y ahora también Italia, afirmen la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad sobre las leyes electorales. Así, a partir de la Segunda Guerra Mundial, los tribunales estarían sintiéndose legitimados para poner límites al margen de actuación de los legisladores en virtud de principios como el de proporcionalidad, libertad o igualdad del sufragio. Esto supone que la eficacia normativa de los principios constitucionales sigue avanzando y alcanza ahora a una parcela del ordenamiento jurídico con evidentes aristas políticas, en una muestra más del fenómeno creciente de la judicialización de la política contemporánea.

Así las cosas, parece recomendable que, en los estudios sobre estos complejos procesos de reforma institucional que son las reformas electorales, se amplíe el foco sobre los actores intervinientes y, en lugar de prestar atención solamente a los objetivos y estrategias de los partidos, se considere también el papel desempeñado por los tribunales.

Bibliografía

- Baraggia, A. (2017). Italian Electoral law: A Story of an Impossible Transition? *Election Law Journal*, 16 (2), 272-279. Disponible en: <https://doi.org/10.1089/elj.2016.0405>.
- Bianchi, D. G. (2017). "I missed a penalty": the constitutional referendum and Matteo Renzi's mistakes. *Modern Italy*, 1-15.
- D'Alimonte, R. (2015). The new Italian Electoral System: majority-assuring but minority-friendly. *Contemporary Italian Politics*, 7 (3), 286-292. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/23248823.2015.1093280>.
- Delgado, I. (2016). La búsqueda de la proporcionalidad y la gobernabilidad en las reformas de los sistemas electorales: los casos de Nueva Zelanda e Italia. *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, 11, 109-131.
- Duranti, F. (2016). Constitutional Dialogues on Electoral Law. *Comparative Law Review*, 6 (1), 1-10.
- Fernández-Esquer, C. (2018). Un apunte sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de sistemas electorales. *Revista de Derecho Electoral*, 25, 25-38.

- Fusaro, C. (2016). La nueva ley electoral italiana de 2015, un reto para el parlamentarismo débil. *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 547-574. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.38.2016.18594>.
- García Roca, F. J. (2014). Del compromiso internacional de los estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (art. 3 P1). En P. Santolaya Machetti y F. J. García Roca (coords.). *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 713-742). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Groppi, T. (2008). Formas de gobierno y sistemas electorales en Italia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83, 153-173.
- Katz, R. (2001). Reforming the Italian Electoral Law, 1993. En M. S. Shugart y M. P. Wattenberg (eds.). *Mixed-Member Electoral Systems: The Best of Both Worlds?* (pp. 96-122). Oxford: Oxford University Press.
- (2005). Why are there so Many (or so Few) Electoral Reforms? En M. Gallagher y P. Mitchell (eds.). *The Politics of Electoral Systems* (pp. 57-76). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/0199257566.003.0003>.
- Longo, E. y Pin, A. (2014). Don't Waste your Vote (Again!). The Italian Constitutional Court's Decision on Election Laws: an Episode of Strict Comparative Scrutiny. Comunicación presentada en el *ICON:S Inaugural Conference* (Florencia, 26-28 de junio de 2014). Disponible en: <https://bit.ly/2GCX6Qb>.
- Milani, G. y Sorda, E. (2015). Ley electoral y relevancia. La Corte Constitucional italiana supera una zona de sombra. *Justicia Electoral*, 15, 17-63.
- Nohlen, D. (1984). Changes and Choices in Electoral Systems. En A. Lijphart y B. Grofman (eds.). *Choosing an Electoral System: Issues and Alternatives* (pp. 217-224). New York: Praeger.
- (2015). *Gramática de los sistemas electorales. Una introducción a la ingeniería de la representación*. Madrid: Tecnos.
- Norris, P. (1995). Introduction: The Politics of Electoral Reform. *International Political Science Review*, 16, 3-8. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/019251219501600101>.
- Núñez, L. y Jacobs, K. (2016). Catalysts and barriers. Explaining electoral reform in Western Europe. *European Journal of Political Research*, 55 (3), 454-473. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1475-6765.12138>.
- Olivetti, M. (2015). La reforma electoral italiana de 2015. *Cuadernos de Pensamiento Político*, 47, 35-52.
- Pappalardo, A. (1995). La nueva ley electoral italiana. *Revista de Estudios Políticos*, 89, 61-80.
- Pasquino, G. (2007). Tricks and Treats: The 2005 Italian Electoral Law and Its Consequences. *South European Society and Politics*, 12 (1), 79-93. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/13608740601155500>.
- (2015). Italy has yet another electoral law. *Contemporary Italian Politics*, 7 (3), 293-300. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/23248823.2015.1070513>.

- Pérez Alberdi, M. R. (2013). La delimitación del derecho de sufragio activo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Político*, 88, 337-366.
- Presno, M. A. (1994). La reforma electoral en Italia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40, 133-159.
- Quagliariello, G. (dir.) (2013). *Per una democrazia migliore. Relazione finale e documentazione (Commissione per le riforme costituzionali)*. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Disponible en: <https://bit.ly/2T9nT8c>.
- Renwick, A. (2010). *The Politics of Electoral Reform. Changing the Rules of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511676390>.

DE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA AL DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL: MECANISMOS DE EQUILIBRIO EN LA RELACIÓN JUSTICIA CONSTITUCIONAL – PODER LEGISLATIVO

From the counter-majoritarian difficulty to an
interinstitutional dialogue: Mechanisms of balance in
the relationship between judicial review and
the legislature

ALBERTO MACHO CARRO¹
Universidad de Valladolid
alberto@javier.macho@uva.es

Cómo citar/Citation

Macho Carro, A. (2019).

De la dificultad contramayoritaria al diálogo interinstitucional:
mecanismos de equilibrio en la relación justicia constitucional – Poder Legislativo.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(1), 231-260.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.08>

Resumen

Este artículo parte de la denominada dificultad contramayoritaria con el propósito de estudiar algunos mecanismos concretos que han ido surgiendo en el derecho comparado y que podrían servir para superarla. En este sentido, tras una breve in-

¹ Investigador predoctoral de la Junta de Castilla y León en el área de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid. Exbecario del Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional. Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y la UIMP. Graduado en Derecho y ADE por la Universidad de Valladolid.

cursión en los conceptos de «constitucionalismo dialógico» y «new Commonwealth constitutionalism», el trabajo pone en relación la cláusula «no-obstante» de la Constitución canadiense con ciertas modalidades de sentencias constitucionales que han ido adoptándose en Europa en las últimas décadas, en el entendido de que, aunque diferentes, ambos constituyen mecanismos jurídicos que permiten tanto soslayar aquella dificultad como clarificar el papel que la justicia constitucional debe ocupar en un nuevo contexto de división de poderes.

Palabras clave

Objeción contramayoritaria; constitucionalismo dialógico; new Commonwealth constitutionalism; cláusula no-obstante; efectos de las sentencias constitucionales.

Abstract

The launching pad of this paper is the so-called counter majoritarian difficulty, and its aim is to look into some particular mechanisms found in comparative law which could overcome it. In this sense, after a brief incursion into the concepts of “dialogic constitutionalism” and “new Commonwealth constitutionalism”, the article relates the notwithstanding clause in the Canadian constitution with some types of constitutional rulings that have been being passed in Europe over the last decades. The idea is that, by different means, both mechanisms allow both to overcome the above mentioned difficulty and to clarify the role that judicial review must play in a new context of division of powers.

Keywords

Counter-majoritarian difficulty; dialogic constitutionalism; new Commonwealth constitutionalism; notwithstanding clause; effects of constitutional rulings.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA. III. CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO Y *NEW COMMONWEALTH CONSTITUTIONALISM*. IV. LA CLÁUSULA *NOTWITHSTANDING* DE LA CONSTITUCIÓN CANADIENSE. V. LAS POSIBLES TÉCNICAS DIALÓGICAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA: 1. La anulación diferida y el reenvío legislativo en Austria. 2. La inconstitucionalidad sin nulidad en Alemania. VI. LAS POSIBILIDADES DE DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL Y LOS MECANISMOS DE EQUILIBRIO EN ESPAÑA VII. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

Con su trabajo *Justicia constitucional y democracia*, Víctor Ferreres (2007) importó el debate norteamericano sobre la justificación y los límites del control judicial de la ley a la academia hispana, que empezaría a prestar atención a la llamada dificultad contramayoritaria.

El presente estudio no pretende ser una aportación teórica más a esta discusión, ya suficientemente prolija. Lo que pretendemos aquí es analizar algunos mecanismos jurídicos concretos de derecho comparado que permitirían aliviar una tensión hasta ahora considerada congénita a toda democracia constitucional. Para ello, lo primero que haremos será explicar brevemente en qué consiste dicha objeción contramayoritaria. A continuación, efectuaremos una somera referencia al denominado constitucionalismo dialógico, pues las diversas propuestas englobadas bajo dicha categoría aspiran a establecer un nuevo modelo de relación entre la justicia constitucional y el legislador basado en una suerte de diálogo que, aparentemente, dejaría atrás aquella tensión. Veremos en qué consiste dicho diálogo y si es cierto que el mismo se circunscribe a los sistemas jurídicos de tradición británica, que tendrían en Canadá su más precoz representante, lo que nos llevará a estudiar su famosa «cláusula no-observante». Tras esta incursión en el modelo *Commonwealth*, comprobaremos si el recurso a determinadas modalidades de pronunciamientos constitucionales en Europa —las llamadas «sentencias bilaterales»— permite también suavizar la referida tensión, y propiciar igualmente una relación dialógica.

Con esta base trataremos de verificar nuestra hipótesis: que las sentencias bilaterales tendrían un mejor encaje constitucional en los países de nuestro entorno jurídico que fórmulas como la cláusula canadiense. No solo porque permiten suavizar la objeción contramayoritaria, sino también porque constituyen una solución especialmente adecuada para superar el agravamiento que de la misma se ha producido por las frecuentes intromisiones de la justicia constitucional en las funciones del Poder Legislativo. Además, este tipo de pronunciamientos bilaterales, que transforman la enmienda de la inconstitucionalidad en un «proceso» colaborativo con el legislador, clarifica en cierta medida cuál ha de ser el papel que los tribunales constitucionales deben desempeñar dentro de un contexto de división de Poderes que ya no se corresponde con el existente en Europa antes de la Segunda Guerra Mundial.

Para concluir, veremos que esas sentencias bilaterales han servido también al Tribunal Constitucional español para evitar en ciertos casos esas intromisiones a las que nos referimos y que, por desgracia, se han producido en varias ocasiones.

II. LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

Como hemos apuntado, todo nuestro análisis parte de una tensión o, mejor dicho, de una de las particulares manifestaciones de la tensión inherente al constructo de la democracia constitucional.

La expresión democracia constitucional designa un objeto complejo, una construcción de la razón (Salazar, 2006: 14) que surge de la integración de dos tradiciones del pensamiento político diferentes y, en buena medida, opuestas. Resumiendo de forma excesiva: mientras que la democracia pretende distribuir el poder político entre todos los individuos sometidos al mismo, el constitucionalismo aspira a limitar ese mismo poder en defensa de los derechos individuales. Del intento de fusionar ambas tradiciones ha surgido «la mejor forma de gobierno a la que pueden aspirar los seres humanos», afirmación a la que se adhiere quien está redactando estas líneas. Sin embargo, que estemos ante la que seguramente sea la mejor manera de organizar y distribuir el poder político de las hasta ahora implementadas no quiere decir que se halle libre de imperfecciones, siendo la principal la tensión generada al atribuir al *demos* el poder para adoptar las decisiones relativas a la organización de su convivencia al tiempo que pretenden salvaguardarse una serie de derechos individuales que actúen como límites frente a aquel. Esta tensión tiene múltiples concreciones, pero la que ahora nos interesa se manifiesta ya en el plano institucional y sería la que se da entre los órganos legislativos y los jueces constitucionales. Una tirantez conocida en la academia como dificultad u

objeción contramayoritaria² y cuya esencia puede sintetizarse en la siguiente pregunta: ¿por qué los jueces deberían poder anular las decisiones de los representantes elegidos democráticamente?

Sobre la objeción contramayoritaria se han vertido ríos de tinta. Baste aquí con referir la opinión mayoritaria: si bien es preciso que exista alguna fórmula de control que permita garantizar los derechos de los individuos frente a eventuales embates de la mayoría, sin embargo, en la medida en que son los jueces constitucionales quienes ostentan —por medio del control de constitucionalidad de las leyes— la «última palabra» en la toma de decisiones colectivas, el principio democrático podría resentirse³. Pero, añadimos nosotros, si la dificultad contramayoritaria parte de la idea de que un órgano con menor legitimidad democrática que un Parlamento —como los jueces constitucionales— puede anular las leyes emanadas de aquel, el problema se agrava considerablemente en la medida en que los tribunales constitucionales ya no se limitan a esa función meramente ablativa o expurgatoria del ordenamiento jurídico que, como nos recordara Rubio Llorente (1988), ya implicaba una alteración de este, pues «cualquier modificación de un sistema normativo cerrado crea reglas nuevas». En la actualidad, las cosas han ido más lejos, habiéndose desbordado ampliamente el rol de «legislador negativo» que Kelsen atribuyera al Tribunal Constitucional. Efectivamente, en muchos casos, y fundamentalmente bajo el pretexto de salvaguardar la vigencia de una ley, la justicia constitucional ha ido asumiendo tareas positivas, de creación de normas. Ya no solamente se contradice al legislador democrático cuando una ley se estima inconstitucional sino que, en ocasiones, incluso se usurpan sus funciones por medio de «sentencias intermedias⁴», esto es: «Aquellas que no se limitan a declarar la validez o nulidad de la ley impugnada, sino que introducen normas nuevas en el ordenamiento y, por tanto, suponen una actividad de legislación positiva» (Aja, 1998: 261). Se trata de la materialización de un riesgo que ya advirtiera el propio Kelsen (1988: 142-143) cuando recomendó abstenerse de recoger en las constituciones principios indeterminados como la libertad, la igualdad o la justicia, pues entendía que podían «jugar un papel

² El término parece que fue acuñado por Alexander Bickel (1962) en *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*.

³ Véase por todas la obra de Waldron, quien ha ido modulando sus posiciones al respecto desde su notorio *Law and Disagreement*, donde rechazaba cualquier forma de control de constitucionalidad de la ley por entender que esta se halla revestida de una especial majestuosidad, hasta conceder la necesidad de algún tipo de control de estas características para ciertos tipos de sociedades (2001).

⁴ Denominación atribuida en el *Informe General* de la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, celebrada en Lisboa en 1987.

extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional», ya que «podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a estos principios como directivas relativas al contenido de las leyes [...] y, en este caso, el poder del tribunal [constitucional] sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable».

Pues bien, cuando el debate sobre la objeción contramayoritaria parecía zanjado y esta se entendía como un mal menor inherente al sistema democrático-constitucional, la aparición de dos cuestiones diferentes, pero, a nuestro juicio, relacionadas por su potencialidad para superar la imperturbable tensión, ha reavivado la discusión. Nos referimos, por un lado, al surgimiento en países pertenecientes a la tradición jurídica del *Commonwealth* de diseños de ingeniería constitucional englobados bajo la denominación «constitucionalismo débil» o *new Commonwealth constitutionalism* que, para algunos autores (Gardbaum, 2013), podrían representar un nuevo paradigma de constitucionalismo donde ya no son los jueces constitucionales, sino los Parlamentos, los que ostentan la «última palabra» en la toma de decisiones colectivas, propiciando lo que destacados sectores doctrinales han calificado como un provechoso «diálogo interinstitucional» entre la justicia constitucional y los órganos representativos. Por otra parte, algunos tribunales constitucionales europeos han ido adoptando nuevas modalidades de pronunciamientos que, bajo el nombre de «sentencias bilaterales», permiten también, desde nuestro punto de vista, propiciar un diálogo interinstitucional al llamar a la colaboración del legislador en la enmienda de la inconstitucionalidad de la ley, atenuando también así la objeción contramayoritaria.

Veamos, pues, cuáles son las notas esenciales de ese «constitucionalismo débil» para, a continuación, analizar cómo surgieron y operan en el sistema constitucional canadiense, que fue pionero en implementarlas. Después nos ocuparemos de las llamadas «sentencias bilaterales» en Europa y de sus posibilidades dialógicas.

III. CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO Y NEW COMMONWEALTH CONSTITUTIONALISM

Al hablar de constitucionalismo dialógico lo primero que tenemos que hacer es determinar a qué nos estamos refiriendo, para así diferenciar este concepto y ponerlo en relación con otros similares como «constitucionalismo débil», «weak judicial review» o «new Commonwealth constitutionalism».

Según la RAE, el adjetivo «dialógico» significa: «perteneciente o relativo al diálogo, que presenta forma dialogada». Pero ¿diálogo entre quiénes? ¿Y sobre qué? El debate que se ha abierto acerca de lo que es o no diálogo en el

constitucionalismo es prácticamente inconmensurable, por lo que nos conformaremos con decir que, cuando hablamos de diálogo, de constitucionalismo dialógico, nos referimos a la relación que, por medio de determinados mecanismos, se articula entre dos instituciones: los jueces constitucionales y los Parlamentos. Relación que versa sobre la determinación de la constitucionalidad de las leyes, de forma que cuando se detecte alguna disconformidad entre una ley y la norma cúmera del ordenamiento, «ambos» órganos participen en el restablecimiento de dicha conformidad.

En estos términos, el concepto de constitucionalismo dialógico que vamos a manejar se aleja de propuestas como la de Gargarella (2013), que conecta el diálogo constitucional con una particular teoría de la democracia deliberativa. La noción de «diálogo» por la que hemos optado se asemeja más a la propuesta por Hogg y Bushell (1997) cuando afirman: «Where a judicial decision is open to legislative reversal, modification or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the competent legislative body as a dialogue». Se trata de una idea que sintetiza especialmente bien el funcionamiento de la relación que se da en Canadá entre la justicia constitucional impartida por su Tribunal Supremo y el Poder Legislativo, y que nos sirve como punto de partida para determinar a continuación qué es lo que se entiende por «new Commonwealth constitutionalism» o «constitucionalismo débil».

Por contraposición a lo que ocurriría en los sistemas de «constitucionalismo fuerte», donde, en principio, son los jueces constitucionales quienes tienen la última palabra en el proceso de toma de decisiones colectivas y pueden, por lo tanto, «imponer al legislador ordinario sus puntos de vista acerca de cuestiones relativas a la concreción de los derechos sobre las que existen desacuerdos razonables» (Bayón, 2010: 354), las propuestas del constitucionalismo débil o dialógico «prometen terminar con las tradicionales objeciones democráticas a la revisión judicial, basadas en las débiles credenciales democráticas del Poder judicial, o los riesgos de que, al imponer la última palabra se afecte el sentido y objeto de la democracia constitucional» (Gargarella, 2013: 3). Así, la intervención de los jueces constitucionales en el marco de un sistema de constitucionalismo débil, referida como *weak judicial review*, serviría más bien para iniciar una suerte de diálogo institucional que incrementaría la calidad deliberativa de los procesos de decisión, «haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones, forzándola de ese modo a reconsiderarlas, pero no necesariamente a abandonarlas» (Bayón, 2010: 354-355).

En las últimas décadas han aparecido varios diseños institucionales que podrían enmarcarse dentro de esta concepción del constitucionalismo.

Para agruparlos, Gardbaum (2013) ha propuesto la categoría de «new Commonwealth constitutionalism», dentro de la cual se incluirían países que como Canadá (1982), Nueva Zelanda (1990), Reino Unido (1998), Australia (2004) o el estado de Victoria (2006) han introducido en sus constituciones novedosos mecanismos jurídicos. Entre las características esenciales de estos sistemas —que constituirían una especie de híbrido entre la tradicional supremacía del Parlamento propia del modelo británico y los Estados con constituciones rígidas y control de constitucionalidad—, estaría el haber introducido, mediante la inclusión de declaraciones de derechos y libertades con rango constitucional, formas débiles de control judicial de la constitucionalidad. Un *weak judicial review* donde, pese a que los jueces cuentan con un mandato constitucional para controlar la adecuación de las leyes a los contenidos constitucionales, existe algún tipo de mecanismo que permite al legislador recuperar la «última palabra» en la toma de decisiones colectivas.

Aquí nos limitaremos al estudio del caso canadiense, por haber sido este el primer ordenamiento en incorporar uno de estos mecanismos. En concreto, analizaremos la institución introducida en el art. 33 de su Constitución a través de la reforma operada en 1982. Mucho se ha debatido en los últimos tiempos acerca de este artificio jurídico, conocido como cláusula *notwithstanding* o «cláusula no-obstante», y su potencial para aliviar las tensiones que se dan entre la justicia constitucional y los Parlamentos democráticos. Veamos, pues, cómo funciona esta cláusula, de dónde proviene y cómo ha resultado su uso, antes de pasar a efectuar un balance sobre su capacidad para fomentar un diálogo constitucional entre el poder contramayoritario y los órganos legislativos.

IV. LA CLÁUSULA *NOTWITHSTANDING* DE LA CONSTITUCIÓN CANADIENSE

El art. 33 de la Constitución canadiense establece lo siguiente:

Section 33.

(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of the Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier dates as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

Con base en esta disposición, el Parlamento federal de Canadá o las Asambleas legislativas provinciales pueden dictar leyes estableciendo expresamente que las mismas, o algunas de sus disposiciones, serán válidas aun cuando vulneren los derechos y libertades recogidos en los arts. 2 y 7 a 15 de la Constitución. Los únicos derechos fundamentales que quedan a salvo de esta posibilidad son los derechos lingüísticos (arts. 16-23), la libertad de circulación y de residencia (art. 6), los derechos políticos (art. 3), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24) y la igualdad entre los dos sexos (art. 28).

Por lo que se refiere a sus efectos jurídicos, podemos distinguir en función de si se recurre a este mecanismo con carácter previo o posterior a un eventual pronunciamiento del Tribunal Supremo canadiense sobre la constitucionalidad de la disposición legislativa correspondiente. Así, aunque la doctrina tiende a utilizar indistintamente estas dos denominaciones (De Montalvo Jääskeläinen, 2012: 395), por un lado, podría hablarse de cláusula *override*, cuando la misma se utiliza después de un pronunciamiento estimatorio del Tribunal Supremo para salvar la constitucionalidad de la ley —lo que, de hecho, supone devolver al Legislativo la última palabra en la toma de decisiones colectivas— y, por otro, podríamos referirnos a la cláusula *notwithstanding* en sentido estricto cuando el órgano legislativo recurre a ella *a priori*, es decir, antes incluso de que el Tribunal Supremo tenga la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. En este último supuesto lo que sucedería no es tanto que la última palabra sobre la adecuación de una ley a la Constitución vuelva de los jueces al Legislativo, sino que este último impediría la posibilidad de que aquellos se pronunciasen. Se estaría blindando la disposición legislativa frente a un eventual control de constitucionalidad.

Ahora bien, la utilización de este artificio jurídico no es tan sencilla como pudiera parecer, pues el recurso al mismo está expresamente sujeto a dos condiciones establecidas por el citado art. 33. En primer lugar, el apartado primero de dicho precepto obliga a que el órgano legislativo haga una referencia expresa a la utilización de la cláusula si quiere que esta produzca sus peculiares efectos, por lo que no es posible una cláusula no-obstante implícita. Esto permite demostrar que cuando el Legislativo recurre a este mecanismo es perfectamente consciente de lo que hace, al tiempo que se informa a la opinión

pública sobre su excepcional utilización, lo que habría de promover el debate y la crítica. Así, este requisito hará más políticamente arriesgado aprobar una disposición que incluya una cláusula como la referida (Kahana, 2002: 231). En segundo lugar, el apartado tercero del art. 33 establece que la declaración de vulneración expresa que legítimamente puede incluir una ley tendrá una eficacia transitoria, limitando su vigencia a cinco años. En cualquier caso, el apartado cuarto de este mismo artículo permite prorrogar la declaración de vulneración expresa por otros cinco años tantas veces como estime oportuno, sin mayores límites. Pese a esto, la limitación temporal de validez tiene su razón de ser, pues al establecerse una revisión quinquenal se garantiza que durante ese tiempo haya tenido lugar un proceso electoral y, en consecuencia, un posible cambio de mayorías parlamentarias, con lo que se pone en manos del electorado un instrumento de control sobre la utilización de la cláusula (Hogg y Bushell, 1997: 84).

El origen de esta cláusula hay que situarlo en el contexto de la profunda reforma constitucional operada en 1982 y la introducción de la Carta canadiense de Derechos y Libertades. Como señala Hiebert (2001), esta reforma «representa el cambio más radical que se haya realizado nunca en la Constitución canadiense». Para comprender su trascendencia hay que saber que la independencia de Canadá respecto de Reino Unido se produjo precisamente en 1982 —dentro del denominado proceso de *patriation*— por medio de la *Canada Act*, una reforma constitucional que hubo de ser aprobada «por el Parlamento de Westminster en calidad de Parlamento imperial» (Castellà Andreu, 2001: 38). Hasta entonces, el principio constitucional básico imperante en Canadá fue el de la supremacía del Parlamento. Sin embargo, este principio será alterado por las enmiendas constitucionales introducidas en 1982, cuando el art. 52 de la Constitución canadiense proclame la supremacía normativa de esta, estableciendo expresamente que aquellas leyes incompatibles con las disposiciones constitucionales serán inaplicables e ineficaces⁵. Si a esto le sumamos lo establecido en el art. 24.1 de la Carta, según el cual «anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances», el resultado es que «los tribunales reciben el mandato explícito para interpretar los derechos de la Carta y garantizar su reparación cuando esta sea vulnerada» (Hiebert, 2001: 195).

⁵ «The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect».

La metamorfosis que para el Estado canadiense supuso la aprobación de la Carta, con la incorporación de un control de constitucionalidad de la ley, fue especialmente compleja por la profunda diversidad existente entre sus provincias. Como señala Hiebert (*ibid.*), «inicialmente las provincias se opusieron a la idea de una declaración constitucional de derechos que afectara a sus respectivos ámbitos de decisión. No querían rendir cuentas a los tribunales y estaban preocupadas por el hecho de que una declaración constitucional de derechos ejerciera mayor efecto sobre sus propias competencias que sobre las del Parlamento central». En consecuencia, fue necesario negociar fórmulas que permitieran conjugar la existencia de una Constitución rígida y suprema con el mantenimiento del poder último de decisión en manos de las provincias en lo relativo a sus respectivas competencias. Así, la opción de compromiso fue la de introducir la cláusula «no-obstante» del art. 33, sobre la cual podemos afirmar, siguiendo a Chacón Piqueras (2001), que nació con el «claro propósito de proteger la autonomía de los Parlamentos provinciales», siendo más el resultado de las negociaciones políticas que tuvieron lugar para sacar adelante la Carta que la concreción de una teoría diseñada con el propósito de salvar la dificultad contramayoritaria. Leeson (2001) resulta especialmente elocuente al apuntar: «The particular version that emerged in November 1981 and was ultimately enacted in 1982 had more to do with the raw politics of bargaining and chance phone calls late at night than with reasoned debate about what might constitute a rational compromise between democracy and constitutional law». Ahora bien, esto no implica que estemos ante una solución improvisada. Por el contrario, tanto la Carta de 1982 como la cláusula «no-obstante» tienen sus precedentes legislativos en la *Canadian Bill of Rights* de 1960 y en algunas declaraciones de derechos provinciales como la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec* de 1975, el *Saskatchewan Human Rights Code* de 1979 o la *Alberta Bill of Rights* de 1980. Ahora bien, como ha destacado Chacón Piqueras (2001), la diferencia fundamental entre estos precedentes y la vigente Carta de Derechos y Libertades reside en que ahora «la protección que otorga a los derechos su constitucionalización se ve alterada por un mecanismo que posibilita que normas infraconstitucionales, sólo declarándolo formalmente, la contradigan».

En cuanto al uso de la cláusula *notwithstanding* en estos 36 años, hemos de destacar que el recurso a la misma ha sido prácticamente anecdótico. El Parlamento federal nunca la ha incorporado a ninguna ley. Por su parte, de entre los parlamentos provinciales solo el de Quebec se ha servido de este mecanismo con alguna frecuencia, lo que seguramente haya estado influido por ciertas particularidades. En este sentido no podemos omitir el dato de que la Ley Constitucional de 1982 —por medio de la cual Canadá asume el control total sobre su ordenamiento jurídico frente a Reino Unido— fue aprobada

por todas las provincias excepto Quebec, es decir, que a esta última le fue impuesta una Constitución federal que nunca ratificó. Apuntado esto es más fácil comprender por qué ha sido precisamente la provincia que no insistió en la incorporación de la cláusula no-obstante la que ha terminado utilizándola con mayor asiduidad; y es que cuando la Constitución entró en vigor la Asamblea de Quebec adoptó la *Loi sur la Loi Constitutionnelle* de 1982, en virtud de la cual se incorporaba una cláusula derogatoria a todas sus leyes vigentes y a las que se dictasen a partir de aquel momento, como forma de protesta frente a la imposición constitucional.

Más allá de esta anécdota, sí que existen algunos casos concretos donde se ha recurrido a la cláusula para asegurar la validez de leyes específicas frente a la interpretación jurisprudencial de determinados derechos constitucionales. Así, la Asamblea legislativa de la provincia de Saskatchewan recurrió a la cláusula derogatoria en la *SGEU Dispute Settlement Act* de 1984 para obviar una resolución de la Corte de Apelación de la provincia y salvar la validez de una norma que pretendía poner fin a una huelga de empleados públicos, aunque más adelante el Tribunal Supremo señaló que la citada ley no vulneraba los derechos de la Carta⁶. Otros ejemplos que podríamos considerar más acordes con su propósito original los vuelve a protagonizar la provincia de Quebec, destacando especialmente el caso *Ford v. Quebec* (1988), donde el Tribunal Supremo canadiense anuló una norma quebequesa por la que se imponía el uso exclusivo del francés en los letreros comerciales colocados tanto en el interior como en el exterior de los comercios, por considerar que esta disposición vulneraba la libertad de expresión reconocida en el art. 2 de la Carta de Derechos y Libertades de 1982. Para salvar dicha norma, la Asamblea legislativa de Quebec aprobó la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1988, en virtud de la cual se volvía a exigir el uso exclusivo de la lengua francesa (ahora ya solo para los letreros comerciales colocados en el exterior de los locales) y se blindaba la misma recurriendo a la cláusula no-obstante. También Quebec ha utilizado el mecanismo derogatorio en otras ocasiones para mantener los privilegios otorgados a las confesiones católica y protestante en materia de educación (Chacón Piqueras, 2001: 217). Por último, cabría mencionar el uso que hizo de la cláusula *notwithstanding* la provincia de Alberta con el objetivo de salvaguardar su *Marriage Act* de 2002 —con la que pretendía restringir la noción de matrimonio exclusivamente a los enlaces entre personas de distinto sexo— frente a una eventual declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, como señala De Montalvo (2012), la inclusión de la cláusula por parte de la Asamblea de Alberta no tuvo mayor repercusión, ya que el Tribunal

⁶ *RWDSU v. Saskatchewan* (1987) 1 S.C.R. 460.

Supremo declaró que la definición del matrimonio era una cuestión que correspondía exclusivamente al Estado central.

Como vemos, el uso de la cláusula no-obstante se ha hecho en la práctica ha sido mínimo. Ahora bien, ¿cabe por ello concluir que su incorporación a la Constitución canadiense ha sido un fracaso? Recordemos que lo que pretendíamos analizar en este trabajo no es la frecuencia con que se ha recurrido a este mecanismo, sino las posibilidades que ofrece para fomentar un diálogo entre la justicia constitucional y el legislador. En este sentido, cabe extraer las siguientes conclusiones.

En primer lugar, la mera existencia de esta institución permite superar la comúnmente denominada dificultad contramayoritaria en la medida en que sustrae la «última palabra» a los jueces constitucionales para devolvérsela al Poder Legislativo. Sin embargo, este (re)empoderamiento del Parlamento no parece que haya derivado en un atropello masivo y sistemático de los derechos de las minorías, lo que seguramente ayuda a evitar tanto los requisitos que su utilización exige como los elevados costes políticos asociados que implica, circunstancias que permiten explicar la escasa utilización práctica de la cláusula. En segundo lugar, no parece que el escasísimo recurso a este mecanismo constituya un problema. Seguramente no fue diseñado para ser utilizado con asiduidad, sino para que el legislador responda a los tribunales cuando no esté convencido de la argumentación sobre la que se sostiene la declaración de inconstitucionalidad y tenga razones de peso que esté dispuesto a exponer en público, sin sonrojarse, para oponerse a la interpretación que de los derechos y libertades han hecho los jueces. Por tanto, el diálogo interinstitucional al que nos venimos refiriendo se produce antes de que el legislador recurra a la cláusula, pues precisamente el uso de esta pone fin —en algún momento es preciso tomar decisiones, pues los órganos constitucionales no pueden estar pasándose la responsabilidad de un lado a otro eternamente— a ese diálogo. Ahora bien, el hecho de que el mecanismo exista seguramente fomenta el que el legislador se anime a modificar la ley teniendo en cuenta los argumentos dados por los tribunales, pues sabe que el esfuerzo merecerá la pena ya que, si esta fuera invalidada en una segunda ocasión, siempre podrá hacer uso de la cláusula no-obstante. De igual manera, es probable que los jueces se muestren más deferentes con el legislador cuando la ley que enjuician constituya un segundo intento de aquel por ajustarla a la constitucionalidad, pues serán conscientes de que una nueva oposición sin tener suficientemente en cuenta las razones aducidas por el Legislativo podrá acabar suponiendo el rechazo de su interpretación. Por último, no podemos sino coincidir con Bayón (2010) y Chacón Piqueras (2001) en que no parece razonable poder blindar una ley *ex ante*, esto es, utilizar la cláusula con la pretensión de evitar un pronunciamiento de los tribunales acerca de la constitucionalidad de la disposición que

está tratando de protegerse. Es obvio que esta posibilidad no promueve sino que impide el diálogo entre ambas instituciones.

V. LAS POSIBLES TÉCNICAS DIALÓGICAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA

El «sistema europeo» de control de constitucionalidad no surgirá hasta más de un siglo después que el estadounidense⁷, modelo que desde un principio manifestó el temor a que las mayorías parlamentarias pudieran eventualmente conculcar los derechos de las minorías (Madison, 1787). Por su parte, la preocupación principal de los revolucionarios franceses fue asegurar un poder sin límites para el Parlamento en cuanto que órgano representativo de la «voluntad general», con lo que inicialmente «ni siquiera el principio de la supremacía constitucional era un principio ampliamente aceptado» (Salazar, 2006). No será hasta el siglo xx cuando, ideado teóricamente por Kelsen e implementado por primera vez en la Constitución austriaca de 1920, aparezca un esquema de control de constitucionalidad característicamente europeo. En contraste con el sistema americano, Kelsen propuso concentrar dicha potestad en un órgano creado para garantizar que el legislador se ajustase a las reglas de producción normativa constitucionalmente establecidas. La Constitución debía ser objeto de protección por representar la estabilidad del Estado, pero no porque tuviera un contenido normativo particular, pues, de hecho, este podía ser alterado en cualquier momento a través de los procedimientos de revisión previstos en la propia norma. En otras palabras, lo que Kelsen defendía no era una concepción axiológica de la Constitución.

Partiendo de estas premisas, el Tribunal Constitucional quedaba configurado como un órgano supremo e independiente, con capacidad para anular las normas que estimase disconformes con la Constitución. Se trataría de una institución que, lejos de integrarse dentro del Poder Judicial, tendría una naturaleza más propia de «legislador negativo», pues, en palabras del propio Kelsen (1988: 130): «Anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con signo negativo y, por lo tanto, una función legislativa». Como vemos, se atribuye a este órgano un papel respecto del cual resulta perfectamente predicable la objeción contramayoritaria que surgiera en Estados Unidos, pues también aquí la justicia constitucional puede contradecir la voluntad de los representantes populares, oponiéndose

⁷ Inaugurado a nivel federal con la Sentencia *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

a las decisiones de la mayoría. Plenamente consciente de esta crítica, Kelsen fundamentó su respuesta a la misma en la idea de concebir la Constitución como un instrumento «técnico», diseñado para garantizar la estabilidad y la «paz política» en el interior del Estado (*ibid.*), que permitiría a las minorías políticas impugnar las decisiones mayoritarias sin salirse del circuito institucional, canalizando así los conflictos sociales a través del derecho.

Sin embargo, la actividad de los tribunales constitucionales se ha ido apartando progresivamente del papel de «legislador negativo» para adoptar con cierta frecuencia decisiones positivas, de creación de normas, más propias de las funciones que ha de desempeñar el legislador democrático, lo que supone tanto un riesgo para la división de Poderes como un «agravamiento» de la dificultad contramayoritaria «clásica».

[...] en las últimas décadas, de manera habitual, los Tribunales Constitucionales vienen adoptando un tipo de sentencias, conocidas con diferentes denominaciones según los países (interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, etc.), que los configuran como legislador positivo, porque la sentencia constitucional no se limita a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que incorpora una nueva norma al ordenamiento. Este tipo de sentencias, que puede encontrar precedentes aislados más o menos lejanos, resulta un fenómeno nuevo por la intensidad que presenta en las últimas décadas (Aja, 1998: 259-260).

Veamos cuáles han sido las razones fundamentales que han permitido este desvío del modelo originario. En primer lugar, las constituciones que surgieron o se reformaron en Europa occidental tras la Segunda Guerra Mundial introdujeron todo un entramado de principios y valores como la dignidad humana, la justicia, la libertad o la igualdad, junto con extensos catálogos de derechos basados en los mismos. El carácter vago o ambiguo de muchos de estos preceptos hace que los mismos resulten susceptibles de diversas interpretaciones, lo que permite efectuar un profundo —y, en no pocas ocasiones, controvertido— examen de una legislación que, además, es cada vez más abundante como consecuencia del amplio intervencionismo de los Poderes públicos, resultado de la consolidación del modelo de Estado democrático y social (*ibid.*: 260). Estos cambios estructurales, sumados a un «principio o criterio de mantenimiento de la ley» (Jiménez Campo, 1997: 45), basado seguramente en la «especial dignidad democrática» que a esta se atribuye, han propiciado el que cada vez se haya ido recurriendo en menor medida a la declaración de nulidad de las disposiciones legislativas para, por medio de la interpretación *secundum Constitutionem* de la disposición enjuiciada, tratar de salvaguardar a toda costa la pervivencia de la ley en el ordenamiento jurídico. Un proceso al que sin duda también ha contribuido «la distinción del objeto

de control de constitucionalidad entre precepto o enunciado legal y norma o normas que aquél contiene», permitiendo la «multiplicación de sentencias con efectos positivos, porque permite cambiar las normas sin modificar el precepto» (Aja, 1998: 261).

En determinados casos, la declaración de nulidad puede no reparar —e incluso empeorar— la situación causada por una disposición que se estima inconstitucional (pensemos, por ejemplo, en las consecuencias que podría tener la declaración de nulidad de partidas presupuestarias correspondientes a ejercicios económicos ya cerrados). Sin embargo, creemos que esto no justifica el uso tan habitual que actualmente se hace de las llamadas «sentencias intermedias», pronunciamientos que pueden ser de muy diverso tipo pero que, en su mayoría, aun resultando formalmente desestimatorios, «tienen siempre, cualquiera que sea la formulación de su fallo, un alcance materialmente estimatorio, en la medida en que, de modo directo o indirecto, excluyen o niegan la constitucionalidad de una norma deducible del enunciado legal a partir de los cánones hermenéuticos establecidos con carácter general» (Jiménez Campo, 1997: 45). La problemática que este tipo de sentencias constitucionales plantea se ve agravada por el hecho de que no suelen encontrar asidero en derecho positivo, siendo los propios tribunales constitucionales los que, por medio de una interpretación muy laxa de sus propias leyes reguladoras —cuando no actuando al margen o en franca oposición a lo que estas establecen— han ido introduciendo por la vía de los hechos este tipo de pronunciamientos.

Finalmente, resulta conveniente que aludamos a una última distinción entre «sentencias unilaterales» y «sentencias bilaterales». Aquellas que hasta ahora hemos venido denominando como «intermedias» (sentencias interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, etc.) pueden también ser consideradas como «sentencias unilaterales» por cuanto «remedian inmediatamente la inconstitucionalidad, modificando la norma considerada inconstitucional» (Aja, 1998: 277). Por el contrario, en algunos países europeos han ido surgiendo tipos de pronunciamientos que parte de la doctrina ha calificado como «sentencias bilaterales», donde lo que tiene lugar es una «reparación mediata» (Jiménez Campo, 1997: 53-66) de la inconstitucionalidad, es decir, donde la reparación se produce mediante la intervención de órganos distintos al Tribunal Constitucional, el cual se limita a emitir la declaración de inconstitucionalidad. En concreto, lo que requerirá esta reparación mediata será la intervención del legislador y, provisionalmente, mientras esta no se produzca, la del Poder Judicial. Pues bien, nuestra tesis pasa por afirmar que la dificultad contramayoritaria se ve agravada por las «sentencias unilaterales», con las que no solo se contradice la voluntad mayoritaria —como ocurre cuando simplemente se anula una disposición legislativa—, sino que el teóricamente «legislador negativo» va más allá, llegando a entrometerse en

funciones propias de los órganos legislativos. Lo contrario ocurriría, creemos, con las llamadas «sentencias bilaterales», de algunos de cuyos ejemplos más significativos ahora nos ocuparemos. En estos casos, la «última palabra» en la toma de decisiones públicas no es tanto que no recaiga en la justicia constitucional como que se comparte con el legislador, propiciándose así un diálogo interinstitucional que convierte la reparación de la ley inconstitucional en un «proceso» más que en un acto unilateral. De este modo, la tradicional tensión entre jueces constitucionales y legisladores a la que venimos refiriéndonos se ve profundamente suavizada, si es que no totalmente eliminada. Entre estos mecanismos «bilaterales» destacan especialmente la posibilidad de diferir la nulidad en el tiempo y la llamada inconstitucionalidad sin nulidad o «mera incompatibilidad», por lo que ahora nos ocuparemos de analizar cada una de estas dos modalidades de pronunciamientos en el marco jurídico en que han surgido, que son el austriaco y el alemán, respectivamente. Después estudiaremos las posibilidades de utilización que estos tipos de «sentencias bilaterales» tienen en el ordenamiento jurídico español.

1. LA ANULACIÓN DIFERIDA Y EL REENVÍO LEGISLATIVO EN AUSTRIA

Uno de los países de nuestro entorno jurídico donde existe uno de los mecanismos que creemos susceptible de generar una suerte de diálogo o interacción interinstitucional entre la justicia constitucional y el Parlamento es la República de Austria. En efecto, el Tribunal Constitucional austriaco tiene atribuida desde la Constitución de 1920 la posibilidad no solo de anular leyes, sino de diferir en el tiempo la entrada en vigor de dicho efecto anulador.

Antes de analizar en profundidad este mecanismo conviene hacer una aclaración. Hemos dicho que el Tribunal Constitucional en Austria está facultado para «anular» (*aufheben*) las disposiciones legislativas que estime inconstitucionales, que no es lo mismo que decir que está habilitado para «declarar su nulidad». Esta diferencia es relevante para entender por qué el tipo de pronunciamiento que vamos a estudiar ha sido posible en este país desde un primer momento, pero no en otros ordenamientos jurídicos próximos. En abstracto, los conceptos de «nulidad» y «anulabilidad» son dos categorías dogmáticas aparentemente claras, que obedecen a tradiciones jurídicas diversas. Puestas en relación con los efectos de las sentencias recaídas en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes, ambas implican la expulsión del precepto inconstitucional del ordenamiento jurídico. Sin embargo, sus efectos temporales son diferentes. Así, la declaración de nulidad tendría efectos *ex tunc*, es decir, la norma jurídica afectada por la misma estaría aquejada de un vicio *ab initio* que el Tribunal Constitucional se limitaría señalar en una sentencia puramente «declarativa», con lo que los efectos de la inconstitucionalidad se

retrotraerían al momento en que la norma fue promulgada. Por el contrario, la «anulabilidad» implicaría, de modo similar a lo que ocurre con la derogación (*Abschaffung*), la pérdida de vigencia de la disposición derogada y los efectos de la sentencia constitucional, que ya no sería declarativa sino constitutiva, serían *ex nunc*: se producirían a partir del momento en que se anulase el acto o la norma de que se trate. Ahora bien, lo cierto es que en la práctica estas categorías nunca producen plenamente los efectos que de ellas se predicen, pues siempre están matizados por los distintos ordenamientos. En el caso de España, donde la sanción que lleva aparejada la declaración de inconstitucionalidad es la nulidad (art. 39.1 LOTC), la teórica retroacción *ex tunc* está limitada, por razones de seguridad jurídica, por la propia LOTC, que en su art. 40.1 establece lo siguiente: «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales». Una limitación de la nulidad que es acto seguido excepcionada para los casos de normas penales o administrativas sancionadoras más favorables: «Salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad». Igualmente, aquellos ordenamientos que, como el austriaco, establecen la derogación como efecto de la declaración de inconstitucionalidad matizan también los efectos exclusivamente *ex nunc*.

El Tribunal Constitucional austriaco (TCA), pues, «anula» y no «declara la nulidad» de las leyes que estima inconstitucionales, como se deriva de los arts. 140.3 («el tribunal únicamente podrá anular una ley como anticonstitucional») y 140.5 («el fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como anticonstitucional, obliga al Canciller federal o al Gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación») de su Constitución, y tal y como ha sido reconocido desde muy pronto por el propio TCA⁸. Anulación que la Constitución de 1920 (CA) completa atribuyendo al Tribunal Constitucional en su art. 140.5 la posibilidad de diferir en el tiempo los efectos de esta derogación, es decir, de establecer una *vacatio* de hasta un

⁸ *Vid.* STCA 1491/1932: «Una ley que se oponga a la Constitución no es inválida ni, por tanto, absolutamente nula, sino un acto que, a pesar de ser inconstitucional, era jurídicamente vinculante hasta su eventual derogación».

máximo de dieciocho meses⁹ por medio de la cual retrasar la entrada en vigor de la derogación de aquellas normas que hubiera declarado inconstitucionales. Pese a que la redacción de este precepto parece contemplar dicha posibilidad como un recurso excepcional, lo cierto es que «el Tribunal constitucional austriaco ha hecho un uso muy amplio de esta facultad en un doble sentido: por un lado, utilizándola con gran frecuencia y, por otro, limitándose a invocar el art. 140.5 CA como único fundamento de la misma» (González Beilfuss, 2000: 186).

En caso de que el TCA opte por diferir en el tiempo el inicio de los efectos de la derogación, mientras no se cumpla el plazo fijado por la sentencia la norma inconstitucional permanece vigente, es decir, sigue siendo de aplicación a todos los casos salvo al llamado *Anlassfall* (art. 140.7 CA), el supuesto de hecho que ha dado origen a la declaración de inconstitucionalidad —he aquí una aplicación retroactiva que modula los efectos *pro futuro* tradicionalmente predicados de la anulación—; es más, la norma declarada inconstitucional y que sigue siendo aplicada no puede volver a ser impugnada por ningún procedimiento (Aja, 1998: 280).

Aceptar que una ley inconstitucional siga produciendo efectos es más fácil de asumir en Austria que en países como España o Alemania, donde, por su tradición jurídica, resultaría especialmente chocante que una norma que ha sido declarada inconstitucional (y, por tanto, nula) continúe produciendo efectos. Ahora bien, pese a que el recurso a la anulación diferida podría estar regulado con mayor precisión —favoreciendo, por ejemplo, la previsibilidad de este tipo de pronunciamientos por medio de una regulación que concretase los supuestos en que el Tribunal puede hacer uso de esta potestad—, lo cierto es que por medio de esta *vacatio* se evitan diversos problemas como los generados por las sentencias aditivas o los que puede ocasionar el vacío normativo causado por la derogación de normas inconstitucionales. Además, el hecho de que esta posibilidad se encuentre positivizada permite que la legitimidad del TCA no se resienta cuando opte por recurrir a la misma.

Esta figura nos resulta especialmente interesante, pues la idea que late detrás de la misma es la de dar un plazo al legislador para que sea este el que enmiende la norma declarada inconstitucional. De este modo, aunque sigue siendo el Tribunal Constitucional el que mantiene la «última palabra» a la hora de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes —y suya es la decisión de recurrir o no a este mecanismo—, lo cierto es que, siempre que el mismo sea utilizado y que el legislador actúe dentro del plazo que le ha sido concedido

⁹ El plazo máximo inicial, ampliado en sucesivas reformas constitucionales, era de seis meses.

en la sentencia, lo que ocurrirá en la práctica será que el TCA se limitará a identificar la incompatibilidad de la norma enjuiciada con la Constitución, siendo el legislador quien tendrá en su mano remediar tal situación. Se trata de una fórmula que, a nuestro juicio, permite articular una suerte de reenvío legislativo, propiciando en cierto modo que el Tribunal Constitucional actúe, en palabras de Gargarella (2013), como un poder de control «orientado a llamar la atención —tanto de los legisladores como de la ciudadanía— respecto de normas todavía imperfectas a fin de procurar una paulatina mejora de la producción legislativa y promover un valioso diálogo interinstitucional».

Pese a esto, nos parece importante insistir en la trascendental diferencia que existe entre mecanismos como la derogación diferida y otros como la cláusula no-obstante canadiense, pues mientras que por medio del primero es el Tribunal Constitucional el que apela al legislador para que este participe en el restablecimiento de la constitucionalidad de la ley, el segundo constituye la clave de bóveda de un diseño institucional diferente, donde lo que se pretende es algo mucho más radical: devolver al legislador la «última palabra» en la toma de decisiones públicas. Ahora bien, lo que resulta innegable es que ambos mecanismos permiten una subsiguiente intervención del legislador a la correspondiente declaración de inconstitucionalidad, haciendo que el restablecimiento de la constitucionalidad se convierta más en un «proceso» interinstitucional que en el resultado de una decisión unilateral.

2. LA INCONSTITUCIONALIDAD SIN NULIDAD EN ALEMANIA

Otra modalidad de pronunciamiento dentro de las llamadas «sentencias bilaterales» son las sentencias declarativas de inconstitucionalidad que no llevan aparejada la nulidad, también conocidas como de «mera incompatibilidad». Tienen su origen en la práctica del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF), que las dictó durante años al margen de lo establecido en el art. 78 de su ley reguladora (en adelante, BVerfGG), donde se establece que el Tribunal debe «declarar nulas» las leyes inconstitucionales. Pese a esto, la práctica ha terminado por ser positivizada, si bien es cierto que de un modo confuso e incompleto, pues la reforma de la BVerfGG en 1970 optó por incorporar una mención a la figura de la inconstitucionalidad sin nulidad en dos preceptos que «regulan aspectos tangenciales como la publicación de las sentencias o su alcance temporal en el ámbito penal» (González Beilfuss, 2000: 200), quedando inmodificada la rígida vinculación establecida por el ya mencionado art. 78.

Declarar que una disposición legislativa es «meramente incompatible» con la Ley Fundamental de Bonn ha permitido al TCF evitar tanto los problemas

técnicos que acarrea una declaración de nulidad¹⁰ como respetar la libertad de configuración del legislador ordinario.

En cuanto a sus consecuencias jurídicas, nunca ha estado totalmente claro cuál es el régimen jurídico aplicable durante el período de tiempo que va desde la declaración de inconstitucionalidad hasta que se aprueba una nueva ley. Weber (1998) apunta a que «la consecuencia jurídica de la declaración de incompatibilidad consiste en que la norma inconstitucional sigue manteniéndose en el entramado normativo y que las normas jurídicas anteriores a su entrada en vigor no reviven. La norma inconstitucional soporta, sin embargo, una prohibición de aplicación (*Anwendungssperre*) que se retrotrae al momento de la colisión normativa». Esto quiere decir que se reconocería como la consecuencia jurídica habitual de los fallos de inconstitucionalidad sin nulidad la inaplicación de la norma inconstitucional y la interrupción de los procedimientos en que sea aplicable, extendiéndose de este modo la prohibición de aplicar el régimen inconstitucional del *Anlassfall* —del caso que da origen a la sentencia declarativa— a los denominados casos paralelos (*Parallelfälle*), es decir, a los demás supuestos de hecho pendientes o que pueden plantearse durante el período interino y a los que en principio sería aplicable el régimen jurídico declarado inconstitucional. En efecto, la BVerGE 37, 217 (261) optó por esta solución al establecer que «la nulidad y la mera inconstitucionalidad tienen los mismos efectos tanto respecto al pasado como al futuro», lo que, como señala González Beilfuss (2000), resulta desconcertante si pensamos en que, precisamente, «esta figura tenía su origen en los problemas planteados por los fallos típicamente anulatorios», pero que puede explicarse por la enorme influencia que el dogma de la nulidad *ex tunc* tiene en el país germano. Sin embargo, y para mayor confusión, la propia Sentencia 37, 217/261 «reconoció también de forma expresa que, excepcionalmente, las normas inconstitucionales podían seguir siendo aplicadas durante dicho periodo». Así, parecería que la inaplicación de la norma inconstitucional y la interrupción de aquellos procedimientos donde esta fuera aplicable serían la regla general, mientras que la aplicación del régimen inconstitucional constituiría una excepción. Sin embargo, lo cierto es que esto no ha quedado claro, pues el Tribunal nunca ha desarrollado criterios inteligibles sobre los casos en que haya de aplicarse

¹⁰ Como nos recuerda Jiménez Campo (1997): «La declaración de nulidad es sencillamente inutilizable en pronunciamientos que no cancelen o supriman enunciados legales o fragmentos de los mismos (pronunciamientos, por ejemplo que operen reducciones o ampliaciones de su ámbito de aplicación) y tampoco cabe acudir a ella cuando el resultado ablativo en nada repare, o aun empeore, la situación inconstitucional».

la teórica regla general o la supuesta excepción. Para mayor inri, ahora que el Tribunal ha comenzado a pronunciarse con más frecuencia sobre los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad, mayoritariamente ordena que el régimen jurídico inconstitucional siga aplicándose durante el período interino (González Beilfuss, 2000: 273). Esta postura parece la más lógica si pensamos que los efectos de su alternativa —la inaplicación de la normativa inconstitucional y la interrupción de los procedimientos en que hubiera sido aplicable— serían muy similares a los que se producen a consecuencia de un pronunciamiento meramente ablativo.

En definitiva, la aplicación transitoria de la normativa inconstitucional puede no resultar especialmente agradable, sobre todo cuando se trate de una legislación discriminatoria. No obstante, nos parece un precio razonable a pagar por evitar una intromisión por parte del Tribunal Constitucional en las funciones propias del legislador. Este último ha sido quien ha traspasado los límites que la Constitución le impone y habrá de ser él, una vez apercibido públicamente y bajo la lupa del resto de operadores jurídicos y de la sociedad en su conjunto, el que enmiende dicho error.

VI. LAS POSIBILIDADES DE DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL Y LOS MECANISMOS DE EQUILIBRIO EN ESPAÑA

La Constitución española de 1978 (en adelante, CE) establece un sistema de control «concentrado» de constitucionalidad de las leyes. Ahora bien, a diferencia del modelo kelseniano original, donde «la eliminación del precepto inconstitucional no despliega sus efectos hacia el pasado» (Díaz Revorio, 2001: 149), el sistema español se halla claramente condicionado por el dogma de la nulidad *ex tunc*, de forma que el «intérprete supremo de la Constitución» no anula sino que declara la nulidad de las normas inconstitucionales. Tan profundamente arraigada está esta idea en nuestro país que la LOTC apuesta inequívocamente por vincular declaración de inconstitucionalidad con nulidad en su art. 39.1: «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados [...]». Sin embargo, esta opción legislativa no parece que venga constitucionalmente impuesta, y coincidimos con la opinión de Díaz Revorio (*ibid.*) cuando señala que «la ley podría permitir efectos diferentes a los de la nulidad con efectos *ex tunc*, al menos en ciertos supuestos». Con todo, la opción por la que ha apostado nuestro legislador no deja lugar a dudas, estableciendo un férreo binomio entre inconstitucionalidad y nulidad que, en no pocas ocasiones, ha resultado excesivamente rígido, obligando a nuestro Tribunal Constitucional (TC) a romper el vínculo entre inconstitucionalidad y nulidad con la adopción de

«sentencias bilaterales». En efecto, lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional, al igual que sus homólogos europeos, se ha visto forzado en determinadas circunstancias a responder de diferentes maneras a lo que, realmente, son diversos supuestos de inconstitucionalidad de las leyes¹¹. Por ello, cuando el TC se ha encontrado con modalidades de inconstitucionalidad frente a las cuales la pura y simple declaración de nulidad no resultaba adecuada para el restablecimiento de la constitucionalidad, ha recurrido a pronunciamientos intermedios de distinto tipo. Así, desde tan temprano como la STC 5/81, de 13 de febrero, nuestro Tribunal Constitucional ha adoptado repetidamente «sentencias interpretativas¹²». Frente a otros supuestos, el TC ha adoptado «sentencias manipulativas», entendiendo por tales aquellas que «declaran la inconstitucionalidad de una norma parte del contenido normativo derivado conjuntamente del texto impugnado» (*ibid.*: 158-159). Desde nuestro punto de vista, las sentencias interpretativas no implican tanto una vulneración del binomio impuesto por la LOTC como una forma de soslayarlo, una maniobra posible gracias al cambio que se produce en el objeto del enjuiciamiento constitucional al sustituirse la disposición por la norma. Pese a esto, lo que no ofrece duda es que con muchos de estos pronunciamientos el TC excede la función nomofiláctica (propia de un legislador negativo) para, al imponer una única interpretación de las disposiciones, ejercer una función nomotética, de selección de opciones (propia de un legislador positivo). Así, la objeción contramayoritaria se ve agravada por una práctica que, si bien ha tratado de justificarse en la deferencia hacia la obra del legislador, lo cierto es que, especialmente en aquellos casos en que las sentencias «se apartan abiertamente del tenor literal de la ley enjuiciada, no sólo invaden la competencia del poder

¹¹ Como apunta Jiménez Campo (1997): «La inconstitucionalidad de la ley es expresión bajo la que cobijamos realidades diversas, diversidad que no sólo procede del distinto modo en que una regla legal puede entrar en contradicción con la Constitución, sino también de otros factores, como son, en especial, el carácter de la ley inconstitucional o el tipo de vicio que la afecta».

¹² «Las llamadas en parte de la doctrina Sentencias interpretativas, esto es, aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados, son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución. Es, en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso [...]» (STC 5/81, de 13 de febrero, FJ 6).

legislativo, sino que deterioran la posición del poder de reforma constitucional al restringir sus opciones» (Punset, 2014: 95).

Ante este panorama, se ha reclamado la utilización de alternativas menos invasivas de las funciones del Parlamento. El propio TC —que ha manifestado en más de una ocasión ser consciente de la importancia de respetar el papel del legislador¹³— ha adoptado sentencias donde se declara la mera incompatibilidad de una disposición legislativa con algún precepto constitucional, o pronunciamientos donde la eficacia de la nulidad queda diferida en el tiempo por medio de un plazo que el Tribunal otorga al legislador para que enmiende la constitucionalidad de la ley. Así, en el fallo de la temprana STC 45/1989, de 20 de febrero, optó por declarar la mera inconstitucionalidad del art. 4.2 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en cuanto que el mismo no preveía para los miembros de la unidad familiar, «ni directamente ni por remisión, posibilidad alguna de sujeción separada», imponiendo discriminatoriamente a estos la sujeción conjunta a dicho impuesto. Igualmente, en la STC 195/1998, de 1 de octubre, el Tribunal optó de nuevo por no declarar la nulidad de la Ley 6/1992, de 27 de marzo, por la que se declara Reserva Natural a las Marismas de Santoña y Noja, pues, pese a la invasión competencial del legislador estatal, la ausencia de legislación autonómica que regulase la cuestión hizo conveniente «precisar el alcance que debemos dar al fallo de esta resolución, ya que, en las actuales circunstancias, anudar a la declaración de inconstitucionalidad la nulidad inmediata de la Ley 6/1992 podría producir graves perjuicios a los recursos naturales de la zona objeto de controversia» (FJ 5). Como vemos, el argumento esgrimido para no declarar la nulidad de la norma se basa en evitar la aparición de una laguna jurídica en el ordenamiento, que hubiera tenido unas consecuencias más graves que las derivadas de mantener vigente una ley estatal invasora de competencias autonómicas. Tampoco resulta complicado encontrar ejemplos en los que el TC ha optado por diferir la nulidad de algún precepto inconstitucional. Tal es el caso de la STC 208/1999, en cuyo fallo se decide:

¹³ «Debe insistirse una vez más en que el control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse por este Tribunal de forma que no se impongan constricciones indebidas al poder legislativo y se respeten sus legítimas opciones políticas. Por lo demás, como venimos señalando, el cuidado que este Tribunal ha de observar para mantenerse dentro de los límites del control del legislador democrático debe extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados» (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12.b).

[...] estimar parcialmente los recursos de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar inconstitucional la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional», en la medida en que desconoce las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos, difiriendo su nulidad hasta el momento en que, establecidos por la ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercerlas.

Como vemos, la falta de cobertura legal de este tipo de sentencias no ha impedido que nuestro Tribunal Constitucional haga uso de las mismas en aquellos casos en que el recurso a la pura y simple declaración de nulidad generaría una situación menos acorde con la Constitución que la vigencia de una norma inconstitucional. Ahora bien, se plantea un problema evidente, pues estas dos posibilidades no solo no encuentran respaldo en la legislación sino que, ahora sí, vulneran lo expresamente dispuesto en el art. 39 de la LOTC —precepto que, *sensu contrario*, prohíbe expresamente toda medida que separe inconstitucionalidad y nulidad—. El atrevimiento del Tribunal Constitucional ha tenido consecuencias positivas. Sin embargo, que uno de los órganos que diariamente se encargan de sostener nuestro Estado de derecho se vea ante la disyuntiva de o bien quebrantar la ley o bien causar una situación de inconstitucionalidad aún más grave resulta cuando menos perturbador. Y es que, con la disolución del binomio inconstitucionalidad-nulidad, son numerosas las consecuencias jurídicas de gran calado que, en detrimento del principio de seguridad jurídica, quedan indeterminadas, a la libre discrecionalidad del Tribunal Constitucional.

En el año 2005 el legislador planteó un proyecto de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional¹⁴, por medio del cual se pretendía, entre otras cosas, disolver el férreo vínculo establecido en el art. 39 LOTC entre inconstitucionalidad y nulidad, introduciendo tanto la posibilidad de dictar sentencias de mera incompatibilidad como de diferir en el tiempo los efectos de la nulidad. La exposición de motivos de dicho proyecto hablaba de acometer «reformas sustanciales en relación con los procesos de control de constitucionalidad», delimitando «con mayor precisión cuáles son los efectos de las sentencias en los procesos de constitucionalidad». En efecto, el art. 39.1, tal y como estaba proyectado en dicha iniciativa, hubiera establecido lo siguiente: «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados o cuestionados. No obstante, motivadamente y para preservar los valores e intereses que la

¹⁴ El texto original del proyecto se encuentra en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, serie A, n.º 60-1, de 25 de noviembre de 2005.

Constitución tutela, la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad o diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso será superior a tres años».

A esta hipotética redacción del apartado primero del art. 39 le fueron planteadas dos enmiendas¹⁵ que abogaron por mantener la redacción original del precepto al entender, respectivamente, que diferir a un momento posterior la nulidad de una norma que ya ha sido declarada inconstitucional «abre un panorama para los aplicadores de las normas, en primer término, y para la ciudadanía, en términos generales, confuso y vulnerable», y que facultar al Tribunal Constitucional para suplir lagunas normativas «es atribuirle facultades legislativas, lo que es inconstitucional», o que «el plazo de inconstitucionalidad con nulidad diferida es demasiado amplio, generando una enorme inseguridad jurídica». También se presentó una enmienda en la que se mantenía la nulidad diferida pero se eliminaba la posibilidad de emitir pronunciamientos de mera incompatibilidad, lo que se justificaba aduciendo que «la introducción de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma pueda [ir] independizada de su nulidad, de forma absoluta y permanente, no encuentra apoyo en el artículo 161 de la Constitución». Finalmente —y sin que los diarios de sesiones puedan arrojar ninguna luz al respecto, pues parece que la negociación fue despachada en el seno de la correspondiente ponencia—, en el informe que se elevó a la Comisión Constitucional sobre el proyecto de ley¹⁶ desaparece la modificación propuesta y el tenor original del art. 39 se mantiene, llegando así inalterado a lo que será la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Una decisión que hemos de lamentar, pues mantiene la prohibición de flexibilizar los efectos de las sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad, dificultando a nuestro Tribunal Constitucional el recurso a unas modalidades de pronunciamiento que, a nuestro juicio, son necesarias tanto para poder hacer frente a las diversas causas de inconstitucionalidad como para que el Tribunal encuentre un mejor acomodo dentro de un nuevo contexto de división de Poderes donde no puede seguir siendo el legislador negativo que ideara Kelsen, pero tampoco puede ocupar una función política de selección de opciones, que ha de corresponder exclusivamente a los representantes democráticamente elegidos por los ciudadanos.

¹⁵ Estas enmiendas y sus respectivas justificaciones pueden consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, serie A, n.º 60-7, de 23 de febrero de 2006.

¹⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, serie A, n.º 60-9, de 5 de diciembre de 2006.

VII. CONCLUSIONES

El punto de partida de este trabajo ha sido la pregunta de por qué unos órganos con menor legitimidad democrática tienen constitucionalmente atribuida la potestad de anular las decisiones de aquellos otros que han sido democráticamente elegidos. Como hemos visto, esta paradoja parecería ser un resultado inherente a las democracias constitucionales, un «mal menor» sin solución aparente. Sin embargo, los países de la antigua Commonwealth dieron sin pretenderlo —pues lo que en realidad buscaban era modular un principio típicamente británico como el de la supremacía del Parlamento—, con una fórmula que, desde nuestro punto de vista, permite efectivamente salvar esa dificultad, introduciendo alguna forma de control judicial de constitucionalidad. Así, lo que ha ocurrido en países como Canadá es que, al pretenderse la constitucionalización de determinados derechos y libertades y la atribución a los jueces y tribunales de la capacidad para enjuiciar las leyes, no se ha llegado hasta el modelo propio de las democracias estadounidense y europeas, donde la consecuencia de ese control de la constitucionalidad se traduce en el otorgamiento a los jueces constitucionales de la última palabra en la toma de decisiones públicas, germen de aquella objeción contramayoritaria. Por el contrario, el intento de establecer una constitución rígida y algún tipo de mecanismo judicial que garantice su supremacía en países tributarios de la tradición jurídica británica de alguna manera se ha «quedado corto», dando lugar a un modelo intermedio, el «new Commonwealth constitutionalism», que tiene como consecuencia inesperada la de superar la objeción contramayoritaria por medio de mecanismos que, al estilo del art. 33 de la Constitución canadiense, permiten que el legislador democrático recupere o, mejor dicho, mantenga la última palabra en la toma de decisiones. Estos artificios jurídicos han sido aplaudidos por importantes sectores doctrinales, que los han considerado un avance en cuanto que susceptibles de generar un diálogo interinstitucional entre tribunales y Parlamentos útil para perfeccionar y depurar el proceso de producción normativa. No obstante, creemos que fórmulas como la canadiense son factibles en países pertenecientes a una tradición jurídico-constitucional muy característica, ajena a la imperante en Europa continental. Además, nuestra cultura jurídica ha generado también algunos mecanismos para equilibrar la relación entre tribunales constitucionales y Parlamentos, permitiendo suavizar la dificultad contramayoritaria. Una dificultad que, en las últimas décadas, se ha visto agravada a consecuencia de un preocupante intrusismo por parte de la justicia constitucional en las funciones legislativas. El legislador negativo —merecedor de la objeción contramayoritaria aunque perfectamente democrático— ha llegado en ciertos casos a ocupar el papel propio de un legislador positivo, algo tan intolerable como peligroso. Una perversión potenciada por

la imposibilidad de restablecer adecuadamente, a través de la anulación o la declaración de nulidad, una constitucionalidad que, en la práctica, puede haberse visto conculcada por razones muy diversas que requerirán soluciones alternativas para su enmienda. A este respecto, los hechos se han impuesto sobre lo legalmente previsto, apareciendo modalidades de pronunciamientos que no solo permiten evitar intromisiones en las funciones propias del Legislativo, sino que además sirven para suavizar la dificultad contramayoritaria en la medida en que devuelven la responsabilidad al legislador, haciendo que este participe en el «proceso» de enmienda de la constitucionalidad de las leyes.

Creemos también que la utilización de estas sentencias bilaterales permite clarificar el rol que la justicia constitucional debe ocupar dentro de una nueva forma de entender la división de poderes, donde ya no puede limitarse a actuar simplemente como legislador negativo, pero tampoco puede convertirse en legislador positivo. En este sentido, siempre que un tribunal constitucional haya recurrido a una sentencia unilateral (interpretativa, manipulativa, etc.), podría en su lugar haber dictado una bilateral que hubiera sido una respuesta mucho más respetuosa con el papel del legislador democrático. Sentencias que, además, son también susceptibles de propiciar un diálogo entre ambas instituciones que, si bien es cierto que se produce dentro de un marco jurídico-institucional diferente, creemos que se adecúa mejor a nuestra tradición jurídica de lo que lo haría la mera importación de mecanismos como la cláusula canadiense, los cuales probablemente generarían un fuerte rechazo en nuestros ordenamientos. Pero apostar por los pronunciamientos bilaterales implica sobre todo abogar por su positivización, pues no es propio de un Estado de derecho que se precie forzar a que sus instituciones, para poder cumplir cabalmente con la función que les ha sido encomendada, se vean obligadas a soslayar, cuando no a vulnerar frontalmente, la legalidad vigente, minando así su legitimación de ejercicio. La legalización de este tipo de decisiones, unida a una toma de conciencia clara por parte de la justicia constitucional de cuál ha de ser su papel institucional, de los límites dentro de los cuales es legítimo el ejercicio del control de la constitucionalidad de una ley en una democracia representativa, podría ayudar a clarificar cuál es el ámbito de actuación de unos órganos a los que se atribuye una función constitucional absolutamente esencial en nuestros días.

Bibliografía

Aja, E. (ed.) (1998). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel.

- Bayón, J. C. (2010). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En M. Carbonell y L. García (eds.). *El canon neoconstitucional* (pp. 282-355). Madrid: Trotta.
- Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- Castellà Andreu, J. M. (2001). La evolución político-constitucional de Canadá. En E. Mitjans y J. M. Castellá (coords.). *Canadá: introducción al sistema político y jurídico* (pp. 27-55). Barcelona: Publicacions de la Universitat de Barcelona.
- Chacón Piqueras, C. (2001). Las cláusulas «no obstante» y limitativa general de derechos de la Carta canadiense de derechos y libertades de 1982. En E. Mitjans y J. M. Castellá (coords.). *Canadá: introducción al sistema político y jurídico* (pp. 211-226). Barcelona: Publicacions de la Universitat de Barcelona.
- De Montalvo Jääskeläinen, F. (2012). Las cláusulas notwithstanding y override del constitucionalismo canadiense. *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 387-409. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7013>.
- Díaz Revorio, F. J. (2001). *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad: análisis especial de las sentencias aditivas*. Valladolid: Lex Nova.
- Ferreres Comella, V. (2007). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gardbaum, S. (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (2013). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 14 (2), 1-32. Disponible en: <https://bit.ly/2LC0f1x>.
- González Beilfuss, M. (2000). *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hiebert, J. L. (2001). Los efectos de la Carta de Derechos y Libertades en la política canadiense. En E. Mitjans y J. M. Castellá (coords.). *Canadá: introducción al sistema político y jurídico* (pp. 195-209). Barcelona: Publicacions de la Universitat de Barcelona.
- Hogg, P. W. y Bushell, A. (1997). The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall Law Journal*, 35 (1), 75-124.
- Jiménez Campo, J. (1997). Qué hacer con la ley inconstitucional. En *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley: Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Kahana, T. (2002). Understanding the Notwithstanding Mechanism. *University of Toronto Law Journal*, 52, 221-274. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/825966>.
- Kelsen, H. (1988). La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional). En H. Kelsen. *Escritos sobre la democracia y el socialismo* (pp. 109-155). Madrid: Editorial Debate.

- Leeson, H. (2001). The Notwithstanding Clause: A Paper Tiger? En P. Howe y P. H. Russell (eds.). *Judicial Power and Canadian Democracy*. Montreal [etc.]: McGill-Queen's University Press.
- Madison, J. (1787). *The Federalist Papers: n.º 10*. Disponible en: <https://bit.ly/1L3guuV>.
- Punset, R. (2014). *Potestades normativas y forma de gobierno*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rubio Llorente, F. (1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22, 9-51.
- Salazar, P. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Waldron, J. (2001). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- (2006). The core of the case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 1346-1360. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/20455656>.
- Weber, A. (1998). Alemania. En E. Aja (ed.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual* (pp. 53-87). Barcelona: Ariel.

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: *El juicio de amparo, la Constitución de Querétaro de 1917, y su influjo sobre la Constitución de la Segunda República Española*. Volumen I: *Antecedentes y evolución del juicio de amparo hasta su recepción por la Constitución de Querétaro. El inicio con ella de la nueva era del constitucionalismo social*, Madrid, colección Dykinson-Constitucional, 2017, 1143 págs.

Es bien conocida la línea de trabajo del profesor Fernández Segado en materia de justicia constitucional, campo en el que ha realizado importantísimos avances en el estudio y descripción de los distintos tribunales constitucionales de Latinoamérica y Europa. En este nuevo trabajo, dentro de esta línea, el autor entra ahora en el examen de una derivada más de la jurisdicción constitucional, a saber, su faceta histórica, más concretamente, el origen del juicio de amparo en la Constitución mexicana de 1917 —uno de los instrumentos de derecho procesal constitucional más conocidos de protección de derechos y libertades—, así como también su influencia en la Constitución española de 1931. En este nuevo libro de Fernández Segado se vuelve a apreciar perfectamente el nivel de exhaustividad y afán de prolijidad en su análisis del objeto de estudio desde el mismo título de la monografía, la exactitud y precisión de los distintos títulos del índice y de la propia extensión de la obra (1143 páginas). En este sentido, se agradece nada más empezar también la precisión del prólogo, que prepara muy bien al lector sobre el sentido y contenido del trabajo. En efecto, en el mismo, el autor nos anticipa que la pretensión primigenia de la obra es festejar el centenario de la Constitución de Querétaro, adentrándose al máximo, desde una posición más doctrinal y jurídica, en uno de sus instrumentos —el juicio de amparo mexicano— que más ha aportado a la cultura jurídica universal, así como también en otros aspectos relacionados de la Constitución de 1917, como primer ejemplo del constitucionalismo social. Luego, igualmente en el prólogo, Fernández Segado nos anticipa que esta obra no es sino un anticipo de una investigación todavía incompleta, en lo que pretende ser un estudio pormenorizado mucho mayor del amparo en susodicha Constitución, su evolución posterior, abordando incluso, con especial énfasis, el actual debate europeo del control de constitucionalidad y el influjo de todo ello en la Constitución española de 1931 y la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Vayamos por partes. En primer lugar, una visión de conjunto de la obra. Fernández Segado profundiza en este volumen en todos los antecedentes doctrinales, estudios jurídicos del juicio de amparo y de la Constitución mexicana de 1917; luego, hace especial énfasis en su caracterización de «Constitución social», cuestión que cierra el volumen. Hasta aquí podríamos destacar, en particular, que el autor bucea plenamente entre las aguas del derecho constitucional mexicano y de su historia del derecho. Ahora bien, lo cierto es que esta parte del trabajo va mucho más allá. En la obra se hallan no solo los temas y puntos de vista «mexicanos» (que por supuesto también y probablemente va a ser una obra señera en las bibliotecas latinoamericanas), sino que, además, se abordan las cuestiones constitucionales y del amparo o garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas desde la perspectiva tanto europea como comparatista. Dicho lo cual el lector europeo encontrará también, amén de un baño de historia universal y de cultura iberoamericana, un perfecto plano de situación de los grandes temas constitucionales en relación con el amparo y las garantías de los derechos y con el constitucionalismo social nacido en Querétaro (según reivindica, con acierto, Fernández Segado), y con referencias doctrinales a los más reconocidos autores europeos. En efecto, desfilan por sus páginas, no solo citados de pasada sino presentados y sintetizados con profundidad, los más insignes estudiosos de la jurisprudencia y del derecho (del ámbito europeo y anglosajón), desde Kelsen hasta Zagrebelsky, pasando por Alcalá-Zamora, Barthélemy, Capelletti, Duguit, Forsthoff, García Pelayo, González Pérez, Jellinek G., Lucas Verdú, Oliver Araujo, Mirkin-Guetzévich, Pérez Serrano, N., Pérez Tremps, Roscoe Pound, Schmitt y Tomás Villarroya, entre otros, además de la doctrina mexicana y latinoamericana, que el autor domina igualmente. En conclusión, la obra nos sitúa en el siglo XIX y en plena etapa de la emancipación colonial, añadiéndose a ello la era del primer constitucionalismo, con algunas peculiaridades que el profesor Fernández Segado se encarga de apuntar e iluminar. El jurista hispánico o europeo no familiarizado con la historia constitucional mexicana ni con sus instituciones jurídicas ciertamente se va a encontrar ante un mar de novedades (como el mismo juicio de amparo, que habrá que resituar, el reclamo o la Suprema Corte), lo que ya es positivo por lo que significa de apertura para el estudio comparatista, a veces no siempre tratado con la profundidad que se merece. Asimismo, el lector se hallará continuamente conectado con los grandes problemas y temas constitucionales, con sus estudiosos y con los sistemas políticos más arquetípicos. Dicho de otro modo, desde nuestra orilla, la europea, adentrarse en el constitucionalismo iberoamericano —en uno de sus ejemplos más señeros, la Constitución queretana de 1917— significa repasar o «recolocar» las categorías e instituciones jurídicas aprendidas. Y ello lo logra el autor con un relato, ciertamente muy prolijo y detallado, continuamente

vigilante por los grandes temas del constitucionalismo, en particular por los que quiere realzar en esta ocasión: el juicio de amparo, sus antecedentes y sus avatares hasta la Constitución de Querétaro de 1917, de la cual va a destacar muy especialmente también el juicio de amparo y el constitucionalismo social.

En segundo lugar, en cuanto a la forma, el lector tiene ante sí una obra metódica y estructurada, ordenada y muy prolija en detalles históricos, citas de autores, referencias políticas y jurídico-constitucionales; en fin, es un estudio completo en los temas que ya hemos expuesto y que constituyen el eje o núcleo de la obra. Así logra el autor encajar hechos históricos, temas y autores con especial maestría, como si de piezas de un puzle se tratara, de modo que encajando se perfecciona o se crea un nuevo cuadro, un relato más completo del juicio de amparo y de la Constitución queretana de 1917.

En tercer lugar, entramos a describir capítulo por capítulo, en cuyos títulos descriptivos nos ofrece el profesor Fernández Segado una útil síntesis de su trabajo. Así, en el primer capítulo se inicia la obra con «El juicio de amparo mexicano. Aspectos generales. Antecedentes históricos de la institución», donde nos introduce en la institución mexicana, repasando todos sus antecedentes remotos y próximos con detalle, incluyendo una clásica cita del juez Marshall, quien, en 1803, participó en el famoso *Marbury vs. Madison* sobre los principios del control de constitucionalidad de las leyes. En el segundo capítulo aborda «Los instrumentos de garantía constitucional en el primer constitucionalismo mexicano: de la Constitución de Apatzingán (1814) a las Leyes Constitucionales de 1836». Partiendo del dato ineludible de la historia y de la política mexicanas, pues el derecho constitucional es inescindible de estas materias, el profesor de la Complutense repasa, desde la independencia del país y sus prolegómenos, la Constitución de 4 de octubre de 1824, la Constitución de 1836, las Siete Leyes Constitucionales, en medio de la guerra de Texas, con atisbos de una garantía real de los derechos, la garantía jurisdiccional llamada «reclamo», analizando a fondo un tipo de control de constitucionalidad que —pese a hallarlo en los manuales— se deja fácilmente de lado; luego, igualmente, analiza el llamado control político o «Supremo Poder Conservador», en la terminología mexicana, o «*jurie constitutionnaire*», en la doctrina de Sieyès, que examina a fondo junto con su aplicación histórica en la Francia revolucionaria. Concluye este capítulo, siguiendo la historia constitucional mexicana, con los preparativos para la reforma del 30 de junio de 1840, en cuyo contexto el diputado Ramírez, mediante un voto particular, constituye lo que da en llamar el «primer auténtico antecedente de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes». El tercer capítulo, un paso más adelante, lleva por título «Manuel Crescencio Rejón y el nacimiento del juicio de amparo en el Proyecto de Constitución de Yucatán, de diciembre de 1840». Se adentra aquí en las luchas entre federalistas y centralistas, que

fueron realmente fuertes en Yucatán (hoy estados de Campeche, Quintana Roo y parte de Tabasco), y el proyecto constitucional en el que el tema del control de constitucionalidad nuevamente se hace presente; luego, también, estudia el proyecto liderado por el diputado Rejón, político de gran talla y formación aunque no jurista, lo que da idea —nuevamente— de lo próximo que anda el constitucionalismo de la política y la vida social e histórica del país. Continuando en el análisis histórico, político y jurídico de los antecedentes del juicio de amparo y del control de constitucionalidad, el capítulo cuarta se titula «El Voto Particular de Mariano Otero, el Acta de Reformas de 1847 y la implantación del juicio de amparo a nivel federal». En otro capítulo de intervención militar, el general Salas, mediante el Decreto de 22 de agosto de 1846, hace renacer la vigencia de la Constitución de 1824 mientras se redactaba la nueva por el Congreso constituyente de 1846, llegando así al Acta Constitutiva y de Reformas de 21 de mayo de 1847. Antes de cerrar el capítulo con una referencia —no por ello menos exhaustiva— del olvido del juicio de amparo por el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 15 de mayo de 1856, Fernández Segado hace un profundo análisis del amparo a raíz de las reformas de 1847, incluyendo un repaso a los proyectos de leyes de desarrollo —en algunas ocasiones llamadas reglamentarias— y su influencia; aborda, en fin, la que llama la primera sentencia de amparo, la del juez Sámano de 13 de agosto de 1849, con todo su simbolismo histórico, sin dejar de lado aspectos críticos. Entrando en el penúltimo capítulo de la presente obra, el quinto, aborda un paso más de la historia constitucional mexicana con «El juicio de amparo en la Constitución de 1857, en sus Leyes reglamentarias y en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia». Fernández Segado expone, con citas prolijas de los más diversos autores mexicanos (Barragán Barragán, Carrillo Flores, Mario de la Cueva, Fix-Zamudio, García Ramírez, Tena Ramírez, González Horacio Labastida, Noriega Cantú, González Oropeza, Rabasa, Rodolfo Reyes, Reyes Heróles, Soberanes Fernández, Valenzuela, entre otros), la situación político-constitucional: un nuevo Congreso Constituyente reunido desde febrero de 1856 y un nuevo texto que desecha el control político de la constitucionalidad que había conocido su desarrollo en las reformas de 1847 y pasa a realizar un diseño del juicio de amparo en sus arts. 101 y 102, diseño que pasa a analizar con detalle el autor. Después de trazar las líneas maestras de la institución como una garantía de los derechos de las personas y la incidencia del amparo ante el Poder Judicial federal, el autor se adentra en la legislación posterior (lo que llama «proceso de reglamentación», utilizando la terminología mexicana) con todo detalle, acabando —y por ello estamos ante el más voluminoso capítulo— con la presentación y el estudio de los grandes «amparos» de este período mexicano, a saber, las decisiones de la Suprema Corte de 29 de abril de 1869 (el Amparo Miguel Vega), de 4 de junio de 1879

(el Amparo Larrache), de 11 de abril de 1874 (el Amparo Morelos) y de 6 de agosto de 1881, entre otros, efectuando nuestro autor un completo estudio de caso y doctrinal al mismo tiempo.

Después del paréntesis que califica el profesor Fernández Segado como «absurdo y trágico» llamado el «Imperio de Maximiliano», aparece el capítulo sexto, que ultima el presente volumen y culmina la obra proyectada, analizando «La Revolución de 1910-1917, el procesos constituyente y la Constitución de 1917. El inicio de una nueva era constitucional, la del constitucionalismo social». Fernández Segado parte de las vicisitudes históricas del México de principios de siglo xx, relatándonos con todo lujo de detalles la «Revolución mexicana» por antonomasia, la de 1910, siendo así que parte de la dictadura del general Porfirio Díaz, llegando al Congreso Constituyente de Querétaro a finales de 1916, pasando por el «magonismo», el «maderismo», los planes de San Luis, de Ayala (o de Emiliano Zapata, de noviembre 1911), el de Guadalupe (de Venustiano Carranza, de Coahuila, de 1913), la Convención de Aguascalientes y la lucha fratricida entre constitucionalistas, villistas y zapatistas (en torno a octubre de 1914), y el giro social de Carranza (a partir de diciembre de 1914) con las «leyes preconstituyentes», en términos del autor. Y ahí se halla nuevamente un antecedente de mucho interés en materia de amparo, el Decreto de Veracruz de 28 de septiembre de 1915, emitido por el primer jefe del Ejército Constitucionalista, todo lo cual nos da cumplida idea del caldo de cultivo revolucionario propio del momento constituyente, que llegaría a su culminación el 5 de febrero de 1917 con la Constitución de Querétaro. Para llegar a este momento cumbre Fernández Segado recorre desde el proyecto constitucional de Carranza hasta su aprobación, y se detiene en cada fase constituyente, particularmente, en lo que atañe al juicio de amparo, desmenuzando con especial detalle punto por punto las idas y venidas de dicha institución. El estudio de la Constitución de 1917, contrastándola con la de 1857, como punto de partida, nos sitúa ante un análisis general propio del constitucionalista, a saber, el carácter general simbólico, programático y normativo de la Carta, sus puntos de referencia formales, de reforma, para adentrarse en un apartado en el cual Fernández Segado se explayará con detalle: los aspectos sociales de la Carta queretana. Cualquier programa universitario de derecho constitucional, en efecto, menciona la Constitución mexicana de 1917 como un hito fundamental en la historia constitucional, al ver plasmar en dicho texto algunos derechos sociales, principalmente en el ámbito de la educación y en el mundo laboral. Fernández Segado nos sitúa en este capítulo, en su apartado cuarto, de lleno en el llamado constitucionalismo social, y nos ofrece una perfecta síntesis de la historia constitucional y de los primeros ejemplos y sus antecedentes. En este punto, como no podía ser de otro modo, sobresale la Carta de Querétaro de 1917, entre otras cosas, por ser la primera

de una concepción algo distinta del Estado, de los fines del Estado, ya que este pasa a ser un Estado social y democrático de derecho (fórmula que utilizaría mucho después la Constitución española de 1978), insertándose en una tipología que «iba a asignar al poder político el papel predominante de promotor del progreso económico, de la justicia social y del desarrollo cultural» (en palabras del profesor Fernández Segado, pág. 1074). Dedicar sus esfuerzos en este apartado el profesor de la Complutense a certificar y exponer de modo claro cómo la Constitución de 1917 amplía el círculo de los derechos fundamentales de la persona y del ciudadano a los del ser humano y de la igualdad de oportunidades, esto es, los derechos sociales más básicos en el sentir de hoy: la educación y la libertad de enseñanza, la libertad de trabajo, el régimen de la propiedad de la tierra, y el derecho al trabajo junto con un elenco de derechos laborales. Para ello nos ofrece una exégesis pormenorizada de los arts. 3, 5, 27 y 123 de la Constitución de Querétaro de 1917, amén de algunas reformas y leyes materialmente constitucionales trascendentales.

Es pertinente indicar que la obra es ciertamente prolija y extensa, quizá en demasía para aquel que busque un rápido resumen, un cuadro sinóptico de la historia constitucional mexicana o una fácil definición de diccionario del juicio de amparo. Aquí el lector se halla ante una monografía completa, que aborda los temas señalados con exhaustividad. Podemos concluir que tanto el lector constitucionalista iberoamericano como el europeo hallan en el libro comentado una prueba más de su profundo análisis y su carácter detallista, casi agotador; y sobre todo se encontrarán con una obra que permite bucear en una etapa apasionante del constitucionalismo iberoamericano y mexicano en particular, a saber, la transición del siglo XIX —desde la independencia— al inicio del siglo XX, con el inicio de la estabilidad política y el constitucionalismo social. Ni que decir tiene que esta etapa, con todas sus particularidades, halla sus fuentes y tiene un reflejo también en la doctrina general e interactúa asimismo con el devenir histórico constitucional europeo y español. De esto último se ocupará, con igual nivel de detalle, suponemos, en el esperado segundo volumen.

Pere Ollers Vives

Letrado del Consejo Consultivo de las Islas Baleares

UGO ADAMO: *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia (Constitución y fin de la vida. Testamento vital y eutanasia)*, Milán, CEDAM-Wolters Kluwer, 2018, XXVI-270 págs.

El conocido editor italiano CEDAM, ahora —como muchas editoriales españolas— perteneciente al grupo editorial Wolters Kluwers, ha publicado una

muy interesante monografía de un joven investigador italiano sobre un tema clásico (muy clásico) pero también actual (muy actual).

Las razones de la actualidad de la materia objeto de investigación (la decisión sobre el final de la vida) son simples: por una parte, el avance de la técnica ha provocado un cambio en la relación del cuerpo con su existencia «natural» (apostillamos «natural», pues la técnica empieza a separar lo natural de lo artificial con relativa facilidad), y, por otra parte, y desde una perspectiva más jurídica, las solicitudes de justicia cada vez son más abundantes, cada año llegan a los tribunales ordinarios, a los tribunales constitucionales y a los tribunales supranacionales demandas que solicitan el reconocimiento del derecho a decidir sobre sus cuerpos y, por lo tanto, sobre el cuándo y cómo morir.

La materia es una materia típica (incluso podríamos afirmar, la más típica) de la justicia constitucional en cuanto garante e intérprete de los derechos fundamentales: la vida es la base o el fundamento de los restantes derechos fundamentales, por lo que la muerte cierra el círculo en donde pueden operar estos, al margen de consideraciones morales o religiosas, donde el debate puede ser incluso muy intenso.

No solo para el lector italiano, sino también para los lectores españoles y europeos, los casos (dramáticos y problemáticos) de Piergiorgio Welby, Eluana Englaro, Charlie Gard, Alfie Evans y, por último, pero no menos importante, el del popular Fabiano Antoniani (*dj Fabo*), son muy conocidos, así como los de Inmaculada Echevarría Ramírez o Ramón Sampedro.

Todos estos asuntos, tristemente conocidos, tienen en común haberse convertido precisamente en «casos» que llegaron ante el juez, al que se le pidió que limitara el uso cada vez más invasivo de los conocimientos médicos, al considerar que la vida en esas circunstancias ya no era digna de ser vivida. Una medicina cada vez más tecnificada significa que la persona ya no logra ser «protagonista» de su vida (y de su cuidado), y se convierte cada vez más en un «objeto» del saber técnico.

El volumen escrito por Ugo Adamo está estructurado en cinco capítulos, precedidos por una amplia introducción, y acaba con un apartado de conclusiones también extenso.

La perspectiva que adopta el autor (y que constituye el hilo conductor de toda la obra, tanto en la parte de *iure* como en la parte de *iure condendo*) es la de apostar por el principio de autodeterminación del individuo, consagrado en el ordenamiento y en la jurisprudencia constitucional: la Constitución italiana entre los principios supremos que la inspiran reconoce formas de reconocimiento personal de las decisiones que pueden adoptarse sobre el final de la vida. Es una perspectiva valiente (al hacerse en un país como Italia, donde reside el Estado Pontificio) para la cual no se apoya en declaraciones políticas o morales, sino en razones jurídicas.

En la «Introducción», Adamo —con una metodología clásica impecable— establece el objeto de la investigación y ofrece una definición de la terminología utilizada, que, como es sabido, es abundante y puede llevar a confusión o, al menos, a incertidumbre o imprecisión: la propia traducción que yo hago de las *disposizioni anticipate di trattamento* del título de la obra como «testamento vital» se presta a diferentes terminologías, no coincidentes ni siquiera en los distintos cuerpos legislativos españoles. Parece que lo mismo sucede en Italia, donde algunos hablan de «negativa al tratamiento», otros, de «solicitud para morir», los más explícitos, de «ayuda al suicidio» o los más figurativos, de «maltrato terapéutico».

Tras definir el objeto y precisar definiciones, Ugo Adamo señala la finalidad del trabajo: «[...] ofrecer posibles soluciones a los problemas planteados por los conflictos que surgen en las ciencias de la vida como consecuencia de los avances técnicos». Indudablemente es un objeto ambicioso —que a mi juicio no logra, pues eso es imposible—, pero sí ofrece pautas para poder acercarnos al problema, lo cual ya es mucho. Pautas no solo para el estudioso, sino principalmente para los operadores jurídicos, y entre estos, los jueces.

Su premisa personal o punto de partida desde el cual lleva a cabo toda la investigación es el que «la vida (el *bios*) no es reducible a los meros datos biológicos, a la física del cuerpo», sino que también es biografía, que está vinculada al sentido que el sujeto —quien vive en un tiempo— tiene de sí mismo y de lo que quiere de sí mismo para permanecer como «vivido» y como expresión de su propia dignidad.

Los primeros capítulos se centran en la construcción teórica y jurisprudencial del derecho fundamental al consentimiento informado en el contexto del derecho a la salud, y demuestran en una perspectiva crítico-interpretativa que en Italia —como también ha ocurrido en España— el ordenamiento constitucional quería alejarse de una visión estatal-paternalista en favor de una afirmación del principio personalista —de que la libertad de autodeterminación constituye un corolario importante que coloca a la persona en el centro de la protección— y que el rechazo a los cuidados médicos (cuando el rechazo es libre) no puede limitarse, aun en el supuesto de que el rechazo suponga terminar una vida. Por lo tanto, el *iter* que sigue es que desde el «consentimiento para el tratamiento» se pasa al «consentimiento informado» y del consentimiento informado se pasa al «rechazo del tratamiento».

Si no hay dudas de que el derecho a decidir supone aceptar o no un tratamiento de salud específico —lo cual, desde hace varios años, ya está reconocido como derecho—, no se puede afirmar lo mismo sobre el derecho a decidir por adelantado acerca del consentimiento para recibir algunos tratamientos en el supuesto de que uno se encuentre en una situación de incapacidad y no

tenga capacidad plena para comprender y querer, capacidad sobre la que se basa el consentimiento informado.

El autor señala que en el sistema legal italiano, gracias a varias decisiones judiciales (tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, pero no solo), existía el «derecho a decidir sobre el propio tratamiento y a hacerlo por adelantado»; sin embargo, no había una seguridad similar en las «modalidades de su ejercicio» (y por lo tanto en la «garantía») del derecho. Debido a esta circunstancia, mantiene Ugo Adamo, la Ley n. 219/2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* (Reglas sobre consentimiento informado y disposiciones anticipadas de tratamiento), que entró en vigor el 15 de enero de 2018, ha sido muy bien acogida. Esta legislación, que después de un año aún no se ha implementado en su totalidad, representó la legalización de la construcción jurisprudencial sobre el consentimiento informado y el derecho a decidir sobre el tratamiento de salud. En Italia el testamento vital (o instrucciones previas; o voluntad vital anticipada) recibe el acrónimo DAT, siglas que refieren al título del enunciado de la ley: *disposizioni anticipate di trattamento*.

En el tercer capítulo, el autor hace una interpretación crítica de la disciplina del DAT, argumentando acerca de la plena naturaleza vinculante de sus contenidos, aunque con dudas importantes (algunas de las cuales se han evidenciado a la hora de aplicar la ley), el juicio que expresa sobre la regulación efectuada es en general positivo, pues entre sus ventajas valora algo que en estos días parece haberse olvidado: la contribución de la norma a dotar de una mayor seguridad jurídica a un ámbito material muy incierto.

El cuarto capítulo analiza todos los casos principales que le han brindado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la oportunidad de producir una jurisprudencia significativa, aunque aún incompleta, en relación con el final de la vida.

La jurisprudencia (*Sanlés v. España, Pretty v. El Reino Unido, Haas v. Suiza, Koch v. Alemania, Gross v. Suiza, Lambert y otros v. Francia, Gard y otros v. Reino Unido*) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque siempre ha recordado el «margen de apreciación», después de una doctrina tímida y no siempre clara, ha declarado abiertamente que el art. 8 del Convenio reconoce y protege el derecho del individuo a decidir cómo y cuándo finalizar su propia vida.

En el último capítulo, se señala que en Italia en torno al tema de la eutanasia y la ayuda al suicidio existe una legislación que no reconoce el derecho a decidir sobre su propia vida, al exigir una intervención activa del médico. Se trata de una obligación de *hacer* por parte del médico. Sin embargo esa ley no limita la posibilidad de que, en el caso de rechazo de la atención médica, este no tiene una obligación de hacer, sino de *no hacer*. En Italia todavía está

vigente una ley de 1930 (promulgada bajo el orden fascista) que establece la prohibición absoluta de la eutanasia y de la ayuda al suicidio (incluso frente a un consentimiento en ese sentido) que podría ser considerada una injerencia ilegítima en el derecho al respeto de la vida privada del art. 8 de la Convención, en cuanto que no respeta el test de proporcionalidad mantenido por el Tribunal Europeo en relación con la legislación inglesa para ayudar al suicidio tal y como requiere el párrafo 2.º del citado art. 8 (caso *Pretty*).

A partir de ahí Adamo se centra en las razones por las que el legislador debiera regular la eutanasia, definida como «la búsqueda de una muerte amigable llevada a cabo por otros para quienes padecen una enfermedad incurable con resultado letal, en base a una solicitud válida por parte de estos, para poner fin a un estado de sufrimiento considerado por el paciente como inútil e intolerable». El autor parte de una definición que podemos considerar estándar, en el sentido de que no se adentra en los todavía más espinosos temas de la eutanasia por el simple hecho de querer morir, sino que se limita a la condicionada por la existencia de una enfermedad terminal.

Antes de pasar a las perspectivas que se han «abierto» en el futuro cercano en el ordenamiento jurídico italiano, Adamo lleva a cabo una dura crítica a la legislación italiana, en la medida en que no equilibra (con la consiguiente falta de razonabilidad) el derecho a decidir de forma autónoma sobre el cómo y el cuándo debe terminar la vida con el derecho a la vida, que es la tarea que compete al Estado asegurar. Aunque se afirma la falta de racionalidad de la ley, el autor cree que existen dificultades indudables para que el Tribunal Constitucional italiano reconozca la eutanasia como un nuevo derecho mediante una sentencia que dé un contenido distinto de la ley pero acorde al mandato constitucional (las denominadas *sentenze manipolative*) o incluso mediante una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad en el ámbito penal al permitir un amplio margen de maniobra y de discrecionalidad al legislador; pero también se advierte de las muchas dificultades técnico-jurídicas de ese planteamiento, pues el Tribunal Constitucional no puede reescribir la ley protegiendo todos los valores que deberían protegerse: asegurando que la capacidad de entender y desear sea plena; estableciendo quién puede solicitar la eutanasia, ya sea mayor o menor que edad; proporcionando un período de tiempo apropiado entre la solicitud y la muerte; evaluando la fundamentación científica de la valoración médica; regulando la posibilidad de objeción por parte del médico, etc.

Antes de llegar a la parte del trabajo (en las conclusiones) en la que se centra sobre la forma y la manera en la que se debería regular esta materia, en el último capítulo se refutan, primero, las objeciones tradicionales a la constitucionalidad de una ley que legaliza la eutanasia (el derecho absoluto a la vida y la imposibilidad de imponer el deber de «matar» a un médico, así como la

objeción de lo que se puede llamar abrir el camino hacia «pendiente resbaladiza»), y luego se identifican los principios constitucionales que garantizarían cobertura constitucional a la regulación; principios y derechos interpretados a la luz de la distinción entre «vida biológica» y «vida biográfica», entre «tener una vida» y «estar vivo», entre «dimensión objetiva» y «dimensión subjetiva» de la dignidad.

Siguiendo el enfoque metodológico del conocido en España constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky, el autor se aferra a la dogmática de un derecho dúctil (*mite*) que pueda equilibrar el derecho a la vida y el derecho a decidir sobre la vida. Rehuyendo de planteamientos integrales, el recurso a la eutanasia debe limitarse rígidamente a las hipótesis de «pacientes incurables que pueden demostrar que la decisión extrema se tomó espontáneamente y con ausencia de cualquier tipo de coerción», y que el paciente tenga la capacidad para expresar plena y libremente su derecho fundamental al consentimiento informado. De esta manera se protegería a los sujetos vulnerables, que es la tarea primordial del Estado; como recuerda Adamo, de hecho, la razonabilidad de la provisión de límites al derecho a decidir sobre la propia vida se basa en el supuesto de que «si bien todas las personas tienen el derecho de tomar decisiones personales importantes, [...] las personas pueden tomar decisiones de forma impulsiva o empujadas por la depresión» (citando a R. Dworkin). Para garantizar que la autonomía del solicitante de la eutanasia se exprese de la manera más completa y libre posible y que el Estado pueda cumplir la tarea de proteger al sujeto incluso contra sí mismo, es necesario que el uso de la eutanasia sea limitado y rígidamente circunscrito.

Cualquier tesis, como es sabido, es discutible, pero todas deben basarse en una argumentación y en una interpretación solventes; que las tesis de Ugo Adamo sean, como mínimo, fundadas, se puede demostrar con una reciente resolución de la siempre creativa Corte Constitucional italiana (Auto 207/2018), en la que el Alto Tribunal, utilizando una nueva técnica de toma de decisiones, ha suspendido por un año la deliberación sobre las dudas de constitucionalidad planteadas por el art. 580 del Código Penal (que sanciona/castiga la ayuda al suicidio), y lo ha hecho, sobre todo, para permitir que el Parlamento intervenga mediante una regulación apropiada.

El reenvío a una nueva regulación se hizo tras precisar que «el actual marco regulador sobre el final de la vida deja ciertas situaciones que merecen tutela constitucional sin la protección adecuada».

El Parlamento ahora tiene un año para decidir si regula el tema de la ayuda al suicidio (y también de la eutanasia), antes de que la Corte se pronuncie. Y creo que el libro escrito por Ugo Adamo, doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Calabria, será de gran utilidad al legislador italiano y a los magistrados del Tribunal Constitucional en el caso de que tengan que

resolver sobre la inconstitucionalidad del art. 580 del Código Penal, en cuanto constituye un corpus bien articulado, bien elaborado y bien expuesto. Una apuesta atrevida en un ámbito científico —el de los bioderechos— en el que simplemente describir es difícil, por lo que formular soluciones es todo un ejercicio de valentía que hay que reconocer a Adamo: valentía que no ingenuidad ni inconsciencia.

Jorge Lozano Miralles
Universidad de Jaen

MARCELO BERNAL Y CALOGERO PIZZOLO (dirs.), GONZALO GABRIEL CARRANZA (coord.), *Modelos para armar: procesos federales actuales, descentralización del poder y desafíos del gobierno multinivel*, Editorial Astrea y Universidad Nacional de Córdoba, 2018, 569 págs.

En el moderno lenguaje de la ciencia política y del derecho constitucional se emplean vocablos con un sentido plural que, a veces, dificultan su entendimiento unívoco, incluso con uso recurrente sin una verdadera base científica más allá de la corriente predominante en un momento determinado. Uno de ellos es, sin duda, el de *federalismo*, concepto clave en la historia de las formas políticas y de los tipos de Estado desde el punto de vista de la organización territorial, al ser uno de los modelos clásicos para catalogar los Estados modernos. Aun ello, hay que considerar que el término ha dejado de representar un significado homogéneo y que, incluso, su utilización es, a veces, automática, sin aclarar en verdad lo que se quiere significar con él. En este sentido, Rovira (2018) ha dicho recientemente entre nosotros —con motivo del cuadragésimo aniversario de nuestra Constitución— que

[...] otras palabras sin embargo no cambian, simplemente se vacían hasta no decir nada. Las repetimos, pero sin convicción, y como el eco se van desvaneciendo hasta que dejamos de entenderlas. «Federalismo», por ejemplo, ¿acaso es una posición que puede realizarse o se dice porque no se sabe qué otra cosa decir, como un gesto, una pose que ni se siente en la piel ni acelera los latidos del corazón? De lo que no tengo duda es de que la palabra federalismo se ha convertido en un trasto, en una carga que por sí sola divide y frena cualquier acuerdo. Además, es una palabra que nace del recuerdo y nuestra experiencia federal no es precisamente ejemplar.

Por lo demás, esa percepción no es nueva. Ya Burdeau (1976: 94) hablaba en su momento de *déclin du fédéralisme* apelando a los cambios que ese término había sufrido desde las primeras experiencias prácticas, básicamente

el ejemplo norteamericano, y que exigían una reformulación de su exacto significado.

La evolución particular de cada Estado que en su momento adoptó un modelo federal demostrará si ha sabido o no adaptarse a las necesidades prácticas a las que debe dar respuesta, pero ello no anula la idea base, es decir, el *federalismo* es una opción técnica, con una indudable base política desde luego, para articular de una manera efectiva la distribución territorial del poder en una comunidad política organizada en forma de Estado. Y ello porque la grandeza del concepto está en el mismo origen del término. En efecto, la palabra *federalismo* procede del latín *foedus*, es decir, convenio, alianza, pacto. Con ello quiere decirse que se trata de un acuerdo voluntario por el que distintas entidades forman una unidad superior conservando su identidad primitiva o, en palabras de Elazar (2011: 121), que implica una «combinación de un autogobierno y de un gobierno compartido». Esa es la idea que reposa en los artículos que James Madison, Alexander Hamilton y John Jay publicaron entre 1787 y 1788 y que comúnmente se consideran la primitiva construcción doctrinal del *federalismo*.

Ocurre, sin embargo, que el paso del tiempo ha complicado el modo de entender este concepto cuando se le han añadido «apellidos». Así, se habla de federalismo *dual*, federalismo *cooperativo*, federalismo *asimétrico*, federalismo *intraestatal*, federalismo *interestatal*, el proudhoniano federalismo *social*, o el más moderno federalismo *plurinacional* de Máiz (2018a) que lo define como «ideal que postula la soberanía compartida en un Estado de Estados construido a partir del pacto en una plural nación de naciones, aporta un conjunto de conceptos, principios, emociones y diseños institucionales viables, ya experimentados en política comparada, para la acomodación democrática y solidaria de Estados plurinacionales¹». Pluralidad, pues, en el modo de entender el concepto de *federalismo* y consiguiente dificultad a la hora de establecer con bases potencialmente aceptables su concepto y significado.

Para arrojar luz en este panorama se necesita un apoyo científico multidisciplinar que sirva de instrumento para entender qué es hoy el *federalismo*, cuáles son sus diferentes manifestaciones y, en definitiva, qué futuro le espera. Esa es la virtualidad del volumen de referencia, el excelente trabajo dirigido por los profesores Marcelo Bernal (UNC, Argentina) y Calogero Pizzolo (UBA, Argentina) y coordinado por el profesor Gonzalo Gabriel Carranza (UAM, España): *Modelos para armar: procesos federales actuales, descentralización del poder y desafíos del gobierno multinivel*, publicado en Argentina, en

¹ Del mismo autor puede verse su publicación del año 2018: *Nacionalismo y federalismo. Una aproximación desde la teoría política*, Madrid: Siglo XXI de España.

2018, en edición conjunta de la Editorial Astrea y la Universidad Nacional de Córdoba.

El libro, en consecuencia, es oportuno porque ofrece una magnífica ocasión de profundizar en distintos modelos federales dándonos noticia de las transformaciones que han experimentado, los cambios constitucionales que han necesitado y la operatividad real que implican en cada caso. Y lo hace de una forma sencilla en cuanto al esquema de desarrollo del volumen. Este se divide en cuatro partes atendiendo a una distribución geográfica: la primera se dedica a Europa, analizando los casos de Alemania, Austria, Suiza, Bélgica, Rusia, el modelo regional italiano, la descentralización en el Reino Unido y el Estado autonómico español; la segunda analiza los federalismos en América estudiando los ejemplos de Argentina, Brasil, Venezuela, México, Estados Unidos y Canadá; la tercera está dedicada a las experiencias federales de Asia y Oceanía con el análisis de Pakistán y Australia, y la cuarta parte constituye una de las grandes novedades del libro y también de sus características más destacadas y que sin duda hay que alabar. En efecto, el libro no se reduce a estudiar modelos actuales, sino que va más allá, incorporando realidades existentes, no de naturaleza federal, pero que se entiende que pueden constituir en el futuro los nuevos senderos del federalismo. En este sentido, es oportuno leer sobre la Unión Europea, la gobernanza multinivel en la integración económica europea o sobre el Mercosur.

Como se apuntó, la primera parte se dedica a los federalismos europeos, y, como no podía ser de otra manera, comienza con el detallado estudio de Martina Trettel sobre Alemania, donde el federalismo es la idea básica de su historia y ordenamiento constitucional, hasta el punto tal de que su Ley Fundamental (*Grundgesetz*) incorpora una cláusula de intangibilidad, puesto que no se permite ninguna modificación respecto a la organización de la Federación en *Länder*, la participación de estos en la legislación o en general sobre el principio federal. El análisis de la autora se centra especialmente en las relaciones de cooperación entre la Federación y los *Länder* en sentido vertical, y entre los *Länder* en sentido horizontal, apuntando ciertas características del concepto de lealtad federal (*Bundestreue*) y sin dejar de prestar atención a la cuestión fiscal, de notoria importancia para aquel sistema.

Del modelo federal austríaco se encarga Gonzalo Gabriel Carranza y lo hace destacando sus particularidades, que lo llevan, incluso, a considerarlo un unitarismo muy descentralizado o un regionalismo más que un Estado federal. El autor parte del concepto de federalismo como proceso en el sentido de Friedrich, Elazar y Burgess, es decir, como proceso dinámico. Por eso se defiende la idea de que no es suficiente estudiar la letra de la Constitución austríaca, sino que debe completarse con el análisis de su desarrollo histórico y las transformaciones que, a lo largo de la formalización de las relaciones

interorgánicas, configuran el sistema federal. En su análisis, presta atención a la compleja distribución competencial; a las particularidades de su Consejo federal; al valor que poseen, para aquel federalismo, los municipios, y al sentido de las decisiones del *Verfassungsgerichtshof*, o Tribunal Constitucional austríaco.

La experiencia federal suiza es analizada, en sus líneas generales, por Daniel Jove Villares, mientras que el aspecto financiero es estudiado por Giorgio Grasso. El primero comienza su aportación subrayando que Suiza es uno de los ejemplos más antiguos de federación, constituida en 1848, y que las particularidades de su modelo le hacen aparecer, en palabras de Häberle, como un «laboratorio» del que sacar enseñanzas potencialmente aplicables en otros países. Después de un recorrido por la historia suiza, el autor se centra en el marco general del sistema plasmado en la Constitución de 1999 con importantes novedades, como el art. 1, en el que, a los cantones, como entidades constituyentes del Estado, se añade al «Pueblo suizo», algo que se entiende como refuerzo del carácter federal del Estado. Su modelo será de *federalismo unificador*, en el que el poder central asume sus competencias, por lo que se crea en consecuencia un ámbito propio no supeditado a la voluntad de los Estados. Del sistema federal suizo debe destacarse la defensa de la coordinación entre los poderes. Así, la Constitución federal establece la colaboración entre la Confederación y los cantones en el ejercicio de sus competencias y, además, la participación de los cantones en la elaboración del derecho suizo, a través del Consejo de los Estados.

El análisis del modelo federal suizo se completa, como se adelantó, con el trabajo de Giorgio Grasso sobre la compensación financiera en la Confederación Suiza, aunque en la introducción y primeras páginas el autor hace un pormenorizado estudio del modelo general del país. Centrándonos en el tema que nos ocupa, se analiza la reforma constitucional de 2004, con el nuevo art. 135 de la Constitución que intenta lograr los objetivos que enumera la propia Constitución: a) reducir las diferencias entre los cantones con respecto a la capacidad financiera; b) garantizar recursos financieros mínimos a los cantones; c) compensar las cargas financieras excesivas de los cantones debido a las condiciones geográficas o sociodemográficas; d) promover la colaboración intercantonale de equiparación de las cargas, y e) mantener la competitividad fiscal de los cantones en el contexto nacional e internacional.

Giuliana Giuseppina Carboni se encarga del federalismo belga, caracterizado por la superposición de entes distintos en un equilibrio imperfecto, pues subyace la pluralidad de orígenes y lenguas de los belgas. La existencia de tres comunidades, tres regiones, cuatro regiones lingüísticas, provincias y comunas exige un complicado sistema de distribución de competencias que la autora describe con detalle, donde merece destacarse la atribución constitucional de

competencias a las comunidades con una cláusula residual en relación con la federación y siendo propio de la ley «especial» establecer las materias de las regiones, siempre con el espinoso tema de la Región de Bruselas. La autora destaca las relaciones financieras, al considerar que el éxito del federalismo belga dependerá, en gran medida, de la correcta delimitación de este tipo de competencias entre los entes, teniendo en cuenta el desequilibrio económico entre las comunidades flamenca y valona y las particularidades del reparto territorial de poder.

El modelo español de organización territorial del Estado lo analiza Andrés Iván Dueñas Castillo, y lo hace partiendo del dato innegable de que España es uno de los países más descentralizados del mundo, preguntándose así si España, realmente, puede considerarse o no un Estado federal. Dueñas entiende que hay razones para dudar de que lo sea, y para ello analiza, por ejemplo, el diseño del Senado o la participación de las comunidades autónomas en la reforma de la Constitución, cuestiones que no pueden identificarse con ninguna de las dos técnicas habituales en derecho comparado sobre este tema. Trae a colación que la Constitución menciona los convenios horizontales en el art. 145, aunque no los verticales, y también ciertos órganos como la Conferencia de Presidentes o las conferencias sectoriales que son, en sí, muy informales y sin demasiada relevancia institucional.

El modelo regional italiano es tratado por Simona Rodriguez. Con la Constitución de 1947 se diseña un Estado descentralizado, no federal, sino regional pero siempre con la necesaria unidad del sistema legal para que no se vean afectadas ni la solidaridad ni la igualdad de los ciudadanos. Destaca la reforma constitucional de 2001 y su relación con la materia, como así también las relaciones entre los niveles de poder en Italia, resaltando el principio de lealtad constitucional y el de colaboración, este último típicamente federal, que no presenta una implantación total en el modelo italiano.

Cristian Altavilla se encarga del sistema de poder en el Reino Unido como estructura estatal unitaria formada por cuatro países (Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte) y otros territorios que, sin formar parte de él, dependen de la Corona británica. La razón del estudio de este caso es la existencia del llamado *proceso de devolución*, es decir, una paulatina descentralización en favor de las llamadas *naciones constituyentes* (salvo Inglaterra), comprendiendo aspectos políticos, administrativos y financieros, lo que supone que determinadas competencias y funciones quedarán en manos de esas naciones, mientras que otras serán concurrentes con el Gobierno central. La particularidad del modelo de descentralización británico radica en que el proceso se lleva a cabo de manera unilateral por el Parlamento británico a través de *statutes* o leyes que devuelven competencias a los entes territoriales, pero con la capacidad de reasumirlas nuevamente, algo que no sucede en los sistemas

federales donde los Estados federados asumen sus competencias directamente de la Constitución federal.

El modelo federativo ruso es analizado por Marianna G. Abrámova e Irina M. Vershínina. Las autoras se centran en las bases constitucionales del federalismo ruso actual, cuya elección se debió principalmente a tres razones: evitar la desintegración territorial del país por el modelo de la URSS; transformar las relaciones nacionales, y poner en un marco determinado el proceso de descentralización económica espontánea. Resaltan que, tras desintegrarse la URSS, se firmó el Tratado de la Federación de 1992 y se aprobó posteriormente la Constitución de 1993, que establece su supremacía sobre aquel, pero confirma su vigencia en cuanto a la regulación de las relaciones federales. Las autoras destacan, por ello, que la Federación de Rusia es constitucional y no contractual, que la Constitución es la norma suprema y que el tratado no constituye el Estado, sino que se reduce a limitar las facultades y competencias entre las autoridades centrales de la Federación y la de los sujetos territoriales que la componen.

La segunda parte del libro se dedica a los federalismos en América, con un excelente primer estudio sobre Argentina, de Marcelo Bernal, quien comienza destacando la asimetría del federalismo argentino, dada la gran extensión de su territorio y la dispersión de su población. El autor resalta la importante reforma constitucional de 1994, que instituyó cuatro niveles de gobierno, lo que implica un modelo federal muy desarrollado en distribución vertical del poder, con gran reconocimiento de la autonomía de las provincias, siendo destacable la autonomía de los Gobiernos locales y el régimen particular de la Ciudad de Buenos Aires. En cuanto a las relaciones intergubernamentales, se destaca el propósito de la reforma constitucional bajo la forma de *federalismo de concertación*, potenciando la interrelación entre los distintos niveles de gobierno, con la superación de la idea de separación absoluta de competencias, sustituida por la idea de armonizar, entendiendo las competencias como funciones que deben ser coordinadas. Se trata, pues, de un *federalismo contractual* acordado entre la nación y las provincias, o las provincias entre sí.

El segundo modelo analizado es el brasileño, bajo la autoría de Marcelo Figueiredo. Este federalismo se ha visto favorecido por la democratización operada a partir de la década de los ochenta del siglo pasado y articulada a través de la Constitución de 1988, cuya principal novedad es la inclusión de los municipios como componentes de la federación brasileña, reconociéndoles autonomía y poder de autoorganización a través de sus propias leyes orgánicas. Al igual que el caso argentino, el federalismo brasileño es de tipo *cooperativo*, estableciendo en su Constitución la concurrencia sobre una materia de unión y entes federados, con posibilidad de decisión dentro de sus capacidades, pero con la salvedad de la prevalencia del derecho federal. La cooperación

es especialmente notoria en el art. 23 de su Constitución, al referirse a las llamadas competencias comunes. En ese caso, si bien las responsabilidades son comunes y la decisión es conjunta, la ejecución se realiza de manera separada, aunque en el caso de financiación de políticas públicas también puede haber una actuación común.

Jaime Grimaldo Lorente analiza el modelo venezolano y lo hace significando desde las primeras líneas lo que es, a su juicio, «el desmontaje progresivo del Estado federal descentralizado», al entender que la estructura y el desempeño de las instituciones estatales están en franco retroceso. Con la Constitución de 1961 se inició un período de descentralización dominada por el carácter centralizador del Estado, fundamentado en el poder de los partidos políticos, lo que llevó a la doctrina a hablar de «sistema de federación centralizada». Grimaldo es crítico con esta experiencia porque se desarrolló de forma marginal, con restricciones fiscales, con transferencias de competencias sin tener asegurados los recursos para ellas y, en el tema de los municipios, porque no se tuvo en cuenta la diversidad de tipos con características diferentes, abogando por una uniformidad municipal totalmente ficticia. Aun así, el autor entiende ese período como positivo y favorable, sirviendo, además, para que el entramado social se fuera acostumbrando a la descentralización en el modo de gestionar los servicios públicos.

El caso mexicano es descrito por José M.^a Serna de la Garza. Consolidado el modelo federal, el autor se centra desde el comienzo de su trabajo en la distribución de competencias legislativas, cuyo principio básico aparece en el art. 124 de la Constitución, a través de la llamada *cláusula residual* en favor de los estados, a lo que hay que añadir la competencia en favor de los municipios del art. 115 y el régimen especial para la Ciudad de México en el art. 122 y, especialmente, la llamada *reforma política de la Ciudad de México* de 2016 para que esa ciudad tenga su propia Constitución. En todo caso, debe advertirse que en la Constitución mexicana se diferencia entre facultades exclusivas de la federación, facultades implícitas y facultades concurrentes. Centrándose en estas últimas, el autor se cuida de aclarar que ese concepto no es asimilable a lo que en otros Estados federales se entiende por tal concepto, puesto que, en México, se refiere a que una misma materia es *compartida* por los distintos órdenes de gobierno según establezca una ley federal, la llamada *ley general*. En definitiva, en este tipo de materias tanto la federación como los estados pueden legislar, pero será la legislación federal la que indique lo que corresponde a cada nivel de gobierno. Ello lleva al autor a defender la idea de la *desconstitucionalización* en la distribución de competencias en determinadas materias, con el peligro añadido de que esta noción de facultades concurrentes se está utilizando de forma progresiva en los últimos tiempos.

Sin duda, el gran ejemplo de federalismo lo representa Estados Unidos, y a él dedica su atención Andrea Mensa González. Después de un detenido análisis de los antecedentes históricos, se centra en el sistema de distribución de poderes que sintetiza perfectamente diciendo que «los poderes delegados se mencionan en la Constitución, los poderes implícitos no se encuentran enumerados taxativamente en el texto constitucional y nacen de la “cláusula necesaria y apropiada”, y los poderes concurrentes son aquellos que pueden ser ejercidos tanto por el gobierno central como por los Estados». Ahora bien, la Constitución americana también impone límites al Estado federal, como la imposibilidad de suspender el *habeas corpus* o de aprobar leyes que, por su naturaleza, nieguen los derechos que la propia Constitución garantiza. Asimismo, es importante recordar la X enmienda a la Constitución, de 1791, clarificando el poder residual de los estados. Hay que aclarar que la Constitución americana no enumera de forma clara los poderes de los estados, sino que estos son definidos por exclusión, de modo que todo lo que no fue delegado o no está prohibido corresponde a los estados. Para echar luz sobre ello, la autora destaca la labor de la US Supreme Court, que ha sido, claro está, especialmente significativa.

El último ejemplo de federalismo americano es el canadiense, al que se dedica el trabajo de Francisco Javier Romero Caro. Tras un prolijo recuerdo de los antecedentes históricos, con el conflicto de Quebec muy presente, se aborda el estudio del modelo competencial y la distribución de poderes en Canadá, que sigue el modelo clásico o dual. El autor analiza las relaciones intergubernamentales y las relaciones verticales en el plano multilateral, llevadas a cabo por la Conferencia de Primeros Ministros, donde se reúnen los líderes de los Ejecutivos provinciales y territoriales con el primer ministro federal. Destaca que las relaciones horizontales se desarrollan en el Consejo de la federación, entre provincias y territorios, teniendo por objeto básico la cooperación entre unidades subestatales o la preparación de reuniones multilaterales con el nivel estatal.

La tercera parte del libro está dedicada a dos experiencias desarrolladas en Asia y Oceanía. Del federalismo pakistaní se ocupa Raja Qaiser Ahmed. Tras analizar su historia, se centra en las relaciones interprovinciales y el federalismo fiscal. En cuanto a las primeras, es claro el desequilibrio regional existente con una región, Punjab, la más grande de la nación, claramente beneficiada frente al resto, situación que se agravó con la anexión a Pakistán del Estado de Kallat, que motivó las protestas de Baluchistán, la provincia más subdesarrollada. Se destaca, pues, que la capital federal asume un papel central en detrimento de las provincias, especialmente las más pequeñas y las más desfavorecidas económicamente, sin que la federación garantice el compromiso constitucional con las provincias. Jorge O. Bercholc, por su parte, estudia el

caso australiano, federación instaurada en 1901 por una Constitución que tomó como modelos el sistema de Gran Bretaña y la Constitución de Estados Unidos, dando como consecuencia un gobierno parlamentario dentro de un sistema federal que sigue en gran parte el norteamericano.

La cuarta y última parte del libro se dedica al estudio de experiencias supraestatales y del gobierno multinivel. Comienza con el estudio de uno de los directores de la obra, Calogero Pizzolo, sobre la Unión Europea. El autor se pregunta si la Unión es o no una federación y encuentra las razones de la dificultad de dar una respuesta satisfactoria en el hecho de que *los modelos políticos construidos sobre la idea de Estado han devenido obsoletos*. Así, partiendo, a su juicio, de que el Estado ha dejado de ser la única forma de referencia para la organización política, llega a la conclusión de que para describir la realidad de la Unión Europea hay que hablar de un *federalismo sin federación*, entendiendo el federalismo como un *proceso general* que actuaría como instrumento de análisis de este caso en particular.

José Carlos Cano Montejano se encarga del estudio de las manifestaciones de la gobernanza multinivel en la integración económica europea y lo hace destacando, primero, la importancia de la función presupuestaria de cualquier Parlamento y, en segundo lugar, las consecuencias que en este orden supone la incorporación de un Estado a la Unión Europea, con la consiguiente pérdida de gran parte de su autonomía y, con ello, de algunas potestades constitucionales de los Estados miembros.

El último estudio pertenece a José E. Ortega y Santiago Espósito, sobre el Mercosur, creado en 1991 por el Tratado de Asunción, que obliga a sus Estados miembros (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela) a adaptar sus ordenamientos para afianzar el proceso de integración. A partir de ello, los autores analizan, Estado por Estado, si esto ha ocurrido, dando cuenta de las notables diferencias existentes entre unos y otros. Después de aportar datos sobre la jurisprudencia en los distintos países sobre este tema, los autores abordan la relación entre Mercosur y federalismo, en concreto se cuestionan si en su estructura hay principios federales, apuntando la dificultad de considerar al orden jurídico del Mercosur como comunitario o federal al carecer de las características de efecto directo y de primacía frente al derecho interno.

Bibliografía

- Burdeau, G. (1976). *Traité de Science Politique*, 2.^a ed., tomo IX. Paris: Librairie générale de Droit et de Jurisprudence.
- Elazar, D. J. (2011). *Análisis del federalismo y otros textos*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms.

- Rovira, A. (2018). Feliz Aniversario. *El País*, 24-11-2018. Disponible en: <https://bit.ly/2UQA2U8>.
- Máiz, R. (2018a). Argumentos del federalismo plurinacional. *El País*, 20-12-2018. Disponible en: <https://bit.ly/2USge2E>.
- Máiz, R. (2018b). *Nacionalismo y federalismo. Una aproximación desde la teoría política*. Madrid: Siglo XXI de España.

Ángel Luis Alonso de Antonio
Universidad Complutense de Madrid

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Temas de interés

El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (AIJC) publica trabajos de investigación originales sobre la Constitución y el sistema de las fuentes, el control de la constitucionalidad y la justicia constitucional, la tutela de los derechos y libertades y el orden axiológico constitucional, así como la interpretación por los Tribunales Constitucionales u órganos equivalentes de las normas de la Constitución, con particularísima preferencia a los países del mundo iberoamericano.

Envío de originales

Los originales se harán llegar por correo electrónico a la dirección **evaluaciones@cepc.es**. Han de ser inéditos o, en todo caso, no haber sido publicados en lengua española. Será responsabilidad del autor informar sobre la situación de los derechos de autor. La publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos será responsabilidad del autor.

El envío de trabajos presupone, por parte de los autores, el conocimiento y aceptación de estas Instrucciones. Mientras el manuscrito esté en proceso de evaluación por parte del AIJC, los autores no lo presentarán para su evaluación a otras revistas. Será obligatorio enviar dos versiones: una **anonimizada** para facilitar la evaluación anónima del texto, y otra sin anonimizar.

Idiomas de los originales

El AIJC acepta trabajos en español, portugués e inglés. Si se envía una versión en inglés, la calidad del inglés debe ser perfecta, por lo que el texto debe haber sido escrito o revisado por una persona nativa de lengua inglesa.

Formato de los originales

Los originales deberán presentarse en Word con letra Times New Roman tamaño 12 y un interlineado de uno y medio. La extensión total no deberá superar las treinta páginas (10000 a 12000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación institucional, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto, así como la indicación de quién es el autor destinatario de todas las comunicaciones con la revista.

Título

Los estudios doctrinales y jurisprudenciales llevarán el título en español e inglés. Tendrá un marcado carácter informativo y reflejará fielmente el contenido del artículo. Dentro de lo posible debe evitarse el uso de abreviaturas y acrónimos.

Resumen

Los estudios doctrinales irán precedidos de un breve resumen, en español e inglés, cuya extensión debe estar comprendida entre 120 y 150 palabras. Su alcance debe ser estrictamente informativo no puede incluirse en los mismos información que no figure en el texto del artículo. También deben evitarse palabras o expresiones poco significativas, perífrasis y frases excesivamente largas.

Descriptores

En los estudios doctrinales, se incluirá un máximo de cinco descriptores o palabras clave, en español e inglés. Para favorecer su normalización se recomienda su extracción de tesauros y vocabularios normalizados.

Normas de citación

Notas

Se situarán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Únicamente contendrán texto adicional y solo excepcionalmente citas bibliográficas, y en ningún caso incluirán referencias bibliográficas completas, que se incluirán al final del artículo.

Citas bibliográficas

Aparecerán preferentemente en el cuerpo del texto. Cada una de las citas bibliográficas debe corresponderse con una referencia en la bibliografía final. Deben evitarse las autocitas, restringiéndose su uso únicamente a los casos imprescindibles. Para las citas en el texto se empleará el sistema autor-año de Harvard (autor, año: página):

(Dahl, 1989: 323)

Los documentos con dos autores se citan por sus primeros apellidos unidos por «y»:

(Telles y Ortiz, 2011)

Si se cita el trabajo de tres o más autores, es suficiente citar el primer autor seguido de *et al.*:

(Amador *et al.*, 1989)

Si se citan varios trabajos de un autor o grupo de autores de un mismo año, debe añadirse a, b, c... después del año:

(Franzen, 2012b)

Cuando el apellido del autor citado forma parte del texto, debe indicarse siempre entre paréntesis el año de la obra citada:
Como afirma Goldthorpe (2010)...

Bibliografía

Se incluirá al final del artículo o nota de investigación. Únicamente contendrá referencias citadas en el texto. Por tanto, queda expresamente prohibido incluir referencias adicionales. Se seguirá el sistema APA (American Psychological Association). A continuación adjuntamos ejemplos para las tipologías más usadas de documentos:

Monografías

— Un autor

Crouch, C. (2011). *The Strange Non-Death of Neoliberalism*. Cambridge: Polity.

— Dos o más autores

Anduiza Perea, E., Crespo, I. y Méndez Lago, M. (1999). *Metodología de la Ciencia Política*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

— Libro en línea

Sanmartín Cuevas, X. (2014). *Nuevas tecnologías, traen nuevas tendencias: viaje TIC con 80 entrevistas exclusivas*. Disponible en: <http://catalogo.ulima.edu.pe/uhtbin/cgisirsi.ex/e/6Yw1INoKGt/x/153460026/9>.

Capítulos de monografías

Zea, L. (2007). América Latina: largo viaje hacia sí misma. En D. Pantoja (comp.). *Antología del pensamiento latinoamericano sobre la educación, la cultura y las universidades* (pp. 125-138). México: UDUAL.

Artículos de revistas científicas

Miguel, E., Shanker, S. y Ernest, S. (2004). Economic shocks and civil conflict: an instrumental variables approach. *Journal of Political Economy*, 112 (4), 725-753.

— Revistas electrónicas

Pifarré, M. J. (2013). Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 16, 40-43. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=7882_8864004.

— Revistas electrónicas con DOI

Díaz-Noci, J. (2010). Medios de comunicación en internet: algunas tendencias. *El Profesional de la Información*, 19 (6), 561-567. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.3145/epi.2010.nov.01>.

Informes

— Autor institucional

Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. (2004). *Eficiencia energética y energías renovables* (Informes IDEA. Boletín IDEA; 6). Madrid : IDEA.

— Autor personal

Caruso, J., Nicol, A. y Archambault, E. (2013). *Open Access Strategies in the European Research Area*. Montreal: Science-Metrix. Disponible en: http://www.science-metrix.com/pdf/SM_EC_OA_Policies.pdf.

Congresos

— Actas

Cairo, H. y Finkel, L. (coord.). (2013). *Actas del XI Congreso Español de Sociología: crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología*. Madrid: Federación Española de Sociología.

— Ponencias publicadas en actas

Codina Bonilla, L. (2000). Parámetros e indicadores de calidad para la evaluación de recursos digitales. En *Actas de las VII Jornadas Españolas de Documentación (Bilbao, 19-21 de octubre de 2000): la gestión del conocimiento: retos y soluciones de los profesionales de la información* (pp. 135-144). Bilbao: Universidad del País Vasco.

— Ponencias y comunicaciones en línea

Durán Heras, M. A. (2014). Mujeres y hombres ante la situación de dependencia. Comunicación presentada en el seminario *Políticas públicas de atención a personas mayores dependientes: hacia un sistema integral de cuidados*. Disponible en: http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/mujereshombres19_21mayo.pdf.

Tesis

— Publicadas

Llamas Cascón, A. (1991). *Los valores jurídicos como ordenamiento material [tesis doctoral]*. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/15829>.

— Inéditas

De las Heras, B. (2011). *Imagen de la mujer en el Fondo Fotográfico de las Guerra Civil Española de la Biblioteca Nacional de España*. Madrid, 1936-1939 [tesis doctoral inédita]. Universidad Carlos III de Madrid.

Artículos y noticias de periódicos

Bassets, M. (2015). El Tribunal Supremo respalda la reforma sanitaria de Obama. *El País*, 25-6-2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/25/actualidad/1435242145_474489.html.

— Sin autor

Drogas genéricas. (2010). *El Tiempo*, 25-9-2015, p. 15.

Blogs

Escolar, I. (2015). El falso mito de que los emprendedores de Internet son la solución al paro. *Escolar.Net* [blog], 25-6-2015. Disponible en: http://www.eldiario.es/escolar/falso-empresas-Internet-solucion-paro_6_402519746.html.

Foros electrónicos, listas de distribución

Pastor, J. A. (2014). Aspectos prácticos para proyectos de datos abiertos en las administraciones públicas. *IWETEL* [lista de distribución], 31-1-2014. Disponible en: <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=IWETEL;b361930a.1401e>.

DOIS

En el caso de que los trabajos en formato electrónico contengan DOI (*digital object identifier*), será obligado recogerlo en la referencia bibliográfica. Se hará del siguiente modo:

Murray, S. (2006). Private Polls and Presidential Policymaking, Reagan as a Facilitator of Change. *Public Opinion Quarterly*, 70 (4), 477-498. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/poq/nfl022>.

Derechos de autor

Los autores conservarán sus derechos de autor y garantizarán a la revista el derecho de primera publicación de su obra, el cual estará simultáneamente sujeto a la **Licencia de reconocimiento de Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional** que permite a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor y su primera publicación esta revista.

Plagio y fraude científico

La publicación de un trabajo que atente contra los derechos de propiedad intelectual será responsabilidad de los autores, que serán los que asuman los conflictos que

pudieran tener lugar por razones de derechos de autor. Los conflictos más importantes pueden darse por la comisión de plagios y fraudes científicos. Se entiende por **plagio**:

- a. Presentar el trabajo ajeno como propio.
- b. Adoptar palabras o ideas de otros autores sin el debido reconocimiento.
- c. No emplear las comillas u otro formato distintivo en una cita literal.
- d. Dar información incorrecta sobre la verdadera fuente de una cita.
- e. El parafraseo de una fuente sin mencionar la fuente.
- f. El parafraseo abusivo, incluso si se menciona la fuente.

Las prácticas constitutivas de **fraude científico** son las siguientes:

- a. Fabricación, falsificación u omisión de datos y plagio.
- b. Publicación duplicada.
- c. Conflictos de autoría.

