

VÍCTOR FERRERES COMELLA

**UNA DEFENSA  
DEL MODELO EUROPEO  
DE CONTROL  
DE CONSTITUCIONALIDAD**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

# ÍNDICE

NOTA A LA EDICIÓN CASTELLANA .....	13
AGRADECIMIENTOS .....	15
INTRODUCCIÓN .....	19

## PRIMERA PARTE EL TRIUNFO DE UNA IDEA

<b>CAPÍTULO 1. EL SURGIMIENTO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.....</b>	<b>25</b>
1. Una historia exitosa .....	25
2. Los rasgos básicos del modelo europeo.....	29
2.1. Las competencias del tribunal constitucional.....	29
2.2. Acceso al tribunal .....	32
2.3. Los efectos de las decisiones del tribunal.....	36
<b>CAPÍTULO 2. EL CONTEXTO HISTÓRICO: EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES .....</b>	<b>39</b>
1. La Revolución francesa y el principio de separación de po- deres.....	39
2. La limitada relevancia normativa del principio de separa- ción de poderes.....	44
<b>CAPÍTULO 3. UNA JUSTIFICACIÓN TRADICIONAL: LA SE- GURIDAD JURÍDICA .....</b>	<b>51</b>
1. Las restricciones de la tradición del <i>civil law</i> .....	51
2. ¿Es la seguridad jurídica el principal valor?.....	58
3. Conclusión.....	61

SEGUNDA PARTE  
LAS VENTAJAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

<b>CAPÍTULO 4. LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY. ESBOZO DE UN ARGUMENTO</b> .....	65
1. La supremacía de la carta constitucional de derechos.....	67
2. El papel de los jueces constitucionales.....	69
<b>CAPÍTULO 5. LA ESPECIAL NATURALEZA DEL DISCURSO CONSTITUCIONAL</b> .....	75
1. Tiempo para el estudio y la reflexión.....	75
2. La diversidad profesional de los jueces constitucionales ....	79
3. La relativa autonomía del discurso constitucional.....	86
4. La «legalización» de la Constitución de los Estados Unidos	92
<b>CAPÍTULO 6. LA ESTRUCTURA DE LA CONVERSACIÓN CONSTITUCIONAL</b> .....	99
1. Una conversación constitucional centrada en las decisiones del parlamento.....	99
2. El comienzo de la conversación: el papel de las instituciones públicas y de los particulares .....	105
3. La defensa de las leyes frente a las objeciones de constitucionalidad. El derecho de la mayoría gubernamental a ser oída.	112
4. La presencia del control abstracto.....	114
<b>CAPÍTULO 7. LA SUPERACIÓN DE LA TIMIDEZ JUDICIAL.</b>	119
1. El tribunal constitucional se ve obligado a hablar.....	120
2. Algunos riesgos: casos de gran carga política, y leyes radicalmente novedosas .....	124
3. Haciendo frente a la pasividad judicial .....	127
4. Un tribunal con una misión especial.....	130
5. Vectores de activismo .....	135
6. Conclusión.....	137
<b>CAPÍTULO 8. LA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA</b> .....	139
1. La tensión entre justicia constitucional y democracia. La premisa mayoritaria.....	139
2. Los derechos fundamentales como ingredientes de la democracia .....	141
3. La Constitución como expresión de la voluntad popular ...	144
4. Las virtudes democráticas del proceso judicial.....	146
5. La respuesta a la objeción democrática.....	148

<b>CAPÍTULO 9. LOS CONTRAPESOS DEMOCRÁTICOS AL PODER JUDICIAL.....</b>	153
1. La designación de los jueces constitucionales.....	153
2. La limitación temporal del mandato de los jueces constitucionales.....	156
3. Respondiendo al tribunal: las reformas constitucionales.....	161

### TERCERA PARTE

#### LAS PRESIONES SOBRE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

<b>CAPÍTULO 10. LAS TENDENCIAS DESCENTRALIZADORAS EN EL INTERIOR DEL MODELO EUROPEO.....</b>	171
1. La interpretación de las leyes a la luz de la Constitución...	171
2. Las presiones a favor de una concepción expansiva de la interpretación .....	177
3. Reajustando el modelo centralizado: una modesta reforma	179

<b>CAPÍTULO 11. EL IMPACTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....</b>	183
1. La arquitectura jurídica de la Unión Europea .....	184
2. La revolucionaria sentencia del caso <i>Simmenthal</i> .....	186
3. ¿Por qué <i>Simmenthal</i> ?.....	187
4. La seguridad jurídica bajo <i>Simmenthal</i> .....	190
5. Una corrección interna a la doctrina <i>Simmenthal</i> .....	194
6. <i>Simmenthal</i> y los valores democráticos.....	196
6.1. El derecho de la mayoría gubernamental a ser oída..	196
6.2. Las conexiones entre los tribunales y las instituciones democráticas .....	198
7. Los contrapesos constitucionales nacionales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	200
8. Conclusión.....	202

<b>CAPÍTULO 12. EL IMPACTO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....</b>	203
1. El sistema de protección de derechos humanos de Estrasburgo.....	203
2. El estatus del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el interior del sistema jurídico nacional.....	205
3. La seguridad jurídica.....	208

4. Los valores democráticos.....	212
4.1. El derecho de la mayoría gubernamental a ser oída...	213
4.2. Las conexiones entre los tribunales y las instituciones democráticas.....	214
5. Conclusión.....	219
<b>EPÍLOGO.....</b>	<b>221</b>

## NOTA A LA EDICIÓN CASTELLANA

El libro que el lector tiene en sus manos es la traducción castellana de la obra *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, publicada por Yale University Press en 2009. Durante el proceso de traducción he tratado de ser fiel a la versión original, de manera que los cambios introducidos son mínimos. Los más relevantes aparecen en los capítulos 11 y 12, relativos a la Unión Europea y al Consejo de Europa, en los que he tenido que actualizar algunas referencias normativas como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y del Protocolo número 14 al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Como se puede comprobar, el título del libro en castellano difiere sustancialmente del que se eligió para la edición inglesa. La razón principal de este contraste es la necesidad de evitar confusiones con otra obra que publiqué hace unos años, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 2.<sup>a</sup> ed.). Si en esa obra me ocupé, con carácter general, del problema de la legitimidad del control de constitucionalidad de la ley en una democracia, en este nuevo libro centro mi atención en el modelo centralizado de justicia constitucional que prevalece en Europa, y trato de explorar las ventajas de este modelo desde diversos puntos de vista. El título por el que he optado refleja bien, me parece, el contenido de las páginas que siguen.

Quisiera manifestar, por último, mi más sincero agradecimiento a la editorial Marcial Pons por haber accedido a la publicación de este libro y por la profesionalidad con la que se ha desarrollado el proceso de edición.

Víctor FERRERES COMELLA  
Barcelona, noviembre de 2010

## AGRADECIMIENTOS

Empecé a pensar acerca de las ideas que defiendo en este libro en 1992, cuando decidí escribir una tesis doctoral en la Yale Law School acerca del debate norteamericano sobre la legitimidad democrática del control judicial de las leyes. Mi director de tesis, el profesor Owen Fiss, me ofreció extraordinarias enseñanzas de todo orden. Su pasión por la justicia, su rigor intelectual, su generosidad y su sentido común han sido siempre para mí una fuente de inspiración. Por todo ello le dedico este libro. También fueron grandes maestros Bruce Ackerman y Anthony Kronman, los otros profesores que integraron el comité de tesis, así como Mirjan Damaška y Carlos Nino, cuyos comentarios fueron siempre útiles y agudos. La tesis, que completé en 1996, fue el punto de partida de un proyecto más ambicioso acerca de los orígenes históricos, la justificación y las posibles ventajas del modelo europeo de control de constitucionalidad.

Este libro es el resultado de un largo proceso. Durante todos estos años he tenido el privilegio de dar clases en instituciones que ofrecen un ambiente excelente para el debate y la investigación. Así, en 1994 me incorporé al departamento de Derecho Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra, en Barcelona. Estoy en deuda con Marc Carrillo y Carles Viver por su valioso apoyo. Más tarde, en 2001, fui nombrado profesor de la Escuela Judicial, donde se forman los jueces en España. Los servicios bibliotecarios de la Escuela, bajo la dirección de Cristina González, fueron de una ayuda inestimable. En ambas instituciones he conocido colegas maravillosos cuyo entusiasmo por mis proyectos ha sido una gran bendición.

No hay nada mejor que impartir docencia para avanzar en la investigación de los temas que uno elige. En 1992 fui invitado por la Universidad de Puerto Rico en Río Piedras para dar un curso sobre justicia constitucional desde una perspectiva comparada. Estoy profundamente agradecido a sus profesores por su hospitalidad y por el interés que mostraron por mi trabajo. En 2001, 2003 y 2007 impartí clases en la New York University School of Law, donde ofrecí un curso sobre constitucionalismo europeo, así como un seminario de teoría constitucional que tuve la fortuna de impartir de manera conjunta con Larry Sager (en 2001) y con Mattias Kumm (en 2003 y 2007).

La University of Texas at Austin fue otra institución que me abrió generosamente sus puertas. Allí estuve en 2005, dando un curso sobre Derecho europeo y un seminario de teoría constitucional, que enseñé de manera compartida con Larry Sager. Es difícil exagerar el enorme progreso que supusieron para mí estas experiencias. Estoy muy agradecido tanto a Larry como a Mattias por las conversaciones iluminadoras y fascinantes que mantuvimos. Además, los estudiantes que tomaron nuestras clases participaron activamente en las discusiones y muchos de ellos escribieron excelentes *papers* (¡que todavía guardo!). Lo mismo puedo afirmar de los estudiantes que tomaron los cursos que impartí en el marco de los programas de verano organizados en Barcelona por la University of Miami (en 2002, 2004 y 2006) y por la Universidad de Puerto Rico (en 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008). Muchas gracias a todos ellos.

Las ideas que desarrollo en este libro fueron expuestas en múltiples ponencias presentadas en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona), Universitat de Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, Universidad Carlos III (Madrid), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid), Universidad de Buenos Aires, Universidad de Córdoba (Argentina), Universidad de Santiago de Chile, New York University, University of Texas at Austin, Washington University in St. Louis, University of Maine, Cornell University, Cardozo School of Law, ITAM (México), UNAM (México), Escuela Libre de Derecho (México), CIDE (México), UAM-Azcapotzalco (México), Università di Pisa, Università degli Studi di Siena, Université Paris X Nanterre, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, y Humboldt Universität zu Berlin, así como en un congreso dedicado al tema «Legislatures and constitutionalism» que tuvo lugar en Banff, Alberta, en julio de 2004. Fueron muy útiles los estimulantes comentarios que recibí en todos esos foros.

Muchas personas han tenido la generosidad de leer versiones anteriores de este libro, o de artículos que sirvieron para sentar las bases intelectuales del mismo [algunas ideas fueron anticipadas de forma embrionaria en publicaciones anteriores, particularmente en dos artículos: «The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization?», *I.CON, International Journal of Constitutional Law*, 2 (2004), pp. 461-491, y «The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism», *Texas law Review*, 82 (2004), pp. 1705-1736]. Debo mencionar, en particular, a Bruce Ackerman, Marian Ahumada, Pedro Cruz Villalón, Luis María Díez-Picazo, Owen Fiss, Barry Friedman, Roberto Gargarella, Ernesto Garzón Valdés, Dieter Grimm, Mattias Kumm, Mitchel Lasser, Luis Javier Mieres, José Juan Moreso, Rick Pildes, Luis Rodríguez Abascal, Michel Rosenfeld, Carlos Rosenkrantz, Francisco Rubio Llorente, Larry Sager, Alejandro Saiz Arnaiz, Daniel Sarmiento, Aida Torres y Michel Troper. Todos ellos me han salvado de muchos errores



y me han trasladado útiles sugerencias para mejorar mis argumentos. Naturalmente, no son responsables de los errores que este libro pueda contener. También estoy agradecido a los lectores anónimos de la editorial Yale University Press, cuyas sugerencias y críticas fueron cruciales para transformar el texto original en un libro más interesante. Michael O'Malley, Alex Larson, Jack Borrebach y Karen Schoen hicieron que el proceso editorial fuera una experiencia estupenda. Ha sido un placer trabajar con ellos.

Por último, Maite, mi mujer, e Irene, Laura y Marc, mis hijos, han sido extremadamente pacientes conmigo durante todos estos años, en los que mi trabajo seguía lentamente su camino. Sin su amor, este libro no habría visto la luz.

## INTRODUCCIÓN

Si contemplamos el paisaje institucional de la Europa contemporánea, nos sorprenderá el destacado papel de los tribunales constitucionales. La mayoría de países europeos han decidido establecer estos tribunales para garantizar la supremacía de la Constitución sobre las leyes aprobadas por los parlamentos. Dentro de la Unión Europea, en particular, la inmensa mayoría de los Estados se han inclinado por esta opción institucional.

Con ello, Europa se ha separado de manera radical del modelo de control de constitucionalidad de las leyes que ha existido en los Estados Unidos desde la sentencia dictada en el caso *Marbury v. Madison* (1803)<sup>1</sup>. En lugar de permitir que todos los jueces inapliquen las leyes que estimen contrarias a la Constitución, con ocasión de las controversias ordinarias de las que conocen, la mayoría de los países europeos han preferido asignar el control de constitucionalidad a un tribunal especial. Europa está claramente asociada al modelo «centralizado» o «concentrado» de justicia constitucional, mientras que los Estados Unidos ejemplifican el modelo «descentralizado» o «difuso»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>2</sup> Para una visión general de este contraste puede consultarse el estudio clásico de Mauro CAPPELLETTI, *Judicial Review in the Contemporary World* (Indianápolis: Bobbs-Merrill, 1971), especialmente pp. 45-96, así como A. R. BREWER-CARÍAS, *Judicial review in comparative law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989). Véase, también, Louis FAVOREU, «Constitutional Review in Europe», en Louis HENKIN y Albert ROSENTHAL (eds.), *Constitutionalism and Rights. The Influence of the United States Constitution Abroad* (New York: Columbia University Press, 1990), pp. 38-62. Para obtener descripciones más actualizadas de los sistemas de control de constitucionalidad en Europa, véase Dominique ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe* (Paris: Montchrestien, 1998); Eliseo AJA (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual* (Barcelona: Ariel, 1998); Wojciech SADURSKI (ed.), *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe. A Comparative Perspective* (The Hague: Kluwer Law International, 2002), y Marco OLIVETTI y Tania GROPPi (eds.), *La giustizia costituzionale in Europa* (Milano: Giuffrè Editore, 2003). Se pueden encontrar informes de interés acerca de las relaciones entre juez constitucional y proceso legislativo en diversos países en el volumen de Christine LANDFRIED (ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988). Una iluminadora teoría del papel de los tribunales constitucionales en Europa se encuentra en Alec STONE SWEET, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2000). Para un buen análisis del distinto contexto histórico en el que emergieron y evolucionaron los modelos americano y europeo, véase Marian AHUMADA RUIZ, *La jurisdicción constitucional en Europa* (Madrid: Ci-

Existen, naturalmente, múltiples versiones del modelo centralizado, como veremos en el capítulo 1. Cada variante tiene sus propias ventajas e inconvenientes. El rasgo fundamental del modelo, sin embargo, es la existencia de una estructura dualista en el interior del poder judicial. El tribunal constitucional se sitúa en su propio espacio, distinto de aquél en que se hallan los demás tribunales (los «tribunales ordinarios»). ¿Cuál es la razón de ser de esta separación? Si aceptamos que la Constitución forma parte del Derecho vigente, y si aceptamos que incumbe a los tribunales de justicia interpretar y aplicar el Derecho a los casos concretos, ¿no deberíamos concluir que todos los jueces han de tener la potestad de inaplicar las leyes que consideren inconstitucionales, tal como afirmó la famosa sentencia en el caso *Marbury*? ¿Por qué la mayoría de Estados europeos se han resistido a esta conclusión? ¿Por qué han estimado necesario establecer un órgano especial, dotado de la autoridad de controlar en exclusiva la constitucionalidad de las leyes?

Las respuestas que se han dado tradicionalmente a estas preguntas no son persuasivas, o tienen un alcance limitado. Una primera teoría, que examinaremos en el capítulo 2, invoca el principio de separación de poderes. Los revolucionarios franceses de 1789, se dice, abrazaron una concepción de este principio que difería radicalmente de la americana. El papel de los jueces fue entendido de modo más restrictivo en la Francia revolucionaria que en los Estados Unidos, lo que imposibilitó que se les reconociera el poder de fiscalizar la validez constitucional de las leyes. Dada la enorme influencia de las ideas revolucionarias francesas en la Europa continental, hubo que buscar más adelante un esquema institucional alternativo al americano para salvaguardar la supremacía de la Constitución frente a la legislación ordinaria. Así nacieron los tribunales constitucionales, órganos encargados de controlar la ley, pero que no forman parte del poder judicial ordinario.

Esta teoría es válida como explicación histórica, pero no es convincente en el plano normativo, como veremos. Si deseamos encontrar una justificación aceptable del modelo europeo, tenemos que buscar en otra dirección. En este sentido, se suele ofrecer una segunda teoría, que apela al valor de la seguridad jurídica. De acuerdo con ella, el modelo

---

vitás, 2005). Un panorama de los diversos sistemas de justicia constitucional en el mundo lo ofrece Michel FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde* (Paris: Dalloz, 1996). Este autor cuestiona el contraste tradicional entre los modelos centralizado y descentralizado, mostrando su preferencia por distinguir entre control concreto (subjetivo) y control abstracto (objetivo). Otros comparatistas comparten este punto de vista: así, Alessandro PIZZORUSSO, «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi», *Quaderni costituzionali*, 3 (1982), pp. 521-533, y FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en FRANCISCO RUBIO LLORENTE y JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional* (Madrid: McGraw-Hill, 1998), pp. 155-173. Como espero mostrar con ocasión de las diversas cuestiones que trato a lo largo de este libro, la distinción entre los modelos centralizado y descentralizado es todavía iluminadora cuando comparamos los tribunales constitucionales europeos con el sistema de la *judicial review* de Estados Unidos. Ciertamente, hay que tener en cuenta otros factores para enriquecer la visión comparada, como estos autores apuntan con razón.

descentralizado no funcionaría bien en los países europeos que pertenecen a la tradición romano-canónica del *civil law*. A fin de proteger la seguridad jurídica, es mejor concentrar el control de constitucionalidad en un único tribunal. Según argumentaré en el capítulo 3, esta línea de defensa es básicamente correcta, si se matiza debidamente. La seguridad jurídica, sin embargo, no es el único valor que subyace al sistema centralizado. El sistema se ha diseñado teniendo en cuenta también otros valores, lo que resulta muy razonable. La específica versión del modelo centralizado que los diversos países europeos han construido sacrifica hasta cierto punto el valor de la seguridad jurídica, con la finalidad de tutelar otros intereses.

Es necesario decir más cosas, pues, en apoyo de la opción europea en favor de los tribunales constitucionales. Tal es el objetivo de la segunda parte de este libro, que se enfrenta, en primer lugar, a la cuestión fundacional: ¿qué razones tenemos para pensar que los derechos fundamentales resultarán mejor protegidos si se incluyen en una Constitución rígida y se encarga a los tribunales su interpretación y aplicación frente al legislador? En el capítulo 4, esbozo una respuesta relativamente abstracta a esta cuestión, a la luz de la cual procedo luego a discutir las virtudes potenciales del modelo centralizado. ¿Son los tribunales constitucionales buenos candidatos para ejercer la tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes? ¿En qué sentido pueden ser mejores que los tribunales ordinarios? ¿Qué ventajas exhibe el modelo europeo, en definitiva, cuando se le juzga desde el punto de vista de una teoría fundacional de la justicia constitucional? A lo largo de los capítulos 5, 6 y 7, exploraré los puntos fuertes del modelo, así como los riesgos que entraña. Sostendré que los tribunales constitucionales están en mejores condiciones que los tribunales ordinarios para tratar a la Constitución como una norma de tipo especial —como una norma que está estrechamente conectada con los principios de moralidad política—. Además, los tribunales constitucionales tienden a hacer una notable contribución a los debates que se desarrollan en la sociedad, dada la zona de alta visibilidad pública en la que operan. Los tribunales constitucionales, también mantendré, no pueden mostrarse muy pasivos cuando fiscalizan las leyes: no pueden abstenerse fácilmente de examinar los asuntos constitucionales que se les plantean, a pesar de que a veces preferirían evitarlos, y no pueden ser extremadamente deferentes hacia la mayoría gubernamental. Esta propensión al activismo es un rasgo que debemos valorar positivamente, en general, a pesar de los peligros que puede a veces comportar.

Tras haber desarrollado estos argumentos, con los que espero reforzar la defensa del modelo centralizado en el contexto de los países europeos adscritos a la tradición del *civil law*, procederé a discutir la «objeción democrática». ¿Qué se puede decir en respuesta a los críticos que sostienen que no es aceptable que los tribunales puedan invalidar las leyes aprobadas democráticamente? Cuando nos enfrentamos

a esta crítica, ¿resulta más fácil dar una respuesta, si los encargados de controlar la validez de las leyes son los tribunales constitucionales, en lugar de los tribunales ordinarios? Abordaré estas cuestiones en los capítulos 8 y 9.

Finalmente, en la tercera parte del libro, centro mi atención en las potenciales fuentes de «crisis» del modelo centralizado. Resulta, en efecto, que, a pesar del triunfo alcanzado en Europa por los tribunales constitucionales, algunas fuerzas están socavando su poder, o pueden llegar a socavarlo. Estas fuerzas son tanto internas como externas a los sistemas jurídicos nacionales. Las internas derivan del principio que exige a los jueces ordinarios interpretar las leyes a la luz de la Constitución. Aunque los jueces no pueden inaplicar por sí mismos las leyes (pues sólo el tribunal constitucional puede declarar su invalidez), deben interpretarlas a la luz de la Constitución. Esta división del trabajo entre el tribunal constitucional (encargado de la invalidación de las leyes) y los tribunales ordinarios (que pueden hacer interpretaciones conforme a la Constitución de esas mismas leyes) no es fácil de precisar en la práctica. ¿Cuándo puede decirse que un juez ordinario está todavía «interpretando» un precepto legal en nombre de la Constitución, y no «corrigiéndolo»? En el capítulo 10, trato esta cuestión y sugiero la introducción de algunos reajustes para que el modelo centralizado resulte más eficiente en la práctica.

Las fuentes externas de la crisis, por su parte, están ligadas a los procesos políticos supranacionales. Los tribunales constitucionales, en efecto, han perdido el monopolio que se les confirió en el pasado, pues ya no son los únicos tribunales que pueden descalificar una ley parlamentaria por contradecir normas supremas. Los jueces ordinarios están obligados en la actualidad a dejar de lado las leyes nacionales que colisionen con el Derecho de la Unión Europea, y pueden hacer tal cosa directamente, sin necesidad de solicitar la intervención del tribunal constitucional. De modo similar, en muchos países, los jueces ordinarios pueden inaplicar la legislación nacional que consideren incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿Hay que lamentar este estado de cosas? ¿En qué medida se ve afectado negativamente el modelo centralizado? ¿Se ponen en riesgo los valores que lo inspiran? Éstas son cuestiones importantes que debemos analizar si queremos tener una idea completa del papel de los tribunales constitucionales en Europa. Así lo haremos en los capítulos 11 y 12.

Éstos son, en suma, los temas principales del libro. Inevitablemente, habré de generalizar para sostener mis tesis: algunos detalles serán dejados de lado, para poder así identificar los rasgos estructurales del modelo centralizado, las razones principales que justifican su adopción, las ventajas potenciales que lleva aparejado, así como las transformaciones que están en marcha. A lo largo de la exposición, espero mostrar que la defensa clásica del modelo europeo debe ser enriquecida a la vista de las realidades actuales.

## CAPÍTULO 1

# EL SURGIMIENTO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

### 1. UNA HISTORIA EXITOSA

Situémonos en el año 1920. Es muy improbable que quienes redactaron las Constituciones de las repúblicas de Checoslovaquia y Austria pensaran alguna vez que la institución que acababan de crear —el tribunal constitucional— sería hoy tan popular. Antes de la Segunda Guerra Mundial, sólo Lichtenstein (en 1921) y España (en 1931) decidieron establecer ese tipo de órgano. Los demás países se mostraron indiferentes al invento<sup>1</sup>.

En esa época, se pudo oír la poderosa voz de Hans Kelsen en favor del nuevo sistema. Este importante filósofo del Derecho (que vivió entre 1881 y 1973) fue muy influyente en la construcción del Tribunal Constitucional austriaco, del que fue miembro entre 1921 y 1930. Naturalmente, Kelsen no concibió el tribunal constitucional a partir de la nada, pues otros autores habían avanzado ideas si-

---

<sup>1</sup> Conviene señalar, no obstante, que Alemania tenía en esa época un sistema fragmentario de justicia constitucional de carácter concentrado que operaba en el campo del federalismo y en conexión con los conflictos constitucionales que se producían en el interior de los *Länder*. Los tribunales competentes para pronunciarse sobre tales materias eran el *Reichsgericht* (Tribunal Supremo) y el *Staatsgerichtshof*, que era un tribunal especial. Por otra parte, el Tribunal Supremo había afirmado en 1925, en una suerte de sentencia *Marbury v. Madison*, que todos los jueces tenían la potestad de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución. En 1926 se elaboró una propuesta legislativa para establecer un sistema más completo de justicia constitucional, bajo el cual el *Staatsgerichtshof* habría actuado como tribunal constitucional general. El proyecto anticipaba algunos rasgos típicos del modelo europeo que fue implantado tras la Segunda Guerra Mundial: la posibilidad de que una minoría cualificada de parlamentarios impugnaran una ley en abstracto y el deber de los jueces ordinarios de elevar cuestión de inconstitucionalidad cuando concluyeran que la ley aplicable al caso contravenía la Constitución. La propuesta fue discutida en el Parlamento, pero no llegó a aprobarse. Para un análisis detallado del sistema de control de constitucionalidad durante la República de Weimar, véase Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987), pp. 71-227. Puede consultarse, asimismo, Donald KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham, N.C.-London: Duke University Press, 1997), pp. 4-7.

milares, y ciertas instituciones sirvieron como precedentes <sup>2</sup>. Pero no hay duda de que tuvo un meritorio papel a la hora de introducir la nueva institución, así como de defenderla en el plano teórico. Kelsen, en efecto, escribió abundantemente a favor de someter las leyes a algún tipo de escrutinio judicial, y a favor, en concreto, del modelo centralizado, frente a la alternativa americana <sup>3</sup>. Es sumamente útil examinar las ideas de este autor, si queremos entender las fuentes intelectuales del modelo europeo, que a menudo se denomina «modelo kelseniano».

Tras la Segunda Guerra Mundial, las cosas empezaron a cambiar de manera radical. Italia (en 1947), Alemania (en 1949) y Francia (en 1958) adoptaron nuevas Constituciones cuya protección frente a las leyes fue encomendada a un tribunal constitucional. También Portugal (en 1976) y España (en 1978), después de sus respectivas transiciones a la democracia, introdujeron ese órgano en el nuevo orden constitucional <sup>4</sup>. Bélgica y Luxemburgo se sumaron al club en 1980 y 1996, respectivamente, y casi todos los países de la Europa central y del este, tras la caída del comunismo, siguieron la misma senda <sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Georg Jellinek, por ejemplo, había hecho algunas propuestas en 1885 en el sentido de centralizar en el Tribunal Supremo austriaco (Reichsgericht) alguna forma de control abstracto de la legislación a la luz de la Constitución de 1867. Véase Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo, op. cit.*, pp. 240-242. Conviene indicar, asimismo, que la posibilidad de recurrir en abstracto contra las leyes, que es un elemento típico del modelo europeo concebido por Kelsen, ya había sido introducida en Venezuela (en 1858) y Colombia (en 1910). En estos países se reconoció a los ciudadanos legitimación activa para impugnar directamente, en abstracto, las leyes que estimaran inconstitucionales.

<sup>3</sup> Dos artículos de Kelsen revisten especial importancia: «Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», *Journal of Politics*, 4 (1942), pp. 183-200, y «La garantie juridictionnelle de la constitution (la Justice constitutionnelle)», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 45 (1928), pp. 197-257. Me referiré con frecuencia a estos textos a lo largo de mi exposición.

<sup>4</sup> La Constitución portuguesa de 1976 no estableció inicialmente un tribunal constitucional, sino que creó un órgano político (el Consejo de la Revolución) para fiscalizar la constitucionalidad de las leyes, con el apoyo de un órgano consultivo (la Comisión Constitucional). No fue hasta 1982 cuando se reformó la Constitución para instaurar un tribunal constitucional en sustitución de las mencionadas instituciones.

<sup>5</sup> En los países europeos poscomunistas, el sistema centralizado es absolutamente dominante. Véase Herman SCHWARTZ, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe* (Chicago: The University of Chicago Press, 2000), pp. 22-48, y Wojciech SADURSKI, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe* (Dordrecht: Springer, 2005), pp. 40-58. Conviene mencionar que dos países crearon tribunales constitucionales durante el comunismo: Yugoslavia (en 1963) y Polonia (en 1982). Checoslovaquia, por su parte, reformó su Constitución en 1968 para establecer un tribunal constitucional, pero la ley necesaria para su puesta en funcionamiento no llegó a adoptarse. Una breve descripción de la estructura y competencias de esos tribunales puede encontrarse en A. R. BREWER-CARÍAS, *Judicial review in comparative law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989), pp. 236-242. En general, la teoría marxista del Derecho que prevaleció en los países comunistas era hostil a la institución del control de constitucionalidad de la ley. La teoría marxista consideraba que esta institución era un ingrediente del principio general de separación de poderes, el cual, a su vez, era visto como un principio propio de la sociedad burguesa: sólo en sociedades divididas por razón de clase era necesario dividir el poder estatal y sujetarlo a un sistema de frenos y contrapesos; ninguna separación de poderes era necesaria en una sociedad sin clases.



En particular, dieciocho de los veintisiete Estados que integran actualmente la Unión Europea han creado tribunales constitucionales, un porcentaje que refleja hasta qué punto el modelo centralizado goza de las preferencias europeas. Esos países son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal y Rumanía. En cambio, únicamente tres países de la Unión Europea han optado por un sistema descentralizado semejante al americano: Suecia, Finlandia y Dinamarca. En la práctica, sin embargo, los tribunales en estos países nórdicos raramente consideran inconstitucionales las leyes aplicables a los pleitos que resuelven<sup>6</sup>.

En cuanto a los restantes seis países dentro de la Unión Europea, cuatro de ellos han instaurado sistemas que resultan de difícil clasificación, en la medida en que combinan de diversas maneras rasgos del modelo americano y del modelo europeo: Irlanda<sup>7</sup>, Grecia<sup>8</sup>, Chipre<sup>9</sup>

<sup>6</sup> En Suecia y Finlandia, la Constitución explícitamente establece la regla del error manifiesto: sólo cuando la ley resulta inconstitucional más allá de toda duda razonable pueden los jueces inaplicarla al caso. Véase el art. 14, cap. 11, del «Instrumento de gobierno» de Suecia, y la sección 106 de la Constitución finlandesa. No existe una cláusula similar en la Constitución de Dinamarca, pero, en la práctica, los tribunales son muy deferentes hacia el legislador. Así, no fue hasta 1999 cuando el Tribunal Supremo danés rechazó por primera vez una ley políticamente importante por contraria a la Constitución. Acerca del sistema de control judicial en los países nórdicos puede consultarse el artículo de Jaakko HUSA, «Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective», *American Journal of Comparative Law*, 48 (2000), pp. 345-382. Conviene indicar, por otra parte, que Noruega y Suiza (dos países que no pertenecen a la Unión Europea) también siguen el modelo americano. En Noruega, todos los tribunales pueden dejar de lado la legislación que estimen inconstitucional, aunque raramente ejercen este poder. En Suiza, el modelo es descentralizado, con la excepción de las leyes federales, las cuales (a diferencia de los reglamentos federales y de las leyes regionales) son inmunes a cualquier tipo de control judicial de constitucionalidad. El sistema, además, es mixto, pues combina el control constitucional en manos de todos los tribunales con la existencia de un proceso especial (el «recurso de derecho público») que puede llevar al Tribunal Supremo a invalidar una norma regional con efectos *erga omnes*. Véase BREWER-CARÍAS, *Judicial review in comparative law*, op. cit., pp. 271-274. En 1936 se discutió una iniciativa legislativa que habría extendido a las leyes federales el control judicial de constitucionalidad. La propuesta, sin embargo, fue rechazada por los cantones y por los propios ciudadanos en referéndum en 1939. Véase Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo*, op. cit., p. 68. La nueva Constitución de 1999 (que entró en vigor en 2000) no cambió las cosas en este punto: las leyes federales están todavía protegidas frente al control judicial.

<sup>7</sup> En Irlanda no existe ningún tribunal constitucional, pero tampoco rige un modelo totalmente descentralizado, pues únicamente algunos tribunales (la High Court y la Supreme Court) tienen la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes. Además, la Supreme Court tiene la competencia de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación, a petición del presidente de la República (véase el art. 34 de la Constitución irlandesa).

<sup>8</sup> En Grecia, todos los tribunales pueden inaplicar las leyes por motivos de constitucionalidad (véase el art. 93.4 de la Constitución griega). Ahora bien, en el vértice de la pirámide judicial existe un tribunal especial que resuelve los conflictos que puedan surgir entre los diversos tribunales supremos a propósito de la constitucionalidad de las leyes (véase el art. 100.1 de la Constitución griega).

<sup>9</sup> Chipre tuvo un tribunal constitucional previsto y regulado en la Constitución de 1960 (véanse los arts. 133 a 151). En 1964, sin embargo, las funciones de este tribunal se acumularon a las del tribunal supremo. Véase Mauro CAPPELLETTI, *Judicial review in the contemporary world*, op. cit., p. 51, nota 18.



y Estonia<sup>10</sup>. Los otros dos países, Holanda y el Reino Unido, representan casos especiales, ya que carecen de un sistema de control judicial de constitucionalidad. La Constitución holandesa, en efecto, prohíbe explícitamente a los jueces inaplicar las leyes por motivos constitucionales<sup>11</sup>. En el Reino Unido, los jueces también carecen de esta potestad. Es cierto que la *Human Rights Act* de 1998 (que entró en vigor en octubre de 2000) autoriza a determinados tribunales superiores a declarar que una ley es incompatible con los derechos enumerados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La declaración judicial de incompatibilidad, sin embargo, no tiene el efecto de invalidar la ley, o de inaplicarla a la controversia. El efecto de la declaración de incompatibilidad es meramente político: se supone que el parlamento tendrá en cuenta la sentencia y, en principio, modificará la ley que ha sido estimada incompatible con los derechos humanos. Pero no está obligado a ello, pues sigue siendo soberano<sup>12</sup>.

El modelo centralizado, que predomina claramente dentro de la Unión Europea, ha ejercido cierta influencia en otras regiones. En América Latina, por ejemplo, algunos países se han desviado del modelo difuso que se estableció inicialmente en el siglo XIX, y se han movido en la dirección de un modelo mixto que incluye algunos ingredientes del modelo centralizado<sup>13</sup>. El sistema es mixto en la medida en que todos los tribunales suelen tener atribuida la potestad de ejercer el control de constitucionalidad con motivo de los litigios concretos, pero, además, las leyes pueden ser invalidadas formalmente por un determinado órgano. Para tal propósito, algunos países han creado tribunales constitucionales (Perú, Guatemala, Chile, Ecuador, Bolivia, Colombia) mientras otros han introducido «salas constitucionales» en el interior del Tribunal Supremo (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Venezuela). También han surgido tribunales constitucionales en otras partes del mundo (en Corea del Sur, Indonesia, Tailandia, Sudáfrica, Egipto y Turquía, por ejemplo).

De hecho, son tantas las naciones que han instituido tribunales constitucionales que hoy podemos contemplar una rica variedad de ti-

---

<sup>10</sup> El Tribunal Supremo de Estonia es un tribunal de casación que también cumple las funciones de un tribunal constitucional (véase el art. 149.3 de la Constitución de Estonia). En el interior del Tribunal Supremo existe una sala especial dedicada a los asuntos constitucionales, aunque a veces el Tribunal decide en pleno. Además, el Tribunal puede enjuiciar las leyes en abstracto, a instancias del presidente, el *ombudsman* o un gobierno local. El sistema es relativamente descentralizado, ya que, si bien todos los tribunales pueden inaplicar leyes por razones de constitucionalidad (arts. 15 y 152 de la Constitución), sus decisiones provocan la puesta en marcha de un procedimiento especial para que el Tribunal Supremo se pronuncie acerca de la correspondiente ley. Una vez se ha pronunciado el Supremo, la decisión del tribunal inferior puede ser apelada. Por ello, el carácter descentralizado del sistema es bastante relativo. Véase la *Constitutional Review Court Procedure Act* (de 13 de marzo de 2002).

<sup>11</sup> Véase el art. 120 de la Constitución.

<sup>12</sup> Como explica K. D. EWING en «The Human Rights Act and Parliamentary Democracy», *Modern Law Review*, 62 (1999), p. 92, se quiso que «el Parlamento todavía tenga la llave».

<sup>13</sup> A. R. BREWER-CARÍAS, *Judicial review in comparative law, op. cit.*, p. 156.

pos. Tendremos que hacer abstracción de los rasgos particulares de los diversos sistemas nacionales, sin embargo, si queremos captar los principios básicos y las tendencias profundas del modelo centralizado. Mi exposición se va a centrar en un grupo de ocho países de la Europa occidental (Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Italia, Luxemburgo y Portugal), aunque a veces me referiré también a otros países, especialmente de la Europa central y del este <sup>14</sup>.

## 2. LOS RASGOS BÁSICOS DEL MODELO EUROPEO

Antes de que nos embarquemos en la discusión acerca de la razón de ser del modelo europeo, necesitamos identificar sus principales características. Debemos considerar brevemente tres cuestiones: *a)* ¿Cuáles son las competencias del tribunal constitucional? *b)* ¿Quién está autorizado para impugnar una ley ante él? *c)* ¿Cuáles son los efectos de las decisiones del tribunal? Las respuestas a estas preguntas nos darán el andamiaje técnico que necesitamos para abordar los temas que son objeto de este libro.

### 2.1. Las competencias del tribunal constitucional

Como ya sabemos, el rasgo definitorio del modelo europeo de justicia constitucional es la existencia de un órgano especial (el tribunal constitucional) al que se encomienda la fiscalización de las leyes bajo las normas constitucionales. A ese órgano se le atribuye un «monopolio de rechazo», pues ningún otro tribunal, ni siquiera el tribunal supremo, puede inaplicar por sí mismo una ley por motivos de constitucionalidad. En muchos países, los jueces ordinarios, como veremos de inmediato, pueden suspender el procedimiento en el litigio concreto del que conocen, para pedir al tribunal constitucional que anule la ley relevante para el caso, si entienden que es contraria a la Constitución. No están autorizados, sin embargo, para inaplicar la ley directamente, por su cuenta <sup>15</sup>.

Es necesario, empero, introducir dos matizaciones a propósito del monopolio del tribunal constitucional. En primer lugar, en algunos países los jueces ordinarios sí pueden excluir directamente la aplicación de

---

<sup>14</sup> Me ha resultado muy provechoso, en este sentido, el exhaustivo estudio de Wojciech SADURSKI, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, *op. cit.*

<sup>15</sup> En general, el monopolio de los tribunales constitucionales ha sido formalmente respetado en los países que estamos examinando. Como veremos en el capítulo 10, sin embargo, los jueces ordinarios han socavado a veces la autoridad del tribunal a través de interpretaciones muy forzadas de las leyes. En la Europa central y del este, por su parte, los jueces ordinarios de algunos países han ido más allá, pues han reclamado el poder de inaplicar directamente las leyes inconstitucionales, erosionando de este modo la exclusividad que se supone que tiene el tribunal constitucional. Véase Wojciech SADURSKI, *Rights Before Courts*, *op. cit.*, pp. 20-21.

las leyes *anteriores* a la Constitución, si entienden que son incompatibles con ella. En tales países, pues, son sólo las leyes posconstitucionales las que caen bajo el control exclusivo del tribunal constitucional<sup>16</sup>. En segundo lugar, Portugal representa un caso especial, en la medida en que, si bien existe un Tribunal Constitucional, los jueces ordinarios pueden someter las leyes a escrutinio constitucional e inaplicarlas a los litigios concretos<sup>17</sup>. Ahora bien, hay que señalar que el Tribunal Constitucional debe intervenir cada vez que un juez ordinario sostiene en su sentencia que la ley aplicable al caso es contraria a la Constitución (el Ministerio Público está obligado a formular recurso cuando se da esta situación). Ello significa que, en la práctica, el sistema portugués es relativamente centralizado, pues, en definitiva, sólo el Tribunal Constitucional tiene la autoridad para permitir finalmente la inaplicación de la ley al pleito de que se trate<sup>18</sup>.

Una vez hechas estas matizaciones, es importante observar que los tribunales constitucionales de los distintos países que estamos examinando difieren en cuanto a la relevancia que adquiere el control de constitucionalidad de la ley dentro del catálogo de sus funciones. ¿Es el control de constitucionalidad la única competencia que tienen atribuida, o tienen otras? A los tribunales constitucionales se les asigna a veces la competencia para supervisar la regularidad de las elecciones y los referendos, por ejemplo, o para controlar la legalidad de los partidos políticos, o para enjuiciar penalmente a los altos cargos del Estado, o

<sup>16</sup> Así, en Alemania el control de constitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución está básicamente en manos de los jueces ordinarios (el Tribunal Constitucional lo dejó claro en una decisión de 1953: 2 BVerfG 124). El Tribunal Constitucional únicamente puede enjuiciar las leyes anteriores a través de un recurso abstracto o, indirectamente, en el contexto de recursos de amparo o en el procedimiento que le permite certificar la vigencia de Derecho anterior como Derecho federal (véanse los arts. 76, 80, 86 y 93 de la *Bundesverfassungsgesetz*). En España, el Tribunal Constitucional afirmó en una temprana sentencia (la STC 4/1981, de 2 de febrero) que los jueces ordinarios pueden dejar de aplicar leyes preconstitucionales por su propia autoridad. En caso de duda, sin embargo, pueden optar por plantear cuestión de inconstitucionalidad. En Italia, el Tribunal asumió en su primerísima sentencia (la 1/1956, de 5 de junio) el poder de fiscalizar la legislación preconstitucional, sin negar el poder concurrente de los jueces ordinarios. Véase Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale* (Bologna: Il Mulino, 1988), pp. 140-147. En cambio, el Tribunal Constitucional de Austria posee el monopolio de control de la validez de las leyes anteriores a la Constitución. Lo mismo sucede en Francia y Bélgica.

<sup>17</sup> Véase el art. 204 de la Constitución de 1976. De hecho, la Constitución de 1911 ya había atribuido a los jueces ordinarios el poder de controlar las leyes. En este punto, los constituyentes portugueses de 1911 estuvieron influidos por la Constitución brasileña de 1891, que había instaurado un sistema de justicia constitucional de estilo americano. Véase Carlos BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, tomo I, *Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade* (Coimbra: Coimbra Editora, 2006), p. 316.

<sup>18</sup> Véase el art. 280.3 de la Constitución. De acuerdo con la doctrina portuguesa, la justificación de este esquema institucional reside en la noción de que las leyes se benefician de una presunción de validez constitucional, una presunción que únicamente el tribunal constitucional puede destruir. Por ello, si un juez ordinario inaplica una ley a un caso, su sentencia debe ser revisada por el tribunal constitucional para que éste determine si, en efecto, la ley es contraria a la Constitución. En cambio, no es necesario que el tribunal constitucional intervenga si el juez ordinario ha sostenido la validez de la ley. Véase J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (Coimbra: Livraria Almedina, 2002), p. 986.

para proteger los derechos fundamentales frente a decisiones administrativas o judiciales. La mayoría de estas tareas son de naturaleza «constitucional», pues entrañan la interpretación y aplicación de normas constitucionales. Otras, en cambio, comportan únicamente la aplicación del Derecho ordinario. Podemos decir que un tribunal constitucional no es *puro* cuando, aparte de controlar la validez de las leyes, desempeña otras funciones. Es tanto menos puro, cuanto más importantes sean esas otras funciones, cuanto mayor sea el volumen de trabajo que supongan para el tribunal, y cuanto más se aproximen, conceptualmente, a las actividades de aplicación judicial del Derecho ordinario.

De esta manera, podemos situar a los tribunales constitucionales en distintos puntos dentro de un espectro de pureza. En un extremo, encontramos tribunales constitucionales absolutamente puros, cuya única función es enjuiciar la validez de las leyes (Bélgica y Luxemburgo)<sup>19</sup>. A continuación, aparecen tribunales que llevan a cabo tareas adicionales, pero cuya principal actividad sigue siendo el control de constitucionalidad de las leyes (Francia, Italia, Portugal)<sup>20</sup>. En el otro extremo, hallamos algunos tribunales que tienen jurisdicción sobre materias tan diversas e importantes que sería incorrecto afirmar que, en términos de su trabajo cotidiano, su cometido primordial es el control de la legislación (Alemania, Austria y España)<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Véanse el art. 142 de la Constitución belga y el art. 95 ter de la Constitución luxemburguesa.

<sup>20</sup> En Francia, la tarea principal del Consejo Constitucional es el control de la legislación, pero también tiene competencia en materias electorales y relativas a los referendos. Véanse los arts. 58, 59, 60 y 61 de la Constitución francesa.

De modo similar, en Italia la función central del Tribunal es el control de constitucionalidad de las leyes. Pero también resuelve conflictos entre los órganos estatales, entre el Estado y las regiones, o entre las regiones; se pronuncia sobre la licitud de los referendos, y tiene jurisdicción para enjuiciar penalmente al presidente de la República. Véase el art. 134 de la Constitución italiana y la *Legge costituzionale 1/1953*, de 11 de marzo. Cuando el Tribunal actúa como juez penal, a sus quince miembros se suman dieciséis ciudadanos italianos seleccionados aleatoriamente, para el juicio concreto, a partir de una lista de 45 ciudadanos elegidos cada nueve años por el Parlamento en una sesión conjunta.

En Portugal, la mayor parte de las decisiones del Tribunal se pronuncian acerca de la constitucionalidad de la legislación. Pero el Tribunal tiene también encomendadas otras tareas de carácter heterogéneo: verificar la muerte y declarar la incapacidad física permanente del presidente de la República; verificar los supuestos en que el presidente se ve impedido temporalmente de ejercer sus funciones; verificar la pérdida del cargo de presidente; pronunciarse sobre conductas y actos en materia electoral; verificar la muerte y declarar la incapacidad de los candidatos a ejercer el cargo de presidente; verificar la legalidad de la formación de los partidos políticos, así como ordenar su disolución; verificar la legalidad de los referendos; resolver recursos acerca de la pérdida de escaños parlamentarios y elecciones; resolver recursos relativos a elecciones dentro de los partidos políticos, y decisiones adoptadas por ellos; y recibir las declaraciones de ingresos y bienes, así como declaraciones de incompatibilidad e impedimentos, de los titulares de cargos públicos. Véase el art. 223 de la Constitución portuguesa y los arts. 6 a 11-A de la *Lei 28/82 do Tribunal Constitucional*, de 15 de noviembre.

<sup>21</sup> En Alemania, el Tribunal tiene muchas otras funciones, aparte del control de constitucionalidad de las leyes. Desde el punto de vista del número de asuntos que genera, la más relevante es la resolución de recursos de amparo interpuestos por los particulares por vulneración de derechos fundamentales. Así, entre 1951 y 2005, 157.233 recursos fueron presentados ante el Tribunal, de los cuales 151.424 fueron recursos de amparo (la información está dis-

## 2.2. Acceso al tribunal

Abordemos ahora el tema de la legitimación activa. En los diversos países europeos se han establecido distintos procedimientos para impugnar las leyes ante el tribunal constitucional. Un primer tipo de procedimiento es el *recurso de inconstitucionalidad*, que suele ponerse en manos de instituciones públicas, como el gobierno, el defensor del pueblo, el fiscal general del Estado, el parlamento, o una minoría cualificada de parlamentarios. En algunos países, los individuos también pueden presentar este tipo de recursos. A través de este procedimiento, los preceptos legales son atacados de manera directa y en abstracto, pues no existe caso concreto al que esté ligado el procedimiento. Normalmente, el recurso debe plantearse una vez que la ley ha sido promulgada. En algunos países, sin embargo, se ha instaurado también el control preventivo (control a priori), que permite impugnar las leyes con anterioridad a su promulgación<sup>22</sup>.

ponible en la página web del Tribunal: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization.html>). Las otras materias sobre las que el Tribunal tiene jurisdicción son: pérdida de ciertos derechos básicos por parte de individuos que abusan de sus derechos para combatir el libre orden democrático; prohibición de partidos políticos; disputas electorales y pérdida de escaños parlamentarios; validez de las decisiones de las comisiones parlamentarias de investigación; acusaciones contra el presidente federal; acusaciones contra jueces; conflictos entre órganos federales; conflictos entre la federación y los estados; conflictos constitucionales en el interior de los estados; cuestiones relativas a la fuerza interna del Derecho internacional; cuestiones planteadas por jueces estatales que pretenden apartarse de las interpretaciones sentadas en casos anteriores por los tribunales constitucionales federal o de otros estados; cuestiones relativas a la vigencia como Derecho federal del Derecho anterior a la Constitución. Véase el art. 93 de la Ley Fundamental y el art. 13 de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*.

En Austria, el Tribunal tiene competencia para controlar no sólo la constitucionalidad de las leyes, sino también la legalidad de los reglamentos administrativos. Además, tiene jurisdicción sobre las siguientes materias: reclamaciones monetarias contra instituciones gubernamentales; conflictos de competencia entre los tribunales y las autoridades administrativas; conflictos entre tribunales; conflictos entre estados, y entre un estado y la federación; cuestiones relativas a los acuerdos entre los estados y la federación; cuestiones relativas a la validez de tratados internacionales; disputas electorales, pérdida de escaños parlamentarios y cuestiones relativas a iniciativas populares, consultas y referendos; acusaciones contra altos cargos gubernamentales; recursos de amparo contra decisiones administrativas; violación del Derecho internacional. Véanse los arts. 137-145 de la Constitución.

En España, el Tribunal tiene competencia para controlar la constitucionalidad de las leyes, así como para resolver: recursos de amparo; conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o de éstas entre sí; conflictos entre órganos constitucionales; conflictos en protección de la autonomía local; y cuestiones relativas a la constitucionalidad de los tratados internacionales. Véase el art. 161 de la Constitución y el art. 2 de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979*, de 3 de octubre. En la práctica, los recursos de amparo dan lugar a la inmensa mayoría de las resoluciones del Tribunal. En 2007, por ejemplo, el Tribunal recibió 10.013 asuntos, de los que el 98,3 por 100 fueron recursos de amparo. Esta cifra refleja la tendencia general durante los últimos años. Véase *Tribunal Constitucional, Memoria 2007*, disponible en la página web del Tribunal: <http://www.tribunalconstitucional.es/memorias/2007/memorias07.html>.

<sup>22</sup> En Austria, los recursos abstractos de inconstitucionalidad pueden ser interpuestos por el gobierno federal (contra leyes estatales), un gobierno estatal (contra leyes federales), un tercio del Nationalrat o del Bundesrat (contra leyes federales), y un tercio de un Parlamento estatal (contra leyes estatales, si así lo prevé la Constitución estatal). Los particulares

Una segunda vía para acceder al tribunal es la *cuestión de inconstitucionalidad*, que se plantea en el curso de un litigio ordinario. Cuando los jueces que están conociendo de un litigio consideran que la ley aplicable es inconstitucional, o albergan dudas al respecto, pueden suspender el procedimiento y formular una pregunta al tribunal constitucional<sup>23</sup>. Éste se limitará a declarar si la ley cuestionada es o no conforme a la Constitución. Incumbe luego a los jueces ordinarios que promovieron la cuestión dictar sentencia para resolver en definitiva el pleito, a la luz de la respuesta dada por el tribunal constitucional<sup>24</sup>.

también pueden impugnar una ley que afecte directamente a sus derechos, si esa ley produce efectos en su esfera jurídica sin necesidad de que se dicte una resolución administrativa o judicial (el recurso no tiene carácter abstracto en tal supuesto). Véase el art. 140.1 de la Constitución austriaca. En Bélgica, los recursos pueden ser presentados por un gobierno federal, regional o comunal; por cualquier persona física o jurídica cuyos intereses estén afectados; y por los presidentes de cualquier asamblea legislativa a petición de dos tercios de sus miembros (art. 2 de la *Loi spéciale sur la Cour d'Arbitrage*, de 6 de enero de 1989). En Francia, los recursos de inconstitucionalidad sólo pueden ser interpuestos antes de la promulgación de la ley, por el presidente de la República, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del senado, sesenta diputados o sesenta senadores (art. 61 de la Constitución francesa). En Alemania, pueden ser formulados por el gobierno federal, un gobierno estatal o una cuarta parte de los miembros del Bundestag (art. 93.2 de la Constitución alemana). En Italia, los recursos pueden ser interpuestos, por motivos vinculados a la distribución regional del poder, por el gobierno estatal (contra una ley regional) y por un gobierno regional (contra una ley estatal o de otra región) (art. 127 de la Constitución italiana). En Portugal, los recursos pueden ser formulados antes o después de la promulgación de la ley. Los recursos previos los pueden interponer (dependiendo del tipo de norma de que se trate) el presidente de la República, los representantes de la República en las regiones, el primer ministro y un quinto de los miembros de la asamblea de la República (véase el art. 278 de la Constitución portuguesa). Tras la promulgación de la norma, pueden presentar recurso el presidente de la República, el presidente de la asamblea de la República, el primer ministro, el defensor del pueblo, el fiscal general, un décimo de los miembros de la asamblea de la República y, en conexión con controversias regionales, los representantes de la República en las regiones, las asambleas legislativas regionales, los presidentes de éstas, los presidentes de los gobiernos regionales, o un décimo de los miembros de una asamblea legislativa regional (art. 281). En España, las leyes pueden ser impugnadas por el presidente del gobierno, el defensor del pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, así como por los gobiernos y parlamentos autonómicos (art. 162.1 de la Constitución española). El único país que carece de este mecanismo es Luxemburgo. En todos los países mencionados (con la excepción de Austria, Alemania y Portugal) existe un plazo para la interposición del recurso de inconstitucionalidad.

<sup>23</sup> Los países difieren a la hora de precisar cuándo exactamente debe el juez elevar cuestión al tribunal constitucional: ¿debe el juez llegar a la convicción de que la ley es inconstitucional, o basta con que tenga dudas? En Alemania, por ejemplo, las meras dudas no se consideran suficientes, a diferencia de lo que ocurre en Italia, España, Bélgica y Luxemburgo.

<sup>24</sup> Este mecanismo existe en Austria [arts. 89.2, 129.c) y 140.1 de la Constitución], Bélgica (art. 142.3 de la Constitución), Francia (art. 61.1 de la Constitución), Alemania (art. 100 de la Constitución), Italia (art. 1 de la *Legge Cost. 1/1948*, de 9 de febrero), Luxemburgo (art. 95 ter de la Constitución) y España (art. 163 de la Constitución). No existe, en cambio, en Portugal, donde los jueces ordinarios pueden inaplicar las leyes por su propia autoridad. Tampoco existía en Francia antes de la reforma constitucional de 23 de julio de 2008, que la introdujo por primera vez. Véanse los arts. 29 y 30 de la *Loi constitutionnelle 2008-724, de modernisation des institutions de la Ve République*, que da nuevo contenido a los arts. 61 y 62 de la Constitución. Conviene señalar que el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad presenta algunas características especiales en Austria, Francia y Bélgica. En Austria, sólo los tribunales más altos (el tribunal administrativo, el tribunal supremo, los tribunales de apelación, los tribunales administrativos independientes y el tribunal federal independiente en



En algunos países (Alemania, Austria, España), existe un tercer camino para acceder al tribunal: los individuos pueden presentar un *recurso de amparo* si entienden que alguno de sus derechos fundamentales han sido vulnerados por los poderes públicos<sup>25</sup>. En la mayoría de los casos en que la queja está fundada, la decisión del poder público que vulnera el derecho fundamental se basa en una interpretación o aplicación incorrecta del Derecho ordinario. A veces, sin embargo, es la propia ley aplicable la que está viciada de inconstitucionalidad. En tales supuestos, el tribunal constitucional examina la ley y se pronuncia acerca de su validez.

En Portugal, existe un cuarto tipo de procedimiento. Como ya hemos visto, el sistema portugués es especial, en la medida en que permite a los jueces ordinarios inaplicar a los casos concretos la legislación que estimen contraria a las normas constitucionales. Sus sentencias pueden ser luego recurridas ante el Tribunal Constitucional por las partes (o por el ministerio fiscal). La jurisdicción del Tribunal Constitucional es limitada, sin embargo, pues sólo puede decidir si el juez ordinario acertó o no cuando inaplicó la ley (o cuando la declaró válida) por motivos de constitucionalidad.

Hay distintas versiones, pues, del modelo europeo. Obviamente, un tribunal constitucional se encuentra más o menos conectado al poder judicial ordinario según las características de los procedimientos existentes. En el marco de los recursos abstractos de inconstitucionalidad, el tribunal no está ligado a los órganos de la jurisdicción ordinaria. Existe una relación institucional, en cambio, cuando el tribunal re-

---

materia de asilo) están autorizados para cuestionar leyes ante el tribunal constitucional. Los reglamentos administrativos, en cambio, pueden ser cuestionados por todos los tribunales. En Francia, cualquier tribunal puede poner en marcha el procedimiento, pero el tribunal supremo correspondiente en función de la materia (el Tribunal de Casación o el Consejo de Estado) actúa de filtro, de manera que es éste quien formalmente dirige la cuestión al Consejo Constitucional. Este mecanicismo, además, sólo puede ser empleado para impugnar la validez de leyes por violación de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados. No puede utilizarse para atacar las leyes por otros motivos de inconstitucionalidad. Por último, con respecto a Bélgica, todos los tribunales pueden promover cuestiones de inconstitucionalidad, pero los tribunales superiores cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso (en la práctica, el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado) tienen una obligación más estricta: cuando una de las partes sostiene que la ley aplicable es inconstitucional, tales tribunales deben elevar la pertinente cuestión, incluso si piensan que la ley no es inválida o que no es indispensable obtener respuesta del tribunal constitucional. Esta obligación más estricta fue introducida en 1989. Véase el art. 26.2 de la *Loi spéciale sur la Cour d'Arbitrage*.

<sup>25</sup> Véanse el art. 93 de la Constitución alemana y los arts. 90-95 de la *Bundesverfassungsgesetz*; arts. 161 y 162 de la Constitución española, y arts. 41-58 de la *Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional*, y art. 144 de la Constitución austriaca, y arts. 82-88 de la *Verfassungsgesetz*. En Alemania y España, los litigantes, por regla general, deben agotar primero todos los remedios que pueden ofrecer los tribunales ordinarios; sólo entonces es admisible el recurso de amparo. En Austria, en cambio, el recurso se dirige normalmente contra las decisiones administrativas de modo directo, sin pasar antes por los tribunales de justicia. Además, tanto en Austria como en Alemania, los particulares pueden impugnar una ley directamente ante el Tribunal bajo ciertas condiciones especiales. Hay que señalar, por último, que en España también pueden interponer recurso de amparo el defensor del pueblo y el ministerio público, aunque raramente lo hacen.

suelve las cuestiones planteadas por los jueces ordinarios. El vínculo es todavía más estrecho cuando el tribunal tiene competencia para revisar las decisiones judiciales, como sucede con el recurso de amparo, o con el recurso especial previsto en el sistema portugués. La estructura dualista que caracteriza al modelo europeo, pues, puede ser más o menos rígida.

Naturalmente, ello tiene repercusiones a la hora de valorar en qué medida el sistema de justicia constitucional es, en su conjunto, «abstracto» o «concreto». La tendencia general en la Europa occidental se mueve en la dirección de un sistema en que el control de constitucionalidad se suele efectuar en el contexto de casos concretos (a través de cuestiones de inconstitucionalidad, recursos de amparo o recursos del tipo portugués). El control abstracto promovido a través de recursos de inconstitucionalidad es menos frecuente en la práctica <sup>26</sup>. Hasta hace muy poco, Francia representaba la excepción más notable en este panorama general, pues el recurso abstracto iniciado por instituciones políticas era la única vía a través de la cual el Consejo Constitucional francés podía enjuiciar las leyes. Una importante reforma constitucional de 23 de julio de 2008, sin embargo, ha transformado radicalmente el sistema. Los jueces ordinarios pueden ahora promover cuestiones de inconstitucionalidad, si la ley aplicable al caso es contestada con el argumento de que viola alguno de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados (esas cuestiones deben pasar el filtro del Tribunal de Casación o del Consejo de Estado, según la jurisdicción de que se trate) <sup>27</sup>. El control abstracto se combina, pues, con el control concreto. Es probable que, en el futuro, un gran porcentaje de leyes sean enjuiciadas por el Consejo Constitucional francés en el marco de las cuestiones elevadas por los jueces ordinarios, como ha sucedido en otros países europeos.

La práctica general en la Europa central y del este, en cambio, parece gravitar más intensamente en torno al control abstracto. Según explica Wojciech Sadurski, el control abstracto ha sido establecido en todos los países de la región y es utilizado con frecuencia, mientras que el control concreto iniciado por los jueces ordinarios se ejerce más raramente <sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Acerca de esta tendencia general en Europa, véase FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en FRANCISCO RUBIO LLORENTE y JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional* (Madrid: McGraw-Hill, 1998), pp. 155-173. Este autor entiende que las causas de esta tendencia son la arraigada cultura de los derechos y la dificultad de garantizar plenamente los derechos si las leyes sólo se controlan en abstracto.

<sup>27</sup> Ya en los años noventa se formularon propuestas similares para cambiar el sistema, pero no llegaron a adoptarse. Para una descripción de esas propuestas y del debate que suscitaron, puede consultarse DOMINIQUE ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel* (Paris: Montchrestien, 2006), pp. 73-78.

<sup>28</sup> Wojciech SADURSKI, *Rights Before Courts*, op. cit., p. 19.