

ALGUNOS DILEMAS SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Nuria Belloso Martín¹

RESUMEN

A partir de la idea de supremacía constitucional surge el nacimiento de la justicia constitucional. Ello lleva aparejadas algunas cuestiones polémicas: ¿Son los jueces, y qué tipo de jueces, y mediante qué procedimientos, los sujetos idóneos para asegurar el respeto al texto constitucional? ¿Quién debe ser el “guardián” de la Constitución? ¿Cómo encaja el Tribunal Constitucional, con respecto al recurso de inconstitucionalidad de las leyes, en un sistema democrático en el que las leyes son aprobadas por el Parlamento? No son pocas las voces que han cuestionado la legitimidad de la justicia constitucional, ya que, lamentablemente, en algunas de sus decisiones se ha percibido la clara influencia de la política y del Poder Ejecutivo. En este trabajo revisaremos los tres modelos de jurisdicción constitucional clásicos, nos detendremos en el análisis de la “objeción contramayoritaria” y de la aristocracia de los jueces para acabar desembocando en un análisis de la legitimidad de la justicia constitucional.

Palabras llave: Constitución. Justicia constitucional. Tribunal Constitucional.

1 A MODO DE PREMISA

Actualmente, ya no resulta extraño que alguien se pregunte “hasta dónde” pueden llegar legítimamente los jueces constitucionales en un sistema democrático². Nos adherimos al planteamiento de V. Ferreres Comella, cuando sostiene que no es correcto reaccionar ante el problema de la legitimidad democrática de la justicia constitucional a través de dos teorías que se han sustentado: 1) La que limita el papel del juez constitucional a la protección de las reglas del juego democrático; 2) La que opta por una Constitución de detalle (es decir, por una Constitución que se expresa en cláusulas muy específicas). Por regla general, el juez constitucional debe examinar las leyes aprobadas por el Parlamento democrático bajo una cierta presunción de validez.

Tal vez el gran interrogante sea el de qué se espera del juez constitucional. Subrayamos que el juez contribuye a elevar la actividad deliberativa del proceso político a través del cual se interpretan y concilian los derechos fundamentales que la Constitución enuncia en abstracto. Ferreres Comella recomienda que esta idea se combine con otra:

[...] que las decisiones de los jueces, aunque falibles, son prometedoras desde el punto de vista de la adecuada interpretación y protección de los derechos fundamentales y, por tanto, deben ser tomadas en serio en el debate político. Ello es así porque los jueces constitucionales son conscientes de que su función es, sobre todo, velar por los derechos y principios fundamentales recogidos en la Constitución, frente a otros tipo de consideraciones, mientras que un Parlamento está abierto a un abanico de

intereses más amplio, en detrimento del mayor peso que deben tener esos derechos y principios. En segundo lugar, los jueces constitucionales tienen que decidir con arreglo a una serie de criterios generales que deben aplicar de manera coherente en los diversos casos, lo que asegura una cierta tendencia a la imparcialidad.³

Como vamos a poder observar, un estudio sobre la justicia constitucional acaba teniendo que partir de un análisis del papel que juega el Poder Judicial y el Parlamento, junto con la Constitución, en la configuración de esta misma justicia constitucional.

2 UN BREVE REPASO HISTÓRICO

La introducción del control de constitucionalidad de las leyes fue muy precoz en los Estados Unidos. En cambio, en Europa, el desarrollo de la justicia constitucional fue más tardío. Se veía mal que la ley, expresión de la voluntad general, se supeditara a cualquier control. Habrá que esperar hasta el siglo XX para asistir a la introducción de un control de constitucionalidad de las leyes, con la creación, en 1920, del Tribunal Constitucional austriaco.⁴ En el mismo período, también la República de Weimar establece un control de conformidad de los actos normativos con la Ley fundamental. Pero sólo después de la II Guerra Mundial es cuando la justicia constitucional comienza su expansión por el continente. Primero Alemania, con el *Bundesverfassungsgericht*, establecido en 1951, seguido de Italia, cuyo Tribunal Constitucional se instaura en 1956. Dos años después, la transición a la V República desemboca también en Francia en la institución del *Conseil Constitutionnel*.⁵ En España, el Tribunal Constitucional nace a partir de la aprobación de nuestra Constitución de 1978, y en Portugal, en 1983 se pone en funcionamiento su *Tribunal Constitucional*.⁶

La creación de Tribunales o Cortes constitucionales se ha convertido en un elemento indispensable para que sea posible hablar de Estado de derecho. Con todo, ello no significa que el control de constitucionalidad no se pueda ejercer por otros medios, como efectivamente ocurre en aquellos países que, siguiendo el ejemplo de Estados Unidos, lo encomiendan a sus Cortes Supremas o, como en el caso de Francia, a un Consejo Constitucional.

Cuestión no pacífica ha sido la del papel híbrido de estos Tribunales que, aunque cualificados como órganos jurisdiccionales, en la práctica desempeñan un papel intermedio entre la justicia y la política. El dualismo de su posición institucional, y en especial su vertiente política, resulta evidente si consideramos su estructura. Si, por un lado, se conciben como contrapeso de los otros poderes, por otro, son esos mismos poderes los que definen su composición: los controladores de hecho son elegidos por los controlados.⁷

A pesar de las importantes diferencias entre uno y otro modelo, se plantean problemas similares en el terreno de la interpretación constitucional, en el que surge la cuestión acerca de los límites que debe respetar la justicia constitucional al objeto de no contradecir el principio democrático. En ambos modelos, el juicio acerca de la constitucionalidad de la ley exige interpretar dos textos (el texto legal y el texto

constitucional) y apreciar si las normas que se expresan en el primero son compatibles con el sistema de normas que se expresan en el segundo. En opinión de Ferreres Comella, el juicio de constitucionalidad de la ley no es el único juicio de contraste que se plantea en un sistema jurídico moderno. En el campo de los derechos y libertades constitucionales, ese juicio tiene dos peculiaridades: 1) Las disposiciones del texto constitucional exhiben un mayor grado de indeterminación que la mayoría de las disposiciones legales que forman parte del sistema jurídico; 2) La disposición de ley que hay que contrastar con la Constitución viene revestida de una especial dignidad por haber sido aprobada por un Parlamento democráticamente elegido, lo cual puede justificar que el juez tenga en cuenta determinadas consideraciones a la hora de llevar a cabo su tarea de control.⁸

Junto a la problemática, ya clásica, acerca de la legitimidad de la jurisdicción constitucional, desde hace unos años se ha sumado una especie de campaña, por parte de especialistas de Derecho Comunitario y Europeo, a favor del reconocimiento en las instituciones europeas de características constitucionales, y principalmente, de la naturaleza de Tribunal Constitucional atribuida al Tribunal de Justicia de Luxemburgo y especialmente al Tribunal Europeo de Estrasburgo.⁹ Recientes debates ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han presentado a los Tribunales constitucionales bien como jueces, bien como órganos políticos o constitucionales. Pero la complejidad de la noción en realidad se debe a que son, a la vez, jueces constitucionales y poderes constitucionales.¹⁰

3 SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

La Jurisdicción Constitucional, entendida como el ejercicio de la defensa jurisdiccional de la Constitución, constituye uno de los instrumentos fundamentales para la efectivación del Estado Democrático de Derecho.¹¹ Concretamente, se va a ocupar de aquellos contenciosos que sirven para el control de constitucionalidad de las leyes, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución vertical y horizontal del poder. Un órgano que pertenece a la categoría de la justicia constitucional cuando es de carácter jurisdiccional, posee un status, generalmente, diferente al de la justicia ordinaria y su competencia recae sobre los procesos constitucionales. Los órganos de justicia constitucional reciben diversas denominaciones, aunque la expresión más extendida es la de Tribunal Constitucional –en el idioma que sea–.

Como apunta Mauro Cappelletti¹², la Jurisdicción Constitucional posee diversas formas de manifestación, tales como el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, el *Mandato de Segurança*, el *Habeas Corpus*, el *Habeas Data*, la Acción Popular, los institutos del Tribunal Constitucional Federal Alemán y las declaraciones de la Asamblea Popular de la ex-Unión Soviética, entre otras.¹³ El control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes es la vertiente más importante de la Jurisdicción Constitucional, pues, reproduciendo la teoría de Hans Kelsen, el control de la constitucionalidad de las normas –y la consecuente eliminación de las que sean inconstitucionales– “representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución.”

Esa primacía de la Constitución sobre la ley ha de garantizarse recurriendo a procedimientos judiciales y debe llevarse a cabo por órganos del Poder judicial. El control de constitucionalidad de las leyes implica: a) que dicho control sea externo, es decir, ajeno al órgano legislativo que aprueba las leyes y que esté consecuentemente depositado en otro tipo de órgano de carácter político, judicial o mixto; aunque generalmente será un órgano judicial; b) el control requiere que lo controlado lo sea respecto de la Constitución. Esto implica además, que la Constitución se configura como la norma jurídica de mayor rango jerárquico dentro del sistema jurídico en cuestión.

A finales del siglo XVII, con la llamada Revolución Gloriosa (1688) y la obra de John Locke, se inicia propiamente el liberalismo político, surgiendo un Estado constitucional subordinado al control parlamentario y comprometido con el respeto a los nuevos derechos individuales. Tales concepciones fueron la semilla de los dos grandes sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes que se desarrollaron: el sistema americano (o difuso), el sistema europeo (o concentrado) y un sistema mixto.

El sistema de control constitucional ideado por H. Kelsen superaba el control judicial norteamericano, que adolecía de algunos inconvenientes: a) La situación de privilegio de uno de los órganos, el judicial, sobre los otros dos, el legislativo y el ejecutivo; b) Permitía identificar las decisiones de las respectivas Cortes o Tribunales como actos simplemente judiciales, cuando en realidad, la principal función del Tribunal Constitucional, la anulación de normas legales contrarias o violatorias de la Constitución, se aproxima más a un acto legislativo que judicial. Kelsen plantea como postulado necesario el de la independencia de dicho Tribunal tanto frente al Parlamento como frente al Gobierno.¹⁴ Su deseo parecía ser el de reforzar al Parlamento, protegiéndolo frente a los jueces.¹⁵

Se distingue un control “concentrado” opuesto a uno “difuso”. En el primer caso esa función está desempeñada por un tribunal *ad hoc*, en el segundo, en cambio, se pide a los jueces ordinarios que, en cualquier tipo de juicio, puedan rechazar la aplicación de una norma considerada inconstitucional. El “concentrado” es propio de los países europeos y el “difuso” es característico de los Estados Unidos y de las ex-colonias del Reino Unido –que todavía no conoce ningún control de constitucionalidad, por la ausencia de una ley fundamental de forma escrita y sobre todo, por la primacía que se reconoce al Parlamento-.

4 ALGUNOS DILEMAS SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

4.1 ¿Quién debe de ser el “guardián de la Constitución”?

Para algunos jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la discusión sobre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad lo es en realidad acerca de cómo ha de “leerse” la Constitución, es decir, las constricciones que generan una interpretación legítima.¹⁶

Los jueces no son la “*bouche qui prononce les paroles de la loi*”, como en su

momento sostuvo Montesquieu, sino que llevan a cabo una labor creativa y no puramente mecánica. Toda norma jurídica es susceptible de diversas interpretaciones y es al juez, como aplicador de la misma, a quien le corresponde discernir el sentido correcto que la norma debe de tener, atendidas las circunstancias concretas del caso. El juez constitucional también participa de lo que acabamos de decir. Los preceptos constitucionales no tienen una única significación sino que puedan dar lugar a diversas interpretaciones. Máxime si tenemos presente que los textos constitucionales no comprenden sólo normas sino también principios, valores, directrices y normas programáticas.¹⁷

La Constitución española tiene un carácter “principalista”, es decir, el Derecho de la Constitución es un Derecho “por principios”, lo que implica unas consecuencias que han de aceptarse como es la del mayor margen de discrecionalidad en la interpretación jurídica y un rebosamiento de la importancia del papel de los jueces en el Estado de Derecho, que pasa a ser un Estado jurisdiccional de Derecho. Si a ello unimos la existencia misma de los derechos fundamentales como derechos inmediatamente aplicables, se refuerza el papel de los jueces. Todo ello desemboca en un poder de los jueces, a lo que contribuye el deslizamiento, prácticamente inevitable, de la democracia constitucional del presente, hacia su configuración como una forma mixta de gobierno en que la democracia de la ley se encuentre corregida por la aristocracia de los jueces. Por ello, para reducir los riesgos de desequilibrio del sistema, que tendería a hacer prevalecer la jurisprudencia sobre la legislación, es preciso buscar unas medidas de reequilibrio (curativas) o de contrapeso (preventivas) a cargo de la propia cultura jurídica consistente en la utilización de la teoría jurídica y no de la filosofía moral en la aplicación de la Constitución. Este podría ser el camino para evitar que el Estado de Derecho se acabe convirtiendo en un Estado de Justicia.¹⁸

Podríamos afirmar que se ha producido lo que H. Kelsen ya había presagiado en su debate con C. Schmitt: el carácter político y no jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales sería una realidad si el lenguaje constitucional era tal que inevitablemente se invitaba al intérprete y aplicador del mismo a moverse en el margen de discrecionalidad que toda norma formulada con carácter general hace posible, y más en el caso de la Constitución. La recomendación kelseniana no se ha tenido en cuenta. La mayoría de las Constituciones cuentan con una declaración de derechos básicos y un buen repertorio de elementos normativos varios, como los valores y principios, así como formulaciones lingüísticas sobre las que se produce un desacuerdo razonable en cuanto a su determinación semántica.¹⁹

Pero la especificidad de la jurisdicción constitucional²⁰ no radica exclusivamente en la especificidad de la interpretación de las normas constitucionales. Tocqueville, tras su regreso de Norteamérica, en relación a la existencia de un nuevo Poder Judicial afirmaba: “[...] los americanos han reconocido a los jueces el derecho a fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más que en las leyes. En otros términos, le han permitido [al Poder Judicial] no aplicar las leyes que le parezcan inconstitucionales”.

Se presentan dos alternativas claras: o la Constitución es una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o se sitúa en el nivel de las leyes ordinarias y, al

igual que esas leyes, puede ser alterada cuando la legislatura desee hacerlo. Si la primera opción es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no constituye derecho. Si la segunda opción es la acertada, los textos constitucionales no sirven para limitar un poder que es ilimitable.

Hay un consenso en relación a la necesidad de convertir a la Constitución en un ámbito de garantías, que únicamente puede serlo cuando de verdad existen fórmulas jurídicas que aseguran que sus principios y mandatos serán respetados por todos, lo mismo por los ciudadanos que por los poderes del Estado. En Europa, la justicia constitucional ha adquirido un renovado protagonismo en el siglo XX, llegándose a afirmar que el control de constitucionalidad se ha convertido en un rasgo distintivo de un régimen democrático, al mismo nivel que la separación de poderes, la independencia del Poder Judicial, la libertad de sufragio y el pluralismo.

La *Carta Magna* constituye la norma fundamental, ya que en ella buscamos el fundamento de validez de las demás normas existentes en el ordenamiento jurídico. Por ello, las leyes deban guardar compatibilidad con el texto constitucional, pues de lo contrario contaría con el vicio insanable de la inconstitucionalidad, lo que, irremediablemente, las condenará a su retirada del ordenamiento jurídico, a través del ejercicio de la Jurisdicción Constitucional. De ahí que el nacimiento de la justicia constitucional exija la aceptación previa de la idea de la supremacía constitucional.

Otra cuestión es si son los jueces, y qué tipo de jueces, y mediante qué procedimientos, los sujetos idóneos para asegurar el respeto a esa norma suprema. Como subraya L. Prieto Sanchos:

[...] si bien el control abstracto de las leyes puede verse desde alguna perspectiva como una intromisión inaceptable en la esfera legislativa, el control difuso que ejercen los jueces ordinarios resulta de todo punto indispensable en presencia de Constituciones dotadas de un denso contenido material de principios y derechos [...].²¹

¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Tal cuestión va de la mano del análisis del propio 'Tribunal Constitucional *ad hoc*', ya que la respuesta a ese interrogante ha dado lugar a una rica confrontación de ideas –como pone de manifiesto la polémica entre Carl Schmitt y H. Kelsen–.

4.2 ¿Democracia versus constitucionalismo?

El mayor dilema que afecta a la Jurisdicción Constitucional actualmente se basa en la dicotomía democracia y constitucionalismo. ¿Son conceptos que chocan? ¿Se complementan? La democracia tiene como base la soberanía popular, y el constitucionalismo se vincula al principio de supremacía constitucional. La Jurisdicción Constitucional, como ya hemos apuntado, es fruto del Constitucionalismo moderno, siendo sus dos ideas centrales: la garantía de los derechos fundamentales y la limitación del poder estatal. Por ello, lo que se cuestiona la doctrina es si la Jurisdicción Constitucional, ejercida por los Tribunales Constitucionales, posee o no legitimidad democrática, dado que sus miembros no son directamente elegidos por el pueblo, además de alejar del ordenamiento jurídico

normas elaboradas y aprobadas por los representantes de la sociedad, y de dictar sentencias en numerosas ocasiones contrarias a la voluntad de la mayoría de la población.

La doctrina mayoritaria apunta que el constitucionalismo y, consiguientemente, la Jurisdicción Constitucional, es una de las formas de reafirmar la democracia, puesto que es un instituto expresamente previsto en la Constitución, como expresión del poder constituyente originario, cuyo titular es el propio pueblo. A esto hay que sumar el hecho de que la Jurisdicción Constitucional sea un mecanismo contramayoritario,²² es decir, funcionando como un árbitro en el juego democrático entre la voluntad mayoritaria y la preservación de los derechos de las minorías sociales y de los contenidos básicos y esenciales previstos en el texto constitucional: sólo se puede considerar que hay democracia material donde se respeta la Carta Constitucional.²³

En opinión de V. Ferreres Comella, las circunstancias que dan lugar a la dificultad “contramayoritaria” son las tres siguientes:

1) La menor legitimidad de origen del juez constitucional: la ley que hay que enjuiciar proviene de un Parlamento elegido periódicamente por el electorado, por sufragio universal. El juez constitucional, en cambio, no es elegido periódicamente por el electorado por sufragio universal;

2) La rigidez de la Constitución: el Parlamento no puede neutralizar fácilmente (a través de la reforma constitucional) la decisión del juez constitucional de declarar inválida una ley, pues la Constitución sólo puede reformarse a través de un procedimiento que es considerablemente gravoso;

3) La controvertibilidad interpretativa de la Constitución: la interpretación del texto constitucional es controvertida (especialmente en materia de derechos y libertades), dada la abundancia de “conceptos controvertidos” y de colisiones entre las diversas disposiciones.²⁴

Sin embargo –continúa apuntando Ferreres Comella- se pretende a veces negar relevancia a la objeción democrática en contra de la institución del control judicial de la ley, alegando que está mal planteada. Podemos destacar dos argumentos que van en esta dirección:

a) El control judicial de la ley es perfectamente democrático en España desde el momento en que la Constitución, aprobada democráticamente, establece explícitamente ese control (en su Título IX). Se añade que la razón por la cual se discute en los Estados Unidos la legitimidad democrática del control judicial de la ley (*judicial review*) reside en la ausencia en el texto constitucional americano de un explícito reconocimiento de esta institución;

b) Es cierto que la institución del control judicial de la ley es antidemocrática. Pero el principio democrático no es el único principio con arreglo al cual debemos diseñar las instituciones del Estado. Al lado de este principio existe otro: el principio de protección de los derechos individuales. Ambos principios pueden entrar en

conflicto. La institución del control judicial es una institución antidemocrática al servicio del principio de los derechos, que debe prevalecer frente al principio democrático en caso de conflicto.²⁵ Sin embargo, ¿puede afirmarse que los derechos están “por encima” de la regla de la mayoría, cuando es la mayoría quien hace la Constitución y elige a los jueces, y es la mayoría de éstos los que deciden el sentido de una sentencia? Se dirá:

Pero la Constitución es aprobada no por una mera mayoría, sino por una super-mayoría”. Es cierto, pero entonces lo que parece que habría que decir no es que el principio de protección de los derechos está por encima del principio democrático, sino que dentro del principio democrático se establece una jerarquía entre la voluntad de una super-mayoría y la voluntad de una mayoría simple.²⁶

Todo ello acaba desembocando en la discusión del fundamento y los límites del papel del juez constitucional en una democracia.²⁷

Hay diversos casos en los que asistimos a una estrecha conexión entre justicia constitucional y democracia de manera tal que la salida de regímenes autoritarios supone la implantación de un Tribunal Constitucional (Italia, Alemania Federal, Portugal, España, los países del bloque del Este). Frente a la arbitrariedad del legislador autoritario de la época anterior se alza el Tribunal Constitucional como mecanismo de prevención basado en una Norma fundamental con un mínimo inalterable. En otros casos ocurre el fenómeno inverso, es decir, la caída de la democracia implica la caída de la jurisdicción constitucional, como sucedió en la Austria de entreguerras.²⁸

Uno de los sectores que se mantuvo más tiempo fuera de las cuestiones políticas no judiciales fue el relativo a las declaraciones de los estados de excepción o de emergencia, ya que se consideró que se trataba de situaciones excepcionales en las cuales se encontraba en riesgo la existencia misma del Estado y por ello debía quedar a cargo del Ejecutivo de manera discrecional y aplicarse las medidas de emergencia por las autoridades militares, y en todo caso sólo procedía el control político por parte del organismo legislativo. Desde una perspectiva teórica, como sabemos, las declaraciones de los estados de excepción o de emergencia tienen la finalidad de que, en caso de graves situaciones de peligro o conflicto, preservar el ordenamiento constitucional democrático, por lo que resulta imprescindible su vigencia temporal y su relación directa y proporcional con la gravedad de la situación que pretenda superarse.

Sin embargo, en Latinoamérica los estados de emergencia, que también se han calificado como suspensión de garantías, durante el predominio de gobiernos autoritarios, generalmente de carácter castrense, asumieron una modalidad que no era la de la defensa del régimen democrático, sino la de reforzar a las autoridades militares, así como desalentar o inclusive destruir a la oposición política, y para ello se restringieron de forma considerable los derechos fundamentales e incluso se sometió a los civiles a la jurisdicción castrense, a la vez que se estableció la improcedencia de los recursos de amparo y de hábeas corpus para tutelar los propios derechos ante jueces y tribunales.

Con todo, en algunos de esos países afectados por los gobiernos autoritarios de carácter militar, los tribunales asumieron, aunque tímidamente, el conocimiento de los estados de emergencia y de excepción, y establecieron algunos criterios para determinar su conformidad con las normas constitucionales. En esta dirección podemos apuntar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina y del Tribunal Supremo Federal de Brasil.²⁹

Las construcciones teóricas de Dworkin y Habermas sobre la Jurisdicción Constitucional, a pesar de que tengan origen en fundamentos filosóficos diversos, coinciden en afirmar que los derechos fundamentales y la democracia conviven en una relación de implicación recíproca; es decir, sólo hay democracia donde se respetan los derechos fundamentales del hombre, y viceversa. Por consiguiente, a la Jurisdicción Constitucional le compete tanto la protección de los derechos fundamentales (según Dworkin), como el procedimiento democrático (en la tesis de Habermas). Y, en razón de la naturaleza vital de la democracia, los derechos fundamentales deben quedar al margen de las disputas políticas, bajo la protección de un órgano independiente y capaz de subordinar a los demás poderes a la autoridad de sus decisiones.³⁰

4.3 ¿Cuarto poder o controlador de los tres Poderes?

El Tribunal Constitucional hace respetar las normas constitucionales por parte de los tres Poderes –Ejecutivo, Legislativo y Judicial-. La separación de poderes adquiere todo su relieve cuando existe un Tribunal Constitucional que se encarga de que cada uno de ellos observe los límites de sus competencias. También incumbe a estos Tribunales la tarea de que el texto constitucional evolucione, con el objeto de adaptarlo a los cambios acaecidos en la sociedad, así como también el provocar las revisiones necesarias cuando las lagunas de la Constitución no puedan ser colmadas por una interpretación constructiva.³¹

La cuestión más compleja era la de la relación entre el Poder legislativo y el Tribunal Constitucional, ya que durante mucho tiempo la ley se consideró incontestable e incontrolable, además de que en Europa –a diferencia de lo que sucedía en Estados Unidos- la ley controlada casi siempre era ley nacional o federal. Sólo un Tribunal Constitucional está en condiciones de oponerse al legislador nacional y obligarle a respetar la Constitución. El “legislador negativo” al menos debe estar a la altura del “legislador positivo”³².

L. Favoreu apunta que el éxito de la justicia constitucional y la amplia circulación de sus modelos, se debe a la naturaleza de las finalidades que persigue, es decir, a la rigidez constitucional, al principio de supremacía de las normas constitucionales y a la consecuente ilegitimidad de los actos contrarios a la propia Constitución.

En primer lugar, la justicia constitucional, de acuerdo con la teoría de Kelsen de la Corte Constitucional como “legislador negativo”, responde a la necesidad de asegurar la racionalidad y homogeneidad del sistema jurídico, de favorecer una

coherencia, no sólo anulando las normas de ley que contrastaban con las de rango constitucional, sino también ejerciendo la función de interpretación auténtica del significado de las disposiciones constitucionales, o bien, de unificación de los ordenamientos jurisprudenciales en orden a los diversos artículos de la Constitución.

En segundo lugar, la justicia constitucional –en coherencia con el papel de “custodio de la Constitución”- se propone asegurar el equilibrio institucional entre los poderes del Estado y entre los diversos niveles institucionales.

En tercer lugar, según una opinión doctrinal que califica a las Cortes como “jueces de las libertades”, el proceso constitucional se considera generalmente como la sede en la cual se garantiza la tutela de las posiciones subjetivas y de los derechos reconocidos por la Constitución: a través del proceso constitucional se controlan los poderes públicos (es decir, los gobernantes) garantizando los derechos de los gobernados, se vigila con el fin de que las decisiones públicas no vulneren las libertades garantizadas por la Constitución. “Se debe considerar que la justicia constitucional ha constituido la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático de derecho a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales”³³.

4.4 ¿Dictadura de los jueces del Tribunal Constitucional?

Desembocamos en el interrogante de “cuál es la razón para imponer pautas externas a las mayorías políticas democráticas”. Porque no son pocas las ocasiones en las que un grupo de jueces no elegidos democráticamente, acaban imponiendo sobre el órgano legislativo una decisión o una limitación –lo que tradicionalmente se ha entendido como “objeción contramayoritaria”-³⁴. ¿Por qué han de ser los jueces, unos funcionarios no elegidos democráticamente, quienes decidan de forma discrecional el significado de cuestiones especialmente controvertidas, pronunciando la última palabra incluso frente al legislador?

Se trata del eventual riesgo democrático que representan los Tribunales Constitucionales, pues, además de que sus jueces son inmunes a los mecanismos de control de legitimidad impuestos a los demás agentes políticos (ya que no son elegidos directamente por los ciudadanos), sus decisiones son obligatorias y definitivas para las demás instituciones políticas, además de que no quedan sometidos a ningún tipo de control democrático posterior (salvo mediante enmienda constitucional por el Legislativo, las cuales, paradójicamente, podrán tener su constitucionalidad “controlada” por el Tribunal). En otras palabras, existe el temor a que los Tribunales Constitucionales impongan una “dictadura de jueces”.

La restricción al legislador no viene dada por la Constitución sino por el Tribunal Constitucional y –como subraya Prieto Sanchís- con la particularidad además de que el alto grado de indeterminación semántica de las normas constitucionales hace de la interpretación constitucional una tarea especialmente discrecional³⁵. Esto es lo que R. Gargarella ha llamado la “brecha interpretativa”, que se traduce en que, al final, los jueces usurpan la posición que debería corresponder a la voluntad popular.³⁶

Para que esto no suceda, resulta imprescindible que en el Estado Democrático de Derecho se fomente la idea de la 'ciudadanía constitucional', de manera que se cree una 'sociedad abierta de intérpretes de la Constitución'. El universo de valores de la Jurisdicción Constitucional se debe comprender a través de la interpretación constitucional. Peter Häberle defiende la presencia de un amplio universo de intérpretes, atribuido por la propia praxis. El jurista pondera que la Jurisdicción Constitucional, que tiene como fundamento la teoría constitucional, funciona como un filtro de la demanda de esos intérpretes-participantes³⁷.

4.5 Sobre la legitimidad de los Tribunales constitucionales

La legitimidad de los Tribunales Constitucionales, en la medida en que son poderes constitucionales, a juicio de L. Favoreu, se debe a dos elementos esenciales: su composición y su función de orientar y no de bloquear:

1) En calidad de poderes constitucionales, los Tribunales constitucionales no pueden tener la misma composición y el mismo modo de reclutamiento que las jurisdicciones ordinarias. Sin embargo, esto no significa que los jueces constitucionales, designados no por oposición sino por designación, actúen como militantes o como fieles representantes de las fuerzas o partidos políticos que los hayan designado. Habida cuenta de la independencia que su estatuto les garantiza, los jueces constitucionales suelen dar la impresión de "ingratitude" hacia aquéllos que les han nombrado. Pero su legitimidad se debe a que han sido designados por autoridades políticas democráticamente investidas y según modalidades que garantizan un pluralismo en el seno del Tribunal, pluralismo que puede ser no sólo meramente político, sino religioso, étnico o lingüístico.

Por ello, se comprende que ni el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puedan ser válidamente llamados Tribunales constitucionales, dado que su modo de designación no responde a la forma que acabamos de mencionar.

2) Los Tribunales constitucionales tienen la función de orientar y no de bloquear. Es decir, no tienen la "última palabra", pueden ser desmentidos por el poder supremo del Estado, el poder constituyente. Sin embargo, la posibilidad de que el poder constituyente contradiga a los Tribunales de Luxemburgo y de Estrasburgo no existe. Efectivamente, una jurisdicción cuyas decisiones no pueden ser, de ninguna manera, recurribles, tiene un poder sin límites, que es prácticamente imposible de concebir en un Estado de Derecho. Los Tribunales europeos citados, cuyas decisiones no son susceptibles de ser contradichas por un poder constituyente que no existe, no pueden ser asimilados a los Tribunales constitucionales.

La legitimidad del juez constitucional "radica en que también es un poder constituido y que no es dueño de las medidas que debe hacer respetar porque el poder constituyente puede modificar tal o cual medida o imponer una interpretación que no haya sido la de los jueces"³⁸. Si, como hipótesis, se planteara que los Tribunales constitucionales podrían ver sus soluciones recurridas al nivel

supranacional por la intervención de los Tribunales europeos, “la cuestión estribaría en saber si esta intervención sería legítima porque, como ya hemos indicado anteriormente, no se ha establecido de ningún modo la legitimidad de estos tribunales [...]”³⁹.

Un tema clásico del pensamiento jurídico es el de la legitimidad, es decir, el de la justificación, o incluso, la justicia de la idea que estemos tratando, diferenciándolo así de la mera legalidad. Los presupuestos de los que se parte en la justicia constitucional son:

- Aceptación previa de la idea de supremacía constitucional, asentada en el carácter normativo de la Constitución, que hace de ésta no un conjunto de principios programáticos sino una verdadera norma jurídica.

- Si la Constitución es suprema, no puede aceptar normas inferiores que la contradigan.

- Se crea un mecanismo que fiscalice la adecuación de las normas inferiores a la Norma fundamental.

- Se crea un órgano de justicia constitucional (Suprema Corte Constitucional, Tribunal Constitucional), que abarca los siguientes aspectos: a) Número de magistrados que integran los tribunales Constitucionales; b) Independencia de los magistrados; c) Autoridades que intervienen en este nombramiento; d) Estatuto jurídico de los jueces constitucionales; e) Duración del mandato; f) Elección de nuevos miembros; g) Incompatibilidades; h) Obligaciones; i) Cese.

En líneas generales, los Tribunales Constitucionales, pese a su carácter jurisdiccional, se encuentran situados fuera del Poder Judicial. De esta forma se quiere conseguir su independencia de la clásica tripartición de los Poderes del Estado para vigilar el respeto de la Constitución por parte del Legislativo, del Ejecutivo y del Judicial. De ahí que la regulación que se hace del Tribunal Constitucional, en el texto constitucional, se ubique en un apartado diferente al del Poder Judicial.⁴⁰

La Constitución como norma suprema ¿reclama la presencia de una garantía jurisdiccional? Esta no es una cuestión pacífica y algunos apuntan que es viable una Constitución sin justicia constitucional. De hecho, hay experiencias en este sentido, en la medida en que se prescinde de todo sistema de control o bien porque éste se encomienda a órganos políticos.⁴¹

Ni el planteamiento de *El Federalista* ni el de kelsen parecen hoy viables. Las Constituciones formales y procedimentales han cedido paso a las Constituciones “rematerializadas”, llenas de valores, principios y directrices –es decir, todo aquello que kelsen no quería ver en una Constitución a fin de evitar el activismo judicial-. Y sin embargo, los actuales Tribunales Constitucionales de justicia “concentrada” conservan sólo eso del modelo kelseniano, el ser “concentrados” pues en su actuación se aproximan cada vez más al modelo de la *judicial review*⁴². No se pretende defender la supresión del Tribunal Constitucional o del recurso abstracto. Tan sólo se trata de indicar que si hubiera que abdicar de algo en aras de la

democracia política, sin abandonar nuestro concepto de Constitución, ese algo sólo podría ser la jurisdicción concentrada y no la difusa. Porque la jurisdicción constitucional verdaderamente indispensable no es la del Tribunal Constitucional sino la de la jurisdicción ordinaria. Y esta afirmación se puede hacer en términos cuantitativos evidentes porque: ¿cuántas sentencias de inconstitucionalidad se pronuncian y, de ellas, cuántas responden a la violación de preceptos sustantivos? ¿Cuántos recursos de amparo son admitidos a trámite?⁴³

5 PERSPECTIVAS DE FUTURO

Nieto se muestra crítico con el Tribunal Constitucional español. Reconoce que ocupa un puesto clave en el sistema de controles, puesto que su competencia se extiende, directa o indirectamente, a todos los demás poderes.

Un Tribunal Constitucional celoso y vigilante puede enderezar, por tanto, la actuación de todo el Estado, de la misma forma que si es hostil y parcial puede bloquear gravemente la acción de un gobierno. Así las cosas, la fórmula deseable es la de su neutralidad política e independencia funcional [...].⁴⁴

Sin embargo, subraya que los gobiernos lo han considerado demasiado peligroso “y no han parado hasta desactivarlo y lograr que no sólo no entorpezca la acción política sino que avale positivamente las mayores tropelías del ejecutivo y del legislativo”. El camino seguido ha sido el de controlar a la mayoría de sus componentes mediante “designaciones sectarias y promesas de premios *a posteriori*”. Todo ello le ha provocado un desprestigio. “Un órgano que en sus primeros años se ganó por méritos propios una *auctoritas* superior incluso a su *potestas* institucional y que hoy se ha degradado hasta perder aquélla por completo y no tener sus decisiones otro valor que el oficial que le concede la Constitución”.

Se hace necesario reconstruir la legitimidad de la justicia constitucional, alejándola de las sombras de duda de influencias partidistas e interesadas en que determinadas leyes resulten “acordes” a la Constitución al precio que sea. La legitimidad de la justicia constitucional no puede limitarse exclusivamente a evaluar la mayor o menor concordancia de las leyes, que aprueba el Parlamento, con el texto constitucional. Como afirma P. Calamandrei, las decisiones de la Corte constitucional no tendrán sólo el efecto aparentemente negativo, expreso en su parte dispositiva, de anular la ley contraria a la Constitución; a la par, tendrán un significado positivo de cooperación activa al *indirizzò politico* por las consideraciones que el Tribunal efectúa en los fundamentos jurídicos de sus sentencias.⁴⁵

La legitimidad de la justicia constitucional debe descansar en otros parámetros. Como afirma G. Rolla,

Donde existe una madura experiencia de justicia constitucional, la presencia de Tribunales Constitucionales no se pone ya en discusión: la atención se dirige, en todo caso, sobre la exigencia de corregir aspectos singulares del procedimiento o bien de introducir innovaciones en las competencias y en la

composición del órgano. La discusión, en otras palabras, no versa sobre la esencia del control de constitucionalidad, sino sobre los concretos modos de funcionamiento; las hipótesis de reforma tienen por objeto perfiles bien delimitados. Sobre todo es útil puntualizar que dichas hipótesis aspiran, preferentemente, a acentuar los caracteres de autonomía y profesionalidad de los Tribunales Constitucionales y a mejorar los aspectos jurisdiccionales de los procedimientos, más que a limitar su autonomía en las relaciones con el poder político.⁴⁶

No somos tan optimistas como Rolla, quien ya no ve necesidad de reivindicar la autonomía del Tribunal Constitucional en relación a la política. En nuestra opinión, esa fase aún no se ha superado –baste tomar como referencia la polémica sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el *Estatut de Catalunya*⁴⁷–, pero ciertamente, ya se apunta a otros objetivos, como el de acentuar la profesionalidad de los Tribunales Constitucionales y mejorar aspectos jurisdiccionales de sus procedimientos, especialmente el del dilatado y demorado tiempo de espera que se presenta una demanda ante el Tribunal Constitucional y éste dicta sentencia.

SOME DILEMMAS OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION

ABSTRACT

Starting from the idea of constitutional supremacy the birth of the constitutional justice arises. Does it take it harnessed some polemic questions: are the judges, and what judges's type, and by means of what procedures, the suitable fellows to assure the respect to the constitutional text? Who should the be “guardian” of the Constitution? How does it insert the Constitutional Tribunal, with regard to the resource of unconstitutionality of the laws, in a democratic system in the one that the laws are approved by the Parliament? They are not few the voices that have questioned the genuineness of the constitutional justice, since, regrettably, in some of their decisions the white has been perceived it influences of the politics and of the Executive Power. In this work we will revise the three classic models of constitutional jurisdiction, we will stop in the analysis of the “objection against majority” and of the aristocracy of the judges to finish ending in an analysis of the genuineness of the constitutional justice.

Keywords: Constitution. Constitutional justice. Constitutional Tribunal.

ALGUNS DILEMAS SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

RESUMO

Surge, a partir da idéia de supremacia constitucional, o nascimento da justiça constitucional. Esta apresenta questões polêmicas: são os juízes, e que tipo de juízes, e mediante quais procedimentos, são sujeitos idôneos para assegurar respeito ao texto constitucional? Quem deve ser o guardião da Constituição? Como

atua o Tribunal Constitucional em respeito aos recursos de inconstitucionalidade das leis em um sistema democrático no qual as leis são aprovadas pelo parlamento? Não são poucas as vozes que tem questionado a legitimidade da justiça constitucional. A qual, lamentavelmente, em algumas de suas decisões percebe-se, de forma clara, a influência do poder Executivo. Neste trabalho revisaremos os três modelos clássicos de jurisdição constitucional, priorizando a análise das contradições e do poder dos juízes. Ao final será feita uma análise da justiça constitucional.

Palavras-chave: Constituição. Justiça constitucional. Tribunal Constitucional.

NOTAS

- ¹ Nuria Beloso Martín es Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España). Es Coordinadora del Programa de Doctorado del Departamento de Derecho Público “Sociedad plural y nuevos retos del Derecho”. Es Directora del Curso de Especialista Universitario en Mediación Familiar. Colabora en Cursos de Mestrado y Doctorado en diversas Universidades brasileñas. Participa en varios Programas de Investigación –CNPQ-. E-mail: nuriabellosomartin@yahoo.com.br. Endereço: Faculdades Integradas Ourinhos, Faculdade de Direito. C Marqués del Duero 7 – 09004 – Burgos - Espanha
- ² A lo largo de nuestra exposición, vamos a seguir algunas de las tesis expuestas por V. Ferreres Comella, que consideramos pertinentes para este trabajo. (Vid. Ferreres Comella, Víctor (2007): *Justicia constitucional y democracia*, 2 ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p.13). “[...] Una de las causas que explica la menor visibilidad de este problema en España reside en el papel cada vez menos insignificante que desempeña nuestro Tribunal Constitucional como juez de la ley. Como es sabido, el Tribunal está absolutamente colapsado por el altísimo volumen de recursos de amparo que le llegan cada año. La consecuencia práctica es que apenas dedica su tiempo y energía institucional a la resolución de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad interpuestos contra las leyes. No es raro que el Tribunal llegue a tardar 10 años para declarar inconstitucional una ley que fue en su momento impugnada por la oposición parlamentaria, por ejemplo, o por los jueces ordinarios” (*Ibidem*, p.14).
- ³ Ferreres Comella, Víctor, *op.cit.*, pp.14-15.
- ⁴ En el Derecho continental europeo había predominado la tradición originada en la revolución francesa, de prohibir a los jueces decidir sobre cuestiones de carácter constitucional. La discusión sobre la posibilidad de que un órgano jurisdiccional conociera sobre los conflictos derivados de las normas fundamentales, en virtud de la innovación de la Constitución austriaca de 1920, deriva de la influencia del jurista Hans Kelsen, que estableció la Corte Constitucional como órgano especializado para conocer y decidir conflictos de naturaleza constitucional, planteando una famosa polémica, en la tercera década del siglo XX, entre el constitucionalista alemán Carl Schmitt y el propio Kelsen (Vid. Fix Zamudio, Héctor (2000) “La justicia constitucional y la judicialización de la política”, en VV.AA., *Constitución y constitucionalismo hoy*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, p.561). La famosa polémica comenzó con la aparición, en 1931, del clásico libro de Schmitt, *Der Hutter der Verfassung (El protector de la Constitución)* traducida al español como *La defensa de la Constitución*. Sus ideas fueron objeto de réplica por Kelsen, por medio de un estudio intitulado *Wer soll der Hutter der Verfassung sein? (¿Quién debe ser el protector de la Constitución?)*.
- ⁵ El control de constitucionalidad de derechos norteamericano, al contrario que el francés, se basa en la apreciación de las razones de los derechos tal y como aparecen reflejados en los casos concretos, según un método casuístico que no se deja atrapar por las pretensiones “planificadoras” y abstractas del derecho europeo. En los sistemas europeos distintos del francés, el control de constitucionalidad está reservado a órganos *ad hoc* separados de la jurisdicción ordinaria. Es decir, la jurisdicción constitucional está destinada a atender a las exigencias de la ley y del legislador junto a las de los titulares de los derechos constitucionales. A este respecto se ha

hablado del “privilegio del legislador” –a diferencia del sistema americano- que implica que el legislador tiene su propio juez que actúa a través de procedimientos particulares y está formado por personal no exclusivamente judicial, capacitado para tener debidamente en cuenta, junto a las exigencias de los derechos, las exigencias propiamente políticas expresadas en la ley (Zagrevelsky, Gustavo (2008): *El derecho dúctil*. Trad. M. Gascón, 8 ed., Madrid: Trotta, pp.62-63).

⁶ No vamos a referirnos al sistema brasileño del control de constitucionalidad. Nos limitamos ahora a remitirnos a Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 22 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp.297-343.

⁷ Vid. Guadirneri, Carlo y Pederzoli, Patricia (1999): *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*. Madrid: Taurus, p.116-117.

⁸ Ferreres Comella, Víctor, *op.cit*, p.22.

⁹ Vid. Favoreu, Louis (1997): “Los Tribunales Constitucionales”, en F. Fernández Segado y D. García Belaunde (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, p.99.

¹⁰ *Ibidem*, p.100. Favoreu subraya que han cuestionado diversos aspectos de los Tribunales constitucionales: 1) Se ha puesto en tela de juicio la naturaleza jurisdiccional de los Tribunales constitucionales, por motivos diversos; 2) También se ha cuestionado la naturaleza jurisdiccional de estos tribunales desde otro punto de vista, el de la ciencia política, al afirmar que estos Tribunales son menos jurisdicciones que “co-legisladores” o “terceras cámaras” (*Ibidem*).

¹¹ Vid. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia, cit*.

¹² Vid. Cappelletti, Mauro (1999): *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

¹³ J.J. Fernández Rodríguez, en relación a las competencias del Tribunal Constitucional, diferencia entre procesos constitucionales y procesos no constitucionales. A su vez, los procesos constitucionales pueden ser: I) Típicos: a) Control de constitucionalidad de las leyes –control abstracto y control concreto-; b) Defensa de los derechos fundamentales; c) Garantía de la distribución vertical y horizontal del poder; II) Atípicos: a) Control de las omisiones inconstitucionales; b) Control de constitucionalidad de tratados internacionales, c) Contencioso electoral; d) Control de partidos políticos; e) Interpretación obligatoria de la Constitución; f) Competencias con relación al jefe del Estado; g) Opinión sobre la reforma constitucional. Como procesos no constitucionales cita: 1) Control de constitucionalidad que no versa sobre normas legales; 2) Control con parámetro en los tratados internacionales; 3) Control de legalidad; 4) Control con parámetro infralegal; 5) Control no normativo.

¹⁴ Kelsen, Hans (1988): “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate. Vid., también, Villar Borda, Luis (2009): “De cómo se destruye un tribunal Constitucional”, en *Derechos y Libertades* 20, Época II, Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III, p.48.

¹⁵ La bipolaridad inicial entre los dos paradigmas, el sistema de justicia constitucional adoptado por la influencia de los Estados Unidos y el establecido en Europa continental debido al modelo austriaco, fueron acertadamente señaladas por el jurista italiano Piero Calamandrei. El modelo americano es: 1) Difuso (en cuanto corresponde a todos los jueces, sin importar su jerarquía); 2) Sólo puede proponerse por la vía prejudicial (es decir, por las partes, y en ocasiones por el juez en una controversia concreta); 3) Sus efectos son especiales (es decir, que sólo se traducen en la desaplicación de las normas legislativas aplicables en relación con las partes en el proceso); 4) De naturaleza declarativa (o sea, que implica la declaración de certeza retroactiva, *ex tunc*); Por el contrario, el sistema continental europeo es calificado por Calamandrei como: 1) Concentrado, ya que sólo es ejercido por un único y especial órgano constitucional, al cual se accede por vía principal, en la cual se cuestiona únicamente la legitimidad constitucional de las normas legislativas impugnadas, sin tomar en cuenta una controversia concreta; 2) Los efectos de la sentencia estimatoria son generales (*erga omnes*) y tienen carácter constitutivo, ya que operan como anulación o ineficacia *ex nunc*, que valen para el futuro, pero se respeta para el pasado la validez de la ley inconstitucional. Los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano, es difuso, incidental, especial y declarativo y a la inversa, el sistema europeo continental, es concentrado, principal, general y constitutivo (Calamandrei, Piero (1968): “La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile”, en *Opus giuridiche*. Nápoles: Morano, T. III, p.350).

¹⁶ De Lora Deltoro, Pablo (1998): *La interpretación originalista de la Constitución (Una aproximación desde la Filosofía del Derecho)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE, p.25 (nota 27).

¹⁷ M. Atienza subraya la existencia de una dualidad interna en el Derecho contemporáneo (Derecho

del Estado constitucional) pero advierte que se interpreta de manera distinta: para los que siguen siendo positivistas (como Ferrajoli), los dos elementos del derecho (las dos nociones de validez que él distingue) tienen un carácter autoritativo (el punto de partida es el Derecho “puesto” por alguna autoridad, bien sea el legislador o el constituyente); mientras que otros autores (como Dworkin, Alexy o Nino) realizan un esfuerzo por integrar dos elementos en el concepto de Derecho: el elemento autoritativo y el valorativo. Señala Atienza que esta última manera es la que mejor permite destacar la dimensión argumentativa del Derecho (Aguiló Regla, Josep; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2008): *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Lustel).

¹⁸ García-Calvo y Montiel, Roberto, *op.cit.*, p.273.

¹⁹ El caso español es un claro ejemplo de la desviación del modelo kelseniano del control judicial de constitucionalidad. La desviación se manifiesta en la inclinación del Tribunal Constitucional a comportarse como un legislador, especialmente en el caso de las sentencias llamadas “interpretativas”, “aditivas” y “manipulativas”, sobre las que no podemos extendernos.

²⁰ Se puede diferenciar entre justicia constitucional y jurisdicción constitucional. La justicia constitucional aludiría a la aplicación judicial de la Constitución (lo que hacen todos los jueces y tribunales) y jurisdicción constitucional se referiría al órgano concentrado que monopoliza la declaración de inconstitucionalidad de las leyes (Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio (2007): *La Justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos, p.16).

²¹ Prieto Sanchís, Luis (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, p.139.

²² Vid. Gargarella, Roberto, *op.cit.*, p.12). Vid. también, Beloso Martín, Nuria (1998): “Democracia y Administración de Justicia. ¿Elitismo o participación popular?” En CATHEDRA. *ESPÍRITU DEL DERECHO*. Revista de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 3 pp.50-71.

²³ “[...] Los principios y derechos fundamentales, constitucionalmente asegurados, son, en verdad, condiciones estructurantes y esenciales para el buen funcionamiento del propio régimen democrático; así, cuando la justicia constitucional anula leyes ofensivas a tales principios o derechos, su intervención se da a favor, y no contra la democracia. Esta es la fuente mayor de legitimidad de la jurisdicción constitucional (Binenbojn, Gustavo (2001): *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira.Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar).

²⁴ Ferreres Comella, Víctor, *op.cit.*, p.43. Vid. también, Cruz Villalón, Pedro (1987): *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

²⁵ *Ibidem*, p.49.

²⁶ *Ibidem*, p.50.

²⁷ En su obra, Ferreres Comella expone las tesis de quienes optan por una “Constitución procedimental”, así como las de quienes defienden una “Constitución de detalle”. Considera que existe una razón de peso a favor de una Constitución de detalle: en comparación con una Constitución de principios abstractos, la Constitución de detalle reduce la discreción interpretativa del juez. Pero también existen razones en contra: la Constitución de detalle conlleva la vinculación injustificable de la generación actual y de la futura a las decisiones de una generación ya muerta; no permite acoger nuevas exigencias éticas derivadas de aspectos de la libertad y dignidad humanas que no estén contempladas en su cláusulas específicas; y dificulta el desarrollo de procesos interpretativos que permitan integrar políticamente a los miembros de una sociedad plural, así como a Estados diversos, dentro de una cultura pública común basada en valores compartidos. Tras rechazar estas propuestas, trata de construir una tesis a favor del control judicial que trata de ser sensible a la objeción democrática. Apunta una tercera propuesta que asume como preferible una Constitución sustantiva y de principios relativamente abstractos (frente a la Constitución procedimental y a la de detalle). La tesis fundamental es que el control judicial de la ley se justifica por la contribución que puede hacer el juez al mantenimiento de una cultura de deliberación pública, pero ese control debe llevarse a cabo bajo la presunción de que la ley a enjuiciar es constitucional. En virtud de esta presunción que protege a la ley, el juez debe actuar con deferencia hacia el legislador y, por tanto, debe escuchar desde una actitud de confianza las razones que éste aduce para justificar la ley cuestionada (*Ibidem*, p.130).

²⁸ Fernández Rodríguez, José Julio, *op.cit.*, p.33.

²⁹ Cfr. Fix Zamudio, Héctor, *op.cit.*, pp.573-574. El Supremo Tribunal Federal brasileño, entre los años 1964 a 1969, llevó a cabo ese intento, durante la época en que el gobierno militar de ese país adoptó una actitud persecutoria contra los miembros de la oposición política. Durante ese

difícil período, el citado Tribunal Supremo Federal admitió y resolvió varios recursos de hábeas corpus contra actos lesivos para los derechos humanos emitidos por el gobierno militar con apoyo en declaraciones de emergencia y en un concepto exagerado de seguridad nacional. Mediante esas resoluciones se protegió no sólo la libertad personal sino también la de expresión y pensamiento. “Esta actitud judicial provocó un serio enfrentamiento con el Ejecutivo, el cual, además de expedir, en uso de facultades constituyentes, varios Actos Institucionales, incluyendo las sustanciales modificaciones de 1969, para reformar la Constitución de 1967 en un sentido todavía más autoritario, presionó al propio Tribunal Federal de tal manera que tres de los magistrados más independientes fueron obligados a pedir su retiro y otros dos renunciaron a sus cargos por inconformidad con esas medidas de excepción” (*Ibidem*, p.575).

³⁰ En el presente trabajo no podemos extendernos en el análisis del relevante papel que el Tribunal constitucional ha desempeñado en orden a la protección de los derechos fundamentales. (*Vid.* Rolla, Giancarlo (2002): *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*. México: UNAM; también, del mismo autor (2006): *Garantía de los Derechos fundamentales y justicia constitucional*, México: Porrúa).

³¹ Favoreu, Louis, *op.cit.*, p.105.

³² *Ibidem*, p.107.

³³ Rolla, Giancarlo, *op.cit.*, pp.106-107.

³⁴ *Ibidem*, p.222. En relación a la “objeción contramayoritaria” hay que tener presente el círculo que se crea entre la tiranía del pasado por un lado, y la discrecionalidad de jueces y magistrados, por otro. Si elaboramos una Constitución analítica, muy concreta, limitaríamos esa capacidad discrecional de los jueces, pero estaríamos fomentando una tiranía de nuestras imposiciones con respecto a las generaciones futuras, a quienes dejarían prácticamente sin autonomía para que decidieran y adoptaran los acuerdos que estimaran oportunos para dirigir sus vidas. Si, por el contrario, consensuamos textos constitucionales amplios, flexibles, para que puedan ser actualizados, dejamos abierta la puerta a la discrecionalidad judicial, al “poder contramayoritario”.

³⁵ No podemos extendernos en la opinión que el Tribunal Constitucional merece para Habermas, pero sí apuntamos que en la crítica que vierte al respecto, censura los presupuestos valorativos o suprapositivos sobre los que descansa una jurisprudencia constitucional en abierta pugna con la supremacía legislativa. En concreto, si bien el recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad resultan poco problemáticos –afirmación que resultaría sorprendente desde una perspectiva kelseniana- el control abstracto de leyes supone una inaceptable colisión entre el Tribunal y las prerrogativas del legislador, entre un cuerpo elitista y contramayoritario y la decisión legítima de la soberanía popular. El control abstracto (sin referencia a un caso concreto) pertenece a las funciones del legislador. En definitiva, Habermas parece abogar por un sistema de justicia constitucional distinto al que hoy conocemos, tanto en Europa como en Norteamérica (Prieto Sanchís, *op.cit.*, p.159).

³⁶ Gargarella, Roberto (1996): *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Barcelona: Ariel, p.59.

³⁷ Como apunta Otto Bachof: “La legitimación de la Jurisdicción Constitucional se podrá obtener a través de un permanente diálogo con la opinión pública y, sobre todo, con la comunidad jurídica” (Bachof, Otto (1959): *Jueces y Constitución*. Trad. R. Bercovitz. Madrid. Taurus (ed. de 1963).

³⁸ Favoreu, Louis, *op.cit.*, p.110.

³⁹ Favoreu, Louis, *Ibidem*.

⁴⁰ El componente formal de la justicia constitucional necesita de su componente material: el carácter jurisdiccional de este órgano. De ahí surge la necesidad de asegurar su independencia dando a la institución la autonomía necesaria para llevar a cabo su función: a) Autonomía reglamentaria, que permita al órgano completar las normas de funcionamiento y procedimiento que establece la Constitución y la ley que regula el respectivo Tribunal Constitucional; b) Autonomía financiera, que posibilite al órgano establecer sus necesidades presupuestarias y ejecutar su presupuesto; c) Autonomía administrativa: que le permita fijar un organigrama interno tanto con asesores jurídicos y otro personal a sueldo del Tribunal, como con medios bibliográficos y técnicos en una sede determinada (Fernández Rodríguez, José Julio, *op.cit.*, p.56).

⁴¹ A este respecto, P. Cruz Villalón apunta que la supremacía constitucional “puede ser una realidad sustentada en la opinión pública, en el ejercicio de las libertades públicas, en la conciencia de la legitimidad [...] pero no cabe menos que subrayar el salto cualitativo, e incluso mutación operada en la Constitución [...] como consecuencia de la acumulación de dos factores: el paso de la Constitución “orgánica” a la Constitución “material” y el paso de la “garantía política” a la “garantía jurisdiccional” (Cruz Villalón, P. (1987): *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., p.27. (cita tomada de L. Prieto Sanchís, *op.cit.*, p.155).

- ⁴² “No es sólo que los Tribunales “concentrados” se aproximen al sistema norteamericano porque hayan asumido competencias inviables en el modelo kelseniano, como el recurso de amparo o la cuestión de inconstitucionalidad [...]. Es que el sistema en su conjunto se aproxima al de la *judicial review* en la medida en que la aplicación judicial de la Constitución ha dejado de ser un monopolio del Tribunal Constitucional para abrirse al conjunto de los jueces; y esto es también lo que pretendía evitar la propuesta de Kelsen”. Esto se explica a partir de la profunda transformación del concepto mismo de Constitución, no sólo porque se haya “rematerializado” sino porque se ha convertido en una norma, en una ley como otra cualquiera que los jueces aplican. La Constitución kelseniana era también una norma, pero una norma “interna” a la vida del Estado, “secuestrada” por el legislador negativo, pero que no podía ser aplicada frente a la ley por unos jueces que a su vez se definían como siervos de la ley. Pero hoy la Constitución está dotada de una fuerza normativa irresistible y un denso contenido material, de la que todos jueces son conscientes (Prieto Sanchís, *op.cit.*, p.165).
- ⁴³ Prieto Sanchís cita la Memoria del Tribunal Constitucional español, correspondiente al año 2000, en el que se dictaron 13 sentencias en recursos de inconstitucionalidad, 12 en cuestiones de inconstitucionalidad y 280 en recursos de amparo, de las que 161 fueron estimatorias. A su vez, el número de asuntos inadmitidos se elevó a 6.187 (*op.cit.*, p.170).
- ⁴⁴ Nieto, Alejandro (1999): *Balada de la justicia y de la ley*. Madrid: Ariel, p.393.
- ⁴⁵ Calamandrei, Piero (1956): “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, en *Rivista di Diritto Processuale*, nota 83, p.258.
- ⁴⁶ Rolla, Giancarlo, *op.cit.*, p.99.
- ⁴⁷ STC 31/2010 de 28 de junio, sobre el recurso de inconstitucionalidad núm. 8045-2006, interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. El resultado final ha sido el de seis votos a favor y cuatro en contra, mayoría muy ajustada que pone de relieve más si cabe, la dimensión política que ha tomado este tribunal, que se supone garante de los derechos fundamentales. Titulaba el Diario *El País*: “El TC aprueba un recorte moderado que permite aplicar el Estatut”. Es decir, se estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad al declarar en el fallo, entre otras cuestiones que: “Carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a “Cataluña como nación” y a “la realidad nacional de Cataluña”- uno de los aspectos más polémicos del texto.

REFERÊNCIAS

Atienza, Manuel y F. Laporta (2008): “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* nº0, Madrid: lustel, p.46-55.

Bachof, Otto (1959): *Jueces y Constitución*. Trad. R. Bercovitz. Madrid: Taurus (ed. de 1963).

Belloso Martín, Nuria (1998): “Democracia y Administración de Justicia. ¿Elitismo o participación popular?” En CATHEDRA. *ESPÍRITU DEL DERECHO*. Revista de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 3 pp.50-71.

_____(1999): *El control democrático del Poder Judicial en España*. Curitiba, Moinho do Verbo en colaboración con el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos.

Binenbojn, Gustavo (2001): *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar.

Blanco Valdés, Roberto L. (1999): “Veinte años de justicia constitucional”, *Claves de Razón Práctica* 98, p.22 ss.

Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 22. ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

Calamandrei, Piero (1956): “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, en *Rivista di Diritto Processuale*.

_____ (1968): “La illegittimità costituzionale delle leggi nel proceso civile”, en *Opus giuridiche*. Nápoles: Morano, T. III.

Cappelletti, Mauro (1999): *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

Cruz Villalón, Pedro (1987): *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

De Lora Deltoro, Pablo (1998): *La interpretación originalista de la Constitución (Una aproximación desde la Filosofía del Derecho)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE.

Favoreu, Louis (1997): “Los tribunales constitucionales”, en F. Fernández Segado y D. García Belaunde coords., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson.

Fernández Segado, Francisco (1990): “La jurisdicción constitucional en la actualidad”, *Ius et praxis*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, nº 16.

_____ (2004): *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: UNAM. (Presentación de H. Fix Zamudio a la obra).

Ferreres Comella, Víctor (2007): *Justicia constitucional y democracia*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Fix-Zamudio, Héctor (2000): “La justicia constitucional y la judicialización de la política”, en VV.AA., *Constitución y constitucionalismo hoy*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, pp.558-590.

García-Calvo y Montiel, Roberto (2003): “La doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley”, en J. Malem, J. Orozco y R. Vázquez compiladores, *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Gedisa, p.265-274.

Gargarella, Roberto (1996): *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Barcelona: Ariel.

Fernández Rodríguez, José Julio (2007): *La Justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos.

Kelsen, Hans (1995): *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid:

Tecnos.

_____ (1988): “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate.

Nieto, Alejandro (1999): *Balada de la justicia y de la ley*. Madrid: Ariel.

Prieto Sanchís, Luis (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Rolla, Giancarlo (2006): *Garantía de los Derechos fundamentales y justicia constitucional*, México: Porrúa.

Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, Javier (1998): *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw Hill.

Schmitt, Carl (1983): *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.

Streck, Lenio Luiz (2003): *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar.

Villar Borda, Luis (2009): “De cómo se destruye un tribunal Constitucional”, en *Derechos y Libertades* 20, Época II, Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III, pp. 47-56.

Zagrevelsky, Gustavo (1988): *La giustizia costituzionale*. Bolonia: Il Mulino.

Recebido para publicação: 05/12/2010

Aceito para publicação: 23/12/2010